

T.C.
Selçuk Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Bilim Dalı

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Avrupa İnsan Hakları
Mahkemesi Kararları'nda Din ve İnanç Özgürlüğü**

Hazırlayan:
Kemal CÖMERT
054234001018

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı:
Doç. Dr. Faruk BİLİR

KONYA -2010



BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Adı Soyadı	KEMAL CÖMERT		
Numarası	054234001018		
Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU / KAMU HUKUKU		
Programı	Tezli Yüksek Lisans ☒	Doktora	☐
Tezin Adı	AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA DİN VE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ		

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin imzası
(İmza)



YÜKSEK LİSANS TEZİ KABUL FORMU

Öğrencinin	Adı Soyadı	KEMAL CÖMERT		
	Numarası	054234001018		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU / KAMU HUKUKU		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans ☒ Doktora ☐		
	Tez Danışmanı	DOÇ. DR. FARUK BİLİR		
Tezin Adı		AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA DİN VE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ		

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan AİHS'NDE VE AİHM KARARLARI'DA DİN VE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ başlıklı bu çalışma 06 /12 /2010 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı
DOÇ. DR. FARUK BİLİR

Danışman ve Üyeler

İmza

DOÇ. DR. M. AKİF
KÜTÜKÇÜ

YRD. DOÇ. DR. MURAT
AKSAN

İçindekiler

<i>Özet</i>	<i>1</i>
<i>İçindekiler</i>	<i>ii</i>
<i>KısaltmalarListesi</i>	<i>iii</i>
<i>Giriş</i>	<i>4</i>

BİRİNCİ BÖLÜM

<i>I. İnanç Özgürlüğüne İlişkin Yakın Tarihteki Düzenlemeler</i>	<i>11</i>
<i>a. Azınlık Hakları</i>	<i>11</i>
<i>b. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi.</i>	<i>14</i>
<i>c. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi</i>	<i>16</i>
<i>d. Din ya da İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Bildiri</i>	<i>19</i>

İKİNCİ BÖLÜM

<i>II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din ve Vicdan Hürriyeti</i>	<i>25</i>
<i>A. Sözleşme kapsamında Din ve Vicdan Hürriyeti</i>	<i>25</i>
1) Tanımı, Kapsamı ve Denetim Mekanizması.....	<i>25</i>
2) Din Hürriyetinin Başlıca Özneleri.....	<i>29</i>

B. Din Özgürlüğünün Korunma Alanları.....	34
1) İçsel Koruma Alanı (Forum Internum).....	35
a-Genel Olarak.....	35
b-Sistematik Telkine Karşı Koruma.....	39
c-Din ve İnancını Açıklamaya Zorlanmama	44
d-İnanç Değiştirme Özgürlüğü.....	47
e-Devletin Pozitif Edimi.....	51
2) Dışsal Koruma-İnancını Açığa Vurma (Forum Externum)....	55
a-Bireysel veya Toplu halde Açığa vurulması.....	58
b-İbadet, ayin,eğitim-öğretim ve uygulama yapmakla açığa vurulması.....	64
c-Din ve İnanca Aykırı davranmama Hakkı.....	70

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

II. Sözleşme Bağlamında Din ve Vicdan Hürriyetinin Sınırlandırılması Rejimi	
A. GENEL OLARAK.....	74
B. SINIRLAMADAKİ TEMEL GEREKÇELER	
1) Yasayla Öngörülmüş Olma.....	77
2) Meşru Sınırlandırma Amaçları.....	80

a- Kamu Güvenliği ve Kamu düzeninin Korunması....	84
b- Genel Ahlak ve Sağlığın korunması.....	92
c- Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması...	98
3) Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma	
a- Genel Olarak.....	104
b- Orantılılık İlkesi.....	112
c- Takdir Payı Doktrini.....	118
SONUÇ.....	127
KAYNAKÇA.....	131

Kısaltmalar Listesi

1981 Bildirisi	Din ya da İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Bildiri
AB	Avrupa Birliği
AİHK	Avrupa İnsan Haklar Komisyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
a.g.e.	adı geçen eser
a.g.m.	adı geçen makale
AYM	Anayasa Mahkemesi
bkz.	Bakınız
Evrensel Bildiri	Evrensel İnsan Hakları Bildirisi
Komisyon	Avrupa İnsan Haklar Komisyonu
Komite	İnsan Haklar Komitesi
MEB	Milli Eğitim Bakanlığı
MSHS	Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
s.	Sayfa
Sözleşme	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Vd	Ve devamı
Vol.	Volume

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'nda Din ve İnanç Özgürlüğü

Kemal CÖMERT

**Selçuk Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı**

**Tez Danışmanı:
Doç. Dr. Faruk BİLİR**

Çalışmamızın ana yörüngesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde din ve vicdan hürriyetidir. Bununla beraber , inanç özgürlüğü sadece Avrupa konseyine tabi üye ülkelerin sorunu değildir. İnsanlık tarihinin başlangıcından beri bütün dünyanın ortak sorunu olmuştur. Bu nedenle çalışmamızın ilk bölümünde din ve vicdan hürriyetine ilişkin yakın tarihteki hukuksal düzenlemelere de kısaca değinmeye çalıştık.

İkinci bölümde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde din ve vicdan özgürlüğü başlığı altında , inanç özgürlüğün içsel ve dışsal korunma alanlarına ve sözleşme organlarının bu konulara yaklaşımına değinilmiştir.

Son bölümde de inanç özgürlüğünün 9. madde kapsamında sınırlandırılma usulü hakkında örnek kararlarla özet sonuçlar çıkarılmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

Ph.D. Thesis

FREEDOM OF RELIGION AND CONSCIENCE IN THE DECISIONS OF EUROPEAN HUMAN RIGHTS AGREEMENT AND EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Kemal CÖMERT

Selcuk University

Graduate School of Social Sciences

Department of Law

Supervisor: Doc.Dr. Faruk BİLİR

The main trajectory of our work is freedom of religion and conscience in European Convention on Human Rights. Nevertheless freedom of religion is not only a problem of the European Council member countries. This has been a common problem of all the world since the beginning of human history. Because of this reason in the first part of our study we tried to touch briefly the legal regulations concerning the recent history related to the freedom of religion and conscience.

In the second part of our study in European Convention on Human Rights under the title of freedom of religion and conscience, freedom of religion to the internal and external protection areas and the approximation of convention bodies to these topics are dealt with.

In the last part of our study in freedom of religion decisions are tried to be made with the examples of summary conclusions about the limits on the systematic procedures in the scope of 9th article.

GİRİŞ

İnsanlık tarihinde özgürlükler alanındaki gelişmeler incelendiğinde, gerek bireysel alandaki medeni haklar gerekse devlet yönetimindeki olumlu siyasi kazanımların, uzun soluklu mücadele içeren süreçlerden sonra elde edildiğini görmekteyiz.

İnanç ve din hürriyeti bu alanda bambaşka bir öneme sahip oluşu ,onun niteliği itibariyle, insanoğlunun en kutsi duygu ve düşünce alanı oluşu, ayrıca, sınırları zor tespit edilebilen, hatta bazen tanımının yapılışında bile güçlükler yaşanabilen bir özgürlük türü olarak karşımıza çıkmasıdır. Zira bu özgürlüğün talep alanı sadece bireysel hayatla sınırlı kalmayıp, toplumsal yaşam ve beklentileri de kapsayıcı olabilmektedir.

Dolayısıyla, her toplumda öncelikli güvenceye kavuşturulması talep edilen bir alan olagelmıştır inanç özgürlüğü. Bu yönü itibariyle de, insan hakları mefhumunun gelişimi ve temel hak ve hürriyetlerin etkin bir güvenceye kavuşturulması idealinin de öncüsü bir özgürlük çeşidi olduğunu söyleyebiliriz. Zira batı’da insan hakları ideolojisinin oluşumunda, dinsel alandaki özgürlük mücadelelerinin , özellikle de azınlık topluluklarının inanç-ibadet hürriyeti konusundaki gelişmelerin temel teşkil ettiği ifade edilmektedir.¹

Şüphesiz ki sadece batıda değil bütün insanlık tarihi boyunca hemen hemen her coğrafyada , din hürriyeti önem ve değerini , diğer haklarda olduğu gibi , özünde insan öznesinden almaktadır.çünkü bir toplumda din hürriyetinin güvenceye bağlanması , özünde o toplumu oluşturan fertlere verilen değeri ifade etmektedir. Bütün insan hakları , örneğin : yaşama hakkı, evlenme aile kurma hakkı, çalışma hürriyeti gibi bütün haklar değerli ve kutsaldır. Söz konusu haklar arasında öncelik-sonralık sıralaması yapmak güç ve gereksiz olsa da , dinsel özgürlük insanın en mahrem sahasını teşkil etmesi, kendini ve dünyayı değerlendirdiği en anlamlı ve

¹ **Reisoğlu**, Safa; Uluslararası Boyutuyla İnsan Hakları, Beta Yayınları İstanbul, 2001, s.59.

vazgeçilemez özgürlüğü olduğunu genel anlamda tarihi olay ve gelişmelerde görmekteyiz. Nitekim ilk insanlardan bu yana , inanç merkezli arayış,mücadele ve savaşlarla, başka sebeplerle gerçekleştirilen arayış ve yapılan savaşları kıyaslamamız bile bizim için yeterli olsa gerektir.

Din hürriyetinin insan haklarına temel teşkil edişi ve özgür bir toplum için öncelikli olarak var olması gerektiği hususu, yani birey ve toplum için adeta ilk anayasal ilke olarak belirlenmesi gerektiği birçok araştırmacı ve düşünürce de vurgulanmıştır. Söz konusu bilim adamlarına göre, birçok özgürlüğün elde edilebilmesi için gerekli ortam ancak din hürriyetinin sağlandığı durumda oluşabilir ve bir topluma özgür-demokrat diyebilmemiz için devletin bireylere, dinsel eğitim, dini ibadet ve ayinlere katılabilme imkanını sunması gerekir. Hatta bazı düşünür ve yazarlara göre d de inanç özgürlüğü devletin sunduğu bir hak da değildir, devlet demokratik uygulamayla, insanın ve tabiatın doğasında var olan bu özgürlüğe engel olmamış olur.²

Din hürriyetinin öncelikli ve asla vazgeçilemez doğal özgürlük olması niteliği, bu alandaki tarihi gelişmelerle birlikte, insan hakları ve özgürlükle ilişkin hukuksal metinlerde de kaçınılmaz olarak kendini göstermiştir. Söz konusu belgelere ve düzenlemelere bakıldığında din vicdan özgürlüğünün;

- Bir din veya inanca sahip olma ya da olmama

² Bu düşünürlerden bazıları; Berger,Gamvvel ve Audi vs...

- Din veya inancı değiştirebilme
- İnancını ve dinini çeşitli şekillerde açığa vurabilme ,ifade edebilme

gibi ana hususlardan oluştuğunu görüyoruz..³

Bu ana başlıkların alt kısımlarında bu özgürlüğün değişik görünüm ve boyutlarına da çalışmamızda değineceğiz.

Her şeyden önce din ve vicdan özgürlüğünün içsel (forum internum) ve dışsal (forum externum) zgrlk boyutları birbiriyle oldukça işlikli olması sebebiyle bu ayrımı ideal ayrım değil de, zorunlu bir ayrım olarak kabul etmek yerinde olur

Din hürriyetinin, herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olmasını ifade eden boyutu, Forum Internum (İçsel zgrlk) u alanını oluşturur, mutlak bir hak olarak belirlenen bu alan, insanın din veya inançları kabul etme, kabul etmeme, herhangi bir tercihte bulunmama hakkım ifade eder. Yani bir insan , herhangi bir din ya da inancı benimseme, din veya inancını koruma-devam ettirme, sahip olduğu din veya inancı değiştirme yahut da inanç sahibi olmama gibi tercihlere sahiptir.

Yine din hürriyetinin; herkesin, din veya inancını tek basma ya da toplu olarak öğretme, uygulama, ibadet ya da ayin yolu ile açığa vurma özgürlüğü boyutu ise; Forum Externum (Dışsal zgrlk)alanını oluşturmaktadır, hemen belirtmek

³ Kaboğlu, İbrahim, .; zgrlkler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı zerine Bir Deneme, Afa Yayınları, nc Baskı, İstanbul, 1996, s. 186; Reisoğlu, s.59.

gerekir ki bu alan içsel alanın aksine mutlak değildir, yani herhangi bir sebeple bir sınırlandırma ile karşı karşıyadır.

Bu iki ana boyut dışında din ve vicdan hürriyetine ilişkin temel prensipler de belirlenmiştir doktrinde ve uluslararası belgelerde.

Herhangi bir insan, din veya inancının öğretilerine aykırı davranışta bulunmaya zorlanamayacağı gibi, bir din ya da inancı kabul etmeye zorlanamaz ve bir din ya da inanca sahip olma hakkına herhangi bir şekilde zarar verilemez.

Her devletin , kendi ülkesinde yaşayan bütün bireylere, ırk, renk, cinsiyet, dil, din ve inanç, siyasi görüş, etnik köken, mülkiyet, doğum veya başka bir nedene dayalı ayrımcılık yapmaksızın din ve inanç özgürlüğü tanınması gerektiği kabul edilmektedir.

Bundan başka Devletler, ebeveynin çocuklarına kendi din veya inançlarına uygun bir şekilde ahlaki ve dinsel eğitim verme özgürlüklerine saygı duymalıdır. Her küçüğün din hürriyetine sağlanan koruma , küçüğün doğal gelişimine de uygun düşmelidir.

Bu özgürlük alanıyla ilgili bir diğer husus da; bir din ve inanç örgütünün kendi haklarını ve menfaatlerini korumaları bağlamında kurumsal nitelikte hukuksal bir statüye sahip olması ve iç işleyişte özerk olma, toplu ibadet ve ayinleri gerçekleştirebilme, eğitim verebilme gibi taleplerini içeren örgütlenme hakkıdır.

Din hürriyeti alanında göze çarpan bir husus da onun mutlak oluşu, yani; Devletlerin , olağanüstü hal rejiminde dahi, bireylerin din ve vicdan hürriyetlerini askıya alamayacağıdır.

Bununla beraber bu genel prensibin içsel alana dair olduğunu, dışsal alanın (inanç ve ibadeti açığa vurma) ise değişik sebeplerle(yasa ile düzenlenmiş olmak şartıyla, kamu düzeni, güvenliği, sağlığı veya genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olması halinde) sınırlandırılabilirliğini daha önce ifade etmiştik.

Kesin bir tanımı olmasa da din hürriyetini; bireyin siyasi iktidar sahipleri veya başka kişilerce hukuksal düzenlemeler veya başka araçlarla baskıya maruz bırakılmaksızın bir din veya inanca sahip olma, hiçbir din veya inanca sahip olmama, din veya inançlar arasında seçim yapabilme, tercih edilen din veya inancın gereklerini bireysel veya toplu halde yerine getirebilme özgürlüğü olarak tanımlayabiliriz.⁴

Yukarıdaki tanım içeriğinin tam olarak algılanması ve olaylara uygulanışı esnasında , amacına uygun bir yoruma muhtaç olduğunu belirtelim. Zira gerek“inanç-din ” kavramlarına yüklenen anlam, gerekse bir olay-olgu ile alakalı din özgürlüğü ihlali olup olmadığı yönünde tespitte bulunurken, farklı bakış açıları ortaya çıkabilmektedir.

İnceleme konumuz olan AİHS de ve diğer sözleşmelerde , kurumsal anlamda din hürriyetinin yer alarak, sınırlarının belirlenmesi, bu alandaki pek çok farklı yorum ve tartışmaları ortadan kaldıramasa da ,en azından yorum alanını daraltmıştır. Örneğin sözleşme tarafı bir ülkede yaşayan bir öğrencinin din eğitimi alma hakkı olduğu artık vazgeçilemez olduğu kabul edilirken , bunun sınırları her ülkeyle ilgili olayda farklı yorumlanabilmektedir.

Dolayısıyla din özgürlüğünün ihlali ilgili başvurularda gerek ihlale ilişkin maddi olguların var olup olmadığı konusunda, gerekse bu özgürlüğe sahip olan öznelerin tespitinde (tüzel kişi ve dinsel topluluklar gibi...) ortaya çıkan tartışmaların giderilmesinde veya en azından geçici bir çözüme kavuşturulmasında , sözleşmenin 9. maddesinin isabetli, geniş ve tutarlı yorumlanması ve buna uygun hüküm kurulması en vazgeçilemez unsurdur.

⁴ **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s. 186.

Din hürriyetine dair yazılan eserler ve yayınlanan bildirilerden de anlaşılacağı üzere, din hürriyetinin taşıdığı değerle, evrensel anlamda birçok prensip ve ilke birlikte gerçekleşebilmektedir.

Yani adalet, eşitlik, ifade hürriyeti, hukuk devleti ilkesi, demokratik toplum ideali v.s. gibi pek çok evrensel ilke ile olan yakın kavramsal ve hukuksal ilişkisinin oluşu, din özgürlüğünün önemini ortaya koymakla beraber, tanımı yapılırken veya bir hukuksal metinde yer alırken diğer söz konusu prensiplerle de birlikte değerlendirilmesini zaruri kılmaktadır.

Esasında bu durum diğer bir çok evrensel ilkeler açısından da geçerlidir, zira bütün bu ilke ve değerler insan hakları üst kavramında birleşmekte, varoluş ve değerli kılınma süreçleri insan merkezli bir ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu durum bizleri, hiçbir insan hakkı türünü diğerinden bağımsız olarak düşünememe ve değerlendirememeye sonucuna götürmektedir.

Ülkemiz açısından en yaygın ve bilinen bir örnekle ifade etmek gerekirse; başörtüsü ile okula veya kamu kurumuna girişi engellenen bir kişinin, sadece din özgürlüğü ihlal edilmemekte, kanun önünde eşitlik ilkesi, eğitim hakkı, ayrımcılık yasağı ilkesi, devletin fertlere eşit fırsat sunması görevi gibi pek çok bireysel ve kitlesel hak ihlal edilmiş olmaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi dışında din hürriyeti alanında yapılan uluslararası düzenlemelere de çalışmamızda kısaca değineceğiz

BM bünyesinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB) 18. maddesi ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (MSHS) 18. maddesi, geniş çerçevede din hürriyetini güvence altına alan hükümleri muhtevidir. Yine BM çatısı altında kabul edilen Din ve İnanca Dayalı Her Türü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Bildiri (1981 Bildirisi) ise, kendine özgü içeriğiyle, öznel anlamda din hürriyetini açıkça ve en geniş şekilde ihtiva eden hükümlere sahiptir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ise , sözleşme içerisinde tek tek düzenlenen özgürlüklere sağladığı etkin güvence ve denetim mekanizması sebebiyle diğer uluslararası insan hakları belgeleri arasında dikkate değer bir önemi ve güncel bir ilgi çeken sözleşme olduğunu görmekteyiz.⁵

Bu Sözleşme'nin 9. maddesi ile din ve inanç özgürlüğünü güvence altına alan hükümler içermektedir.

Tezimizin konusunu oluşturan bu madde ile ilgili çalışmamızda, maddede düzenlenen inanç özgürlüğünün boyutlarını, mutevasını , bu hürriyetin öznelerini, sınırlandırılma rejimini ve mahkeme kararlarına tezahür edişini tespit etmeye çalışacağız.

Hemen belirtmek gerekir ki, sözleşme organları tarafından zaman içinde oluşan içtihat ve kararları gözden geçirdiğimizde, ayrıca sözleşme içinde düzenlenen diğer özgürlüklerle , din özgürlüğü alanındaki karar verme ve bunu ulusal düzeyde uygulanışı arasında fark olduğunu görmekteyiz.

Bunun sebebi, çalışmamızın girişinde de ifade ettiğimiz gibi, din kavramının tanımında ve kapsamının belirlenmesinde yaşanan zorluklar olabileceği gibi, sözleşme de her ne kadar bağlayıcı hükümler bulunsun da , kararların alınması sürecinde, sözleşme organları, taraf olan her devletin ulusal mevzuatına ve düzenlemelerine atıf yapması ve bunun etkisi altında hüküm kurması da etkili olmuştur..

Kanaatimizce bu sözleşme organlarıncı yapılan bir algılama,yorum ve yöntem yanlışlığıdır. Yani mağdur olduğunu ifade eden bir başvurucuya adeta ; “senin ülkenin koşulları ve mevzuatı böyle napalım” tarzında bir yaklaşım olmakta, evrensel boyutta, ancak istisnai koşullarda kısmen sınırlanabilecek olan inanç hürriyeti konusunda , mahkemenin sağlıklı ve tatmin edici karar vermesine engel teşkil etmektedir.

⁵ **Caniklioğlu**, Meltem, Dikmen; "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız"; M.Tevfik Birsnel Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s. 468

Öte yandan ifade etmek gerekir ki; 11 No.lu Protokolün kabulünden önce başvuruları ilk elden inceleyen ve din hürriyetinin ihlali konusunda yapılan başvuruların çoğunda kabul edilemezlik kararı veren, Komisyon uzun süre bu konuda mahkemenin önüne başvurunun gelmesine adeta engel olmuş, dolayısıyla 9. maddeyle ilgili komisyonun hukuki yorumsal yetersizliği sebebiyle, inanç özgürlüğü ile ilgili sağlıklı, somut ve tatmin edici kararlar ortaya çıkamamıştır.

Bu çalışmamızı ana hatları ile üç bölüme ayırmaya çalıştık. Birinci bölümde inanç özgürlüğü ile ilgili yakın tarihteki düzenlemelere değinme çalıştık.

İkinci bölümde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Din ve Vicdan Hürriyeti başlığı altında içsel koruma (forum internum) ve dışsal koruma (forum externum) ile din özgürlüğünün sözleşme, komisyon ve mahkeme kararlarında korunma usulü ile nasıl yer bulduğunu açıklamaya çalıştık.

Üçüncü ve son bölümde ise , 9. maddenin ikinci paragrafında yerini bulan, birçok başvuruda asıl ana konuyu oluşturan din hürriyetini sınırlandırma rejimi üzerinde durmaya çalıştık.

I. İnanç Özgürlüğüne İlişkin Yakın Tarihteki Düzenlemeler

a. Azınlık Hakları

Öncelikle ifade delim ki; insan hakları kavramına hukuksal metin düzeyinde uluslar arası sistemde ilk yer veren düzenleme Birleşmiş Milletler Şartı'dır. Ne var ki; inanç özgürlüğünün bu belgede de ayrıntılı ve açıklayıcı bir şekilde ele alınmadığını da eklemek gerekir.

Milletler Cemiyeti sözleşmesinde insan haklarına veya azınlık haklarına hiç yer verilmez iken, BM şartı içerik itibariyle özetle;

- Herkes için insan hakları ve temel özgürlüklere saygının korunması ve geliştirilmesi
- Din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini teşvik etme
- Bu amaçlara ulaşmak için gerek birlikte gerekse ayrı ayrı, örgütle işbirliği içinde hareket etme

gibi hükümlere bünyesinde yer vererek, somut anlamda bu sonuca ulaşabilmek adına Genel Kurul, ekonomik ve Sosyal Konsey'e (ECOSOC) mesuliyet öngörmüştür. Buna göre konsey;

- Uluslararası ekonomik, sosyal, kültürel, eğitim, sağlık ve ilgili konularda çalışma ve raporlar hazırlama
- Bütün bu sorunlarla ilgili olarak Genel Kurul, BM üyeleri ve uzman kuruluşlara tavsiyelerde bulunmak
- Herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine etkin bir biçimde saygı gösterilmesini sağlamak üzere tavsiyelerde bulunabilme
- Genel Kurul'a sunmak üzere, yetki alanına giren sorunlara ilişkin sözleşme tasarıları hazırlayabilme
- Ekonomik ve sosyal konularda ve insan haklarının ilerletilmesi için Komisyonlar kuracağı gibi, kör evler ini yerine getirmesine yarayacak başka Komisyonlar da kurabilme,

gibi yetki ve sorumluluklara sahip olmuştur. Netice itibariyle konsey , yukarıdaki hükümlere atfen bir insan hakları komisyonu kurmuştur.

Burada komisyonun fonksiyonu kısaca; uluslar arası statüde bir insan hakları beyannamesi hazırlama, diğer medeni hakların geliştirilmesi , azınlık haklarının her düzeyde korunması ve geliştirilmesi, her türlü ırk,din,dil ve cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi gibi pek çok daha değişik konularda konseye yardımcı olmak olmuştur.

Din özgürlüğünün bütün boyutlarıyla gelişmesi noktasında yoğun bir çabanın içinde olagelen Komisyon ilk çalışmalarını, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB), Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) ve bu Sözleşme'ye sonradan eklenen iki İhtiyari Protokol ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) olmak üzere bu üç belgelerin hazırlanmasında görüyoruz.

Söz konusu metinlerin taslak çalışmaları incelendiğinde, komisyonun din hürriyeti ve bu alandaki kavramsal yorumların, özgürlüğün alanının belirlenmesi gibi temel belirlemelerin de yer aldığını görmekteyiz. Zira bu belirlemeler ve analizler, sonraki pek çok uluslar arası belgeye ve teorik çalışmalara kaynaklık etmiştir.

Sonraki çalışmalarda da , yukarıdaki belgelere göre konumuz açısından daha detaylı,belirgin ve somut hükümler içeren, 1981 yılında Din ve İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Bildiri (1981 Bildirisi) imzalanmıştır.

81 Bildirisi kadar etkin bir öneme sahip olmasa da bu tarihten sonra ; komisyonun çalışmaları neticesinde , 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi, 1990 Bütün Göçmen İşçiler ve Ailelerinin Haklarının Korunması Sözleşmesi, 1992 Etnik, Dini ve Dilsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Haklarına İlişkin Bildiri gibi uluslararası belgeler de imzalanıp yürürlüğe girmiştir.

Bu belgelerden 81 bildirisinin ayrıca önemli bir yanı, oluşturulan denetim mekanizmasıdır. Zira 1986 yılında komisyon, 1981 Bildirisine aykırı işlem ve eylemleri sebebiyle , bu eylem ve işlemleri araştırmak ve hukuksal çözümler önermekle görevli Özel Raportör atamıştır.

Komisyon, başlangıçta azınlık sorunu olarak gördüğü insan hakları kavramını , zamanla geniş yorumlayarak ,uluslararası alanda korunması ve geliştirilmesi gerekli bir kavram olarak değerlendirmeye başlamıştır, vizyon genişlemesi sayabileceğimiz bu durum BM bünyesindeki görüşme ve çalışmalarda da din özgürlüğünün herkese tanınması şeklinde değerlendirilmesini sağlamıştır.⁶

b. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi

Din ve inanç özgürlüğünün milletlerarası alanda genel bir ilke olarak kabuledildiği ilk belge İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'dir. 10 Aralık 1948 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul ve ilan edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'ne (Evrensel Bildiri)12 olumlu oy veren devletler arasında Türkiye de bulunmaktadır. Beynamede din ve inanç özgürlüğünü doğrudan düzenleyen madde 18. maddesi şöyledir:

“Herkes, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak, dinini ya da inancını değiştirme özgürlüğünü ve ister tek başına isterse de başkalarıyla birlikte topluluk içinde, aleni ya da özel olarak, öğretmek, ibadet etmek, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini ya da inancını açığa vurma özgürlüğünü içerir.”

Maddesi ise ; herkesin “... din... ya da başka bir statüye dayalı ayrımcılık olmaksızın bu Bildiri'de düzenlenen tüm hak ve özgürlüklere sahip” ifadesi ile aralarında dinin de bulunduğu nedenlere dayalı ayrımcılığı yasaklamakta ve bunu yasa önünde eşitliği düzenleyen 7. maddesi ile desteklemektedir. 7

⁶ **Öktem**, İnanç Özgürlüğü, s. 188.

⁷ İHEB, **madde 2**: "Herkes; ırk,renk,cinsiyet,dil,din,siyasal ya da başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken,mülkiyet,doğuş veya herhangi başka bir ayrım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir...."
İHEB, **madde 7**. "Herkes yasa önünde eşittir ve ayrım gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin bu Bildirge'ye aykırı her türlü ayrım gözetici

Beyannamenin 16. maddesinde , evlenme ve aile kurma haklarının din bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamayacağı belirtilmekte, eğitim özgürlüğünü düzenleyen 26. maddesinde de eğitimin niteliklerinden birinin de, bütün uluslar, ırklar ya da dinsel gruplar arasındaki anlayış, hoşgörü ve dostluğu ilerletmek olması gerektiği ifade edilmiştir.

Beyanname, 18. maddesiyle açık bir şekilde, bireylerin inanç farklılıklarına saygı gösterilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

"Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır; Bu hak, din veya inancı değiştirmek özgürlüğünü, dinini veya inancını tek başına veya topluca, açık olarak veya özel surette, öğretim, uygulama, ibaret ve ayinlerle açığa vurma özgürlüğünü içerir."

18. madde, inanç özgürlüğü bağlamında, daha sonra hazırlanacak evrensel ve bölgesel insan hakları belgelerine esas oluşturacak ikili bir ayrıma yer vermektedir.

Maddenin ilk cümlesi, bir bütün olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü taramakta, ikinci cümlesi ise bu özgürlüğün, sınırlı sayıda olmayan bir şekilde, içeriğini ortaya koymaktadır, içerik olarak sayılan haklar, Beyannamenin kabul edildiği dönemin koşullarında yeterli koruma görmeyen ve bu nedenle Beyannamede özellikle yer verilen haklardır. . 18. maddenin ikinci bölümü de düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ikili bir ayrımına yer vermektedir. Bunlardan ilki "din ve inancın değiştirilmesi Özgürlüğü'ne , ikincisi de "dinini veya inancını tek başına veya topluca, açık olarak veya özel surette, öğretim, uygulama, ibadet ve âyinlerle açığa vurma özgürlüğü " ne atıf yapmaktadır.

Söz konusu özgürlük alanı ile ilgili bildirinin 30. maddesine de değinmek gerekir. Bu maddeye göre,

işleme
karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kısırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır."

"Bu Beyanname'nin hiçbir hükmü, herhangi bir devlet, grup ya da kişiye, burada ileri sürülen hak ve özgürlüklerden herhangi birinin yok edilmesini amaçlayan bir girişimde veya eylemde bulunma hakkını verir biçimde yorumlanamaz."

Bu nedenle, 18. madde ile ilgili olarak devlet eliyle ya da örgütlü bir grup tarafından dinsel baskı ve telkin uygulaması durumunda, 30. madde uygulama alanı bulabilir.

Bu madde dinin yanı sıra, düşünce, vicdan ve özellikle inanç kavramlarına yer vererek, korumayı, yalnızca bir dine inanlar için değil, inanmayanlar için de sağlamasına rağmen , bazı delegeler madde metninde dinsel inançlara daha fazla güvence sağlandığı, din dışı inançların yeterince korunmadığı yönünde eleştirilerde bulunmuşlardır.

Beyannamedeki inanç özgürlüğüne ilişkin bu düzenlemenin muhtevası pek açık olmasa da, din ve inanç özgürlüğünü konusunda devletlere yeni sorumluluklar getirmesi bakımından önemli bir ilerleme olmuştur. Beyanname'den sonra hazırlanan hiçbir Birleşmiş Milletler belgesinde, dinini değiştirme özgürlüğüne "açık" bir biçimde yer verilmemiş olması hususunu da gözden ırak tutmamak gerekir.

c. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi.

BM Genel Kurulu'nun İHEB'ni kabul ettiği tarihte, İnsan Hakları Komisyonu'ndan bir İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu Sözleşme'nin uygulama şekline ilişkin taslak hazırlaması istenmiştir.

İnsan Hakları Komisyonu tarafından alınan kararlar, yaklaşık yirmi yıl kadar süren bir çalışmanın ardından 16 Aralık 1966 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilip imza ve onaya açılan ve 23 Mart 1976 tarihinde, 35 devletin onayı ile yürürlüğe giren Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS)18 in 18. maddesi hükmüne göre:

"Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kendi tercihiyle bir dini kabul etme veya bir inanca sahip olma özgürlüğü ile, tek başına veya başkalarıyla birlikte toplu bir biçimde, aleni veya özel olarak, dinini veya inancını ibadet, uygulama, öğretim şeklinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir.

Hiç kimse, kendi tercihi olan bir dini kabul etme veya inanca sahip olma özgürlüğünü zayıflatacak bir zorlamaya tabi tutulamaz.

Bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü ancak kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla, hukuken öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir.

Bu Sözleşme 'ye Taraf Devletler, anne-babalar ile, mümkünse vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne saygı göstermeyi taahhüt ederler. "

Maddenin birinci ve ikinci paragrafları, bir dine ya da inanca sahip olma ya da benimseme (to have or to adopt) özgürlüğünü de içerir biçimde, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü oldukça geniş bir şekilde güvence kapsamına almaktadır. İkinci bölümde din ya da inancını açığa vurma özgürlüğü düzenlenmekte, 3. fıkrada ise din ve inanç özgürlüğünün açığa vurulmasına getirilebilecek sınırlama hükümlerini düzenleyerek, bir dini kabul etme veya inanca sahip olma bireysel hakkı

sınırlamaya konu olamayacağı, dokunulmaz olduğu, Evrensel Bildiri'den göre daha açık bir şekilde ortaya konmuştur.

Dördüncü paragrafta ise dinsel eğitime ilişkin özel bir hüküm getirilerek, Evrensel Bildiride, ebeveyne tanınan açık ve kesin eğitim türünü seçmedeki öncelik hakkı, sözleşmenin bu maddesinde dinsel ve ahlaki eğitimin , ailelerin görüşleri doğrultusunda yapılmasının güvence altına alınması şeklinde ifadesini bulmuştur.

Sözleşmenin hükümleri topyekun değerlendirildiğinde inanç özgürlüğü konusunda düzenleme yapılan madde 18. madde gibi gözüke de , sözleşmenin diğer maddelerinde mevcut olan hükümler de din özgürlüğüne kayda değer katkılar sağlamış durumdadır

Sözleşme'nin Olağanüstü durumda yükümlülük azaltma başlığını taşıyan 4. Maddesinde, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun meydana gelmesi durumunda, devletlerin alacağı tedbirlerin ırk, renk, cinsiyet, dil, din ve toplumsal köken gibi sebeplere dayalı ayrımcılık yaratıcı nitelikte olamayacağı ifade edilmekte ve bu durumunda bile , sınırlama rejimi uygulanamayacak maddeler arasında 18. maddede yerini bulmaktadır.

Sözleşme'nin diğer bazı maddelerinde de (2,20, 26,24,27 v.b.) din ve inanç temeline dayalı ayrımcılığı yasaklayan özel bir hükümler görmekteyiz.

Sözleşmenin 4. bölümünde bir İnsan Hakları Komitesi kurulması öngörülmüştür, komitenin genel manada fonksiyonu sözleşmenin hükümlerinin etkin bir güvenceye kavuşmasını sağlamak ayrıca komitenin görevlerinden biri de, Sözleşme maddelerini yorumlayarak bunların tanım ve içeriklerini netleştirmek ve sözleşmeye taraf devletlere bu konuda rehberlik yapmaktır.

İnsan Hakları Komitesinin işlevleriyle ilgili olarak, sözleşmenin 40 ve 41. maddelerinde önemli düzenlemeler mevcuttur. Taraf devletlerin sunmuş oldukları raporları incelemek ve gerekli durumlarda taraf devletlere iletilmek üzere "Genel Yorum" hazırlamak bu fonksiyonların başlıcalarıdır. Burada 'genel yorum' un konusu genel olarak, taraf devletlerden gelen raporların değerlendirilmesi neticesinde Sözleşme'nin uygulaması ile ilgili olarak belirlediği ihlaller ya da ihmallerdir.

Özellikle Komite'ye yapılan bireysel şikâyet başvurularında, bu söz konusu Genel Yorumlar dayanak olarak kullanılmaktadır. Komite 1993 tarihli 22 no'lu Genel Yorum'unda, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile ilgili olan 18. maddeyi ele almıştır.

Genel Yorum'da Komite, 18. madde kapsamındaki bazı temel konular olan; "din" in tanımı ve muhtevası, din ve inanç temeline dayalı ayrımcılık , devletin bir dinin tümünü veya bir kısmını resmi hükümlere bağlamasının hukuksal yansımaları, din ve inancın ifade edilebilmesi, din özgürlüğünün meşru sınırlama nedenleri, din eğitimi ve vicdani retçilerin durumu gibi konular hakkında görüşlerini ifade etmiştir.

d. Din ya da İnanca Dayanan Her TürLü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Bildiri (1981 Bildirisi)

Uluslararası düzeyde Din ve inanç özgürlüğüne ve din temeline dayalı hoşgörüsüzlüğün yasaklanmasına ilişkin en kapsamlı belge, 25 Kasım 1981 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Din ve İnanca Dayalı Her TürLü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Bildiri'dir

Bildiri tarihinden 20 yıl kadar önce pek çok ülkede oluşan veya süregelen ırk ve din karşıtı fikirsel veya eylemsel saldırılar BM Genel Kurulunda bir dizi karar (resolution) alınmasına sebebiyet vermiştir.

Dolayısıyla 1962 tarihinde Genel Kurulda Dinsel hoşgörüsüzlüğün kaldırılmasına ilişkin bir bildirge hazırlanması yönünde karar alınmış, ancak, bu konunun kapsamının belirlenmesinden doğan güçlüklerden dolayı, uzun süren tartışmalar sonucunda , bildiri takriben 20 yıllık bir çalışmadan sonra ortaya çıkmıştır. Bu durum bazı uzmanlarca konunun ehemmiyet ve karmaşıklığına bağlanırken, bazı yazarlarca da bir skandal olarak tavsif edilmiştir. Bildiri hazırlanırken bazı tartışmalar da yaşanmıştır.

Örneğin; ateist eksenli yaklaşım ve itirazlarla, “din” kelimesi yerine “inanç” kelimesi kullanılmış ve sonrasında da “her türlü inanç” şeklinde son haliyle bu ifade yerini bulmuştur. Yine bir başka “din değiştirme özgürlüğü” idi. Ki zaten bu konu daha önceki bahsi geçen sözleşmelerin hazırlanışı esnasında da gündeme gelmişti. Sonuç olarak bu konuda özellikle Müslüman ülkelerin itiraz üzerine hem başlangıçtan hem de 1. maddeden, “ya da benimsemek” ifadesi çıkarıldı. Bunun üzerine bazı batılı devlet katılımcıları tarafından bu hakkın vazgeçilemez bir niteliği olduğu, ayrıca Müslüman ülkelerin daha önceki MSHS metnindeki ifadelere çekince koymadıkları itirazlarının temelsiz olduğu noktasındaki iptal gayretleri etkili olmamıştır.

Fakat yine de bu değişikliğe itiraz eden devletleri tatmin etmek, ortak bir fikir oluşturmak ve yıllarca süren bu çabayı boşa çıkarmamak için, Bildiri’ye: “Bu Bildiri’deki hiç bir hüküm, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile İnsan Haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde tanımlanan herhangi bir hakkı sınırlayıcı ya da kullanımını durdurucu bir şekilde yorumlanamaz.” Maddesi eklenerek; bir bakıma "din veya inancı değiştirme özgürlüğü "nü açık ifadelerle teminat altına alan önceki uluslararası belgelere atıf yapılarak, bu özgürlük dolaylı yoldan da olsa Bildiri içeriğine dahil edilmiştir.

Başlangıç Bölümü ve sekiz maddeden oluşan Bildiri, başlıca insan hakları belgelerinde yer alan din ve inanç özgürlüğü ve din ve inanca dayalı ayrımcılık

yasağı ile ilgili genel düzenlemeleri daha özgün ve kesin bir içerikte düzenlemektedir.

Buna rağmen Bildiri, din ve inanç terimlerinin anlamı, din ve inanç özgürlüğüne yönelik ihlallerin tanımı, din ve inancını açığa vurma kapsamı ve buna getirilen sınırlamaların somut örnekleri ve Bildiri'nin ihlali durumunda uygulanacak yeterli düzeydeki müeyyidelerin neler olduğu gibi önemli konuları askıda bırakmış, tatmin edici bir düzeye kavuşturamamıştır.

Tartışma konularının ağırlık kazandığı, Bildirinin ilk maddelerinde, inanç özgürlüğünün değişik yönleri , boyutları etrafıca ele alınmıştır diyebiliriz.

Bildirinin 1. maddesinde; "1.Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, bir dini ya da dilediği bir inancı benimseme ve din ya da inancım tek başına ya da topluca, açık ya da özel olarak ibadet, ayin, uygulama ve öğretme biçiminde açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Hiç kimseye, bir dini ya da dilediği bir inancı benimseme özgürlüğünü zedeleyecek baskıda bulunulamaz.

3. Bir kimsenin din ya da inançlarını açığa vurma özgürlüğü, ancak yasayla öngörülen ve kamu güvenliği, düzeni, sağlığı ya da genel ahlakı ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gereken sınırlamalara bağlı olabilir. " ibareleriyle diğer insan hakları belgelerinde olduğu gibi, bu özgürlüğün güvence altına aldığı iki alan olan içsel alan (forum internum) ve dışsal alan (forum extemum) şeklindeki ayrıma yer verilerek düzenlenmiş ve sınırlama ölçütleri yalnızca din ya da inancı açığa vurma özgürlüğüne(dışsal koruma alanına) getirilmiştir.

Bildiri'nin 2. Maddesinin 1. fıkrasında ; “hiç kimse, din ya da başka bir inanç nedeniyle, bir devlet, bir kurum,bir kişi veya kişi grubu tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz ”ifadesi ile ayrımcılık yasağı,

2. fıkra ve 3.madde ile de; BM Şartında ve diğer uluslararası sözleşmelerde yer alan ayrımcılık yasağı ilkesine atıf yapılarak, ayrımcılık ve hoşgörüsüzlüğün tanımı yapılmıştır.

4. maddede , tüm devletler, yaşamın her alanında insan hak ve özgürlüklerinin tanınması, kullanılması ve bunlardan yararlanılması sırasında din ve inanca dayalı ayrımcılığın önlenmesi için hukuksal düzenlemeler yapmak ya" da mevcut düzenlemeleri değiştirmek de dahil gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır. Bu hükümle devlete bu noktada aktif bir sorumluluk ve görev verilerek; kişinin , sadece devlet kurumlarına karşı değil, her alanda din ve inanca dayalı olarak karşılaşılabileceği ayrımcılığa karşı güvenceye sahip kılınmıştır.

Bildiri'nin 5. maddesi , ebeveyn ve çocuğun din eğitimi alanındaki ! haklarını düzenleyerek, çocuğun hakları ile ebeveynin hakları arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır. Maddenin 2. fıkrası, diğer insan hakları belgelerinde yer alan düzenlemelere paralellik arz ederek, çocuğun din eğitiminde anne-babasının veya îvâsisinin isteğini ön planda tutmakta ve çocuğa bu isteklere aykırı bir din eğitiminin verilemeyeceğini belirtmektedir. Bununla birlikte, 2.fıkranın son cümlesi dikkat çekicidir: “çocuğun yüksek çıkarları, bu konuda yönlendirici ilke olacaktır.” Kanaatimizce bu ifade uygulamada sorun meydana getirecek elastikiyete sahip, sübjektif sapmalara nede olabilecek nitelikte bir ifadedir.

Bildiri'nin 6. maddesi din ve inanç özgürlüğünün içeriğine ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Buna göre:

"Bu Bildirgenin 1. maddesi uyarınca ve 1. maddesinin 3. fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, düşünce, vicdan, din ya da inanç özgürlüğü hakkı ötekilerin yanı sıra,

a. Bir din ya da inancın gerekleri uyarınca ibadet ya da toplanma ve bu amaçla ibadet yerleri kurma ve koruma;

- b. Uygun yardım ve insancıl amaçlı kurumlar kurma ve koruma;
- c. Bir din ya da inancın tören ya da törelerine ilişkin araç ya da gereçleri yeterli ölçüde yapma, edinme ya da kullanma;
- d. Bu alanlarda ilgili metinleri yazma, yayınlama ve yayma;
- e. Bir din ya da inancı bu amaçlara uygun yerlerde öğretme;
- f. Bireylerden ve kurumlardan gönüllü maddi ya da başka yardımlar isteme ya da alım;
- g. Herhangi bir din ya da inancın ve standartlarının öngördüğü uygun - liderleri yetiştirme, atama, seçme ya da yerini alacak olanı belirleme;
- h. Dinin ya da inancın kuralları uyarınca tatil günlerine uyma ve bayram ve törenleri kutlama;
- i. Din ve inanç konularında ulusal ve Uluslararası düzeylerde bireylerle ve topluluklarla iletişim kurma ve sürdürme özgürlüklerini içerir. "

Bildirinin en ilgi çekici kısmı olan 6. maddesi , genel anlamda düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün açığa vurulmasına ilişkin olarak sınırlı sayıda olmayan örnek hak ve özgürlükleri düzenlemiş olmaktadır.

Takibenden 7. maddede: “ Bu Bildiride yer verilen haklar ve özgürlükler , herkesin bu hakları ve özgürlükleri uygulamada kullanabilmesini sağlayacak şekilde ulusal mevzuatta düzenlenir.” İfadesine yer verilerek, doktrinde zayıf görülse de , devletlere aktif bir yükümlülük getirmektedir.

Bildirinin 8.<maddesi ile İHEB, MSHS ve ESKHS'nde yer alan din ve inanç özgürlüğüne ilişkin güvencelere atıf yapılmaktadır.

Sonuç olarak 1981 Bildirisi, din ve inanç özgürlüğüne ilişkin en kapsamlı uluslararası belge olma özelliğini günümüzde de korumaktadır. Bildiri'nin hukuksal bağlayıcılığı ve niteliğ konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte, kabul edilen genel görüş, Bildiri'nin hukuksal bağlayıcılığa sahip olduğu yönündedir.

İnsan Hakları Komitesi'nin 1993 yılında MSHS'nin 18. maddesi ile ilgili 22 No.lu Genel Yorum'unda, Bildirinin da son derece etkili olması buna delil teşkil etmektedir.

Ayrıca devletler, 1981 Bildirisi'nde düzenlenen hak ve özgürlüklerin çoğunun uluslararası örf ve adet hukukun bir unsuru olduğunu kabul etmektedirler.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİN'DE DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİ

A. Sözleşme Kapsamında Din ve Vicdan Hürriyeti

1) Tanımı Kapsamı ve Denetim Mekanizması

Gerek İHAS de gerekse bundan önceki İnsan hakları ile ilgili bütün belgelerde; düşünce, din ve vicdan gibi kavramların öznel, göreceli ve hassas özelliklerinden dolayı, tanımlarında kayda değer güçlükler yaşanmış bu durum sebebiyle, açık bir din tanımından kaçınıldığı gözlemlenmektedir. Aynı durum pek çok ulus devletlerin kendi mevzuatlarında “din” kavramını düzenlerken de kendini göstermiştir.

Uluslararası hukukta genel kabul görmüş bir tanım mevcut olmamakla beraber, genel olarak din ve inanç kavramlarının içeriği konusunda ve bu hakkın korunma usulleri ve sınırları hususunda bir çerçeve çizilmeye çalışıldığı da bir gerçektir.

Tabi bu durum beraberinde bir ironik sorunu da doğurmaktadır. Yani inanç özgürlüğünü garanti altına alan sözleşmeler ortada, ama korunan kavramın tanımı henüz yapılmamıştır.

Çalışmamızın başında da ifade ettiğimiz gibi , temel sorun din hürriyeti gibi öznel ve değişken bir alanda , objektif ve tekdüzen prensipler koymaya çalışmanın kolay ve hatta mümkün olmayışıdır.

Zaten ifade etmeye çalıştığımız gibi din hürriyetine dair hemen hemen bütün belgelerde de , inanç ve din kavramlarının başlı başına tanımını bulmak mümkün değildir. Belki bunun tek istisnası BM İnsan Hakları Komitesi'nin, MSHS'nin 18. maddesi hakkında yayınladığı Genel Yorum'da yer alan açıklamalar belirtilebilir.

"DİN " ve **"İNANÇ"** kavramlarının tanımının ve kapsamının belirsizliği, diğer insan haklarına göre hassas ve özel bir hak olarak değerlendirilmesine neden olmuş ve ulusal-uluslararası bütün düzenlemelerde çalışmaların tartışmalı bir şekilde yapılmasına sebebiyet vermiştir.

Birçok uluslararası sözleşme gibi , İHAS de de **"din"** kavramının yanı sıra **"düşünce"** ve **" inanç"** kavramlarına yer verilmesi, mahkeme kararlarından ve doktrindeki genel kabulden de anlaşılacağı üzere , bir dini benimseyişlerden başka herhangi bir dünya görüşünü benimseyen hatta hiçbir kanaati olmayanların (ör. Pasifizm, ateizmve vejetaryenizm) da bir toplumda korunmasıdır.

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde görüleceği gibi, her düşüncenin inanç özgürlüğü bağlamında korunmasını da komisyon ve mahkeme uygun görmemiş, böylesi durumların bile suiistimal olduğunu, kişisel güdülere dayanan şeyler olup, açığa vurulacak bir inanç olmayacağı kanaatine varmıştır. (ör. X. v. Federal Almanya başvurusu.)¹

Komisyon ve mahkeme, buna benzer, nitelik itibariyle dinsel kanaat veya bir inanç türü sayılamayan hususların 9. madde kapsamında korunamayacağı hususuyla beraber, bunların sözleşmenin başka maddeleriyle , örneğin herhangi bir söylemin 10. maddede düzenlenen ifade hürriyetiyle korunabileceğini de ayrıca belirttiği kararlar da mevcuttur.²

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin diğer benzer sözleşmelere göre dikkat çeken yönü şüphesiz ki, içerdiği hak ve özgürlüklerden yararlanmak isteyen

¹ Başvurucu, öldükten sonra, yakılmayı ve küllerinin evinin bahçesine saçılmasını istemiş, fakat bu talebi kabul edilmemiştir.

² Komisyon, **F.P. v. Almanya**, 39 Mart 1993, 19459/92, Komisyon, **X. v. Birleşik Krallık**, 4 Ekim 1977, 7291/75

bütün öznelere aşıından, ihlal iddiasıyla doğrudan yetkili kendi yargısal organlarına başvuru hakkı tanımış olması ayrıca bu anlamda bireysel,kurumsal ve ülkesel bazda herkese sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri tanıma,bunlara aykırı davranmama yükümlülüğü getirmiş olmasıdır.³

Bu anlamda sözleşme'nin metninden ziyade, bölgesel insan hakları standardını, , bu Sözleşmede yer alan hükümleri, ifadeleri yorumlayan mahkeme'nin kararları ve içtihatları oluşturmakta ve belirlemektedir.⁴

Bu durum, hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireyler tarafından Mahkeme'nin ikinci, üçüncü ya da dördüncü derece bir denetim organı olarak algılanmasına yol açmaktadır. Bu nedenle, AİHS mekanizması, sıradan bireyler için, ulusal hukukun yetersiz kaldığı noktada adaletin aranacağı bir son durak görünümündedir.

Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerin pek çoğuna sözleşmenin ilk yıllarında yer verilmiş , sonrasında ana metinde düzenlenmeyen birtakım hak ve özgürlük konuları zaman içinde imza altına alınan , ek Protokoller ile sözleşme insan hak ve özgürlüklerinin tamamını bünyesinde toplayan bir standart sözleşme haline getirilmeye çalışılmıştır.

Denetim Mekanizması

Şunu belirtmek gerekir ki, AİHS “yaşayan bir belge” olarak getirdiği denetim mekanizmasıyla taraf devletlerin, komisyon veya mahkeme kararlarını etkin bir şekilde uygulaması noktasında en başarılı sözleşmedir.

Bunun sebeplerinde biri de devletlerin hakların korunması noktasında ortaya koydukları ortak irade olmuştur.

Sözleşme'nin, koruma mekanizması olarak öncelikle bir Komisyon mevcuttu, bu komisyon adeta önyargılıma görevi yapıyordu. Komisyon yapılan başvuruları kabul edilebilirlik aşamasında inceliyordu. Kabul edilebilirlik kararı verdiği

³ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 99.

⁴ Çavuşoğlu, Naz; "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni Yaşayan Belge Yapan Yorum Teknikleri"; İnsan Hakları Yıllığı, C.14 (1992), s. 131 vd.

başvurular mahkeme önüne geliyordu. Bu arada Avrupa Konseyi'nin karar ve yürütme organı olan Bakanlar Komitesi'nin de, bazı hallerde, komisyon ve mahkeme tarafından gerçekleştirilen yargısal faaliyete katılabilmesi de söz konusuydu.

Başvuruyu yapmak isteyen gerek gerçek kişiler gerekse tüzel kişiler Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine ilettikleri bir dilekçe ile Komisyona müracaat ediyorlardı.

Komisyonca verilen *kabul edilmezlik* veya *kabul edilebilirlik* kararları kesin hüküm niteliğindeydi. Bu anlamda çalışmamızın konusunu oluşturan din özgürlüğü ile ilgili karar ve içtihatların çoğu Komisyon tarafından gerçekleştirilmiştir. Çoğu başvuru da zaten kabul edilebilirlik aşamasında komisyonca reddedilmiştir.

Mahkeme ise,

Önüne gelen bütün dosyaları karara bağlama yetkisine sahipti. Bir tespit niteliğinde olan kararlarda, mahkeme sözleşmenin maddelerinin yorumunu açıklamasını yapmaktaydı.

1990 yılında Ek 9. No.lu Protokolün yürürlüğe girmesiyle, başvurucomarın komisyon başvurusundan sonra olayı bir de mahkemeye intikal ettirebilmesine olanak sağlanıştır.

Esaslı bir değişiklik mahiyetinde olan, Ekim 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No.lu Protokol Komisyon - Mahkeme ikili sistemi sona erdirmiş, bunun yerine tam zamanlı tek Mahkeme şeklinde yapılandırmış, ayrıca bireysel başvuru hakkını bütün taraf devletler açısından zorunlu hale getirmiş, bu anlamda kayda değer yapısal değişim gerçekleştirmiştir.⁵

Mahkeme, Yüksek Sözleşmeci Taraflar sayısına eşit sayıda yargıçtan oluşacaktır. Bu anlamda , artık bütün başvurular doğrudan Mahkeme'ye iletilmekte

⁵ Bkz. **Gözübüyük**, Şeref; "Bireysel Başvuru ve iç Hukuk Yollarının Tüketilmesi": İnsan Hakları Yıllığı, C. 10-11 (1988-1999), s. 3-15; Gözübüyük, Şeref; "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na Başvuru Süresi", İnsan Hakları Yıllığı, C. 12 (1990), s. 3-12.

ve kabul edilebilirlik incelemesi, olayın mahiyetine göre Komiteler (AİHS md. 28) veya Daireler (AİHS md. 29) tarafından yapılmaktadır.

Mahkemenin yargı yetkisi AİHS, 33.34. ve 37. maddeler uyarınca kendisine intikal eden, Sözleşme ve Protokollerin yorumu ve uygulanmasına dair bütün konuları kapsamaktadır (AİHS md. 32/1).⁶

Ayrıca bakanlar Komitesinin yargısal yetkisi de kaldırılmış, salt icra organı haline getirilmiştir.

11 nolu protokolle gerçekleştirilen bu yapısal reform da, artan başvuruların da etkili e hızlı çözüme kavuşması noktasında yetersiz kaldığını belirtmek gerekir. Bunun sebepleri arasında Konseyin coğrafi anlamda genişlemesi ve taraf devletlerin bünyelerinde hak arama istek ve bilincinin artmış olması gösterilebilir.⁷

Yoğun başvurularla başa çıkamayan mahkeme ve sözleşme organları , denetim sisteminde yeni bir reform arayışına yönelmiş, nihayet 3 yıl süren çalışmalar neticesinde 14 nolu protokol taraf devletlerin imzasına ve onayına sunulmuştur.

14 nolu protokolün bir filtreleme mahiyetindeki getirdiği yenilikler özetle;

- Tek yarıçılı olarak da mahkemenin karar verebilmesi,
- Üç yargıçtan oluşan geniş yetkilerle donatılmış komitelerin mahkemeye yardımcı olması
- Bakanlar komitesine oybirliğiyle karar almak koşuluyla, dairelerdeki yargıç sayısını beşe indirebilme yetkisinin tanınması
- Her aşamada dostane çözüm (friendly settlement) teşrik edilmesi
- Ayrıca Avrupa Birliğine sözleşmeye taraf olabilme hakkının tanınması gibi değişiklikler getirmiş olacaktır.

⁶ AİHS'nin madde 33; "Devlet başvuru", madde 34 ise "Kişisel başvuru yolunu" düzenlemektedir. Sözleşme'nin 37. maddesi. İse Mahkeme'nin "kayıttan düşürülen (düşürülmesi mümkün) bir başvurunun, koşulların haklı görüldüğü takdirde eski haline döndürülmesine" (incelenmesine devam edilmesine) dair yetkisini düzenlemektedir

⁷ Arslan –Zühtü ; aihş de din özgürlüğü

2) Din Hürriyetinin Başlıca Özneleri

Çalışmamızın başında AIHS'nin getirildiği etki denetim mekanizmasıyla, diğer sözleşmelere göre başarılı ve kalıcı sonuçlar ortaya koyduğunu ifade etmiştik.

Sözleşme'nin "İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü" başlığını taşıyan 1. maddesine Sözleşme'ye taraf bütün devletler kendi yetki alanlarında bulunan herkese Sözleşme'nin birinci bölümünde yer alan temel hak ve özgürlükleri tanımak zorundadırlar ifadesini taşımaktadır. Yine sözleşmenin 34. ve 9 . maddesiyle beraber sözleşmenin tamamı değerlendirildiğinde, ihlal başvurusu noktasında menfaati korunmaya değer herkesin başvuru ehliyetine sahip olduğu sonucuna ulaşmaktayız.

a- Gerçek Kişiler

Herkesin 9. maddede yerini bulan haklardan faydalanabileceği madde metninde yer almaktadır. Gerçek kişi bireyler bakımından sözleşmede yer alan güvencelerden yararlanma süjesi olması bakımından bir problem söz konusu değildir, sözleşmeye göre; taraf devletin yargı yetkisi kapsamında olan herkes, yabancılar da dâhil olmak üzere, maddede yer alan güvencelerden yararlanabilir.

Burada asıl mesele bireyin inancının genel kabul görmesidir. Sözleşme organlarına göre varlığı objektif kriterler ile kanıtlanamayacak bir din için başvuru hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri süremez. Burada asıl sorun inanç özgürlüğünden faydalanmak isteyen topluluklar açısından meydana gelmektedir.

Yani madde metninde bu hakkın toplu halde kullanılabileceği belirtilmiş olması karşısında , her birey topluluğu, tüzel kişilerin, kuruluşların ,derneklerin , dinsel cemaatlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi sorunsalı asıl mahkeme ve komisyon gündemini oluşturmuştur.

Bu anlamda haktan yararlanan veya korunma talep edebilen kişi gruplarını birçok yazar değişik şekilde ele almıştır. Örneğin Ökten, Sözleşme organlarının

içtihatları ışığında kişileri; mümin, din adamı, memur ve ücretli, mahkûm ve küçük başlıkları altında ele almış ve gerçek kişiler arasında var olan bu sıfat farklılarının din özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda devletin takdir hakkına etkisini geniş izahlarla ortaya koymuştur. Bizi burada fazla detaylı sınıflandırma yapmadan sözleşme organlarının kişisel başvurularda toplumsal statü itibariyle bireylere yaklaşımından ziyade , yapılan başvuruya, korunmasını istediği şeyin , güvence altına almaya değer bir düşünce, inanç veya din olup olmadığı noktasının önemli olduğunu vurgulamak istiyoruz.

Örneğin Mahkumların hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması, elbetteki mahkumiyet kararının doğal bir sonucudur.

Burada bireyin hürriyetini sınırlandırılmış olması din özgürlüğünün dokunulmaz alanına halel getirmez.

Mahkum olan bir ferdin din hürriyetinin mutlak boyutu devletçe hangi şartta olursa olsun bir sınırlandırmaya , kısıtlamaya maruz bırakılamaz. Burada devlet belki cezaevi düzeni açısından , ibadet ve ayin aşaması, kısaca inancın dışavurumu aşamasında müdahil olup, kısıtlama öngörebilir.

Gerçek kişiler bakımından aslında sorun olmadığı (sözleşmen bireysel başvuru hakkını düzenleyen 34. madde “*her gerçek kişi*” ifadesini kullanması reşit olanla olmayan arasında bir ayrımın olmadığı izlenimi vermektedir) belirtilse de , sözleşme organlarına yapılan başvurularda özellikle küçükler açısından açıklığa kavuşturulması gerekli hususların olduğunu belirtmek gerekir.

Her ne kadar yukarıdaki izahatımızla , ‘*herkes*’ inanç özgürlüğünden faydalanabileceğini ortaya koysak da, başvuru aşamasında karşımıza Sözleşme’nin 35. maddesinde yer alan kabul edilebilirlik şartları çıkmaktadır. Bilindiği gibi geçerli bir başvuru için öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir.

Halbuki ülkemiz gibi pek çok ülkede, küçüklerin kanunen iç hukuk yollarına doğrudan başvurma imkanları yoktur. Bu zaviyeden bakıldığında ön şart olan iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartı küçüklerin inanç hürriyetlerinin ihlali durumunda sözleşmedeki güvencelerden yararlanmaları noktasında bir belirsizlik oluşturmaktadır.

Sözleşme organları zaman zaman bu durumu açıklığa kavuşturmaya çalışmışsa da , henüz tam anlamıyla belirginleştirilmiş bir karar çıkmamıştır.⁸

Sözleşme organları, çalışma hayatı içerisinde din özgürlüğünü ele alırken genelde daha çok dini inançlardan dolayı kişilerin bir ayrımcılığa maruz bırakılıp bırakılmadığı ana eksen üzerinde durmaktadırlar.

Sözleşme organlarına göre belirli bir çalışma düzeni içerisine girmeyi başlangıçta kabul eden kişi, bu düzenin gerekliliklerini kendi rızası ile kabul etmiştir. Dolayısıyla çalışma hayatı esnasında , sistemin kişinin dini inançlarını dışa vurumu noktasında ortaya çıkan kısıtlamalar 9. madde kapsamında ihlali oluşturmayacağını sözleşme organları vurgulamaktadır.

Yine bu meyanda bir örnek de, başörtülü bir şekilde derse girdiği için ceza alan bir öğretmenin başvurusu sonrasında sözleşme organları, öğretmenin devleti temsil ettiği, laik bir eğitim sistemin bu şekilde giyinmeye izin veremeyeceği şeklindeki bir değerlendirmeye, idarenin yaptığı işlemin meşru sınırlandırma sebebi olduğu , dolayısıyla bir ihlalin olmadığı yönünde karar vermiştir.

Kanaatimizce gerek bir öze şirkette gerekse devlet memuriyetinde , işe girişten önce konmuş kuralların veya teamüllerin evrensel insan hakları doktrine uygunluğu, AIHS'nin ruhuna uygunluğuna bakılmaksızın, salt düzenlemenin varoşluna bakılarak, başvurucunun ihlalden önce bir öngörü içinde olduğunu varsayarak , ihlalin olmadığı yönündeki verilen kararlar birçok insanın sözleşme organlarına olan güvenin yok olma derecesinde sarsıldığını ifade etmek gerekir.

Bu mantıktan hareketle , örneğin bir ülkede çalışma hayatı içerisinde gerek özel sektör ,gerekse devlet dairelerinde hiçbir dinsel öğeye veya davranışa müsamaha olamayacağı şeklinde bir yasal düzenleme olduğunda, sözleşme organları acaba yine ihlalsizlik kararı mı verecektir? Bu durum çözülmesi gerekli ve beklenen bir durumdur.

⁸ *Margareta ve Roger Andersson _sveç'e karşı*, Seri A, n.226-A, 25 Subat 1992, p.101. (Sözleşme organlarına göre eğer küçüklerin yasal temsilcileri vasıtasıyla iç hukuk yollarına başvuru imkanı tanınmısa, taraf devletlerin için ayrıca küçüklerin tek başına bu yollara başvurma imkanı tanıma yükümlülüğü düşünülemez)

b- Tüzel Kişiler

Bilindiği gibi geleneksel anlamda birçok din ve inanç sistemi, din özgürlüğünün değişik şekillerde ortaya çıkışında bireysel davranışlarından ziyade cemaat halinde (kolektif) hareketlerin , ritüellerin , daha ön planda olduğunu ifade etmek gerekir.

Bu alanda sözleşme organlarına baktığımızda, sözleşme organları bu konuya ilişkin kararlarında ilk zamanlar tüzel kişiliği haiz olan kuralların maddede geçen haklarından müstefit olamayacağından bahisle, bir kilisenin başvurusunu reddetmiş, daha sonraki kararlarında ise bu içtihadından vazgeçerek, kilisenin başvurusunun , gerçekte üyelerinin hak ve menfaatlerini korumaya yönelik olduğundan bahisle başvuruyu kabul etmiştir.

Sözleşme organları sonraki kararlarında da , kiliselerin başvuru sıfatının olduğu şeklindeki içtihadını devam ettirerek, bir çok kararında, baskılara maruz kaldığını, sahip olduğu hakların ihlale uğradığı yönündeki kilise başvurularında ihmalin olduğu şeklinde karar varmıştır.

Sözleşme organlarının bu değişen bakış açısıyla , kiliselerin başvuruları, mensuplarının yerine yapılmış birer başvuru olarak sayılmaya başlanmıştır.

Bunun yanı sıra bu başvuru sıfatı sadece kiliseye özgülenmeyip, dini yahut felsefi amaçları olan dernek ve kuruluşları da kapsadığı varsayılmıştır.

Burada belirtilmesi gerekli bir husus da , tüzel kişileri, kurumlar ve toplulukların 9. maddede yerini bulan din hürriyetiyle alakalı konularda haklarının ihlalini ileri sürebilmeleri, din hürriyeti alanı dışında başka sebeplere dayalı başvurunun bu anlamda dikkate alınmayacağıdır.

c- Devletler

Sözleşme'nin 33. maddesi “Devlet başvuruları” başlığını taşımakta olup , taraf devletlere

Sözleşme'nin veya Protokol'lerin diğer bir taraf devletçe ihlal edildiği iddiası ile Sözleşme organlarına başvurma hakkını tanımaktadır. 33. maddeye dayanarak Sözleşme'ye taraf herhangi bir devlet, diğer bir taraf devletin kendi egemenlik alanı içerisinde 9. maddeyi ihlal ettiğini iddia edebilir ve bu iddiayı Sözleşme organları önüne getirebilir. Ancak, tahmin edilebileceği gibi 9. madde altında bir devlet başvurusunun gerçekleşmesi oldukça nadir görülen bir durumdur. Bu konuda verilebilecek klasik örnek Güney Kıbrıs'ın Türkiye'ye karşı yaptığı ve adanın kuzeyinde Türkiye'nin gerçekleştirdiği “*işgal*” sebebiyle Sözleşme'nin diğer maddelerine ek olarak din özgürlüğünde ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü Kıbrıs Türkiye'ye karşı davasıdır.

Bu davada İHAS nin 1-11 arasındaki maddelerle 13. maddesinin ve 14,17 ve 18. maddelerin hep birlikte ihlal edildiği iddia olunmuştur. Din özgürlüğüyle ilgili olarak yapılan ihlal iddiasına karşılıklı Sözleşme organları 9. madde ile ilgili esasa girmiştir. Güney Kıbrıs hükümeti, bu davadaki beyanında adanın kuzeyindeki engellemeleri sebebiyle vatandaşların dini ibadet ve ayinlerini yapmak amacıyla buralara gidemediklerini, ibadet haklarının engellendiğini ileri sürmüştür. Gerçek anlamda bir ihlalin olup olmadığını inceleyen Sözleşme organları burada seyahat özgürlüğünün kısıtlanması sonucu 9. maddedeki inanç özgürlüğünün de dolaylı olarak ihlale uğradığı şeklinde ucu açık , oldukça geniş yorumlu bir karara varmıştır.

B. Din Özgürlüğünün Korunma Alanları

Din hürriyeti başlangıçta saf ve duru bir kavram olarak algılanmasına rağmen, özgürlüğün devlet veya üçüncü kişiler tarafından bazı sınırlandırma ve müdahalelere uğraması durumundan sonra , artık karmaşık ilişkilerden oluşan bir sorunlar yumağı haline gelmektedir.

Bu anlamda devletin aldığı din özgürlüğü alanındaki sınırlandırma tedbirleri öğretilerde ve sözleşmenin hazırlanış felsefesinde , özgürlüğün dışsal alanına (tezahür edişi) dair olduğu belirtilse de, inanç özgürlüğünün kavramsal sınırlarının belirsizliği sebebi ile bazen , özgürlüğün içsel alanına(mutlak boyut) da müdahale olabilmektedir.

Devlet tarafından alınan tedbirin , özgürlüğün mutlak boyutuna değil, sınırlanabilen alanına ilişkin olabileceği prensibi bilinmeli ve uygulama esnasında bu ayırım gözden ırak tutulmamalıdır.

Başka bir ifadeyle, din özgürlüğünün boyutları ve korunma alanları kolayca ayırma tabi tutulacak mahiyette olmayıp, unsurlarının birinin diğerini kökten etkilediği, ayrışılması her somut olayda mümkün olamayan bir yapıdadır.

Dolayısıyla din hürriyetinin tezahür ediş açısından türlerini kesin hatlarla belirlemek imkanı mevcut değildir.

Zaten sözleşme tarafı devletlerce ve ihlal durumunda ilgili yargısal organlarca belirlenmesi gereken, , bu hatları keskin hatları ile ortaya koymaktan ziyade , dışsal korunma anlamında bir ihlalin var olup olmadığıyla, yapılan sınırlandırmanın meşru , sözleşmenin ruhuyla örtüşüp örtüşmediği ile ilgili tespitte bulunmak olmalıdır

1) İçsel Koruma (Forum Internum)

a-Genel Olarak

Sözleşme organlarının içtihatlarında "*Forum Internum*" olarak da adlandırılan içsel alan, üzerinde en çok vurgu yapılan alan olmanın yanında din hürriyetinin sınırlanamayan, mutlak alanını oluşturur.

Öğretide ve yargısal organların içtihatlarında içsel alan , kişinin bir din yahut inanca sahip olması , hiçbir din ya da inanca sahip olmaması özgürlüğü veya var olan din ya da inancın değiştirebilmesi özgürlüğünü ifade eder.

Forum internum alanında kalan din ve inanç özgürlüğü boyutu , insanın , dış dünyaya (forum externum) yansımamış olan inançlarını korumayı hedeflemiş olmaktadır.

Bu meyanda temel ilke, insanlar, inançlarını değiştirmeye ve açıklamaya ya da bazı inançları benimsemeye zorlanmamalı; belirli bir inanca sahip olabilmek ya da mevcut inancını değiştirebilmek için herhangi bir makamın iznine ihtiyaç duymamalıdır.

Sözleşme organlarınca , herhangi bir sınırlandırmaya konu olamayan bu mutlak iç boyuta ilişkin geniş bir anlam yüklemesi, bu alanda , inancın açığa vurulması özgürlüğünü ifade eden "*forum externum*" a nazaran herhangi bir kısıtlamaya gidilemeyeceği prensibi noktasında , bu boyutun kapsam ve sıralarını belirleyici bir yorumun sözleşme organlarınca yapılmamış olması, doktrinde ilgililere bu durumun pratik bir yararının bulunmadığı ve bu alana sağlanan güvencenin de ilgililer açısından fazlaca bir öneminin dolmadığı şeklinde eleştirilere sebep olmuştur.⁹

⁹ Ekiz, Serkan ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İnanç Özgürlüğü, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir,s. 144

Öyle ki din özgürlüğünün bu mutlak boyutunun açıkça ihlal edildiği bazı davalarda bile yargısal organlar, müdahalelerin dışsal alanla ilgili olduğu noktasında yoğunlaşarak, bu alandaki belirsizliği devam ettirmiştir.

Bu durumun başlıca etmenlerinden birisi, bireyin içsel dünyasının, inançlarının, dışa vurulmadığı sürece belirlenmesindeki zorluk, bu alana yönelik müdahalelerin bir ihlal teşkil edip etmediğinin tespitindeki güçlütür.

Zira forum internumda, forum externumun aksine inanç noktasında devletle veya diğer insanlarla , hak ve özgürlükler bağlamında bir çatışma ortamı oluşmaktadır. Esasında forum internum koruma alanı, bireylerin gerçek manada birbirleriyle olan ilişkilerinde çatışmanın mümkün olmadığı, mahrem ve düşünsel dünyadır.¹⁰

Bununla beraber forum internum korunmaya değer bir yapıdadır. Zira sadece dışa vurulan davranışlar değil, mutlak alan olan pasif boyutta ihlale konu olabilir, devletçe veya diğer toplum fertlerince kişiler üzerinde manevi baskı, sürekli sistemli telkin içsel düşünce alanına girmeyi mümkün kılan durumların var olduğunu bilmekteyiz..

Forum internum ile forum externum arasındaki değişim özelliklerini katı ayrımlara tabi tutamayacağımız sonucunun bir diğer yansıması da, bu alanların iç içe geçmiş olmasıdır. Mesela bir insanın belli inanışa sahip olmasının veya inançsız olarak çevresinde bilinmesi, bir içsel alanıdır yoksa inancını açığa vurmak mıdır?

Dolayısıyla forum internumun tam anlamıyla içeriği oluşturulmadığı için, hangi halde mutlaka alana bir müdahale olduğunu tespit etmek oldukça güç olmaktadır. Pek tabii ki bu durum inananlar açısından oldukça önemli mağduriyetlere sebebiyet vermektedir.

¹⁰; Arslan, Din Özgürlüğü, s.34

Sadece AİHS değil birçok uluslararası anlaşmalar ve yargı kararları forum internum ile forum externum arasında bir ayrım olduğu tespit edilse de , din özgürlüğünün bu içsel alanın nelerden oluştuğu izahtan mahrum bırakılmıştır.¹¹

Öğreti de forum internumun, madde metnindeki ifadelerin yanı sıra, Belli bir din ya da inanca sahip olup olmamaya dayalı ayırıcılığa maruz bırakılma, Belli bir dine üye olmanın yasaklanması, Birisini din ya da inancını açıklamaya zorlamak, bireyin rızası olmadan onun adına inancını açıklamak, Dinlerinden veya inançlarından vazgeçmeye, değiştirmeye davet etmek, bunlara yanaşmaması durumunda, korkutucu bir güçle yani tehditvari bir telkin bulunma gibi örneklemelerin bu alanda ihlal teşkil ettiği noktasında birleşmişlerdir.

Bu alanın korunması devlete de bazı yükümlükler getirir. Bireylerin inançlarını koruması ve açıklamaya zorlanmaması gibi hususlar burada öne çıkmaktadır. Çünkü bazı hallerde devlet sadece inancı açığa vurma aşamasında değil, bireylerin içsel dünyasına direk etki edici uygulamalarında mimarı olabilir.

Forum internumun tanımının MSHS'nin 18(2). Maddesinde şöyle yer aldığını görmekteyiz:

"Hiç kimse, kendi tercihi olan bir dini kabul etme veya inanca sahip olma özgürlüğünü zayıflatacak bir zorlamaya tabi tutulamaz. "

MSHS'yi hazırlayanlar, madde tamamen forum internumu konu edinmiş ve inanç değiştirme hürriyetini, din yayma faaliyetini (proselytizm) ve misyonerlerin faaliyetlerini forum internum ile bağlantılı olarak ele almıştır.

Madde ile ilgili Genel Yorum'unda da forum internuma yönelik davetin ötesinde her türlü , tehditvari davranışlar, inanç değiştirmeye yönelik cebir ve cezalandırma içerikli uygulamaların hatta bu meyanda gerçekleştirilen politikaların da maddeye aykırılık teşkil edeceği vurgulanmıştır.

20 Arslan, Din Özgürlüğü, s.34.

Örneğin , devlet kurumları tarafından bazı inanç mensuplarına ayrıcalıklı bir konum belirlenirken , varlığı tehlikeli olarak belirlenen bir din ya da inanç mensuplarına ikinci sınıf vatandaş muamelesi öngörmesi, yine ayrıcalık sağladığı inanç mensuplarının temel hak ve hürriyetlerini sonuna kadar kullanmasını sağlayarak destekleyici bir tutum içindeyken , beğenmediği inanç mensuplarının, gizli kurumlarca devamlı takibe alınması, bu inanca sahip kişilere bürokratik kurumlarda farklı davranılması ya da devlet görevlileri tarafından işlerinin savsaklanması, sürüncemede bırakılması bu duruma örnek teşkil eder.

Ayrıca devlet resmi bir dine sahipse, devletin "resmi" dini dışındaki din veya inanca sahip olan vatandaşların içsel alanına müdahale veya bu alanın gelişimine yönelik bir baskı söz konusu olabilir.

b-Sistemik Telkin Karşı Koruma

Bilindiği üzere devletin tebaasında olan bütün vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini etkin bir şekilde kullanmalarını sağlaması Esitlik ilkesinin bir gereğidir. bir dinin veya inancı resmileştirilmesi veya daha öne alınması , başka inanca mensup veya inançsız birteyler açısından bir ihlalin varlığını gündeme getirebilir.

Bu anlamda gerek doktrinde gerekse sözleşme organlarının yorumlarında da belirtildiği gibi sistematik telkin tarzındaki zorlama ve dayatmaların en belirgin şekilde ortaya çıktığı yerler eğitim kurumlarıdır.

Dinsel özgürlükle ilgili sözleşmedeki madde sadece , 9. maddeden ibaret olmayıp, özellikle eğitim kurumlarında ebeveynlerin sahip oldukları hakları düzenleyen 1 no'lu protokolün 2. maddesi bu konuda var olan açık hükümleri düzenlemekte ve maddede şu ifadeler yer almaktadır..

“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamayacaktır. Devlet, eğitim ve öğretime ilişkin olarak üstlendiği görevlerin yerine getirilmesinde, ebeveynin, bu eğitim ve öğretimin kendi dinsel ve felsefi inançlarına uygun olmasını sağlama hakkına saygı gösterecektir.”

Bu anlamda sözleşme organlarının bu , konuya dair genel manada içtihadını teşkil eden ilk karar, Danimarka’da gerçekleşen zorunlu cinsel eğitim dersleriyle alakalı karardır.

Bu olayla ilgili ebeveynlerce yapılan başvuruda, dersin zorunlu olmasının, dini düşünce ve inançlarına aykırı olduğunu ifade ederek , ihlalin var olduğunu iddia etmişlerdir.

Olayı inceleyen Mahkeme heyeti , 1. maddenin 2. cümlesinin, demokratik bir toplumun varlığı bakımında vazgeçilemez ana unsur olduğunu , eğitim-öğretim konusunda bir toplumda çoğulculuğu korumayı hedeflediğini belirtmiştir.

Bunun sağlanması için, “devlet, eğitim ve öğretim işlevini yerine getirirken, müfredatında yer alan bilgilerin; nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir biçimde aktarılmasına özen göstermelidir,

Devlet ailenin dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmemesi anlamına gelecek, sistematik telkin amacı güdemez. Aşılması gereken sınır budur.”¹²

Bu yorumun 9. maddenin ruhuna uygun bir açıklama olduğunu da devamın Mahkeme gerekçesinde belirtmiştir.

Sözleşme organları çocuklara verilecek eğitimin içeriğinin tamamen dini ve felsefi konulardan arınmış olması gerektiği gibi katı bir düşünce içinde olmamakla

¹² Mahkeme, **Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen v. Danimarka**, 7 Aralık 1976

beraber, kararlarda altı çizilen husus, bu eğitim sürecinde işlenen konuların objektif ve eleştiriye açık bir şekilde gerçekleştirilmesinin yeterli ve gerekli olduğudur.

Yani sözleşme organları burada bir kriter belirlemiştir adeta. Zira ebeveynin sistematik telkin boyutuna henüz varmakmış olan , müfredattaki her türlü dinsel ve fikişel bilgilerin öğrenciye aktarılmasına engel olma hakkının olduğunun varsayılması durumunda, her alanda kurumsallaşmış olan eğitim-öğretim düzeninin varlığının tehlikede olması kaçınılmaz bir sonuç olacaktır.¹³

Burada henüz temyiz kudretine erişmemiş, özgür iradesiyle bir din ve düşünceye sahip olması mümkün olmayan küçükler açısından, ebeveyne bir öncelik hakkı tanındığı ortadadır.

Zira eğitim kurumunda telkin yasağına karşı ebeveyn bir itirazda bulanabilirken, çocuğunun nesnel ve çoğulcu kritere uygun eğitim ortamında yetişme hakkını kurumlara karşı savunabilirken, örneğin ev ortamında çocuğa baskı uygulanması durumunda bununla ilgili etkin bir önlemin var olduğunu söylemek zordur.

Okullarda okutulan cinsel içerikli zorunlu derslere ilişkin olarak yapılan başvuru sonucun , bu derslerde çocuklara belli ölçülerde , bilimsel içerikli ve bir anlamda objektif biçimde ders anlatımından bahisle Mahkeme Sözleşme'nin ihlal edilmediğini belirtmiştir.zira mahkemeye göre burada ebeveynin ilk elden çocuklarına istedikleri şekilde bir cinsel eğitim öğretim gerçekleştirmelerine bir engel yoktur. Verilen eğitim de maksatlı ve sübjektif içerikli bir niteliğe sahip olmayıp, ebeveynin haklarını ihlal edici bir durumun olmadığını ifade etmiştir.¹⁴

Yine benzer şekilde Mahkeme, okullarda din dersinden muaf tutulma isteği, okul yönetimince kabul edilmiş fakat, pasifist inançlarına dayanarak okul

¹³ Bkz. Bu konuya ilişkin Aynı Karar, § 53.

¹⁴ Mahkeme, **Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen v. Danimarka**, 7 Aralık 1976, 5095/71, 5920/72, 5926/72, § 54.

merasimlerine katılmayan ve bu yüzden ceza alan öğrencinin durumuyla ilgili yapılan başvuruda da , mahkeme kişinin zaten din derslerinden muaf tutulduğunu , merasimlerin ise kamu yararı içerikli olmasının önemini vurgulayarak, sistematik telkin boyutunda bir ihlalin olmadığına karar vermiştir.¹⁵

Sözleşme organları zorunlu din dersleriyle ilgili yapılan başvurularda, okullarda okutulan din ve ahlak bilgisi derslerinde, asgari düzeyde Hristiyanlığa veya başka bir dine yer verilmesi, sistematik dini telkin olarak sayılmaması gerektiği ve burada bir 9. madde ihlalinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir.

Komisyon burada önemli olan noktanın çocuğun kişisel olarak durumudur, yani somut olayda başvurucunun kızının, herhangi bir biçimde bir dini ayine, ibadete katılmaya zorlanma, ayrıca sistemli bir dini telkin varlığının araştırılmasını gerektiğini, somut olayda bu anlamda bir ihlalin olmadığına kanaat getirmiştir. ¹⁶

Sonuçta bu konudaki mahkeme içtihadı da devlet okullarında isteğe bağlı din eğitimi verilmesi yahut bu tür derslerin zorunlu olması, muafiyet imkanlarının öğrencilere tanınması durumunda, Sözleşme'nin 9. maddesi anlamında bir müdahale veya ihlalin olamayacağıdır.

Bu anlamda sözleşme organları dinsel ibadetin herhangi bir türüne katılmaya zorlanmanın olması durumunda , somut olayın sistematik telkin niteliği taşıyabileceği veya başka bir tezahürüyle de , kişinin verilen din eğitiminden muaf tutulma talebinin gerekçesiz reddedilmesi durumunda da aynı şekilde bir telkinin varlığının kabul edilebilir olduğunu kabul etmektedir.

Aynı husus , İnsan Hakları Komitesi'nin, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin inanç özgürlüğünü düzenleyen 18. maddesine ilişkin Genel Yorum'da da yer almaktadır. Söz konusu Genel Yorum'un 6. paragrafında, belli bir dinin ya da inancın öğretimini içeren devletin verdiği eğitimin , anne-babanın yahut

¹⁵ Mahkeme, **Valsamis v. Yunanistan**, 18 Aralık 1996, 21787/93, § 30-33.

¹⁶ Komisyon, **Angelini v. İsveç**, 3 Aralık 1986, 10491/83, D.R. 51, s. 48.

kanuni vasilerin isteği doğrultusunda, ayrıca ayrımcılık gözetmeyen niteliğe sahip, çeşitli muafiyetler ya da alternatifleri muhtevi olması durumunda , MSHS'nin 18. maddesi anlamında , sözleşmeye ayrılığının var olmayacağını belirtmektedir.¹⁷

Mahkeme ve komisyonun ilk bakışta bu belirgin kriteri bir sistematik telkin olarak varsaydığını zannetsek de , durum pek de tutarlı bir seyir izlememektedir.

Zira Mahkeme Dahlab V. İsviçre başvurusunda, başörtüsü taktığı için görevden uzaklaştırılan bir ilkokul öğretmenin, 9. maddeye aykırı biçimde inancını açığa vurma özgürlüğünü (forum externum) kısıtladığını ileri sürerek yaptığı başvuruda, Mahkeme akıllara durgunluk veren, aynı konumda diğer kararlarıyla örtüşmeyecek tarzda bir karara imza atmıştır. Olayda dini bir gereği olarak, inancı gereği başörtüsü takmanın, bir kişi ya da topluluğun var olan inancını değiştirmek amacıyla yapılan eylemler için kullanılan bir terim olan “*prozelitizm*” kavramından bahsetmiş, bunun somut olayda yaşları dört ile sekiz arasında değişen çocukların, çok kolay etkilenebilecek bir yaşta olduklarının altını çizerek, mahkeme, sistematik telkin konusunda yeni bir yorum ortaya çıkarmıştır.

Somut olayda mahkeme başörtüsünü çok güçlü ve dışa dönük bir dini sembol olarak varsaymış, bunun öğrencileri üzerinde tesir güzü yüksek bir nevi telkin olacağından bahisle, başvurucunun dinini açığa vurma özgürlüğünden önce, çocukların menfaatlerinin daha ön planda olması gerektiği ve bu anlamda devletin yaptığı müdahale ve sınırlandırmanın sözleşmeye uygunluğunun altını çizmiştir. .¹⁸

Halbuki burada mahkeme daha önce gerek kararlarda gerekse genel yorumda belirtilen kriteri esas almalıydı. Yani inancı gereği taktığı başörtüsüyle derse giren öğretmenin, taktığı bu başörtüsüyle ilgili telkinvari söylemler, veya teşvik edici davranışların var olup olmadığı üzerinde durulması , sözleşmenin ruhuna daha uygun olurdu.burada mahkemenin tüm dinler karşısında tarafsız olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Çünkü mahkeme gerek 9. maddenin sağladığı korumadan

¹⁷ <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>, 15 Temmuz 2005.

¹⁸ Mahkeme, **Dahlab v. İsviçre**, 15 Şubat 2001

faydalanan başvuru açısından, gerekse meşru sınırlandırma bağlamında, yaptığı yorumlarda genellikle , kişinin mensubu olduğu dinin bu konudaki hükümlerine de atıfla , kendini fetva makamı yerine de koyarak da son sözü söylemektedir.

Yine ülkemiz aleyhine yapılan bir başvuruda , kuran kurslarına kayıt olmak için zorunlu olan, ilköğretimi bitirme şartı mahkemece karara bağlanmıştır. Başvurucu bu koşulun, 14. maddeyle bağlantılı olarak 9. maddeyi ihlal ettiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre getirilen bu şart , Kuran kurslarına katılmak isteyen çocukların, ilköğretim aracılığıyla belli bir olgunluğa erişmiş olmalarını sağlamayı hedeflemektedir.. söz konusu sınırlandırma, bir sistematik telkin oluşturmamakta ve anne babanın , çocuklarının doğal eğitimi sınırlarıyla, çocukların aydınlatma ve yol gösterme veya onları dinsel , felsefi inançları doğrultusunda yetiştirme haklarına aykırılık teşkil etmemektedir.

Mahkemeye göre, taraf devletçe gerçekleştirilen kanuni düzenleme, gerek yaş itibariyle küçük olan, gerekse her şeyden kolayca etkilenme olasılığı yüksek olan çocukları, eğitim sırasında gerçekleşme ihtimali olan sistematik telkinlerden korumak amacını içermekte olup, devlet zaten ilköğretim sırasında çocuklara din dersine katılma imkanını sunmaktadır.¹⁹

Sözleşme organlarına göre, devletlerin vereceği eğitim, tarafsız ve nesnel olmalı, içeriği itibariyle sistematik telkin boyutuna varmamalı, çocuklara tek bir dini inanca veya inançsızlığa yönlendirmemelidir.

Devletin bu prensibe uyma yükümlülüğü olduğu gibi, başkalarınca yapılacak bu tür telkinlere de devlet engel olmalıdır

¹⁹ Mahkeme, **Çiftçi v. Türkiye**, 17 Haziran 2004, 71860/01, (Çevrimiçi) <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>, 15 Temmuz 2005

c-Din ve İnancını Açıklamama ve Açıklamaya Zorlanmama

Forum internum çerçevesinde irdelenmesi gereken bir diğer konu da, kişinin iç alemine, düşünce dünyasına bir müdahale niteliği taşıyan, dinini, inancını veya bu konudaki görüşlerini açıklamaya zorlanmasıdır.²⁰

Birey gerek toplum tarafından gerekse resmi makamlarca herhangi bir ayrımcılığa, ötekileştirilmeye maruz kalmamak adına, inancını açıklamak istenemeyebilir.

Devletin resmi bir dininin olduğu veya ülke çoğunluğunun aynı dinin müntesibi olduğu yerlerde, din ve inanç noktasında azınlık pozisyonunda onlalar için, gerek psikolojik gerekse fiziksel baskı anlamında olumsuz vakaların veya süreçlerin yaşanması ihtimali yüksek olmaktadır.

Böylesi bir toplumda birey özgürce inancını açıklayamadığı gibi, forum internum anlamında bir serbestlik de oldukça güçleşmektedir.

Sözleşme organlarının bu meyanda değerlendirdiği kararlarında, bu durumu her zamana netleştirmekten kaçınmaktadır.

Öğrenci karnesinde mevcut olan din dersine ait hanenin kaldırılması talebine dair ateist görüşe mensup bir tarafında yapılan başvuruda, başvuru özetle müfredatta zorunlu olmamakla beraber , karnende bu alanın var olması ve boş bırakılması sonucunda bir nevi inancını açıklamaya zorlandığını ve bir ihlalin varlığını iddia etmiştir.

Mahkeme kişinin bu durumdan duyduğu kişisel ve psikolojik etkilenmeden çok, resmi kurumlar önünde mağdur duruma düşme olasılığının olup olmadığı hususlarına değinerek, verilen karnenin sadece bir eğitim yılını kapsadığından bahisle, gelecekte kişinin iş ve mesleki hayatını olumsuz etkileyecek unsurların

²⁰ P. van Dijk; G. J. H. van Hoof, **a.g.e.**, s. 542, Carolyn Evans, **Freedom of Religion under the European Convention of Human Rights**, s. 96.

bulunmadığı, bunun yanı sıra söz konusu karnede müzik ve güzel sanatlar derslerine ait haneler de boş durumda olmasıyla, dine dayalı bir ayrımcılık veya zorlamanın olmadığı sonucuna ulaşmış ve kabul edilemezlik kararı vermiştir.²¹

Bu konuda ayrıca mahkemeye yapılan bir başvuruda, devlet idaresince alınan bir kararla nüfus cüzdanlarından din hanesinin çıkarılmasının, bu anlamda inancını açığa vurma özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüş, din hanesini kimliklerde de yer alması gerektiğini, isteyenini bunu boş bırakabilmesinin mümkün olacağını, kendisi gibi birçok kişinin kimliğinde din hanesine yer verilmesini talep edenlere münhasır olarak bu hakkın tanınması noktasında bir düzenlemenin olması gerektiğini iddia etmiştir.

Mahkeme, nüfus cüzdanlarındaki din hanesinin kaldırılması düzenlemesine dair verdiği bu kararla, bu konudaki görüşünü netleştirmiş,

Nüfus cüzdanlarının, kişilere vatandaş, yurttaş statüsü veren bir belge olduğundan bahisle, vatandaşla devlet arasındaki ilişkilerde belirlilik sağlayan bir resmi evrak olduğunu vurgulamıştır.

Dini inanç öğelerinin ve kültürel tercihlerin vatandaşla devlet arasındaki münasebetlerde “*ayırt edici*” bir bilgi niteliği taşımadığı gibi, devletin tek tip olarak hazırlamak durumunda olduğu bu nevi belgelerde Dinsel öğelere yer vermek, din mensuplarını veya inançsız olanları , gerek resmi gerekse gayri resmi hizmet kurumlarında ve iş ortamların da değişik sıkıntılara , ayrımcı tarzda uygulamalara sevk edebilecektir. ⁸⁷

Kararları kısaca değerlendirdiğimiz de , burada üzerinde durulan hususun , toplumda yaşayan fertler arasında bu tür belgelerin ayrımcılık unsurunu taşıyıp taşımadığına yöneliktir.

²¹ Mahkeme, **Saniewski v. Polonya**, 26 Haziran 2001, 40319/98, (Çevrimiçi) <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>, 15 Temmuz 2005. Komisyon da benzer gerekçelerle, benzer bir başvuruyu, bu defa 8. madde bağlamında inceleyerek, kabul edilemez bulmuştur. Komisyon, **C.J., J.J. ve E.J. v. Polonya**, 16 Ocak 1996, 23380/94, (Çevrimiçi) <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>.

Başka bir ifadeyle kişinin kendine ait olan bu belgelerin gerek kamuda gerekse özel sektörde kullanım alanlarına bakılmakta, sürekli olarak kullanımda olan ve kişiyi ayrımcı uygulamalara maruz bırakma ihtimal yüksek olan belgelerin veya işlemlerin varlığının olup olmadığı hususunun altını çizmiştir.

d-İnanç Değişirme Özgürlüğü

Kişinin sınırlandırılmaz mutlak hakları arasında yer alan Din veya inancını değiştirme özgürlüğü, forum internumun yani Din ve inanç özgürlüğünün içsel koruma alanının bir parçasını oluşturur.

Hemen belirtmek gerekir ki insanın bu meydandaki kişisel tercihleri başlangıçta özerk bir yapıya sahip değildir. Zira her toplumda aşağı yukarı, bu mahrem alan, bireyin ailesi ve çevresinin telkinleriyle bir tercih şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Bireyin din veya inancını belirlemesi, devamlılık gösteren bir kendini tanımlama, ifade etme süreci olup, dolayısıyla kişinin din veya inanç değiştirme hürriyetinden faydalandığı bu sürece, kasıtlı ve maksatsız gelebilecek bir engelleme veya herhangi bir müdahale, sözleşmenin 9. maddesinde açıkça yerini bulan koruma alanının ihlal niteliğinde olacaktır.

Din hürriyetine, inanç özgürlüğüne dair uluslararası belge ve sözleşmelerde, ayrıca doktrinsel açıklamalarda ve eserlerde, din veya inancı değiştirme özgürlüğünün varlığı ve kapsamı noktasında olumlu-olumsuz birçok ileri sürülmüştür.²²

²² UN. Doc. E/CN.4/AC.1/SR,s.3.

Olumsuz tarzda yani din değiştirme özgürlüğüne dair açık bir atfın sözleşmelerde ve belgelerde yer almasının gereksizliği üzerinde duran görüş sahipleri, din değiştirme özgürlüğünün zaten din özgürlüğü ana başlığı altında doğal olarak var olduğu iddiasından hareket etmektedirler.

Genellikle insan hakları belgelerinin taslak çalışmalarında ileri sürülen yukarıdaki görüşler ve bu konuda yaşanan fikir ayrılıkları, gerek doktrinde gerekse uygulamada inanç özgürlüğünün bu yönünü dikkat çekici bir özelliğe kavuşturmuştur.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Din ya da İnanca Dayanan Her Türü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Bildiri'nin bu konuya dolaylı atfına karşın, AİHS'de bu mutlak hakka 9. maddede “*açıkça*” düzenlenerek ve yapılan içtihadı yorumlarla bu hakkın hiçbir endişeyle sınırlandırılmayacağı belirtilmiştir.

Din veya inancını değiştirebilme konusunda karşımıza çıkan bir sorun da, kişilerin inançlarını değiştirmeyi amaçlayan bu eylem olarak kısaca ifade edilen “proselitizm” olup , bu meyanda yapılan başvurularda Mahkeme de, din yayma faaliyeti ile ilgili kararlarında din veya inanç değiştirme özgürlüğünün önemini vurgulamış, din veya inancını açığa vurma özgürlüğünün, ilke olarak başkalarını, örneğin “öğretim” yoluyla, ikna etmeye çalışma hakkını da içerdini belirtmiştir.²³

Bu anlamda başkalarına din telkini anlamındaki proselitizm ile dinini açığa vurma arasında yakın ve ince bir çizgi olduğunu belirtmek gerekir.

Din yayma faaliyetleri başlangıçta dinini açığa vurma hakkı olarak ortaya çıkabilmekte, pek çok somut olayda da karşı taraf için önce bir dini öğrenme hakkı görünümünde iken sonradan bir dayatma, psikolojik sosyal anlamda baskı unsuru haline gelebilmektedir. İşte bu noktada içsel alana bir müdahaleden bahsedilmektedir

²³ **Kokkinakis/ Yunanistan**, 260-A Eur.Ct.H.R. (ser A) (1993)

Bu noktadan bakıldığında şunu ifade etmek gerekir; bir kişinin din veya inancını değiştirme özgürlüğünün güvence altına alınması, aynı zamanda bireyin farklı din veya inançlar hakkında bilgi edinmesi özgürlüğünün de güvence altına alınmasını gerektirmektedir. Zira, bireyin din veya inanç değiştirme özgürlüğünden yararlanabilmesi ancak başka din veya inançlar hakkındaki bilgi ve belgelere ulaşması halinde mümkündür. Birey, farklı din veya inançlar hakkında çeşitli kaynaklardan bilgi edinebilir veya isteğe bağlı olarak başkalarını kendi inançları konusunda bilgilendirebilir. "**Proselytism**" de, bunu gerçekleştiren kişi, yani "kaynak", ve buna maruz

Kalan kişi, yani "hedef, olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Meşru bir hak olarak telakki edilen proselitizm konusunda buradaki önemli nokta şudur; hangi söylem ve davranışlar ortaya çıktığında , bireyin özel alanına müdahale söz konusudur.

Burada elbette kaynak kişinin toplumsal ve resmi statüsüyle beraber, hedef kişi üzerindeki etkisinin hukuksal niteliği de önemlidir.

Mesela kaynak kişi muhatabı sosyal veya ekonomik açıdan kontrolünde, bağımlılığında tutuyorsa, din yayma hakkının kötüye doğru kullanımdan bahsedebiliriz.

Veya hedef kişinin, kişisel durumun zayıf olması örneğin çocuklar veya toplumun sosyolojik açıdan alt tabaka grupları bu durma örnek olabilir.

Sözleşme organlarının inanç özgürlüğüne ilişkin genel içtihadını ortaya koyduğu ilk kararı da, prozelitizme ilişkindir. Yehova Şahidi olan başvuru, Yunan Ceza Yasası'na bir suç olarak düzenlenen prozelitizm ile suçlanmış ve mahkûm olmuştur. AİHM, öncelikle dini yayma faaliyetleriyle, istismarcı prozelitizm arasında bir ayrıma gitmiştir. Bunun için, 1956 yılında Dünya Kiliseler Konseyi tarafından hazırlanan bir raporu esas alan Mahkeme, raporda, din yayma faaliyetlerinin, tüm Hıristiyanlar ve kiliseler için temel bir ödev ve sorumluluk olarak kabul edildiğinin altını çizmiştir.

Öte yandan istismarcı prozelitizm, din yayma faaliyetlerinin bozulmuş ya da yozlaşmış şeklidir. Bu tür faaliyetlerde, yeni üyeler kazanmak için maddi ya da sosyal avantajlar sağlanabilmekte ya da sıkıntı ya da gereksinim içinde olan insanlara baskı uygulanabilmektedir. Hatta şiddet ve beyin yıkama yöntemleri de içeren bu tür faaliyetler, bireylerinin düşünce, vicdan ve din özgürlüklerine saygı gösterilmemesi anlamına gelmektedir.

Mahkeme, Yunan yasalarının, “istismarcı prozelitizmi” cezalandırması durumunda, Sözleşme’ye uygun olabileceğini ifade etmiş, ancak başvurucunun davranışlarının, bu tür bir faaliyet niteliğinde olduğunun, Yunan mahkemeleri tarafından ortaya konmadığını, dolayısıyla da Sözleşme’nin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁴ Kararın en önemli noktası, Mahkeme’nin, istismarcı prozelitizmin cezalandırılabilirliğini kabul etmiş olmasıdır. Burada ayırım, din yayma faaliyetinin niteliği açısından yapılmış ve insanların zaaflarından yararlanma ve onları baskı altına alma gibi yöntemlerin kullanılması durumunda, sınırlandırmanın meşru olacağı vurgulanmıştır.

Bu anlamda bir diğer karar , daha önce ifade ettiğimiz Dahlab v. İsviçre kararıdır. Başvurucu, başörtüsü takması nedeniyle görevinden uzaklaştırılan bir öğretmendir. Mahkeme, kararında öncelikle, bir inanç gereği takılan başörtüsünün, prozelitizm etkisi doğurabileceğini belirtmiştir. Bu defa dikkate alınan, hedef durumunda olan öğrencilerin niteliği olmuştur. Başvurucunun öğrencileri, daha ileri yaştaki öğrencilere göre çok daha meraklı olunan ve kolay etki altında kalınabilen bir yaş grubu olan, 4–8 yaş arası çocuklardan oluşmaktadır. Mahkeme , başvurucunun inanç özgürlüğüne getirilen sınırlamayı onaylarken , etkiye açık yaş grubunda olan çocukların korunması amacı üzerinde önemle durmuştur.²⁵

Sonuç olarak Mahkeme, proselitizm ile inanç değiştirme arasında bir denge kurmaysa ve asgari bir kriter oluşturmaya çalışmışsa da somut olayların hepsinde bu tutarlılığı görmek mümkün olmamaktadır. Bu durum da başvurucular açısından

²⁴ Mahkeme, **Kokkinakis v. Yunanistan**, 25 Mayıs 1993, 3/1992/348/421, § 48-50.

²⁵ Mahkeme, **Dahlab v. İsviçre**, 15 Şubat 2001, 42393/98, (Çevrimiçi) <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>, 15 Temmuz 2005

mahkemenin objektifliğine olan güvenin gün geçtikçe sarsılmasına sebep olmaktadır.

e-Devletin Pozitif Edimi

Gerek İHAS gerekse diğer insan haklarına dair düzenlemeler, temelde birey ile devlet idaresi arasındaki ilişkileri düzenlemektedirler. İHAS'nin *temel* amaç ve hedefi, kişi hak ve özgürlüklerinin garanti altına alınmasıdır.²⁶

Bu açıdan bakıldığında sözleşme hukukunda, taraf devletlerin bireyler arası ilişkilere etkili pozitif bir yükümlülüğü ihmal etmesinden kaynaklanan ihlallerden sorumlu olduğu kabul edilmekle birlikte, yatay (horizontal) ilişkiler kural olarak Sözleşme'nin kapsamı dışında kalırlar.²⁷

Bununla beraber, mahkeme içtihadı doğrudan ya da dolaylı olarak miras, velayet ya da mülkiyet haklarıyla ilgili olarak da ulusal uygulamaları ciddi biçimde etkilemektedir.²⁸

Sözleşme'nin taraf devletlere bazı yasaklar getiren hükümleri, aynı zamanda pozitif bir yükümlülük de içerebilmektedir. Örneğin, Marckx/Belçika¹⁰⁸⁷ başvurusunda Mahkeme, 8. madde ile güvence altına alınan aile yaşamına saygı hakkının devlete, bekar anne ile çocuğu arasındaki aile bağlarına uygulanacak hukuki rejim ile ilgili olarak, normal bir aile yaşamı sürdürülebilmesine olanak verecek yasal düzenlemeleri yapma yükümü getirdiğine karar vermiştir.²⁹

Din ve inanç özgürlüğünün de devlete olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğü getirip getirmediği meselesi, bu özgürlüğün pozitif yönü ile ilgilidir.

²⁶ Bkz. **Cruz Varas a.o. / İsveç**, 201 Eur.Ct.H.R. (Ser. A) (20.5.1991).

²⁷ **Ozdemir**, s.6.

²⁸ **X ve Y/Hollanda**, 91 Eur.Ct.H.R. (Ser.A) (26.05.1985).

²⁹ **Marckx/Belçika**, App.No. 6833/74, Eur.Ct.H.R. (13.06.1979)

Bu konuda devletler genellikle bu özgürlüğü geliştirecek koşulları meydana getirmekten ziyade, ona müdahale etmekten kaçınma eğiliminde olmuşlardır. Mamafih Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesinin Başlangıç Bölümü bir toplumda yaşayan bireylerin kendi haklarından özgürce yararlanabilmelerinin sağlanmasında devletin pozitif rolü konusunda mevcut olma gelişmiş bir yorumun varlığını yansıtmaktadır. Söz konusu Sözleşme'ye göre *"çoğulcu ve gerçekten demokratik bir toplum, ulusal bir azınlığa mensup olan bireyin etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliğine sadece saygı göstermekle kalmamalı, aynı zamanda onların bu kimliklerini açıklayabilmelerine, koruyup geliştirebilmelerine olanak veren uygun koşulları da yaratmalıdır"*.³⁰

İHAS'nin 9. maddesinin metninde bu konuda bir açıklık bulunmamakla beraber bazen , devletler din ve inanç özgürlüğünün bazı unsurlarını korumak adına sınırlamalar getirmektedirler. Bu durum, devletin bazı şartlar altında din ve inanç özgürlüğünü korumaya yönelik tedbirler alma yükümlülüğüne sahip olduğu yönünde taleplere neden olmuştur³¹

Bu konuyla ilgili bir başvuruda, Scientoloji mezhebine mensup olan başvurucu, Scientoloji inancım küçük düşüren bir konuşma yapan profesöre karşı devletin hukuk sisteminin kendisine herhangi bir dava şekli sağlamadığını ileri sürmüştür.³² Komisyon başvuruyu hukuksal dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddetmiş ve kararında, *"belli bir din ya da itikatin, din ve inanç özgürlüğünün kapsamından, eleştirilerden muaf olma hakkı çıkartabilmesinin"* mümkün olmadığını belirtmiştir. Komisyonun bu karar, bir din veya inanca yönelik tahrikin devlet sorumluluğu ile bağlantılı olabilme ihtimaline de açık kapı bırakmaktadır.

³⁰ Ekiz, Serkan ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İnanç Özgürlüğü, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir,s.225

³¹ Arslan, Din Özgürlüğü, s.53.

³² Scientoloji Kilisesi ve 128 Üyesi/İsveç, App.No.8282/78,21 Eur.Comm'n H.R. Dec.&Rep. 109 (1980).

Böylesi bir Komisyon bu kararından sonra Mahkeme, başka bir kararda, Hristiyanlık dini açısından önemli kişi ve öğretileri komik bir şekilde ele alan bir filmin, nüfusun çoğunluğunun Katolik mezhebine bağlı olduğu bir yerde gösterilmesinin yasaklanmasının ve resmi makamlarca filme el konulmasının Sözleşme'ye aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Verilen kararda; *"ister azınlık, ister çoğunluk dinine mensup olsun, dinini açığa vurma isteğinden yararlanmayı tercih eden kişiler, bütün eleştirilerden muaf olmayı talep edemezler. Dinlerinin başkaları tarafından inkar edilmesini hatta başkalarının kendi inançlarına yönelik düşmanca propagandalarını hoş görmeli ve bunu kabul etmelidirler. Bununla birlikte, dinsel inançlara ya da öğretilere yönelik itiraz ve inkarın şekli, devletin , özellikle söz konusu din veya inancın mensuplarının 9. madde ile güvence altına alınan haktan barışçıl bir şekilde yararlanma haklarını güvence altına alma sorumluluğunu ortaya çıkartabilir. Gerçekten de, bazı uç burumlarda dinsel inançlara yönelik belli itiraz veya inkar yöntemlerinin etkileri, söz konusu din veya inancın mensuplarının [bir din veya inanca] sahip olma ve [bunları] ifade etme özgürlüklerinden yararlanmalarına engel olacak nitelikte de olabilir"*.³³

Burada ayrıca , Komisyon, Mahkemeden farklı bir yorumla, 9. madde metninde açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen *"9. maddede garanti altına alındığı üzere, inananların dinsel duygularına saygı gösterilmesi hakkı "*ndan da şu şekilde bahsetmiştir.

"Sözleşme'nin 9. maddesi tarafından güvenceye alınan inananların dini duygularına saygının, dinin kutsal saydığı unsurların provakatif bir şekilde betimlenmesi sonucu ihlal edileceği haklı olarak düşünülebilir ve bu tür betimlemeler, demokratik bir toplumun unsuru olması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetle ihlali olarak da değerlendirilebilir "

³³ Ekiz, Serkan ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İnanç Özgürlüğü, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir,s.225

Mahkeme, Wingrove/İngiltere başvurusunda tekrar *"vatandaşların dinsel inançlarının aşağılanmaması hakkı"* na atıf yapmıştır. Mahkeme bu kararında, İsa Peygamber ile erotik fanteziler kuran rahibe Terasa'nın tasvir edildiği videonun yayınlanmasının pek çok Hristiyan için kinci ve aşağılayıcı olabileceğini fakat bu yayının, çoğunluğu Hristiyan olan bir topluluğunun kendi inançlarına sahip olma, inançları uygulama veya bunlar hakkında açıklama yapma olanağına müdahale oluşturmadığını belirtmiştir.

9. madde metninde belirtilmemiş olsa da, Mahkemenin bu yaklaşımı, içtihat aracılığıyla, bireylerin dinsel duyguların aşağılanmaması yönünde bir hakkın giderek gelişmekte olduğunu ortaya koymaktadır.³⁴ ancak belirtmek gerekir ki Mahkeme, ne tür davranışları dinsel duygulan aşağılayıcı tipte olduğunun belirlenmesi konusunda devletlere çok geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.

Mahkeme, *"ahlaki ve özellikle dinsel alanda rencide edilmeye müsait samimi kişisel kanaatler ile ilgili konularda ifade özgürlüğünü düzenlerken, sözleşmecî devletlerin geniş bir takdir marjının"* bulunduğunu belirtmiş ve *"....dinsel inançlara saldırı ile ilgili olarak başkalarının haklarının korunmasının gerekleri konusunda Avrupa 'da tekdüze bir anlayışın"* bulunmadığını vurgulamıştır.³⁵ Mahkeme, din ve inanç özgürlüğü ile ilgili pek çok başvuruda olduğu gibi, bu kararında da sadece sorunu tespit etmekle yetinmiş, bu sorunun çözümüne ilişkin bir öneride bulunmaktan imtina etmiştir.³⁶

³⁴ Gölcüklü/ Gözübüyük, s.312

³⁵ Arslan, Din Özgürlüğü, s.56.

³⁶ Ekiz, Serkan ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İnanç Özgürlüğü, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, s.226

2) Dışsal Koruma (İnancını Açığa Vurma- Forum Externum)

a-Genel Olarak

Din veya inatç özgürlüğünün dışsal ve sınırlanabilir alanını ifade eder Forum externum olarak adlandırılmaktadır.³⁷ "Açığa vurumu" neyin oluşturduğu konusunda halen açık hukuksal bir tanım bulunmamakla birlikte, bu kavramın bir din veya inancın dışa yansıyan ifadesi veya bir uygulaması ile ilgili olduğu mantıksal olarak söylenebilir.

forum externumun Forum internuma göre , daha kolay belirlenebilir bir alan olduğu bir gerçektir..İşlevsel yönleri itibariyle forum externumun dışa dönük bir yapıya sahip olması, açığa vurulan din veya inancın pratik tanımını kolaylaştıran, açıkça belirlenebilir vakalar ortaya koymaktadır. Birçok araştırmacı bu özellikten yola çıkarak, forum externumu, bir dinin mensuplarına emrettiği ibadet, hac, defin, tatil günleri, evlilik ve boşanma ve çeşitli diyet kuralları gibi uygulamaları içeren birden fazla dışa dönük davranış olarak tanımlamaktadır. Bu araştırmalara dayanarak hazırlanan sözleşmeler de buna benzer şekilde, forum externumu bir inanca uygun olarak gerçekleştirilen dışa dönük davranışlar olarak anlamaktadır.³⁸

Öte yandan , forum internuma benzer şekilde, uluslararası sözleşmelerde *de* inancın dışa dönük uygulamalarının kapsamı ile ilgili bazı sorunlar bulunmaktadır. Toplumsal etkileri az olan, bireyin iç dünyasını ifade eden bir alan olması itibariyle forum internuma hakkın özünden kaynaklanan mutlak bir koruma tanınmış olmakla birlikte, forum externuma, hakkın dışa vurulduğu dışsal, bazen de kamusal andan kaynaklanan bazı sınırlamalar getirilmesi ihtiyacı doğmaktadır.

³⁷ Tanör, s.98,99; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s.417

³⁸ Erdoğan, Din ve Vicdan Özgürlüğü, s.25; Gölcüklü/ Gözübüyük, s.314

Forum iternumun aksine, bir din veya inancın bütün açığa vurumlarının sözleşmeler tarafından benimsenen forum externum tanımının kapsamına girdiği söylenemez. Din veya inancın açığa vurulması hakkının kapsamını değerlendirirken, uluslararası {sözleşmelerde açığa vurum ile bazı terimlere atıf yapılmaktadır.

Buna göre, MSHS'nin 18. ve AİHS'nin 9. maddeleri uyarınca, açığa vurum genel olarak, bir "din veya inancın", "uygulama, ibadet, öğretim ve ayin " leridir. Bu terimlerden de anlaşılacağı gibi, açığa vurumu tarifieden Sözleşme metinleri, daha çok "ibadet ve ayin " gibi, dinsel kaynaklı açığa vurumlar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bir din, gün boyunca belirli sürelerde ibadet etmek gibi belirli davranışları ya da bazı özel dini günlerde çeşitli ayinlerin gerçekleştirilmesini emredebilir. Bir dinin açığa vurumunun tanımlanmasına yönelik bu metinsel yaklaşım karşısında, "uygulama (practice)" teriminin de, geleneksel dinlerin kapsamında değerlendirilemeyecek nitelikteki inançların açığa vurumunu içermesi mümkündür.³⁹ Bir inancın "uygulama " olarak dışa vurulması, bireyin söz konusu inançtan kaynaklanan ilkelere uygunluğunu dışa yansıyan davranışları ile teyit etmesidir. Örneğin, pasifist bir inancın "uygulanması", kişinin askerlik ile ilişkileri konusunda belirli bir tavır takınmasını gerektirir. Bu nedenle vejetaryenlik ve pasifizm de dahil pek çok inanç, din ile bağlantılı olmasalar dahi, "uygulama" kapsamında açığa vurulabilirler.

"Uygulama" teriminin bu kapsayıcı niteliği, onun diğer açığa vurum şekillerinden ha ayrıntılı bir şekilde ele alınmasını gerektirmektedir.

Ayrıca, BM İnsan İlan Komitesi'nin MSHS'nin 18. maddesi Hakkındaki Genel Yorum'unda, din veya inancı açığa vurma hakkının dinsel olmayan inançların açığa vurumunu da kapsadığı açıkça ifade edilmiştir. İnsan Hakları Komitesi, "öğretme, uygulama, ibadet ve ayin" terimlerinin içeriğini daha geniş anlamda değerlendiren çeşitli davranış şekillerinin bir listesini vermiştir. Komiteye göre:

" İbadet kavramı inancı doğrudan ifade eden ayinsel ve törensel davranışlar

ile, ibadet yeri inşa etme, ayinsel obje kullanımı, semboller taşınması ve tatil ve

³⁹ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s.417

dinlenme günlerine uyulması gibi bu tip davranışların ayrılmaz parçası niteliğindeki çeşitli uygulamaları kapsar. Din veya inancın uygulanması ve ayinler sadece törensel davranışları değil, ayrıca beslenmeye ilişkin düzenlemelere uyulması, ayırt

edici kıyafet giyilmesi veya başörtüsü takılması, hayatın belli aşamaları için belirlenmiş törenlere katılma ve bir grup tarafından geleneksel olarak konuşulan belli bir dilin kullanılması gibi gelenekleri de kapsar. Buna ek olarak, bir din veya inancın uygulanması ve öğretilmesi, bir dini grubun iç işlerinin idaresinin parçası olan, diğerlerini yanında, kendi dini liderlerini, rahiplerini veya öğretmenlerini seçme özgürlüğü, dini okullar veya kurumlar oluşturma özgürlüğü ve dini metinler ve yayınlar hazırlama ve dağıtma özgürlüğü gibi davranışları içerir. "

mensubu dünya çapında az olan inançların açığa vurumu bakımından ortaya çıkan en önemli sorun, sözleşme terimlerinin başından beri, "inanç " teriminin tanımlanması için müstakil bir zemin oluşturmamalarından kaynaklanmaktadır.⁴⁰

Bir inancın açığa vurumunun kapsamının belirlenmesinde ortaya çıkan ilk güçlük, söz konusu inancın gerçekten var olup olmadığı ve statüsünün ne olduğunun tespitinde ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun, açığa vurumun söz konusu inancın ilkeleri çerçevesinde gerçekleştiğinin ispatı sorunu ile birleşmesi, konuyu daha da tartışılmalı hale getirmektedir. Bu sorunları çözmek ve açığa vuruma ilişkin genel ilkeleri belirlemek için bir inancı, dinsel bir inanç ile eşdeğerde tutmak, konunun göreceliği ve ortaya çıkacak subjektif uygulamalar göz önünde bulundurulduğunda, sakıncalı bir yöntem olacaktır. Bu nedenle, dinsel olmayan bir inancın açığa vurumu ile ilgili bazı tespitlerde bulunurken, sözleşmelerde ifade edilen "inanç" kavramının anlamı üzerinde durmak önemlidir. inanç ile açığa vurulan davranış arasında yapısal veya teorik bir bağlantının bulunup bulunmadığı, bireyin davranışının ortaya çıktığı mekan veya bireyin, inancın davranışının nedeni olarak ileri sürüp sürmediği ; bu tespit yapılırken göz önünde bulundurulması gereken önemli noktalardır.' ⁴¹

⁴⁰; Evans, The Evolution of Religious Freedom, s.40.

⁴¹ Evans, The Evolution of Religious Freedom, s.40.

Geleneksel dinlerin dışındaki inançların çok farklı yapılarda ortaya çıkabilen açığa vurum şekillerinin yol açabileceği olası toplumsal çatışmalar nedeniyle, Sözleşme maddelerindeki sınırlama hükümleri de, forum externumu kapsamında son derece önemli bir konudur. Çünkü, farklı din veya inançların açığa vurumlarının koşulları arasındaki farklılık, din veya inancın açığa vurulması özgürlüğüne getirilen sınırlama hükümlerinin yeknesak bir şekilde uygulanması konusunda karışıklık ortaya çıkarmaktadır. Din veya inancın açığa vurulması hakkı ile ilgili Mahkeme kararları incelendiğinde, bu hakkın kapsamının ve anlamının tanımlanmasındaki yetersizliğin ortaya çıkardığı bu karışıklık açıkça gözlemlenmektedir.⁴² Yargı organları, herhangi bir inancın açığa vurumu ile ilgili karar vermeleri gerektiğinde, forum externumu ele almanın yaratacağı tehlikeden kaçınmak için genellikle başvuru konusu davranışın bir açığa vurum oluşturmadığına karar verme yolunu tercih etmektedirler.⁴³

a-Bireysel veya Toplu halde Açığa vurulması

9(1). Maddenin ikinci bölümündeki düzenlemeye göre din veya inanç **"tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda "** açığa vurulabilir. Bir din veya inancın **'tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda'** açığa vurulup vurulmayacağı tamamen bireyin tercihi ile ilgili bir durumdur.⁴⁴ Örneğin, yerel bir camide ibadete katılmak için Cuma öğleden sonralarının kendisi için tatil edilmesini isteyen - Müslüman bir öğretmen ile ilgili başvuruda, İngiliz hükümeti, başvurucuya okulda özel olarak ibadet edebileceği bir odanın tahsis edilmiş olmasının ibadet hakkı için yeterli bir güvence oluşturduğunu ileri sürmüştür. Komisyon bu görüşü reddetmiştir. Komisyonun kararında, bireyin dinini diğerleriyle birlikte topluluk halinde açığa vurması hakkı; **"her zaman din özgürlüğünün esaslı parçası olarak kabul edilmiştir. "** Komisyona göre; **"9(1). maddede 'tek başına veya toplu olarak' şeklinde ifade edilen iki seçenek birbirini dışlayıcı veya [bu konudaki] tercihin**

⁴² Ekiz, Serkan ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İnanç Özgürlüğü, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, s.232

⁴³ Bunun en somut örneğini, Komisyonun aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimiz **Karaduman/Türkiye** kararını oluşturmaktadır. **Karaduman/Türkiye**, App. No. 16278/90, 74 Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep.93 (1993); Kararı tam metni için Bkz. **Gemalmaz**, Mehmet, Semih; Türk Kıyafet Hukuku ve Türban, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı İstanbul, 2005, s. 1414-1424.

⁴⁴ **Kaboğlu**, İbrahim, O.; Kolektif Özgürlükler, DUHF Yayınları, N0.8, Diyarbakır, 1989, s.96

yöneticilere bırakıldığı şekilde anlaşılamamak fakat, dinin her iki şekilde de uygulanabileceğinin kabul edildiği anlamına gelmektedir.”

Bir din veya inancın "**toplucu**" açığa vurulması hakkı, din ve inanç özgürlüğünün sadece bireysel değil aynı zamanda kolektif bir özgürlük olduğunu da ortaya koymaktadır. Bir din veya inancın serbestçe açığa vurulmasına devlet tarafından getirilen sınırlamaların meşru olup olmadığı tartışmasında 9. maddenin getirdiği bu ikili ayrım son derece yararlı olabilmektedir. Örneğin konusu, imar alan uyarınca bir Hindu tapmağına getirilen sınırlama olan ISKCON/İngiltere başvurusunda Komisyon, bu sınırlamayı, söz konusu tapınakta ibadet edecek olan k sayıda kişinin din veya inancını açığa vurma özgürlüğüne müdahale niteliğini asına rağmen, haklı bulmuştur.

Bu başvuruda da görüldüğü gibi, devlet den bireyin tek basma ve özel olarak ibadet etmesine ilişkin getirdiği arlanmanın meşruluğunu ortaya koymak, kalabalık bir grubun topluluk halinde adet etmesine getirilen sınırlama ihtiyacım ortaya koymaktan daha zordur. Bununla birlikte, bir din veya inancın en iyi hangi şekilde açığa vurulacağına, söz konusu din veya inancın mensupları karar vermelidir. Bazı din veya inançlar belli bir düzeyde toplu ibadet ya da ayinleri gerektirirken, bazıları tamamen bireysel ibadeti emretmiş olabilir. Bu nedenle, acil toplumsal bir ihtiyacı karşılama hali dışında, devletin din veya inancın en uygun açığa vurum şeklinin belirlenmesi konusuna müdahale etmemesi gerekir.

Sözleşmenin 9. maddesi bakımından, bireylerin ibadet etmek ya da dinsel bir ayini yerine getirmek için bir araya gelme hakkına sahip oldukları açık olmasına rağmen, bir din ya da inancın toplu olarak açığa vurulması hakkının, söz konusu din ya da inancı desteklemek ve geliştirmek için mensupların bir tüzel kişilik statüsü altında örgütlenmelerine olanak tanıyıp tanımadığı konusu belirsizdir. Bu anlamda, dernek veya bir başka tüzel kişilik oluşturma gerekliliğinin, bir din veya inancın "açığa vurumu" kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Tüzel kişiliğin kendisi, dinsel bir görüşün veya inancın açığa vurumu değil, hukuksal bir kurum olmakla birlikte, bu tip bir hukuksal statünün söz konusu din veya inancın açığa vurumunda bir araç olarak kullanılabileceği de açıktır.

Komisyon X/Avusturya başvurusunda, 9. maddenin devlete belli bir veya inanca resmiyet tanıma veya kayıt altına alma yükümlülüğü getirmediğine vermiştir. Bununla birlikte, din ve inanç özgürlüğünün "toplucu" açığa İması hakkının ifade ettiği kolektif boyut, bu özgürlüğün örgütlenme özgürlüğü olan ilişkisinin de göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir.

Kişilerin din veya inançlarını açığa vurma hakkını daha etkili kılmak için devamlı örgütler oluşturmaları gerekli olabilir.

Bu tip örgütlere özellikle, ibadet yerleri veya dinsel okullar inşa etmek gibi bazı yüksek maliyetli dinsel gereçlerin 'lanmasında ihtiyaç duyulabilir.

Bazı yazarların ifade ettiği gibi, "bireysel bir hak 'olarak din ve inanç özgürlüğü, bireyler için bu özgürlükten tam olarak yararlanmayı mümkün kılacak altyapıyı oluşturmak için dinsel grupların [sahip olduğu] kolektif insan hakları tarafından tamamlanmadıkça geçersiz kılınmış olur." . Bununla birlikte birçok yazar, örgütlenme özgürlüğünün dinsel alanda farklı bir anlama sahip olduğunu, bu tip örgütlerin dogmatik bir yapıda olması nedeniyle diğer örgütlenme şekillerinden daha güçlü bir etkiye sahip olduklarını belirtmiştir.

BM İnsan Hakları Alt-Komisyonu'nun Türk delegesi, din ve inanç özgürlüğünün kolektif boyutu ile ilgili görüşünü şu şekilde dile getirmiştir:

"Unutulmamalıdır ki, ilk olarak, düşünce özgürlüğünün aksine, din, rasyonel bireyin tercihi değil, bir kültür, miras kalan ortak değerler ve gelenekler meselesidir. İkinci olarak, din genellikle etnik kimliğin önemli bir parçasıdır ve bu nedenle korunmalıdır. Son olarak, dinsel haklardan yararlanma, bireysel düzeyde dahi olsa, genellikle kolektif bir çabayı gerektirir. Bir dinin uygulamasını bireysel düzeye indirgemek, konunun bireyselleştirilmesi anlamına gelir ve [bu durum] din özgürlüğünün sınırlandırılmasına yol açar. "

1981 Bildirisi'nin 6. maddesinde de din ve inanç özgürlüğünün kolektif boyutunun önemi, ibadet yeri temin etme, hayırsever ve insancıl kuruluşlar kurma, dini lider atama ve ulusal ve uluslararası düzeyde diğer vatandaşlarla iletişim kurma gibi haklara yer verilerek vurgulanmıştır. Bildiri'de Yer alan bu haklar, AİHS'nin 9. maddesi tarafından açıkça güvence altına alınmamış olmasına rağmen, başvuruçular, iddialarını

desteklemek ve kalıcı örgütler oluşturma hakkını garanti altına almak için örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11 maddeye dayanmışlardır.

Mahkeme ve Komisyonun, dinsel nitelikli dernek ve topluluklar tarafından 11.maddeye dayalı olarak yapılan başvurularda verdiği kabul edilebilirlik kararlarına ek olarak, Mahkeme'nin bu konuda verdiği nihai kararlar da bulunmaktadır. Bunlardan irisi olan Hasan ve Chaush/Bulgaristan başvurusuna konu olan olaya göre, Bulgaristan hükümeti birden fazla Müslüman topluluğun yasal olarak tanınmasını reddetmiş ve Bulgaristan'da yaşayan Müslümanların sadece bir dinsel lideri ve oluşturdukları dinsel topluluğun da sadece bir tüzüğü olması gerektiğini kabul etmiştir. Söz konusu başvuruda, Mahkeme öncelikle Bulgaristan'daki Müslüman cemaatin liderinin belirlenmesi ve örgütlenmesi ile ilgili olayların, bireylerin 9. madde kapsamında din veya inançlarını açığa vurma özgürlüklerini etkileyip etkilemediğini ele almış ve bu anlamda 9. maddenin 11. madde ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre,

"Dinsel topluluklar, geleneksel ve evrensel olarak örgütlenmiş bir yapı içinde var olurlar. (Bu topluluklar) genellikle mensupları tarafından kutsal olduğuna inanılan kurallara riayet ederler. Dinsel törenler, eğer bu kurallara uygun amaçları gerçekleştirmeye yetkili dini liderler tarafından yönetilirse inananlar nezdinde gerçek anlam ve kutsal değere sahip olurlar. Bu nedenle Mahkeme, topluluk yaşamına katılmayı bireyin 9. madde ile korunan dininin açığa vurumu olduğuna karar vermiştir."

"Bu açıdan bakıldığında, mümin bir kişinin din özgürlüğü, [üyeleri bulunduğu] cemaatin, devletin keyfi müdahalesine maruz kalmaksızın çatışmasız bir şekilde faaliyette bulunmasına izin verilmesi beklentisini de içerir. Gerçekte, dinsel toplulukların özerk mevcudiyeti demokratik bir toplumun ayrılmaz bir parçasıdır ve

bu nedenle 9. madde ile sağlanan korumanın esasını oluşturan bir konudur. [Dinsel örgütlerin varlığı] sadece bu tip bir topluluğun örgütlenmesi ile değil, aynı zamanda bütün faal üyelerinin din özgürlüğünden etkili bir şekilde yararlanması ile de doğrudan ilgilidir. [Dinsel] topluluğun örgütsel yaşamının Sözleşme 'nin 9. maddesi ile korunmadığı durumlarda, bireyin din özgürlüğünün diğer bütün boyutları savunmasız hale gelecektir."

Buna ek olarak Mahkeme, devletin bölünmüş dinsel bir topluluğun liderine ayrımcılık tanıyan davranışının veya söz konusu topluluğu rızası hilafına tek bir liderlik altında birleşmeye zorlama amacı gütmemesinin din ve inanç özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir

Mahkemenin doğrudan dinsel nitelikli toplulukların tüzel kişilik kazanması , ile ilgili olarak karara bağladığı ilk başvuru The Metropolitan Church of Bessarabia ve diğerleri/Moldova başvurusudur. Başvuru konusu olayda, başvurusular özerk bir Ortodoks Kilisesi olan Bessarabia Metropolitan Kilisesini kurmuşlar ve Kilisenin kuruluşu, işleyişi, papazların durumu ve aralarındaki hiyerarşi ile ilgili çeşitli kurallar kabul etmişlerdir. Söz konusu Kilisenin bir milyona yakın mensubu ve 160 papazı bulunmaktadır ve bu Kilise, Moskova Patrikhanesi dışında, tüm Ortodoks Patrikhaneleri tarafından tanınmaktadır. Bununla birlikte, Moldova'daki Mezhepler Yasası gereğince, bu Kilisenin faaliyette bulunabilmesi ve tüzel kişilik kazanabilmesi için Hükümet tarafından tanınması gerekmektedir. Kilise tarafından bu amaçla yapılan başvuru, daha önce tanınmış olan Moldova Metropolitan Kilisesi'nin bütün Ortodoks Hristiyanların ihtiyaçlarına cevap verdiği gerekçesi ile hükümet tarafından reddedilmiştir. Bu ret cevabı üzerine Kilise tarafından hükümete yapılan ikinci başvuruda da hükümet, bu Kilisenin ayrı bir mezhep olmadığını, sadece Moldova Metropolitan Kilisesi içinde bir hizip olduğunu ileri sürerek ret cevabı vermiştir. Mahkeme, kararında, Moldova'da sadece Mezhepler Yasası uyarınca alman hükümet karan ile tanınan dinlerin faaliyette bulunabildiğini ve mevcut başvuruda, başvuru Kilisesinin tanınmamış olması nedeniyle faaliyette ulunamadığını tespit etmiştir.

"Özellikle [kilisenin] rahipleri dinsel ayin yönetememekte, mensupları itlerini uygulamak için bir araya' gelememekte ve tüzel kişiliğe sahip olmaması deriyle çıkarlarını hukuksal olarak korumaya yetkili olmamaktadır".

Mahkemeye göre, söz konusu olayda 9. madde ihlal edilmiştir. Buna ek olarak, Mahkeme, kolektif boyutu göz önünde bulundurulduğunda, dinsel toplulukların dinlerini yaşayabilmeleri için söz konusu topluluğa hukuksal bir korumanın sağlanması gerektiğini vurgulamıştır. Kararda, tanınmayan veya tüzel kişilik kazanamayan kiliselerin örgütlenemeyeceği ve faaliyette bulunamayacağı da belirtilmiştir. Bu değerlendirmenin ardından Mahkeme, başvuru Kiliseye yönelik 'müdahalenin

demokratik bir toplumda gerekli olmadığı ve oransız olduğu gerekçesi ile 9. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Dinsel topluluklara tüzel kişilik tanınmadığı durumlarda, hem dinsel topluluğun kendisinin hem de mensuplarının din ve inanç özgürlüklerinin ihlal edilmiş sayılacağı yönündeki yaklaşım, hem Sözleşmeyle getirilen güvencenin kapsamına hem de Mahkeme ve Komisyonun 9. madde ile ilgili içtihatlarının genel ruhuna da uygun görünmektedir.

b-İbadet, ayin,eğitim-öğretim ve uygulama yapmakla açığa vurulması

ba- İbadet ve Ayin

İbadet terimi *"belli bir din veya inancın kaynağına saygı sunmak", "inancın kaynağına dinsel yoldan saygı gösterilmesi"* olarak tanımlanabilir. *"Ayin "* terimi hem dinsel hem de dinsel olmayan inançların açığa vurum şeklini de içerecek şekilde nispeten geniş anlama sahip iken, *"ibadet"* terimi daha çok geleneksel dinlerin (İslamiyet, Hristiyanlık ve Musevilik gibi) bir açığa vurum şeklini çağrıştırmaktadır. Alt-Komisyon'da Krishnaswami'nin raporu üzerinde yapılan tartışmalarda da, *"ibadet"* teriminin dinsel olmayan inançlar bakımından bir anlamı olmadığı çünkü, bu inançların bir *"ibadet"* şekline sahip olmadıkları ileri sürülmüştür. Krishnaswami de raporunda ibadet hakkının sadece *"Tanrıya inanan kişiler"* ile ilgili olduğunu belirtmiştir. *İbadetin* en açık tanımına, BM İnsan Hakları Komitesi'nin MSHS'nin 18. maddesi hakkındaki Genel Yorum'unda rastlanmaktadır.

Buna göre;

"ibadet kavramı, inanca doğrudan ifade veren törensel ve ayinsel davranışları ve ayrıca, ibadet yerleri inşa etmek, ayinsel yöntem ve araç kullanmak, [dinsel] sembolleri teşhir etmek ve tatil ve bayram günlerine riayet de dahil, bu davranışlar için gerekli olan dinsel uygulamaları da kapsar "

"İbadet" terimi 9. madde kapsamında da, diğer açığa -vurum şekillerine oranla üzerinde en az tartışma yaşanan açığa vurum şeklidir. Komisyon, 9-, madde hakkında genel bir değerlendirme yaparken, 9. maddenin *"öncelikle bazen forum internum olarak adlandırılan kişisel inanç ve dinsel itikatları"* ve *"bu kavramlarla yakından ilintili dua ve ibadet gibi din ve inancın genel olarak bilinen uygulama ' şekilleri olan hareketleri"* koruduğunu belirtmiştir. Mahkeme terimin kapsamını kesin olarak açıklamamış olmakla beraber, kararlarında bu konuda herhangi bir tartışmaya da yer verilmiş değildir. *"İbadet"* ile ilgili verilen az sayıda kararın bazılarında, bu kavramın içeriği ile ilgili bazı güçlükler

gündeme gelmiştir. Protestan bir rahibin bulunduğu ve bu rahip aracılığı ile ibadetin de yapılabildiği bir hapishanede İngiliz Kilisesine mensup olan bir hükümlünün ibadet hakkı ile ilgili olan X/Almanya başvurusunda, Komisyon ibadet hakkının bireyin belirli bir mezhep içinde ibadet etmeyi kapsayıp kapsamadığını göz önüne almadan karar vermiştir. Mahkeme, Protestan bir rahibin ve Protestan ibadet araçlarının, İngiliz Kilisesine mensup olan başvurusunun ibadeti için uygun olmadığına dair bir delilin bulunmadığına karar vermiştir.⁴⁵

"İbadet" ile ilgili olarak ortaya çıkan bir diğer sorun da, ibadet yerleri ile ilgilidir. Manoussakis ve Diğerleri/Yunanistan başvurusunda Mahkeme, kamuya açık bir ibadet yeri inşa etme imkanının sınırlandırılmasının, ibadet ve ayin hakkı ile ilgili ortaya çıkardığı bazı sorunlar ile karşılaşmıştır. Yine konusu, Yunanistan'daki Manastırlara ait ormanların ve tarım arazilerinin mülkiyetini hükümete devreden yasanın din ve inanç özgürlüğüne aykırılığı olan Holy Monasteries/Yunanistan başvurusunda, başvuruçular kamuya açık bir ibadet yeri açma haklarına yapılan müdahalenin ibadethakkına müdahale oluşturduğunu iddia etmişlerdir. Mahkemenin, din ve inanç özgürlüğüne müdahale oluşturmadığını belirttiği kararında, başvuru bazı manastırların mülkiyet haklarının 1 No.lu protokolün 1. maddesi bağlamında ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Fakat, söz konusu kararda Mahkemenin ibadet için gerekli olan eşyaya müsadere yoluyla müdahale etmenin aynı zamanda din ve inanç özgürlüğüne de bir müdahale oluşturup oluşturmadığını daha açık bir şekilde tartışması gerekirdi. Mahkemeye göre, Manastırların üzerinde durduğu arazinin devletin kontrolünde olması, ibadet hakkına bir müdahale oluşturmamaktadır. Oysa, Devletin belli bir din veya inancın mensuplarınca ibadet yeri olarak belirlenen arazi üzerine getirdiği kısıtlamalar ile, ibadette kullanılan gereçlere müdahalesi arasındaki fark açık değildir. Çünkü bu tip müdahalelerin her biri dinsel toplulukların ibadet ve ayinlerini gerçekleştirme olanaklarını farklı şekillerde sınırlayabilirler.

Din veya inancın **"ibadet"** veya **"ayin"** yolu ile açığa vurulması şekilleri arasındaki fark çok belirgin değildir. Bu kavramların ayrı ayrı ele alınması, din veya inancın açığa vurulması özgürlüğünün belirli yönlerini aydınlatmak için yararlı olmakla birlikte, bu iki kavramın birbiri ile yakından ilişkili olduğu ve dahası zaman zaman iç içe geçtiği söylenebilir. Bu nedenle, İnsan Hakları Komitesi'nin 18. madde hakkındaki Genel

⁴⁵ Ekiz, Serkan ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İnanç Özgürlüğü, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir,s.255

Yorum'unda "*ayin ve uygulama*" terimleri için verdiği tanım yeterince açıktır. Genel Yorum'da "*ayin ve uygulama*" terimleri şu şekilde tanımlanmaktadır;

"Din veya inancın ayinlerinin yerine getirilmesi veya uygulanması, sadece evrensel davranışları değil, ayrıca beslenme kurallarına riayet edilmesi, ayırt edici kıyafet veya başörtüsü giyilmesi, yaşamın belli dönemlerine özgü ayinlere katılım ve topluluk tarafından geleneksel olarak konuşulan belirli bir dilin kullanılması gibi gelenekleri de içerir. "

Mahkeme ve Komisyon, "*ayin*" terimini, geniş anlamda ibadet kavramı binde görmüş ve bu nedenle ayrı bir değerlendirmeye tabi tutmamıştır.

Örneğin, Bir başvuruda Mahkeme, hükümetin iznini almaksızın ibadet yeri açan Yehova Şahitlerinin yargılanmasının ibadet ve ayin hakkına bir müdahale oluşturduğuna karar vermiş fakat, bu iki kavram arasında herhangi bir fark belirtmemiştir.

bb-Din veya İnancın eğitim-öğretim Yolu ile Açığa Vurulması

"*Öğretim*" terimi, "*ibadet*" ve "*ayin*" terimlerinden daha fazla tartışılmış olmakla birlikte, kapsamı açıkça tanımlanmamış bir açığa vurum şeklidir. ⁴⁶ Nowak, I "*öğretim* " kavramını bir din veya inancın esasının, özellikle dinsel okullarda, devlet okullarında verilen din derslerinde veya resmi olmayan eğitim ve misyonerlik çalışmaları aracılığı ile her türlü aktarımı olarak tanımlamaktadır. Durham, kavramı bireylerin veya dinsel grupların kendi dinlerini geleneklerine uygun şekilde aktarmaları olarak değerlendirmektedir. Bununla birlikte, din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen pek çok uluslararası metinde bir açığa vurum şekli olarak yer alan "*öğretim*" in ortaya çıkardığı bazı sorunlar bulunmaktadır. Bunlar arasında, "*dini yayma faaliyeti*" ve okullarda verilen "*din eğitimi*" gelmektedir. Din yayma faaliyetinde, bunu gerçekleştiren kişi, yani "*kaynak*", ve buna maruz kalan kişi, yani "*hedef, olmak üzere iki taraf bulunduğunu ve bu faaliyetin* " hedef kişinin belli durumlarda din ve inanç özgürlüğünün içsel alanına (forum internum) yönelik bir müdahalenin varlığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmadığını belirtmiştik.

⁴⁶ Evans, Freedom of Religion, s. 108.

Fakat bu faaliyetin diğer tarafı olan "**kaynak**" kişinin, "**proselitizm**" kapsamında dinini yayma çabasının, din veya inancın "**öğretim**" yoluyla açığa vurma özgürlüğünün kapsamına girip girmediği tartışmalıdır. Kokkinakis/Yunanistan başvurusunda, Mahkeme üyelerinin çoğunluğu, dini yayma faaliyetine müdahalenin din veya inancın açığa vurulmasına da bir müdahale olduğuna karar vermişlerdir. Bununla birlikte kararda neden böyle olduğu sorusuna yeterince açık bir cevap verilememiştir. Mahkeme'ye göre; din veya inancı açığa vurma özgürlüğü "**...ilke olarak, yokluğu halinde 9. maddede yer alan 'din veya inancı değiştirme özgürlüğü'nün anlamsız kalacağı, kişinin komşusunu, örneğin 'öğretim' yolu ile ikna etmeye çalışma hakkını da içerir**".

Mahkeme, kararda, "**Hristiyan Şahadeti (christian witness)**" ile "**uygunsuz din yayma (improper proselytism)**" arasında bir ayrım yapılması gerektiğini belirttikten sonra, .1956 yılında Dünya Kiliseler Konseyi tarafından hazırlanan bir rapora atıfta bulunarak, bu raporda Hristiyan Şahadeti'nin gerçek bir misyonerliğe tekabül ettiğinin ve bunun, bütün Hristiyanların ve kiliselerin en önemli görevi ve sorumluluğu olduğunun vurgulandığını belirtmiştir.

Bu anlamda Mahkeme, Hristiyan şahadetini meşru saymıştır. Bununla birlikte, Mahkeme, yine aynı raporda "**uygunsuz din yayma faaliyeti**" nin bir tür ahlaksızlık ve bozulma olarak tanımlandığını ve bu davranışın maddi ve toplumsal avantajlar sağlama, sıkıntı içindeki kişilere baskı uygulama, hatta şiddet ve beyin yıkama faaliyetlerine kadar varabileceğinin belirtildiğini ifade ederek, bu tip faaliyetlerin din ve inanç özgürlüğü ile bağdaşmadığını vurgulamıştır.⁴⁷

Buna dayanarak Mahkeme, "**uygunsuz din yayma faaliyetini gizlemek**" amacıyla kullanılmadığı sürece, birisinin dini veya inancı hakkında başkalarına bilgi vermesinin, 9. madde bakımından "**öğretim**" kapsamında değerlendirileceğine karar vermiştir. Kanaatimizce Mahkeme bu kararında, din ve inanç özgürlüğünü Batılı bir Hristiyanın bakış açısı ile yorumlamaktadır. Çünkü Mahkeme, hangi tür davranışların "**öğretim**" kapsamına girdiği ile ilgili değerlendirmeyi, Dünya Kiliseler Konseyi'nin bir raporuna

⁴⁷ Ekiz, Serkan ; a.g.e., s. 257

dayanarak yapmış ve bir anlamda söz konusu açığa vurum şeklini Hristiyanlık dininin belli bir yorumunun sınırları içine hapsetmiştir

Mahkeme, kararında, *"uygunsuz din yayma faaliyeti"* ni Hristiyan merkezli yaklaşım ile değerlendirmiş olmasına rağmen, Kokkinakis/Yunanistan ve daha sonraki Larissis ve Diğerleri/Yunanistan kararları, din yayma hakkının bir bireyin din ya da inancını *"öğretim"* şeklinde açığa vurumu olarak kısmen güvence altına alındığı söylenebilir.

bc-Din veya İnancın Uygulama Yolu ile Açığa Vurulması

'*Uygulama*' terimi, dört farklı din ve inancın açığa vurulması şekli arasında tanımlanması ve kapsamının belirlenmesi en zor olanıdır. Bunun da ötesinde *"uygulama"* teriminin anlamının ve kapsamının belirlenmesi, *"din veya inancın açığa vurumu"* teriminin anlamının belirlenmesi işinin merkezinde yer almaktadır.

Çünkü eğer bir din veya inancın *"uygulama"* sı geniş anlamda ele alınır ve bu kavram ibadete benzeyen davranışların da ötesini kapsar nitelikte anlaşılırsa, ibadet, öğretme ve ayin şeklindeki açığa vurumlar da kaçınılmaz olarak kapsamak durumunda kalacaktır.

Terimin geniş anlamda ele alınması, din veya inançtan kaynaklanan her davranış şeklinin *"uygulama"* kapsamında değerlendirilmesi ve hakları kötüye kullanılması tehlikesini doğuracaktır. Buradan da anlaşılacağı gibi, *"uygulama"* kavramı, bir din veya inancın bütün emir ve öğretilerinin açığa vurumlarını potansiyel olarak kapsayacak kadar geniştir.

Bu nedenle, kavramın ortaya çıkardığı en önemli sorunların başında, göreceli bir niteliğe sahip olan, bireyin kendi din veya inancının emirlerine uygun davranma özgürlüğünün nasıl anlaşılacağı gelmektedir. Bu sorun aynı zamanda, bireyin yasal yükümlülükleri ile dinsel yükümlülükleri arasındaki çatışma ile de yakından ilgilidir. Öte yandan, *"uygulama"* teriminin kapsamı, sadece kapsamı nispeten daha belirlenebilir olan *"ibadet"* e benzer yapıdaki açığa vurumlara doğrudan atıf yapılarak, dar bir şekilde de ele alınabilir. Ancak bu tip bir yaklaşım da, *"uygulama"* teriminin din veya inancın açığa vurum şekli olarak ayrıca belirtilmesinin gereksizliği ve kendisinden beklenen hukuksal güvencenin etkisiz hale getirilmesi eleştirisini gündeme getirebilir.

Bazı araştırmacılar , din veya inancın açığa vurum şekilleri olarak belirtilen "*ibadetin dine* , "*ayin*"in "*vicdan*"a , "*uygulama nın da "düşünce"*ye yönelik bir açığa vurum şekli olduğunu belirtmişlerdir.

Fakat, "*uygulama*" terimi salt bir düşüncenin açığa vurum şekli olarak sınırlanamayacak kadar geniş kapsamlıdır. Bu nedenle : Durham, beslenme kurallarına uyma, dinsel tatil günlerinde çalışmama, toplu ibadet ve ayinlere katılma, tıbbi tedaviyi reddetme, kutsama törenlerine katılma, dinsel yargı mercilerine sahip olma, dinsel bayramlara sahip olma gibi son derece çeşitli davranış şekillerini "*uygulama* " teriminin kapsamı içinde değerlendirmiş ve bunların bulunmaması halinde din ve inanç özgürlüğünün anlamsız olacağını belirtmiştir.

Fakat, din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen insan hakları belgeleri bakımından din veya inancın "*uygulama*" şeklinde açığa vurulması özgürlüğünün önemi, bir din veya inancın biçimsel emirlerine indirgenemeyecek açığa vurum şekillerini güvence altına alan bir hüküm niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır.

Bu nedenle "*uygulama*" hakkının din ve inanç özgürlüğü bakımından pratik değeri küçümsenemeyecek kadar önemlidir. İlk olarak, din ve inanç özgürlüğünün "*uygulama*" şeklindeki açığa vurumun güvence altına alınmış olması, yerleşik ve bilinen öğreti ve emirlere sahip olmayan inançlar açısından bir güvence teşkil etmektedir.

İkinci olarak, yerleşik uygulama ve öğretilere sahip olan din veya inançlar açısından değerlendirildiğinde dahi, "*uygulama*" hakkı bu din veya inançların öngördüğü açığa vurum şekilleri dışında kalan ya da kalması muhtemel anlar da güvence altına almaktadır. Bir açığa vurum şeklinin, bilinen din veya inançların yerleşik emir ve öğretilerine uygun olup olmadığının tespiti her zaman olmayabilir. Bu tip durumlarda "*uygulama*" hakkının sağladığı güvence göz önünde bulundurulabilir.

Komisyon ve Mahkeme, '*uygulama*' kavramının geniş anlamının farkına varmış ve bu kavram için geniş bir tanım vermekten kaçınmıştır. Arrowsmith/İngiltere başvurusunda, Mahkeme ve Komisyon din veya inancın bir açığa vurum şekli olan '*uygulama*' ile salt bir din veya inançtan kaynaklanan veya onlardan etkilenen davranış çeşitlerinin birbirinden nasıl ayrılacağı ile ilgili kriterleri belirlemişlerdir. Daha sonraki bazı başvurularda

Komisyon, Arrowsmith/İngiltere kararında belirlediği bu ayrım kriterinin, 9(1). Madde de sıralanan din ve inancın açığa vurumunun diğer şekilleri için de uygun olduğunu kabul etmiştir. Fakat Komisyonun bu yaklaşımı, 9. maddeye dayalı başvuruların durumunu güçleştirmiş ve pek çok başvuruyu Mahkeme ve Komisyonun değerlendirmesi dışında bırakmıştır.

c-Din ve İnanca Aykırı Davranmama Hakkı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, insan hakları ile ilgili bir çok belgede, kişinin din veya inancını ibadet, ayin, öğretme veya uygulama şeklinde açığa vurma özgürlüğü düzenlenmiş olmakla birlikte, bireyin, kendi din veya inancına aykırı davranışta bulunmaya zorlanmasına veya din veya inancına aykırı bir duruma sokulmasına engel olan bir özgürlüğe açıkça yer verilmemiştir. Bu tip bir özgürlük, din veya inancın açığa vurulması özgürlüğünün olumsuz boyutunu, yani bireyin din veya inancının öğretilerine aykırı davranışta bulunmama hakkını ifade eder.⁴⁸

İnsanlar çoğunlukla devletler tarafından çıkartılan, görünüşte doğrudan din veya inanç alanını düzenlemeyen, fakat uygulamada bu alanda sonuç ve etkilere sahip olan hukuk kuralları ile bu tip bir durumla karşı karşıya bırakılmaktadırlar. Bu hukuk kuralları Komisyon kararlarında *"genel ve tarafsız kurallar"* olarak ifade edilmiştir.⁴⁹

Dolayısıyla bireyi din veya inancına aykırı davranmaya zorlayan *"genel ve tarafsız kural"* ifadesinin anlamının açıklanması önemlidir. Bu terimin anlamı Komisyon kararlarında tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, burada bahsedilen normun açıkça ve doğrudan dinsel alam düzenleyen normlar olmadığı konusunda bir tartışma bulunmamaktadır.

Doğrudan ve açıkça dinsel alam düzenleyen normların konusunu genellikle, din yayma faaliyetinin yasaklanması, kilise inşaatına izin verilmesi, dinsel otoritelerin izni ile ibadet yeri inşa edilmesi veya dinsel topluluklara tüzel kişilik tanınması gibi konular oluşturmaktadır.

⁴⁸ Ekiz, Serkan ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İnanç Özgürlüğü, Doktora Tezi, Dokuze Eylül Üniversitesi, İzmir,s. 285

⁴⁹ Evans, Freedom of Religion, s. 168; Reisoğlu, s.60.

Buna ek olarak, "*Genel ve tarafsız kural*" kavramı, içeriği, yapısı veya uygulama alan bakımından, doğrudan veya dolaylı olarak, belli bir din veya inanca yönelik ayrımcılığı amaçlayan normları ifade etmez.

Bu tespitten sonra, "*genel ve tarafsız kural*" kavramı, öncelikle doğrudan din veya inanç özgürlüğü ile ilgili düzenlemeler getirmeyen, fakat uygulamada bazı bireylerin din veya inançları üzerinde tali etkilere sahip normlar olarak tanımlanabilir.

Hukuksal açıdan değerlendirildiğinde din veya inancı açığa vurma özgürlüğünün olumsuz boyutunun konusunu, bireyin hukuk kurallarına uyma yükümlülüğü ile dinsel, felsefi ya da ahlaki inançlarına uygun davranma isteği arasındaki çatışmanın oluşturduğu söylenebilir.

Bu çatışmanın ortaya çıktığı durumlarda, bireyin uymakla yükümlü olduğu kuralların nihai amacı olan kamu düzeninin ve kamu yararının sağlanması ile aynı bireyin yaşamına ve davranışlarına temel oluşturan dinsel, felsefi veya ahlaki inançlarına olan bağlılığın güvence altına alan din ve inanç özgürlüğü arasında bir dengenin sağlanması gerekmektedir. Bir kişinin kendi din veya inancının ilkelerine aykırı yükümlülükler getiren hukuksal düzenlemeler bulması oldukça yüksek bir olasılıktır.⁵⁰

Bu anlamda toplum yaşamını düzenleyen hukuk kurallarının çoğu potansiyel olarak bu tip bir çatışmanın kaynağını oluşturabilir. Çatışmanın ortaya çıkmasına neden olan zorlayıcı norm farklı içeriklerde olabilir. İlk olarak zorlayıcı norm, bir din ya da inanç tarafından emredilmiş bir davranışın yapılmasına engel olabilir. Belli bir din veya inanç tarafından kutsal sayılan bir bölge veya tarihi bir yapının ziyaret edilmesini, "*tarihi eserlerin ve arkeolojik bölgelerin güvenliğinin sağlanması ve korunması amacıyla*" yasaklayan kanun buna örnek olarak verilebilir. Bu tip bir yasa, doğrudan ve açıkça dinsel alanla ilgili olmadığı gibi, uygulama alan bakımından genel, dinsel olarak da tarafsızdır. Fakat bu yasa, söz konusu bölge veya yapının ziyaret edilmesini din veya inancının açığa vurumu bakımından kutsal ve dahası zorunlu sayan kişiler bakımından, toplumun diğer bireylerine oranla tali bir etkiye sahiptir.

⁵⁰ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 286

Bunun dışında, söz konusu norm, bir dinsel öğreti veya inanç tarafından yasaklanmış bir davranışın yerine getirilmesini de emredebilir. Belli bir yaşa gelen erkekleri zorunlu askerlik hizmeti ile yükümlü kılan yasal düzenlemeler, bunun en önemli örneğini oluşturmaktadır.

Her iki durumda da benzer sonuçlar ortaya çıkan oymuş gibi görünse de, bireyi, din veya inancı tarafından yasaklanan bir davranışta bulunmaya zorlamanın (örneğin bir pasifistin askerlik hizmetine zorlanması), aynı bireyin din veya inancı tarafından yerine getirilmesi emredilen bir davranışın yasaklanmasından (örneğin kutsal yerlerin ziyarete kapatılması) daha ciddi bir ihlal ortaya çıkardığı söylenebilir.

Çünkü, din veya inanç tarafından emredilen belli bir davranışın yasaklanması, bireyin farklı şekilde davranma seçeneğine açık kapı bırakmaktadır. Ayrıca, bu tip bir yasak, bireyi sadece belli bir davranışı yapmaktan alıkoyduğu için söz konusu din veya inancın genel olarak doğrudan bir saldırıya maruz kalmasına ve din veya inancın kendisinin bir tartışma konusu olmasına da engel olmaktadır.

Bunun aksine, bireyin din veya inancı tarafından yasaklanmış bir davranışa zorlanması, inançlı bir kişinin elindeki bütün seçenekleri ortadan kaldırarak, bireyi, inançlarına tamamen aykırı olan bir ortamın içine iter. Pek çok kişi için, bu tip bir davranış yerine getirmeye zorlanmış olmak, din veya inanç tarafından emredilen yükümlülüklerin yerine getirilmesinin yasaklanmasından daha ciddi bir ihlale neden olur.

Kendisine genel ve tarafsız hukuk kuralları ile getirilen yükümlülük nedeniyle, din veya inancına aykırı davranmak zorunda bırakılan birey, bu yükümlülüğü yerine getirebilir veya bunu yapmayı *vicdani* nedenlerden dolayı **reddedebilir**. Her iki durumda da bireyin din ve inanç özgürlüğü bakımından bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bu sorunların çözümüne ilişkin yapılan tartışmaların pek çoğu, din ve inanç özgürlüğünün bireyin din veya inancına aykırı davranmama hakkını içerip içermediği üzerinde yoğunlaşmaktadır⁵¹

Mahkeme ve Komisyonun kararlarında bireyin din veya inancına aykırı davranışta bulunmama hakkı ile ilgili ayrıntılı bir inceleme yapılmamış ve bu soruna ayrıca özel bir ilgi gösterilmemiştir. Bununla birlikte, dinsel olarak tarafsız ve uygulama alan bakımından da genel bir niteliğe sahip hukuk kuralları ile bireylerin din veya inançlarına aykırı davranmaya

⁵¹ Ekiz, Serkan a.g.e. s. 287

zorlanması sorunu, dinsel çoğulculuğu artmakta olan Avrupa toplumları için de son derece tartışmalıdır.

Mahkeme ve Komisyonun bu soruna yaklaşımı, genel olarak devletlerin genel ve tarafsız hukuk kurallarını çıkarma yetkisine sahip olduğu ve bu hukuk kuralları bireyleri din veya inançlarına aykırı davranmak zorunda bıraksa bile, din ve inanç özgürlüğünü ihlal etmediği yönündedir. Bu yöndeki kararların çoğu, küçükbaş hayvanların aşılanması, motorlu araç sigortası emeklilik ve vergi gibi oldukça karmaşık ve birbirinden farklı alanlardaki konulara ilişkindir.

Bu başvurularda başvuruçular din ve inançlarına aykırı yükümlülükler getiren yasanın kendisini tartışma konusu yapmamaktadır. Bunun yerine başvuruçular, söz konusu yasadan kendilerine muafiyet tanınmasını, yasanın uygulamasının belli durumlarda oransız olduğunu veya yasanın daha sınırlı bir kapsamda çıkartılmış olması gerektiğini ileri sürmektedirler. Buna karşılık devletler genel olarak, toplumun bütün üyelerinin uymakla yükümlü olduğu genel ve tarafsız yasalar çıkarma haklarının üstünlüğüne vurgu yapmışlardır.⁵²

⁵² Ekiz, Serkan. A.g.e. s. 290

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİNİN SINIRLANDIRILMASI REJİMİ

A. GENEL OLARAK

Tez konumuzu oluşturan, inanç özgürlüğüne ilişkin sözleşmenin 9. maddesini incelediğimizde, maddenin ikinci paragrafının bu özgürlüğün sınırlandırılması konusunu içerdiğini görmekteyiz.

9. madde ihlali ile ilgili sözleşmecî devlet aleyhine yapılan başvurularda genel anlamda bu sınırlandırma rejiminin yorumlanması ve uygulama biçiminin belirgin bir şekilde etkili olduğunu belirtmek gerekir. Zira kararlarda hükümet adına yapılan savunmalarda, hep bu ikinci fıkraya atıf yapıldığı, özellikle kamu düzeni-güvenliği ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin de korunması bağlamın bir savunma yapıldığı görülmektedir.

Maddenin ikinci fıkrası şöyledir:

“2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.”

Söz konusu ifadeyle , din özgürlüğü ile ilgili bir toplumda sınırlandırma yapılabileceği, ancak bunun belli şartlarla olabileceği ifade edilerek, bireyin hak ve özgürlüğü ile toplum çıkarları arasında oldukça nazik ama bir o kadar da muğlak bir denge kurulmaya çalışılmıştır.

Yani yapılacak sınırlama yasayla öngörülmüş olmalı ifadesiyle keyfî sınırlandırma olamayacağı belirtilirken, sınırlandırmanın; demokratik bir toplum için zaruri tedbirlerle (kamu düzeni, kamu güvenliği, toplumun genel sağlığı, genel ahlakın

korunması ve nihayet başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarından en az biriyle alakalı) sınırlandırılma yapılabileceği belirtilmektedir.

Evrensel anlamda özgürlükler incelendiğinde, yukarıda ifade ettiğimi,z gibi bir sıralandırmanın zarureti kendini elbette göstermektedir. Zira bu toplumsal yaşamın adil ve sağlıklı yürümesi için gerekli olup, mutlak özgürlüğü savunmanın bu anlamda ütöpik bir iddiadan öte geçemeyeceğini bilmekteyiz.

Ancak sözleşmenin sıralandırmaya ilişkin bu fıkrasının devlet-birey ilişkisinde bireyin zayıf ve korumasız kalmasına sebebiyet verdiğini ifade etmekteyiz. Zira bireyin inancını izhar etme , açıklama ya da açıktan dini emirleri yaşamak istemesi karşısında, kavramların yorumlanamamasındaki keyfilikten veya maksatlı uygulamalarla söz konusu fıkra din hürriyeti ihlalini kolaylaştıran bir mahiyete sahiptir.

Bunun yerine kamu düzeni ve güvenliği gibi kısa kavramlar yerine sözleşmeye evrensel bir yorum uygulama birliği katması adına, din ve inanç hürriyetinin tanımı ve diğer maddeler için de geçerli olmak üzere, detaylı bir açıklama belki ihlalleri engelleyici bir etken olurdu.

Sözlük anlamı itibariyle; sınırlama kavramı, bir kayıtlama, bir daraltma durumunu ifade etmektedir. Hukuki açıdan sınırlama kavramı ise, belli bir hakkın hukuk kurallarınca öngörülmüş ya da belirlenmiş bulunan "norm alanına" yasa yoluyla, belirli ilkelere uygun olarak dışından yapılan ve bu alan içinde kişiye sağlanan imkanları kısıtlayan bir "müdahale" olarak tanımlanmaktadır.¹

Peki tabii olarak dini hükümler insanlar tarafından daha kesin ve uyulması mutlak surette istenilen şeyleri içerdiğinden veya öyle inanıldığındandır ki, bu "müdahale " din ve inanç özgürlüğü söz konusu olduğunda daha da önemli hale gelmektedir. Çünkü, din veya inançlar bireyler için uyulması zorunlu emirler içerirler ve inanan bireylerin çoğu yaşamlarını bu emirler doğrultusunda şekillendirirler. Bunun da ötesinde, bazı bireyler için din veya inancının emirlerine uygun davranmak, devlet tarafından getirilen hukuk kurallarına uygun davranmaktan daha öncelikli ve önemli bir

¹ **Sağlam**, Fazıl; *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s.23.

konudur. Bu bireyler, sonuçları ne olursa olsun, din veya inancının emirlerini takip etmekte kararlı bir tutum izlerler.²

Bununla beraber, devlet yönetimi de vatandaşlarının her hareketini ,din hürriyeti bağlamında değerlendirerek hoşgörüyle, müsamahayla ve pasif tutumla görmezden gelemez.Zira din ve inanç özgürlüğünü güvence altına almak kadar, bu özgürlüğün diğer bireylerin hak ve özgürlüklerine ve toplumsal düzene zarar vermesini önlemek de devletin görevi ve varlık sebeplerindendir.

Din özgürlüğü kavramı açısından herhangi bir temel hak veya özgürlüğün sınırlandırılmasıyla , bu özgürlüğün sınırlarının belirlenmesi aynı şey değildir. Uygulamada uluslararası insan hakları belgelerinin ve özellikle AİHS de dahil olmak üzere hak ve özgürlükler için mutlak olan ve olmayan, bir diğer ifadeyle sınırlanması hukuksal olarak mümkün olan ve olmayan şeklinde ikili ayrıma tabi tutulduğunu görmekteyiz.³

Söz konusu hak ve özgürlüklerin savaş ve olağanüstü hal durumlarında bile askıya alınamamaları da, bu özgürlüklerin bu vasfından, yani mutlak oluşları ve tahdit edilemeyeişlerinden ileri gelmektedir.

Sözleşmeye baktığımızda, Sözleşme'nin 15(2). maddesi kapsamında yaşam hakkı(md.2), işkence yasağı(md.3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (md.4), cezaların yasallığı ilkesi (md.7), idam cezasının kaldırılması (6. No.lu Protokol) ve aynı suçtan dolayı iki kere yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı (7.No.lu Protokolün 4. maddesi) mutlak niteliktedir. Ayrıca, Sözleşme, suçsuzluk karinesi (md.6(2)), vatandaşın sınır dışı edilmesi yasağı ve yabancıların topluca sınır dışı edilmesi yasağı, (4. No.lu Protokolün 1., 3. ve 4. maddeleri), borçtan dolayı özgürlükten yoksun bırakılma yasağı gibi hususların da sınırlamaya tabi olamayacak özellikte olduğunu vurgulamıştır.

² Ekiz, Serkan ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İnanç Özgürlüğü, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir,s. 328

³ Gemalmaz, Mehmet, Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta, 4. Baskı, İstanbul, Nisan 2003

Sözleşme'nin 17. maddesi ile düzenlenen ve Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını yasaklayan hüküm mutlak olan ve olmayan bütün hak ve özgürlükler için geçerlidir. 4 Fakat bu durum mutlak hak ve özgürlükler kategorisi altında değerlendirilen hak ve özgürlüklerin bu niteliğini etkilemez. Çünkü bir haklan kötüye kullanımının yasaklanması hukukun genel ilkelerinden birisidir. 5

AİHS , mutlak niteliğe sahip hak ve özgürlüklerden ayrı olarak, diğer hak ve özgürlüklere birtakım sınırlamalar getirilmesine imkan tanımakla beraber, bu sınırlama yöntemi ve mahiyeti yeknesaklık vasfını taşımamakta , yani farklı şekillerde tezahür etmektedir.6

B. SINIRLANDIRMADA TEMEL GEREKÇELER

1) YASAYLA ÖNGÖRÜLMÜŞ OLMA

I-"Yasa" Kavramının Anlamı ve Kapsamı

Geçmişten günümüze kadar, insan hakları alanındaki genel kabul, temel hak ve özgürlüklerin, bir ülkenin yasama-kanun yapma faaliyeti sonrasında oluşturulan,düzenlenen yasalarla ancak sınırlanabileceği olmuştur.7

⁴ **Madde 17:** Hakların kötüye kullanımının yasaklanması

"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz."

⁵ Ekiz, Serkan ; a.g.e, s. 330

⁶ **Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.90**

⁷ **Kapanı**, Münci; İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 1996, s.230;Teziç, Erdoğan; Anayasa Hukuku, Beta, İstanbul, 1986, s. 13.

Zira temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilmesi prensibi, herkes için geçerli objektif nitelik taşıyan bir hukuk metni olması özelliği sayesinde, kişisel yorum ve keyfi uygulamaların önünde bir engel oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra yasama faaliyetinin de kolektif şuur ve toplumsal katılımı ile gerçekleşmiş olması da ayrıca önem taşımaktadır.⁸

Şu an mevcut olan birçok temel hak ve özgürlüklerle ilgili belgelerde de söz konusu hak ve hürriyetlerin ancak kanuni düzenlemeyle sınırlandırılabilirliği ilkesine vurgu yapılmıştır.

Doktrinde bazı yazarlar ; bu konuda yapılacak kanuni düzenlemelerin fertler arasında ayrımcılık etkisi doğuracak özelliğe sahip olmaması , kişi ve topluluklar arasında adil uygulanabilmesi için, başlangıçta yani yasal düzenleme yapılırken , sınırlandırma işlemi soyut ve genel hukuk ilkelerine dayanması gerektiği görüşünü savunmuşlardır. ⁹

Bu arada , sınırlamanın sadece yasa ile olabileceği prensibi konusunda , buradaki "yasa" kavramının neyi çerçevelediği konusu, başka bir ifadeyle , bu kavramdan anlaşılması gereken şeyin , tüm hukuksal belgeleri kapsayacak şekilde geniş mi, yoksa sadece yasama organı tarafından "kanun-yasa" adı altında ve usulüne uygun olarak çıkartılan hukuk kuralları şeklinde dar mı olduğudur.

Sözleşme organlarına göre, " 'Yasa ile düzenlenmiş olma' ifadesindeki 'yasa' kavramı , yalnızca yazılı kuralları ve hukuksal metinleri kapsamaz, bununla beraber o toplumda yazılı olmayan hukuk kurallarını da içine alır.

Yani burada , sözleşme tarafı devletin kendi mahkemesinin verdiği kararın yazılı veya yazılı olmayan hukuk kurallarına dayanması, bir önem arzetmemekte, bunun dikkate alınarak , yazılı olmayan hukuka dayanılarak getirilen bir sınırlamanın meşru olmadığını kabul etmenin de evrensel hukuk ilkelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

⁸ Fendoğlu, s. 126; Kapanı, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, s.231

⁹ Serkan ekiz s. 336

Öte yandan yazılı olmayan hukuksal teamüllerin etkisiyle yönetilen ülkelerin de varlığı göz önüne alındığında , (örn. Anglo-Sakson Hukuk sist.) , yasa ile düzenlenmiş olma ilkesinin geniş yorumlanmasının önemi daha da iyi anlaşılmaktadır.¹⁰

Belirtilmesi gereken bir başka husus da, temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren hukuk kuralım kabul eden organ ya da bu kuralın kabul ediliş usulü değil, söz konusu hukuk kuralının yürütme organının yetkilerini kötüye kullanmasını ne derece önlediği ve bu konudaki etkinliği olmalıdır. Ayrıca , özgürlüğe yapılacak müdahalenin ulusal hukukta, bir şekilde dayanağının bulunması gereği genel bir ilke olarak kabul edilmelidir. Sözleşme organları , yasaların yorumlanması ve uygulanmasının ulusal yargı mercilerinin yetkisinde olduğunu kabul etmekle birlikte, temel hak ve özgürlüklerin yasa ile sınırlandırılmış olması Sözleşme'nin öngördüğü koşulun otomatik olarak yerine getirildiği anlamına gelmemektedir. Çünkü, sınırlamaların "yasa ile düzenlenmiş" kabul edilebilmesi için ayrıca bu düzenlemenin bazı özellikleri taşıması gerekmektedir.¹¹

Sunday Times/İngiltere¹² başvurusunda verdiği kararına göre; bir ülke tebaasının, vatandaşları, herhangi bir hak ve özgürlüğe sınırlama getiren mevzuata kolayca ulaşabilmeli ve bilgi sahibi olabilmelidir.¹³ Bireylerin varlığından haberdar olmadığı, kolay ulaşılamayan bir yasa ile getirilen sınırlama Sözleşme'ye aykırıdır. İkinci olarak söz konusu yasa, gerektiğinde bir hukukçunun yardımıyla da olsa, kişinin davranışlarını düzenleyebilmesine olanak sağlayacak açıklıkta kaleme alınmış olmalıdır. Bu gerekliliğin amacı, hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olarak, bir kişinin yasada hangi davranışın tanımlandığını öğrenmesini ve davranışlarını buna

¹⁰ **Sırnday Times/İngiltere**, 30 Eur.Ct. H.R. (Ser.A) (1979), s.30.

¹¹ **Ekiz, Serkan** ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İnanç Özgürlüğü, Doktora Tezi, Dokuzeylül Üniversitesi, İzmir,s.337

¹² **Sunday Times/İngiltere**, 30 Eur.Ct.H.R. (Ser.A) (1979).

¹³ **Gölcüklü/Gözübüyük**, s.294

göre ayarlamasına olanak vermek ve bu sayede hak ve özgürlüklerin hukuksal düzenlemeler dışında sınırlanmamasını sağlamaktır.

Sözleşme'de yer alan bir özgürlüğe getirilen sınırlamanın yasa ile düzenlenmemiş olduğu iddiası ile Mahkeme ve Komisyona yapılan başvuruların çoğunda, sınırlamayı bir şekilde düzenleyen yasa bulunmaktadır. Bu nedenle bu iddiayı içeren başvurularda başvurucular genellikle yasanın varlığını tartışma konusu yapmak yerine, başvuru konusu sınırlamanın **"yasa ile düzenlenmiş olma "** kriterini karşılamaya yeter açıklıkta olmadığı iddiası üzerinde yoğunlaşmışlardır.¹⁴

2)MEŞRU SINIRLANDIRMA AMAÇLARI

Tezimizin konusunu oluşturan AİHS'nin 9. maddesinde , din veya inancın açığa vurulması hürriyeti ancak **"kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için" "demokratik bir toplumda zorunlu olması"** durumunda sınırlandırılabilir.¹⁵ Dolayısıyla devlet yönetimi bu özgürlükle ilgili bir sınırlandırma işlemi yaparken veya yasal düzenleme yaparken , rasgele bir nedene, gayeye dayandıramayacaktır. Yani yapılan sınırlandırmanın sözleşmede sıralanan meşru amaçlardan biriyle yapıldığını beyan ve ispat etmelidir.

¹⁴ Evans, Freedom of Religion, s. 138; Gölcüklü/Gözübüyük, s.294

¹⁵ Gölcüklü/Gözübüyük, 1996, s.315; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.422, 423; Reisoğlu, s.62; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 1993, s. 188

Sözleşme organları , din ve inanç özgürlüğüne getirilen sınırlamanın yasa ile düzenlenmiş olup olmadığını değerlendirdikten sonra, söz konusu sınırlamanın 9(2). Madde de sayılan meşru amaçlardan birisine ulaşmak için demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığını inceler.

Dolayısıyla , sınırlama ile ulaşmak istenen amacın doğru tespit edilmesi, din özgürlüğüne getirilen sınırlamanın Sözleşme bağlamında bir ihlale neden olup olmadığı noktasında karar vermede büyük bir etkidir ¹⁶ Bu duruma rağmen,sözleşmede meşru amaçlar sıralanırken , soyut ve muğlak ifadeler kullanılmış,daha sonra bu kavramların neleri kapsadığı Mahkeme ve Komisyon kararlarında ortaya çıkmakta ve belirginleşmektedir. Mahkeme ve Komisyon meşru amaçları yorumlayıp onlara anlam kazandırırken, bu kavramlara olağan anlamlarının ötesinde bir anlam yüklememeli ve böylece madde metninde öngörülme-yen bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik bir müdahale için kullanılmalarına yol açmamalıdır. Sözleşme'nin (AIHS) 18. maddesi de bu konuda bir hüküm içermektedir. 18. maddeye göre; *"Bu Sözleşme 'nin hükümleri gereğince sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaç için 'uygulanabilir'".*¹⁷

Ülkemiz açısından dikkat çeken bir karar da, Kalaç/Türkiye¹⁸ başvurusudur. Burada Mahkeme, askeri yetkililerin İslamî bir örgüte üye olan ve Anayasa'nın laiklik ilkesine aykırı davranış ve söylemlere sahip bir subayın zorunlu olarak emekliye ayrılması yönündeki kararın haklı bulmuştur. Mahkûmlarla ilgili olarak da Komisyon çeşitli kararlarında; mahkûmların özgürlüklerinden yararlanmalarına belli sınırlamaların getirilmesinin, yasaya uygun hapis cezasının Özünden kaynaklanan bir özellik olduğunu belirtilmiştir.

Devlet tarafından ileri sürülen amacın 9(2). maddede belirtilen meşru amaçlardan birisinin kapsamına girip girmediğinin çok açık bir şekilde

¹⁶ **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku,1993, s.56

¹⁷ Ekiz, Serkan ; a.g.e, s. 348

¹⁸ **Kalaç/Türkiye**, 41 Eur.Ct.H.R.1 199 (Ser.A) (1997-IV).

belirlenememesi , o noktada gerçekleştirilen sınırlamanın Sözleşme kapsamında haklı olup olmadığının tespiti noktasında ortaya çıkan temel problemlerden biri olmuştur.

Ancak bununla ilgili olarak , Mahkeme ve Komisyon kararlarında çok açık bir şekilde ifade edilmemişse de, bazı başvurulardan sonra çıkan kararlar kısmen konuya açıklık getirmektedir. Mesela, , Manoussakis ve diğerleri/Yunanistan başvurusunda Yunan hükümeti Ortodoks inancı dışındaki inançların ibadethane inşa etmesini yasaklayan yasaların, işgal yılları sırasında Ortodoks Kilisesinin ulusal vicdanın ve Yunan vatanseverliğinin canlı tutulması konusunda üstlendiği rol nedeniyle, meşru bir amaca sahip olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, Yunan hükümetinin bu iddiası ile ilgili bir değerlendirme yapmaksızın söz konusu yasağın, kamu düzeninin korunması meşru amacına yönelik olduğunu belirtmiştir.¹⁹

Buscarini ve diğerleri/San Marino başvurusunda, San Marino Meclisinde milletvekili olan başvuruçular İncil'e el basarak yemin etmeleri aksi takdirde meclisteki koltuklarını kaybedecekleri yönündeki bildirimin din ve inanç özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. San Marino hükümeti savunmasında söz konusu yeminin "*dinsel*" değil, daha çok "*tarihsel ve sosyal*" bir içeriğe sahip olduğunu ve geleneksel temellerinin bulunduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme bu başvuruda da hükümetin din ve inanç özgürlüğüne getirdiği sınırlama için ileri sürdüğü amacın niteliğini tartışmaksızın bu sınırlamanın meşru bir amaca sahip olmadığına karar vermiştir.

Sözkonusu kararlardan sonra , şu ifade edilebilir: bir başvuruda devletin din ve inanç özgürlüğüne getirdiği sınırlama için ileri sürdüğü "*meşru amaç*" açıkça 9(2). maddede sayılan meşru amaçlardan birisinin kapsamına girmiyorsa, Mahkeme söz konusu amacın niteliği konusunda bir değerlendirme yapmaktan kaçınmaktadır. Bu durum özellikle, konusu devlet ile din arasındaki tarihsel ve geleneksel ilişkiler ile ilgili olan başvurularda açıkça gözlemlenebilmektedir.²⁰

¹⁹ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 350

²⁰ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 350

Meşru amaçlar ile ilgili olarak ortaya çıkan bir diğer sorun da Mahkeme ve Komisyonun vermiş olduğu kararlardan bazılarında herhangi bir gerekçe getirmeksizin 9(2). maddede belirtilen amaçları sadece saymakla yetinmesi ve devlet tarafından yapılan müdahalenin, sayılan bu nedenlerden dolayı gerekli olduğuna karar vermiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Zira Chappell/İngiltere başvurusunda Komisyon, Druidizm inancına mensup kişilerin her yıl geleneksel olarak ziyaret ettikleri Stonehenge'in ziyarete kapatılmasını *"kamu güvenliğinin, kamu düzenin, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için"* gerekli olduğunu belirtmekle yetinmiş, İngiliz hükümetinin din ve inanç özgürlüğünü sınırlayan tasarrufunun bu meşru amaçlardan hangisini ya da hangilerini gerçekleştirmeye yönelik olduğu kararda açıklanmamıştır.²¹

Sözleşmenin 8 ila 11 maddelerinin ikinci fıkralarında yer alan meşru sınırlama nedenleri, kapsamı çok açık olmamakla birlikte, kamu yararına yönelik sınırlama nedenleri ve özel yarara yönelik sınırlama nedenleri olarak kabaca ikiye ayrılabilirler. *"Kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık veya ahlak"*, kamu yararına yönelik sınırlama nedenleri başlığı altında değerlendirilirken, *"başkalarının hak ve özgürlükleri"*, özel yarara yönelik bir sınırlandırma nedeni olarak sınıflandırılabilir.²²

²¹ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.91;Sezer, s. 277

²² Ekiz, Serkan ; a.g.e., s.351

a-Kamu Düzeni ve Güvenliğinin Sağlanması

"Kamu güvenliği", anlamı ve kapsamı tartışmalı bir kavramdır. Bu durum bazı yazarlarca şu şekilde ifade edilmiştir.

"... 'kamu güvenliği' teriminin yorumu özellikle zordur. Bu kavram, daha geniş bir kavram olan 'kamu düzeni'ne benzetilemez, fakat her iki kavram birbiri ile yakından ilişkilidir. 'Kamu güvenliği', düzensizliğin ve suçun önlenmesini" içerir fakat bunlardan da geniş bir anlama sahiptir. Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklar, eğer bu haklardan yararlanmak, insanların güvenliğini, yaşamını, fiziksel bütünlüğünü veya sağlığını tehlikeye atıyorsa, sınırlanabilir. "

Birçok yazar , *"kamu güvenliği"* kavramını *"şahsa veya eşyaya zarar verecek kazaların ve tehlikelerin yokluğu"* şeklinde tanımlamaktadır²³, bazı yazarlar da *"kamu güvenliği"ni "kamu düzeni"nin bir ögesi* olarak değerlendirmiş ve bu kavramının günümüzde iki boyuta sahip olduğunu ileri sürmüştür. ²⁴ Buna göre kamu güvenliği, sıradan insanın uygun şartlarda yaşamasını; tehditlerden arındırılmasını sağlamak şeklinde tanımlanabilir.

Fakat, bütün bu tanımlar bazı belirsiz kavramlar içermektedir ve *"kamu güvenliği"* kavramının kapsamını gerçek anlamda açıklamamaktadır. Tanımındaki bu

²³ **Gözler**, Kemal; İdare Hukuku,C2, Ekin Kitabevi Yayınlan, Bursa, 2003, s.419 ve **Kaboğlu**, Kolektif Özgürlükler, s.135.

²⁴ **Yokuş**, Sevtap; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Yetkin Yayınlan, Ankara, 2002, s.71.; **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, 1993, s.56,57.

belirsizlik, kavramın din ve inanç özgürlüğünün sınırlandırılmasında meşru bir neden olarak kullanılması konusunda da bazı şüpheleri beraberinde getirmektedir.²⁵

Mahkeme, *"kamu düzeni"* kavramını Engel ve diğerleri/Hollanda başvurusunda şu şekilde tanımlamıştır;

*"...kamu düzeni, düzensizliğin yaşanması halinde bütün toplum düzeni üzerinde yankı uyandırabilecek [nitelikteki] belli bir toplumsal grubun kendi sınırları içinde hakim olması gereken düzendir."*²⁶

Kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması amacı, din ve inanç özgürlüğünün meşru ve gerekli sınırlama nedenleri olarak kabul edilmelidir.²⁷ Çünkü, kamu güvenliği ve kamu düzeni ile bireysel hak ve özgürlükler arasında bir karşıtlık değil bir bağlılık söz konusudur. Kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin ihmal edilmesi, bireylerin hak ve özgürlüklerinden ve bu arada din ve inanç özgürlüğünden, yararlanmayı imkansız kılacak toplumsal kargaşalara neden olabilir.²⁸

Sözleşme organları, *"kamu güvenliği"* ve *"kamu düzeni"* amaçlarını çoğunlukla bir arada değerlendirmektedir. Her ne kadar bazı yazarlar kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunmasını din ve inanç özgürlüğünün sınırlandırılmasının bir nedeni olarak kullanılmaması gerektiğini ileri sürseler de, bir din veya inancın açığa vurumu, bunun gerçekleştiği toplumun dinsel ve kültürel geleneklerinin yarattığı ortama bağlı olarak bazen kamu güvenliğini ve kamu düzenini bozucu bir nitelik taşıyabilir. Farklı dinsel topluluklar arasında düşmanlık ve hoşgörüsüzlüğün bulunduğu, dinsel uygulamaların dinler arası nefrete ve kamu düzeninin bozulmasına neden olabildiği toplumlarda da din ve inanç özgürlüğüne yönelik bu tip sınırlamalar zorunlu olabilir. Örneğin, Platform Arzte/Avusturya

²⁵ **Yokuş**, s.70,71.

²⁶ **Engel ve Diğerleri/Hollanda**, App.No. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Eur.Ct.H.R. (Ser.A) (08.06.1976), p.98

²⁷ **Yokuş**, s.70.

²⁸ **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, 1993, s.57; **Kaboğlu**, Kolektif Özgürlükler, s. 136

başvurusunun konusunu, kürtaj karşıtı Katolik bir grup ile kürtajı bir hak olarak savunan Sosyalist grup arasındaki çatışma oluşturmaktadır.

Ancak , kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması amacı aynı zamanda, siyasi iktidarların kendileri için rahatsız edici dinsel grupların din ve inanç özgürlüğüne her zaman müdahale etme imkanı sağlayacak kadar geniş kapsamlıdır. Bu kavramların kapsamlarının geniş yorumlanması bu tehlikeyi arttırmaktadır. Örneğin, Hakanson/İsveç başvurusunda, Komisyona göre, alkolün zararları konusunda insanları yüksek sesle uyaran bir kişinin "*toplumsal infiale*" neden olduğu gerekçesi ile cezalandırılmış olması, kamu düzeninin korunması için gereklidir. Oysa "*toplumsal infial*", din ve inanç özgürlüğünün sınırlandırılmasının nedenlerinden birisi değildir.²⁹

Devletler, din ve inanç özgürlüğüne getirdikleri sınırlamanın bir haklılık nedeni olarak kamu düzeninin korunması amacım en sık mahkûmlar tarafından yapılan başvurularda ileri sürmüşlerdir.³⁰ Mahkûmların içinde bulundukları özel statü, onların diğer hak ve özgürlüklerinin yanı sıra din ve inanç özgürlüklerinin sınırlandırılmasında da, bu statüye tabi olmayan bireylerin hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasına oranla daha farklı bir değerlendirmenin yapılmasını gerektirmektedir.

Childs/İngiltere başvurusunda, başvuru, hapisanedeki diğer mahkûmlar aleyhine delil sağlayan ve bu nedenle mahkûmlar arasında çatışmaya neden olabilecek bir seri katildir.

Başvuru hücre hapsine mahkûm edilmiştir ve hapisane yönetimi, bir çatışma veya karışıklığa neden olabileceği gerekçesi ile başvurusunun dinsel ayinlere katılmasına izin vermemiştir. Başvuru konusu olaydan da açıkça anlaşıldığı gibi,

²⁹ Ekiz, Serkan ; a.g.e., s. 355

³⁰ Öktem, s.351

başvurucu sadece tehlikeli bir suçlu olmakla kalmayıp ayrıca diğer mahkûmların da düşmanlığını kazanmış birisi olarak, ayine katılmasına izin verilmesi halinde hapishane içinde karışıklık çıkarma ve hem kendisinin hem de başkalarının güvenliği açısından tehlike yaratma potansiyeline sahiptir. Bu nedenle, başvurucunun ayine katılma hakkının **"kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması"** amacıyla sınırlanması haklıdır. Komisyon ayrıca, hapishane rahibinin düzenli olarak başvurucuyu ziyaret ettiğini ve bazı ayinlere katılmasına izin verildiğini de belirtmiştir.³¹

Bununla ilgili bir diğer başvuru da Manoussakis ve diğerleri/Yunanistan başvurusudur. İbadethane açmak isteyen Yehova Şahidi başvuruçular, bunun için yerel yönetimden ve devlet tarafından tanınmış dini makamlardan izin almayı zorunlu kılan kanuna aykırı davrandıkları gerekçesi ile cezalandırılmalarının 9. maddeye aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme'ye göre;

"...devletler, bir hareket ya da topluluğun, görünürde dinsel amaçlı olan faaliyetlerinin, toplum için zararlı olup olmadığını belirleme yetkisine sahiptir...". Bu nedenle, **"...getirilen sınırlama..., Sözleşme 'nin 9. maddesinin 2. fıkrasının amacı bakımından meşru bir amaca, yani kamu düzeninin korunması amacına yöneliktir."**

³¹ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 358

Bu kararlardan çıkan sonuca göre, sözleşme organları **"kamu düzeninin korunması"** amacını , devletlerin ibadet yeri inşa etme hakkına imar planı uygulamaları kapsamında getirdiği sınırlamalarda geniş bir takdir marjı tanımak için kullandığı söylenebilir

Öte yandan Mahkeme'nin Şerif/Yunanistan başvurusunda verdiği karar, devletlerin din ve inanç özgürlüğüne getirdiği sınırlamanın **"kamu düzeninin korunması amacına"** yönelik olup olmadığı konusunda güçlü deliller ileri sürmesi gereğini ortaya koymaktadır. Bu başvuru konusu olaya göre başvuru, başka birisi Yunan Hükümeti tarafından Batı Trakya'da yaşayan Müslüman azınlığın dini lideri olarak atanmış olmasına rağmen, söz konusu dini cemaatin gerçek dini lideri gibi davranmış ve bu nedenle cezalandırılmıştır.³²

Hükümet yaptığı savunmada , başvuruçunun yargılanarak cezalandırılmasının, iki kişinin aynı dinsel topluluğun meşru lideri oldukların iddia etmeleri halinde ortaya çıkacak toplumsal rahatsızlık ve gerilimin önlenmesi için gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Müdahalenin **"kamu düzeninin korunması"** amacına yönelik olduğunu kabul etmekle birlikte Mahkeme; **"...dinsel ya da diğer bir topluluğun bölünmesi durumunun gerilim yaratma olasılığını kabul etmekle birlikte, bunun çoğulculuğun kaçınılmaz sonuçlarından birisi olduğunu düşünmektedir. "** Mahkeme'ye göre; **"Bu tip bir durumda yetkililerin rolü, gerilimi ortadan kaldırmak için çoğulculuğu yok etmek değil fakat birbiriyle çekişen grupların birbirlerine karşı hoşgörülü olmalarını sağlamaktır."**

Mahkemen burada daha önceki yaklaşımından farklı olarak, devletlerin artık kamu düzeninin sağlanması amacını din ve inanç özgürlüğüne getirdikleri sınırlamayı kolayca meşrulaştırabilecekleri bir araç olarak kullanamayacaklarını ifade etmiştir. Yine benzer bir başvuru olan Agga/Yunanistan başvurusunda da Yunanistan'daki Müslüman azınlık tarafından dini lider olarak seçilen başvuruçunun, Yunan hükümetinin atadığı bir başka müftü bulunmasına rağmen, bir müftü gibi davrandığı gerekçesi ile yargılanmış ve cezalandırılmıştır. Mahkeme bu başvuruda, Şerif/Yunanistan başvurusunda verdiği kararını yinelemiştir.

³² Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 360

b-Genel Ahlak ve Sağlığın Korunması

Genel Sağlığın Korunması "*Genel sağlık*" kavramının arifemi nispeten daha açıktır ve sağlığın korunması, kamu düzeninin bir öğesi olarak da kabul edilebilir. Bu anlamda toplumun bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korunması ve sağlık hizmetlerinin iyi işleminin sağlanması bu amaç kapsamında değerlendirilebilir. Bazı din veya inançların açığa vurum şekilleri ya da açığa vurumda kullanılan araçlar, insan sağlığı açısından tehlikeli ve zararlı olabilmektedir. Örneğin, uyuşturucu etkiye sahip çeşitli maddeler, bir din veya inancın ayinlerinde kullanılan olağan araçlardan birisi olabilir. Ya da bazı inançlar, bireyin Tanrı adına kendisini kurban etmesini ya da Tanrıya daha yakın olmak için fiziksel acı çekmesini emredebilir. Bu nedenle, hem toplumsal hem de bireysel sağlığı korumak için din ve inanç özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, vücut bütünlüğünün bozulmasına veya fiziksel zarara neden olan uygulamalar ile ilgili olabilir.³³

Küçüklerin kendi ebeveyninin din veya inancının emirleri gereği maruz kaldıkları tehlikelere karşı korunması meselesi Kişilerin bir din veya inancın açığa vurumunun ortaya çıkartacağı olası zararlara karşı korunması konusunun en önemli boyutudur. Bazı din veya inançlar, bireylere çocuklarının fiziksel bütünlükleri üzerinde tasarrufta bulunmayı emretmektedir. Bunun en bilinen şekli, kız veya erkek çocuğunun cinsel organının belli bir bölümünün kesilmesi şeklinde gerçekleştirilen sünnettir. Bunun yanı sıra, ebeveyn bazen hastalanan çocuğa yapılacak tıbbi müdahaleyi din veya inancının gereklerine aykırı olduğu gerekçesi ile karşı çıkmaktadır. Bu durumun en bilinen örneğini kan transferinin yasak olduğu Yehova Şahitliği oluşturmaktadır. Ayrıca bu örnekler kadar yaygın olmasa da bazı bireyler, hastalıkların tedavisi için modern tıbbi müdahaleler yerine, dua veya ayini tercih edebilmektedir. Ebeveynin, hastalanan çocuğunun tedavisi için modern tıbbi yöntemler yerine bu tip bir yöntemi tercih etmesi halinde, çocuğun sağlığının tehlikeye düşeceği açıktır.

³³ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler 135

Uygulamada bu tip durumların ortaya çıkardığı sorunların nasıl çözümleneceği konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır.³⁴

Hoffmann/Avusturya başvurusunda verdiği kararda Mahkeme, bu konuda bazı ipuçları vermektedir. Başvuru konusu olaya göre, başvuru sonradan Yehova Şahidi olan bir ev hanımıdır. Başvuru önceki inancı olan Katolik inancından vazgeçince, Katolik olan kocasından boşanmıştır.

Bunun üzerine başvurusunun kocası, çocukların velayetinin kendisine verilmesi için Avusturya Mahkemelerine dava açmıştır. Davacı kocaya göre, velayetin sonradan Yehova Şahidi olan anneye verilmesi Yehova Şahitliği kan transferini yasakladığı için onların sağlığı üzerinde de zararlı sonuçlar doğurabilecektir. Bu dava sonucunda Avusturya ilk derece Mahkemesi ret karar vererek, velayeti anneye yermiştir. Fakat Avusturya Temyiz Mahkemesi babanın yaptığı temyiz başvurusu sonucunda, ilk derece Mahkemesinin annenin bir Yehova Şahidi olarak acil durumlarda çocuklarına yapılması gereken kan transferine karşı çıkabileceği gerçeği üzerinde yeterince durmadığını belirtmiş ve bu nedenle çocukların velayetinin babaya verilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Bunun üzerine başvuru anne Sözleşme'nin 8, 9 ve 14. maddeleri ile 1 No.lu Protokolün 2. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ne başvuruda bulunmuştur.

Mahkemeye göre, Yehova Şahidi olan başvurusunun inancı kan transferini yasaklamaktadır. Bu nedenle, Avusturya Temyiz Mahkemesi'nin çocukların velayetinin babaya verilmesi gerektiği yönündeki karar, çocukların sağlığının ve haklarının korunması gibi meşru bir amaç gütmektedir. Bununla birlikte, Avusturya hukuk sisteminde çocuğun hayatının tehlike altında olması halinde, bu tip bir kan transferinin mahkeme emri ile gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu tespitlerin ardından Mahkeme, başvurusunun Sözleşme ile güvence altına alınan haklarına yapılan müdahalenin oranlı olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkemenin bu kararından, anne babanın dinsel emirlerine aykırı dahi olsa, çocuğun sağlığının korunması için gerekli olması halinde tıbbi müdahaleye izin veren ulusal mahkeme kararlarının 9. maddeye aykırı bulunmayacağı sonucunu çıkartabiliriz.³⁵

³⁴ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 361

³⁵ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 362

Mahkemenin Hofmann/Avusturya başvurusunda verdiği karara benzer şekilde Komisyon da, bazı kararları ile çocukların ebeveynin din veya inancının zarar verici uygulamalarına karşı korunması konusunda devlete bir hak tanımaktadır.

Sözleşme organlarının kabul ettiği bu yaklaşım, 1981 Bildirisinin ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin hükümleri ile de uyumludur. 1981 Bildirisi'nin "**Çocuğun Hakları**" başlığını taşıyan 5. maddenin 5. fıkrası hükmüne göre,

"Çocuğun içinde yetiştirildiği bir din veya inancın uygulamaları, bu Bildirinin 1. maddesinin 3. fıkrası dikkate alınarak, çocuğun fiziksel veya ruhsal sağlığına veya tam olarak gelişmesine zarar verici olmaz":

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 24. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre de;

"Taraf devletler, çocukların sağlığı için zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması amacıyla uygun ve etkili her türlü önlemi alırlar ".

Sağlığın korunması amacı sadece üçüncü şahısların ve buğrada çocukların sağlığının korunmasını değil, aynı zamanda, din veya inancın açığa vuran bireyin bu açığa vurumun kendi sağlığı üzerinde yaratacağı olası zararlara karşı da korunmasını ifade eder.

Bunun en tipik örneğini, dinsel inançlar gereği türban takmak zorunda olan ve bu nedenle motosiklet kullanırken kask takması mümkün olmayan Sih başvurusunun yapmış olduğu K/İngiltere başvurusu oluşturur. Bu başvuru üzerine verilen ve son derece kısa ve öz sayılabilecek kararda;

"kask takma zorunluluğu, bir motosiklet sürücüsünün güvenliği için gerekli bir önlemdir. Bu nedenle..., başvurusunun din ve inanç özgürlüğüne yönelik her türlü müdahalenin 9(2). Maddesi kapsamında sağlığın korunması amacıyla meşru olduğu..." sonucuna varılmıştır.

Benzer şekilde, Sih inancına mensup bir mahkûm tarafından yapılan başvuruda başvuru, hapisane yönetiminin kendisini hücreni temizlemeye zorlanmasının din ve inanç özgürlüğüne aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Komisyon, başvurusunun hücreni temizlemekle yükümlü tutulmasının demokratik bir toplumda kendisinin ve diğer mahkûmların sağlığının korunması için gerekli olduğuna karar vermiştir. Sutter/İsviçre başvurusuna konu olan olaya göre, askerlik hizmetini yerine getirirken saçların kestirmeyi reddeden başvuru, bu nedenle

yargılanıp cezalandırılması özel hayatı gizliliği hakkım güvence altına alan 8. maddeye aykırı olduğunu ileri sürmüştür.³⁶

Komisyon bu başvuruda, başvurucuyu saçını kestirmekle yükümlü tutan yasanın başvurucunun özel hayatına saygı hakkına bir müdahale oluşturduğunu fakat bu müdahalenin aym maddenin ikinci fıkrası kapsamında, "hijyenik nedenler ve kazaların önlenmesi ve sağlığın korunması" açısından gerekli olduğuna karar vermiştir.

Bazı yazarlar, genel sağlığın korunması amacının, din veya inancın açığa vurulması özgürlüğünün sınırlandırılmasında hukuksal açıdan pratik bir değere sahip olup olmadığını tartışma konusu yapmaktadır. Bu yazarlara göre, bir din veya inancın açığa vurumuna genel sağlığın korunması amacıyla getirilecek bir sınırlama, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacına dayanarak da gerçekleştirilebilir.

Öte yandan , başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacı, din veya inancın açığa vurumunun tehlikeye attığı ya da ihlal ettiği hak ve özgürlüklerin daha kolay belirlenebilir olması nedeniyle, sınırlamanın hukuksal açıdan demokratik bir toplumda zorunlu olduğunu daha kolay savunulabilir kılmaktadır. Örneğin, bir mahkûm olan başvurucunun, dışardan sipariş ettiği ve içinde savaş ve savunma sanatlarının anlatıldığı bir bölüm olan kitabın hapisane yetkililerince alıkonularak kendisine verilmemesinin din ve inanç özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürdüğü başvuruda, Komisyon bu kitapta yer alan savaş ve savunma sanatlarının diğer mahkûmlara karşı kullanılması halinde tehlikeli olacağını belirtmiştir. Komisyonun bu tespitinde belirttiği tehlikenin diğer mahkûmların maruz kalacaklar fiziksel zarar olduğu anlaşılmaktadır.³⁷ Bu nedenle, Komisyonun başvurucunun din ve inanç özgürlüğüne getirilen sınırlamanın sağlığın korunması için gerekli olduğuna karar vermesi beklenirken, Komisyon sınırlamanın başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olduğuna karar vermiştir. Komisyonun bu kararının da ortaya koyduğu gibi, din veya inancın açığa vurumunun söz konusu din veya inancın mensubu olmayan üçüncü kişilerin sağlığının korunması için sınırlandırılması durumunda, genel sağlığın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacı arasındaki sınır çok net değildir.³⁸

³⁶ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 364

³⁷ Evans, Freedom of Religion, s. 157

³⁸ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 366

Genel Ahlakın Korunması

Sınırlamayı meşru kılan amaçlar arasında anlamı ve içeri en belirsiz kavram "**ahlakın korunması**" dır. Bu kavramın din ve inanç özgürlüğünün bir sınırlama nedeni olarak kullanılması, belirsizliği daha da arttırmaktadır. Çünkü, "**ahlak**" din ve inanç kavramlarının kendisi kadar sübjektif niteliktedir ve kişinin din veya inancına göre değişken yapıdadır.³⁹ Ortak bir ahlaki değerlerin varlığı kabul edilse bile, bu ortak değer anlamı ve kapsamı da belirsizlik içerecek ve diğer sınırlama nedenleri ile çakışacaktır.⁴⁰

Fakat Sözleşmenin 9(2). maddesinin yanı sıra, hem IHEB'nin 29. maddesinde hem de MSHS'nin 18. maddesinde "**ahlakın korunması**", din ve inanç özgürlüğünün sınırlanmasının meşru bir nedeni olarak düzenlenmiştir. Doktrinde bazı yazarlar "**ahlakın korunması**" nın bir sınırlama nedeni olarak kullanılmasını eleştirmekle birlikte bazı yazarlar bunun aksini savunmaktadır. Örneğin Kaboğlu'na göre, "**bu kavramın düşünce alanında kullanımından çok maddi düzensizliklerin önüne geçilmesi söz konusu olduğunda kamu düzeni çerçevesinde değerlendirilmesi yerinde olur.**"⁴¹

Mahkemeye göre ulusal merciler, " **toplumun bir bütün olarak ahlaki etosunu ve ahlaki standartlarını**" korumayı amaçlayan yasalar yapabilirler ve ayrıca, belli toplumsal grupları örneğin, küçükler gibi "**savunmasız**" olanların [korunması] ya da " **ergin olmama veya zihinsel engelli olma ya da bağımlı olma gibi nedenlerle özel bir korumanın gerektirdiği durumlarda** " belli önlemler alabilirler.

³⁹ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s. 137

⁴⁰ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s. 38

⁴¹ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.57.

Bu kararlar, Mahkemenin "**ahlak**" kavramına Avrupa düzeyinde bir standart getirmekten çekindiğini ve bu alan içeriğini belirleme yetkisini devletlere terk ettiğini göstermektedir.

Fakat Mahkemenin bu yaklaşımı sorunu çözmemektedir. Çünkü, bir devletin din ve inanç özgürlüğüne getirdiği sınırlamaları ahlaki koruma amacına dayanarak meşru kılmasına olanak tanımak ciddi sorunları da beraberinde getirmektedir.⁴²

Öncelikle, din, ahlaki değerlerin oluşumunda ciddi bir role sahip olmakla birlikte, bütün din ve inançların ortak ahlaki değerleri paylaştığı söylenemez.

Din ve inanç özgürlüğünün "**ahlakın korunması**" amacıyla sınırlandırılması dinsel olarak homojen bir yapıya sahip olan toplumlarda bir soruna neden olmamış gibi görünse de, çoğunluğun dini ile aynı ahlaki değerlere sahip olmayan azınlık din ve inançlarının sınırlandırılması söz konusu olduğunda sorun bütün açıklığı ile ortaya çıkmaktadır.

Örneğin, Johnston ve diğerleri/İrlanda başvurusunda, Protestan inancına mensup olan başvuru, İrlanda yasalarının boşanmayı yasaklamasının, diğerlerinin yanında, din ve inanç özgürlüğünü de ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Çoğunluğun Katolik inancına mensup olduğu İrlanda'da boşanmak birkaç istisnai durum dışında yasaktır. Ancak başvuru mensubu olduğu Protestan inancına göre boşanmak mümkündür. Mahkeme, bu başvuruda 12. maddeyi "**özel hüküm (lex specialis)**" olarak görmüş ve 9. maddeyi göz önünde bulundurmamıştır. Mahkeme Sözleşme'de güvence altına alınan "evlilik hakkı"nın bir boşanma hakkını da kapsamadığını belirterek, 12. maddeye dayalı iddiaları reddetmiştir. Fakat bu karar, 9. madde bakımından da bazı sonuçlar doğurmaktadır.

Mahkeme, ağırlıklı olarak devletin evlilik ve boşanma konularında hukuksal düzenlemelerde bulunma yetkisi üzerinde yoğunlaşmış fakat bu düzenlemelerin din ve inanç özgürlüğüne bir sınırlama getirip getirmediğini ya da bu sınırlamanın Sözleşme bakımından meşru olup olmadığını göz önünde bulundurmamıştır.⁴³

Oysa, Mahkemenin bu yönde yapacağı bir inceleme, Avrupa'da farklı inanç grupları arasında tartışmalı olan kürtaj, eşcinsellik, evlat edinme gibi konuları düzenleyen ve

⁴² Evans, Religious Freedom, s.323, Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 368

⁴³ Evans, Freedom of Religion, s. 159,160.

genellikle kapsamaları çoğunluğun dinsel inançlarından etkilenererek belirlenen ulusal yasaların akıbeti konusunda da ciddi sonuçlar doğurma potansiyeline sahip olacaktır.

Bunun yanı sıra, belirtilen bu konularda toplumun çoğunluğunun paylaştığı ahlak anlayışına cevap verecek şekilde kodifiye edilmiş yasalar ile bu yasalar ile çelişen fakat toplumun geneli tarafından da hoşgörü ile karşılanan azınlığın ahlak anlayışına karşı nasıl yaklaşılacağı sorusu da cevapsız kalmıştır.

Mahkeme ve Komisyonun, devletlerin "ahlaki" değerlendirmeler sonucunda getirdikleri sınırlamaların Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemekteki isteksizliğine rağmen, BM İnsan Hakları Komitesi MSHS'nin 18. maddesi ile ilgili Genel Yorum'unda bu konuya açıklık getirmiştir. Buna göre; *"Komite, ahlak kavramının sayısız sosyal, felsefi ve dinsel gelenekten kaynaklandığını gözlemlemektedir: bu nedenle ahlakın korunması amacıyla bir din veya inancın açığa vurulması özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar sadece bir gelenekten kaynaklanan ilkelere dayanmamalıdır."*⁴⁴

c-Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması

Bir din veya inancın açığa vurumu başkalarının hak ve özgürlükleri alanında bazı çatışmalara sebep olabilir.⁴⁵

Bu nedenle AİHS de dahil, din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen pek çok uluslararası insan hakları belgesi, din veya inancın açığa vurumunun "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" amacıyla sınırlanabileceğini düzenlemektedir.

⁴⁴ Ekiz, Serkan ;a.g.e. s.369

⁴⁵ Öktem, s.353

Örneğin İHEB'nin 29(2). maddesinde bu amaç **"başkalarının hak ve özgürlüklerinin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması"**, MSHS'nin 18. maddesinde de, **"başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak"** şeklinde belirtilmiştir.

Bu sınırlama nedeni, pek çok amacı bünyesinde toplayan bir tür "torba" işlevi görmektedir. Bu anlamda **"başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"** amacı genellikle **"sağlığın ve ahlakın korunması"** ve "kamu düzeninin korunması" amaçları ile ilişkili olan geniş ve farklı bir kategoridir. **"Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"** amacı din ve inanç özgürlüğü ile oldukça yakından ilişkilidir. Çünkü, din veya inancın açığa vurulması özgürlüğü çoğunlukla kamusal alanda yararlanılan bir özgürlüktür ve bu nedenle, bazen niteliği itibarıyla sebep olduğu çatışmalarda, çatışan haklar arasında bir dengenin sağlanması gerekmektedir.

Mahkemenin de belirttiği gibi, **"aynı anda ve aynı nüfus içinde birçok dinin mevcut olduğu demokratik toplumlarda, farklı grupların menfaatlerini uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygılı davranılmasını sağlamak için din veya inancın açığa vurulması özgürlüğüne sınırlamalar getirilmesi gerekli olabilir "**.

Bu nedenle, din veya inancın açığa vurulmasının bazen başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlandırılması gerektiği konusunda tartışma bulunmamaktadır. Tartışmalar genellikle din veya inancın açığa vurumu ile çatışan hak ve özgürlüklerin nasıl yorumlanacağı ve bu ikisi arasındaki dengenin nasıl sağlanacağı üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Diğer meşru amaçlar gibi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacı Sözleşme organlar tarafından oldukça kazuistik şekilde uygulanmış ve bu sınırlama nedeninin genel ilkeleri konusunda çok açıklama yapılmamıştır. Bu nedenle, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedeninin değerlendirilmesinde, din veya inancın açığa vurumu ile başkasının hak ve özgürlüğü arasında ortaya çıkan çatışmanın kapsamı ve koşulları oldukça önemlidir.

Graeme/İngiltere başvurusunda, başvuru zihinsel ve fiziksel engelli oğlunun, diğer sağlıklı çocuklarla birlikte normal okullara kabul edilmeyerek özel eğitim kurumuna gönderilmesinin, çocuğuna kendi dinsel ve felsefi kanaatlerine uygun eğitim sağlama hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Komisyona göre; **"...başvurucunun 8. ve 9. maddelerde**

***güvence altına alınan haklarına bir müdahalenin varlığı kabul edilse bile, bu müdahale, yasaya uygundur veya yasa ile öngörülmüştür ve demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerinin, yani çocuğun engellerine uygun bir eğitim alma hakkının, korunması için "* gereklidir.**

K/İngiltere başvurusunda da, derslerinde dinsel konularda açıklamalar yapan ve kıyafetlerinde ve çantasında dinsel ve ahlaki inançlarını ortaya koyan, kürtaj karşıtı çıkartmalar taşıyan öğretmenin okuldan uzaklaştırılması ile ilgili olarak Komisyon, söz konusu tasarrufun başvurusunun ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu fakat bu müdahalenin, çocuklarının eğitiminde ebeveynin dinsel ve felsefi kanaatlerine saygı duyulması gerekliliği bakımından başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olduğunu belirtmiştir.⁴⁶

Benzer şekilde, sonradan Müslüman olan, bu inancı seçtikten sonra türban takmaya başlayan ve bu nedenle okuldaki görevine son verilen başvurusunun din ve inanç özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürdüğü Dahlab/İsviçre başvurusunda Mahkemeye göre; ***"türban gibi güçlü dışsal bir sembolün çok küçük çocukların din ve vicdan özgürlüğü üzerinde yaratabileceği etkiyi belirlemek zordur.... Bu koşullarda Kuran 'da belirtilen bir kural ile kadınlara getirilen ve... cinsiyetler arası eşitlik ilkesi ile bağdaştırılması güç olan türban takmanın bir tür "din yayma (proselytism)" etkisine sahip olduğu yadsınamaz".***

Bununla birlikte, Mahkeme ve Komisyon bazı kararlarında, din ve inanç özgürlüğüne ***"başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"*** amacıyla getirilen sınırlamanın hangi hak ve özgürlükleri korumaya yönelik olduğunu açıklamamıştır. Bu belirsizlik, ***"başkalarının hak ve özgürlükleri"*** kavramının kapsamının ne olduğu sorusunu gündeme getirmektedir. ***"Başkalarının hak ve özgürlükleri"*** kavramı Sözleşme ile güvence altına alınan sınırlı sayıdaki hak ve özgürlükleri mi ifade etmektedir? Yoksa daha geniş bir anlamı mı sahiptir?⁴⁷

Bu açıdan değerlendirildiğinde, Mahkeme ve Komisyonun Türkiye'ye karşı yapılan ***"türban"*** başvurularında vermiş olduğu kararlar da tartışmaya açık hale gelmektedir. Örneğin, üniversiteyi bitiren başvurusunun mezun olduğuna dair geçici bir belge verilmesine ilişkin

⁴⁶ Ekiz, Serkan ; a.g.e., s. 370

⁴⁷ **Evans**, Freedom of Religion, s. 161.

talebinin, söz konusu belgeye yapıştırılmak üzere verdiği fotoğrafta *"türbanlı"* olması nedeniyle üniversite yetkililerince reddedilmesi ile ilgili Karaduman/Türkiye başvurusunda Komisyona göre; *"..laik bir üniversitede yüksek öğrenimini sürdürme tercihinde bulunan bir öğrenci, farklı inançlara sahip öğrencilerin uyumlu şekilde bir arada yaşamalarını temin etmeyi amaçlayarak öğrencilerin dinini açığa vurma özgürlüğünü yer ve şekil bakımından sınırlamalara tabi tutan bu üniversite kurallarına uymayı kabul etmiştir. Özellikle, halkın büyük bir çoğunluğunun belli bir dine. bağlı bulunduğu ülkelerde, bu dinin gereklerinin ve sembollerinin yer ve şekil bakımından sınırlama olmaksızın açığa vurulması, söz konusu dinin gereklerini uygulamayan ya da başka bir dine mensup olan öğrenciler üzerinde baskı oluşturabilir. Laik üniversiteler öğrencilerin kılık kıyafetine ilişkin kurallar koydukları takdirde, belli kökten dinci hareketlerin yüksek öğretimde kamu düzenini bozmamasını ya da başkalarının inançlarına tecavüz etmemesini temin edebilirler."* Mahkeme de Leyla Şahin/Türkiye kararında Komisyonun bu kararma atıf yaparak; *"Anayasa Mahkemesi gibi, Mahkeme de (AİHM), İslamî türban sorununu Türkiye bağlamında incelerken, uyulması zorunlu bir dinsel ödev olarak takdim edilen veya kavranan bu tür bir sembolün takılmasının, bunu takmamayı tercih edenler üzerinde doğurabileceği etkiyi de mutlaka akılda tutmak gerektiği görüşündedir. Daha önce de belirtildiği üzere (bkz Karaduman/Türkiye; Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye, p.95), burada söz konusu olan hususlar, halkın büyük bir çoğunluğunun bir yandan kadın haklarına ve laik yaşam tarzına güçlü bir bağlılık ortaya koyarken diğer yandan da, İslam inancının benimsenmiş olduğu bir ülkede 'başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması' ve 'kamu düzeninin sağlanması' "nı da kapsamaktadır.*

Bu kararlarda da Mahkeme ve Komisyon, *"Türkiye'de türbanın bunu takmayan kişiler üzerinde oluşturacağı baskıyı"* ve buna dayanarak *"başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"* amacım başvuru reddetmenin temel dayanağı olarak kullanmıştır. Fakat, bu kararlarda, *"türban takmanın ne yönde baskı oluşturduğu ve başkalarının hangi hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği"* çok açık bir şekilde belirtilmemiştir. Gemalmaz, bu nedenle Karaduman/Türkiye başvurusundan itibaren somut veri ve araştırmalarla desteklenmeyen ve salt bir varsayım olarak kabul edilen *"türbanın bunu takmayanlar üzerinde baskı oluşturabileceği"* argümanının başvuru reddetmenin nedeni olarak kullanılmasını eleştirmiştir.⁴⁸

⁴⁸ Gemalmaz, Türk Kıyafet Hukuku, s. 1299

Bunun gibi, Sözleşme ile güvence altına alınan her hangi bir hak veya özgürlüğün, **"başkalarının hak ve özgürlükleri"** kapsamında değerlendirilemediği durumlarda, Mahkeme ve Komisyon, çatışan haklardan hangisine üstünlük tanınacağı konusunda açıklayıcı olmamıştır. Örneğin, evlilik dışı ilişkisinden hamile kalan bir kadının, söz konusu hamileliği kürtaj ile sona erdirmek istemesi üzerine, bu kararda kendisine herhangi bir söz hakkı tanınmamasının din ve inanç özgürlüğünü ihlali ettiğini ileri süren adamın başvurusunda Komisyon, babanın haklarının yorumlanmasında **"öncelikle annenin haklarının göz önünde bulundurulması"** gerektiğini çünkü **"hamilelik, hamileliğin devamı ve sona erdirilmesinin öncelikle anne ile ilgili olduğuna"** karar vermiştir. Bu nedenle Komisyon, babanın haklarına yapılacak her türlü müdahalenin, annenin sağlığını korumak için gerekli olduğu gerekçesi ile meşru olacağı sonucuna varmıştır.

Bu kararlara bakıldığında Mahkeme ve Komisyonun devletlere başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacı bakımından geniş ve kapsamı belirsiz bir takdir yetkisi tanıdığı söylenebilir.⁴⁹

3) Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma

a-Genel Olarak

Sözleşmenin ortaya koyduğu sınırlama rejiminin en mühim ölçütlerden birisi de, **"Demokratik bir toplumda gereklilik"** tir.⁵⁰ Zira sözkonusu ölçüt Mahkemeye mümkün olan en geniş takdir yetkisini veren kriter özelliğini taşımaktadır. Çünkü mahkeme yapılan müdahale ve sınırlamanın , sözleşmedeki özgürlükleri ihlal mi ettiği, yoksa bu maddelerde yer

⁴⁹ Evans, Religious Freedom, s.328.

⁵⁰ **Kaboğlu**, Kolektif Özgürlükler,s.271.

alan (8-11) amaçlara ulaşmak için meşru bir müdahale mi olduğu noktasından bu kriteri göz önüne almaktadır.

AİHM'nin bu konudaki içtihatları oldukça zengindir ve Majikeme farklı özgürlüklere dayalı olarak yapılan başvurularda *"demokratik bir toplumda gereklilik"* kavramına atıf yapmıştır. Sözleşme'ye taraf olan devletlerce alınan önlemlerin *"demokratik bir toplumda gerekli"* olup olmadığı veya bu önlemlerin ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olup olmadığı, *"Mahkeme ve Komisyon'un en önemli ve en zor görevlerinden birisidir. Alınan önlemlerin demokrasinin gerçek çıkarlarına uygun olması ve sadece farklı görünüme bürünmüş siyasi, çıkarlar için alınmamasını sağlamak amacıyla kamu çıkarlarına dayalı olarak yapılan savunmanın inandırıcılığını değerlendirmek oldukça zordur. "*

Mahkeme ve Komisyon bu zor görevlerini yerine getirirken Handyside/İngiltere, Silver ve Diğerleri/İngiltere ve Lingens/Avusturya başvurularında üç temel ilkeden oluşan bir yorum geliştirmişlerdir. Buna göre, bir müdahalenin *"demokratik bir toplumda gerekliliği"* ne karar verilirken; demokratik bir toplumda gereklilik kavramının anlamı ve niteliği yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasındaki oranlılık ve devlete tanınan takdir marjı göz önünde bulundurulmaktadır.⁵¹

Bununla birlikte, bazı istisnalar dışında, bu ilkelerin etkilerinin belirsizliğini koruduğunu ve Mahkeme ve Komisyonun da bu ilkelerin açıklığa kavuşturulması konusunda isteksiz davrandığını da belirtmek gerekmektedir.⁵²

"Demokratik Bir Toplumda Gereklilik" Kavramının Anlamı

Bir sınırlamanın *"demokratik bir toplumda gerekli"* olup olmadığının tespitinde *"demokratik toplum"* un ne anlama geldiği önem taşımaktadır. Çünkü, Sözleşme'nin en temel amacı, demokratik bir toplumdaki insan haklarına güvence sağlamaktır.

Taslak çalışmalarında da Sözleşme'nin *"totalitarizmin yeniden doğmasına engel olmak", "insanları diktatörlüğe karşı korumak"* ve *"[Sözleşme'ye taraf olan] ülkelerde yaşam tarzını zayıflatmaya yönelik sinsi teşebbüslere karşı direnişi güçlendirmek"* amacıyla kabul edildiği belirtilmiştir.

⁵¹ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 378

⁵² Evans, Religious Freedom, s.320

Mahkemeye göre, bunun ön koşulu, işleyen bir demokrasinin varlığıdır. Bu nedenle, Sözleşme organları çeşitli kararlarında "**demokratik toplum**" un gereklerini belirleme teşebbüsünde bulunmuştur.⁵³ Bu anlamda, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik demokratik toplumun mihenk taşı olarak nitelendirilmiştir. Mahkemeye göre, bireysel çıkarların bazen topluluğun çıkarları lehine feda edilmesi, demokrasinin her zaman çoğunlukta olanlarının görüşlerinin hakim olduğu bir düzeni ifade ettiği anlamına gelmez. Bu nedenle, azınlıklara adil ve makul davranılmasını ve çoğunluğun kötü muamelesinin önlenmesini sağlayan bir dengenin kurulması gerekmektedir.

Mahkeme, ifade özgürlüğünü de demokratik toplumun temel niteliklerinden birisi olarak nitelendirmiş ve bu özgürlüğün demokrasinin ve bireyin gelişiminde oynadığı önemli role vurgu yapmıştır.

Bu nedenle ifade özgürlüğüne yönelik sınırlandırmalar dar yorumlanmalıdır. Mahkemeye göre, Sözleşme buhurun olarak anlaşılmalı ve öyle yorumlanmalıdır. İnsan hakları, insanlık onurunu korumayı amaçlayan bir sistemdir ve demokrasi ve hukukun üstünlüğü bu konuda kilit role sahiptir.⁵⁴

Demokrasi, Avrupa kamu düzeninin temel unsurunu temsil eder ve 8.,9., 10.ve 11 maddelerde güvence altına alınan özgürlüklerden birisine yapılacak müdahale, ancak demokratik bir toplumda gerekli olması halinde meşru kabul edilebilir. Demokrasi, Sözleşme tarafından tasarlanan tek siyasi modeldir ve sadece [bu siyasi sistem] Sözleşme ile bağdaşmaktadır.

Mahkeme'ye göre, demokratik toplum, insan haklarına saygının, çoğulculuğun ve hukuk devleti ilkesinin egemen olduğu ve siyasal katılım yollarının da açık olduğu bir düzeni ifade eder.

Kararlarında, demokratik toplumu tanımlamaktan çok, bileşenlerini ortaya koyan Mahkeme, "**gereklilik**" terimini de yeterince açık bir şekilde tanımlamamıştır. Mahkemeye göre "**gereklilik**" terimi, "**vazgeçilmez**" terimi ile eş anlamlı olmadığı gibi, "**kabul edilebilir**", "**olağan**", "**yararlı**", "**makul**" veya "**istenilen**" terimlerinin sahip olduğu esnekliğe de sahip değildir.'⁴

Komisyonu göre;

⁵³ Evans, Religious Freedom, s.320

⁵⁴ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 379

"gereklilik kriteri mutlak şekilde uygulanamaz fakat çeşitli faktörlerin değerlendirilmesini gerektirir. Bu faktörler, [sınırlamaya konu olan] hakkın doğası, müdahalenin derecesi vb., ulaşılacak istenen amaç ile orantılı olup olmadığı, kamu çıkarının niteliği ve bu çıkarın korunması gerekliliğinin derecesi gibi faktörleri içerir.

Bu karar, bütün bu faktörlerin karmaşık bir olaylar dizisinin unsurları olduğunu ortaya koymaktadır.⁵⁵ Bu faktörlerin hiçbirisi birbirinden aynı olarak değerlendirilebilecek müstakil parçalar değildir.

Başvurunun dayandığı hakların niteliği ve bu hakka yönelik müdahalenin seviyesi, sınırlamaya konu olan davranışların niteliği, özgürlüklere yapılan müdahaleyi meşru kıldığı ileri sürülen kamusal çıkarların niteliği ve durumun koşullarına göre bu çıkarların, gerektirdiği korumanın düzeyi bu faktörlerin başlıcalarıdır. Bir sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirilerek konusundaki nihai takdir yetkisi ulusal mercilere ait olsa da, bu takdir yetkisi ***"Avrupa'nın denetiminde kullanılır"*** ve Sözleşme organları ***"bir sınırlamanın söz konusu hak ile bağdaşabilir"*** olup olmadığı ile ilgili nihai karar vermek konusunda yetkisini korumaktadır.

Mahkemeye göre, *"aynı nüfus içinde birden fazla dinin bulunduğu demokratik toplumlarda, farklı grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inancına saygı gösterilmesini sağlamak için bu özgürlüğe bazı sınırlamalar getirilmesi gerekli olabilir."*

Bu nedenle Mahkeme, bir müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesinde iki tali kriter geliştirmiştir. Buna göre, Sözleşme ile güvence altına alınan bir özgürlüğe yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna varabilmek için, öncelikle müdahale nedenlerinin "uygun ve yeterli (relevant and sufficient)" olması gerekir.⁵⁶

Mahkemenin Leyla Şahin/Türkiye başvurusunda verdiği karar belki de bunun en güzel örneğini oluşturmaktadır. Söz konusu başvuruda, türbanlı olarak üniversiteye girmesi yasaklanan başvuru, başvuru konusu işlemin diğerlerinin yanında zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığı ileri sürmüştür.

⁵⁵ Evans, Religious Freedom, s.320

⁵⁶ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 380

Mahkeme bu başvuruda verdiği kararda laiklik ilkesinin de *"demokratik bir toplumun"* niteliklerinden birisi olduğunu vurgulamıştır. Mahkemenin, *"demokratik bir toplumda eğer başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması amacıyla bağdaşmıyorsa, devletin İslamî başörtüsü takmaya sınırlama getirme yetkisine sahip olduğunu "* belirttiği kararında, *"Bayan Şahin gibi öğrencilerin üniversite binalarında başörtüsü takma haklarına yer ve tarz bakımından kısıtlama getiren 23 Şubat 1998 tarihli genelgeyle yapılan müdahalenin "gerekli "liğini değerlendirebilmek için, bu genelge [nin] yasal ve sosyal bağlamı içinde [görülmesi] ve davanın şartları ışığında incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.*

Mahkemeye göre, *"İlk olarak sınırlamanın özellikle birbirini destekleyen ve tamamlayan iki ilkeye —laiklik ve eşitlik- dayandığını gözlemlemek gerekir"*Bu tespitten hareketle Mahkeme, Türk Anayasa Mahkemesinin 7 Mart 1989 tarihli kararında *"Türkiye'de laikliğin, diğer hususlar yanında, demokratik delerlerin güvencesi olduğunu, din özgürlüğünün -bireysel vicdandan kaynaklandığı ölçüde-ihlal edilemez olduğu ilkesini ve kanun önünde vatandaşların eşitliği ilkesini"* vurguladığını belirtmiştir.

Mahkemeye göre, Türk Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında belirttiği *"Laiklik[in] aynı zamanda bireyi dışsal baskıdan koruduğu"* ve *"... bu değerleri ve ilkeleri korumak için bir kişinin dinini açıklama özgürlüğüne yönelik kısıtlamaların getirilebileceği..."* yönündeki yaklaşımı da yerindedir.⁵⁷

Mahkemeye göre, *"bu laiklik anlayışı, Sözleşme 'nin temelini oluşturan değerlerle uyumlu görünmektedir. Mahkeme, bu ilkenin muhafaza edilmesinin Türkiye'deki demokratik sistemin korunması bakımından gerekli görülebileceğini kabul etmektedir.*

"Bu nedenle ve bilhassa Türk Mahkemelerinin belirttiği gibi, Türkiye 'de bu dini sembolün son yıllarda siyasal bir anlam taşıması nedeniyle bu alandaki özgürlüğü sınırlandırmanın, ...zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı kabul edilebilir. "

Mahkemenin bu yaklaşımı, önceki içtihatları ışığında değerlendirilmesi gereken bir noktayı ortaya çıkarmaktadır. Öncelikle, Mahkemenin Türk üniversitelerindeki türban yasağını *"demokratik bir toplumda gereklilik"* kriteri bakımından Sözleşme'ye uygun

⁵⁷ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 384

bulmasının önceki içtihatları ile tutarlı olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü, Mahkeme her ne kadar aralarında "laiklik" ilkesini belirtmemiş olsa da, "demokratik bir toplumun "un bileşenlerini çeşitli kararlarında ortaya koymuştur.

Mahkeme, kararında sık sık Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye başvurusuna da atıfta bulunarak, değerlendirmesini Türkiye'nin içinde bulunduğu özel koşullar çerçevesinde yaptığını açıkça ortaya koymuştur.⁵⁸

Mahkemeye göre, *"Türkiye'de bütün olarak topluma kendi dinsel sembollerini ve dinsel öğretilere dayanan bir toplum anlayışını dayatmaya çalışan aşırı siyasal hareketlerin bulunduğu"* gözden uzak tutmamak gerekmektedir. Mahkemenin Leyla Şahin/Türkiye kararında sürekli Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye kararna atıf yapmış olması, söz konusu iki başvuruyu bir bütün olarak ele aldığıın bir işaretidir.⁵⁹

"Daha önce Mahkeme, Sözleşme hükümlerine uygun olarak her Sözleşmeci Devletin, kendi tarihsel tecrübesinden beslenen bu tür siyasal hareketlere karşı tavır alabileceklerini belirtmiştir. Başvuru konusu düzenlemeler bu çerçevede değerlendirilmelidir."

Mahkeme, Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye kararına yaptığı bu atıf ile, Türkiye'de İslami esaslara dayanan bir devlet düzeni kurulması olasılığının gerçek olduğu yönündeki tezi kabul etmiş ve bir anlamda Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye kararında belirttiği şeriata dayalı bir devlet sisteminin Sözleşme kapsamında *"demokratik bir toplum"* olarak değerlendirilemeyeceği yönündeki tespitini hatırlatmıştır.

"Totaliter akımların, demokratik partiler olarak örgütlenip, demokratik bir rejimde geliştikten sonra demokrasiyi ortadan kaldıracabilecekleri mümkün olmayan bir durum değildir; modern Avrupa tarihinde bunun örnekleri bulunmaktadır."

"Sözleşme 'nin, özellikle ceza ve ceza usul hukuku, kadının hukuksal statüsü ile ilgili değerlerinden açıkça ayrılan ve kamusal ve özel hayatın bütün alanlarına dinsel emirlere göre müdahale eden şeriata dayalı bir rejimi destekleyen bir kişinin aynı zamanda demokrasiye ve insan haklarına saygılı olduğunu söylemek zordur. "

⁵⁸ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 385

⁵⁹ Gemalmaz, Türk Kıyafet Hukuku ve Türban, s. 1291.

Gemalmaz'ın görüşüne göre, Leyla Şahin/Türkiye karan, Türkiye'nin özel koşulları göz önüne alınarak verilmiş ve sadece Türkiye'ye özgü bir karardır.⁶⁰ Bu nedenle genel çıkarın yapmaya elverişli değildir. Mahkemenin, türbanın üniversitelerde yasaklanmasını *"demokratik bir toplumda gereklilik"* kriterine aykırı bulmamasının temel nedeni, *"İslam dini esaslarına dayanan bir devlet düzeninin Türkiye'de kurulmasının ciddi bir olasılık olarak"* görmüş olması ve kurulması muhtemel bu devlet düzeninin de *"demokratik toplum düzeni"* ile bağdaşır nitelikte olmamasıdır. Kanaatimizce kamusal alanda türban takmanın yasaklanmasını gerektiren ve bu uygulamayı meşru kılan gerekçelerin temeli de budur.⁶¹

b- Orantılılık İlkesi

Oranlılık ilkesi, hukukun bütün alanlarında önemli role sahip bir ilkedir. Bu ilke, hem ulusal hukuk düzeyinde hem de uluslararası hukuk düzeyinde, özellikle temel hakların korunması konusunda uygulama alanına sahiptir. Oranlılık ilkesi, Sözleşme ve Ek Protokollerin metinleri kapsamında açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte, Sözleşme organlarının içtihat hukukunun bütününe hakim olan temel bir ilkedir.

Bu ilke gereğince, Mahkeme ve Komisyon, devlet tarafından bir özgürlüğe yapılan müdahalenin Sözleşme'ye uygun olup olmadığına karar verirken, söz konusu müdahalenin oranlı olup olmadığı, yani, yapılan müdahale ile engel olunmak istenen tehlikenin kapsamı ve müdahalenin ciddiyeti arasında bir dengenin olup olmadığını incelemektedir.

Mahkeme ve Komisyon, bu inceleme sonucunda bir sınırlamanın *"demokratik bir toplumda gerekli"* olup olmadığı sonucuna ulaşmak için, sınırlamanın dayandığı *"yasa"nın*

⁶⁰ Gemalmaz, Türk Kıyafet Hukuku ve Türban, s. 1295.

⁶¹ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 387

belli bir duruma uygulanmasının "*oranlı*" olup olmadığı üzerinde durmuş ve kararlarında sıklıkla oranlılık ilkesinin, bireyin hak ve özgürlükleri ile toplumun genel çıkarlarının dengelenmesinde esaslı bir role sahip olduğunu vurgulamıştır.⁶²

Sözleşme'de yer alan bir özgürlüğe yapılan müdahalenin "*oranlı*" olabilmesi için, bu müdahalenin bazı koşulları taşıması gerekmektedir. Buna göre, ilk olarak bir özgürlüğe müdahaleyi gerektiren yasal amaç, söz konusu müdahaleyi meşru kılacak derecede önemli olmalıdır. İkinci olarak, söz konusu meşru amaca ulaşmak için gerçekleştirilen müdahale, bu amaçla mantıksal bir ilişki içinde olmalıdır. Bu anlamda müdahale, keyfi ve adaletsiz olmamalı ve rasyonel olmayan etkenlere dayanmamalıdır. Üçüncü olarak da, özgürlüğe yapılan müdahalede kullanılan araçlar, yasal amaca ulaşmak için ihtiyaç duyulandan fazla olmamalıdır.

Bu nedenle, bir müdahalenin demokratik bir toplumda meşru olarak nitelendirilebilmesi için, ulaşılmak istenen amacın da en azından müdahalenin sonuçları kadar önemli olması gerekir. Bu üç koşuldan da anlaşılacağı gibi, bir önlemin gerekli olabilmesi için, bu müdahalenin, etkisi, derecesi ve sınırı ile ilgili olarak "*zorlayan toplumsal bir ihtiyacı*" karşılamaya yönelik olması gerekmektedir.⁶³

Mahkeme, oranlılık ilkesinin bu yönü ile ilgili ilk değerlendirmesini Handyside/İngiltere başvurusunda verdiği kararda yapmıştır. Bu kararında Mahkeme, oranlılık ilkesini "*ulaşılmak istenen amaç*" ile birlikte ve bağımsız bir kriter olmaktan çok "*demokratik bir toplumda gereklilik*" şartının bir sonucu olarak değerlendirmiştir.⁶⁴

Bu karardan itibaren Mahkemenin oranlılık ilkesi ile "*demokratik bir toplumda gereklilik*" kriteri arasındaki ilişkiye yönelik yaklaşımı değişmemiştir. Bu yaklaşım, Olsson/İsveç başvurusunda daha açık olarak şu şekilde ifade edilmiştir.⁶⁵

"Gereklilik kavramı müdahalenin zorlayan toplumsal bir ihtiyaca tekabül ettiğini ve özellikle [bu müdahalenin] güdülen meşru amaç ile oranlı olduğunu ifade eder."

⁶² Metin, Yüksel; Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin, Ankara, 2002,

⁶³ Metin, s. 82

⁶⁴ Metin, s. 83

⁶⁵ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 389

Mahkeme Sözleşme'de yer alan haklara yönelik müdahalenin "*ulaşılacak istenen amaçla orantılı*" olması gerektiğini ve bunun somut olayın koşullarına, başvuru konusu hakkın niteliğine ve söz konusu müdahalenin şekline göre farklılık göstereceğini belirtilmiş olmakla birlikte, müdahalenin orantılı olup olmadığını ispatlama külfetinin hangi tarafa ait olduğu sorusunun cevabı konusunda açık bir ifade kullanmamıştır. Fakat, Mahkeme ve Komisyonun çeşitli kararlarda kullandığı ifadelerden hareketle bir çıkarımda bulunmak da mümkün görünmektedir. Örneğin, Mahkeme ve Komisyonun, getirilen sınırlamanın nedenlerinin "*uygun ve yeterli* olması, sınırlamanın gerekliliğinin "*ikna edici şekilde ortaya konması*" ve 8 ila 11 maddelerdeki sınırlama hükümlerinin dar bir şekilde yorumlanması gerektiği yönünde yaptığı tespitler, bir müdahalenin ulaşılacak istenen amaçla orantılı olup olmadığı ispatlama külfetinin devlete ait olduğu sonucunu çıkarmaya imkan vermektedir.

Oranlılık ilkesinin uygulanması konusunda çok net bir tutum izlemeyen Mahkemenin, din ve inanç özgürlüğüne ilişkin kararlarda da bu belirsizliğini sürdürdüğü gözlemlenmektedir. Örneğin, Larissis/Yunanistan başvurusunda verdiği kararda Mahkeme, emirleri altındaki askerlere kendi dinlerini kabul ettirmeye çalışan bir grup subayın, bu davranışları nedeniyle cezalandırılmalarını, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacına ulaşmada orantılı olduğu belirtmiş olmasına rağmen, aym kişilerin aym faaliyetlerini sivillere karşı sürdürmeleri nedeniyle cezalandırılmalarının "*oransız*" olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme, bu başvuruda verdiği kararda yüksek rütbeli subayların din yayma faaliyetinde bulunmalarını yetkinin bir tür kötüye kullanımı olarak değerlendirmiş olmasına rağmen, karara muhalif olan Yargıç Van Dijk, Mahkemenin bu yaklaşımının "*oransız*" olduğu yönünde görüş belirtmiştir. Yargıç Van Dijk'e göre, bu tip durumlarda yetkinin kötüye kullanıldığına dair güçlü bir karine bulunmakla birlikte, bu karine aksi ispatlanabilir niteliktedir. Van Dijk, başvuru konusu olayda da, alt rütbeli subaylardan birisinin, bu konuda öncelikle kendisinin komutam ile iletişim kurduğu ve her hangi bir baskıya maruz kalmaksızın, özgür iradesi ile dinini değiştirdiği yönündeki ifadesi ile bu karinenin çürütülmüş olması gerektiğini belirtmiş, ve açıkça ifade etmemiş olsa da, bu ifadeler göz önüne alınmaksızın başvuru sahiplerinin cezalandırılmış olmalarının, ulaşılacak istenen amaç ile "*oransız*" olduğu sonucuna varmıştır.

Sonuç olarak, bu başvuruda verilen kararda da açıkça görüldüğü gibi, oranlılık kavramı her zaman bazı sübjektif unsurlar taşıyacaktır ve bir müdahalenin orantılı olup

olmadığının tespitinde, başvuru konusu olayın içinde barındırdığı koşullar önemli bir rol oynamaktadır.⁶⁶

Evans'a göre, Mahkemenin din ve inanç özgürlüğüne yönelik müdahalenin dayandığı meşru amacın kapsamı ile ilgili olarak devlet tarafından ileri sürülen iddiaların doğruluğunu araştırmadaki isteksizliğinin nedeni, devleti kötü niyetli olmak ve yalancılık ile itham etmek istememiş olmasıdır. Bu nedenle Mahkeme, genellikle devlet tarafından ileri sürülen müdahalenin meşru amaçla "*oranlı*" olduğuna karar vermeyi tercih etmiştir.

Fakat bu yaklaşım bazen, din ve inanç özgürlüğüne sınırlama getiren yasanın hukuk dışı bir amacın gerçekleştirilmesine dayanak oluşturduğu durumlarda Mahkeme'yi çaresiz bırakmaktadır. Din ve inanç özgürlüğü ile ilgili başvurularda, müdahaleye dayanak oluşturan yasa ile güdülen amacın kapsamının göz önünde bulundurulmaması ve bu nedenle müdahale ile ulaşılmak istenen bu amaç arasında bir "*oran*"ın bulunup bulunmadığının tam olarak tespit edilememesi nedeniyle, 9(2). maddede yer alan "*amacın meşruluğu*" kriteri de zayıflamış görünmektedir.⁶⁷

c- Takdir Payı Doktrini

Takdir marjı doktrini, Sözleşme'de güvence altına alınan bir özgürlüğün sınırlandırılmasının "*demokratik bir toplumda gerekli*" olup olmadığının belirlenmesinde kullanılmak üzere Mahkeme ve Komisyon tarafından oluşturulan ve kullanılan hukuksal araçlardır. "*Takdir marjı*" kavramı, bir hükümetin olayları değerlendirirken ve uluslararası

⁶⁶ **Metin**, s. 91; **Evans**, Freedom of Religion, s.145.

⁶⁷ Evans, Freedom of Religion, s. 148, 149.

insan hakları belgelerinde düzenlenen hükümleri uygularken sahip olduğu serbestiyi ifade eder.

Sözleşme'ye taraf olan devletler farklı hukuk sistemlerine ve uygulamalara sahiptir ve Sözleşme'nin taraf devletlerin iç hukukundaki statüsü de farklılık göstermektedir. Taraf devletlerin bazılarında Sözleşme, Anayasamn üstünde bir statüye sahip kılınmışken, bazılarında ulusal hukukun bir kaynağı olarak dahi kabul edilmemiştir. Taraf devletler arasında gözlemlenen bu çeşitlilik, Sözleşme'nin temel amacı olan insan haklatma uluslararası bir güvence sağlanması ile her ulusal yargı sisteminin özelliklerine ve kamu çıkannın korunmasına yönelik olarak sahip olduğu kendine özgü anlayışa saygı duyulması gereği arasında bir dengenin sağlanması gerekliliğini doğurmuştur. Mahkemenin bu iki unsur arasında bir denge sağlama çabalan "*takdir marjı doktrini*" ile somutlaşmaktadır. Bu doktrin, Komisyon ve Mahkemenin başvuruya konu olan sınırlamanın, bu sınırlama ile ulaşılmak istenen meşru amaç ile oranlı olup olmadığına ilişkin yaptığı incelemeye hakim olan yargısal tetkiklerden birisidir.⁶⁸

Bu doktrin, Sözleşme'nin tamamlayıcı ve ulusal sisteme göre ikincil bir işleve sahip olması gerektiği yönündeki anlayıştan kaynaklanmaktadır.

Mahkeme ve Komisyonun eski başkam Humphrey Waldock, takdir marjı doktrini "*bir demokraside hükümetin egemen yetkileri ve sorumlulukları ile Sözleşme 'nin etkili bir şekilde işlemesi amacını bağdaştırmak için Komisyon ve Mahkemt tarafından geliştirilen en önemli güvencelerden birisi*" olarak tanımlamıştır. Bununla birlikte bazı yazarlar bu doktrine karşı eleştirel bir yaklaşım içinde olmuşlardır. En sert eleştirilerden birisine göre, bu doktrinin kullanılması "*Sözleşme'nin kendisinin devam eden geçerliliğini*" tehlikeye atmaktadır; çünkü bu doktrin, Mahkeme ve Komisyonun Sözleşme'yi uygulama sorumluluğundan vazgeçmeleri anlamına gelmektedir.

Bu eleştiri, takdir marjı doktrininin her zaman aleyhine başvuruda bulunulan devletin lehine karar verilmesine yol açtığı gibi doğru olmayan bir varsayıma dayanmaktadır. Bir diğer yazara göre, bu doktrin başvuruların uygun bir şekilde araştırılmasına engel olmakta ve bunun sonucunda verilen kararlar da "*sadece ulusal tasarrufların onaylanması haline gelmektedir*"

Takdir marjı doktrini ilk olarak 15. madde ilgili başvurularda uygulanmıştır. Komisyon, Yunanistan/İngiltere başvurusunda, İngiliz mercilerin "*durumun*

⁶⁸ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 395

zorunluluklarının gerektirdiği kapsamın belirlenmesinde belli bir derecede takdir yetkisinden yararlanabilmeleri" gerektiğini belirtmiştir. 15. maddeye göre, devletler savaş veya diğer olağanüstü hallerde Sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerle aykırı önlemler alabilirler. Bu gibi durumlarda ortaya çıkan temel sorun devletin olağanüstü bir durumun varlığını doğru bir şekilde tespit edip etmediğidir. Komisyon, bu kararında takdir marjını, Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın mutlak bir acil durum ile oranlı olup olmadığının değerlendirilmesi durumu için kabul etmiştir.

Daha sonraki Lawless/İrlanda başvurusunda Komisyon, İrlanda Hükümetinin *"ulusun yaşamını tehdit eden ve Sözleşme kapsamında normal olarak üstlendiği yükümlülüklerle aykırı tedbirler ile ortadan kaldırılabilecek genel bir tehlikenin bulunup bulunmadığını belirlemede belli bir takdir yetkisi-belli bir takdir marjına"* sahip olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ise ilk defa İrlanda/İngiltere başvurusunda verdiği kararda takdir marjına atıf yapmıştır. Bu başvuruda Mahkeme, *"hem bu tip bir tehlikenin varlığına hem de bu tehlikenin ortadan kaldırılması için gereken aykırı tedbirlerin niteliği ve kapsamına"* karar verirken ulusal mercilerin *"geniş bir takdir marjına"* sahip olduğunu belirtmiştir. Fakat, Mahkeme'ye göre, bu *"takdir marjının kapsamı koşullara, başvurunun konusuna ve arka planına göre farklılık gösterir"* ve sadece Sözleşme'nin ilgili maddesi veya belli bir sınırlama hükmüne dayandırılmaz.

Buradan çıkan sonuca göre, devletlere bir sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı belirleme konusunda tanınan takdir yetkisinin kapsamı, başvuru konusu sınırlama hükmü, bu sınırlamaya maruz kalan hak ve bu hakkın yararlanıldığı koşullar arasındaki ilişkiye dayanacaktır.⁶⁹

Takdir marjı doktrininin Sözleşme'nin farklı maddelerine uygulanmasında teoride bir fark bulunmamaktadır. Fakat, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin farklı din veya inançlarla olan ilişkilerinde gözlemlenen çeşitlilik, din ve inanç özgürlüğü ile ilgili başvurularda devlete daha geniş bir takdir marjı tanınması eğilimi doğurmaktadır.⁷⁰ Bunun bir diğer nedeni de, din ve inanç gibi sübjektif değerlendirmelere açık bir alanda, evrensel ya da evrensele yakın bir Avrupa standardının yaratılmasının da güç olmasıdır. Örneğin, Otto-Preminger/Avusturya başvurusunda Mahkeme, *"Avrupa genelinde dinin önemine ilişkin yeknesak bir anlayış"*

⁶⁹ Ekiz, Serkan ; a.g.e., s. 400

⁷⁰ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 401

belirlemek mümkün değildir... tek bir devlette dahi bu kavram çeşitlilik gösterebilir" yönündeki tespiti ile din ve inanç kavramlarına yüklenebilen farklı anlam ve değerlerin etkisine vurgu yapmıştır. Wingro ve İngiltere başvurusunda da bu tespitini tekrarlayan Mahkeme'ye göre;

"Siyasi ifadelerin veya toplum çıkarları hakkındaki konuların tartışılmasının sınırlanması ile ilgili olarak Sözleşme 'nin 10(2). maddesi kapsamında az bir genişlik olmasına rağmen, ahlak ve özellikle din ile ilgili alanlarda samimi kişisel kanaatlere hakaret oluşturabilecek konularla ilgili ifade özgürlüğünün düzenlenmesinde devletlere genel olarak daha geniş bir takdir marjı tanınmıştır. Bunun da âteşinde, ahlakî alanda olduğu gibi, [ve] belki de daha büyük oranda, dinsel kanaatlere saldırı ile ilgili konularda "başkalarının haklarının korunması" gerekliliği ile ilgili yeknesak bir Avrupa anlayışı bulunmamaktadır "

Din ve inanç özgürlüğünün sınırlandırılmasında devlete tanınan takdir marjı ile ilgili kararların azlığı, bu marjın kapsamının belirlenmesinde kullanılan çeşitli değişkenlerin tasnif edilmesi güçlüğünü de beraberinde getirmektedir.

X/İngiltere başvurusuna konu *alan* olaya göre, Musevi bir mahkûm hapishane yönetiminin kendisine Musevi dininin-gereklerine uygun ibadet imkanı sağlayacak araçlar temin etmediğini ve dinine uygun bir beslenme imkanı sağlamadığını ileri sürmüş ve bu uygulamanın din ve inanç özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Komisyon, bu başvuruda başvurusunun hapishanenin din görevlisi tarafından sağlanan fakat Musevi olmayan bir ziyaretçi ile bağlantı halinde olduğunu ayrıca Musevi Ziyaret Komitesi 'nin de kendisine Musevi inancına uygun bir beslenme teklifinde bulunduğunu belirtmiş, bu nedenle hapishane yetkililerinin mahkûmun inancına *"mümkün olduğunca"* saygılı davrandığına karar vermiştir.

Benzer bir şekilde hapis cezasını çekmekte olduğu hapishanede sonradan Sih inancım kabul eden mahkûmun dışarıdan ısmarladığı ve içeriğinde savaş ve savunma tekniklerinin anlatıldığı bölümlerin bulunduğu bir kitabın, tehlikeli olabileceği gerekçesi ile hapishane yetkililerince başvurusuya verilmemesi ile ilgili X/İngiltere başvurusunda da Komisyon, söz konusu kitabın başvurusuya teslim edilememesinin nedeninin dinsel değil, içeriğindeki bilgilerin diğer mahkûmlara karşı kullanılması halinde yaratacağı tehlike olduğunu belirtmiş

ve bu nedenle hapisane yönetimi tarafından getirilen sınırlamanın meşru olduğuna karar vermiştir.⁷¹

Mahkeme ve Komisyonun din ve inanç özgürlüğü ile ilgili başvurularda devletin takdir marjına üstünlük tanıdığı bir diğer alan da vicdani retçiler tarafından yapılan başvurulardır

Din ve inanç özgürlüğünün bu alanları ile ilgili başvurularda devlete nispeten geniş bir takdir marjı tanınmış olmakla birlikte, bu özgürlüğe getirilen sınırlamaların ne zaman gerekli olduğunu belirleme konusunda devlete aynı genişlikte bir esneklik sağlandığı söylenemez.⁷² Devletin takdir marjının sınırları en açık şekilde Yunanistan aleyhine yapılan başvurularda gözlemlenmektedir. Bu başvuruların hemen hemen hepsinin konusunu, Yunanistan hükümetinin kendi ulusal kilisesinin desteklenmesinde ve bunun dışındaki din- ve inançların faaliyetlerinin kısıtlanmasında, devlet kilisesi sistemine sahip diğer devletlere oranla daha istekli olmasının yarattığı ihlaller oluşturmaktadır. Yunanistan'ın farklı din veya inançlara yönelik bu yaklaşımı, Mahkeme 'nin de kararlarında vurguladığı bu alanda Avrupa'da son derece düşük olan ortak anlayış düzeyini daha da düşürmektedir.⁷³

Mahkemenin, Yunanistan'ın bu politikasının 9. maddeyi ihlal ettiğine karar vermekte isteksiz davranmış olmasının da bu sonucun ortaya çıkmasında cesaretlendirici bir etkisinin bulunduğu söylenebilir. Mahkeme belki de bu etkiyi biraz olsun hafifletmek ve kararlarının meşruiyetini tartışma konusu yapmaktan kaçınmak amacıyla, Yunan hükümetinin, bu yasalara dayanarak bireyleri kovuşturmasına yönelik tasarrufunun demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermeyi tercih etmiştir.⁷⁴

⁷¹ Ekiz, Serkan ; a.g.e., s. 402

⁷² Evans, Freedom of Religion, s. 144.

⁷³ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 403

⁷⁴ Evans, Freedom of Religion, s. 144,145.

D-15. MADDE İLE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

Devlet yönetimlerinin çoğunda , mevcut anayasa, devlete insan haklarına sınırlama getirme ya da bunları askıya alma yetkisi de dahil, olağanüstü önlemler alma yetkisi veren "*olağanüstü hal*" hükümleri içermektedir. Devletin anayasadan kaynaklanan bu olağanüstü hak ve yetkileri, ceza hukukunda bireylere tanınan "*meşru müdafaa hakkı*" na benzetilebilir. Bu tip düzenlemeler devletlerin anayasal organlarına, anayasal düzeni ortadan kaldırmaya yönelik uluslararası bir savaş veya bir iç çatışmadan kaynaklanan olağanüstü ve telafisi zor zararları önleme imkanı da sağlamaktadır. Bununla birlikte, devletin içine düştüğü olağanüstü durumlardan çıkması için geçici bir süre için tanınan bu yetkiler, anayasal meşruluğu tartışmalı olan iktidarlar, özellikle askeri diktatörlükler tarafından muhalefeti susturmanın ve iktidarlarının devamını sağlamanın bir aracı olarak kötüye de kullanılabilir. ⁷⁵ Bu nedenle uluslararası hukuk, devletlerin kendi anayasal ve demokratik düzenlerini savunmaya yönelik meşru hakları ile bu hakların demokratik olmayan amaçlar için kötüye kullanılmaları arasında bir denge arayışı içinde olmuştur. Bunun insan hakları alanındaki yansımaları, uluslararası insan hakları belgelerinin devletlere insan hakları alanındaki yükümlülüklerini belli şartlar altında geçici olarak askıya alma yetkisi veren genel hükümler oluşturmaktadır.

AİHS kapsamında bu tip bir hüküm 15. maddede düzenlenmektedir. Bu, madde uyanınca, taraf devletler olağanüstü hallerde Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri askıya alma yetkisine sahip kılınmışlardır. Madde hükmüne göre;

"Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, 2. madde ile 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlale meşun kılmaz.

Bu maddeye göre aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir."

⁷⁵ Ekiz, Serkan ;a.g.e. s. 404

Madde metninden anlaşılabacağı üzere devletlere tanınan bu yetki sınırsız değildir. Öncelikle taraf devletler, bu yetkilerini *"savaş veya ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike"* halinde kullanabileceklerdir. Savaş hali, bir ülkenin karşılaşılabileceği en olağanüstü hallerin başında gelmektedir. Bu nedenle, varlığını devam ettirme mücadelesi içindeki bir devlet, olağan dönemde güvence altına almakla yükümlü olduğu hak ve özgürlükleri askıya alma yetkisine sahiptir.

Mahkeme ve Komisyon *"savaş hali"* kavramını analitik ve karşılaştırmalı bir tartışmanın konusunu yapmamış olmakla birlikte Mahkeme Lawless/İngiltere başvurusunda, *"ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike halinin"* ne anlama geldiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, *"bu kavram, bütün toplumu etkileyen ve Devleti oluşturan örgütlü yaşama tehdit oluşturan istisnai bir kriz veya genel tehlike durumunu ifade eder"*.

Komisyon da, *"ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike halinin"* dört ayrı unsurunu belirlemiştir. Buna göre;

a-Genel tehlike gerçek ve kaçınılmaz olmalıdır.

b-Etkileri bütün toplumu ilgilendirmelidir.

c-Toplumsal örgütlü yapısı ve sürekliliği tehlike altında olmalıdır.

d-Kriz veya tehlike istisnai olmalıdır. Öyle ki, kamu güvenliğini, sağlığını veya düzenini sağlamak için Sözleşme tarafından izin verilen normal sınırlama ve önlemler açıkça yetersiz kalmalıdır.⁷⁶

Bununla birlikte, bir devlet 15. maddede kendisine tanınan yetkiyi *"ancak durumun gerektirdiği ölçüde"* kullanabilir. Diğer bir ifade ile, devletlerin hak ve özgürlükleri askıya alma yetkisi, ulusun varlığını tehdit eden koşullara sıkı sıkıya bağlıdır. Buna göre, devletin hak ve özgürlükleri askıya alması meşru sayılsa bile, alınan önlemler mutlak zorunluluk çerçevesinde değerlendirmelidir.⁷⁷

Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin askıya alınması konusunda ortaya çıkan bir diğer sorun da, *"ulusun varlığını tehlikeye atan genel tehlike halinin"* bulunduğunu kimin belirleyeceğidir. Mahkeme, devletlerin 15. madde kapsamında geniş

⁷⁶ Ekiz, Serkan ; a.g.e., s. 405

⁷⁷ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.92.

bir takdir marjına sahip olduğunu belirttiği İrlanda/İngiltere başvurusunda şu tespiti yapmıştır;

"... 'kendi ulusunun varlığı 'na ilişkin sorumluluğu kapsamında, bu varlığın 'genel bir tehlike hali' ile tehdit edilip edilmediğine, ve eğer ediliyorsa, bu tehlikenin ortadan kaldırılması için ne kadar çaba sarf edilmesinin gerekli olduğuna karar vermek öncelikle taraf devletlere düşer. Söz konusu anın zorlayan ihtiyaçları ile olan doğrudan ve sürekli ilişkileri nedeniyle, ulusal merciler ilke olarak, hem-bu tip bir tehlikenin varlığına hem de bunu ortadan kaldırmak için gerekli olan kısıtlamaların. kapsamı ve niteliğine karar vermede uluslararası bir yargıçtan daha iyi bir durumdadırlar. Bu konuda, 15. maddenin 1. fıkrası, bu mercilere geniş bir takdir marjı tanımaktadır. Bununla birlikte, devletler bu alanda sınırsız bir yetki kullanamazlar...Bu nedenle, ulusal takdir marjı Avrupa denetimi ile birlikte [kullanılır]. ‘

15. maddenin ikinci fıkrasında bazı hak ve özgürlüklerin hiçbir koşulda sınırlandırmayacağına dair bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, yaşam hakkı (md.2), işkence yasağı (md.3), kölelik yasağı (md.4/1) ve suç ve cezaların yasallığı ilkesi (md.7), savaş ve diğer olağanüstü hallerde askıya alınamaz hak ve özgürlükler olarak sayılmışlardır. Bu nedenle, din ve inanç özgürlüğü, 15. madde kapsamında koşulların oluşması halinde askıya alınabilecektir.

Bu noktada, MSHS'nin *"Olağanüstü Durumlarda Yükümlülük Azaltma"* başlığını taşıyan 4. maddesinin getirdiği farklı düzenlemeye değinmek gerekmektedir.⁷⁸MSHS'nin 4. maddesi, AİHS'nin 15. maddesinden farklı olarak bu maddede yer alan savaş ve ulusun

⁷⁸ MSHS md.4:

"Sözleşmeci Taraf Devletler, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun meydana gelmesi ve bun resmen ilan etmeleri halinde, durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçüde, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı düşmeyecek ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken gibi sebeplerle ayrımcılık içermeyecek şekilde, bu Sözleşme'deki yükümlülüklerinde azaltma yapan tedbirler alabilir.

Sözleşme'nin 6, 7, 8 (1 ve 2 fıkralar), 11, 15, 16 ve 18. maddelerindeki yükümlülüklerde hiç bir azaltma yapılamaz.

Sözleşme'deki yükümlülüklerini azaltma yetkisi kullanan Sözleşme'ye Taraf bir Devlet, yükümlülük azaltılan Sözleşme maddeleri ile yükümlülük azaltmayı gerektiren sebepler hakkında Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığıyla Sözleşme'ye Taraf diğer Devletleri derhal bilgilendirir. Yükümlülük azaltmanın sona erme tarihi de aynı yolla başka bir bildirimle iletilir."

varlığını tehdit eden genel tehlike halinde dahi ihlal edilemeyecek dört hak ve özgürlüğe ek olarak, borç nedeniyle hapis yasağı (mdll), hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı (md.16) ve din ve inanç özgürlüğü (md.18) olmak üzere üç hak ve özgürlük daha saymıştır.⁷⁹

AİHS'nin 15. maddesi, din ve inanç özgürlüğüne getirilen sınırlamaların meşruluk gerekçesi olarak hiç kullanılmamıştır. Bu nedenle, konusu din ve inanç özgürlüğünün 15. maddeye dayalı olarak askıya alınması ile ilgili olan olası bir başvuruda, Mahkemenin ne tür bir yaklaşım benimseyeceğini, bu tip başvurulara yaklaşımındaki mevcut belirsizlik nedeniyle, devletin bu tip tasarruflarını nasıl ele alacağını ve ne şekilde karar vereceğini açık olarak belirlemek zordur.⁸⁰

⁷⁹ Ekiz, Serkan ; a.g.e., s. 406

⁸⁰ Ekiz, Serkan ; a.g.e. s. 407

SONUÇ

Evrensel bir değer olan Din ve vicdan hürriyeti, bireysel özerkliğin ve bütünlüğün yaşamsal boyutların güvence altına alan temel bir insan hakkıdır.

Din ve inanç hürriyetinin güvence altına almış olduğu haklar ve evrensel hukuk sistemi içindeki önemi göz önüne alındığında, diğer temel hak ve hürriyetlere daha kritik bir statüye sahip olduğu ortaya çıkmaktadır.

Zaten Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile birlikte birçok uluslararası insan hakları ile ilgili belgelerde inanç özgürlüğüne dair pek çok düzenlemeyi ihtiva ettiğini görmekteyiz. Ancak bu durum din özgürlüğü ile ilgili sorunların hali için yeterli olmamaktadır. Zira gerek sözleşme taslak çalışmaları esansında, gerek doktrinde, gerekse uygulamada asıl sorun , bu özgürlüğün kapsamının ne olacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Yoksa din ve inanç hürriyetinin hukuki metinlerle teminat altına alınması noktasında bir ortak görüş ve iradenin varlığı kesindir.

Din ve dinsel uygulamaların , bireylerin ve toplumların her biri için farklılık arzetmesi ve milletlerin tarih ve ananeleriyle de derin bağlantılarının olması sebebiyle, ayrıca kültür ve medeniyetini muhafaza etme gibi değişik faktörlerin etkisiyle, sözleşmenin hazırlanışı aşamasında var olduğu anlaşılan ortak bir evrensel standart oluşturma hedef ve çalışmasının da sözleşme uygulamasında başarısız bir seyir gösterdiği de aşîkardır.

AİHM bu noktada kanaatimizce belki evrensel inanç özgürlüğünden ziyade, ortak bir Avrupa Laikliği şeklinde bir bölgesel standart oluşturabilir. Zira mahkeme ve komisyonun kararları ve yapılan yorumlar tutarlı olamamaktadır. Bu durumu,

sözleşme organlarının din ve devlet ilişkilerinin durumu ve laiklik konusunda , yeknesak ve genel bir açıklama ya da yorum getirmekten itina ile uzak durmasında da görmekteyiz.

Sözleşmenin yapılış aşaması ve mahkeme kararları incelendiğinde, birkaç istisna görüş dışında , 9. madde altında korunmaya çalışılan din özgürlüğü olduğu kadar , özellikle ikinci paragraftaki sınırlamaların laik devlet yapısını korumaya yönelik, ancak çifte standart uygulamasına elverişli muğlak kavramların (örn. Kamu düzeni) da bünyesinde yer aldığı yetersiz bir ifadeyle yazılmış madde metni bulunmaktadır.

Bununla beraber en kötü kanunun bile iyi uygulayıcılar elinde adaleti sağlayabileceği genel ilkesinde hareketle, kanaatimizce burada , eleştirilmesi gereken ve Mahkeme'nin doktrin ve devletler, bireyler nezdinde güvenilirliğinin gittikçe azalmasına sebep olarak Mahkeme yargıçlarının din olgusu ve din özgürlüğünün kapsamı konusundaki bakış açılarıdır.

Kastetmeye çalıştığımız sadece , yargıçların özgürlükçü bir yaklaşımı olmaması değildir. Özetle ifade etmek gerekirse, örneğin Türkiye ile ilgili yapılan inanç özgürlüğüne müdahale ile ilgili başvurularda mahkemenin tutarsız, çite standart unsurunu taşıyan kararlarıdır.

Türkiye ile ilgili başvurularda sözleşme organları, laiklik ilkesinin Türkiye bakımından taşıdığı önemin altını çizdikten sonra, devlet makamlarına geniş bir takdir payı tanıyarak, yapılan sınırlamaların laikliğin korunması amaçlı olduğunu vurgulamıştır.

Örneğin Refah Partisi'nin, Fazilet Partisinin kapatılması ve Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının ordudan ihraç edilmesi ile ilgili başvurularla ilgili verdiği kararlarda, Komisyon ve Mahkeme, Türkiye'de kökten dinci bir akımın varlığı tehlikesinden bahsetmiş, dine dayalı bir rejime dönüştürme gayretli siyasi akımlardan bahsetmiş ve sonuçta başvuruları bu gerekçelerle reddetmiştir.

Yine Mahkemenin Türkiye için takdir payı unsurunu oldukça geniş tuttuğu , ayrıca ilginç bir şekilde kendisini fetva makamı yerine koyduğu kararlarından en son olanı da meşhur Leyla Şahin kararıdır. Bu kararında da mahkeme devletin laiklik ilkesinden bahisle, takdir payı bulunduğunu, laik bir ülkede eğitim alma durumunda olan başvurucunun daha üniversiteye girmeden , bu sınırlandırmayı baştan kabullenmiş sayılacağı ve dolayısıyla bir ihlalin olmadığı gibi garip bir karara imza atmıştır.

Ancak bu kararda Mahkeme, gerek genel içtihadından, gerekse Türkiye ile ilgili benzer diğer kararlarının aksine, başvurucunun durumuyla, talebiyle , daha önce bahsettiği Türkiye'nin özel durumu olarak varsaydığı olan ve sınırlandırmayı meşru gördüğü , radikal köktendinci unsurlar, siyasi olgular v.s. arasındaki ilişkiye değinmemiştir.

AİHM nin , gerek dini emirlerin ne olduğu ve kapsamının neleri içerdiği konusundaki fetva makamı yerine kendini koyması, gerekse somut olay ve gerçekleri araştırmadan, varsayımlarla , dini özgürlükleri özellikle de başörtüsü-türban yasağını onaylaması, bu kararları ve mahkemenin bakışını ağır eleştirilere maruz bırakmaktadır.Böyle olunca da , Türk kamuoyu gözünde mahkeme, Türkiye makamları veya yargısından etkilenen ve görüş alan bir notervari kuruluş pozisyonuna kendini düşürmektedir.

Halbuki özgürlükler konusunda evrensel bir standart oluşturmaya çalışan sözleşme organı mahkemelerin , özelliklere bireylerin haklarını en geniş şekilde yorumlayan, devletlere tanınan takdir payını en aza indiren bir tutum içinde olmaları gerekir.

Türban sorunun özgürlükler açısından Türkiye'nin kanayan bir yarası olduğu hepimizce malum olmakla beraber , samimi olarak ifade etmek gerekirse , ülkemiz açısından inanç özgürlüğüne dair güncel sorunların çözümü yine devlet yetkililerinin çözebileceği bir olgudur,sorundur.

Aslında laik ve demokratik bir devletin, varlığını tehlikeye sokabilecek siyasal ya da toplumsal akımlarla mücadele etmesi , hem görevi hem de hakkıdır.

Ancak bu yapılırken , evrensel insan hakları ve değerleri , insanlık onuru ayaklar altına alınmamalıdır.

Sözleşme organlarının 9. madde altında düzenlenen din ve inanç özgürlüğü konusundaki ihlal başvurularında , yukarıda ifade ettiğimiz gibi , somut olayda din veya dini hükmün varlığı gibi din adamlarının çalışma alanına giren yorumlarından vazgeçerek, olaya ve olguya birey ve topluluk açısından , başkalarının hak ve özgürlüklerini de göz ardı etmeden olabildiğince özgürlükçü bir yaklaşım göstermesi halinde tutarlı, açık ve tatminkar çıkacak ve bu kararlar belki sözleşmenin ruhuna uygun düşebilecektir.

KAYNAKÇA

ADAMS Arlin M, EMMERICH Charles J. ; Din ve Özgürlük , Çev. Latif Boyacı, Kızılelma Yayıncılık,1. basım, İstanbul 1990

ARSLAN Zühtü ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu yay. 2005

ATAR Yavuz ; Türk Anayasa Hukuku, Mimoza yayınları güncelleştirilmiş 3. baskı, Konya 2005

Avrupa Konseyi İnsan Hakları genel müdürlüğü ; Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü (A.İ.H.M. nin 10. maddeye ilişkin içtihadı), Etki yayıncılık, 2002

Avrupa Konseyi; İnsan Hakları Sözleşmesi- Ek Protokoller, AİHM İçtüzüğü, İzmir Barosu Yayınları 3. basım, İzmir Eylül 2001

Avrupa Konseyi, T. Barolar Birliği Yayınları:93

BARRY Norman P. ; Modern Siyaset Teorisi, Liberte Yayınları 2. baskı, Çev: M. Erdoğan, Y. Şahin Ankara 2004

Berger, Peter, L.; "The First Freedom"; *Commentary*, Vol. 86 (1988)

Caniklioğlu, Meltem, Dikmen; "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız"; *M.Tevfik Birsal Armağanı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir,2001.

CENGİZ Orhan Kemal; A.İ.H.M ne Başvuru Rehberi, İzmir barosu yay. genş. 2. baskı İzmir Şubat 2001

Çavuşoğlu, Naz; "Avrupa Konseyi: insan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi": *İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yayınları, No. 1410, İstanbul, 2000.

Çavuşoğlu, Naz; "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni Yaşayan Belge Yapan Yorum Teknikleri": *İnsan Hakları Yıllığı*, C.14(1992).

Çavuşoğlu, Naz; Anayasa Notları, Beta yay. İstanbul, Aralık, 1997.

DOEHRING Karl ; Genel Devlet Kuramı , İnkılap Kitabevi,2. baskıdan Türkçeye Çev: Ahmet Mumcu, İstanbul 2002

DUTERTRE Gilles ; A. İ. H. M. Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi yay., Ankara , Eylül 2007

EKİZ, Serkan ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Din ve İnanç Özgürlüğü, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir

Erdoğan, Mustafa; "Sivil Özgürlük olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü": Türkiye'de Din ve Vicdan Hürriyeti, Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış, Derleyen: Murat Yılmaz, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2005.

ERDOĞAN Mustafa ; Anayasal Demokrasi ,Siyasal Kitabevi, 4. baskı, Ankara 2001

ERDOĞAN Mustafa ; Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji, Liberte yayınları, genş. 2. baskı, Ankara 2000

ERDOĞAN Mustafa ; Dersimiz Özgürlük, Pınar yayınları,1. basım, İstanbul 2001

ERDOĞAN Mustafa ; Liberal Toplum Liberal Siyaset, Siyasal Kitabevi, 2. baskı, Ankara 1998

Evans, Caroly; "Religious Freedom in European Human Rights Law, Oxford University Press, 2001.

Gazeteciler ve yazarlar Vakfı ; Dünyada Din-Devlet İlişkileri, İstanbul 2002

Gemalmaz, Mehmet, Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta, 4. Baskı, İstanbul, Nisan 2003.

Gözler, Kemal; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, GÖLCÜKLÜ A. Feyyaz ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 6. bası, Ankara 2005

Kaboğlu, İbrahim Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı), 6. baskı, İmge Kitabevi, Ankara, Kasım 2002.

Kaboğlu, İbrahim, Ö.; "Din Özgürlüğü": Prof.Dr. Muammer Aksoy'a Armağan, AÜSBFD, C. XLVI, S. 1-2(Ocak-Haziran 1991).

Kaboğlu, İbrahim, Ö.; Kolektif Özgürlükler,DÜHF Yayınları, No. 8, Diyarbakır, 1989.

KAPANİ Münci ; Kamu Hürriyetleri, Yetkin yayınları, 7. baskı, Ankara 1993

KAPANİ Münci ; Politika Bilimine Giriş, Bilgi yayınevi, 21. basım, İstanbul 2008

KARAKAŞ A. Işıl ; Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal İlkeler, Yenilik basımevi, İstanbul 2003

KEMALİ Muhammed Haşim ; İslam'da İfade Hürriyeti, çev: Muhammed Çeviker, insan yayınları, İstanbul 2000

KONRAD ADENAUER VAKFI ; Devlet ve Din İlişkileri , Ofset Fotomat, Ankara 2003

MUMCU Ahmet ; Atatürk'ün Kültür Anlayışında Vicdan ve Din Özgürlüğünün Yeri, A.K.M. yayını,2. baskı Ankara 2007

ÖKTEM Akif Emre; Uluslar arası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte yayınları, 1. baskı, Ankara 2002

ÖZENÇ Berke ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İnanç Özgürlüğü ve Türkiye, Yüksek Lisans Tezi , İstanbul Üniversitesi , 2005

ÖZDEK Yasemin ; Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE yayını, 1. baskı Ankara 2004

Reisoğlu, Safa; Uluslararası Boyutuyla İnsan Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.

ROBERT Jacques ; Batıda Din-Devlet İlişkileri, çev: İzzer Er, İz yayıncılık, İstanbul 1998

ROSENTHAL Franz ; İslam'da Özgürlük Kavramı, çev: Vecdi Akyüz , ayışığı kitapları , İstanbul 2000

Sağlam, Fazıl; Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.

Şenel, Alaeddin; Siyasal Düşünceler Tarihi, Bilim ve Sanat Yayınları, 4. Kısaltılmış Basım, Ankara, 1995.

Tahranlı, Turgut; "Birleşmiş Milletler Örgütü ve İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Başlıca Usuller": *İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yayınları, No. 1410, Cogitio, 1.Baskı, İstanbul, 2001

TANÖR Bülent ; Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri, yapı kredi yayınları, 12 baskı, İstanbul 2004

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa, Ruhan/ Sancakdar, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin, 2. Baskı, Ankara, 2004.

TUNÇ Hasan, BİLİR Faruk ; Anayasa Hukuku Uygulamaları, Nobel yayıncılık, Ankara 2002

ÜLGEN Celal ; A.İ.H.Mahkemesine Bireysel Başvuru Yöntemi, İstanbul

Barosu yayınları, 1. basım, İstanbul 2006

**ÜNAL Şeref ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi , T.B.M.M. yayınları
No.89 Ankara 2001**

**YILDIRIM Ergün ; Değişen Din Anlayışının Sosyolojisi, Bilge yayınları ,
İstanbul 1999**

Makaleler:

**YOKUŞ Sevtap ; Türkiye’de Avrupa Birliği’ne Uyum Hedefi, Anayasal
Değişimde A.İ.H.Sözleşmesinin Esas Alınması, Maltepe Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi, Yıl :2005 Sayı 1 sayfa 161-184**

**YÜZBAŞIOĞLU Necmi ; Mayıs 2004 te Anayasanın 90. Maddesine
Eklenen Hükmün Türk Anayasa Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme,
Bülent Tanör Armağanı, Legal, İstanbul 2004**

İNTERNET SAYFALARI

Birleşmiş Milletler : www.un.org

Avrupa Birliği : europa.eu

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi : www.echr.coe.int

Avrupa Konseyi : www.coe.int

Jehovah’s Witnesses : www.jw-media.org

Droits Humains : www.droitshumains.org

ReperCom : www.repercom.org

Universal Rights : www.universalrights.net

KARARLAR

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları

"Artze fur das Leben" Platformu/ Avusturya, App. No. 10126/82, 44 Eur. Comm'n H.R. Dec.&Rep. 65(1985).

15 Foreign Students/İngiltere, App.No.7671/76, Eur. Comm'n H.R. 9 Dec.&Rep. 185(1977)

40 Anne/İsveç; App.No.6853/74, 35 Eur.Comm.'n H.R. Dec&Rep.9(1977>...

A.R.M. Chappell/İngiltere, App.No. 12587/86,53 Eur.Comm.'n H.R.Dec.&Rep. 241 (1987).

Angelini/İsveç, App.No.10491/83 Eur.Comm.'n H.R.Dec.&Rep.51(1986)

Arrowsmith/İngiltere,(kabul edilebilirlik)App. No. 7050/75, 8 Eur.Comm'n H.R. Dec.&Rep. 123(1977).

Arrowsmitn/İngiltere, App.No.7050/75, 19 Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 5(1978).

Autio/Finlandiya, App.No. 17086/90, 72 Eur. Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 245(1990).

Bernard ve Diğerleri/Lüksemburg, App.No. 17187/90,75 Eur.Comm'n H.R. Dec.&Rep.245(1990).

Brant/İngiltere, App.No.9303/81, Eur.Comm.'n H.R.Dec.&Rep.49(1986).

C.V./ İngiltere, App. No. 10358/83, 37 Eur. Comm'n H.R. Dec.& Rep. 142(1983)

Chappell/İngiltere, App.no. 12587/86, 53 Eur.Comm.'n H.R.Dec.&Rep.241(1987).

Chauhan/İngiltere,App.No.1 1518/85,65 Eur.Comm'n H.R.Dec.&Rep.41(1990).

Childs/İngiltere, App. No. 9813/82, Eur. Comm'n H.R., (01.03. 1983).

Christian Association Yehova's Witness/Bulgaristan, App.No. 28626/95, Eur. Comm.'n H.R.(03.07.1997).

CJ, JJ ve E J/Polonya, App. No.23380/94,84-A Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep.46(1996).

Company X/İsviçre, App.No.7865/77, 16 Eur. Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 85(1979).

Connoley/İngiltere, App.No. 14135/88, Eur.Comm.'n H.R.(1989).

Conscientious Objectors/Danimarka, App.No. 7565/76, Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 117,118(1977).

D/Fransa, App.No. 10180/82, 35 Eur.Comm'n H.R.Dec.&Rep. 199(1983).

DHI ve X/Almanya, App.No.7705/76, 9 Eur.Comm.'n H.R.'Dec.&Rep. 196(1977).

Dubowska/Polonya, App.No.33490/96; **Skup/Polonya,** App.No.34055/96 (ortak başvuru), 89-A Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 156 (1997)

E. ve G. R/Avusturya, App. No. 9781/82,37 Eur. Comm'n H.R. Dec.&Rep. 42 (1984).

Enfalt/İsveç, App.No. 10201/82 Eur.Comm.'n H.R.(1984).

Erikkson/İsveç, Ser.A, No:156(1989).

Family H./ İngiltere, App.No. 10233/83, 37 Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 105 (1984).

Glazewska/İsveç, App. No:1 1655/85, Eur.Comm.'n H.R. 45 Dec.&Rep.300 (1985).

Gottesmann/İsviçre, App. No. 10616/83, 40 Eur.Comm.'n H.R. Dec.& Rep.284(1984).

Graeme/İngiltere, App.No: 13887/88, 64 Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 158 (05.02.1990).

Grandrath/Almanya, App.No. 2299/64, Eur.Comm.'n H.R. 10 Yearbook of European Convention On Human Rights,(1966).

H/Norveç, App.No. 17004/90, 73 Eur.Comm'n H.R. Dec.&Rep. 155 (1992).

Hakanson/Tsveç, App.No. 9820/82, 5 Eur. Comm.'n H.R. Rep.297(1983).

Hazar, Hazar ve Açık/Türkiye; App.No. 16311/90,16312/90,16313/90, 72 Eur.Comm'n H.R. Rep.28 (10.12.1992)

X/Almanya, App.No. 2375/64, Eur.Comm.'n H.R. Collection 22(07/02/1967).

Iglesia Bautista "El Salvador"Ve Ortega Moratilla/İspanya, App. No. 17522/90,72 Eur.Comm'n H.R.Dec.&Rep.256(1992).

ISKCON/İngiltere, App.No.20490/92, 76-A Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep.90 (1994).

Johansen/Norveç, App.No. 10600/83,44 Eur. Comm.'nH.R. Dec.&Rep. 155(1985)

Jordebo Hristiyan Okulları Vakfı ve Jordebo/İsveç, App.No. 11533/85, 51,Eur.Comm.'nH.R. Dec.&Rep. 125(06.03.1987).

Karaduman/Türkiye, App.No. 16278/90,74 Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep.93 (1993).

Karakuzey/Almanya, App.No.26568/95, Eur.Comm.'n H.R. (16.10.1996).

Karlsson/İsveç, App.no. 12356/86, 57 Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 172(1988).

Karnell ve Hardt/İsveç, App.No.473 3/71, 14 Year Book of European Convention on Human Rights, 676(1971).

Kenneth Hugh de Courcy/İngiltere, App.No. 2749/66, Eur.Comm.'n H.R. Collection 24(1107.1967).

Khan/İngiltere, App. No. 11579/85, 48 Eur. Comm.'n H.R. Dec.&Rep.253 (1986).

Knudsen/Norveç, App.No. 11045/84,42 Eur.Comm.'n H.R.Dec.&Rep.247(1985).

Kontakt-Information-Therapie ve Hagen/Avusturya, App.No. 11921/86, 57 Eur. Comm.'n H.R. Dec.&Rep.81(Dec.1988).

Konttinen/Finlandiya, App.No.24949/94, Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 87-A,(03.12.1996).

Kustannus Oy Vapaa Ajatteliija AB ve diğerleri/ Finlandiya, App. No. 20471/92,85- A Eur.Comm'n H.R.Dec.&Rep.29(1996).

Lawless/İrlanda, App.No.332/57, Eur.Comm.n H.R. Dec.&Rep.(Ser.B)(1960-1) (Rep.19.12.1959).

Mattson/İsveç, App.No. 10202/82,Eur.Comm.'n H.R.(1984); **McFeeley/İngiltere**, App.No.8317/78,44 Eur.Comm'n H.R. Dec.&Rep.,76(1980). **N/İsveç**, App.No. 10410/83, 40 Eur. Comm.'n H.R. Dec.&Rep.203,207(1984).

Olsson/İsveç, App.No. 10465/83, Eur.Comm.'n Hil. (02.12.1986).

Omkaranda and the Divine Light Zentrum/İsviçre, App.No.8118/77, 25 Eur. Comm.'nH.R.Dec.&Rep. 105,117(1981).

PD ve LD/ İngiltere, App.No. 14135/88, 62 Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep.292 (1989).

Rai, Allmond ve 'Negotiate No w'/İngiltere, App. No.25522/94,81-A Eur.Comm'n H.R.Dec.&Rep.146(1995)

Raninen/Finlandiya, App.No. 20972/92,84-A Eur.Comm.'n H.R. DecT&Rep.17 (1996).

Schubert/Almanya, App.No.9183/80,Eur.Comm.'n H.R.(05.10.1988).

Scientoloji Kilisesi ve 128 Üyesi/İsveç, App.No.8282/78,21 Eur.Comm'n H.R. Dec.&Rep. 109 (1980).

Seven Individuals/ İsveç, App.No.8811/79, 29 Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep.104 (13.05.1982).

Simpson/İngiltere, App. No: 14688/89, 64 Eur.Comm'n H.R. Dec. & Rep. 188 (04.12.1989).

Spotl/Avusturya, App.No.22956/93,22 Eur.Comm.'n H.R. Dec.& Rep.88(1996).

Sunström/Finlandiya, App. No. 20471/92, Eur.Comm.'n H.R.(15.04.1996).

Suter/İsviçre, App.No. 11595/85, 51 Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 160 (01.12.1986).

Sutter/İsviçre, App.No. 8209/78, 16 Eur. Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 166 (01.03.1979).

Swami Omkarananda ve Divine Light Zentrum/İsviçre, App.No.8118/77, Eur.Comm.'nH.R. Dec.&Rep. 25,(19.03.1981).

Şenay Karaduman/Türkiye, App.No. 16278/90, 74 Eur. Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 102 (03.05.1993).

Thlimmenos/Yunanistan, App.No.34369/97, Eur.Comm.'n H.R. Rep.31 (04.12.1998).

Tsavachidis/Yunanistan, App. No. 28802/95, Eur.Comm'n H.R.,(04.03.1997).

Tsirlis ve Kouloumpas/Yunanistan, App.No. 19233/91- 19234/91, 21 Eur. Comm.'n H.R. Rep.30,35(1996).

V/Hollanda, App.No. 10678/83, 39 Eur.Comm.'n H.R.Dec.&Rep.267(1984)

Van Den Dungen/Hollanda, App.No. 22838/93, 80-A Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 147,150(1995).

Vereniging Rechtswinkels Utrecht /Hollanda, App.No. 11308/84, 46 Eur.Comm'n H.R. Dec.&Rep.200(13.03.1986).

Vereniging Weekblad "Bluf!"/Hollanda, App.No. 16616/90, Eur.Comm.'n H.R. Rep.31 (09.09.1993).

W ve KL/İsveç, App.No. 10476/83,45 Eur.Comm.'n H.R.Dec.'&Rep. 143(1985) •

W/D: M, M ve H/İngiltere, App.No. 10228/82 ve 10229/82, 96 Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep.37(1984).

W/İngiltere, App.No. 18187/91, Eur.Comm.'n H.R. (10.02.1993).

Warwick/İngiltere, App.No.9471/81Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep.36,49(1984)

X Kilisesi/İngiltere, App.No.3798/68, Eur.Comm.'n H.R. 29 CoUection 70 (17.12.1968).

X ve Scientoloji Kilisesi/İsveç, App.no. 7805/77, 16 Eur.Comm'n H.R. Dec.&Rep 68(1979).

X ve Y/İngiltere, App.No.7527/76 Eur.Comm.'n H.R. 11 Dec.&Rep. 1.47(1977) **X ve Y/İngiltere**, App.No.9461/81 Eur.Comm.'n H.R.210(1982). **X,Y ve Z/Almanya**, App.no.9411/81, 29 Eur.Comm'n H.R. Dec.& Rep.224(1982). **XJ Almanya**,App. No. 8741/79,24 Eur.Comm'n H.R., Dec.&Rep. 137(1981). **X/İngiltere**, App.No.8160/78,22 Eur.Comm'n H.R. Dec.&Rep. 27(1981). **X/Almanya**, App. No. 4445/70, Eur.Comm.'n H.R. 37 CoUection 119,122(1970).

X/Almanya, App.No.2413/65, Eur.Comm'n H.R 23Collection(1966). **X/Avusturya**, App.No. 1747/62, Eur.Comm'n H.R 13 CoUection 42(1963). **X/Avusturya**, App.No. 1753/63, Eur.Comm'n H.R, 16 CoUection 20 (1965).

X/Avusturya, App.No.5591/72, 43 Eur. Comm.'n H.R. Dec.&Rep.161(1973).

X/Avusturya, App.No.8652/79,26 Eur.Comm.'n H.R.Dec.&Rep.89(1981).

X/Avusturya, App.No. 1718/62, Eur.Comm.'n H.R., 8 Yearbook of European Convention on Human Rights 168(1965).

X/Belçika, App.No.3914/69, Eur.Comm.'n H.R. 34 Collection 22(1970).

X/Belçika, App.No: 17568/90 Eur.Comm.'n H.R (1992).

X/Danimarka, App.No.7374/76, 5 Eur.Comm.'n H.R.Dec.&Rep. 157(1976).

X/Hollanda, App.No. 1068/61, Eur.Comm.'n H.R, 5 Yearbook of European Convention on Human Rights, 278(1962).

X/Hollanda, App.No.2065/63, Eur.Comm.'n H.R, 8 Yearbook of European Convention on Human Rights 266(1965).

X/Hollanda, App.No.2988/66, Eur.Comm.'n H.R, 23 Collection (1967).

X/İngiltere, App.No. 5442/72,1 Eur.Comm'n H.R. Dec.&Rep. 41 (1974).

X/İngiltere, App.No. 7291/75, 11 Eur.Comm'n H.R. Dec.&Rep. 55(1977).

X/İngiltere, App.No. 7992/77, 14 Eur. Comm.'n H.R. Dec.&Rep.234(1978).

X/İngiltere, App.No.5947/72, Eur.Comm.'n H.R., 5 Dec.&Rep.8(05.03.1976).

X/İngiltere, App.No.5962/72, Eur.Comm.'n H.R. 2 Dec.&Rep.50(13.03.1975)

X/İngiltere, App.No.6886/75, 5 Eur.Comm'n H.R. Dec.&Rep. 100(1976).

X/İngiltere, App.No.7782/77 14 Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 179(1978).

X/İngiltere, App.No.8010/77, 16 Eur.Comm.'n H.R., Dec.&Rep.101 (1979).

X/İngiltere, App.No.8231/78, 28 Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep.5(1982).

X/İngiltere, App.No:7626/76, Eur.Comm.'n H.R. 11 Dec.&Rep. 160(1977).

X/İngiltere, App.No:8844/80, Eur.Comm.'n H.R. 23Dec.&Rep.228(1980).

X/İsveç, App. No:791 1/77, Eur.Comm.'n H.R. 12 Dec.&Rep. 192(1977)

X/İzlanda, App. No. 2525/65, Eur. Comm.'n H.R 18 Collection 33(1967).

Yanaşık/Türkiye, App.No. 14524/89, 74 Eur.Comm.'n H.R. Dec.&Rep. 14 (1993).

Yunanistan/İngiltere; App.No. 176/56, Eur.Comm.n H.R, 2 Yearbook of the European Convention on Human Rights,(1958-1959).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Agga/Yunanistan, App.No. 50776/99; 52912/99, Eur.Ct.H.R.(17.10.2002).

Buscarini ve Diğerleri/ San Marino, App.No.24645/94, Eur.Ct.H.R.(1 8.02.1999)

Campbell ve Cossans/İngiltere,App.No. 7511/76 ve 7743/76 48 Eur. Ct. H. R. (ser.A) (1982).

Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium (Belçika Dil Davası),App.No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Eur.Ct.H.R. (Ser.A)(23.07.1968).

Cha'are Shalom ve Tsedek/Fransa, App.No. 27417/95, Eur.Ct.H.R.(27.06.2000).

Chassagnou ve Diğerleri/Fransa, App.No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, Eur.Ct.H.R.(29.04.1999).

Costello-Roberts/İngiltere, App.No 13134/87,Eur.Ct.H.R.(Ser.A)(25.03.1993).

Dahlab/İsviçre, App. No. 42393/98, Eur. Ct. H. R. (15.02.2001).

Darby/İsveç, App.No. 11581/85, 187Eur.Ct.H.R.(ser.A)(23.10.1990).

De Wilde,Ooms ve Versyp/Belçika, App.No. 2832/66; 2835/66; 2899/66 Eur. Ct. H.R.(Ser.A)(18.06.1971).

Dudgeon/İngiltere, App.No.7525/76, Eur. Ct. H.R.(22.10.1981).

Efstratiou/Yunanistan, App.No.24095/94,Eur.Ct.H.R.(Ser A)(1 8.12.1996).

Engel ve Diğerleri/Hollanda, App.No. 5100/71;5101/71;5102/71; 5354/72;5370/72, Eur.Ct.H.R.(08.06.1976).

Goİder/İngiltere,App. No.4451/70, Eur.Ct.H.R.(Ser.A)(21.02.1975).

Handyside/İngiltere, App.No.5493/72, Eur. Ct. H. R. (Ser.A)(07.12.1976).

Hasan ve Chaush/Bulgaristan, App.No. 30985/96, Eur.Çt.H.R.(26.10.2000).

Hoffmann/Avusturya, App.No. 12875/87, Eur.Ct.H.R.(Ser-A) (23.06.1993).

Case of Holy Monasteries/Yunanistan, App.No. 13092/87; 13984/88 Eur.Ct.H.R. (Ser.A) (09.12.1994).

İrlanda/İngiltere, App.No.5310/71, Eur.Ct.H.R.(Ser.A)(1 8.01.1978).

Johnston ve Diğerleri/İrlanda, App.No.9697/82, Eur.Ct.H.R.(Ser.A)(18.12.1986).

Kalaç/Türkiye, App.No.20704/92, Eur.Ct.H.R.(ser.A)(1 997-IV)(01.07.1997).

Kjeldsen,Busk Madsen and Pedersen/Danimarka (Danimarka Cinsel Eğitim Davası), App. No. 5095/71; 5920/72; 5926/72 Eur. Ct. H.R. (ser.A)(07.12.1976).

Kokkinakis/Yunanistan, App.No. 14307/88, 260-A Eur.Ct. H.R. (ser.A) (25.05.1993).

Larissis ve diğerleri/Yunanistan, App.No. 23372/94;26377/94;26378/94, 65 Eur.Ct.H.R. (ser A)(1998-V)(24.02.1998).

Leyla Şahin/Türkiye, App.No. 44774/98, Eur.Ct.H.R.(29.06.2004).

Lingens/Avusturya, App.No. 9815/82, Eur.Ct.H.R.(08.07.1986).

Malone/İngiltere, App.No. 8691/79, Eur.Ct.H.R.(02.08.1984).

Manoussakis ve Diğerleri/Yunanistan, App.No. 18748/91,Eur.Ct.H.R. (Ser.A) (1996-IV) (26.09.1996).

Marckx/Belçika, App.No. 6833/74, Eur.Ct.H.R.(13.06.1979).

Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri/Moldova, App.No.45701/99, Eur.Ct.H.R.(1 3.112002)

Moscow Branch of the Salvation Army/Rusya, App.No.72881/2001, Eur.Ct.H.R. (24.06.2004)

Case of Observer and Guardian/ İngiltere, App.No. 13585/88, Eur.Ct.H.R. (Ser.A) (26.111991).

Olsson/İsveç, App.No. 10465/83, Eur.Ct.H.R. (Ser.A-130)(24.03.1988).

Otto Preminger Institut/ Avusturya, App.No. 13470/87, Eur.Ct.H.R.(ser.A295-A) (20.09.1994).

Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP)/Türkiye, App.No.23 885/94, Eur.Ct.H.R. (1999-VIII)(08.12.1999).

Pretty/İngiltere, App.No.2346/02,Eur.Ct.H.R.(29.05.2002).'

Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye, App.No. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98,Eur.Ct.H.R. (31.07.2001).

Riera Blume ve Diğerleri/İspanya, App.No.37680/97, Eur.Ct.H.R., (09.03.1999).

Saniewski/Polonya, App.No.40319/98 Eur.Ct.H.R, (26.06.2001).

Silver ve Diğerleri/İngiltere, App. No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Eur.Ct.H.R.(25.03.1983).

Sunday Times/İngiltere, App.No.6538/74, Eur.Ct. H.R.(Ser.A)(26.04.1979).

Şerif/Yunanistan, App.No.31178/97, Eur.Ct.H.R.(14.12.1999).

Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/ Türkiye, App.No. 19392/92, Eur.Ct.H.R.(30.01.1998).

Türkiye Sosyalist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, App.No. 26482/95, Eur.Ct.H.R. (25.05.1998).

Valsamis/Yunanistan, App.No.21787/93, Eur.Ct.H.R.(ser.A)(1996-IV) (18.12.1996).

Vogt/Almanya, App.No. 17851/91, Eur.Ct.H.R.(26.10.1995). **Wingrove/İngiltere**, App.No. 17419/90,Eur.Ct.H.R.(Ser.A)(1996-V)(25.11.1996).

X ve Y/Hollanda, App.No.8978/80, Eur.Ct.H.R.(Ser.A)(26.03.1985).

Young, James ve Webster/ İngiltere, App.No. 7601/76;7806/77,Eur.Ct.H.R. (Ser. A) (13.08.1981).