

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ IŞIĞINDA
DİN ÖZGÜRLÜĞÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Mehmet Cengiz UZUN

Tez Danışmanı :Prof. Dr. A. IŞIL KARAKAŞ

EYLÜL 2006

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	III
GİRİŞ	1
BÖLÜM I: AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE DİN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN HUKUKİ REJİMİ.....	9
A. 9. MADDE ALTINDA DİN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASI	12
1. Sözleşmeden hareketle din ve din özgürlüğü konusunda yorum sorunu	13
a. Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları dahilinde din.....	13
b. Sözleşme organları önünde din	18
c. 9. maddeden doğan özgürlükler	23
2. Din Özgürlüğünü ileri sürme kabiliyeti	26
a. Gerçek Kişiler	27
i. Mahkumlar	28
ii. Küçükler.....	30
iii. Memurlar ve ücretliler.....	32
b. Tüzel kişiler ve topluluklar	33
c. Devletler.....	36
B. 9. MADDE ALTINDA DİN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI REJİMİ	37
1. Din özgürlüğünü sınırlandırma usulü.....	38
a. Din özgürlüğünü sınırlandırma gerekçeleri	40
i. Kamu menfaatine yönelik sınırlandırmalar	42
ii. Özel menfaatlere yönelik sınırlandırmalar	45
b. Din özgürlüğüne yönelik sınırlandırmaların kanuniliği şartı.....	47
i. iç hukuk düzenince yaptırıma bağlanmış bir hareketin aranması	48
ii. Kişilerin erişimine açık hukuki düzenlemenin aranması	49
iii. Hukuki düzenlemelerin belirginliğinin aranması	50
iv. Hukuki başvuru yollarının belirlenmiş olmasının aranması	51
2.Sınırlandırmanın esasının denetlenmesi	52
a. Hakkın kötüye kullanılması yasağı	53
b. Demokratik toplumda gereklilik şartı	55
i. Ulusal takdir hakkı öğretisi.....	57
ii. Orantılılık ilkesinin 9. madde altında görünümü	59
BÖLÜM II: AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE DİN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN BOYUTLARI.....	61
A. DİN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRMA REJİMİNE BAĞLI OLARAK GÖRÜLEN BOYUTLARI	63
1. Din özgürlüğünün mutlak iç boyutu (forum internum)	63
a. Boyutun içeriği.....	64
b. Korumanın gücü	66
2. Din özgürlüğünün göreceli dış boyutları (forum externum)	70
a. Din özgürlüğünün göreceli dış boyutlarının kapsamı.....	71
b. Din özgürlüğünün göreceli boyutlarına yönelik Arrowsmith testi	74
B. DİN ÖZGÜRLÜĞÜNDEN DOĞAN İLİŞKİLERE BAĞLI OLARAK GÖRÜLEN BOYUTLARI	77
1.Din Özgürlüğünün Dikey Boyutları	78
a. Devletin tarafsızlığı ve din özgürlüğü çelişkileri.....	79
i. Sistematik dini telkin sorunu	79
ii. Devlet dini meselesi	82
b. Avrupa değerlerindeki değişimin dikey boyuttaki yansımaları.....	85
i. Vicdani red konusunda değişen değerlerin Sözleşme'ye yansımaları	86
ii. Dikey boyutta bireysel ve kolektif hakların sınırlandırılması açısından demokrasi ve laiklik ilkesine bakış	92
2. Din Özgürlüğünün Yatay Boyutları	95
a. Sözleşme dahilinde üçüncü kişilerin haklarını korumaya yönelik İstismarcı din yaymanın (prozelitizm) sınırlandırılması.....	96
b. Üçüncü kişilerin haklarının korunması yoluyla devletin genişleyen hareket alanı.....	102
SONUÇ.....	106
KAYNAKÇA	110

İNSAN HAKLARI VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERİNİN KORUNMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞME

(AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ)

MADDE 9

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

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

Kısaltmalar

A.İ.H.S.	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950)
A.G.İ.K.	:	Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı
A.B.	:	Avrupa Birliği
A.K.	:	Avrupa Konseyi
A.P.	:	Avrupa Parlamentosu
Bknz.	:	Bakınız
Bn.	:	Başvuru numarası
B.M.	:	Birleşmiş Milletler
B.M.İ.H.K	:	Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu
d.	:	Dipnot
Ed.	:	Editör
İ.H.E.B.	:	İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948)
n.	:	Numara
p.	:	Paragraf
R.G.	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
V.A.H.S.	:	Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969)
Vd.	:	Ve devamı

Giriş

«Bu yüzyılın başında kesin çözümünü bulduğumuza samimi olarak inanabilsek de, yakın zaman gündemi bu inanışa genel bir yalanlama getirmiştir. Eski liberal demokrasilerde olduğu kadar totaliter rejimlerden taze kurtulan Avrupa devletlerinin büyük bir çoğunluğunda da soru tartışmaları yeniden ortaya çıkarmıştır: İrlanda'dan Polonya'ya ve Almanya'dan Portekiz'e kadar din ve toplum arasındaki ilişki tutkuları tetiklemeye ve politik hayatı harekete geçirmeye devam etmektedir. Ve sorunun fırtınalara yol açmadığı bazı devletlerde ise yürürlükte bulunan formüllerin geçerliliğini sorguluyor ve önemini tartışıyoruz»¹

15 Mart 2004 tarihinde laiklik ilkesinin sıkı bir savunucusu olan Fransa'da Meclis ve Senato okullarda, kolejlerde ve kamu liselerinde dinsel aidiyet belirten her tür işaretin ve kıyafetin kullanımını düzenleyen 2004-228 sayılı kanunu kabul eder². Söz konusu kanunun birinci maddesi, yürürlükte bulunan “Eğitim Kanunu”na “Okullarda, kolejlerde ve kamu liselerinde, belirli bir dine aidiyeti açık olarak gösteren işaretlerin takılması veya kıyafetlerin giyilmesi yasaktır”³ hükmünü ekler. Bu değişiklik ile medyada olduğu kadar akademik çevreler içerisinde de laiklik ve din özgürlüğü arasındaki ilişki sorgulanmaya başlanır. Bu tartışmaların bir tarafında toplum içinde olduğu kadar eğitim kurumları içerisinde de din ve vicdan özgürlüğünü koruma altına almak isteyenler ve ifade özgürlüğünü en üst seviyede gerçekleştirebilmek için devletin dinsel tarafsızlığını savunanlar yer alır⁴. Tartışmaların karşı tarafında ise “Eğitim Kanunu”na değişikliği getiren 2004-228 sayılı kanunu “tehlikeli ve gereksiz” bularak⁵ din özgürlüğünün olabildiğince geniş yaşanmasını savunanlar vardır.

¹ Tarafımızca çevrilmiştir. REMOND, René, Religion et Société en Europe, Editions du Seuil, Paris, 1998, s.276.

² L. n° 2004-228, 15-3-2004 (JO, 17-3-2004).

³ Tarafımızca çevrilmiştir.

⁴ CHAUVIN, Nicolas, *Le port du foulard islamique par une enseignante (à propos d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, Mme Dahlab c/ Suisse)*, Revue française de droit administratif, 19^e année, n° 3 (mayıs-haiziran 2003), s. 540.

⁵ SHIRIN, Ebadi, *Laissez les femmes musulmanes libres de choisir* (Entretien), TUBIANA, Michel (Éd.), Hommes et Libertés ; Revue de la Ligue des droits de l'Homme, n° 125 (Ocak – Mart 2004), CNL, Paris, 2004, ss. 37 – 39.

Bu tartışmalar sırasında Avrupa anayasal değerler sisteminin mihenk taşıını oluşturan ve temel hak ve özgürlükler konusunda asgari standartları belirleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi ön plana çıkar. Sözleşme'nin kurduğu denetim mekanizması (Sözleşme organları⁶) laiklik ve din özgürlüğü konularına resmi Fransız yorumundan daha farklı bir çerçevede yaklaşmaktadır. Bugüne kadar Fransa'da laiklik Cumhuriyet'in teminatı ve her bireyin vicdan hürriyetini korumak suretiyle ifade özgürlüğünün geniş çaplı korunması olarak ele alınmaktaydı. Sözleşme organları ise laikliği demokrasinin temel değerleri olarak kabul edilen eşitlik ve hoşgörüyü sağlayabilme hedefine yönelmiş bulunan devletin tarafsızlığı ilkesini destekleyen bir ilke olarak benimsemiştir⁷.

Fransa'da süregelen bu tartışmaların benzerleri, kendisi de laiklik ilkesinin kuvvetli bir savunucu olan, Avrupa Konseyi (A.K.) üyesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) taraf Türkiye'nin gündemini de işgal etmektedir. Yüksek eğitim kurumlarında uygulanan “türban” yasağı, zorunlu din dersleri, kimliklerde yer alan din hanesi, zorunlu askeri hizmete karşı vicdani ret hakkı ve benzeri konular çeşitli vesilelerle Türkiye'nin gündeminde yer edinmektedir. Fransa'da ve Türkiye'de tartışmaların gerçekleştiği platformların farklılığı ve tartışmaların özünü oluşturan şartların çeşitliliğine rağmen tartışılan konunun esası aynıdır: Din özgürlüğünün kapsamı ve sınırları.

Bu kapsam ve sınırların belirlenmesi Türkiye açısından bir çok işlevi yerine getirecektir. Ulusal düzeyde gerçekleşen ve hukuki alanın dışında bir çok siyasi sorunuda beraberinde doğuran bu tartışmaların çözüme kavuşması, Avrupa liberal demokrasi standartlarına erişim açısından önemli bir adım olacaktır. Bu değişim süreciyle Avrupa entegrasyonunun daha kısa sürede başarıyla tamamlanması sağlanabilecektir. Avrupa entegrasyonu ile salt dar anlamını oluşturan Avrupa Birliğine (A.B.) tam üyelik yolunda “Ulusal Program” çerçevesinde “Kopenhag Kriterleri”nin yerine getirilmesinin ötesinde, daha geniş anlamıyla Avrupa anayasal

⁶ Sözleşme organları terimi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nu, “Eski” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni ve 11. Ek Protokol sonrası oluşturulan “Yeni” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni kapsamaktadır. Bu çalışma dahilinde, içtihadın tekliği ve bütünlüğü düşüncesinden hareketle ve bu organların içtihadının tek bir Avrupa değerler sistemi oluşturduğu gerçeğine dayanarak tek bir vücut vurgusunu yapmak üzere bu terimi kullanmayı uygun gördük. Organlar arası görüş ayrılıkları yaşandığı yerlerde ya da önem arz etmesi halinde ise doğrudan bahsi geçen organa atıfta bulunduk.

⁷ CHAUVIN, Nicolas, *op.cit.*, s.541

sisteminin temel hak ve özgürlükler ile demokrasi konusundaki normlarına uyumlu bir hukuki yapıya ulaşma gayesi anlaşılmalıdır. Nitekim, bunlardan ilki siyasi, ikincisi ise siyasinin ötesinde tam anlamıyla kültürel⁸ bir projedir.

Bunlara ek olarak, din özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının doğru belirlenmesi, bu konuda mevzuatın gerekli şekilde düzenlenerek uygulamanın düzgün bir şekilde yerleştirilmesine yardımcı olacak ve başta A.İ.H.S. olmak üzere, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini tam anlamıyla yerine getirilebilmesine imkan tanıyacaktır. Özellikle, Türkiye'nin Kopenhag siyasi kriterleri bağlamında yerine getirmesi gereken ve “Avrupa Birliği müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Ulusal Program”da belirlenmiş bulunan yasal düzenlemeler çerçevesinde 2004 yılında 5170 sayılı kanun ile gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonrasında 90. maddeye eklenen “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü, temel hak ve özgürlükler konusunda uluslararası standartları iç hukuk açısından belirleyici bir konuma getirmiştir.

Gerçekten de, türk hukukunda uluslararası andlaşmaların iç hukuktaki yerini belirleyen tek genel düzenlemeye getirilen bu çatışma kuralı ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların mahkemelerde doğrudan referans alınabilme imkanı tanınmıştır. Aslında bu düzenleme öncesinde bile, uluslararası ve iç hukuk ilişkisi bakımından türk hukukunun monist sistemi benimsediği dikkate alındığında⁹, yeterli derecede belirgin, açık, kendi kendine uygulanabilir (*self-executing*) ve kendi kendine yeterli (*self-sufficient*) sözleşme hükümlerinin iç hukukta doğrudan uygulanabileceği savunulmaktaydı¹⁰. Monist sistemin uygulanmasına rağmen her halükarda *lex posterior derogat priori* ya da *lex specialis derogat generalis* kuralının uygulanması gerektiğini savunanlara karşı¹¹, Anayasa Mahkemesi'nin özellikle siyasi parti kapatma davaları olmak üzere bir çok davada

⁸ Burada kültür ifadesi hukuk kültürü, siyaset kültürü, demokrasi kültürü gibi kavramları da içerecek şekilde geniş anlaşılmalıdır.

⁹ YÜZBAŞIOĞLU Necmi, Mayıs 2004'te Anayasanın 90'ıncı maddesine eklenen hükmün Türk Anayasa Blokuna etkileri üzerine bir değerlendirme, Bülent Tanör Armağanı, Legal, İstanbul, 2004, s.785.

¹⁰ GÖLCÜKLÜ Feyaz, Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, VIII Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Türk Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1990, cilt 4, s.275-280 ; aktaran: *Ibid.*

¹¹ MERAY,PAZARCI,SAĞLAM,BALTA ; aktaran : *Ibid.*, s. 786.

insan haklarına ilişkin sözleşmeleri (başta A.İ.H.S. ve E.İ.H.B. olmak üzere) destek ölçü norm olarak ele almasına¹² dayanan ve Türkiye'nin bu metinlere taraf olmakla iç hukuk düzeninde bunlara aykırı kural koymamayı taahhüt ettiğini savunan yazarlara göre¹³, Anayasa'nın 90/5 maddesi ile Anayasal denetimden muaf tutulan uluslararası andlaşmalar kanunlara nazaran her zaman daha ayrıcalıklı bir konumdaydı¹⁴.

2004 değişikliğiyle, mevzuatı uygulayacak olanlara, karşılarına kanunla uluslararası sözleşmeler arasında çıkacak bir çatışma durumunda, Anayasa yargısına başvurmadan, doğrudan uluslararası sözleşme hükümlerine atıf yapmak suretiye sorunu çözebilme imkanı tanınmıştır. Bu sebepten ötürü din özgürlüğüne yönelik olarak uluslararası düzenlemelerin türk iç hukukundaki önemi bir kat daha artmıştır. Unutmamak gereki ki yakın tarihli bir çok gelişme dinin siyasal ve sosyal yaşamdaki tesirini sergilemiştir¹⁶. Din özgürlüğünün iç hukuk düzenince etkin bir şekilde tanınması, Türkiye'nin Anayasanın 2. maddesi anlamında insan haklarına saygılı demokratik bir hukuk devleti olma sürecinin gereklerinin ve konuyla ilgili uluslararası metinlere taraf olmanın doğurduğu uluslararası sorumlulukların yerine getirilmesinin ötesinde, toplumsal çoğulculuğun korunarak mikro düzeyde olduğu kadar, küresel anlamda makro düzeyde kamu düzeni ve güvenliğinin korunmasına yönelik önemli bir araç oluşturacaktır.

¹² Bu kararlardan bir kaç örnek : Özdep, AYM. E. 1993/1, K.1993/2, Kt. 23/11/1193, AYMKD. Sy. 29/2, s.924 vd.; Demokrasi Partisi, AYM. E.1993/3, K. 1994/2, Kt. 16/6/1994, AYMKD. Sy. 30/2, s. 1061 vd.; Refah Partisi, AYM. E.1997/1, K. 1998/1, Kt. 16/1/1998, AYMKD. Sy. 34/2, s. 726 vd.

¹³ TEZİÇ, SOYSAL,ÇELİK; aktaran: YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *op.cit.*, s. 786-788. Bu düşünceyi savunanlardan BATUM'a göre: "... Sözleşme, tekçi (monist) görüşün benimsendiği Türk iç hukuk düzenine dahildir ve bir iç hukuk kuralı niteliği taşımaktadır... Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasallık bloku içinde, Sözleşme'leri de kullanabilmek durumundadır. Ve uygulamada da, Anayasa Mahkemesi, yasaların denetiminde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni, "destek-norm" olarak kullanmaktadır...özellikle Ulusal üstü nitelik taşıyan İnsan Hakları Sözleşme'lerinin, olağan yasalardan üstte yer aldığı Türk Hukukunda da kabul edilmektedir". BATUM Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1993, s.273. Danıştay 5. Dairesi bir kararında, uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırı olmaları durumunda dahi uygulanmaktan alı konamayacaklarını ifade etmiştir. 22.05.1991 gün ve E:1986/1723, K:1991/933, Danıştay 5. Daire Kararı.

¹⁴ Kanaatimizce, Anayasal denetimden muafiyet hükmüne bağlı olarak 2004 değişikliği öncesinde uluslararası sözleşmelere kanun üstü bir statü tanımak doğru olmayacaktır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'de sözleşmelere hiç bir zaman açıkça bir ölçü norm statüsü tanımamış, sözleşmeleri Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan insan haklarına saygılı devlet ilkesine dayanarak destek ölçü norm olarak değerlendirmiştir. Açıkça kanun hükmünde ifade edilen sözleşmelerin iç hukuktaki yerine yönelik herhangi bir çatışma kuralı eksikliğinde genel kanunlar itilafı kuralının uygulanması daha doğrudur. Nitekim, aksinin kabul edilmesi halinde 2004 değişikliğinin işlevsiz bir düzenleme getirdiğini kabul etmek gerekir. Kanun koyucunun bu konuda açık bir düzenleme getirme ihtiyacı duymuş olması bile değişiklik öncesi sözleşmelerin üstünlüğünü savunan savların doğruluğunu çelişkiye sokar niteliktedir.

¹⁶ Özellikle Dünya Ticaret Örgütü'ne yönelik "11 Eylül" saldırısı sonrasında baş gösteren "dinsel kutuplaşma", din özgürlüğünün ve dinsel hoşgörünün dünya barışı için gerekli dengelerin korunmasına yönelik önemli demokratik değerler olarak karşımıza çıkmasına yol açmıştır.

Bu işlevi dolayısıyla ki, din özgürlüğü, oluşum safhası itibarıyla her zaman evrensel insan hakları kuramının yakından ilgilendiği bir konu olmuştur. Geniş çaplı siyasal, ekonomik ve sosyal hareketler üzerindeki etkilerine bağlı olarak din özgürlüğü insan hakları hukuku içerisinde önemli bir yer edinmiştir. Din özgürlüğünün önemi sadece Azınlık hakları, toplanma özgürlüğü ve ifade özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin koruma altına alınmasındaki işleviyle sınırlı kalmamış¹⁸, başlı başına klasik uluslararası hukukun oluşumu sırasında bu özgürlük açık etkilerini sergilemiştir. Nitekim, modern anlamda ulus devletin ortaya çıkışına kadar devletler ve toplumlar arasındaki ilişki içerisinde dinin belirleyici bir konumu bulunmaktaydı²⁰. Modern Avrupa sisteminin başlangıç noktalarından biri olarak kabul edilen 1648 tarihli “*Westphalia*” barışı sonrasında, ki bir bakıma bu barış andlaşması dinsel hoşgörüye dair ilk uluslararası belgelerden biri olma özelliğini de taşır²¹, egemen ve eşit devletler arasındaki ilişkilerde din geri plana itilmiş ve yerini yeni oluşan klasik uluslararası hukuk almıştır²². Ancak, unutulmamalıdır ki, klasik uluslararası hukukun kuramsal alt yapısını oluşturan ilk ve en önemli düşünürlerin büyük bir çoğunluğu aynı zamanda insan hakları kuramı açısından da büyük öneme sahip olan Altın çağ ispanyol ilahiyatçılarından oluşmaktaydı²³. Buna bağlı olarak, insancıl hukuk ve insan hakları hukukunu oluşturan temel kavramların ortaçağ kilisesinin başlıca felsefi yaklaşımlarından esaslı bir şekilde etkilendiği görülmektedir. VITORIA, BALTHAZAR, AYALA, LUIS DE MOLINO ve FRANCISCO SUARAZ gibi ilahiyatçı düşünürlerin tanrı ile birey arasındaki ilişkileri irdeledikleri çalışmalar, bireylerin oluşturduğu toplumlar arasındaki ilişkiler açısından belirleyici olmuştur. Özellikle din yaymanın meşruiyeti (*prosélytism*) ve

¹⁸ LANARES, Pierre, *La Liberté Religieuse Dans Les Conventions Internationales Et Dans Le Droit Public En Général*, éd.Horvath, Paris, 1964, s.11; aktaran: ÖKTEM, A. Emre, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, , Liberte, Ankara, 2002, s.4.

²⁰ Sadece Osmanlı İmparatorluğu ile Avrupa devletleri arasındaki ilişkilerde, daha da spesifik olarak kapitülasyon rejimleri dikkate alındığında, dinin bu ilişkiler zinciri içerisinde ne derecede etkin bir araç olduğu kolayca anlaşılabilmektedir. Bknz. EVANS, Malcolm D., *The Evolution of Religious Freedom in International law: Present State and Perspectives*, FLAUSS, J.F. (Ed.), *La Protection Internationale de la Liberté Religieuse*, Publications de l’Institut International des Droits de l’Homme, Bruyant, Bruxelles, 2002, s.23.

²¹ STANGO, Antonio, *The History of Religious Freedom in Europe*, “Religious Freedom and the New Millenium” temalı “International Coalition for Religious Freedom” Konferansında sunulan tebliğ, Berlin, 29-31 Mayıs 1998.

²² KENNEDY, David, *Images of Religion in International Law*, The Influence of Religion on the Development of International Law, Mark W. Janis (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 1991, s.141; aktaran: OKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.13.

²³ AKAL, Cemal Bali ve diğerleri, *İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı*, İstanbul, 2003, s.11.

haklı savaş (*just war*) konusundaki tartışmalar uluslararası hukuk içerisinde önemli bir yer edinmiştir²⁴.

Bu ilahiyatçıların çalışmaları sonucunda, toplumlar arası ilişkilerde kuvvet kullanımının meşruiyetinin sorgulandığı aşamalarda²⁵ din yaymanın kuvvet kullanma açısından bir meşruiyet kaynağı olamayacağı tespit edilmiş ve bugün kabul edilen modern uluslararası hukuk ilkelerinin temelleri atılmıştır²⁶. Macro düzeyde “istismarcı din yayma” (*prosélytism abusive*) olarak adlandırılabileceğimiz yasaklanan bu davranışın micro düzeydeki ilişkilerde de kabul edilemeyeceği aşikardır. Nitekim, toplumsal yaşamın en hassas noktalarından birini oluşturan din olgusunun bir özgürlük olarak koruma altına alınmasının, inananlar kadar inanmayanlar açısından da önem arz ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır²⁷. Bu noktadan hareketle, toplumlar arası ilişkilerde din özgürlüğünün kabul edilmesiyle birlikte, toplum içerisinde bireyler arası ilişkilerde de din özgürlüğünün uluslararası metinler tarafından koruma altına ilk ve başlıca temel hak ve özgürlüklerden biri olarak kabul edilmesine de şaşmamak gerekir²⁸.

Bu metinlerin en temelini 217A sayılı kararla Birleşmiş Milletler (B.M.) Genel Kurul kararıyla kabul edilen 10 Aralık 1948 tarihli “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi” oluşturmaktadır. Bağlayıcı olmamakla beraber evrensel niteliğine bağlı olarak yol gösterici olan bu bildirgenin 18. maddesi düşünce ve vicdan özgürlüğüne

²⁴ ÖKTEM, A.Emre., *op.cit.*, s.13-27.

²⁵ EVANS, Malcolm D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge University Press, 1997, s.1.

²⁶ Doğal hukuka dayanan VİTORİA, kuvvete başvurmak suretiyle din yaymanın hukuka aykırılığını tespit ederek din uğruna yürütülen savaşların haklı savaş (*just war*) sayılamayacağını vurgulamıştır. Bu tespitin haklı savaş öğretisinin ötesinde etkileri vardır. Kuvvet kullanarak din yayma özgürlüğünün (yetkisinin) üst toplumu oluşturan devletin elinden alınması, devletler arası ilişkilerde dinsel farklılıkların geri plana itilmesi ve farklı dine mensup topluluklarında egemenlik haklarının bir nevi tanınmasına yol açacak ve modern egemen ve eşit devletler fikrinin temelini atacaktır. Bu noktada VİTORİA’nın, ispanyollar tarafından Amerika’nın sömürgeleştirilme sürecinde zorla din değiştirme uygulamalarına karşı yerli halka meşru müdafaa hakkı tanınması, egemenlik ve eşitlik anlayışını Avrupa kıtasının dışında da uygulanabilirliği açısından büyük önem arz etmiştir. JOHNSON Turner James, *International Law and the Peaceful Resolution of Interstate Conflicts*, VASQUEZ John A. ve diğerleri (Ed.), *Beyond Confrontation*, The University of Michigan Press, Michigan, 1995, s.158.

²⁷ COSTA, Jean-Paul, *La Convention européenne des droits de l’Homme et la liberté religieuse et débats*, Cahiers du CREDHO, n. 4, Mont Saint-Aignan-Sceaux : Université de Rouen. Faculté de droit, s.19.

²⁸ GUNN, T. Jeremy, *Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights*, VYVER, J.D. van der ve WITTE, J., Jr. (Ed.), *Religious Human Rights in Global Perspective – religious perspectives*, Kluwer Law International, Hollanda, 1996, s.30.

ayrılmıştır²⁹. Bildirge, 16 Aralık 1966 tarihinde, B.M. Genel Kurulu tarafından kabul edilen “Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi” tarafından tamamlanmıştır³⁰. Bunlara ek olarak yine B.M. Genel Kurul tarafından insan haklarını ilgilendiren ve belirli konulara özgü sözleşmeler içerisinde de din özgürlüğüne çeşitli şekillerde yer verilmiştir. Bunlara, 21 Aralık 1965 tarihinde 2106(XX) numaralı karar ile kabul edilen “B.M. Her Tür Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine dair Sözleşme”³¹ ve 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen “B.M. Çocuk Haklarına dair Sözleşme”³² örnek gösterilebilir. Evrensel nitelikteki bu sözleşmeler dışında bölgesel düzeyde kabul edilen çeşitli metinlerde de din özgürlüğüne doğrudan veya dolaylı olarak atıfta bulunulduğu gözlemlenebilir. 1981 yılında kabul edilen “Afrika İnsan Hakları Şartı”³³ ve 1969 tarihinde kabul edilen “İnsan Hakları hakkındaki Amerikan Sözleşmesi”³⁴ bu metinlerden bazılarıdır.

Aynı amaca yönelen diğer evrensel ve bölgesel metinlere nazaran, kurduğu denetim ve yaptırım mekanizmasına bağlı olarak işlerliği ve etkinliği ile ön plana çıkan A.İ.H.S’nin 9. maddesi tarafından korunan ve Sözleşme organlarının somut olaylar ışığında ilgili maddeyi yorumladıkları içtihatla içeriği belirginleşen din özgürlüğünün detaylı bir şekilde incelenmesi, türk hukukunun Avrupa değerleri ile uyumlu hale gelmesi açısından bir zaruret arz eder. Başta bahsi geçen 2001 ve 2004 değişiklikleri olmak üzere, 1982 Anayasa değişikliklerinin büyük bir kısmının asıl kaynağını A.B.

²⁹ I.H.E.B. Madde 18: “Her şahsın, fikir, vicdan ve din hürriyetine hakkı vardır; bu hak, din veya kanaat değiştirmek hürriyeti, dinini veya kanaatini tek başına veya topluca, açık olarak veya özel surette öğretim, tatbikat, ibadet ve ayinlerle izhar etmek hürriyetini içerir.”

³⁰ B.M. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi: “ 1. 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.

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

3. 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.

4. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, anne-babalar ile, mümkünse vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne saygı göstermeyi taahhüt ederler.”

³¹ Sözleşme’nin Başlangıç kısmında dine dayalı ayrımcılık yasağı dile getirilmiş, ayrıca, madde 5/d/vii ile din özgürlüğünden yararlanmada kanun önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir.

³² Sözleşme’nin Başlangıç kısmında dine dayalı ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Sözleşme’nin 14. ve 30. maddelerinde din özgürlüğü hakkını tanımaktadır.

³³ Şart’ın 2. maddesinde dini de içerecek şekilde genel ayrımcılık yasağı, 8. maddesinin 18. fıkrasında ise vicdan ve ibadet özgürlüğü düzenlenmiştir.

³⁴ Sözleşme’nin 12. maddesinin 19. fıkrası düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenlemektedir. Ayrıca, Sözleşme ile evrensel nitelikteki sözleşmelerden farklı olarak, korunan hakları ihlal eden taraf devletlere yaptırım uygulayabilecek bir mahkeme de kurulmuştur.

metinlerinden çok Sözleşme'nin teşkil etmesi dikkate alındığında, bu zaruret daha da net bir şekilde anlaşılabilir³⁵. Avrupa anayasal sistemi açısından yol gösterici özelliği, taraf devletlerin iç hukukuna doğrudan etkisi ve ulus üstü ortak değerler yaratmadaki bugüne kadar ki başarısı dikkate alındığında, Sözleşme'nin belirlediği ve liberal demokrasiler açısından asgari standardı oluşturan dini özgürlüğünün anahatlarının ortaya konması, bu çalışmanın esas amacını oluşturacaktır.

Aslında din özgürlüğü gibi bir konunun analizinde sentetik bir ayrıma gitmek oldukça güçtür. Zira, özgürlük alanı içerisinde gerçekleşen her tür durum aynı anda bir çok farklı sorunu beraberinde doğurmaktadır. Din özgürlüğü konusunda keskin ayrımlara başvurmak ister istemez bu sorunların çeşitli yönlerinin iskanmasına sebebiyet verebilmektedir. Ancak, sistematik bir analiz gerçekleştirmek için din özgürlüğüne ilişkin sorunları olabildiğince kapsayıcı bir şekilde sınıflandırmak gerekmektedir. Buna bağlı olarak, konunun kendine has dinamiklerini göz önünde bulundurarak, din özgürlüğünü iki bölüm altınca incelemeyi uygun görüyoruz. Bu çerçevede ilk olarak A.İ.H.S.'nde yer aldığı şekliyle din özgürlüğünün kapsamı ve sınırları ortaya konacaktır (I). Sözleşme uyarınca özgürlüğe yönelik teknik alt yapının belirlenmesiyle birlikte daha teorik olan ancak, tartışmalı durumlar doğurabilen konuların sağlıklı bir şekilde irdelenmesi mümkün olabilir. Ancak somut olaydaki parametreler düzgün bir şekilde ortaya konmuş hukuki formüllere girildiğinde doğru bir hukuki çözüme kavuşmak mümkün olabilecektir. Bu noktada birinci bölüm hukuki formüllerin ortaya konduğu bir aşama olarak düşünülebilir. İkinci bölümde ise belli başlı objektif kıstaslara göre belirlenen din özgürlüğünün boyutları ve bu boyutların birinci bölümde belirlenen hukuki formüllere uygulandığında doğabilecek tartışmalar ortaya konacaktır(II).

³⁵ YOKUŞ, Sevtap, *Türkiye'de Avrupa Birliği'ne Uyum Hedefli Anayasal Değişimde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Esas Alınması*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl :2005, Sayı 1, s.161.

Bölüm I: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğünün Hukuki Rejimi

Kişilerin özel hayatı ve toplum içerisinde üçüncü kişiler ve devlet arasındaki ilişkileri gibi hassas dengeler üzerine kurulu insan hakları hukuku alanında yer alan ulusal ve uluslararası düzenlemeler, ne denli açık ve kesin ortaya konarsa konsun, uygulama aşamasında daima çeşitli öngörülemez zorluklara bağlı olarak işlevsiz kalabilmektedir. Zira, toplumsal yaşam içerisindeki ilişkilerin karmaşıklığı ve çeşitliliği bu alana ilişkin öngörülmüş bütün hukuki düzenlemelerin gerçek anlamda bütün varsayımları öngörebilecek nitelikte olmasının önünde ciddi bir engel teşkil etmektedir. Kişilerin hak ve özgürlükleri, devletlerin olumlu ve olumsuz yükümlülükleri, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma rejimleri, sınırlandırma rejimlerinin uygulandıkları hak ve özgürlükler ile olan asimetrik ilişkileri ve her hak ve özgürlüğün kendi doğasından kaynaklanan münferit yapıları dikkate alındığı noktada temel hak ve özgürlüklere ilişkin hukuki altyapının uygulanmasının bazı durumlarda kendi kuramsal altyapısı ile çelişmesi, kabul edilebilir ölçülerde kaldığı müddetçe, doğal karşılanabilir.

Din özgürlüğüne yönelik düzenlemelerde ise bu çelişkiler yoğun bir şekilde su yüzüne çıkabilmektedir. Din konusunu ele alan hukuki metinler, bu çelişkilerle diğer özgürlüklere nazaran daha sıklıkla bir çok farklı platformda karşılaşmaktadır. Bu sebeptendir ki, din konusuna ilişkin metinler, özellikle din özgürlüğüne değindikleri ölçüde, konuyu olabildiğince geniş ifadeler çerçevesinde ele almayı yeğlemişlerdir. Bu suretle, özgürlük kuramının doğasına bağlı olarak din özgürlüğü olabildiğince kapsayıcı olabilecek, özgürlüğün kendisi metinsel kısıtlamalardan doğabilecek sınırlandırmalardan uzaklaşacak ve metnin oluşum safhasında öngörülemedi sorunlara yönelik uygulayıcıların önünde daha geniş bir hareket alanı tanınmış olunacaktır. Ancak, bu yaklaşımın da kendine has bazı eksiklerinin varlığını kabul etmek gerekir. Zira, bazı durumlarda bu eksiklere bağlı olarak ciddi sorunlarla karşılaşmak mümkündür.

Öncelikle, geniş bir şekilde düzenlenen özgürlüğün kapsamı sorunu her zaman uygulayıcıların yorumunu ön plana çıkaracak ve metnin ilk olarak öngördüğü bazı hususlara yönelik vurgu azalabilecektir³⁶. Ayrıca, her ne kadar geniş düzenlenmiş

³⁶ 9. madde içtihadında Sözleşme organları din ve inanç ifadelerine yönelik vurguda bulunmak suretiyle 9/1'de yer alan vicdan ve düşünce özgürlükleri daha geri planda tutmuştur. Bu nokta vicdan ve düşünce özgürlüklerinin korunmadığı gibi bir izlenim doğmamalıdır. Sözleşme organlarının tutumu sadece 9. madde altında din özgürlüğünü ön plana çıkarmaktadır.

olsa da yeni gelişmeler metnin kapsadığı alanın ötesine taşma riski daima mevcudiyetini koruyacaktır. Buna bağlı olarak özgürlüğe yönelik metnin işlevsel yeterliliğini kullanılan ifadelerin genişliği ya da darlığı ile ölçmek, çoğu zaman geçerli olsa da, her zaman tutarlı sonuçlar doğurmayabilir. Nitekim, geniş şekilde yapılandırılmış hukuki düzenlemelerin özgürlüğe has farklı boyutlar arasındaki etkileşim ve bu boyutların sınırları konusunda ciddi belirsizlikleri de beraberinde getirme riski mevcuttur. Bu konularda belirleyici rolü kendilerine aşırı takdir hakkı tanımak suretiyle sadece metin ile bağlı uygulayıcılara bırakmanın içerdiği tehlikeler aşıkardır.

Sözleşme'nin 9. maddesi altında din özgürlüğünün uzun süre bu tehlikelerle yüz yüze kalmasına rağmen Sözleşme organları herhangi bir belirleyici tutum sergilemekten çekinmiştir. Nitekim, 1993 yılında verilen *Kokkinakis*³⁷ kararına kadar Sözleşme kapsamında din özgürlüğünün yorumuna ve bu özgürlüğün standartlarını belirleyecek ilkelere ilişkin herhangi bir referans noktası oluşturulamamış ve 9. maddenin kapsamı ve sınırlarına ilişkin tartışmaların bir çoğu sonuçsuz kalmıştır. Ancak, bu karar ile gerçek anlamda din özgürlüğüne ilişkin esaslı ilkeler benimsenmiş ve bu ilkeler çerçevesinde görülen sonraki davalarda din özgürlüğünün içeriği ve kapsamına yönelik ciddi ve istikrarlı standartlar yerleşik bir nitelik kazanabilmiştir.

Çalışmamızın bu ilk bölümünde içtihadı dayanmak suretiyle, Sözleşme'nin 9. maddesi altında yer aldığı şekliyle din özgürlüğüne yönelik hukuki rejim sergilenecektir. Bu aşamada olabildiğince açık ve belirgin olmak amacına yönelik olarak daha klasik bir metodolojinin benimsenmesinin faydalı olacağı düşünülmüştür. Buna bağlı olarak ilk aşamada 9. maddenin yorumu suretiyle Sözleşme altında din kavramı irdelenerek din özgürlüğü hakkının içeriği belirlenecek (A), ikinci aşamada ise bu özgürlüğe yönelik devletlere tanınan sınırlandırma rejimi ve bu rejim çerçevesinde işlem yapan devletlerin müdahalelerinin denetlenmesi ortaya konacaktır (B).

³⁷ *Kokkinakis Yunanistan'a karşı*, Seri A, n.260-A, 25 Mayıs 1993

A. 9. Madde altında din ve din özgürlüğünün korunması

Nihai amaç olarak insan hakları konusunda ortak bir Avrupa standardı oluşturmayı hedefleyen ve bu çerçevede taraf devletlerin farklı iç hukuk sistemlerini demokratik ilkelere bağlı olarak olabildiğince uyumlu bir şekle sokmaya ve ortak hukuk değerleri yapısı kurmaya yönelik Sözleşme organlarının önünde, uluslararası yargı yerlerinin klasik olarak karşılaştıkları zoruklara⁴² ek olarak, Sözleşme'nin *sui generis* yapısına bağlı olarak gelişen ve dinamik ve evrimsel yorum tekniklerinin bir ürünü olan özerk kavramlardan (*ing. autonoumous notions, fr. notions autonome*)⁴³ doğan sıkıntılar da bulunmaktadır⁴⁴. Bu sebeptendir ki, içtihat incelendiği zaman, Sözleşme organlarının her somut olayın kendine özgü şartları ışığında sonuca varmayı tercih ettiği ve olabildiğince keskin ve katı genel ilkeler oturtmaktan kaçındığı görülebilmektedir. Ancak, bu Sözleşme organlarının Sözleşme'nin amacına yönelik belirli başlı normlar belirlemediği anlamına gelmemekte, sadece normların daha esnek yapıya sahip olduğu ve somut olayın şartları ve ülkelerin tarihsel ve geleneksel yapılarına bağlı olarak⁴⁷ belirli seviyelerde değişebileceği anlamına gelmektedir.

Sözleşme organlarının soyut normları somut olaya uygulama sürecinde üç temel basamak gözlemlenebilir. İlk olarak somut olaya uygulanacak normun tespiti ve bu normun yorumlanması gerekmektedir. Bütün ulusal ve uluslararası metinlerde olduğu gibi Sözleşme açısından da metinde yer alan ya da metinden türeyen normların yorumlanması, normların kapsamının belirlenmesi açısından önem arz eder. Normların yorumlamaya yönelik kurallar çerçevesinde ortaya konmasından sonra bu normları ileri sürme kabiliyetine haiz kişileri belirlemek gerekmektedir. Nitekim, ancak kişi belirli bir hak sahibiyse Sözleşme organları önünde hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilecektir. Hak sahibi olmayan kişinin hakkı ihlal

⁴² İç hukuka yönelik olarak uluslararası düzeyde işleyen uluslararası yargı yerlerinden türeyen hukukun kendine has niteliği ciddi sorunlar doğurabilmektedir. Özellikle iç hukuktaki normlar ve uluslararası hukuktaki normlar arasındaki ilişki ve yargı yetkisi gibi konular, devlet egemenliğini ilgilendirdiği ölçüde tartışmalı hale gelir.

⁴³ Bknz. *Engel ve diğerleri Hollanda'ya karşı*, Seri A, n. 22, 8 Haziran 1976.

⁴⁴ “Sözleşme’de yer alan kavramlar özerk bir varlığa, yani özel bir anlama sahiptirler; Mahkeme Sözleşme kavramlarını yorumlar, içerik ve kapsamlarını somutlaştırıp belirlerken, bunların ulusal hukuklardaki anlamıyla bağlı kalmayacak, bunları ulusal mevzuattan bağımsız olarak yorumlayabilecektir. Kısaca, Sözleşme’deki kavramlar ulusal hukukdakilerle eşadlı olsalar bile eşanlamlı olmayabileceklerdir”. GÖLCÜKLÜ, Feyyaz et GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 3. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2003, s.142.

⁴⁷ Bknz: *Leyla Şahin Türkiye’ye karşı*, Bn.44774/98, 10 Kasım 2005., p.31-35.

edilemeyeceğine göre Sözleşme organları kişinin başvurusunu kabul edilemez sayacaktır. Üçüncü olarak da, kişinin ilgili hakkı ileri sürme kabiliyetinin tespiti durumunda bir müdahalenin hakkı ihlal edip etmediğini belirlemek üzere Sözleşme organları müdahalenin meşruiyetini sorgulamaya başlayacaktır.

1. Sözleşmeden hareketle din ve din özgürlüğü konusunda yorum sorunu

Sözleşme organları terimleri yorumlarken ilk olarak uluslararası hukukta yoruma ilişkin yerleşik kurallara başvurur. Bir uluslararası metin olarak Sözleşme'nin yorumlanmasında 1969 tarihli Vienna Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde (V.A.H.S.) kodifiye edilen teamül normları geçerli olacaktır. Sözleşme organları da çeşitli kararlarında her tür yorumun 1969 tarihli Vienna Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31-33 maddelerinde yer alan düzenlemelerin göz önünde bulundurularak yapılacağını ifade etmek suretiyle bu durumu açıkça dile getirmiştir⁴⁹. Bu çerçevede Sözleşme, iyi niyetle, kullanılan terimlerin sıradan anlamlarına uygun bir şekilde ve Sözleşme'nin amaç ve hedefleri ışığında İngilizce ile Fransızca metinleri uzlaştıracak bir şekilde yorumlanacaktır⁵⁰. Bu yorumun Sözleşme hükümlerinin belirsizliğini gideremediği ve/veya mantıksız sonuçlar doğurduğu anlarda ya da yorum sonucunda elde edilen anlamın ikinci bir kere doğrulanması istendiği zaman, tamamlayıcı bir yorum yöntemi olarak, Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına veya tamamlanış şartlarına başvurulabilecektir⁵¹.

a. Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları dahilinde din

9. maddenin ilk hali, 1949 yılında, “inanç, pratik ve dini eğitim” başlığı altında Avrupa Hareketi Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan andlaşma taslağında bulunan kısa haklar listesi içinde yer almaktaydı. 5 Mayıs 1949'da Avrupa Konseyi'nin kurucu statüsünün kabulünde sonra, Sir D. MAXWELL-FYFE ve M.

⁴⁹ Bknz. *Golder Birleşik Krallık'a karşı*, Seri A, n.18, 21 Şubat 1975, p.29; *Luedicke, Belkacem ve Koç Almanya'ya karşı*, Seri A, n.29, 28 Kasım 1978, p.39.

⁵⁰ V.A.H.S. madde 31/1.

⁵¹ V.A.H.S. madde 32.

TEITGEN tarafından Konsey'in Danışma Meclisi'ne, Avrupa Hareketi içinde halihazırda oluşturulmuş proje çerçevesinde bir sözleşmenin hazırlanması fikri sunulur⁵². II. Dünya Savaşı'nın yaralarının tazeliğini koruduğu ve Soğuk Savaş'ın ilk esintilerinin hissedildiği bu dönemde böyle bir projenin amacı, o güne kadar var olan ve Avrupa devletleri tarafından benimsenmiş hakların koruma altına alınmasını sağlamaktır. Proje bu hakların korunmasına yönelik etkin mekanizmalar oluşturmak suretiyle, E.İ.H.B. tarafından belirlenen insan haklarının evrensel düzeyde korunmasına yönelik idealin üzerine sağlam temeller atmayı hedeflemektedir⁵³.

Nitekim, var olan hakları koruma fikri çeşitli farklı vesileler ile dile getirilmiştir. Danışma Meclisi Kazai Meseleler Komisyonu Başkanı'na TEITGEN tarafından 22 Ağustos 1949 tarihinde yazılan mektupta, temel hak ve özgürlüklerin müşterek korunmasına yönelik iki alternatif sistem önerilmekteydi. Bu alternatiflerden ilki ortak, özdeş ve bağlayıcı ifadeler ile özgürlüklerin sıralanmasına dayanıyordu⁵⁴. Bu sistem çeşitli ülkelerde yer alan mevzuatın bütün detaylarını, şartlarını, istisnalarını, bu ülkelerdeki gelenekleri ve yasal düzenlerin temel ilkelerini, kamu düzenini ve kamu menfaatini göz önünde bulunduracak şekilde öngörmekteydi⁵⁵. TEITGEN tarafından özellikle vurgulanan ikinci alternatif sistem ise hali hazırda var olan temel hakların sıralanması ve bu temel hakların genel bir tanımının yapılmasını öngörmekteydi. Bu haklardan faydalanma şartları ve uygulama detayları ise her taraf devletin kendi yasal düzenine bırakılacaktı. TEITGEN'e göre, müşterek yaptırım tarafından koruma altına alınmak suretiyle, bu ikinci sistemin birinciye nazaran ilgili ülkedeki hak ve özgürlüklerin derhal koruma altına alınabilmesi avantajı sağlamaktaydı⁵⁶.

Komisyon raporunun Meclis tarafından değerlendirilmesi sırasında, din özgürlüğünü tanımlama sistemi ve önerilen metin hakkındaki görüşler, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi'nin kurulması ve mülkiyet hakkı ile çocukların eğitime yönelik ebeveynin haklarının da metne dahil edilmesi gibi tartışmaların ön plana çıkması sebebiyle geri plana atılmış ve bunlar üzerinde fazla durulmamıştır.

⁵² EVANS, Malcolm D., *op.cit.*, s. 263-264.

⁵³ EVANS, Carolyn, *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001, s.50.

⁵⁴ *Recueil des Travaux Préparatoires*, Volume I, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975, s.157.

⁵⁵ *Ibid.*, s.159.

⁵⁶ *Ibid.*

Meclis'in raporu kabulünden sonra Bakanlar Komitesi, nihai görüşme için bir taslak oluşturmakla görevli bir Uzmanlar Komitesi'ne başlıca soruları iletme kararı almıştır. Uzmanlar Komitesi durumu incelediğinde soruna kesin bir çözüm bulamayacak ve yine iki farklı metin oluşturacaktır. İlk metin "A" , Kurul tarafından Bakanlar Komitesi'ne gönderilen metni dikkate alarak, sıralama tekniğine dayanmaktaydı. İkinci metin "B" ise Birleşik Krallık'ın bir teklifini dikkate almak suretiyle hakların kesin tanımlarını verme eğilimine sahipti. Bu metinler hakkındaki tartışmalarda iki alternatifi savunucularıda, metinlerin esasına yönelik herhangi bir etki taşımamakla beraber, hakkın tesirine yönelik çeşitli değişiklikler ileri sürecektir⁵⁷.

İlki mevcut durumu ikincisi ise geçmişini korumak için⁵⁸ "A" metnini destekleyen Türk ve İsveç uzmanları, önce ayrı ayrı , daha sonra ise beraber "A" metnine "Bu hüküm, dini kurum ve vakıflara veya bazı mezheplere aidiyet konusunda sınırlayıcı kurallar içerecek şekilde hali hazırda var olan ulusal mevzuata hâlel getirmez"⁵⁹ cümlesini eklemek istemiştir⁶⁰. Bunun üzerine Hollanda, bu türden bir ifadenin din özgürlüğüne aykırı olacağını ve istisnai bazı durumların genel bir sapma hükmünün gerekçesini oluşturamayacağı itirazını ileri sürecektir ve Birleşik Krallık tarafından da desteklenen ve ulusal mevzuatların makul bir süre içerisinde uyumlaştırılmasını öngören bir düzenlemeye gidilmesini önerecektir⁶¹.

İlgili değişiklik önerilerine göre düzeltildikten sonra İki metinde Bakanlar Komitesi'ne sevk edilir. Bakanlar Komitesi doğrudan bir sonuca varmak yerine, Bakanlar Komitesi'nin nihai bir karara varmadan kararın siyasi yönünü hazırlamakla görevlendirilen bir Yüksek Yetkililer Konferansı toplamaya karar verir⁶². Konferans, 9. maddenin ilk fıkrası konusunda "B" metnini, metinde herhangi bir değişikliğe

⁵⁷ EVANS, Malcolm D., *op.cit.*, s.266-267.

⁵⁸ GONZALEZ, Gérard, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la liberté des religions*, Economica, Paris, 1997, s.7.

⁵⁹ Tarafımızca çevrilmiştir. *Recueil des travaux préparatoires*, Volume III, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975, s.201.

⁶⁰ İsveç, Lutheryen mezhebe yönelik ayrıcalıklar tanıyan yasal düzenlemeler ile devlet dini statüsünü muhafaza etmek istiyordu. Türkiye ise tekke ve medreseler ile eski islami kurumları bastırmaya yönelik yasal düzenlemeleri korumak istiyordu. Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında Türkiye, bu düzenlemelerin din özgürlüğüne yönelik bir sınırlama oluşturmadığını beyan edecek ve bunların eksikliği halinde Türkiye'nin modern Avrupa medeniyetinin temel düşüncelerini paylaşacak şekilde Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında yer alma hakkına sahip olamayacağını belirtecektir. *Recueil des travaux préparatoires*, Volume IV, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975, s.81. Türk uzmanların dile getirdiği bu konuyu Mahkeme 50 yıl sonra, *Leyla Şahin* davasında özellikle vurgulayacaktır. Bknz. *Leyla Şahin Türkiye'ye karşı*, *op.cit.*

⁶¹ *Recueil des travaux préparatoires*, Volume IV, *Op. cit.*, s.33.

⁶² *Ibid.*, p.33.

gitmeden kabul eder. Sınırlama hükümlerinin yer aldığı 9. maddenin ikinci fıkrası ise Konferans esnasında çeşitli değişikliklere uğrar. Bu değişiklikler ile nihai metne “demokratik bir toplumda gerekli tedbirler” şartı eklenir. Bakanlar Komitesi’ne sunulan raporda, bu değişikliklerin “A” metnini savunanları tatmin etmek için yapıldığı ifade edilmektedir⁶³. 9. maddenin nihai halini içeren Sözleşme 7 Ağustos 1950’de Meclis’e sunulur ve 4 Kasım 1950 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından imzalanır.

Din özgürlüğü ile yakından ilgili olan ve Sözleşme’nin sonuçlanma aşamalarında gündeme gelen eğitim hakkı konusu ise oybirliğine ulaşamadığı için Sözleşme’nin dışında kalır⁶⁴. I. Ek Protokol’ün hazırlanması safhasında ise bu konuya devletlerin verdiği önemi ispatlar nitelikte ciddi tartışmalar yaşanacaktır. Nitekim, sonunda taslak metni bir çok değişikliğe uğrayacak ve metnin olumlu telaffuzu olumsuz bir şekle bürünecektir⁶⁵. Metnin olumlu bir ifadeden olumsuz bir şekle bürünmesinin arkasında eğitim hakkının bir yaratıcı hak (*fr. Droit de créance*) olarak değil, bir direniş hakkı (*fr. Droit de résistance*) olarak öngörülmüş olduğu gerçeğinin yattığı gözlemlenmektedir⁶⁶. Düzenlemenin iki cümlesi birlikte ele alındığında, ilk cümlelerin genel bir ayrımcılık yasağı ilkesini ortaya koyduğu, ikinci cümlelerin ise ilgili hükmün devleti bütün pozitif yükümlülüklerinden muaf tuttuğu anlamında yorumlanamayacağı hükmünü getirdiği görülmektedir⁶⁷. Düzenleme kişiler için yeni bir hak yaratıcı durumdan çok, devletin var olan haklarını ihlal etmeleri halinde kişilere direnme hakkı tanınmaktadır.

O dönemin şartları içerisinde Türkiye gibi diğer bir çok devlet, eğitim hakkını düzenleyen 2. maddenin bu ikinci cümlesine oldukça şüpheyle yaklaşmıştır. Zira, madde metni dini inançlara ek olarak felsefik kanaatleride içerebilme ihtimalini de

⁶³ BROGLIO, Margiotta, La Protezione Internazionale della Libertà Religiosa Nella Convezione Europa dei Diritti dell’Uomo, Giuffrè, Milano, 1967, s.24 -25; aktaran: ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.274.

⁶⁴ *Ibid.*, s.277.

⁶⁵ Taslakta “Herkes eğitim hakkına sahiptir” ifadesi, bugünkü haliyle I. Ek Protokol’ün 2. maddesinde yer alan, “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir” şeklinde değiştirilir. Recueil des travaux préparatoires, Volume VII, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975, s.187,195.

⁶⁶ VELU, Jacques et ERGEC, RUSEN, La Convention européenne des droits de l’Homme, Bruylant, Bruxelles, 1990, s. 631.

⁶⁷ COHEN – JONATHAN, G., La Convention européenne des droits de l’homme, Economica, Paris, 1989, s.492.

kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Yoruma açık bu durum karşısında ebeveyn çocuğun komünist kanaatler uyarınca eğitim istemesi imkanı doğacak ve devletin buna saygı gösterme yükümlülüğü belirecektir. Sonuçta ise Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen hakkın kötüye kullanılma yasağının bu çerçevede yeterli koruma sağlayacağı düşüncesi galip gelmiştir⁶⁸. Türkiye ise Protokol'ün çıkışı aşamasında erişilecek oybirliğinin önündeki engeli teşkil etmemek amacıyla maddenin son haline herhangi bir itirazda bulunmamış, ancak, Protokol'ün kabulü aşamasında çekince koyma yoluna gideceğini beyan etmiştir⁶⁹. Bu son haliyle Danışma Meclisi'nde oyçokluğu ile kabul edilen I. Ek Protokol, 20 Mart 1952 de Bakanlar Komitesi tarafından imzalanmıştır.

Din ve din özgürlüğü konusunda 9. madde ve I. Ek Protokol 2. maddenin hazırlık çalışmaları bir arada ele alındığında aslında önemli tartışmaların bu özgürlüğün içeriğinden çok, bu özgürlüğün etkileri ve devletin çeşitli menfaatlerinin korunup korunmayacağı üzerinden döndüğü görülmektedir. Ne yazık ki, Sözleşme'nin hazırlanış aşamasında diğer bazı teknik konuların gölgesinde kalan din özgürlüğünün özüne ilişkin tartışmalar, günümüzde Sözleşme organlarının önüne gelen tartışmalara gerçek anlamda ışık tutabilecek nitelikte değildir. Din gibi hassas bir konuda esaslı tartışmalara girmekten çekinen veya herhangi bir uzlaşıya varamayan devletlerin tavrı uzun süre Sözleşme organlarına yansımış, Sözleşme organları din özgürlüğüne ilişkin davalarda herhangi bir ihlal tespit etmekte olabildiğince çekimser davranmıştır. Son yirmi yılda ise Sözleşme organları din özgürlüğü konusuna eğilerek bu konuda metnin boşluklarını doldurmaya çalışmış, bu çerçevede ilk olarak din kavramının belirlenebilmesi için çeşitli objektif kriterler oluşturmuştur.

⁶⁸ Recueil des travaux préparatoires, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975, Volume VI, s.159.

⁶⁹ Recueil des travaux préparatoires, Volume VIII, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975, s.205; Nitekim Türkiye beyanında belirttiği gibi Protokol'ün kabul işlemi sırasında çekince koyma yoluna başvurmuştur. Bu kapsamda 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Koruma sözleşmesi ve buna Ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun"un 3. maddesi uyarınca "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Koruma sözleşmesine Ek Prokolün ikinci maddesi, 3. mart 1924 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat kanununun hükümlerini ihlâl etmez" Hükmü kabul edilmiştir. R.G., 19 Mart 1954, n.8662.

b. Sözleşme organları önünde din

Ulusal mahkemelerde olduğu kadar uluslararası yargı organlarında da din kavramını belirgin bir şekilde tanımlamak fazlasıyla karmaşık bir işlemdir⁷⁰. Terimin kapsamına ilişkin evrensel bir tanımın eksikliğinde, ulusal ve uluslararası mahkemeler bir çok zorlukla karşılaşmıştır⁷¹. Din kavramının temel sınırları konusunda herhangi bir tanım ne 1981 tarihli “Dine ve İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine dair Bildiri”⁷² gibi konuyla doğrudan ilgili uluslararası metinlerde, ne de din özgürlüğünün dolaylı bir şekilde yer aldığı metinlerde yer almaktadır. Tanım eksikliğinin doğurduğu zorluklar kabul etmekle beraber, din ifadesinin uluslararası bir metinde kesin bir şekilde kabul edilmesi halinde, aksi durumda dinin kapsamı içerisine girecek olan bazı inançları dışlayan ve dinin içeriğine yönelik kısıtlayıcı bir etkinin oluşma tehlikeside mevcuttur⁷³.

Her ne kadar uluslararası ve bölgesel metinler içerisinde bir tanıma yer verilmemişse de, konu ile ilgili B.M. nezdinde gerçekleştirilen çalışmalarda din teriminin “*teist*” olmayan inançlarıda kapsadığı yönünde genel bir görüş birliği görülmektedir. Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi’nin 18. maddesine ilişkin B.M. İnsan Hakları Komitesi’nin resmi yorumunda, maddenin *teist*, *teist* olmayan ve ate inançlara ek olarak dine veya inanca sahip olmama gibi durumlarıda koruma altına aldığı ifade edilmiştir. Komite’nin yorumuna göre 18. maddenin kapsamı geleneksel dinler ve geneksel dinlerin kurumsal karakterini taşıyan diğer dinlerle sınırlı değildir⁷⁴.

⁷⁰ EVANS, Carolyn, *op.cit.*, s.59.

⁷¹ Bu konuda Avrupa yargı yerlerinin dinin tanımına yönelik Kabul ettiği “inancın tutarlılığı” yaklaşımına karşın, amerikan mahkemeleri daha çok dini inancın kabul edilebilir, mantıklı ve istikrarlı olmasını aramaktadır. EVANS, *op.cit.*, s.62.

⁷² B.M. Genel Kurul kararı, 36/35, 25 Kasım 1981.

⁷³ Her ne kadar A.B.D. Federal Yüksek Mahkemesi’nin *Wisconsin Yoder’a karşı* davasında (406 U.S. 203, 215, 1972) dinin tanımlanması hassas ama kaçınılmaz bir soru olarak ifade edilmişse de, öğretilerdeki bir çok yazar, fazla dar veya fazla geniş bir tanımın din özgürlüğüne doğrudan bir müdahale oluşturabileceği tehdidi karşısında Yüksek Mahkeme’nin herhangi bir tanım vermekten kaçınması gerektiği görüşünü taşır. EVANS, Carolyn, *op.cit.*, s.60, d.47.

⁷⁴ United Nations Human Rights Committee, General Comment No 22(48) on Article 18, Freedom of Thought, Conscience and Religion, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 1993, p. 2.

Komite'nin bu gözlemi kapsayıcı olmakla beraber somut olayda dinin sınırlarının belirlenmesi işlemini güçleştirmektedir. Bireysel her tür inancın E.İ.H.B.'nin 18. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır ve bu sebeple belirli sınırlarının tespit edilmesi zaruridir. Her tür farazi inancın madde kapsamına girmesi uygulamada ve teoride din özgürlüğünün amacına ters düşecektir. Makul bir mantıkla hareketle çeşitli objektif kriterler öngörülmesi maddenin işlevselliği açısından gereklidir. Mesela, “*Marijuana*” yetiştiriciliğini, kullanımını ve dağıtımını bir dini inancın gerekliliğinden kaynaklandığını ileri süreren bir topluluğun 18. madde tarafından koruma görme ihtimali bu zaruretin altını çizmektedir⁷⁵. Aynı sorun A.İ.H.S. içinde geçerlidir. Bu çerçevede genel düzenlenen 9. madde kapsamında dini Sözleşme organlarının B.M. İnsan Hakları Komitesi'nin tutumuna benzer bir şekilde ele aldığı görülmektedir.

Aslında Sözleşme organlarının “din” terimini tanımlamaya yönelik bir yetkisi yoktur⁷⁶. Bu sebeptir ki, din özgürlüğünün iç hukuk tarafından korunduğu düzenlerde Sözleşme organlarının dinin tanımına yönelik tartışmalara girmekten çekindiği görülmektedir. Özellikle “yeni” Mahkeme'nin kurulmasından önce konumu itibariyle bu sorunla daha sıklıkla karşılaşan Komisyon'un, nelerin din olarak kabul edilmesi gerektiğine herhangi bir net cevap vermekten kaçındığı gözlemlenmektedir. Komisyon incelemek durumunda kaldığı din özgürlüğüne ilişkin olaylarda inancın dini karakterini tartışmak yerine sadece belirli bir entellektül ve manevi tutarlığın varlığını aramıştır⁷⁷. Zira, dini inançlar ana geleneksel dinlerle⁷⁸

⁷⁵ Bu yönde bir başvuruyu değerlendiren Komite, “*Marijuana*” yetiştiriciliğini, kullanımını ve dağıtımını bir dini inancın gerekliliğinden kaynaklandığını ileri süreren topluluğun iddialarına karşılık bu inancın bir din adledilmesinin kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. *M.A.B., W.A.T. ve J.A.Y.T. Kanada'ya karşı*, (Komünikasyon n.570/1993, Kabuledilmezlik, 8 Nisan 1994.

⁷⁶ RENUCCI, Jean-François, Article 9 of the European Convention on Human Rights: Freedom of thought, conscience and religion, Human Right Files N. 20, Council of Europe, Strasbourg, 2005, s.15. Öğretide din özgürlüğünün tezahürü dışında kalan kısımlar haricinde, din kavramının içeriğine yönelik her tür yorumun kişilerin takdirine bırakıldığı Kabul edilmiştir. COHEN-JONATHAN, G., *op.cit.*, s.482.

⁷⁷ EVANS, Carolyn, *op.cit.*, s.54.

⁷⁸ Geleneksel din terimi ile tektanrı dinlere ek olarak Hinduizm, Sikh dini ve Budizm de anlaşılmaktadır. Bknz. : *D. Fransa'ya karşı*, Bn.10180/81, 6 Aralık 1983; *X Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.8160/78, 12 Mart 1981; *Khan Birleşik Krallık'a karşı*, 11579/85, 7 Temmuz 1986; *Yanaşık Türkiye'ye karşı*, Bn.14524/89, 6 Ocak 1993 ; *Chaun Birleşik Krallık'a karşı*, Bn. 11518/85, 16 Mayıs 1990; *X Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.8160/78, 12 Mart 1981; *X Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.6886/75, 18 Mayıs 1976.

sınırlı tutulamaz⁷⁹. Burada Ancak, varlığı iddia edilen dinin bir şekilde belirlenebilir nitelikte olması gerekmektedir⁸⁰.

Cambell ve Cossan davasında Mahkeme, bir düşüncenin ve görüşün 9. madde kapsamında inanç olarak ele alınabilmesi için belirli bir seviyede tutarlılığa, ciddiyette, öneme ve güce sahip olması gerektiğini belirtmiştir⁸¹. Sözleşme organları din konusunda doğrudan bir tanımlamaya gitmemek suretiyle kendilerine daha geniş bir takdir hakkı sağlamıştır. Böylece Sözleşme organları klasik din kavramının içine girmeyen bazı durumlara karşı daha esnek bir tavır sergileyebilme imkanını elde etmiştir. Bu çerçevede agnostikler, din karşıtları, ateler, laikler gibi çeşitli din dışı felsefik yaklaşımları 9. madde kapsamında değerlendirilebilmiştir⁸².

Bazı durumlarda Sözleşme organlarının bu geniş evrimsel yorum tekniğini en uç sınırlarda kullandığı görülmüştür. Avusturya’da *Neo-nazi* görüşlerini yaymaktan dolayı mahkum edilen bir kişiyi ilgilendiren davada Sözleşme organlarının tutumu buna en iyi örneklerden birini teşkil eder. Başvurucuya göre kendisinin felsefik ve siyasi inançları dolayısıyla mahkum olması 9. maddeyi ihlal etmektedir. Olayı inceleyen Komisyon, bu görüşlerin 9/1 altında değerlendirilebilirliğini tartışmamış, onun yerine devletin müdahalesini tespit etmekle yetinmiştir. Müdahalenin yerindeliğini incelediği aşamada ise müdahalenin Sözleşme’nin ruhu itibariyle demokratik bir toplumda gerekli ve dolayısıyla meşru sayılabileceği kanaatine varmıştır. Keza, Mahkeme önünde de 9/1 altında herhangi bir tartışmaya yer verilmeyerek doğrudan 9/2 altında devlet müdahalesinin meşru sayılacağına karar verilmiştir⁸³.

9/2 altında herhangi bir incelemenin yapılabilmesi için öncelikle 9/1 altında bir hakkın ve bir hak sahibinin varlığının tespiti gerekmektedir. Bu noktada Sözleşme organlarının “*neo-nazi*” görüşler için 9/1 altında herhangi bir incelemeye girişmeyerek doğrudan 9/2 altında müdahalenin meşruiyetini tartışması söz konusu görüşlerin 9/1 altında herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmadığı anlamına

⁷⁹ RENUCCI, Jean-François, *op.cit.*

⁸⁰ Bknz. *X Birleşik Krallık’a karşı*, Bn.7291/75, 4 Ekim 1977.

⁸¹ *Cambell ve Cossan Birleşik Krallık’a karşı*, Seri A, n.48, 25 Şubat 1982.

⁸² Bknz. MARGIOTTA BROGLIO, Francesco, *La Protezione Internazionale della Liberta Religiosa Nella Convanzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, Giuffré, Milano, 1967, s.35: aktaran: ÖKTEM, Emre, *op.cit.*, s.312. *Kokkinakis Yunanistan’a karşı*, *op.cit.*, p.31.

⁸³ *X Avusturya’ya karşı*, Bn.1718/62, 13 Aralık 1963.

gelmemelidir. Zira, doğrudan 9/2'yi uygulamak suretiyle Sözleşme organlarının bu görüşleri *ipso facto* 9. madde altında bir inanç olarak kabul ettiği izlenimini doğurmaktadır. Kararın özünde bu düşünce yatmasa bile, ilgili karar ile bu görüşlere zımnen Sözleşme bağlamında inanç sıfatı kazandırılmıştır.

Nitekim, her ne kadar felsefi ve siyasi görüşlerin birer inanç olarak kabul edilebilirliği konusunda açık bir içtihat olmasada, esas itibariyle siyasi ve etik bir düşünce akımı olan pasifizmin 9. madde dahilinde değerlendirilmiş olması⁸⁴, genel olarak siyasi ve felsefi görüşlerinde belirli şartlar altında 9. maddeye tabi birer inanç olarak değerlendirilebileceği izlenimini yaratmaktadır. İçtihat bu görüşü destekleyen başka örneklerle de rastlamak mümkündür. Mesela, kürtaja karşı olan ve herhangi bir dini nitelik taşımayan bir derneğin başvurusu 9. madde altında ele alınmıştır⁸⁵. Keza, “Veganizm”in (vegetaryanlığın daha katı bir şekli) de aynı bağlamda ele alınmasına dair bir eğilim içtihatla görülmektedir⁸⁶. Sözleşme organları için önemli olan inancın kişi açısından öneminden çok, kendi içerisinde belirli bir istikrar ihtiva etmesidir. Din ve inancın Sözleşme organları tarafından fazla geniş yorumlanması, beraberinde esas olarak düşünce veya vicdan kabul edilen konularında bu kapsamda ele alınması tehlikesini beraberinde getirir⁸⁷. Bu sebepten ötürü Sözleşme organlarının belirli noktalarda sınırı çektiği tespit edilebilir. Mesela, katolik mezarlıklarda yer alan sembollere karşı olduğu için burada gömülmek yerine kendi bahçesinde gömülmek isteyen bir kişinin başvurusunun incelenmesi sonucunda, her ne kadar kişinin kuvvetli kişisel bir saik sahibi olduğu kabul edilmekle beraber, esaslı konulara yönelik tutarlı bir görüş anlamında ilgilinin yaklaşımının 9. madde anlamında bir inanç kabul edilemeyeceği sonucuna varılmıştır⁸⁸.

“Din” konusunda objektif kriterler geliştirme aşamasında “bireysel dinler” olarak da adlandırabileceğimiz, kişinin inandığını savunduğu ve fakat, varlığı konusunda şüpheler uyandıran inanç şekilleri önemli çelişkiler yaratmaktadır. Bu tarz inançları

⁸⁴ *Arrowsmith Birleşik Krallık’a Karşı*, Bn.7050/75, 16 Mayıs 1977.

⁸⁵ *Plattform « Ärzte für das Leben » Avusturya’ya karşı*, Seri A, n.139, 21 Haziran 1988,

⁸⁶ *W. Birleşik Krallık’a karşı*, Bn.18187/91, yayınlanmamış; VAN DIJK, P. ve VAN HOOFF, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd Edition, Kluwer Law International, 1998, s.548; aktaran: ÖKTEM, Emre, *op.cit.*, s.315.

⁸⁷ EVANS’a göre Sözleşme organlarının bu şekilde bir yoruma gitmemesi ve din ve inanç ile düşünce ve vicdan arasında 9. maddeden doğan farklılığı dikkate alması gerekir. EVANS, *op.cit.*, s.52.

⁸⁸ *X Almanya’ya karşı*, Bn.8741/79, 10 mart 1981.

ilgilendiren davaların çözümü daha zordur⁹⁰. Sözleşme organlarının karşısına bu gibi olaylar geldiği durumlarda, inceleme aşamasında vurgunun söz konusu inancın ispatı üzerinde olduğu görülmektedir. Mesela, “wicca” inancına sahip olduğunu savunan bir mahkumun, hapishane idaresinin kendisiyle ilgili dosyasında yer alan din hanesine inancının yazılmamış olmasını 9. maddenin ihlali oluşturduğu iddiasını değerlendiren Sözleşme organları ilk olarak dava konusu dosyaların idari nitelikte olduklarını ve bu dosyalarda yazılanlar ile hapishane idaresinin din özgürlüğünün tezahürüne yönelik herhangi bir sınırlamaya gitmediğini belirtmiştir. İkinci olarakta başvurunun bahsi geçen dinin varlığını somut olarak ispat edemediğini belirten Sözleşme organları 9. maddenin ihlali iddiasını red etmiştir⁹¹. Keza, ışığa taptığını ileri süren başka bir mahkumun hapishane idaresinin din özgürlüğünü ihlal ettiğine yönelik iddialarını değerlendiren Sözleşme organları, başvurunun ilgili inancın temel ilkelerini, uygulamalarını ve idarenin ne şekilde inancının tezahürünü engellediğini ispat edemediğini belirtmiştir. İnancın 9. madde kapsamına girip girmediği yönündeki tartışmalara girmeyen Sözleşme organları, delil yetersizliğinden davayı red etmiştir⁹².

Somut olayda ihlal edildiği iddia edilen din bir geleneksel dinse veya belirgin bir inanan kitlesi mevcutsa, dinin varlığı konusunda Sözleşme organlarının herhangi bir tartışma içerisine girme ihtiyacı yoktur ve ilgili dine ilişkin başvurunun 9. madde altında *ipso facto* hak sahibi olduğu farz edilmektedir. Yeni oluşan ya da oluşmakta olan ve inanan sayısı fazla olmayan bireysel dinleri ilgilendiren davalarda ise inancın varlığı ve tutarlılığı hakkındaki ispat yükümlülüğü başvurucuya aittir. Buradaki amaç belirli ayrıcalıklar elde etmeye yönelik olarak 9. maddenin istismar edilmesini önlemektir. Zaten, Sözleşme’nin 17. maddesi hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Ancak, bu durum kendi içinde çeşitli çelişkiler de barındırmıyor değildir. Atelerin ve ilgisizlerin doğrudan 9. madde altında korunduğunu dikkate aldığımızda, bazı durumlarda çok kısıtlı imkanlara sahip başvuru sahiplerinin 9. madde altında hak iddia edebilmesi için dini inancının varlığını ispat etmesini beklemek tutarsızlıklara yol açabilecek niteliktedir.

⁹⁰ GONZALEZ, Gérard, *op.cit.*, s.54.

⁹¹ X *Birleşik Krallık’a karşı*, Bn.7291/75, 4 Ekim 1977.

⁹² X *Federal Almanya Cumhuriyeti’ne karşı*, Bn.4445/70, 1 Nisan 1970.

9. madde altında korunan bir dini inanç belirledikten sonra bu inanca yönelik olarak hangi özgürlüklerin korunduğunun belirlenmesi gerekir. Bu aşamada korunan özgürlükleri belirlemek için ilk çıkış noktası doğal olarak 9. maddenin metni olacaktır. 9. madde altında düzenlendiği şekliyle din özgürlüğü hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı veya ifade özgürlüğü hakkı gibi diğer Sözleşme tarafından korunan haklara nazaran değişik bir yapı ihtiva etmektedir. 9. madde içerisinde özgürlükleri belirleyen 9/1 kendi içerisinde iki bölümden oluşmaktadır⁹³. 9/1'in birinci bölümünü "Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir" demek suretiyle bunları bir hak olarak tanımaktadır. İkinci bölümde ise birinci bölümdeki haktan türeyen ikincil özgürlükler olarak din veya inanç değiştirme ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlükleri belirlenmiştir. Yakından incelendiğinde birincil ve ikincil özgürlükler arasında ilginç bir etkileşimin varlığı tespit edilebilir.

c. 9. maddeden doğan özgürlükler

Madde metni incelendiği zaman 9. maddenin birincil özgürlük olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenlemiş olmasına rağmen, belirlenen ikincil özgürlüklerin sadece din özgürlüğüne bağlı olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Buradan düşünce ve vicdana sahip olma özgürlüğü varken, din özgürlüğünün aksine düşünce ve vicdanını ortaya koyabilme özgürlüğünün 9. madde tarafından korunmadığı izlenimi doğmaktadır. Acaba gerçekten 9. maddenin düşünce ve vicdan özgürlüğünün tezahürünü dışlar bir şekilde sadece dinini ve inancını dışa vurma ve değiştirme özgürlüğünü koruduğunu düşünmek mümkün müdür? Her ne kadar madde metninde düşünce ve vicdan ile din arasında yer alan bu ayrımın önemsiz olduğunu savunanlar vardır⁹⁴. Ancak, bu tür bir yaklaşımın din ve inancı tezahür özgürlüğünü genel bir vicdanını tezahür özgürlüğüne dönüştürme ihtimalini dikkate alan çoğu yazar, böyle bir genel hakkın var olmamasından dolayı⁹⁵ düşünce ve

⁹³ EVANS, *op.cit.*, s.52.

⁹⁴ EDGE, Peter W., *Current Problems in Article 9 of the European Convention on Human Rights*, Juridical Review, s. 42-43.

⁹⁵ VAN DIJK, P. ve VAN HOFF, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd Edition, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1998; aktaran: EVANS, Carolyn, *op.cit.*, s.52, d.8.

vicdan özgürlüğü ile din özgürlüğü arasında gerçek bir farklılığın varolduğu görüşündedir⁹⁶.

Paragrafın yarattığı bu ayrımın ikinci bir ilginç yönü ise inanca sahip olma özgürlüğünün açıkça ilk bölümde tanınmamış olmasına rağmen, ikinci bölümde inanç değiştirme özgürlüğü ikincil bir özgürlük olarak düzenlenmiştir. İnancını değiştirme özgürlüğü tanınmışken inanca sahip olma özgürlüğünün koruma dışında bırakıldığı şeklinde bir mantığın kurgulanamayacağı ortadayken, bazı yazarlar bu anormalliğin üstesinden gelmek için inancın düşünce ve vicdanın bir alt kümesini oluşturduğunu farzetmek gerektiğini savunmaktadır⁹⁷. Düşünce, vicdan ve din terimleri bir çok değişik entelektüel ve ruhani davranışı kapsayabilecek niteliktedir⁹⁸. Her ne kadar birbirlerine sıkı sıkıya bağlı bulunsalar bile, bu terimler arasındaki nuansı görmezden gelmemek gerekir.

Kanaatimizce, metin tarafından açıkça belirlenmediği müddetçe inancı düşünce ve vicdanın tezahürü olarak adledmenin paragrafı olması gerektiğinden fazlaca genişletme eğilimi niteliğindedir. Terimlerin anlamlarının iç içe geçirilmesi özünde bir çok tehlikeyi barındırır. Bu çelişki karşısında Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü koruyan 10. maddesini dikkate almak belki de sorunun cevabı olabilir. Düşünce ve vicdanın birleşkesinden fikirlerin oluştuğunu kabul edersek, fikirlerin ortaya konması olan "ifade", ki bu ifade bir çok değişik şekilde gerçekleşebilir⁹⁹, bir bakıma kişinin düşüncesi ve vicdanının tezahürünü de oluşturmaktadır. Bu açıdan 9. madde tarafından korunan düşünce ve vicdana sahip olma özgürlüğü ile 10. madde de korunan ifade özgürlüğü arasındaki ilişki göz ardı edilmemelidir. Düşünce ve vicdan özgürlüğünün iç boyutunun 9. madde, dış boyutunun ise 10. madde tarafından korunduğunu farz edebiliriz. Nitekim, Sözleşme organlarının inanç ile ilgili tartışmalara girmeden inanca sahip olma özgürlüğünü tanıdığı faraziyesiyle hareket

⁹⁶ *Ibid.*, s.52.

⁹⁷ *Ibid.*, s.53.

⁹⁸ GOMIEN, Donne, Vade-mecum de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, 2. Baskı, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, s.77.

⁹⁹ İfade'yi açıklama özgürlüğü söz, yazı ya da artistik şekillerde ortaya konabilir ve 10. maddenin kapsamı dahilinde görülür. GÖLCÜKLÜ, Feyyaz et GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *op.cit.*, s.358. Bknz. Müller ve diğerleri İsviçre'ye karşı, Seri A, n. 133, 24 Mayıs1998; Otto-Preminger-Institut Avusturya'ya karşı, Seri A, n.295-A, 20 Eylül 1994.

ettiğini göz önüne aldığımızda¹⁰⁰, 9. maddenin din özgürlüğüne madde de korunan diğer birincil özgürlüklere nazaran ayrıcalıklı bir konum biçtiğini görebiliriz.

Yine inanç ifadesiyle ilgili daha küçük boyutta olan bir tartışma Sözleşme'nin ingilizce ve fransızca metinleri arasındaki nuanstan kaynaklanmaktadır. Fransızca metinde inanç için kullanılan “*conviction*” kelimesi için ingilizce metinde “*belief*” kelimesi kullanılmıştır. Ancak, “*belief*” teriminin esas fransızca karşılığı “*croyance*” olup kullanılan fransızca “*conviction*” teriminin inanca yüklediği anlam salt dini olmaktan ötedir. “*conviction*” terimi eşzamanlı olarak, I. Ek Protokol'ün 2. maddesinde de ortaya konduğu şekliyle, felsefik kanaatleri de içerirken, “*croyance*” doğrudan dini inançlar ile ilişkilidir¹⁰¹. Bu durum 9. maddenin birinci paragrafındaki iki bölüm arasındaki ayrılığı daha da geniş ve belirsiz hale getirebilir. Zira, salt metinsel bir yaklaşımla fransızca metin yerine ingilizce metnin ele alınması, somut olayda düşünce ve vicdan özgürlüğü üzerinde kısıtlayıcı, din özgürlüğü üzerinde ise genişletici bir etki yaratacaktır.

9. madde bu bilgiler ışığında ele alındığında din özgürlüğü hakkı beş özgürlük içermektedir: Birincil özgürlük olarak bir dine sahip olma özgürlüğü, ki bu özgürlük *a contrario* ele alındığında herhangi bir dine sahip olmama özgürlüğünü de içerir. Buradan türeyen ikincil özgürlükler olarak da dinini değiştirme, dinine göre ibadet etme, dinini öğretme ve uygulama veya ayin yoluyla dinini açıklama özgürlükleri. İkincil özgürlüklerden son üçü bireysel gerçekleştirilebileceği gibi, kolektif bir şekilde de ortaya konabilir.

Hangi davranışların bir dini açıklama sayılmak suretiyle 9. madde altında koruma gördüğü, devletin bu özgürlükleri sağlamak için altına girdiği yükümlülükler, bu özgürlüklerin birbirleriyle ilişkileri ve belki de en önemlisi, bu özgürlüklerden hangilerinin sınırlandırmaya tabi tutulabileceği gibi sorular ise din özgürlüğünün farklı boyutlarıyla ilgili olduğu için çalışmanın ilerki bölümlerinde daha detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

¹⁰⁰ EVANS, Carolyn, *op.cit.*, s.53.

¹⁰¹ İ.H.E.B.'nin ilk taslaklarında “*croyance*” kelimesi tercih edilmişken ilerleyen süreçte daha geniş bir koruma sağlayabilmek için “*conviction*” kelimesi kullanılmıştır. EVANS, *op.cit.*, s.53.

2. Din Özgürlüğünü ileri sürme kabiliyeti

Belirli hakların ve özgürlüklerin hukuki bir metinde sıralanmış olması, söz konusu haklara yönelik korumanın etkili olduğu anlamına gelmez. Bugün itibariyle çoğu temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik uluslararası metinlerin karşılaştığı en büyük sıkıntı, evrensel kabüle karşın, etkin denetim ve yaptırım mekanizmalarının oluşturulamamış olması, yaptırımın hukukiden çok siyasi zeminde uygulanmasıdır. A.İ.H.S.’ni diğer bölgesel ve evrensel insan hakları mekanizmalarından ayıran en temel özellik kurmuş olduğu etkin denetim mekanizmalarıdır. Sözleşme’nin “İnsan Haklarına saygı yükümlülüğü” başlığını taşıyan 1. maddesi uyarınca Sözleşme’ye taraf bütün devletler kendi yetki alanlarında bulunan “herkese”¹⁰² Sözleşme’nin birinci bölümünde yer alan temel hak ve özgürlükleri tanımak zorundadırlar. “Herkese” terimini değerlendirirken Sözleşme’nin ilk halinde 25. maddesinde yer alan ve 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11. Ek Protokol sonrasında 34. maddede düzenlenen bireysel başvuru hakkını dikkate almak gerekmektedir.

“Kişisel başvurular” başlığını taşıyan 34. madde uyarınca Sözleşme ve Protokoller tarafından tanınan hakların “*ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme’ye başvurabilir*”. 9/1’de yer alan “*Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir*” şeklindeki düzenleme geniş anlamıyla ele alınarak, yargısal başvuru usullerinde yer alan ehliyet ve menfaat koşullarını¹⁰³ yerine getiren bütün gerçek ve tüzel kişilikleri kapsamalıdır. Gerçek kişilerin 9 madde kapsamında yer alan bütün hak ve özgürlüklere sahip olduğu aşikardır. Ancak, 9. madde kapsamında gerçek kişilerin sıfatları, başvuruların değerlendirilmesi aşamasında ve bu sıfatların beraberinde getirdiği özel durumlar uyarınca, kişilerin daha sınırlı veya esnek bir şekilde değerlendirmeye tabi tutulmalarına sebebiyete verebilir. Ayrıca somut duruma bakıldığında, bütün tüzel kişiliklerin ya da toplulukların 9. madde altında din özgürlüğünden mutlak bir şekilde yararlandığını söylemek mümkün değildir¹⁰⁴.

¹⁰² “Herkese” deyimi için ingilizce metinde “everyone”, fransızca metinde ise “toute personne” terimleri kullanılmıştır.

¹⁰³ ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.284.

¹⁰⁴ Bütün hükümet dışı kuruluş ve kişi gruplarının madde 34 altında Mahkeme’ye başvurma hakkı olmasına rağmen din özgürlüğünü ilgilendiren konularda başvurunun kabul edilebilirliği açısında

Bu noktadan hareketle bazı sorular gündeme gelmektedir: 9. maddenin ihlali halinde kimler Sözleşme organlarını harekete geçirebilir? Bu kişiler Sözleşme organları önünde aynı statüye sahip midir? Farklı statülerdeki kişiler 9. madde altında ne derecede korunmaktadır? Ailevi veya hukuki bağlar 9. maddenin sağladığı koruma açısından bir farklılık yaratır mı? Bu sorulara net bir cevap verebilmek için 9. madde altında hak sahibi olan kişilerin tek tek belirlenmesi önem arz eder.

a. Gerçek Kişiler

Bir temel insan hakları metni olarak Sözleşme'nin amacı gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumaktır. 9. maddenin ilke olarak gerçek kişilere yöneldiği barızdır¹⁰⁵. Gerçek kişilerin 9. madde altında dini inançlara sahip olma hakları evrenseldir ve bu kabiliyetleri geniş bir şekilde yorumlanmalıdır¹⁰⁶. Kişinin belirli bir dine inanıp inanmaması 9. madde altında gördüğü korumanın derecesini etkilemez. Zira, 9. madde inananlar kadar ateistler, agnostikler ve tamamıyla ilgisizler içinde uygulanır¹⁰⁷. Belirli bir dine inanmayan kişinin din özgürlüğüne hakkı olmadığı düşünülemez ve buna bağlı olarak herhangi bir ayrımcılık yapılamaz¹⁰⁸. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır. GONZALEZ'in de altını çizdiği gibi, nadiren gerçek anlamda özgür olabilen insan oğlunun din özgürlüğü, var olan bazı farklı bağlara ve ilişkilere dayalı olarak zayıflayabilir¹⁰⁹.

ÖKTEM, Sözleşme organlarının içtihadına bağlı olarak kişileri mümin, din adamı, memur ve ücretli, mahkûm ve küçük başlıkları altında incelemiş ve gerçek kişiler arasında var olan bu sıfat farklılıklarının din özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda

herşeyden önce başvurunun 9. madde altında bir hakkının veya bir özgürlüğünün olduğunun belirlenmesi şarttır. EVANS, Malcolm D., *op.cit.*, s.286, d. 18.

¹⁰⁵ EVANS, Malcolm D., *op.cit.*, s.286

¹⁰⁶ RENUCCI, Jean-François, *op.cit.*, s.19.

¹⁰⁷ Kokkinakis Yunanistan'a karşı, *op.cit.*, p.31.

¹⁰⁸ Mahkemeye göre demokrasinin ayrılmaz bir parçası olan çoğulculuğa bağlı olarak inanmayanlar için 9. madde fazlasıyla önemli ve vazgeçilemez bir değerdir. Bknz: *Buscarani ve diğerleri Saint Marino'ya karşı*, Bn.24645/94, 18 Şubat 1999, p.34; *Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve diğerleri Moldova'ya karşı*, Bn.45701/99, 13 Aralık 2001, p.114.

¹⁰⁹ GONZALEZ, Gérard, *op.cit.*, s.66.

devletin takdir hakkına etkisini detaylı bir şekilde sergilemiştir¹¹⁰. Hem Avrupa, hem de Türkiye gündemi dikkate alındığında, bu sıfatlardan özellikle mahkûmlara, memur ve ücretlilere ve küçüklerle yönelik Mahkeme'nin belirlediği standartların ve devlete bu yönde tanıdığı takdir hakkının kısaca ortaya konmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz.

i. Mahkumlar

Her ne kadar mahkumların genel olarak özgürlükleri sınırlandırılmış olsa da, Sözleşme organlarına göre bazı hak ve özgürlüklerden faydalanmaya devam ederler. Mahkumiyet halindeki kişinin devam eden bu hak ve özgürlükleri devlet açısından çeşitli olumlu yükümlülükler (eng. *positive obligations*, fr. *obligations positive*) doğurmaktadır¹¹¹. Ancak, kişinin daha kısıtlı olsa bu hak ve özgürlüklerinden faydalanmak istemesi halinde genel kabul görmüş bir dinin varlığını ortaya koyması gerekmektedir. Sözleşme organlarına göre varlığı objektif kriterler ile kanıtlanamayacak bir din için başvuru hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri süremez¹¹². 9. madde altındaki bir hakkının ihlal edildiğini savunan başvuruçunun iddia edilen dinin varlığını ve objektif kabulünü ispatlaması gerekmektedir. Bu husus aslında 9. maddenin koruyucu halkasını daraltan bir yaklaşımı oluşturur. Ancak, Sözleşme organlarının subjektif ve doğrulanamayan bir dinin varlığına, sadece başvuruçunun iddiası üzerine *a fortiori* göndermede bulunması sağlıklı olmayabilir.

İleri sürülen dinin varlığı kabul edilirse Sözleşme organlarının dikkat ettiği ikinci konu mahkumun din özgürlüğü çerçevesinde gerçekleştirmek istediği ancak gerçekleştirmediği davranışın veya dinine karşı geldiğini savunduğu muamelelerin ilgili dinin kesin ve zorlayıcı kurallarını ihlal edip etmediğini belirlemektir. Kesin ve zorlayıcı olmayan nitelikteki dini kuralların ihlal edildiği iddiası Sözleşme organlarınca 9. maddenin ihlali olarak görülmemektedir. Ancak zorlayıcı nitelikteki dini kuralların ihlali durumunda devlet müdahalesinin yerindeliği Sözleşme

¹¹⁰ ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.285-304.

¹¹¹ ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.294.

¹¹² *X Birleşik Krallık'a karşı*, Başvuru n. 7291/75, 4 Ekim 1977.

organlarınca incelenecektir¹¹³. Burada Sözleşme organlarının Avrupa’da yaygın olmayan veya genel olarak bilinmeyen dinleri ilgilendiren davalarda dinin zorlayıcı kurallarının belirlenmesi için ilgili dinin bilinen yetkili otoritelerine mütalaa için başvurdukları görülmektedir¹¹⁴. Ayrıca, bir dinin gerektirdiği davranışları ve ayinleri yerine getirmek isteyen mahkumun devlet tarafından engellenmesi, ancak mahkumun bu gerekleri yerine getirmeye yönelik izin istemiş olması durumunda 9. maddenin ihlalini oluşturacaktır¹¹⁵.

Mahkumların hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması mahkumiyet kavramının doğal bir uzantısıdır. Ancak sınırlandırılmış olsa dahi din özgürlüğünün mutlak alanı bütün olarak varlığını korumaktadır. Mahkumun din özgürlüğünün mutlak boyutu devlet tarafından hiçbir zaman kısıtlanamaz. Kısıtlamaya tabi tutulan ancak din özgürlüğünün göreceli boyutunu oluşturan tezahür aşamasıdır. Ayrıca dikkate alamak gerekir ki, Mahkum başvurularının çoğunun arkasında gerçek anlamda din özgürlüğünden faydalanma arzusundan çok mahkumiyet süresi içerisinde bir takım ayrıcalıklar kazanmak isteği yatmaktadır. Bu sebepten ötürü mahkumları ilgilendiren davalarda 9. maddenin ihlal edildiğine dair bir kanaate ulaşmada Sözleşme organlarının isteksiz davrandığı görülür¹¹⁶. 11. Ek Protokol sonra kurulan “yeni” Mahkeme’nin önüne çok fazla mahkumların din özgürlüğüne ilişkin dava gelmemiştir. Bu sebepten ötürü Mahkeme’nin bu konuda içtihat değişikliğine gidip gitmeyeceğini görmek ilginç olacaktır¹¹⁷.

¹¹³ Mahkum olan bir budist başvurusunun “*Tai Chi Ch’au and I Ching*” eserinin bir nüshasına elde etmeye yönelik talebinin reddinin 9. madde ihlali oluşturduğuna yönelik iddiasına karşı Komisyon ilgili eserin tehlikeli dövüş teknikleri içerdiğini göz önüne alarak talebi red eden hapishane idaresinin din özgürlüğüne müdahale ettiğine ancak, söz konusu müdahalenin 9/2 uyarınca meşru olduğuna karar vermiştir. Ayrıca, Komisyon’a göre 9. madde devlete mahkumların dini hayatlarını geliştirmek için gerekli eserleri temin etme yükümlülüğünü yüklemes. *X Avusturya’ya karşı*, Bn.1753/65, 15 Şubat 1965.

¹¹⁴ Dininin gerektirdiği hiç bir ayinin hapisanede yapılmadığını ve yemeğinin dini usullere uygun hazırlanmadığı iddiası ile din özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri süren yahudi bir mahkumun başvurusu üzerinde Komisyon, mahkumun bulunduğu hapishaneyi gezdikten ve yahudi otoritelere danıştıktan sonra, mahkuma verilen yemeğin yahudi dietine uygun olduğunu ve mahkumun başka bir yahudi ile düzenli bir şekilde görüşebildiğini tespit ederek herhangi bir 9. madde ihlalinin olmadığına karar vermiştir. *X Birleşik Krallık’a karşı*, Bn.5947/72, 5 Mart 1976, s.8-9.

¹¹⁵ İtalya’nın Asinara adasında gözaltında bulunan başvurusunun adada dini ayinlerin eksikliğinden hareketle 9. madde ihlalini dile getirmesi üzerine Sözleşme organları adanın değişik yerlerinde kiliselerin var olmasına rağmen hiç bir mahkumun daha önceden bu yönde bir talebinin bulunmadığına ve buna bağlı olarak 9. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. *Guzzardi İtalya’ya karşı*, Bn.7367/76, Komisyon, 7 Aralık 1978, 6 Kasım 1980, p. 110.

¹¹⁶ ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.294.

¹¹⁷ OVEY, Clare et WHITE, Robin, Jacob and White, The European Convention on Human Rights, Third Edition, Oxford University Press, Oxford, 2003, s.269.

ii. Küçükler

Sözleşme organları küçüklerin hak ve özgürlüklerine son derece önem vermekte ve gerekli gördüğü durumlarda Sözleşme'nin içeriğinin aydınlanması ve boşlukların doldurulması için¹¹⁸ Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Çocuk Haklarına dair Sözleşme gibi B.M. insan hakları koruma mekanizmalarını referans almaktadır¹¹⁹. Bireysel başvuru hakkını düzenleyen 34. madde “her gerçek kişi” demek suretiyle reşit olmayanların durumu hakkında açık bir hüküm getirmemek suretiyle küçüklerin bireysel başvuru hakkı konusunda belirsizlik yaratmıştır. Sözleşme'nin bireysel başvuru hakkından her gerçek kişinin yararlanabileceğini düşünürsek ortaya çıkan mantıksal “olumlu yorum”¹²⁰ reşitler ve küçükler arasında herhangi bir ayrıma gidilmemesi gerekir. Zira, kısıtlılar veya gayri mümeyyizler gibi küçükler de, iç hukukta bu yönde bir kabiliyeti olmasa da, bireysel başvuruda bulunma hakkına sahip olmalıdır¹²¹.

Sözleşmenin reşitler ve küçükler arasında herhangi bir ayrıma gitmediğini dikkate almak suretiyle küçüklerin de Sözleşme organlarına doğrudan din özgürlüğünün ihlali iddiası ile başvuruda bulunabileceği savıyla hareket ettiğimizde ise karşımıza Sözleşme'nin 35. maddesinde yer alan kabul edilebilirlik koşulları çıkmaktadır. Bir davanın Sözleşme organları tarafından incelenebilmesi için öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı Sözleşme'nin “*subsidiare*”¹²² yapısından kaynaklanmaktadır¹²³. Buradan hareketle Sözleşme ilk olarak özellikle yargı yerleri olmak üzere, ilgili hak ve özgürlüklerin korunması yetkisini devletlere tanımaktadır¹²⁴. Sözleşme organları 35. maddedeki düzenlemenin ötesine geçmek suretiyle¹²⁵ yerel merciilerin ilke olarak karar verme

¹¹⁸ GONZALEZ, *op.cit.*, s.67.

¹¹⁹ Keegan *İrlanda'ya karşı*, Seri A, n.290, 26 Mayıs 1994 p.50.

¹²⁰ ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.301.

¹²¹ VELU, Jacques et ERGEC, RUSEN, *op.cit.*, 1990, s.796.

¹²² Bu ilkenin tam türkçe karşılığı bulunmamakla birlikte “yetki ikamesi” ve “yerindenlik” gibi terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Ancak, KARAKAŞ'a göre bu terimlerin hiç biri ilkenin gerçek anlamına tekabül etmemektedir. Kanaatimizce de, bu yetki paylaşımı ilkesi için yerinde bir ifade yerleşene kadar “*subsidiarité*” teriminin kullanılması daha doğru olacaktır. Bknz. KARAKAŞ, A. Işıl, Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal İlkeler, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2003, s.124, d.290.

¹²³ SUDRE, Frédéric, *Droit International et européen des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2001, s.423.

¹²⁴ *De Cubber Belçika'ya karşı*, Seri A, n.86, 26 Ekim 1984, p.33.

¹²⁵ SUDRE, Frédéric, *op.cit.*, s.424.

konusunda uluslararası mercilere göre daha elverişli bir konumda olduğunu belirtmiştir¹²⁶.

Ancak, bir çok ülkede ise küçüklerin yasal olarak iç hukuk yollarına doğrudan başvurma olanağını yoktur. İç hukuk yollarının tüketilmemiş olması şartı küçüklerin din özgürlüğü ihlali halinde bireysel başvuruda bulunmalarının önünde bir engel oluşturmamalıdır. Nitekim, Sözleşme organları iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını incelerken sadece iç hukuk yolunun varlığını değil, iç hukuk yolunun etkinliği, erişilebilirliği ve niteliklerini de dikkate almaktadır. Bu çerçevede bir iç hukuk yolu mevcut değilse ya da iç hukuk yolu etkin bir şekilde sorunu çözmeye elverişli değilse o zaman kişi doğrudan Sözleşme organlarına başvurabilecektir¹²⁷. Ancak, bu Sözleşme organlarının somut olay şartları çerçevesinde iç hukukta var olan bütün düzenlemeleri görmezden geldiği anlamına gelmemektedir¹²⁸. Nitekim, *Margareta ve Roger Andersson İsveç’e Karşı* davasında Sözleşme organları benzer bir durumu sorgulamak durumunda kalmıştır. Sözleşme organlarına göre eğer küçüklerin yasal temsilcileri vasıtasıyla iç hukuk yollarına başvuru imkanı tanınmışsa, taraf devletlerin için ayrıca küçüklerin tek başına bu yollara başvurma imkanı tanıma yükümlülüğü düşünülemez¹²⁹.

Küçüklerin durumuna ilişkin bir diğer mesele ise I. Ek Protokol’de ebeveyne tanınan eğitim hakkı ile ilgilidir. Nitekim, bugüne kadar Sözleşme organları önüne gelen bütün davalarda küçüğün ve ebevynin inançları arasında paralellik mevcut olmuştur¹³⁰. Asıl can alıcı sorun bir küçüğün kendi ailesinin isteklerinin aksine din konusundaki tercih özgürlüğünü kullanmak istediğinde ortaya çıkacaktır. Sözleşme, çocuğun 9. madde altında yer alan din özgürlüğü ve I. Ek Protokol altında aile’nin eğitim hakkı arasında nasıl bir denge kurabilir? Her ne kadar bazı yazarlar bir “dini rüş” yaşının belirlenmesini savunsalarda¹³¹, ÖKTEM’in de belirttiği üzere, bu

¹²⁶ *Handyside Birleşik Krallık’a karşı*, Seri A, n.24, 7 aralık 1976, p.48.

¹²⁷ Burada iç hukuk yolunun varlığına rağmen yerel yetkililerin pasif kalması dahi iç hukuk yolunun elverişsiz haline gelmesini ve doğrudan bireysel başvuru hakkının doğmasına yola açabilecektir. Bknz. *Akdivar ve diğerleri Türkiye’ye karşı*, 16 Eylül 1996; *Aksoy Türkiye’ye karşı*, 18 Aralık 1996.

¹²⁸ GONZALEZ, Gérard, *op.cit.*, s.68.

¹²⁹ *Margareta ve Roger Andersson İsveç’e karşı*, Seri A, n.226-A, 25 Şubat 1992, p.101.

¹³⁰ Bknz.: *Valsamis Yunanistan’a karşı*, 18 Aralık 1996 tarihli kararı ; *Lena ve Anna-Nina Angeloni İsveç’e karşı*, Bn.10491/83, 3 Aralık 1986; *40 anne İsveç’e karşı*, Bn.6853/74, 9 Mart 1977.

¹³¹ Bu noktada GONZALEZ Çocuk Haklarına dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin çocukların askere alınması konusunda 15 yaş sınırını getiren 38/3. maddesinden hareket ederek 15 yaşındaki küçüklerde silah taşıyabilme kabiliyeti gören ancak, kendi dini inançlarını seçme kabiliyetini tanımayan yaklaşımı eleştirmektedir. GONZALEZ, Gérard, *op.cit.*, s.69.

tartışmalar şu aşamada öğretisel olmaktan öteye gitmemektedir¹³². Sözleşme'nin koruma altına aldığı haklar arasında herhangi bir hiyerarşinin var olmadığı düşünüldüğünde, bu sorunun cevabı ancak Sözleşme organlarının bu çeşit bir davada vereceği karar ile açıklığa kavuşabilecektir.

iii. Memurlar ve ücretliler

Kişinin inancının gerekleri ile iç hayatının gerekleri arasında bazı durumlarda sürtüşme oluşabilir. Sözleşme organları, çalışma hayatı içerisinde din özgürlüğünü incelerken genelde daha çok dini inançlardan ötürü ayrımcılık yapıp yapılmadığına dikkat etmektedir¹³³. Sözleşme organlarına göre belirli bir çalışma düzeni içerisine girmeyi kabul eden kişi, bu düzenin gerekliliklerini kendi rızası ile kabul etmiş ve borç altına girmiştir. Buna bağlı olarak oluşan çalışma düzeninin o kişinin dini inançlarının tezahürüne yönelik getirdiği kısıtlamalar 9. madde kapsamında din özgürlüğünün ihlalini oluşturmayacaktır¹³⁴.

Sözleşme organlarına göre çalışma şartları, işin doğasından ötürü, kişinin din özgürlüğünü mutlak şekilde yaşamasına engel oluşturabilecek nitelikte olabilir. Ancak, kişi serbest iradesi ile iş sözleşmesinin altına imzasını atmak suretiyle bu şartları kabul etmiş sayılacaktır. Bu noktadan sonra kişinin dini gerekliliklerini ileri sürerek sözleşmesel borçtan sapma yoluna gitmesi düşünülmemelidir. Zira, kişinin bu gereklilikleri sözleşme imzalanmadan önce dile getirmesi durumunda alternatif iş modelleri ve şartları üretmek mümkündür. Mesela, Cuma namazına ders saatine denk gelmesine rağmen gitmek isteyen bir öğretmenin İngiltereye karşı başvurusunu değerlendiren Sözleşme organlarına göre öğretmenin bu durumu önceden işverene

¹³² ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s. 303.

¹³³ Dini konularla ilgili işler açısından kişinin dini kimliği önem kazanabilir (rahiplik, rahibelik, imamlık, kilise personeli, dini hayır kurumları çalışanları vb.). Bu gibi durumlarda ayrımcılık şüphesiyle bireyin sahip olduğu dinini açıklamama hakkından ve işverenin altında bulunduğu inanca saygı yükümlülüğünden çeşitli sapmalar olabileceği genel olarak kabul edilmektedir. DUFFAR, Jean, *La Liberté Religieuse dans les Textes Internationaux, Revue de droit Public et de Science Politique en France et à l'Etranger*, 1994, aktaran: ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s. 289-290.

¹³⁴ Bknz. *X. Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.8160/78, 12 Mart 1981; *Tuomo Konttinen Finlandiya'ya karşı*, Bn.24949/94, 3 Aralık 1996; *Lucia Dahlab İsviçreye karşı*, Bn.42393/98, 15 Şubat 2001 (en droit); *Rommelfanger Almanya'ya karşı*, Bn.12242/86, 6 Eylül 1989.

bildirme imkanı mevcuttu. Söz konusu bildirim yapılmış olsaydı, hükümetin başvuruca yarı-zamanlı bir iş teklifinde bulunma ihtimali vardı¹³⁵.

Buna ek olarak, işin kendisine özgü somut şartlarından veya daha önce kabul edilen şartların değişmesinden dolayı işin gerekleriyle dini gerekliliklerin çakışması ve din özgürlüğünün sınırlı olarak kullanılabilmesi ihtimali vardır. Nitekim, Sözleşme organları, başörtülü bir şekilde derse girdiği için uyarı alan bir ilkökul öğretmeninn başvurusu neticesinde bu konuya değinmek zorunda kalmıştır. Hükümete göre öğretmen devlet memuru sıfatıyla devleti temsil etmektedir. Öğretmen laiklik ilkesine bağlı olarak eğitimin tarafsızlığı uyarınca davranışlarıyla devletin belli bir dinle özdeşirildiği izlenimini yaratmamakla mükelleftir. Bu görüşü destekleyen Sözleşme organlarına göre işin niteliği, çalışma şartları ve işin gerçekleştirildiği mekan dikkate alındığında, olayda devletin müdahalesi ölçülüdür ve demokratik bir toplumda gerekli görülebilir¹³⁶.

b. Tüzel kişiler ve topluluklar

Sözleşme her ne kadar esas olarak bireysel hakları korumak üzere tasarlanmış olsada, bu hak ve özgürlüklerin bireysel olduğu kadar kolektif yönlerinin olduğu açıktır. Özellikle 9. madde altında din özgürlüğünün tezahürü bireyi ilgilendirdiği kadar belirli bir topluluğu da ilgilendirebilmektedir. Geleneksel dinler açısından din özgürlüğünün tezahüründe kolektif davranışların, bireysel davranışlarından daha büyük önem arz ettiği durumlar söz konusudur. Buna bağlı olarak diğer bazı hak ve özgürlüklerde var olan yaklaşımın aksine, salt bireysel bir tutumun ötesine geçmek gerekir¹³⁷. Bu durumu nazara alan Sözleşme organlarının bireysel haklarına yönelik korumayı gerekli gördüğü durumlarda kolektif hakları kapsayacak şekilde

¹³⁵ *X. Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.8160/78, 12 Mart 1981, s.27-50.

¹³⁶ Bknz. *Lucia Dahlab İsviçreye karşı*. *Op.cit.*; Benzer bir şekilde, Danıştay İkinci Daire'nin tartışmalara sebebiyet veren 2005 tarihli kararında okula gelip giderken başörtüsü takan öğretmenin iş kolunun gereklilikleri ve özellikle genç yaştaki öğrencilerin etki altında kalmaları ihtimalleri göz önünde bulundurmıştır. Danıştay İkinci Daire, Karar n. 3366/2005, Esas n. 4051/2004, 26 Ekim 2005.

¹³⁷ RENUCCI, Jean-François, *op.cit.*, s.20.

genişlettiği görülmektedir¹³⁸. Sözleşme organlarına göre, dini toplulukların sahip olduğu geleneksel bir kolektif kimliği vardır ve bu kimliğin özerkliği demokratik çoğulculuk açısından gerektiği kadar, 9. madde altında tanınan din özgürlüğünden etkin ve gerçek bir şekilde faydalanmak açısından ehemmiyet arz eder¹³⁹.

Bu çerçevede Sözleşme'nin 34. maddesi tüm hükümet dışı örgütler ve kişi topluluklarına Mahkeme'ye başvurma imkanını tanır. Ancak, 9. madde çerçevesinde başvuruyu gerçekleştirecek olan örgütün veya topluluğun niteliği belirleyici bir rol oynamaktadır. Bu konuya ilişkin ilk davalarda Sözleşme organlarının tutumunun zaman içerisinde değiştiği görülmektedir. İlk davalarda Sözleşme organları dini toplulukların veya kilise gibi tüzel kişiliğe sahip kurumların 9. madde altında hak sahibi olmadıkları ve 9. maddenin ihmalini ileri süremeyecekleri yönünde bir tutum benimsemiştir¹⁴⁰.

Ancak, zaman içerisinde bu yaklaşımın daha esnekleştiği görülmüştür. Nitekim, Sözleşme organları ileri tarihli kararlarında bazı tüzel kişiliklerin veya toplulukların doğrudan 9. madde altında hak iddia edebileceği kanaatine ulaşmıştır. Sözleşme organları bu değişimi şu şekilde gerekçelendirmiştir:

“Kiliseyle ilgili olarak, Komisyon daha önce bir kurumun tüzel kişi olmasından ve gerçek kişi olmamasından ötürü Sözleşme'nin 9 (1). maddesinde bahsedilen hakları kullanamayacağı yönündeki kuralı uygulamıştır. Komisyon kilisenin 9(1) altındaki haklarının üyelerine tanınan haklar vasıtasıyla koruma altına alındığını düşünmüştür... Bu görüşe uygun olarak Kilisenin belirlenmiş münferit üyelerine Kilise adına 25. madde altında başvuru imkanı açık olacaktır.

Ancak, Komisyon bu fırsatı görüşlerini gözden geçirmek için kullanacaktır... Artık kilise ile üyeleri arasında 9. madde altında var olan yukardaki ayrımın esas olarak suni olduğu görüşündedir. Bir kilise yapısı Sözleşme altında bir başvuruda bulunduğu anda, gerçekte bunu üyeleri adına yapmaktadır. Böylece, kilise kurumunun üyelerinin temsilcisi olarak kabiliyeti içerisinde 9(1). Maddede yer alan haklara sahip olma ve bunları kullanabilme imkanına sahiptir. Bu yorum kısmen, “şirketlere” atıfta

¹³⁸ HORVATH, Krisztina, *L'affaire Hassan et Tchaouch c. Bulgarie et les nouvelles perspectives de la protection des droits des minorités*, Civitas Europa: Revue juridique sur l'évolution de la nation et de l'État en Europe, N. 7, s.123 ; Ayrıca bkz. *Hassan ve Tchaouch Bulgaristan'a karşı, Büyük Divan, Bn.30985/96, 26 Ekim 2000*

¹³⁹ *Ibid.*, p.62.

¹⁴⁰ *X Kilisesi Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.3798/68, 17 Aralık 1968. Komisyon'a göre bu kurumların veya kuruluşların 9. madde altında bir korumaya ihtiyaçları yoktur. Bu koruma doğrudan müminlerin hak ve özgürlüklerinin korunması yoluyla sağlanmaktadır. *X Danimarka'ya karşı*, Bn.7374/76, 8 Mart 1976.

bulunması ile, başvuru Kilise gibi hükümet dışı örgütlerin ifade özgürlüğüne sahip olma ve onu kullanabilme kabiliyetinin olduğunu öngören 10. maddenin ilk paragrafı tarafından desteklenmektedir.

Buna bağlı olarak; Scientology Kilisesi, bir hükümet dışı örgüt olarak, gerçek anlamda Sözleşme'nin 25(1). Maddesi anlamında bir başvuru olarak kabul edilebilir¹⁴¹

Yukarıda görülebileceği üzere, bu yeni yaklaşım çerçevesinde, kiliselerin başvuruları, inananların yerine yapılmış bir başvuru olarak sayılmaya başlanmıştır. Nitekim, bu duruş diğer bir çok kararda da teyit edilmiş¹⁴² ve daha sonra da dini veya felsefi amaçlara yönelen dernekleride kapsayacak şekilde genişletilmiştir¹⁴³.

Ancak, bu aşamada unutmamak gerekir ki Sözleşme organları dini veya felsefik kurumlara 9. madde altında hak tanırken açıkça din özgürlüğünü referans vermektedir¹⁴⁴. Diğer bir deyişle kurumlar ve topluluklar 9. madde altında sadece din özgürlüğünü ilgilendiren durumlarda haklarının ihlalini ileri sürebilecektir. Yine 9. madde tarafından korunan düşünce ve vicdan özgürlüğü kolektif bir vücut tarafından ileri sürülemez¹⁴⁵. Keza, kâr amacı güden bir topluluk 9. madde altında yer alan haklardan faydalanamayacaktır¹⁴⁶. Ancak, bir tüzel kişiliğin veya bir topluluğun 9. madde altında gördüğü “meşru kısmi koruma”¹⁴⁷ varolan bireysel hak ve özgürlüklerin yerine geçecek ya da onları ortadan kaldıracak şekilde yorumlanamaz¹⁴⁸. Zira, hiç kimse vicdanına ve inançlarına ters düşen bir topluluğa katılmaya veya topluluk içerisinde kalmaya mecbur kılınmaz¹⁴⁹.

¹⁴¹ Tarafımızca tercüme edilmiştir. *X ve Scientology Kilisesi İsviçreye karşı*, Bn.7805/77, 05 Mayıs 1979, s.68, p.1-3.

¹⁴² Bknz. *Contact-Information-Therapie ve Hagen Avusturya'ya karşı*, Başvuru n. 11921/86, 57 DR 81, 12 Ekim 1988, p. 1-2 (en droit).

¹⁴³ *Cha'are Shalom ve Tsedek Fransa'ya karşı* davasında Mahkeme, muhafazakar yahudileri temsil eden bir derneğin, dini inanışları itibarıyla etin usulünce hazırlanabilmesi için kendi mezbahalarını açmak isteğinin red edilmesi üzerine başvurusunu değerlendirmiş ve dini veya ruhani bir organın müritleri için başvuruda bulunabileceğini yineleyerek başvuruyu kabul etmiştir. Ancak, olayda dini usullerle hazırlanmış etin rahatça Belçika'dan getirilebileceğini tespit ederek 9. madde ihlaline kanaat getirmemiştir. *Cha'are Shalom ve Tsedek Fransa'ya karşı*, Büyük Divan Kararı, Bn.27417/95, 27 Haziran 2000. Ayrıca bknz. *Kustannus Oy Vapaa Ajatteliya AB ve diğerleri Finlandiya'ya karşı*, Bn.20471/92, 15 Nisan 1996.

¹⁴⁴ Bknz. *Canea Katolik Kilisesi Yunanistan'a karşı*, Seri A, 16 Aralık 1997, 16 Aralık 1997, p.31,39; *Cha'are Shalom ve Tsedek Fransa'ya karşı*, Büyük Divan Kararı, Bn.27417/95, 27 Haziran 2000 (Büyük Divan Kararı), p.209, *Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve diğerleri Moldova'ya karşı*, Bn.45701/99, 13 Aralık 2001, p.101.

¹⁴⁵ *Contact-Information-Therapie ve Hagen Avusturya'ya karşı*, Bn.11921/86, 12 Ekim 1988

¹⁴⁶ *Kustannus Oy Vapaa Ajatteliya AB ve diğerleri Finlandiya'ya karşı*, Bn.20471/92, 15 Nisan 1996

¹⁴⁷ RENUCCI, Jean-François, *op.cit.*, s.20.

¹⁴⁸ COHEN-JONATHAN, G., *Convention européenne des Droits de l'Homme, Libertés de la pensée, Economica*, Paris, 1989, d. 65; aktaran: *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*, s.21.

c. Devletler

Sözleşme'nin “Devlet başvuruları” başlığını taşıyan 33. maddesi, taraf devletlere Sözleşme'nin veya Protokol'lerin diğer bir taraf devletce ihlal edildiği iddiası ile Sözleşme organlarına başvurma hakkını tanımaktadır¹⁵⁰. 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* davasıdır¹⁵¹. Söz konusu davada Sözleşmenin 1-11 arasındaki maddelerle 13. maddesinin ve 14,17 ve 18. maddenin bunlarla birleşik şekilde ihlal edildiği iddia edilmiştir. Din özgürlüğüyle ilgili olarak yapılan ihlal iddiasına karşılık Sözleşme organları 9. madde ile ilgili esasa girmiştir.

Güney Kıbrıs hükümeti adanın kuzeyindeki durum sebebiyle kişilerin dini ayinlerini gerçekleştirmek amacıyla dini merkezlere gidemediklerini ileri sürmüştür. Gerçek anlamda bir ihlalin olup olmadığını inceleyen Sözleşme organlarına göre incelemenin konusunu oluşturan dönem içerisinde kıbrıslıların seyahat özgürlüğü kısıtlanmıştır. Seyahat özgürlüğüne getirilen bu kısıtlamalar sebebiyle kişilerin köyleri dışındaki ibadet merkezlere erişimi kapanmış ve dini yaşamın diğer alanlarına katılımları güçleşmiştir. Dini inançlarının gerekliliklerine saygı duyma imkanları azalan kişilerin 9. madde altında din özgürlükleri ihlal edilmiştir¹⁵².

¹⁵⁰ A.İ.H.S. madde. 33 : “ Her Yüksek Sözleşmeci Taraf işbu Sözleşme ve protokolları hükümlerine vaki ve kendisinin diğer Yüksek Sözleşmeci Tarafa isnat edilebileceğine kanaat getirdiği herhangi bir ihlalden dolayı Mahkeme'ye başvurabilir.”

¹⁵¹ *Kıbrıs Türkiye'ye karşı*, Bn. 25781/94, 10 Mayıs 2001.

¹⁵² *Ibid.*, p.245.

B. 9. madde altında din özgürlüğünün sınırlandırılması rejimi

Din özgürlüğünün iç boyutu (*forum internum*) istisnasız bir şekilde Sözleşme tarafından koruma altına alınmıştır. Bu özgürlüğün dış boyutundan (*forum externum*) faydalanılan alan ise devletin müdahalesine açıktır¹⁵³. Bu alandan istifade etme oranı ve şeklinin belirlenmesi, bu alanın devlet tarafından düzenlenmesi, Sözleşme tarafından korunan diğer hak ve özgürlükler ve değerler ile kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu sağlığının ve ahlakının korunması ve üçüncü kişilerin haklarına saygının sağlanması gibi hukuki ilkeler arasında uyumlu bir yapının oluşturulması kolay bir iş değildir.

Sözleşme tarafından korunan bütün temel hak ve özgürlükler için olduğu gibi, din özgürlüğünün korunmasına yönelik öngörölmüş mekanizmaların gerçekleştirilmesinin sadece devletin keyfiyetine bırakılması halinde bu hak kendisini uygulanması zor, azaltılmış ve hatta tamamen içi boşaltılmış bir şekilde bulabilir¹⁵⁴. Bu sebepten ötürü, din özgürlüğüne ilişkin bütün önemli yeni ve eski metinler bir şekilde özgürlüğün somut olarak gerçekleştiği bu dış boyutta getirilebilecek sınırlamaların şekilleri ve içeriklerine ilişkin uzun ve belirgin düzenlemeler kabul etmiştir¹⁵⁵. Avrupa anayasal sisteminin değerler standardını belirleyen en önemli araç olarak Sözleşme’de bu yönde önemli tedbirler almıştır. “Yaşayan bir araç”¹⁵⁶ olarak Sözleşme, sadece metin üzerinde kalan bir korumadan ibaret kalmayarak, organlarının günün değişen değerleri ve somut olayın kendine özgü şartları çerçevesinde gerçekleştirdiği evrimsel yorum vasıtasıyla hak ve özgürlükleri azami şekilde koruma altına almayı başarabilmiştir.

Din özgürlüğünün en önemli ve hassas noktasını oluşturan bu sınırlandırma konusunun detaylı bir şekilde sergilenmesi, din özgürlüğüne yönelen her çalışma için zaruret arz etmektedir. Zira, din özgürlüğünün sınırlarının açıkça belirlenmediği

¹⁵³ Din özgürlüğünün iç ve dış boyutu hakkında detaylı bir analiz için bkz. *Infra*. S.63.

¹⁵⁴ FREDERIC, Sudre, *op.cit.*, s.153.

¹⁵⁵ ROLLAN, Patrice, *Ordre Public et Pratiques Religieuses*, FLAUSS, J.F. (Ed.), La Protection Internationale de la Liberté Religieuse, Publications de l’Institut International des Droits de l’Homme, Bruyant, Bruxelles, 2002, s.231.

¹⁵⁶ *Tyrer Birleşik Krallık’a karşı*, Seri A, n.26, 25 Nisan 1978, p.31.

durumlarda, bireylere yönelik özgürlüğün gerçek kapsamını ve devletler açısından Avrupa standartlarını ortaya koymak imkansız hale gelebilir¹⁵⁷.

1. Din özgürlüğünü sınırlandırma usulü

Sözleşme organlarına göre aynı toplum içerisinde bir çok dinin aynı anda varlığını sürdürdüğü demokratik bir toplumda din özgürlüğüne özgü sınırlandırmalarla herkesin inancına saygıyı sağlamak ve çeşitli toplulukların menfaatlerini uyumlu hale getirmek gerekebilir¹⁵⁸. Demokratik toplum aslında toplumu oluşturan bütün bireylerin hak ve özgürlüklerinin sürekli olarak çatıştığı bir siyasi yapıdır. Bu yapı içerisinde düzgün ve dengeli bir hak ve özgürlükler rejimi kurmak, uzun dönemde oturmuş ve istikrarlı bir kamu düzeninin oluşumu için zaruridir. Bu rejimde ancak her temel hak ve özgürlüğe getirilecek ortalı ve kabul edilebilir sınırlandırmalar yoluyla mümkün olacaktır.

Hukuk devleti sistemi içerisinde hak ve özgürlüklerin genel çerçeveleri ve uygulamaları çeşitli şekillerde sınırlandırılabilir. Bunlardan biri hak ve özgürlüğün dar bir şekilde yorumlanmasıdır. Uluslararası metinlerce olabildiğince korumanın sağlanabilmesi arzusundan ve insan hakları kuramına terz düşmesinden hareketle dar yoruma gidilmesi belirsiz ve tehlikeli bulunmakta, onun yerine sınırlandırmaların olabildiğince açık ve belirgin bir şekilde metinlerde yer alması yeğlenmektedir. Bu yaklaşım uyarınca, Sözleşme’de belirlenen hak ve özgürlüklerin sınırları ve sınırlandırma usulleri açık bir şekilde belirlenmiştir¹⁶⁰. Sözleşme içerisinde kabul edilen bütün bu usulleri 4 temel sınıf içerisinde inceleyebilmemiz mümkündür.

¹⁵⁷ Sözleşme altındasadece dört hakkın mutlak bir şekilde sınırlandırmadan korunduğu görülmektedir. Bunlar 3. madde altında kötü muamele ve işkence yasağı, 4. madde altında kölelik ve angarya yasağı, 7. madde altında cezaların geriye yürümezliği ve son olarak yine 7. madde altında suçun işlendiği andakinden daha ağır bir yaptırıma maruz kalmamak haklarıdır.

¹⁵⁸ Kokkinakis Yunanistan’a karşı, *op.cit.*, p.33.

¹⁶⁰ GREER, Steven, Les Exceptions aux Articles 8 à 11 de la Convention Européenne de Droits de l’Homme, Dossiers sur les droits de l’homme, n. 15, Editions du Conseil de l’Europe, Strasbourg, 2002, s. 5.

İlk sınıfı “açıkça tanımlanmış dışlamalar” yoluyla yapılan sınırlandırmalar oluşturur. Bu çerçevede Sözleşme’de Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı başlığını taşıyan 4. madde örnek gösterilebilir. Maddenin ilk iki fıkrasında korunan kölelik yasağı ve zorla çalıştırılma yasağı tanınmış, üçüncü fıkrasında ise açık bir şekilde hangi durumların kölelik ve zorla çalıştırma sayılmayacağını belirtmiştir. Böylece üçüncü fıkra kapsamına giren her tür zorunlu çalıştırma maddenin genel çerçevesince koruma görmeyecektir¹⁶¹. İkinci sınıfı ilgili hak ve özgürlüğün uygulanmayacağı nadir şartları belirleyen düzenlemelerin yer aldığı hükümler oluşturmaktadır. Bu durum Sözleşme’nin 5. maddesinde göze çarpmaktadır. Aslında ilk iki sınıf birbirini anımsatsada aralarında önemli bir ayrım mevcuttur. İlk sınıfta belirlenen şartların açıkça dışlanması yoluyla hak kesin bir şekilde tanımlanmakta, ikinci sınıfta ise belirlenen şartlar sadece hak veya özgürlüğün istisnalarını oluşturmaktadır. Üçüncü sınıfta yer alan sınırlandırmaların özelliği kişilerin haiz olduğu hukuki sıfatlar uyarınca yapılan ayırım sonucunda haklarda sınırlandırmanın gerçekleştirilebilme imkanını tanımasıdır. Yabancıların siyasi etkinliklerinin kısıtlanması başlığını taşıyan 16. madde bunun bir örneğini teşkil eder.

Son olarak dördüncü sınıfı devletlere kamu ve özel menfaatleri dikkate almak suretiyle çeşitli hak ve özgürlüklere ölçülü müdahalelerde bulunma imkanını veren sınırlandırmalar oluşturur. Bu tür sınırlandırmalarda devletin diğer sınıflarda yer alan sınırlandırmalara nazaran takdir hakkı daha geniş ve buna bağlı olarak bu sınırlandırmalar konusunda yol gösterici olarak Sözleşme organlarının içtihatı ayrı bir önem kazanmaktadır. Sözleşme’nin 8,9,10,11 ve 15. ve I. Ek Protokol’ün 1. ve IV. Ek Protokol’ün 2. maddeleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak, bu maddelerdeki sınırlandırma usulleri arasında da bazı farklılıkların mevcut olduğu unutulmamalıdır.

Nitekim, birbirlerine benzer bir şekilde biçimlendirilmiş olmalarına rağmen 8, 10 ve 11. maddeler ile 9. madde arasında önemli bir fark vardır. 8, 10 ve 11. maddelerin birinci fıkrasında hak ve özgürlük belirlendikten sonra maddenin ikinci fıkrasında devletin bunları sınırlama usulleri açıklanmıştır. 9. madde de ise ilk olarak birinci fıkarda birincil haklar olarak düşünce, din ve inanç hakkı ve bu birincil haklardan

¹⁶¹ Dar anlamda vicdani red konusunda 4. maddenin 3. fıkrasının (b) bendi önemli bir düzenleme teşkil eder. Bu düzenlemeye dayanarak bu güne kadar Sözleşme organları dar anlamda vicdani red meselesine ilişkin 9. madde altında herhangi bir ihlal bulmamıştır.

türeyen ikincil haklar olarak din ve inancını tezahür hakkı ortaya konduktan sonra ikinci fıkrada sadece ikincil haklara yönelik sınırlandırma usulleri belirlenmiştir. Belirttiğimiz üzere din özgürlüğünün iç boyutu istisnasız bir şekilde her tür devlet müdahalesine karşı koruma altındadır. *Kokkinakis* davasında bu noktaya değinen Sözleşme organlarına göre bu düzenleme şekli 9. maddenin 1. fıkrası tarafından koruma altına alınan hakların önemini belirtmiştir¹⁶².

Bu farklılığın ötesinde bu dört maddenin yapısal olarak birbirine benzemesi, bu maddelerden doğan uygulamanın aynı olduğu anlamına gelmemektedir. Bu sebepten ötürü Sözleşme organlarının 9. maddede belirlenen sınırlama usullerini ne şekilde yorumladığını açıkça belirlememiz gerekmektedir. Mahkeme'nin önüne herhangi bir dava geldiğinde ilk olarak 9. madde altında kabul edilebilecek bir hakkın var olup olmadığı belirlenecektir. Söz konusu hakkın mevcudiyeti belirlendikten sonra bu hakka yönelmiş ve hakkın ihlalini teşkil edebilecek bir müdahalenin var olup olmadığı ortaya konacaktır. Din özgürlüğüne getirilen her sınırlama, 9/2. tarafından belirlenen sınırlandırma usulüne uygun olduğu müddetçe meşru sayılabilir. Bu çerçevede din özgürlüğüne müdahalenin, ki bu müdahale olumlu bir eylem olabileceği gibi belirli bir durum karşısında hareketsiz kalma şeklinde de kendini gösterebilir, sınırlandırma gerekçeleri, sınırlandırma şekli ve sınırlandırmanın esası Sözleşme organları tarafından incelenecek ve bu üç temel unsurdan birinde Sözleşme'nin benimsediği esaslara aykırılık tespit edildiğinde 9. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirilecektir.

a. Din özgürlüğünü sınırlandırma gerekçeleri

8,10 ve 11. maddelerde de olduğu gibi, 9. maddenin ilk paragrafında koruma altına alan hak ve özgürlükleri belirledikten sonra, belirlenen hak ve özgürlüklerin sınırlandırma şartları maddenin ikinci paragrafında düzenlenmiştir. Bireyin din özgürlüğünün hangi şekillere riayet edilerek ne derecede azaltılabileceğinin ortaya konduğu ikinci paragraf, bu azaltmaya giderken hangi amaçların devletin müdahalesini meşrulaştıracağını da belirtmiştir. Bu konuda 8,9,10 ve 11. maddeler

¹⁶² *Kokkinakis Yunanistan'a karşı, op.cit.*, p.33.

birbirine fazlasıyla yakındır. Hatta, sınırlandırmayı ilgilendiren durumlarda, öğretide olduğu kadar¹⁶³ Sözleşme organlarının içtihatında da, bu maddeler bir arada ele alınarak incelenmektedir. Ancak, sınırlandırmanın meşru amaçları incelendiği zaman ilk aşamada 9. madde ile diğer üç madde arasında bir fark göze çarpmaktadır. 8,10 ve 11. maddelerde ulusal güvenlik sebebiyle hak ve özgürlüklerde sınırlandırmaya gitmek meşru görülmüştür. Oysa 9. madde meşru sınıflandırma amaçları arasında ulusal güvenliği saymayarak sadece kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için 9. maddede teminat altına alınan hak ve özgürlüklerde sınırlandırmaya gidilebileceğini öngörmüştür.

Sınırlandırma hükümleri ele alınarak karşılaştırıldığında bu dört madde arasında herhangi bir hiyerarşinin varlığı sorusu akla gelebilir. Din özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün çatıştığı bazı davalarda Sözleşme organlarının doğrudan veya dolaylı olarak din özgürlüğüne üstünlük vermiş olduğundan hareketle din özgürlüğüne daha üstünlük tanındığı yolunda bir izlenimde oluşmuştur¹⁶⁶. Ancak Sözleşme bu hak ve özgürlükler arasında herhangi bir hiyerarşi oluşturmamıştır. Hak ve özgürlükler arasındaki dengeyi belirlemek başlı başına Sözleşme organlarının takdirindedir.¹⁶⁷ İfade özgürlüğü ile din özgürlüğü arasındaki çatışmalarda, herhangi bir hiyerarşi oluşturmadan, iki özgürlük arasındaki ilişkinin *lex specialis derogat lex generalis* kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi lazım gelir¹⁶⁸.

Dini düşüncelerin dile getirilmesi, dile getirenin kendi görüşleri ifade özgürlüğü çerçevesinde ortaya koyması olarak değerlendirilebilirken, her tür görüşün ifadesi 9. madde altında din özgürlüğü içerisinde değerlendirilemez¹⁶⁹. Ulusal güvenliğin bir meşru sınırlandırma amacı olarak 9. maddenin metninde yer almamış olması esas olarak, din özgürlüğünün kişisel ve kolektif yönü ve günlük hayatta dinin oynadığı önemli rolün dikkate alınması suretiyle, demokratik bir toplumun temel

¹⁶³ GREER, Steven, Les Exceptions aux Articles 8 à 11 de la Convention Européenne de Droits de l'Homme, Dossiers sur les droits de l'homme, n. 15, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002.

¹⁶⁶ Bknz. Otto-Preminger-Institut Avusturya'ya karşı, Seri A, n.295-A, 20 Eylül 1994.

¹⁶⁷ GREER, Steven, La marge d'appréciation, interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000, s.30.

¹⁶⁸ EVANS, Malcolm D., *op.cit.*, s.286.

¹⁶⁹ Bknz. Arrowsmith Birleşik Krallık'a Karşı, Bn.7050/75, 16 Mayıs 1977.

sütunlarından biri olan dini çoğulculuğun korunmasının gerekliliği kapsamında açıklanabilir.

i. Kamu menfaatine yönelik sınırlandırmalar

Sözleşme'nin 9. maddesinde yer alan ve kamu menfaati taşıyan meşru sınırlandırma amaçları kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, sağlık ve ahlakın korunması için yapılan sınırlandırmaları içermektedir. Aslında kamu güvenliğini ve düzenini bozmadığı müddetçe dini olanlarda dahil olmak üzere bütün ideolojilere saygı duyulması fikri ilk olarak 1789 tarihli Vatandaşların İnsan Hakları Beyannamesine dayanmaktadır¹⁷². İlk bakışta belirgin görünen bu yaklaşım kamu güvenliği ve düzeni ifadelerinin mahiyetinin netleştirilemediği durumlarda ciddi ölçüde sorunlara yola açabilir. Nitekim, diğer bir çok ulusal ve uluslararası hukuk metninde olduğu gibi, Sözleşme'de yer alan kamu güvenliği ve düzeninin korunması için yapılan sınırlandırmaların gerçekten meşru olup olmadığının belirlenmesi için özellikle kamu güvenliği ve kamu düzeni kavramlarının yorumlanması şarttır. Sözleşme organları bir çok kararında bu durumu dikkate alarak bu kavramlara attığı anlamı sergilemek suretiyle net bir içtihat oluşturmuştur. Din özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların meşruiyetini sorguladığı kararlarında da Sözleşme organlarının din özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda nelerin kamu güvenliği ve düzenini bozabilecek nitelikteki eylemler oluşturabileceğine dair örnekler sunmuştur. Bu örneklerin bize yansıttığı temel yaklaşımın sergilenmesinin içtihadın doğru anlaşılması yönünde faydalı olacağı açıktır.

Din özgürlüğünün sınırlandırabilen boyutlarından birini oluşturan ibadet etme özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda Sözleşme organları ibadet şeklinin ve ibadethanelerin kamu düzeni bozacak nitelikte olmaması gerektiği üzerinde önemle durmuştur. Nitekim, Sözleşme organlarına göre genel düzenlemelere aykırı bir şekilde ibadethanelerin kurulmasına izin verilmemesi veya bu çeşit ibadethanelere

¹⁷² LANARES, Pierre, *op.cit.*, s.39, aktaran: ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.39.

yönelik müdahalelerde bulunulması, kamu düzenini korumak amacını taşıdığı için meşru sayılacaktır¹⁷⁵. Genel düzenlemenin mevcut olmamasına rağmen, belirli yerlerin kendilerine has özellikleri itibariyle ibadete kapatılması da mümkündür. İbadet için kullanılmak istenen yerlerin tarihi veya arkeolojik değer taşıması ve bu açıdan üçüncü kişiler içinde hak doğurması halinde devletin kamu düzenini korumak amacıyla ibadeti yasaklaması din özgürlüğünün ihlalinin oluşturmayacaktır¹⁷⁶.

Bazı kişilerin sıfatlarından dolayı farklı muamelelere tâbi olmaları Sözleşme organlarınca olağan karşılanmıştır¹⁷⁷. Kişinin doğrudan sıfatı veya bu sıfat itibariyle din özgürlüğünden azami şekilde istifade etmesi başlı başına kamu güvenliği ve düzenini tehdit edebilir. Bu çerçevede bazı dini kişiliklerin devlet tarafından sınır dışı edilmesi kamu düzenini temin etme gerekçesine dayandırılarak meşru görülebilir ve 9. maddenin ihlalinin oluşturmaz¹⁷⁸. Keza, geçici veya sürekli olarak belirli bir sıfat kazanmış olan kişi de, sıfatı itibariyle din özgürlüğü konusunda daha hassas bir konumda bulunabilir. Özellikle mahkumları ilgilendiren içtihadta, mahkumların din özgürlüğünde, özgürlüğün içsel boyutuna dokunmadan, kamu güvenliği ve düzeni için önemli derecede sınırlamalara gidilebileceği ortaya konmuştur¹⁷⁹.

9. madde içerisinde bir meşru sınırlandırma amacı olarak ulusal güvenliğin bulunmayışı karşısında Sözleşme organlarının bazı durumlarda kamu güvenliği ve düzeni kavramlarını ulusal güvenliğide içerir şekilde ele aldığı görülmektedir. Askerlik gibi belirgin bir disiplin içerisinde yer alan alanlarda, ulusal güvenliğin teminatı ve askeri düzeni sağlamak amacıyla din özgürlüğüne yapılacak müdahaleler,

¹⁷⁵ *Manoussakis ve diğerleri Yunanistan'a karşı*, Seri A, 26 Eylül 199

¹⁷⁶ İngiltere'de "Druid" inancına sahip bireyler tarafından oluşturulan bir topluluk, güneş tutulması sebebiyle *stonehenge*'de ayin gerçekleştirmek isteklerine karşın devletin red talebinin 9. maddenin ihlalinin oluşturduğunu iddia etmiştir. Sözleşme organları ilgili ibadet sırasında müminlerden bazılarının anın heyecanı içerisinde çevredeki kişilere ve arkeolojik kazanımlara zarar verdikleri ve hatta bu sebepten ötürü 1989 tarihinde aynı örgütün söz konusu dini ayini iptal ettiği gerçekleri ışığında devlet müdahalesinin meşru bir şekilde kamu düzenini korumaya yönelik olduğunu ve bu sebepten ötürü 9. maddenin ihlalinin söz konusu olmadığını söylemiştir. *Chapel Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.12857/86, 14 Temmuz 1987.

¹⁷⁷ Kişilerin sıfatlarına göre 9. madde altında sahip oldukları hak ve özgürlükler için bkzn. *supra* s.25.

¹⁷⁸ Hindu bir dini liderin İngiltere tarafından sınır dışı edilmesi 9. madde çerçevesinde inceleyen Komisyon, sınır dışı etme eyleminin söz konusu inancı ortadan kaldırmaya yönelik bir hareket oluşturmadığını ve sadece kamu düzenini koruma amacına yönelmiş bulunduğunu tespit etmiş ve bu bağlamda 9. maddenin ihlalinin söz konusu olmadığını kararına varmıştır. *Swami Omkarananda ve Devine Light Zentrum Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.9119/77, 19, Mart 1981.

¹⁷⁹ Sözleşme organlarına göre hapis koşulları içerisinde tehlike arz edebilecek dini yayınların mahkumlara iletilmemesi 9. maddeyi ihlal etmez. Zira, özellikle bazı uzak doğu inançlarında görüldüğü gibi bu eserlerde dövüş teknikleri üzerine bulunan bölümler hapisane içerisinde kamu güvenliğini tehdit edici nitelikte olabilecektir. *X Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.6886/75, 18 Mayıs 1976.

9. maddenin ikinci paragrafında yer alan kamu düzeninin korunması kapsamında meşru bir şekilde sınırlandırma olarak değerlendirilebilecektir¹⁸⁰. Keza, demokratik toplumun temel ilkelerine karşı faaliyetler yürüten kişilerin 9. madde altında yer alan faaliyetlerinin ulusal güvenliği tehdit gerekçesiyle devlet tarafından sınırlandırılabilir ve bu sınırlandırmanın 9. maddenin ikinci fıkrası uyarınca kamu güvenliğinin ve düzeninin korunması amacına yöneldiği söylenebilir¹⁸¹.

Sözleşme organlarının içtihadına bakıldığında, din özgürlüğünün kamu sağlığını korumak amacıyla sınırlandırıldığı örneklerle ise nadiren rastlanmaktadır. Kamu sağlığının korunmasına yönelik yapılan sınırlandırmaları ilgilendiren ve Sözleşme çerçevesinde görülen davalar genellikle mahkumlara zorla temizlik yaptırılmasına¹⁸², askerlerin saçlarının zorla kestirilmesine¹⁸³, sadisme veya mazoşizme varabilen sınırsız cinselliğe¹⁸⁴ ilişkindir. Bu tür davaların 9. madde altında incelendiğine ise içtihatla rastlanmamaktadır. 9. madde altında kamu sağlığının korunmasına ilişkin davaların büyük bir kısmını besicilik ve hayvan kesimi ile ilgili ortaya çıkan ihtilafları ilgilendirir.

Sözleşme organlarına göre belirli bir kiliseye veya dini topluluğuna kayıtlı olmak besicilikle uğraşan kişilere devletin genel sağlıkla ilgili birimlerine kayıttan muafiyet hakkı vermemektedir¹⁸⁶. Nitekim, devletlerin sağlık birimlerine kayıt zorunluluğunu getiren yasaların amacı hayvanlarda hastalıkları önlemek suretiyle kamu sağlığının korunmasıdır. Keza, hayvan kesimlerinin devlet kontrolü altına alınması din özgürlüğüne yapılmış meşru olmayan bir devlet müdahalesi olarak görülmemelidir. Zira, kamu sağlığının ve düzeninin korunması amacıyla din özgürlüğü sınırlandırılabilir. Bir yandan hayvanların denetim altındaki mezbahalarda kesimi, hijyen derecesi şüpheli şartlar altında gerçekleştirilen kesimlere nazaran daha çok kamu menfaati lehinedir. Diğer yandan, dini uygulamaların belirli bir düzen içerisine oturtulması kamu barışına, kamu düzenine ve dini hoşgörüye katkıda bulunmaktadır.

¹⁸⁰ *Arrowsmith Birleşik Krallık'a Karşı, op.cit.*

¹⁸¹ Bknz. X Avusturya'ya karşı, Bn.1718/62, 13 Aralık 1963.

¹⁸² *Peter Stutter İsviçre'ye karşı*, Bn.8209/78, Seri A, n.166, 1979.

¹⁸³ *Laskey, Jaggard ve Brown Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.21627/93, 21826/93, 21794/93, 19 Şubat 1997.

¹⁸⁴ *Handyside Birleşik Krallık'a karşı, op.cit.*

¹⁸⁶ *X Hollanda'ya karşı*, Bn.1068/61, 14 Aralık 1978.

ii. Özel menfaatlere yönelik sınırlandırmalar

Din özgürlüğünün sınırlandırılmasında meşru bir amaç teşkil eden ikinci sınıf gerekçeyi ise, 8, 10 ve 11. maddelerde de rastladığımız¹⁹² ve 9. madde içtihadının oluşumundan itibaren önemli bir yer tutan¹⁹³, üçüncü kişilerin haklarının korunması amacına yönelmiş sınırlandırmalar oluşturmaktadır. Bu sınırlandırma amacı, devlete hak ve özgürlüklerin yatay boyuttaki etkileşimlerini düzenleyebilme imkanını ortaya koyan önemli bir araç haline gelmiştir. Mesela, inancı gereği bütün trafik kazalarının tanrının iradesi sonucunda oluştuğunu benimsediğini iddia eden Kalvinist kilise mensubu bir başvurucunun zorunlu araç sigortası sistemini kabul etmemesini değerlendiren Komisyon, üçüncü kişileri trafik kazalarının zararlarından korumayı hedef alan devlet müdahalesini 9. maddenin ikinci paragrafı uyarınca meşru bularak başvuruyu red etmiştir¹⁹⁴. Önemli olan inancın gerekleri veya samimiyetinden öte, istenen fiil ile üçüncü kişilerin haklarının ne derecede bir kısıtlamaya tabi tutulabileceğidir. Devlet bu dengeyi oturtma yükümlülüğü altındadır.

Nitekim, bu yükümlülükten hareketle, üçüncü kişilerin haklarını korumaya yönelik sınırlandırmaların kamu düzenini, sağlığını ve ahlakını korumaya yönelik sınırlandırmalara önemli bir paralelliği kurulabilir. Zira, kamu düzenini, sağlığını ve ahlakını ilgilendiren her mesele, toplumu oluşturan bireyleri de yakından ilgilendirmektedir. Bireylerin karşılıklı hakları arasında var olan yatay ilişkiyi olabildiğince düzgün bir şekilde düzenleyebilmek, her bireyin karşılıklı haklarından olabildiğince yararlanmasını sağlayabilmek kamu düzenini teminat altına alır.

¹⁹²8,9 ve 11. maddeden farklı olarak 10. madde üçüncü kişilerin haklarına ek olarak üçüncü kişilerin şöhretinin korunmasını bir meşru sınırlandırma amacı olarak benimsemiştir.

¹⁹³9. madde kapsamındaki ilk dava olma özelliğini taşıyan ve Sözleşme organlarının 9. maddeyi ne şekilde yorumladıkları konusundaki önemli anahatları çizen *Kokkinakis Yunanistan'a karşı* davasında da hükümetin müdahalesi üçüncü kişilerin haklarını korumaya yönelik olduğu için meşru bulunmuştur. *Kokkinakis Yunanistan'a karşı, op.cit.*

¹⁹⁴ *X Hollanda'ya karşı*, Bn.2899/66, 31 Mayıs 1967

Bu düşünceden hareketle Sözleşme organları, öğretide bir çok eleştiriye maruz kalan *Otto Preminger Institute Avusturya'ya karşı*¹⁹⁶ kararında, hakların dengelenmesi konusunda olayın somut şartlarının önemi üzerinde durmuştur. Werner Shroeter tarafından çekilen “*Das Liebeskonzil*” isimli filme devlet tarafından el konulmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini savunan başvurucunun iddialarını değerlendiren Sözleşme organları bu haklar arasındaki dengeleme üzerinde önemle durmuştur. Zira söz konusu film, yaşlı ve iktidarsız biri tarafından temsil edilen Tanrı, ağır derecede özürlü biri olarak gösterilen İsa ve Meryem ile Şeytan arasında, insanlık içinde cinsel hastalıkların yayılmasına ilişkin yapılan bir andlaşmayı, rahatsız edici ve bazı durumlarda müstehcen bir şekilde sergilemiştir.

Mahkeme, din ve ifade özgürlüklerinin temel hak ve özgürlüklerin bir parçasını oluşturduğunu ve demokratik bir toplumun en temel ihtiyaçları arasında yer aldıklarını belirttikten sonra, 10. maddenin ikinci paragrafının, 10. madde tarafından teminat altına alınan hakları kullananların çeşitli ödev ve yükümlülükleride beraberinde üstlendiklerini hatırlatmıştır¹⁹⁷. Nitekim, Avrupa düzeyinde din hakkında genel bir kavramın oluşmamış olmamasından dolayı yerel yetkililerinde belirli bir takdir hakları mevcuttur. Söz konusu olayın şartları incelendiğinde filmin gösterilmek istendiği bölgenin nüfusunun tamamen yakınına muhafazakar roman katoliklerinden oluştuğu ve ilgili filmin bu topluluğun kamu vicdanını derinden yaralamak suretiyle kamu düzenini bozabileceği tespit edilmiştir.

İfade özgürlüğü ile din özgürlüğünün çatıştığı bu davada, üçüncü kişilerin hakları yoluyla dolaylı bir şekilde kamu düzenini korumak için din özgürlüğü kapsamında dini duyguların korunmasına öncelik verilmiş ve Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Buradan sanki belirli durumlarda daha çok bireysel bir hak olan ifade özgürlüğüyle din özgürlüğünün kolektif yönü çatıştığında bu sonuncusunun galip geleceği izlenimi oluşmaktadır. Bu izlenimi destekleyen daha sonraki çeşitli yakın tarihli kararlar da mevcuttur¹⁹⁸.

Üçüncü kişilere yönelik korumanın önemi sadece kolektif durumların ötesinde bireysel durumlarda da son derecede önem kazanmaktadır. Bu amacın ebevyne karşı

¹⁹⁶ *Otto-Preminger-Institut Avusturya'ya karşı, op.cit.*

¹⁹⁷ Bknz. *Wingrove Birleşik Krallık'a karşı*, 25 Kasım, 1996.

¹⁹⁸ *İ.A. Türkiye'ye karşı*, Bn.42571/98, 13 Eylül 2005.

kendi çocuklarını dahi koruma altına aldığı bunun en büyük ispatıdır. Kız çocuklarına “*shalom phaleshet immanuel beth ye*” ismini vermek isteyen bir çiftin başvurusunu red eden nüfus idaresine karşı yapılan başvuruyu inceleyen Komisyon, 9. maddenin ailelere çocuklarına sınırsız bir şekilde istedikleri isimleri verme hakkını kazandırmadığını belirtmiştir. Zira, çocuk için seçilen ismin çocuğa gelecekte toplum içerisinde zarar vermeyecek nitelikte olmasına özen gösterilmelidir. Bu gibi durumlarda devletin müdahalesini üçüncü kişilerin haklarının korunması altında meşru sayılacağı kararlaştırılmıştır¹⁹⁹.

Kişilerin toplum içerisindeki sıfatları veya hukuki durumları, bu kişilerin 9. madde altında faydalandıkları hak ve özgürlüklerin derecesini etkilediği kadar, bu kişilerin başka kişilerin kullandığı hak ve özgürlükler karşısında gördükleri korumanın derecesinide yakından etkilemektedir. Bu durum *Dahlab İsviçre’ye karşı* açık bir şekilde ortaya konmuştur²⁰⁰. Başörtülü öğretmenin tarafsızlık yükümlüğünün ötesinde, herhangi bir şikayetin bulunmadığı durumlarda bile, küçük yaşta çocukların, etkileşime fazlasıyla açık olmalarından bağlı olarak devletin üçüncü kişilerin haklarını korumak amacına yönelik müdahalelerin meşru sayılacağı belirtilmiştir. Yeni dönem içtihatında da Mahkeme’nin üçüncü kişilerin haklarını eğitim kurumlarında devletin tarafsızlığını teminat altına almak için kullandığı görülmüştür. Özellikle bu husus üzerinde, Türkiye açısından son derece önem arz eden, *Leyla Şahin Türkiye’ye karşı* kararında da üstüne basılarak durulmuştur²⁰¹.

b. Din özgürlüğüne yönelik sınırlandırmaların kanuniliği şartı

Din özgürlüğüne yönelen herhangi bir tedbirin sadece meşru bir amaç gütmesi söz konusu tedbirin Sözleşmeye uygun olduğu anlamına gelmez. 9/2 altında devlet müdahalesinin kabul edilebilirliği için müdahalenin kanuni olması da gerekmektedir. Kanunilik gereği her devlet müdahalesinde çeşitli temel unsurların varlığı aranır. Hukukun üstünlüğünü benimseyen her devlette açısından somut olayda ilgili hukuki düzenlemelerde öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik ilkelerin riayet büyük önem arz

¹⁹⁹ *X İsviçre’ye karşı*, 774/76, 5 Ekim 1977, aktaran : ÖKTEM, Emre, *op.cit.*, s. 354.

²⁰⁰ *Lucia Dahlab İsviçre’ye karşı*, *op.cit.*

²⁰¹ *Leyla Şahin Türkiye’ye karşı*, *op.cit.*, p.165.

eder²⁰². Kanunilik şartı iki metin içerisinde farklı terimlerle ifade edilmiş olsada Sözleşme organlarının amaca yönelik yorumu²⁰³ ile ortak kriterler oluşturulmuştur. Zira, bu kriterler ile teminat altına alınan kanunilik ilkesi hukuk devletini polis devletinden ayırt eder²⁰⁴. Bu kriterler kapsamında Sözleşme organları dört şartın yerine getirilmesini aramaktadır: Bireyin hareketinin iç hukuk düzeni tarafından yaptırımı bağlanmış olması şartı, ilgili hukuki düzenlemenin bireylerin erişimine açık olması şartı, hukuki düzenlemenin yeterince belirgin olması şartı ve keyfi muameleye karşı hukuki düzenlemenin etkili başvuru yolları öngörmüş olması şartı.

i. iç hukuk düzenince yaptırımı bağlanmış bir hareketin aranması

Öncelikle belirtmek gerekir ki, iç hukuk düzeni dendiği zaman anayasal düzen, ulusal mevzuat, mahkeme içtihatları, ilgili devletin altında bulunduğu uluslararası hukuki yükümlülükler dışında ikincil hukuk kaynakları da anlaşılmaktadır²⁰⁶. Bütün bu kaynaklara bakılarak bireyin hak ve özgürlüklerini kullanırken daha önceden belirli bir yaptırımı bağlanmış bir davranışın olup olmadığı tespit edilmelidir. 9. maddede yer alan “kanun” kelimesinin bu denli geniş yorumlanmış olması öğretide çeşitli tartışmalara sebebiyet vermiştir. ALKEMA kanun kelimesinin sadece mevzuat olarak ele alınması gerektiğini savunurken VAN DIJK ve VAN HOOFF, kanun teriminin yasama organının zımnen de olsa yasama işlevi şekliyle kabul ettiği bütün kararları kapsamaması gerektiğini ileri sürmüştür²⁰⁷.

Aslında geniş anlamıyla eylemi yaptırımı bağlayan bir mevzuatın iç hukuk düzeninde bulunması bu şartın yerine getirilmesi için yeterlidir. Sözleşme organları

²⁰² KABOĞLU Hukuk toplumunun unsurlarından öngörülebilirlik ve ulaşılabilirliği şu şekilde tanımlar : “Hukuk kurallarının bireylerce bilinebilmesi, öngörülebilirlik ölçüsüdür. Binlerce yasanın yürürlükte bulunduğu, kanun hükmünde kararname karmaşasının yaşandığı bir toplumda, yasağı bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi de tartışma götürür... Hukukun anlaşılabilirlik derecesi de bu çerçevede anlam kazanır. Ulaşılabilirlik hukuk kurallarına toplum üyelerinin girebilmeleri, onlardan yararlanabilmeleridir...” KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa ve Toplum, İmge Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2000; aktaran: SEZER, Abdullah ve diğerleri, Hukuk Devleti, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, İstanbul, 2003, s. 59.

²⁰³ Bknz. *Sunday Times Birleşik Krallık’a karşı*, Seri A, n.30, 26 Nisan 1979, p.48.

²⁰⁴ GOUSSIRAT-COUSTERE, V., *La Jurisprudence de la Cour Européenne Des Droits de l’Homme en 1987*, AFDI, 1988, s.606; aktaran: GONZALEZ, G., *op.cit.*, s.176.

²⁰⁶ GREER, Steven, *op.cit.*, s.10.

²⁰⁷ ALKEMA, E. A., *Studies over Europes Grondrechten (Studies on European Human Rights)*, Deventer, 1978, s.42; aktaran: *Ibid.*, s.48, d.16.

bir çok kararında ilgili mevzuatın uygulanma kalitesinin ilke olarak önemli olmadığını belirtmiştir. Nitekim, iç hukuku yorumlamak ve uygulamak görevi esas olarak ulusal otoritelerin ve mahkemelerin yetkisi dahilindedir²⁰⁸. Ancak, mevzuatın ulusal yetkililere fazlasıyla geniş bir takdir hakkı tanıdığı durumlarda çeşitli sorunlarda ortaya çıkabilecektir. *Kokkinakis* kararına kısmen katılan Hakim PETTITTI, olayda devlet müdahalesinin temelini oluşturan kanunun belirsizliğini ve ulusal içtihadın kanuni boşlukları doldurmadaki zaafiyetini eleştirmiştir²⁰⁹. Hakim MARTENS bir adım daha ileri giderek, kısmen karşı oyunda, ilgili yunan kanununun düzenlenme şekliyle, özellikle dini hoşgörüsüzlük dolu bir atmosferde, ortodox olmayan azınlıklara yönelik tehlikeli ve mükemmel bir baskı aracını oluşturduğunu dile getirmiştir²¹⁰. Sözleşme organlarının ilgili mevzuatın 9. maddeye aykırı olduğunu ifade etmemesi öğretide de yoğun bir şekilde eleştirilmiştir²¹¹.

ii. Kişilerin erişimine açık hukuki düzenlemenin aranması

Bu şartın gerçekleştirilmesi için devlet müdahalesinin hukuki dayanağını oluşturan mevzuata bireylerin erişebilme imkanının bulunması gerekmektedir. Kişilerin belirli bir duruma uygulanacak normlar ve uygulanacak hükümler hakkında yeterli bilgiyi elde edebilmesi gerekmektedir²¹². Bu konuda önemli bir referans noktası olan *Silver* davasında²¹³, hapisane yönetimine hükümet tarafından yollanan direktiflerin ve yönergelerin yayınlanmamasından ve mahkumların bunlara ulaşma imkanının olmamasından ötürü kişilerin erişimine açık hukuki düzenlemelerin varlığı şartının yerine getirilmediği sonucuna ulaşılmıştır. Bu karardan da görülebileceği üzere hukuki düzenlemelerin yayınlanması erişebilirlik şartı açısından büyük önem arz etmektedir. Yayınlanan her düzenleme erişebilirlik şartını *ipso facto* yerine getirmese de, büyük ölçüde bu şartın tatmin edilmesinde rol oynamaktadır.

²⁰⁸ *Kokkinakis Yunanistan'a karşı*, *op.cit.*, p.40 ; ayrıca bkz. *Chorherr Avusturya'ya karşı*, 25 Ağustos 1993, Seri A n.266-B, s.36, p.25; *Hadjuanastassiou Yunanistan'a karşı*, Seri A, n.252, 16 Aralık 1992, *Otto-Preminger-Institut Avusturya'ya karşı*, *op.cit.*, p.45.

²⁰⁹ *Kokkinakis Yunanistan'a karşı*, *op.cit.*, Hakim Pettiti'nin kısmen uyumlu oy yazısı.

²¹⁰ *Ibid.*, Hakim Martens'in kısmen karşı oy yazısı.

²¹¹ SURREL, Hélène, *La Liberté Religieuse Devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *Revue Française de Droit Administratif*, 11 (3) Mayıs-Haziran, s.578.

²¹² *Sunday Times Birleşik Krallık'a karşı*, Seri A, n.30, 26 Nisan 1979, p.49.

²¹³ *Silver ve diğerleri Birleşik Krallık'a karşı*, Esasa ilişkin, Seri A, n.61, 25 Mart 1983.

Nitekim, Sözleşme organlarına göre yayınlanmak suretiyle erişebilir kabul edilen ve alt derece yargı merciileri tarafından da takip edilen yüksek yargı yerlerinin kanunları tamamlayan sürekli içtihatları Sözleşme kapsamında kanun tarafından öngörülmüş olma şartını yerine getirmektedir ve bu kapsamdaki müdahaleler Sözleşme'nin ihlalinin oluşturmamaktadır²¹⁴. Ulusal yargı yerlerinin kanunların kapsamlarını kesinleştiren içtihatları da bu vesileyle, yayınlanmak şartına bağlı olarak, kanun tarafından öngörülmüşlük dahilinde değerlendirilmiş ve erişebilirlik şartının yerine getirilmesi açısından elverişli bir araç olarak değerlendirilmiştir.

iii. Hukuki düzenlemelerin belirginliğinin aranması

Müdahalenin kanuniliğinin belirlenmesi aşamasında aranan dört şart arasında belki de en önemlisini ilgili kanunun belirgin olması şartı oluşturmaktadır. Belirgin olma şartı çerçevesinde yasal düzenlemelerin bireylere davranışlarının sonuçlarını öngörebilme imkanını tanıması gerekmektedir. Sözleşme organlarına göre bu şart “kanunla sınırlama” ifadesinin gerçek anlamda uygulanabilmesi için, ifadenin özüne bağlı zaruri şartlardan biridir²¹⁵. Sözleşme organları, vatandaşlara davranışlarını düzenleme imkanı tanımayacak derecede geniş normları “yasa” olarak kabul edemeyeceğini belirtmiştir²¹⁶.

Bir çok kanunun genel ifadeler ile hazırlandığı ve benzer metinlerin yorumları ile tatbikinin büyük derecede uygulamaya dayandığını kabul etmek gerekir²¹⁷. Keza, kanunların bir çoğu aşırı katılığın engellenmesi ve güncelliğini korumak ve özel durumların şartlarına ayak uydurabilmek için geniş bir şekilde yazılmaları gerekmektedir²¹⁸. Bu sebeptir ki, yasal düzenlemelerin Sözleşme kapsamında

²¹⁴ *Müller ve diğerleri İsviçre'ye karşı*, Seri A, n.133, 24 Mayıs 1988, p.29.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Hashman ve Harrup Birleşik Krallık'a karşı*, Büyük Divan Kararı, Bn.25594/94, 25 Kasım 1999, p.31. *Hassan ve Tchaouch* davasında müslüman cemaatinin iç örgütlenmesine yapılan müdahalenin kanuniliğinin öngörülebilir olmamasından dolayı 9. ihlal ettiğine karar verilmiştir. Sözleşme organlarına göre müdahalenin dayanağını oluşturan hukuki düzenlemeler yürütmeye sınırsız bir takdir hakkı tanımak suretiyle kesinlik ve öngörülebilirlik açısından tatmin edici değildir. *Hassan ve Tchaouch Bulgaristan'a karşı*, Büyük Divan, Bn.30985/96, 26 Ekim 2000, p.86.

²¹⁷ *Kokkinakis Yunanistan'a karşı*, *op.cit.*, p.40.

²¹⁸ *Ibid.*

belirginliğinin anlaşılması büyük ölçüde ilgili mevzuatın içeriğinin, kapsaması öngörülen alanın ve yöneldiği kişilerin sayıları ve statülerinin hep beraber ele alınması ile ortaya konabilecektir²¹⁹.

Ayrıca öngörülebilirlik şartının farklı alanlar için aynı derecede uygulanamayacağı da açıktır. Özellikle hassas sayılabilecek bazı alanlarda düzenlemelerin daha genel uygulamalı düzenlemelere nazaran farklı değerlendirmeye tabi tutulabilme imkanı vardır. İsveç polisinin hakkında yürüttüğü güvenlik soruşturması çerçevesinde bilgi topladığı ve topladığı bu bilgilere dayanarak ulusal güvenliği ilgilendiren bir göreve getirmeyi red ettikleri başvurucunun başvurusunu değerlendiren Sözleşme organları, kanunilik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleme aşamasında, erişebilirlik ve öngörülebilirlik ilkelerinin altını çizmekle beraber, ulusal güvenliği ilgilendiren sektörlerde personeli etkileyen gizli denetimler için öngörülebilirlik şartının diğer alanlarla aynı olamayacağını tespit etmiştir²²⁰.

Sözleşme organları yasanın, hangi şartlarda ve durumlarda kamu otoritelerine özel hayata yönelik benzer nitelikteki gizli ve fiilen tehlikeli müdahalelerde bulunma imkanını tanıdığını yeterli bir şekilde ifade edebilecek netlikte düzenlenmesi gerektiğini söylemiştir. Söz konusu olayda yasa hükmü taşımasa bile ilgililer tarafından öngörülebilirlik şartını yerine getirecek derecede bilinen idari karar ve uygulamalarında dikkate alınması gerektiğini söyleyen Sözleşme organları, polisin bir kararnameye dayalı bilgi toplama ve kullanma hareketinin yeterince öngörülebilir olduğuna kanaat getirmiştir.

iv. Hukuki başvuru yollarının belirlenmiş olmasının aranması

Yürütmeye tanınan takdir hakkına getirilecek sınırlandırmalar, ki bu sınırlandırmaların eksikliği halinde haklara keyfi müdahalelerin engellenemez bir hal alacağı aşıkardır, hukukun üstünlüğü ilkesinin tesisi için zaruridir. Özellikle bu sınırlandırmalar, yürütmenin yetkilerini gizlilik içerisinde kullandığı durumlarda

²¹⁹ *Hashman ve Harrup Birleşik Krallık'a karşı*, Büyük Divan Kararı, Bn.25594/94, 25 Kasım 1999, p.32; *Hassan ve Tchaoutch Bulgaristan'a karşı*, op.cit., p.84.

²²⁰ *Leander İsveç'e karşı*, Seri A, n.116, 26 Mart 1987, p.51.

keyfi müdahalelere engel olabilecek nitelikte koruma önlemleri getirmek açısından daha büyük bir önem arz etmektedir²²¹. Bu gerçek karşısında, yasal düzenlemeler koruma altına alınan haklara kamu kudretini elinde bulunduranlardan gelebilecek keyfi saldırılara karşı belirli bir koruma sağlamak zorundadır.

Sözleşme’de yar alan müdahalenin kanun tarafından öngörülmüş olması şartı sadece iç hukuka atıfta bulunmaktan ibaret değildir. İlgili yasal düzenleme ayrıca Sözleşme’nin başlangıç metninde yer alan hukukun üstünlüğü ile bağdaşır nitelikte olması gerekmektedir²²³. Nitekim, yürütmeye tanınan takdir hakkına herhangi bir sınır tanımayan “kanun” hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı düşücektir. Bu sebepten ötürü, yürütmeye tanınan yetkinin kapsamını ve kullanım şeklini yeterli bir netlikte, güdülen meşru amacı dikkate almak suretiyle, belirtmeli ve bireye keyfiyete karşı uygun bir koruma sağlamalıdır²²⁴.

2.Sınırlandırmanın esasının denetlenmesi

Devlet müdahalesinin meşru gerekçelere yönelik olarak kanuni bir şekilde gerçekleştirilmiş olması başlı başına müdahalenin Sözleşme tarafından koruma göreceği anlamına gelmez. Bu ilk iki kriterin etkin bir şekilde yerine getirilmiş olması müdahalenin sadece şeklen meşru olduğunu gösterecektir. Bunlara ek olarak ayrıca sınırlandırmanın esasının da incelenip gerçek anlamda Sözleşme’nin savunduğu değerlere aykırı bir durumun oluşup oluşmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim, Sözleşme bu durumun etkin irdelenmesine yönelik Sözleşme organlarına iki önemli araç sunmaktadır. Bunlardan ilki tüm Sözleşme için geçerli olana genel hakkın kötüye kullanılması yasağını getiren 17. maddedir. İkincisi ise hak ve özgürlükleri belirleyen maddelerde yer alan sınırlandırma usulleri

²²¹ Mesela devletin resmi bir şekilde gizlice telefon dinleme yetkisini kullandığı durumlarda, gizli dinlemeye karşı bireylerin haklarını korumak için oluşturulacak hukuki koruma mekanizmaları demokratik toplumlarda büyük önem arz eder. Dinlenen kişilere dengeli ve makul başvuru imkanları tanınmalıdır. *Huwig ve Kruslin* davalarında Sözleşme organları Fransa’da resmi telefon dinleme açısından mevzuatın sağladığı olanakları, olası istismlara karşı yeterli derecede bir koruma getirmediğini söylemiştir. *Bknz. Huwig Fransa’ya karşı*, Seri A, n.176-B, 24 Şubat 1990; *Kruslin Fransa’ya karşı*, Seri A, n.176-A, 24 Şubat 1990.

²²³ *Malone Birleşik Krallık’a karşı*, Seri A, n.82, 2 Ağustos 1984, p.67.

²²⁴ *Ibid.*, p.68.

içinde özel olarak belirlenen, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması şartıdır.

a. Hakkın kötüye kullanılması yasağı

İç hukukun olduğu kadar uluslararası hukukunda genel ilkelerinden biri olan hakkın kötüye kullanılması yasağının²²⁵, iyi niyetin bir tamamlayıcısı olarak²²⁶ algılandığı ölçüde, hakkın kötüye kullanılmasının kötü niyetli bir fiili oluşturacaktır²²⁷. Ancak, iyiniyet kuralına yönelik daha farklı bir yaklaşım hakkın kötüye kullanılması yasağının değişik şekilde yorumlanmasına imkan verir. Nitekim, sözleşmesel bir ilişki içerisinde taraf devletlerin yetkileri sözleşmenin konu ve amacıyla tanımlanır ve söz konusu sözleşme altında hakkın kötüye kullanılması bir kötü niyet tezahürü ile değil, sözleşmenin konu ve amacına uygun olmayan ya da farklı bir konu ve amaca yönelmiş davranışın sergilenmesi ile ortaya çıkar²²⁸.

Özünde işlevsel bir kavram olarak hakkın kötüye kullanılma yasağı teorisi, belirsiz ve çok işlevli şekline bağlı olarak hakime geleceğe ilişkin esaslı bir çizgi belirlemeden önündeki sorunu çözme şansını tanımakta ve gerçek anlamda belirli bir sonuca ulaşmaya yarayan bir işlem haline dönüşmektedir²²⁹. Bu suretle hakim hak ve yetkilerin uygulanmasını, korumaya layık görülen bir menfaatin korunmasının teminatı amacıyla kısıtlamalar getirmek yoluyla, sınırlandırarak düzenleyebilecektir²³⁰. Sözleşme altında da Sözleşme organlarına bu işlevin tanındığı görülmektedir. Sözleşme dahilinde haklara getirilen sınırlandırmaların istismarı teorisinin altında 17. maddede²³¹ görülen hakkın kötüye kullanılması yasağı²³² uyarınca Sözleşme'nin konu ve amacına uygun davranma sorumluluğu altındaki devletler, kendi

²²⁵ DINH, N. Quoc, DAILLIER, P. ve PELLET, A., *Droit International Public*, 4eme Edition, LGDJ, Paris, 1994, s.344 ; aktaran : GONZALEZ, Gerard, *op.cit.*, s.165.

²²⁶ DINH, N. Quoc, DAILLIER, P. ve PELLET, A., *op.cit.*, s.340 d.232 ; aktaran : *Ibid*.

²²⁷ *Ibid*.

²²⁸ *Ibid.*, s.166.

²²⁹ DUBOIS, L., *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1962, s.405; aktaran : *Ibid*, s.167..

²³⁰ DUBOIS, L., *op.cit.*, Paris, LGDJ, 1962, s.405-406; aktaran : *Ibid*, s.167-168.

²³¹ A.İ.H.S. Madde 17 : “ Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yokedilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz”

²³² FLAUS, M., *L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, RUDH, 1992, s.461-468 ; aktran : GONZALEZ, Gerard, *op.cit.*, s.169.

başvurdıkları tedbirlerin Sözleşme’yi ihlal edip etmediği yönünde son sözü Sözleşme organlarının söylemesinide kabul etmişler²³³.

Sözleşme’nin 17. maddesi beraberinde iki temel koruma öngörmektedir. Bunlardan ilki Sözleşme’nin tanıdığı hak ve özgürlüklerin yok edilmesi amacıyla herhangi bir faaliyette bulunmak için Sözleşme’nin tanıdığı hak ve özgürlüklerin kullanılamayacağı yönündeki korumadır. Sözleşme organlarına göre 17. madde Sözleşme’nin tanıdığı hak ve özgürlüklerin tahribine yönelik faaliyetlerde bulunma hakkını verir onde yorumlanmaya müsait hakları konu almaktadır²³⁴. GONZALEZ bu hükmü “Sözleşme’nin düşmanları”na yönelik oluşturulmuş bir koruma olarak değerlendirmektedir²³⁵. İkinci koruma ise devletlerin kendilerine tanınan takdir hakkı çerçevesinde Sözleşme tarafından tanınan hak ve özgürlüklere sınırlandırma getirirken belirlenen takdir hakkının dışına çıkmalarını yasaklamaktadır. Diğer bir deyişle, 17. madde Sözleşme’nin tanıdığı hak ve özgürlüklerin kullanımına ve bunların sınırlandırılmasına yönelik üst bir sınır getirmektedir²³⁶. Sözleşme organlarının içtihadına atıfta bulunan GÖZÜBÜYÜK ve GÖLCÜKLÜ’ye göre:

“...17. maddenin, hak kısıtlamasında, özel kısıtlama hallerine eklenen ve bir anlamda ikinci “sigorta” fonsiyonu gördüğünü söyleyebiliriz... Hükmün bu şekilde yorumu, zaman zaman Komisyon ve Mahkeme önüne gelmiş olan “hakların doğasında mevcut sınırlar” veya “hakların zımni sınırları” doktrininin ne ölçüde geçerli olduğunu tartışmaya açmaktadır...”

Bununla beraber Mahkeme’ye göre sınırlamanın, meselâ 10. maddenin 2. fıkrası düzeyinde meşruluğu halinde, ihlâl iddiasını 17. maddesi açısından incelemeye gerek yoktur... Keza, Sözleşme’nin bir maddesi hükmünün çiğnendiği sonucuna varılmış olması halinde (mesela mülkiyet hakkının) aynı olayı 17 ve 18. maddeler açısından incelemeye gerek kalmaz...”²³⁷

Bu iki yönüyle 17. madde ele alındığında, maddenin ikinci olarak korumayı öngördüğü sınırlandırmaların sınırı mantığının belirli ölçüde işlevsiz bir şekle bürünmüş olduğunu düşünmek mümkün olacaktır. Nitekim, bu düşüncayı desteklemekte olan iki duruma rastlamak da mümkündür. Öncelikle, FLAUS’a

²³³ SUDRE, F., *op.cit.*, s.317.

²³⁴ *Kühlen Almanya’ya karşı*, Bn.12194/86, 12 Mayıs 1988, s.205. GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, GÖLCÜKLÜ, A. , Feyyaz, *op.cit.*, s.413.

²³⁵ GONZALEZ, Gerard, *op.cit.*

²³⁶ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, GÖLCÜKLÜ, A. , Feyyaz, *op.cit.*

²³⁷ *Ibid.*, s.414-415.

göre²³⁸, Sözleşme organlarının içtihadında devletlere geniş bir takdir hakkı tanınan hak ve özgürlükler açısından gerçek anlamıyla 17. maddesi uygulamaya yönelik herhangi bir menfaat taşımamaktadır. Bu sebepten ötürüdür ki 17. madde artık esas olarak salt Sözleşme'yi düşmanlarına karşı koruma işlevini yerine getirmektedir.

Sözleşme'nin hazırlanış aşamasında öngörülemeyen ve Sözleşme organlarının etkin denetimine bağlı olarak ortaya çıkarak 17. maddenin işlevselliğini azaltan ikinci durum ise, devletlere geniş takdir hakkının tanınmadığı hak ve özgürlüklere ilişkin olarak ilgili maddelerde yer alan özel hükümlerin etkin bir denetime yönelik yeterli derecede imkanı tanımış olmasıdır²³⁹. Devlet müdahalesinin özel hüküm uyarınca meşru sayılıp sayılmaması 17. maddeye ilişkin bütün tartışmaların önüne geçmekte ve bu çerçevede ihlalin varlığına yönelik kararda 17. maddenin herhangi bir etkisi görülmemektedir. Buna bağlı olarak güncel içtihat içerisinde din özgürlüğüne yönelik sınırlandırmaların sınırının esastan incelenmesi aşamasında hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığından çok, sınırlandırmanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı şartı ön plana çıkmaktadır.

b. Demokratik toplumda gereklilik şartı

Devletin temel hak ve özgürlüklere yönelik her sınırlandırıcı müdahalesini esas olarak yöneldiği menfaate uygun biçimde olabildiğince dar bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir²⁴⁷. Özgürlüğün doğasından kaynaklanan bu yaklaşım Sözleşme içerisinde demokratik toplumda gereklilik şartı altında düzenlenmiştir. Nitekim, her ne kadar kanun tarafından öngörülmüş olsa ve meşru bir hedefe yönelmiş bulunsada, 9. maddenin ikinci fıkrası uyarınca din özgürlüğüne yönelik sınırlandırıcı bir nitelik taşıyan her tür devlet müdahalesi demokratik bir toplumun gerekli gördüğü ölçüler dahilinde yer almalıdır.

²³⁸ FLAUS, M., *op.cit.*, s.461-468 ; aktaran : GONZALEZ, Gerard, *op.cit.*

²³⁹ *Ibid.*, s.170.

²⁴⁷ GUNN, T. Jeremy, *Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights*, VYVER, J.D. van der et WITTE, J., Jr. (Ed.), *Religious Human Rights in Global Perspective—religious perspectives*, Kluwer Law International, Hollanda, 1996, s.326.

Sözleşme'nin başlangıç noktasında ifade edilen konu ve amaç ile Sözleşme'nin başlı başına demokratik değerlere verdiği önem göz önünde bulundurulduğunda, demokratik gereklilik şartının devlet müdahalelerin esastan denetimine yönelik Sözleşme tarafından öngörülen mekanizmalar arasında en etkin olanını teşkil ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim, Sözleşme organlarının incelemek durumunda kaldığı davaların büyük bir çoğunluğunda devletin hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalesinin Sözleşme'yi ihlal ettiği sonucuna müdahalenin demokratik toplumda gerekli ölçülerin dışına taşıdığına bağlı olarak varılmıştır.

Önemli olduğu ölçüde, demokratik toplumda gereklilik ölçüsü, metinsel ifadelere bağlı olarak Sözleşme içerisindeki en tartışmalı ve belirsiz düzenlemelerden birini teşkil etmektedir. Demokrasi kavramının yoruma açıklığı, “demokratik toplum” ifadesinin kuramsal açılımının gerçek anlamda oluşturulamaması ve “gereklilik” konusunda anlaşılır ve genel geçer bir kriterin oluşturulamayışı²⁴⁸, Sözleşme organlarına inisiyatif kullanmaya yönelik geniş bir hareket alanı tanımaktadır. Geleceğe yönelik kriterlerin evrimini daraltacak bir yoruma başvurma yoluna gitmeyen Sözleşme organları, pragmatik bir anlayış içerisinde, demokratik gereklilik şartının müdahalenin baskın bir sosyal ihtiyaca cevap vermesini ve ölçülü olmasını aradığını belirtmiştir²⁴⁹. Baskın bir sosyal ihtiyaca yönelmeyen ölçüsüz devlet müdahaleleri doğrudan hakkın kötüye kullanımını teşkil edecektir.

Gerçekten de din özgürlüğüne yönelik olarak, “bir çok dinin bir arada aynı nüfus içerisinde varolduğu” demokratik toplumlarda “çeşitli grupların çıkarlarını bağdaştırmak ve herkesin inancına saygıyı sağlamak amacıyla uygun bu özgürlüğe sınırlandırmalar getirmek gerekebilir”²⁵⁰. Ancak, Sözleşme organları açıkça bu sınırlandırmaların da baskın bir sosyal ihtiyaca karşılık gelerek esas olarak amaçlanan meşru hedefle örtantılı olması gerekliliğinin üzerine basmıştır²⁵¹. Baskın bir sosyal ihtiyacın varlığa sorusuna ancak her somut olayın kendine özgü şartları ışığında karar vermek mümkün olacaktır. Belirli bir durumda baskın bir sosyal ihtiyaca karşılık teşkil etmeyen devlet müdahalesi farklı bir durumda bu alan

²⁴⁸ *Sunday Times* davasında Sözleşme organları “gerekli” terimini değerlendirmiş ve bu terimin “kabul edilebilir”, “normal”, “faydalı”, “makul”, “elverişli” ifadelerinin esnekliğine sahip olmadığına ve baskın bir sosyal gereksinimin varlığını ima ettiğine karar vermiştir. *Sunday Times Birleşik Krallık'a karşı*, *op.cit.*, p.59.

²⁴⁹ EVANS, Malcolm D., *op.cit.*, s.320.

²⁵⁰ Tarafımızca tercüme edilmiştir. *Kokkinakis Yunanistan'a karşı*, *op.cit.*, p.33.

²⁵¹ *Serif Yunanistan'a karşı*, Bn.38178/97, 14 Aralık 1999, p.9.

içerisinde değerlendirilebilir. Buna bağlı olarak baskın sosyal ihtiyaç kavramının içini belirgin bir şekilde doldurmak doğru değildir. Bu sebepten ötürü demokratik gerekliliği incelerken devletin ulusal takdir hakkının belirlenmesi ve ölçülülük anlamında kullanılan orantılılık ilkesinin kavranması esas başlangıç noktası olmalıdır.

i. Ulusal takdir hakkı öğretisi

Ulusal takdir hakkı öğretisi esas olarak idari işlemlerin yargısal denetimine yönelik ulusal içtihatlardan türemiştir. Sözleşme organları ise bu öğretiyi ilk olarak olağanüstü hallerde Sözleşme'nin askıya alınmasını düzenleyen 15. madde²⁵² kapsamında benimsemiş, daha sonraları ise kıyaslama yoluna gitmek suretiyle tam olarak 15. madde kapsamına girmeyen olağanüstü durumlarında da uygulamıştır²⁵³. Bütün Sözleşme kapsamına genişletilen öğreti, bugün Sözleşme organlarının içtihadının önemli bir yönünü teşkil etmektedir. Sözleşme organları, devletin belirli bir seviyede takdir hakkına sahip olduğunu ortaya koymaya dikkat etmektedir. Zira, bir sınırlandırmanın veya bir yaptırımın zaruriliğini tespit etme konusunda devlet yetkililerinin uluslararası yargı mensuplarına nazaran daha elverişli bir konumda olduğu aşikardır²⁵⁵. Sözleşme organlarının işlevi bu noktada kendini doğrudan yerel yetkililer konumunda düşünmenin ötesinde, bir üst boyutta bir denetimci işlevine bürünmek ve ortaya konan hak itibarıyla devletin tassarufuna açık değişik takdir hakkı alanları bırakmaktır²⁵⁶.

Ancak, devlete tanınan bu ulusal takdir hakkı alanının sınırsız olduğu sanılmamalıdır. *Wingrove Birleşik* davasında, Sözleşme organlarının Sözleşme

²⁵² A.I.H.S. madde 15 Olağanüstü hallerde askıya alma:

“1. 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 Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir. 2. 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 mezun kılmaz. 3. 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.”

²⁵³ GREER, Steven, *op.cit.*, s.16.

²⁵⁵ *Handyside Birleşik Krallık'a karşı*, Seri A, n.24, 7 aralık 1976, p.48.

²⁵⁶ EVANS, Carolyn, *op.cit.*, s.143.

tarafından koruma altına alınan hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların demokratik bir toplumda gerekliliği konusunu incelediği aşamalarda Sözleşme'ye taraf devletlerin belirli bir takdir hakkından faydalandıkları, ancak, bu hakkın sınırsız olmadığı ve bir sınırlandırmanın Sözleşme'ye uygunluğu konusunda kesin nitelikte bir sonuca varmaya sadece Sözleşme organlarına ait olduğu açıkça ifade edilmiştir²⁵⁷.

Sözleşme organlarının ulusal takdir hakkının belirlenmesi konusunda kendilerinde saklı tuttıkları bu “son sözü söyleme” hakkı bazı yönlerden zorluklar yaratabilmektedir. Sözleşme organları ulusal takdir hakkının varlığını ancak bu hakkı sınırlandırdığı aşamalarda ortaya koyabilmektedir. Bu da bir çok konuda ulusal takdir hakkı olarak tanımlanan alanın tam olarak dış ve iç sınırlarının belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Bir devlet müdahalesinin ulusal takdir hakkı içerisinde yer alıp almadığının belirlenmesi için benzer olaylarda içtihat tarafından belirlenmiş bir ulusal takdir hakkının varlığını araştırmak gerekirken, benzer bir olayda yerleşik içtihat bulunmadığı takdirde ise müdahalenin takdir hakkı içerisinde yer alıp almadığının kestirilmesi güçleşmektedir. Sözleşme organları daha önce belirlemedikleri ulusal takdir hakkı alanları için genel bir çerçevede tanımlamaya gitmeyi tercih etmektedir.

Sözleşme organlarının din özgürlüğü açısından ise bir genel çerçeve belirleme sürecinde demokratik toplum kavramından doğan dinsel çoğulculuğu muhafaza etme gerekliliğini dikkate alması gerekmektedir²⁵⁸. Bu sebepten ötürü Sözleşme organlarına göre din özgürlüğünün göreceli boyutlarının dışında devletin ulusal takdir hakkı hiçe yakındır. Sözleşme anlamında din özgürlüğü hakkı, sadece çok istisnai haller haricinde, inançların meşruiyeti ve bunların tezahür şekilleri konusunda devletin her tür takdirini dışlamaktadır²⁵⁹. I. Ek Protokol'ün 2. maddesinde düzenlendiği şekliyle eğitim hakkı konusunda ise devletlere daha geniş bir takdir hakkının tanındığı görülmektedir. Nitekim, maddenin 1. bölümü kapsamında eğitim programlarının tanımı ve düzenlenmesine ilişkin olarak ilgili devletin sınırsız bir takdir hakkına sahip olduğu görülmektedir²⁶⁰. Maddenin ikinci

²⁵⁷ *Wingrove Birleşik Krallık'a karşı*, 25 Kasım, 1996, p.58.

²⁵⁸ *Manoussakis ve diğerleri Yunanistan'a karşı*, Seri A, 26 Eylül 1996, p.44.

²⁵⁹ *Hassan ve Tchaoutch Bulgaristan'a karşı*, Büyük Divan, Bn.30985/96, 26 Ekim 2000, p.78.

²⁶⁰ Bknz. *Valsamis Yunanistan'a karşı*, op.cit.; *Kieldsen, Busk ve Pederson Danimarka'ya karşı*, Seri A, n.23, 7 Aralık 1976.

bölümü ise sadece verilen eğitimin ebevynin inançlarına saygılı bir şekilde gerçekleştirilmesi hükmünü öngörmek suretiyle sadece derslerin içeriğinin ne şekilde ortaya konacağı yönünde biraz daha sınırlı bir takdir hakkı tanımaktadır.

ii. Orantılılık ilkesinin 9. madde altında görünümü

Demokratik toplumda gereklilik testinin uygulandığı aşamalarda Sözleşme organlarının kullandığı en temel araçlardan birini orantılılık ilkesi oluşturur. Orantılık ilkesi Sözleşmede iki şekilde yer almaktadır. Öncelikle 9/2’de yer alan demokratik toplumda gereklilik testi dolaylı olarak orantılılık ilkesini içermektedir. Zira, din özgürlüğüne orantısız bir şekilde gerçekleştirilen hiçbir devlet müdahalesi demokratik bir toplumda gerekli olarak değerlendirilmeyecektir. Buna ek olarak Sözleşme’nin 18. maddesi²⁶¹ orantılık ilkesini Sözleşme organlarının kullanımına doğrudan sunmaktadır. Hak ve özgürlüklere getirilen sınırlandırmaların ancak sınırlandırmada güdülen meşru amaç için uygulanabileceği düzenlemesi ile hakların sınırlandırılması ve meşru sınırlandırma amaçları arasında doğrudan bir ilişki kurulmakta ve orantılık ilkesi Sözleşme tarafından genel bir ilke olarak tanınmaktadır²⁶².

Gerçekten de, Sözleşme organları için orantılılık ilkesi, dava aşamasında somut olaydaki sınırlandırmanın irdelenmesi sırasında en işlevsel denetim mekanizmalarından birini oluşturmaktadır. Sözleşme organlarına göre bu çerçevede tartışma konusu oluşturan müdahalenin, somut olayın bütünü ışığında, yetkili ulusal merciiler tarafından dile getirilen amaçların, müdahalenin gerekçesini oluşturabilecek yeterliliğe ve ciddiyete sahip olması ve orantılı bulunması gerekmektedir²⁶³. Orantılılık ilkesinin din özgürlüğüne yapılan müdahalelerin denetimi açısından önemide açık bir şekilde *Kokkinakis Yunanistan’a karşı* davasında belirtilmiştir. Sözleşme organlarına göre “Mahkeme’nin görevi, ulusal düzeyde alınan tedbirlerin ilke olarak meşruiyetlerini ve orantılılıklarını araştırmaktır. Bu son noktayı belirlemek için, üçüncü kişilerin hakları ile başvurucuya itham edilen

²⁶¹ A.I.H.S. Madde 18 Hakların kısıtlanmasının sınırları : “Bu Sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir.”

²⁶² GONZALEZ, Gérard, *op.cit.*, s.197.

²⁶³ *Sunday Times Birleşik Krallık’a karşı*, (n.2), Seri A, n.217, 26 Kasım 1991, p.50.

davranışı teraziye oturtmaya gerek vardır”. Nitekim, söz konusu davada Sözleşme organları olayın somut şartlarının ilgilinin mahkumiyetine sebebiyet verecek bir baskın sosyal ihtiyaç tarafından gerekçelendirilemeyeceğini ve demokratik toplumda gereklilik ve üçüncü kişilerin haklarının korunması altında orantılı sayılamayacağını belirtmiştir²⁶⁴.

Öğretide 9. madde anlamında orantılılık ilkesinin, somut olayda fiili müdahalenin belirlenen meşru amaç ve demokratik toplum gereklilikleri arasındaki dengeyi denetlemenin ötesinde, daha geniş bir şekilde ele alınabilceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre orantılılık ilkesi bifiil müdahalenin denetimine ek olarak ilgili müdahaleye dayanak oluşturan yasal düzenlemelerin de 9. madde çerçevesinde denetim tabi tutulması için kullanılabilme imkanı mevcuttur. Bu denetim özellikle cezai müeyyideler öngören yasal düzenlemeler için daha da geçerlidir²⁶⁵. Ancak, 9. madde içtihadı incelendiği zaman, bu şekilde gerçekleştirilcek bir denetime Sözleşme organlarının yatkın olmadığı görülmektedir. Bu durumun en temel sebebi ulusal takdir hakkı öğretisi ile Avrupa denetimi arasındaki gerginliktir. Bu gerginliğin arkasında ise günümüz Avrupası’nda derinleşen uluslararası ve ulusüstü işlemlerin çakışması; çoğulculuk arayışının bir yandan ulusal egemenlik ve ulusal kimlik ile, diğer yandan ortak Avrupa standartları ve yetkinin ulus devletten ulusüstü kurumlara aktarılması çelişkisi yatmaktadır²⁶⁶.

²⁶⁴ Kokkinakis Yunanistan’a karşı, Seri A, n.260-A, 25 Mayıs 1993, p.47. Ayrıca Bknz: Larissis ve diğerleri Yunanistan’a karşı, Seri A, 24 Şubat 1998, p.49.

²⁶⁵ EVANS, Carolyn, *Op.cit.*, s.146.

²⁶⁶ GREER, Steven, *op.cit.*, s.44.

Bölüm II: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde Din Özgürlüğünün Boyutları

Din özgürlüğü içerisinde iç içe geçmiş karmaşık ilişkiler zincirinin oluşmasında bir çok etken rol oynamaktadır. Özgürlük saf haliyle basit bir görünüme bürünürken, özgürlüğün devlet tarafından belirli sınırlandırmalara tabi tutulduğu noktalardan itibaren bu etkenler açık bir şekilde kendini gösterir. Devletin din özgürlüğüne ilişkin alacağı her türlü tedbir neticesinde bir yandan özgürlüğün sınırlandırılabilen boyutları etkilenirken diğer yandan özgürlüğün dikey ve yatay boyuttaki ilişkilerinde önemli değişiklikler oluşmaktadır. Bu sebepten ötürü devletlerin din özgürlüğüne yönelik tedbirlere başvurdıkları noktalarda ister istemez özgürlüğün bütün boyutlarını dikkate almaları gerekmektedir. Aksi halde doğrudan olmasa da dolaylı olarak Sözleşme'nin ruhunu ihlal etme tehlikesi doğabilecektir.

Mesela, belirli bir dinin ibadet şekilleri ya da ibadetin gerçekleştirilebileceği mekanlara yönelik olarak devletin düzenleyici bir işleme başvurusu halinde ilk olarak teknik anlamda din özgürlüğüne bir müdahale oluşturan bu işlemin özgürlüğün sınırlandırılabilen boyutları içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi şarttır. İkinci olarak söz konusu müdahalenin dikey boyutta devletin tarafsızlığı ve eşitlik ilkelerine aykırı olup olmadığı ortaya konmalıdır. Son olarak da yatay boyutta söz konusu tedbirden etkilenenlerin üçüncü kişilerin hak ve özgürlükleri ile yatay boyuttaki ilişkilerinin dikkate alınması gerekmektedir.

Bu kısa örnekte de görüldüğü üzere, din özgürlüğünün bütün boyutları sıkı bağlara bir birine bağlıdır ve her bir noktadaki etkenler diğerini yakından ilgilendirmektedir. Bu sebepten ötürüdür ki her bir boyutun kesin ve katı hatlarla çizilip birbirinden ayrılması zor olduğu kadar her somut olayda sağlıklı bir davranışta olmaz. Buna bağlı olarak din özgürlüğünün değişik boyutlarının sergilenmesi aşamasında önemli olan, bu hatları keskin hatları ile ortaya koymaktan çok, boyutların kendilerine has özellikleri çerçevesinde öne çıkan temel sorunların tespit edilmesi ve Sözleşme organlarının bu sorunlara ilişkin tutumunun belirlenmesidir. Bu bağlamda ilk olarak din özgürlüğünün tabi olduğu sınırlandırma rejimine bağlı olarak ortaya çıkan boyutları, ikinci olarak da din özgürlüğünden doğan ilişkilere bağlı olarak görülen boyutları işlenecektir.

A. Din özgürlüğünün sınırlandırma rejimine bağlı olarak görülen boyutları

Devletin din özgürlüğünü ilgilendiren konularda yapacağı her düzenleyici işlem sınırlayıcı bir nitelik taşıma ihtimalini taşır. Sözleşme'nin 9. maddesi devlet sınırlandırmalarına cevaz verse de, bu sınırlandırmaların meşru kabul edilebilirliği açısından belirli şartların yerine getirilmesini aramaktadır. Diğer kamu özgürlüklerinden farklı olarak 9. madde sınırlandırma konusunda iki farklı boyutu içerir: mutlak olan iç boyutu (*forum internum*) ve göreceli olan dış boyutları (*forum externum*). Devletin madde 9/2'de yer alan sınırlandırma rejimi uyarınca gerçekleştireceği herhangi bir sınırlandırma ancak özgürlüğün sınırlandırılabilen göreceli boyutlarına yöneldiği müddetçe meşru olarak kabul edilebilecektir. Özgürlüğün dokunulamaz kabul edilen mutlak boyutu içerisinde gerçekleşen herhangi bir sınırlandırıcı müdahale ise *ipso facto* 9. maddenin ihlali teşkil eder.

1. Din özgürlüğünün mutlak iç boyutu (*forum internum*)

Din özgürlüğün yorumu aşamasında Sözleşme organları temel vurguyu bizim özgürlüğün mutlak boyutları olarak adlandırdığımızı, iç boyutu üzerinde yoğunlaştırmıştır. İctihatta "*forum internum*"²⁶⁷ olarak dile getirilen bu boyut 9. maddenin bireysel yönünün esasını oluşturmaktadır. Din özgürlüğünün iç boyutu içerisinde 9. madde yer alan bir dine sahip olma veya sahip olmama birincil özgürlüğü ve buradan doğan dinini değiştirme ikincil özgürlüğü yer almaktadır. Bu özgürlüklere yönelik herhangi bir devlet müdahalesinde bulunulması tasavvur edilmemelidir. Zira, bu müdahale kendiliğinden 9. maddeyi ihlal eder. Buna ek olarak Sözleşme organları içtihat yoluyla mutlak iç boyutun sağladığı korumayı, dine

²⁶⁷ "9. madde birincil olarak, bazen *forum internum* olarak da adlandırılan alan olan, kişisel inançlar ve dini itikatler küresini korumaktadır". *C Birleşik Krallık'a karşı*, Bn. 10358/83, 15 Aralık 1983. Kabul edilmezlik kararı. Tarafımızca tercüme edilmiştir.

sahip olma ve dinini değiştirme özgürlüklerinin ötesinde, samimi dini duyguların da korunmasına tanındıkları görölmektedir.

a. Boyutun içeriği

Bu boyutun somut olaydaki kapsam ve sınırları Sözleşme organları tarafından tam olarak ortaya konmamıştır. Sözleşme organları tarafından bu kapsam ve sınırlar bariz olarak kabul edilmiş ve herhangi açıklayıcı bir yoruma başvurmaya ihtiyaç duyulmamıştır. Bu çekingenliğin derecesi din özgürlüğünün mutlak boyutunun açıkça ihlal edildiği bazı davalarda daha bariz bir şekilde görülebilmektedir. San Marino'da kendi inançlarına aykırı olsa da göreve gelebilmek için incil üzerine yemin etmekle yükümlü olan milletvekili adaylarının başvurusunu değerlendiren Sözleşme organları fazlasıyla atipik bir mantık yürütmüş ve incil üzerine yemin etme yükümlülüğünün 9. maddenin ikinci fıkrası altında incelenmesi gereken bir müdahale teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır²⁶⁸. Sözleşme organları müdahaleye kanunilik ve demokratik gereklilik testini uygulamayı uygun görmüş, diğer bir deyişle doğrudan özgürlüğün tezahürünü ilgilendiren bir meseleyle karşı karşıya kalındığını savunmuştur. Bu yaklaşım öğretilde yoğun bir şekilde eleştirilmiştir²⁶⁹. Bir kişinin kendi inançlarına aykırı bir şekilde başka bir din üzerinden yemin etmeye zorlanmasının 9. maddede yer alan dinini serbestçe seçme ve dinini değiştirmeye zorlanmama özgürlüklerini ve daha genel olarak din özgürlüğünün lafzı ve ruhunu ihlal ettiği aşıkardır.

İçtihatla 9. maddenin kişiyi kendi irade ve inançlarına aykırı her tür zorunlu faaliyetlere katılma yükümlülüğüne karşı koruduğu tespit edilse de²⁷⁰, bir çok soru cevapsız bırakılmıştır. Nitekim, bir faaliyetin hangi noktadan itibaren kişinin din özgürlüğünü ihlal edecek seviyeye ulaştığı belirsizdir. Keza, bir devlet müdahalesinin ne zaman bit sistematik dini telkin teşkil edeceğide açık değildir. Belirli bir faaliyete katılımın veya o faaliyete katlanmanın zorunlu tutulması din özgürlüğünün iç boyutunun bütünlüğünü ihlal edici nitelikte sayılabilir mi? ²⁷¹ Belkide bu sorulara kesin cevap vererek kendileri açısından kısıtlayıcı bir çerçeve

²⁶⁸ *Buscarani ve diğerleri Saint Marino'ya karşı*, Bn.24645/94, 18 Şubat 1999, p.31.

²⁶⁹ EVANS, Carolyn, *op.cit.*, s.73.

²⁷⁰ *Darby İsveç'e karşı*, Seri A, n.187, Karara ek, 23 Ekim 1990, p.51.

²⁷¹ EVANS, Carolyn, *op.cit.*

çizmek istememelerinden dolayıdır ki Sözleşme organları, *Buscarani ve diğerleri* davasında görüldüğü üzere, doğrudan iç boyuta yönelik bir müdahalenin varlığını ortaya koymakta çekimser kalmışlardır.

Din özgürlüğünün mutlak boyutunun sadece bir dine sahip olma özgürlüğü olarak algılandığı faraziyede uygulamada çok az engelle karşılaşılacaktır. Zira, dine sahip olma özgürlüğü diğerlerine nazaran denetimi basit bir özgürlüktür ve bu konuda bir ihlalin ileri sürüldüğüne nadiren rastlanmaktadır. Böyle bir ihlalin varlığını ispat etmek için kişinin devlet tarafından kendisine yönelik inançlarını gerçek anlamda değiştirmesine sebebiyet verebilecek derecede etkili bir doğrudan baskının uygulandığını ispat etmesi gerekmektedir. Bunun son derece zor bir ispat yükümlülüğü olduğu aşıkardır. Zaten, gerçek anlamda etkili bir baskı uygulaması mevcut ise Sözleşme organlarının bunu objektif kriterlerin uygulandığı incelemelerde tespit olanağı olacaktır. Ancak açık baskılar dışında da dine sahip olma özgürlüğünü ihlal eder nitelikte zımni baskılar varolabilir.

Ayrıca unutmamak gerekir ki Sözleşme kapsamında din özgürlüğü dine sahip olma özgürlüğünü içerdiği ölçüde bir dine sahip olmama ve dinini değiştirebilme haklarını da ihtiva eder. Kişinin dinini değiştirebilmesi, diğer bir deyişle dinini serbestçe seçebilmesi ise bir çok farklı dinamiğin etkin bir şekilde devlet yapısı içerisinde oturtulmuş olmasını gerektirir. Birey dinini değiştirebilmek için öncelikle diğer inançlar hakkında serbestçe fikir edinebileceği bir ortamda bulunmalı ve yeni inançları tanımakla kalmayarak, bu inançları benimsemesi halinde, gelişimi için gerekli eğitim olanaklarına ve gereklerini yerine getirebilmek için yeterli ibadet imkanlarına sahip olmalıdır.

Bu sebepten ötürüdür ki dini serbest seçim hakkından esaslı bir şekilde faydalanmanın derecesi ilk olarak ilgili devlette belirli bir dinin kabul edilemez bulunup bulunmadığına bağlıdır. Zira, her ne kadar bireyin samimi inancını doğrudan etkilemese ve esas olarak söz konusu inancın tezahürü üzerinde etkiler doğursa da, belirli dine yönelik var olan hasmane bir tavır, ister istemez kişinin dinini öğrenebilme ve dininin gereklerini keşfedebilme imkanları üzerinden etkili olacaktır. Nitekim, devletin bu tutumu toplumun ilgili inanca yönelik tutumunda derinde etkileyebilecektir. Ancak bu dini inançların geliştirilebilmesi için devletin belirli bir

hareket yükümlülüğü altına girdiği anlamına girmemektedir. Keza, dini inançların geliştirilmesi devletin tüm takdir hakkını ortadan kaldırır şekilde de yorumlanmamalıdır. Her ne kadar belirli bir dini inanca yönelik olarak hasmane bir tavır sergilemek din özgürlüğüne aykırılık teşkil etse de, devletin dinsel hayatın gelişimine yönelik çeşitli mekansal ve zamansal sınırlamalar getirme hakkında her zaman mevcuttur. Bu durum özellikle eğitim hakkının kullanılması aşamasında oluşabilecek devletin başvurabileceği sınırlandırmalar açısından geçerlidir²⁷².

b. Korumanın gücü

9. maddenin din özgürlüğü açısından kişiye sağladığı koruma güçlü bir şekilde iki seviyede görülmektedir. İlk olarak bireyin serbest irade ile seçme özgürlüğünü korumakta, ikinci olarak bunun ötesine geçerek bireyin serbest iradesi ile seçtiği inanca yönelik dini duygularını korumaktadır²⁷³. Bu iki seviye bir arada ele alındığında din özgürlüğünün yarattığı karmaşık ilişkiler sarmalı çok daha detaylı bir şekilde gözler önüne serilecektir. Zira din özgürlüğünün gerektiği gibi korunabilmesi için 9. madde içerisinde yer alanlara ek olarak 9. madde dışındaki bir çok özgürlüğün de aynı anda işlemesi gerekmektedir. Bu durumu özgürlükten faydalanan ilk andan itibaren tek tek tespit etmek mümkündür.

İlk olarak açık bir şekilde kişinin bir inanca sahip olma özgürlüğü vardır. Zaten herkes doğduğu toplum içerisinde belirli bir inanç çevresi içerisinde doğar ve yetişir. Bu sebepten ötürü önemli olan kişiye bu inancını değiştirme olanağının verilmiş olmasıdır. Nitekim, bir inanca sahip olma özgürlüğü beraberinde serbest iradeyle bir inanca sahip olmama özgürlüğünü de getirmektedir. Bu özgürlüğü ACHOUR dini çevrelerin dışında kazanılan bir siyasi zafer olarak değerlendirmektedir: Bir “olumsuz özgürlük” olarak “kafirlik” özgürlüğü, başta müslümanlık olmak üzere, bütün muhafazakar dini inançlar dünyasının karşı koyduğu modern siyaset felsefesinin önemli bir adımıdır²⁷⁴.

²⁷² MCBRIDE, Jeremy, *Autonomy of will and religious freedom*, FLAUSS, J.F. (Ed.), *La Protection Internationale de la Liberté Religieuse*, *op.cit.*, s.104.

²⁷³ RENUCCI, *op.cit.*, s.21.

²⁷⁴ ACHOUR, *op.cit.*, Paris, 2005, s.25.

Kişinin bu özgürlüğünden faydalanma aşamasında özgürlüğün gerçek ve etkin bir şekilde gerçekleşmesi için kişinin sistematik dini telkine (*ing. indoctrination, fr.endoctrination*) tabi tutulmaması gerekmektedir²⁷⁵. Bu telkin devletin uygulamalarından ya da üçüncü kişilerin davranışlarından kaynaklanabilecektir²⁷⁶. Sözleşme'ye taraf devletler kişileri belirli bir inanca veya ideolojiye yöneltmeme yükümlülüğü altına girmiştir²⁷⁷. Devletin bu olumsuz yükümlülüğüne ek olarak üçüncü kişilerden gelebilecek yoğun dini saldırılara karşı koruma yönünde olumlu bir yükümlülüğü vardır. İctihatta bu duruma istismarcı din yayma (*prosélytism abusive*) denilmektedir²⁷⁸.

Buna ek olarak devletin düzenleyici işlemleri suretiyle kişi dinini açıklamak mecburiyetinde bırakılmamalıdır²⁷⁹. 9. maddenin iç boyutu kişiye dine sahip olma özgürlüğünü verdiği ölçüde kişiye dinini saklama ve açıklamama özgürlüğünü de verir. Bu dinin kişisel mutlak boyutuyla ilgilidir ve kişinin özel hayatını ilgilendirir. Her hangi bir şekilde kişiyi dini inançları yönünde beyan vermek zorunda bırakmak Sözleşme'nin mantığına aykırılık teşkil edecektir²⁸⁰. Bu açıklama mecburiyeti açık hukuki düzenlemeler vasıtasıyla getirilebileceği gibi dolaylı yollarla da getirilmiş olabilir.

Günümüzde bir Avrupa devletinde herhangi bir kişinin devlet tarafından durdurulup dini inançları konusunda sorgulanması düşünülemez. Ancak bazı dolaylı tedbirlerin aynı etkiyi doğuracağı kesindir. Kimlik kartlarında bulunan din hanelerinin silinmesi için dilekçeyle başvurmak, devlet kilisesine vergi vermemek için din değiştirdiğinin bildirilmesi, zorunlu din dersinden muafiyet için başvuruda bulunmak gibi kişilere içeriğinde dinini açıklamaya mecbur bırakıldığı olumlu edimde bulunmayı gerektiren herhangi bir tedbir, zımnen de olsa dinini açıklamak zorunda kalmama özgürlüğünü

²⁷⁵ RENUCCI, *op.cit.*, s.22-23.

²⁷⁶ Bknz. *Kieldsen, Busk ve Pederson Danimarka'ya karşı*, Seri A, n.23, 7 Aralık 1976; *Kokkinakis Yunanistan'a karşı*, *op.cit.*

²⁷⁷ FROWEIN J.A., *Article 9§1*, PETTITI, L. E., DECAUX, E., ve IMBERT, P.H., (Ed.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article*, 2. Baskı, Economica, Paris, 1999, s.354.

²⁷⁸ Üçüncü kişilerin istismar edici nitelikte dini telkinler yoluyla din yayma fiilinde bulunması 9. maddeyi ihlal edici bir nitelik kazanabilecektir. Bknz. *Kokkinakis Yunanistan'a karşı*, *op.cit.*

²⁷⁹ RENUCCI, *op.cit.*, s.22.

²⁸⁰ *Ibid.*

ihlal edici nitelik taşıyabilir. Bu durum 9. maddenin ihlalinin teşkil ettiği ölçüde 8. maddenin ihlalinide gündeme getirecektir²⁸¹.

Din özgürlüğünün mutlak boyutunun getirdiği koruma yukardakilerin dışında, diğer kamu özgürlüklerinden daha farklı olarak, dini duygularında korunmasını da sağlamaktadır. Bu aslında kendi içerisinde de fazlasıyla tartışmalı bir konudur. Din özgürlüğünün yatay boyutunu ilgilendiren bu noktada kişinin din özgürlüğü ile üçüncü kişinin ifade özgürlüğü çatışmaktadır. Demokratik değerlerden çoğulculuk beğenilmeyen ifadeler hoşgörüyü gerektirir. Ancak, bir dine yönelik aşağılayıcı nitelik taşıdığı ölçüde bir ifadenin koruma görme ihtimali de azalacaktır. Nitekim, bu gibi durumlarda Sözleşme organlarının din özgürlüğüne belirli bir üstünlük tanıdığıda görülmektedir.

Sözleşme organlarına göre dine karşı ifadeler çok çeşitli şekillerde tezahür edebilir. Bunlar küfürden istismara ya da basit ifadeler kadar uzanabilmektedir. Ancak, dine karşı küşük düşürücü hakaretler inananın samimi duygularına karşı ciddi saldırı teşkil edebilir²⁸². Dinin samimi inananın hayatı içerisindeki rolü anlaşılması kolay olmayan derecede önemlidir ve bu inanca yönelik sözlü saldırılar dahi toplumda çok ciddi tepkilere yol açarak kamu düzenini ve barışını tehdit edici boyuta ulaşabilir²⁸³. Geleneksel ve tarihsel boyutuyla dinin toplum üzerindeki etkilerini kabul eden Sözleşme organlarının bu hassasiyetleri dikkate aldığı görülmüştür. 9. maddenin geniş yapısı dini duyguların madde kapsamında değerlendirilmesine olanak vermektedir.

Aslında, demokratik bir toplumda kişilerin kendilerinki dışındaki dini inançlara hoşgörü içinde yaklaşması ve kendi dinlerinin red edilmesine katlanmaları gerekir. Karşı tarafın inancı kendisinininkine hasımane bir duruşta dahi olabilir²⁸⁴. Ancak, *Otto Preminger Institut* içtihadı açıkça göstermektedir ki bu dini inancın red ediliş şekli yeri geldiğinde devletin 9. madde altında din özgürlüğünden yararlanma hakkının sağlanmasına bağlı olarak sorumluluğuna yol açabilir. Bu noktada önemli olan dine karşı olan duruşun davranış tarzıdır. İstisnai durumlarda olsa bile, dine karşı çıkış

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² *Ibid.* s.24.

²⁸³ Danimarka'da yayınlanan karikatürlerin bir çok müslüman nüfusu bulunan ülkede yarattığı toplumsal tepki belki de bu durumun en iyi örneklerinden birini teşkil etmektedir.

²⁸⁴ RENUCCI, *op.cit.*

veya karşıt dini inançların ortaya konuş şekli öyle bir niteliğe bürünebilmektedir ki, samimi inanan kişinin kendi inançlarını gerçek anlamda uygulayabilmesini ve hatta bu inançlara sahip olabilmesi ve bunları ifade edebilmesini engelleyecek nitelik kazanabilir²⁸⁵.

Dini duygulara yönelik bu koruma düşünce özgürlüğüne yönelik ciddi bir kısıtlama olarak düşünülebilir. *Otto Preminger Institut* kararı da bir çok farklı açıdan 10. maddeyi daraltıcı niteliğine bağlı olarak eleştirilebilir. Hatta 9. madde içtihadından sapıldığı da düşünülebilir. Ancak, Sözleşme organlarının içtihadta herhangi bir sapmada bulunmadığı, içtihadın dinamik evrim metodlarına uygun bir şekilde geliştiği düşünülmelidir. Nitekim, bu karara dayanak oluşturabilecek düşünceler *Kokkinakis* kararında çoktan dile getirilmiştir. Bu kararda Sözleşme organları açıkça devletin üçüncü kişilerin, düşünce vicdan ve din özgürlüğüne saygı ile bağdaşmayan bilginin veya düşüncenin ifadesini de kapsayacak şekildeki davranış tiplerinin bastırılması için devletin gerekli tedbirleri almayı düşünebileceği belirlenmiştir²⁸⁶.

Dini duyguların korunması evriminin başlangıç noktasını oluşturan *Kokkinakis* içtihadına dayanan *Otto Preminger Institut* kararı açıkça din özgürlüğünün ifade özgürlüğü karşısındaki *lex specialis* konumunu ortaya koymaktadır. Nitekim, bu yaklaşım yakın tarihli *I.A.* davasında da açıkça sergilenmiştir²⁸⁷. Dini ve felsefi konulara ilişkin yazarın görüşlerini içeren “Yasak Tümceler” isimli eserden dolayı yayın evi sahibi başvurucunun mahkum edilmesine ilişkin bu davada Sözleşme organları daha önceki içtihadı takip etmek suretiyle bu görüşlerinin yerleşik bir hal aldığını ortaya koymuştur.

Sözleşme organları, Avrupa’da üçüncü kişilerin dini inançlarına yönelen saldırılara karşı korunmasına yönelik herhangi bir ortak yaklaşımın henüz olmadığı gerçeğine bağlı olarak, din veya ahlaki küre içerisindeki samimi inançlara zarar verme ihtimali taşıyan ifadelerin düzenlemeye tabi tutulması konusunda devletlerin daha geniş bir takdir hakkının mevcudiyetini belirtmiştir²⁸⁸. Bu noktada Sözleşme organlarının görevi ise iki temel hak ve özgürlüğün çatışan menfaatleri arasında terazi işlevi

²⁸⁵ *Otto-Preminger-Institut Avusturya’ya karşı, op.cit., p.47.*

²⁸⁶ *Kokkinakis Yunanistan’a karşı, op.cit., p.48.*

²⁸⁷ *İ.A. Türkiye’ye karşı, Bn.42571/98, 13 Eylül 2005.*

²⁸⁸ *Ibid., p.25.*

olarak belirlenmiştir²⁸⁹. Söz konusu eserin sadece şok ve rahatsız edici ifadeler taşımadığını, aynı zamanda istismarcı bir şekilde İslam'ın Peygamberine yönelik küçük düşürücü saldırılar içerdiğini tespit etmiştir. Laiklik ilkesine sıkıca bağlı olan türk toplumunun eserin belirli kısımlarındaki ifadelerde yer alan haksız ve saldırgan ifadelerden derin bir şekilde yaralanabileceğini göz önünde tutan Sözleşme organları, devletin aldığı tedbirlerin devletin ulusal takdir hakkının ötesine geçmediği sonucuna ulaşmıştır²⁹⁰. Bu karardan Sözleşme organlarının din özgürlüğünün mutlak boyutu içerisinde gördüğü dini duyguların korunmasına yönelik yaklaşımını genişleterek koruduğu görülmektedir. Ancak, özellikle iki kişinin din yayma özgürlüklerinin çatışması halinde cevap bu kadar kolay bir şekilde cevaplandırılmamaktadır.

2. Din özgürlüğünün göreceli dış boyutları (*forum externum*)

Din özgürlüğü büyük ölçüde iç boyutta yaşanır. Bu sebeptendir ki, din özgürlüğünün iç boyutu mutlak ve hiçbir devlet müdahalesine maruz bırakılamaz. Devlet ancak kişi din özgürlüğünü dış boyutta (*forum externum*) yaşadığı andan itibaren bunun varlığından ve doğasından haberdar olur²⁹¹. Bu noktadan itibaren devletin takdir hakkı doğar ve din özgürlüğünün kullanımına yönelik yöntemleri belirleyebilir ya da sınırlandırmalar oluşturabilir. Buna ek olarak unutulmamalıdır ki, bu tezahür, başta ifade özgürlüğü olmak üzere, Sözleşme'de yer alan diğer özgürlükleri de ilgilendirebilir. Nitekim, Sözleşme organlarının 9. maddenin yanında başka maddelerin de ihlalinin gündeme getirildiği davalarda çoğunlukta esasa yönelik incelemeyi diğer maddeler üzerinden yaptığını görebiliriz²⁹².

Bu özgürlüğünün tezahüründeki bu değişkenlerin etkin rolünden ötürü din özgürlüğünün bu alanına “göreceli dış boyutları” demeyi uygun gördük. Bu boyutta yer alan özgürlüğün kapsamı ve sağlanan koruma bir çok etken bağlı olarak değişebilmektedir. Bu etkenler arasında din özgürlüğünün diğer hak ve özgürlüklerle

²⁸⁹ *Ibid.*, p.27.

²⁹⁰ *Ibid.*, p.29.

²⁹¹ GOMIEN, Donne, *op.cit.*, s.77.

²⁹² *Ibid.*

etkileşimi, özgürlüğü kullanan kişinin statüsü²⁹³ ya da özgürlüğün kullanıldığı yer²⁹⁴ gibi farklı parametreler yer alabilir. Bu parametrelerin içeriğine göre özgürlüğün dış görünümünün kapsamı değişecek ve Sözleşme tarafından koruma görüp görmediği her somut olayda Sözleşme organları tarafından değerlendirilecektir.

a. Din özgürlüğünün göreceli dış boyutlarının kapsamı

Kokkinakis davasında dile getirildiği²⁹⁵ ve diğer bir çok kararda yinelendiği üzere, din özgürlüğünün dış boyutu denilen bu alan dinin tezahürünü ilgilendirmektedir. Bu tezahürün hangi şekillerde yapılabileceği 9/1'in ikinci bölümünde belirlenmiştir. Buna göre, din ibadetle, öğretimle, uygulamayla ve ayinlerin tamamlanmasıyla tezahür edebilir. Liste kısa olmakla beraber sıralanan uygulamalardan doğabilecek sorunlar çok farklı şekiller alabilir. Gerçekten de din özgürlüğünün tezahürü beklenmedik sıra dışı sorunlar doğurabilmektedir. Bu durumun en iyi örneklerinden biri dini nitelik taşıyan ibrani hukuku ve fransız medeni hukukunun karşı karşıya kaldığı *C. Fransa*'ya karşı davasıdır²⁹⁶. Her ne kadar fransız medeni hukukuna göre uygun bir şekilde boşanmış olsalar da ibrani hukukuna göre karısının yeniden evlenmesi için gereken *Guett* mektubunu kendisine vermeyen kocası, karısının açtığı davada manevi tazminata mahkum edilmiştir. Acaba kişinin bu mektubu vermeye zorlanması din özgürlüğünü ihlal edecek boyutta bir müdahale midir? Sözleşme organları kişinin boşanma mektubunu vermek suretiyle dini inançlarına karşı geleceğine yönelik herhangi bir ispatın ortaya konmadığını, dolayısıyla boşanmanın rededilmesinin dinin tezahürü sayılamayacağını söylemiştir²⁹⁷.

²⁹³ Başkalarıyla yazılı iletişim kurmanın zorunlu bir dini gereklilik olmadığına karar veren Komisyon, budist bir mahkumun başvurusunu red etmiştir. Kişinin mahkum statüsüne bağlı olarak devletin din özgürlüğünü sınırlama konusunda takdir hakkı genişlemektedir. *X Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.5442/72, 20 Aralık 1974. Aynı şekilde küçük çocuklara öğretmenlik yapan bir kişiye yönelik olarak devletin din özgürlüğünün tezahüründe sınırlandırıcı tedbirler alma imkanı vardır. Bknz.. *Lucia Dahlab İsviçre'ye karşı*, *op.cit.*

²⁹⁴ Başta okullar olmak üzere, yüksek eğitim kurumlarında da din özgürlüğünün tezahürüne yönelik çeşitli sınırlandırmaların getirilebileceği kabul edilmiştir. Bknz. *Lucia Dahlab İsviçre'ye karşı*, *op.cit.*; *Leyla Şahin Türkiye'ye karşı*, *op.cit.*

²⁹⁵ “Din özgürlüğü önce iç boyutta ilgilendiriyorsa da , buna ek olarak, “dinin tezahür” özgürlüğünü de doğal olarak ima etmektedir. İfadeler ve davranışlarla şahitlik etmek dini inançların varlığına bağlıdır”. *Kokkinakis Yunanistan'a karşı*, Seri A, n.260-A, 25 Mayıs 1993, p.31.

²⁹⁶ *C. Fransa'ya karşı*, Bn. 10190/82, 6 Aralık 1982 ; aktaran : ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.327.

²⁹⁷ ÖKTEM'e göre kararda dini hukukun sonuca ulaşma aşamasında fazlasıyla dikkate alınması dini hukuka özerk bir alan tanımak suretiyle, çok hukuklu bir düzenin kabul edilebilirliğini ortaya koyucu bir nitelik taşıma izlenimini yaratmaktadır. Oysa ki *Refah Partisi* kararında da da belirtildiği üzere çok hukuklu bir düzen Sözleşme'ye ters düşecektir. *Ibid.*, d.989.

Aslında 9. madde de kullanılan ifadeler İ.H.E.B.’nin 18. maddesinde yer alan ifadelerin aynısıdır. Ancak, İ.H.E.B.’nden farklı olarak 9. maddede terimlerin metin içerisindeki konumuna ilişkin ufak bir değişiklik mevcuttur. İ.H.E.B.’nde sondan bir önce yer alan ibadet terimi 9. madde içerisinde ilk sırada yer almaktadır. Lakin, teknik bir nokta olarak görülen bu değişikliğin uygulama açısından herhangi bir önemi yoktur. 9. madde altında dinin tezahürüne yönelik bütün uygulama yöntemleri Sözleşme tarafından aynı derecede korunmaktadır. Esas önemli olan nokta listenin niteliğine ilişkindir.

Nitekim, bu listenin doğasına yönelik sorular tam anlamıyla cevaplandırılmış değildir ve bu konuda farklı makamların farklı görüşleri mevcuttur. Görüş ayrılıkları özellikle listenin sınırlayıcı nitelikte olup olmadığı konusunda yaşanabilmektedir. Bu konuda B.M. nezdinde gerçekleştirilen ve “Krishnaswami Araştırması” olarak da bilinen “Dinsel haklara ve uygulamalara yönelik ayrımcılık hakkındaki araştırma”; İ.H.E.B.’nin 18. maddesinin olabildiğince kapsayıcı olmak niyetiyle söz konusu terimleri seçtiği ortaya koymuştur²⁹⁸. Sözleşme organları ise B.M. nezdinde kabul edilen bu yaklaşımın aksine daha az hoşgörülü bir tavır sergilemiştir.

Aslında *Manoussakis ve diğerleri* kararında din özgürlüğünün dış boyutuna yönelik önem arz eden ciddi bir tespitte bulunmuştur. Sözleşme organlarına göre “*Din özgürlüğü hakkı... dinin inançların meşruiyeti ve bunların ifade şekilleri hakkında devletin tüm takdirini dışlar*”²⁹⁹. Kısacası devlet yetkilileri hangi dinin meşru olduğu ve hangi dinin meşru olmadığını belirleme konusunda herhangi bir takdir hakkına sahip değildirler. Keza, bu dinlerin gerektirdiği uygulamaların meşruiyetini ve gerekliliklerini tespit etmekte devletin ulusal takdir hakkı içerisinde yer almamaktadır. Ancak, din özgürlüğünün tezahürü açısından son derece önemli ve genişletici bir yorum olarak görülen bu ifadeyi Sözleşme organlarının dini uygulamaların gereklilikleri konusunda kendilerine tanıdıkları takdir hakkı zayıflatmıştır. Sözleşme organları *Kalaç* kararında uygulama teriminin içeriğine yönelik şu sonuca ulaşmıştır:

²⁹⁸ Arcot Krishnaswami Araştırması, Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices , <http://www.religlaw.org/interdocs/docs/akstudy1960.htm>, 20 Temmuz 2006 tarihinde görüldü.

²⁹⁹ Tarafımızca tercüme edilmiştir. *Manoussakis ve diğerleri Yunanistan’a karşı, op.cit.*, p. 47.

“Din özgürlüğü birincil olarak bireysel vicdana ilişkin bir konu olmakla beraber, *inter alia*, sadece topluluk olarak açıkta ve inancını paylaşılanlar çemberi içerisinde kendi dinini dışa vurma özgürlüğünü değil, aynı anda tek başına ve özelde de bunu gerçekleştirme özgürlüğünü ima etmektedir... 9. madde başta ibadet, eğitim, uygulama ve gözetim olmak üzere 9. madde dinin tezahürünün alabileceği çeşitli şekilleri sıralamaktadır. Ancak, 9. madde din veya inanç tarafından güdülen veya bunlardan ilham alan her tür davranışı korumaz. Buna ek olarak, dinini tezahür ederken birey kendi özel durumunu dikkate alması gerekir³⁰⁰

Bir yandan dinin gerekli ve zorunlu ifadelerini belirleme konusunda devletin söz söyleme hakkını elinden alan Sözleşme organları diğer yandan bu hakkı fazlasıyla kendilerine tanımış görünmektedir. Bir bakıma Avrupa düzeyinde ortak değerler ve standartların belirleyicisi konumundaki Sözleşme organları kendi hareket alanını genişletmek istemek suretiyle din özgürlüğüne ciddi bir darbe vurmuştur. Mutlak boyutta 9. madde tarafından sağlanan korumayı dini duyguların zarar verici ifadelere karşı korunması seviye çıkaran Sözleşme organları, dini hayat açısından önem arz eden tezahür aşamasında 9. maddenin koruyucu çemberini sadece din tarafından zorunlu adledilen davranış türleri ile sınırlı tutmuş ve hangi davranış türlerinin zorunlu kabul edilebileceği konusundaki takdir hakkını da dolaylı olarak kendisinde saklı tutmuştur. Her ne kadar Sözleşme organlarının bütün takdir hakkını kendisinde toplamasını eleştirsek, din adı altında yürütülen her davranışın gerçek anlamda söz konusu dinin tezahürünü oluşturmadığını da kabul etmemiz gerekir.

Bu sebepten ötürü *Arrowsmith* kararında³⁰¹ oluşturulan ve *Kalaç* kararında yinelenen gereklilik ilkesi uyarınca dine veya inanca dayalı olan hangi tür davranışların Sözleşme tarafından korunduğunun belirlenmesi ön plana çıkmaktadır³⁰². *Arrowsmith* davasının özündeki sorunu bir din veya inancın tezahürü için gerekli olan “uygulama” ile sadece bir din ve inanç tarafından yönlendirilen davranış arasındaki farklılığı ortaya koymak oluşturmuştur. Bunlardan ilki Sözleşme’nin 9. maddesi altında korunacak, ikincisi ise koruma dışında

³⁰⁰ *Kalaç Türkiye’ye karşı*, Bn.20702/92, 1 Haziran 1997, p.27.

³⁰¹ *Arrowsmith Birleşik Krallık’aa Karşı*, Bn.7050/75, 16 Mayıs 1977.

³⁰² Bknz. *Yanaşık Türkiye’ye karşı*, Bn.14524/89, 14 Aralık 1993; *Karaduman Türkiye’ye karşı*, Bb.16278/90, Aralık 1993, *Valsamis Yunanistan’a karşı*, Bn.21767/93, 18 Aralık 1996.

birakılacaktır. Bu noktadan itibaren, daha sonraları öğretide “*Arrowsmith testi*” olarak da bilinen³⁰³, “gereklilik testi” oluşturulmuş ve bu testin 9. maddede yer alan uygulama dışındaki diğer dini tezahür şekillerinede uygulanacağını belirtilmesi suretiyle 9. maddenin uygulama alanı daraltılmıştır. Sadece yoruma dayalı olarak 9. maddeye getirilen bu daraltmanın ana hatları ile ortaya konması, hangi dini uygulamaların Sözleşme tarafından korunacağını tespiti açısından gereklidir. Bu aşamadaki hareket noktası doğal olarak Sözleşme organlarının belirleyici kriter olarak belirlediği *Arrowsmith testi* olacaktır³⁰⁴.

b. Din özgürlüğünün göreceli boyutlarına yönelik Arrowsmith testi

Arrowsmith davası Kuzey İrlanda’ya görevli olarak gidecek askerlere görevi kabul etmemeleri için bildiri dağıtan bir pasifistin mahkumiyetini ilgilendirmekteydi. Sözleşme organları pasifismi bir inanç olarak kabul etmeye ve 9. madde altında koruma göstermeye yanaşsalar³⁰⁵, bildiri dağıtma fiilinin pasifism inancının tezahürü olduğunun ispatı başvuruca bırakıldı. Sözleşme organları uygulama fiilinin tanımını yapmadan önce dini bir saik ile gerçekleştirilen her davranışın 9/1 altında koruma görmeyeceği yönünde önemli bir uyarıda bulunmuştur³⁰⁶. Nitekim somut olay bu şekilde değerlendirilmiş ve şu sonuca ulaşılmıştır:

*“Gerçekten genel olarak pasifizm düşüncesini ilan eden ve şiddet karşıtlığına bağlılığa yönelik bir kabullenmeyi arzulayan açık beyanlar pasifist inancın normal ve tanınmış uygulamalarından sayılabilir. Ancak, bireylerin davranışlar aslında ilgili inancı dile getirmedeği zaman madde 9/1 altında korunuyor şeklinde kabul edilemez, inançtan etkilenmiş olsalar dahi”*³⁰⁷

Bu noktadan hareketle somut olayda dağıtılan bildirilerin pasifism hakkında olmadığı gerçeği karşısında Sözleşme organları 9. maddenin koruduğu herhangi bir

³⁰³ EVANS, Carolyn, *op.cit.*, s.111 vd.

³⁰⁴ Sözleşme organlarının içtihadında açıkça “*Arrowsmith*” testi diye bir ifade geçmez. Ancak, Sözleşme organlarının kullandığı “gereklilik” testinin çıkış noktası *Arrowsmith* davasıdır ve EVANS buna bağlı olarak testi bu şekilde adlandırmaktadır. Sözleşme organlarının da doğrudan ilgili davaya atıfta bulunması ve de gereklilik testinin “demokratik toplulukta gereklilik” şartıyla karıştırılabilme ihtimalini dikkate aldığımızda EVANS’ın benimsediği gibi “*Arrowsmith*” testi ifadesini kullanmayı tercih ettik. Bknz. EVANS, Carolyn, *op.cit.*, s.111 vd.

³⁰⁵ *Arrowsmith Birleşik Krallık’a karşı*, *op.cit.*, p.19.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ *Ibid.*, p.20.

uygulamanın olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Aslında *Arrowsmith* davasında uygulanan test, kararın içeriğinde doğrudan belirlenebilecek nitelikte değildir. Sözleşme organları her ne kadar dini saik ile yürütülen her tür faaliyetin 9. madde altında koruma görmeyeceğini belirtmişse de, hangi tür faaliyetlerin madde kapsamında değerlendirilebileceğine yönelik herhangi objektif kriterler içeren bir test düzenlememişlerdir. Sadece dini saik ile yürütülen davranışları maddenin koruyucu kapsamının dışına çıkarılmasıyla, bir davranışın 9. madde altında korunabilmesi için inanç ile davranış arasında doğrudan bir bağın varlığı gerekmektedir. Nitekim, daha sonraki tarihli içtihatda Sözleşme organları buna “gereklilik” testi olarak bakacaklardır³⁰⁸.

Bu testin esas oluşturulma amacı fazlasıyla açık bir ifade olarak 9. madde metni içerisinde yer alan “uygulama” terimine yönelik olası sınırlandırma imkanını tanımaktır³⁰⁹. Ancak, bazı durumlarda bu testin amacını aşan bir şekilde 9. maddede yer alan diğer değişik tezahür şekillerine yönelik olarak işletildiği de görülmüştür. Hatta bu noktada da Sözleşme organlarının belirli durumlarda testin limitlerini zorladığı tespit edilebilir. *X Birleşik Krallık’a*³¹⁰ karşı davasında müslüman bir öğretmenin Cuma günleri camiye ibadet etmeye gitmek için öğle yemeği arasına 45 dakikalık bir zamanın eklenmesine ilişkin mesai saatlerinin değişiklik isteğini ilgili okul yönetimi red etmiştir. Her ne kadar başvuru başka sebeplerde dayanarak çözüme kavuşturulmuşsa da, Sözleşme organları başvurucunun Cuma namazına karılmasına yönelik herhangi bir dini gerekliliği ortaya koyamamasına bağlı olarak 9. madde altında bir durumun oluşmadığını tespit ettiği görülmüştür.

EVANS’ın tespitine göre Sözleşme organları son kararlarını verirken bu tespite dayanmak durumunda kalmış olsalardı, doğrudan buna dayanarak ibadet özgürlüğüne bağlı bir iddiayı geri çevirmek durumunda kalacaklardı³¹¹. Böyle bir durumda Sözleşme organları ibadet ve eğitim özgürlüğüne müdahalenin *prima facie* 9/1’in ihlalini oluşturduğunu söyledikleri diğer kararlarıyla çelişir durumuna düşerlerdi³¹². Gerçekten de uygulamanın gerekliliğini ölçen *Arrowsmith* testinin

³⁰⁸ EVANS, Carolyn, *op.cit.*, s.115.

³⁰⁹ *Ibid.* 117.

³¹⁰ *X Birleşik Krallık’a karşı*, Bn.8160/78, 12 Mart 1981.

³¹¹ EVANS, Carolyn, *op.cit.*

³¹² Bknz. *Manoussakis ve diğerleri Yunanistan’a karşı*, *op.cit.*

diğer dini tezahür şekillerine genişletilecek şekilde uygulanması beraberinde bir çok derin sorunu doğuracağı aşîkardır.

Aslında Sözleşme organlarının uyguladığı *Arrowsmith* testinin kapsamının tam olarak kesinleşmediğine yönelik diğer örneklere de rastlamak mümkündür. Bazı davalarda testin uygulanma aşamasında Sözleşme organlarının testin doğasına yönelik getirdikleri değışiklik ciddi celişkiler doğurmuştur³¹³. *Karaduman*³¹⁴ kararında Sözleşme organları başörtüsüz şekilde fotoğraf çekilmeyi red ettiğı gerekçesiyle üniversite mezuniyet hakkından mahrumiyet durumunu incelemiştir. Her ne kadar karara başka esaslardan varılmış olunsada, Sözleşme organları başvurucunun fotoğrafında baş örtüsünü takma hakkının tanınmamış olmasının dinini tezahür özgürlüğüne herhangi bir sınırlama olmadığı tespitinde bulunulmuştur. Sözleşme organlarına göre üniversite diploması genel kamuya açık olması amaçlanmamaktadır. Üniversite diploması öğrencinin iş amaçlı kapasitelerini belirlemek amacını taşımaktadır. İlgili fotoğraf kişinin kimliğinin söz konusu diplomada bulunması için gerekmektedir. Bu sebepten ötürü kişinin dini inancını tezahür amacıyla kullanılamaz.

Bu noktada Sözleşme organlarının yaklaşımına katılmakla beraber *Arrowsmith* testinin tersten uygulandığını belirtmek gerekmektedir. Nitekim, eğer daha esas uygulandığı şekliyle ortaya konsaydı, *Arrowsmith* testi kişinin fotoğraf çekilme davranışının dinin tezahürünü teşkil edip etmediğı sorgulanmaz, aksine, başörtüsünün islamın bir gereğı olup olmadığı ve çıkarılmasının reddinin zorunlu bir davranış teşkil edip etmediğı sorgulanırdı. Ancak, anlaşılan odur ki Sözleşme organları bazı durumların doğrudan 9. maddenin koruması dışında kalması gerektiğini düşünmektedir. Hatta bazı durumlarda *Arrowsmith* testinin uygulanmadığı dahi görölmektedir³¹⁵.

Bugüne kadar Sözleşme organları din özgürlüğü konusunda sahne ışığını daima özgürlüğün iç boyutu üzerinde tutmuştur. Hiç bir zaman da bunu gerekçelendirme

³¹³ EVANS, Carolyn, *op.cit.*, s.118.

³¹⁴ *Karaduman Türkiye'ye karşı*, Bb.16278/90, Aralık 1993.

³¹⁵ EVANS, Carolyn, *op.cit.*; bkzn. *X ve Scientoloji Kilisesi İsviçreye karşı*, Bn. 7805/77, 05 Mayıs 1979.

ihtiyacı hissetmemişlerdir. Din ve inanç terimlerinin kapsamına yönelik 9. maddenin geniş bir inananlar kitlesine hitap ettiğini belirtmek suretiyle liberal bir tavırda olmuşlarsa da, bu inançların tezahürüne ilişkin yaklaşımları aksi yönde olmuştur. Sözleşme organları inancın pasif olan entellektüel, iç ve teolojik kısmını daima aktif olan sembolik ve ahlaki boyutları üzerinde tutmuşlardır³¹⁶. Bunun arkasında Avrupa'nın geleneksel ve tarihsel karmaşıklığından kaynaklanan yerel ve uluslararası dinamiklerdeki dengeleri olabildiğince muhafaza etme duygusu yatıyor olabilir. Ancak, Sözleşme organlarının açıkça bu yöndeki bir ifadesine kadar bu gerekçenin de bir faraziyeden öteye geçme ihtimali güçtür.

B. Din özgürlüğünden doğan ilişkilere bağlı olarak görülen boyutları

Sözleşme'de yer alan diğer bütün kamu özgürlükleri gibi din özgürlüğünden faydalanma aşamasında dikey ve yatay boyutların önemi büyüktür. Dikey boyutta devletin olumlu ve olumsuz yükümlülükleri karşısında bireyin gördüğü koruma önem arz eder. Özellikle devletin dinsel tarafsızlığının dikey boyutta sağlanması, toplum içerisinde yatay boyutta dinsel çoğulculuğun uzun dönem içerisinde korunması için şarttır. Devletin tarafsızlığı devlet kilisesi ve devlet dini açısından önem arz etmemektedir. Nitekim, tarihsel ve geleneksel sebebe bağlı olarak devletin bir dini olmasına rağmen devlet bütün dini inançlara eşit mesafede durabilir ve tarafsız bir şekilde bu inançları aynı muameleye tabi tutabilir. Ancak bu yollardır ki toplum içerisinde bütün inançlar hak ettikleri eşit korumaya haiz olabilsinler ve inanç grupları arasındaki gerginlikler asgariye indirilerek ortak değerlerde bağdaşım yaşanabilsin.

Yatay boyutta da devletin din özgürlüğü ve diğer kamu özgürlükleri arasındaki dengeyi sağlaması gerekmektedir. Bu noktada çözüm özgürlüklerden birine diğerleri üzerinde öncelik tanımak değildir. Önemli olan bütün özgürlüklerin olabildiğince

³¹⁶ EVANS, Carolyn, *Religious Freedom in European Human Rights Law : The Search for a Guiding Conception*, EVANS, Carolyn ve JANIS, Mark W. (Ed.), *Religion and International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2004, s.396.

geniş yaşanabileceği uyumlu bir sistem ortaya çıkarmaktır. Nitekim, bir çok durumda özgürlükler birbiriyle çatışmak yerine birbirini tamamlar niteliktedir. İfade özgürlüğünün olmadığı bir yerde dinini öğretme özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılamayacağı barizdir. Ancak, esas sorun üçüncü kişilerin özgürlükleri ile kişinin din özgürlüğünün çatıştığı durumlarda belirir. Bu hasas durumun zorlukları, özellikle iki farklı din özgürlüğünün çatıştığı durumlarda daha da su yüzüne çıkar. Nitekim, Sözleşme organlarının içtihadında en çok tartışılan kararların yatay ve dikey boyutun bir arada gündeme geldiği davalar arasında yer aldığı görülebilir³¹⁷.

1.Din Özgürlüğünün Dikey Boyutları

Din özgürlüğünün göreceli boyutunda gerçekleşen her faaliyet ister istemez din özgürlüğünün dikey boyutunda ilgilendirecektir. Zira, din özgürlüğü tezahür edildiği andan itibaren devletin ilgisini çekmeye başlayacaktır. Devletin bu noktadaki işlevi olabildiğince özgürlük alanı içerisinde giren faaliyetlere müdahalede bulunmamak, özgürlük alanının dışına taşıp 9/2 de belirlendiği üzere kamu düzeni, kamu barışı, kamu ahlak ve sağlığı veya üçüncü kişilerin haklarına yönelik bir tehdit oluşturduğu ölçüde de bu faaliyetleri düzenleme içerisine almaktır. Bu noktada devletin olumlu yükümlülükler altında olduğu da açıktır. Ancak, dikey boyutta tabanda gelen hareketleri denetlemekle kalmayarak kendisinde hukuk devletinin temel ilkeleri uyarınca yukarıdan özgürlük alanı içerisinde yer alan faaliyetlere yönelik dolaylı ya da doğrudan bir müdahalede bulunmaktan kaçınmalıdır.

Bugüne kadar Sözleşme organlarının önüne dikey boyutları ilgilendiren bir çok sorunlu dava gelmiş ve bu çerçevede dikey boyutta devletin sorumlulukları ve yetkilerine dair ciddi bir içtihat geliştirilebilmiştir. Somut olayın şartlarını da göz önünde bulundurmak suretiyle devletin takdir hakkı her öznel duruma göre daraltılmış veya genişletilmiştir. Bununla beraber, bütün bu kararlardan elde edilen ciddi nesnel değerler standardı da mevcuttur. Bu standartların çoğu devletin

³¹⁷ Bknz. *Darby İsveç'e karşı*, serie A, n.187, Karara ek, 23 Ekim 1990; *Kokkinakis Yunanistan'a karşı*, op.cit.; *Leyla Şahin Türkiye'ye karşı*, op.cit.; *Lucia Dahlab İsviçre'ye karşı*, op.cit.; *Otto-Preminger-Institut Avusturya'ya karşı*, op.cit.; *Manoussakis ve diğerleri Yunanistan'a karşı*, op.cit.; *Thlimmenos Yunanistan'a karşı*, Bn. 34369/97, 06 Nisan 2000; *Valsamis Yunanistan'a karşı*, 18 Aralık 1996.

tarafsızlığı ve eşitliği ilkelerine dayanarak altına bulunduğu yükümlülüklerde ne şekilde davranması gerektiğini ve takdir hakkının ölçüsünü belirlemektedir. Ancak, bu değerler statik değildir. Sözleşme organlarının dinamik evrimsel yorumuna bağlı olarak çeşitli konularda değişim göze çarpacak netliktedir. Bu çerçevede ilk aşamada devletin tarafsızlığı ve eşitliği ilkesine dayalı olarak görülen dikey boyuttaki sorunları irdelemek ondan sonrada Sözleşme organlarının içtihadında dikey boyuttaki önemli konulardaki evrimi sergilemek gerekir.

a. Devletin tarafsızlığı ve din özgürlüğü çelişkileri

Eşitlik ilkesi devlet içerisindeki bütün bireylerin temel haklarına yönelik olarak aynı muameleye tabi olmalarını gerektirir. Belirli bir dinin bilinçli öncelikli hale getirilmesi, eğer ki devlet diğer din ve inançları korumak ve eşit muameleye tabi tutmak amacıyla gerekli önlemleri almazsa, bir temel hak olarak din özgürlüğü hakkının göreceleşmesine sebebiyet verir³¹⁸. Gerçekten de, devletin başlıca din ve mezhepler “listesi” belirlemesi ciddi sorunlar doğurabilir. Nitekim, Rusya ve bazı Avrupa devletlerinde var olan ve tercih edilen, orta sınıf ve alt sınıf din ve mezhepler belirleyen bu listelerin eşitlik ilkesi uyarınca Sözleşme’ye aykırılığı tartışılmaz³¹⁹. Önemli olan her aşamada dinsel çoğulculuğu koruyacak tedbirlerin tanınmış olmasıdır. dinsel çoğulculuk konusunda Sözleşme organlarının içtihadı fazlasıyla katıdır. Devlet kişilere dinini serbestçe seçme hakkını tanımak durumundadır³²⁰. Devletin buna aykırı başvuracağı her tür tedbir beraberince çok ciddi sıkıntılar doğurur ve eşitlik ilkesiyle beraber ayrımcılık yasağını ihlal eder.

i. Sistematik dini telkin sorunu

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı çoğulculuk düşüncesiyle yakından alakalıdır. “Eşitlik ilkesi, benzer konumdaki kişilerin farklı muameleye tabi tutulmamasını

³¹⁸ FILOS, Altana, The Freedom to Change and Manifest Ones Religion or Belief and Dominant Religion, http://forum18.org/PDF/altana_filos.pdf, 10 Ağustos 2006 tarihinde görüldü, s.3.

³¹⁹ VERMEULEN, Ben P., International Agreements on Religious Freedom and their Implementation in Europe, “Religious Freedom and the New Millenium” temalı “International Coalition for Religious Freedom” Konferansında sunulan tebliğ, Berlin, 29-31 Mayıs 1998.

³²⁰ BRIARD, François-Henri, Religious Freedom and the European Court of Human Rights, “Religious Freedom and the New Millenium” temalı “International Coalition for Religious Freedom” Konferansında sunulan tebliğ, Berlin, 29-31 Mayıs 1998.

öngörü, farklı bir muameleye tabi tutulması için nesnel ve makul bir neden olmalıdır”³²¹. Ayırmacılık yasağı ise farklı konumdaki kişilerin değişik muameleye tabi tutulmalarını gerektirmektedir. İlk bakışta çelişkili gibi duran bu durum Sözleşme organlarınca net bir şekilde dile getirilmiştir: “Kişinin haklarını kullanırken ayırmacılığa uğramama hakkı, her hangi bir nesnel ve makul bir neden olmaksızın, Devletin, durumu önemli ölçüde farklı olan kişilere farklı davranmaması durumunda da ihlal edilir”³²².

Bu noktadan hareketle devletin, ayırmacılık yasağını da dikkate almak suretiyle eşitliği ve tarafsızlığı sağlama görevine karşılık din özgürlüğüne ilişkin dikey boyutta ciddi sorunlar ortaya çıkarabilir. Devletin gerçek anlamda eşitliği sağlamadığı durumlarda sorunun boyutu öyle bir dereceye ulaşabilir ki, devletin din özgürlüğüne olumlu ya da olumsuz müdahalesi göreceli boyutu aşmak suretiyle özgürlüğün dokunulması yasaklanan mutlak boyutunu tecavüz eder nitelik kazanabilir. Devletin tercih edilen bir din benimsemesi *ipso facto* Sözleşme’nin ihlalini teşkil etmese de, çeşitli uygulamalar veya tercih edilen dine sunulan çeşitli ayrıcalıklı araçlar ile bu din ile diğer inançlar arasındaki denge ilki lehine bozulabilir.

Nitekim, bu durum açıkça bir resmi dinin benimsenmediği ya da bir devlet kilisenin olmadığı devletlerde bile gözlenebilir³²³. Özellikle eğitim alanında belirli inançlara ayrıcalık tanınması dolaylı olarak kişinin din özgürlüğünün mutlak korunan iç boyutuna ciddi derecede saldırı niteliği taşıyabilir. Kişiye dinini serbestçe seçme hakkının tanınmış olunması, kişinin dinini seçerken herhangi bir baskıya maruz kalmaması ve herhangi bir beyin yıkama faaliyetiyle karşılaşmamasını gerektirir. Sistematiik dini telkin günümüzde din özgürlüğünün iç boyutu üzerinde ciddi bir tehdit, Sözleşme’nin 9. maddesi içinde gerçek bir meydan okumadır. Ancak, bugünkü durumun daha karmaşık bir yapıda olduğu gerçeği karşısında, devletin kişilere yönelik belirlediği yükümlülüklerde kişilerin samimi inançlarına karşı içsel sistematiik dini telkin tehlikesinin varlığı üzerinde yoğunlaşmak gerekmektedir.

³²¹ BATUM, Süheyl, İNCEOĞLU, Sibel ve diğerleri, Çoğulculuk, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, İstanbul, 2003, s.18.

³²² *Thlimmenos Yunanistan’a karşı*, Bn. 34369/97, 06 Nisan 2000, p.44.

³²³ Laik bir devlet olarak Türkiye’nin devlet dini yoktur. Ancak, bazı uygulamaların İslam’ın hanefi mezhebine yönelik ayrıcalıklı bir tutumun var olduğu izlenimini doğurmaktadır ve bu durumun din özgürlüğünün korunması ve devletin tarafsızlığı ilkesi açısından geçerliliği açıkça sorgulanabilir niteliktedir.

Modern liberal Avrupa yapısı içerisinde hiçbir devletin kişiye dinini değiştirmesi ya da değiştirmemesi için doğrudan baskı uygulayabileceğini tasavvur etmek mümkün değildir. Ancak, din özgürlüğünün iç boyutuna yönelik tehditin sadece ortaçağdaki gibi din savaşlarından veya cadı avlarından ibaret olduğu düşünülmemelidir. Mesela, finansmanını devletin sağladığı dini eğitimin kişinin özgürlüğünün iç boyutunu ciddi şekilde ihlal edebilecek seviyede sistematik dini telkin teşkil etme ihtimali yüksektir³²⁴. Keza, belirli dini gruplara sağlanan ayrıcalıklar ya da belirli grupların dolaylıda olsa toplum ve ekonomik hayattan dışlanması, kişi üzerinde inancını değiştirme durumunda kalmaya kadar varabilecek baskı yaratabilir. Bu sebepten ötürü devletin din özgürlüğüne yönelik olarak olumlu ve olumsuz yükümlölükleri mevcuttur. I. Ek Protokol 2. madde çerçevesinde devletin ebeveynin dini ve felsefik inançlarına saygı duymayarak sistematik dini telkin amacını taşıyan bir eğitim sunması yasaklanmıřtır³²⁵. Aynı şekilde devlet dine dayalı baskılara karşı bireyi üçüncü kişilerden de korumak zorundadır.

Eğitim hakkından bahsetmişken belirtmek gerekir ki; ebeveynin dini veya felsefik telkin içerdii iddiası, devletin ahlaki ve sosyal içerikli dersleri zorunlu kılması önünde bir engel deęildir³²⁶. Devletin yasaklanan sistematik dini telkinden uzak durması ancak bir yandan da çoğulcu bir eğitim sistemi kurması her zaman korunması kolay bir denge değildir. Ayrıca eğitimde devletin tarafsızlığı, devletin kamu yararı için gereken bazı dersleri veremeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu duruma yönelik tartışmaların Protokol'ün hazırlık çalışmaları esnasında da gündeme geldiğini görebiliriz.

Devletler her ne kadar ebeveynin kendi inançları doğrultusunda çocuklarını yetiştirme hakkına saygı göstermeyi kabul etmişler ise de bu yönde bir mali yükün altına girmek istememiřlerdir³²⁷. Bu sebebe bağlı olarak maddenin dizilişi olumludan olumsuz bir şekle dönüştürölmüştür. Buna bağlı olarak eğitim hakkı altında devletin mali sorumluluğu sınırlı bir şekilde kabul edilmektedir. I. Ek Protokol'ün 2. maddesi kişilerin inançlarına uygun eğitim alma hakkına saygıyı koruma altına almaktadır.

³²⁴ ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.320.

³²⁵ *Kieldsen, Busk ve Pederson Danimarka'ya karşı*, Seri A, n.23, 7 Aralık 1976, p.53.

³²⁶ *Zénon Bernard ve diğerleri Lüksemburg'a karşı*, Bn.17187/90, 08 Ağustos1993, p.65.

³²⁷ Bu durumun Sözleşme organlarınca dikkate alındığı çeşitli kararlarda görölmektedir. Bknz. *W&D.M, M ve HI Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.10228/82,10229/82, 6 Mart 1984; *Graeme Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.13887/88, 5 şubat 1990.

Devletin her inanca uygun bir eğitim sistemi oluşturmaya yükümlülüğünü doğurmaz³²⁸. Zaten böyle bir yükümlülüğün devlet tarafından gerçekleştirilmesi son derece güçtür. Bu düşünce eğitimde eşitlik, tarafsızlık ve merkezilik ilkeleriyle de ciddi bir şekilde çelişebilecek niteliktedir.

ii. Devlet dini meselesi

Devletin kendi eğitim sistemini oluşturma süreci içerisinde tarafsızlık ilkesine sadık kalması gerekmektedir. Devletin bu süreç içerisinde aynı anda ebeveynin inançlarına saygılı davranması laikliği veya dinsel tarafsızlığı benimseyen devlet yapıları açısından daha az zorluk doğurur. Ancak , bir çok Avrupa devletinde görünen ve din özgürlüğünün dikey boyutunu ilgilendirdiği kadar iç boyutunda yakından ilgilendiren resmi devlet dini veya kilisesi konusu bazı durumlarda ciddi sıkıntılar doğurmaktadır. Bu tarz yapılara sahip devletlerin dinsel çoğulculuğu koruyacak ciddi düzenlemelere gitmeleri gerekir. Yunanistan, Danimarka, İsveç, Norveç ve Birleşik Krallık gibi bir çok Avrupa devleti devlet kilisesi rejimini benimsemiş ve Birleşik Krallık hariç bunların bir çoğunun anayasalarında belirli bir dine özellikle vurguda bulunulmuştur³²⁹. Sözleşme organlarına göre devlet kilisesi rejimi Sözleşme'nin 9. maddesini ihlal etmemektedir. Ancak, 9. maddenin şartlarını tatmin edebilmek için devlet kilisesi rejimi bireyin 9. madde altındaki din özgürlüğünü etkin bir şekilde koruma altına alabilmek için belirgin düzenlemeler içermelidir³³⁰.

Başka dinlere inanma veya inanmama özgürlüğü tam anlamıyla muhafaza edildiği müddetçe belirli bir dini inanca yönelik özel bir statünün öngörölmüş olması din özgürlüğünün iç boyutunu ihlal edici nitelik taşımayacaktır³³¹. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesine ilişkin yaptığı genel yorumda bu durum özetlenmiştir:

³²⁸ *Belçika'da Eğitimde Kullanılan Diller Hakkındaki Kanunların Belli Yönlerine İlişkin Dava Belçika'ya karşı, (Belçika dil davası), Seri A, n.6, 23 Temmuz 1968.*

³²⁹ VANDERNACHT, Pascale, *Régime des Églises d'État*, DEVUYST, Luc ve GROLLET, Philippe (Ed.), *Relations entre États, Communautés Religieuses et Philosophiques en Europe*, Conseil Central Laïque, Belçika, 1996, s.97.

³³⁰ *Ibid.*, s.98.

³³¹ MCBRIDE, Jeremy, *op.cit.*, s.105.

“Bir dinin devlet dini olarak tanınması ya da resmi veya geleneksel olarak kurulması ya da inananların nüfusun çoğunluğunu oluşturmaları, 18 ve 27. maddeler dahil olmak üzere, Sözleşme içerisindeki herhangi bir haktan faydalanmadan mahrum kılınmasıyla, ne de diğer dinlere mensuplara veya inanmayanlara yönelik herhangi bir ayrımcılıkla sonuçlanamaz”³³²

Sözleşme organlarında bu çerçevede devlet dinini ya da devlet kilisesini din özgürlüğüne aykırı görmemektedir. Din özgürlüğüne aykırı olan böyle bir yapıya sahip devletlerde belirli bir kiliseye ya da dine mensubiyet konusunda zorlayıcı tedbirlerin belirlenmesi ya da çıkış konusunda engellerin oluşturulmasıdır³³³. Bu tarz tedbirlere başvurulmadığı müddetçe resmi dinin veya kilisenin varlığı herhangi bir şekilde Sözleşme’nin ihlalini oluşturmaz. Bu yapı içerisinde devletin resmi din veya kilise dışındaki dinsel topluluklar üzerindeki rolü ise sınırlı olmalıdır.

Sözleşme organları bir adım daha ileri giderek, kiliselere mensubiyeti bir özel kuruma üyelik ile karşılaştırmak suretiyle, devlet kilisesine dini vergi (*fr. taxes ecclésiastique*) tanınayabileceği ve hatta bu vergilerin toplanmasında devletin hukuki araçlarından istifade etme imkanının verilebileceği kanatine varmıştır³³⁴. Sözleşme organlarının bu tutumu beraberinde eleştiriye açık çelişkiler doğurmaktadır. Nitekim, kişinin bu vergileri vermemek için din değişikliğini beyan etme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Dinini açıklamaya zorlanmama ise bir din özgürlüğünün iç boyutunu oluşturan dine sahip olma ve değiştirme özgürlüğü ile sıkı sıkıya bağlıdır ve en a zından teoride devletin bir müdahale ile dokunmaması gereken alan içerisinde yer alır. Kişinin din değişikliğini haber vermek durumunda kalması, din özgürlüğünden serbestçe istifade etme imkanını ortadan kaldıracı niteliktedir³³⁵. Bu noktada vergiden muafiyet için din değişikliğinin bildirilmesi konusunda devletin herhangi bir aktif eylemde bulunmadığı savunulabilir. Lakin, bireye dini beyan etmek suretiyle gerçekleştireceği olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğünün getirilmiş olması dahi mutlak alanı ihlal edici niteliktedir. Resmi kimliklerde yer alan din hanesinin varlığına dair kesin bir cevabın şu aşamada³³⁶, geleneksel dinlerin Avrupa’daki

³³² Tarafımızca tercüme edilmiştir. General Comment 22, 48th session, 1998, HRI/GEN/1, Rev.5, n.11, p.9; aktaran: *Ibid.*

³³³ *Darby İsveç’e karşı*, Seri A, n.187, Karara ek, 23 Ekim 1990, p.45.

³³⁴ Bknz. *ibid.*

³³⁵ EVANS, Carolyn, Freedom of Religion..., *op.cit.*, s.82.

³³⁶ Bu konuda Sözleşme organlarına başvuruda bulunduğu bilinsede, bugün itibariyle Sözleşme organları nezdinde kimliklerdeki din hanesiyle ilgili herhangi bir karar çıkmamıştır.

tarihsel öneminin Sözleşme organlarının bu inançlara yönelik her tür felsefik tartışmaya karşı hassas bir tavır sergilemesine yol açtığı görülmektedir³³⁷.

Devlet dininin beraberinde getirdiği diğer bir sorun iste devletin resmi din dışındaki diğer dini kolektiviteler ile olan dikey ilişkisinde belirlemektir. Nitekim, devlet ve dini topluluklar arasındaki ilişki açısından ilk şart seküler devlet yapılarının dini toplulukların kolektif din özgürlüğünü tanınmasıdır. Ancak böyle bir tanınmanın mevcut olduğu devlet sistemleri içerisinde devlet ve dini topluluklar arasındaki ilişkilerde yapıcı sonuçlar doğuracak sorulara cevap verilebilecektir. 9. maddenin ilk fıkrasının ikinci bölümündede kolektif din özgürlüğü açıkça bir hak olarak tanınmaktadır. Bu noktadan hareketle devlet ve dini topluluklar arasındaki ilişkiyi irdelemeden önce ilk olarak din özgürlüğünün kolektif boyutunun öngördüğü temel korumayı belirlemek gerekmektedir³³⁸. Kolektif din özgürlüğünün açık veya zımnen bir şekilde tanınması, dini topluluklara ve kiliselere değişen derecelerde özerklik tanıyacaktır³³⁹. Bu noktada TORFS, din özgürlüğünün tanınmasına yönelik olarak dört farklı seviyenin varlığını ortaya koymuştur³⁴⁰:

İlk seviyede demokratik bir toplumun mihenk taşıını oluşturan bireysel din özgürlüğünün tanınması yatmaktadır. Gerçekten de bireysel din özgürlüğünün tanınmadığı durumlarda kolektif din özgürlüğünün tanınması beklenmedik sonuçlar doğurabilir. Bireye gerçek anlamda istediği dini seçme ve istediği dini ayinleri yerine getirme olanağı tanınmadığı ölçüde kolektif dini vücutların otoriter gücü denetlenemez bir yapıya bürünebilecektir. İkinci seviyede ise kolektif seviyede din özgürlüğünün tanınması gelir. Böylece kişiler açıkta toplu ibadet gibi çeşitli şekillerde dini hayata katılabilecek, dini gruplarada hukuk sistemi içerisinde çeşitli işlemlerde bulunma imkanı tanınacaktır. Üçüncü seviyeyi kilise özerkliği olarak görmek gerekir. Bu seviyede dış hukuki dünyada var olmanın ötesinde dini topluluğa iç düzeni içerisinde serbest örgütlenmeye yönelik hareket alanı tanınmakta, dini topluluk kendi iç düzeni içerisindeki usulleri belirliyelebilmektedir. Son seviyeyi ise gerçek anlamda devlet ve dini topluluk arasında eşitler seviyesinde ilişkilerin

³³⁷ Sözleşme organlarının tek bir dini korumaya yönelik dine küfür (*ing. Blasphemy, fr. blasphème*) yasalarının din özgürlüğünün ihlalinin oluşturmadığına yönelik içtihadı, bu hassasiyetin en temel göstergelerinden biridir. Bknz. ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.407 vd.

³³⁸ TORFS, Rik, *Relationship Between the state and religious groups*, FLAUS, *op.cit.*, s.131.

³³⁹ *Ibid.*, s.132.

³⁴⁰ Bknz. *Ibid.*, s.132-135.

kurulabileceği ve din özgürlüğünün ötesine geçerek ilişki ve anlaşmaların kurulabildiği bir düzlem oluşturur. Bu noktada pasif özgürlük boyutunun ötesinde ilişkinin bütün taraflarına aktif katılım imkanı tanınmaktadır.

TORFS'un belirlediği bu dört basamaklı seviye sınıflandırması devlet ve dini topluluklar arasındaki dikey boyutu ortaya koymaktadır. Birey ve toplulukların seküler devlet otoriteleri ile olan ilişkilerini belirleyen bu boyutun ötesinde yatay boyutta bireylerin ve dini toplulukların birbirleriyle olan ilişkileride bütün yapının tutarlı bir şekilde işlerliği ve etkinliği açısından önem arz eder. Nitekim, din özgürlüğüne ilişkin uluslararası mevzuat kolektif din özgürlüğünü geniş bir şekilde düzenlemek suretiyle yatay boyutta dini topluluklara büyük bir hareket alanı tanımıştır³⁴¹. Ancak, bu geniş hareket alanında beraberinde çeşitli sorunlar da doğurmaktadır. Din özgürlüğünün açık yaşandığı toplumlarda karşılaşılan din yayma bu sorunların başında gelmektedir. Nitekim, bu yatay boyuttaki din yayma sorununa ilişkin inceleme daha sonra detaylı bir şekilde ele alınacağı için bu aşamada önem arz eden nokta devletin özgürlüğü sağlarken olabildiğince yatay ilişkilerde taraflardan birine ağırlık verebilecek nitelikteki davranışlardan uzak durmak ve taraflar arası eşitliği temin edebilmek için etkin koruma ve denetim mekanizmaları oluşturmasıdır.

b. Avrupa değerlerindeki değişimin dikey boyuttaki yansımaları

Sözleşme organlarının temel hak ve özgürlükleri doğrudan ve dolaylı olarak ilgilendiren konularda belirlediği standartlar sadece somut olayın şartlarına bağlı olarak oluşmamaktadır. Zira, Avrupa değerler sisteminin mihenk taşı olarak Sözleşme sadece var olanı ortaya koymakla yetinmemekte, aynı zamanda geliştirmekte olanı da dikkate almaktadır. Din gibi geleneksel ve tarihsel yönü bulunan ve toplumsal dengeleri yakından ilgilendiren bir konuda bu gelişmeleri dikkate almak ve standartları bu çerçevede yukarı ya da aşağı çekmek belki de diğer bir çok konuya nazaran daha zor bir iştir. Bu sebepten ötürü din özgürlüğü söz konusu olduğunda Sözleşme organları çok “*statut quo*”yu koruyan bir tavır sergilemektedir. Ancak, buradan Sözleşme organları din özgürlüğüne ilişkin siyaset felsefesinde ve insan

³⁴¹ *Ibid.*, s.146.

haklarında meydana bütün olaylara yönelik olarak duyarsız kalmaktadır sonucu da çıkarılmamalıdır. Bu noktada özellikle dikey boyuttaki bazı gelişmeler Sözleşme organlarının tutumlarında Avrupa'daki değişimin yansımaları göstermektedir. Bu yansıma bazı konularda daha yavaş bir şekilde ortaya konarken bazı konularda ise daha çabuk gerçekleşmektedir. Bunlardan ilkinde örnek olarak vicdani red konusundaki yavaş evrim göze çarpmaktadır. İkincisine örnek olarak ise laiklik kavramının içtihadı girişı ve dikey boyutta devlet din ilişkisindeki değişimin dikkate alınması gerekmektedir.

i. Vicdani red konusunda değişen değerlerin Sözleşme'ye yansımaları

Dini inançlar gereğı olarak belirli yükümlölükleri yerine getirmemek fikri fazlasıyla eskiye dayanır. İlk Hristiyanlar asker olarak Roma tanrılarına yemin etmekten çekindikleri için yargılanmış ve ölüme mahkum edilmişlerdi. Nitekim, “vicdani red” terimi de ilk olarak zorunlu aşlamaya karşı kullanılmıştı³⁴². Bunun gibi bir çok örneğe tarih içerisinde rastlamak mümkündür³⁴³. Bugün vicdani red kavramı daha çok bir kişinin inanç veya güçlü dini, felsefi ve siyasi kanaata dayalı olarak zorunlu askeri hizmete gitmekten çekinmesini ifade etmek için dar anlamıyla kullanılmaktadır³⁴⁴. Nitekim, kavramın bu dar anlamında modern anlamda ulus devletin kuruluşundan önce 16. yüzyılda rastlamak mümkündür³⁴⁵. Ancak, bu kavramın beraberinde doğurduğu bir çok sorunu gerçek bir şekilde algılayabilmek için kavramın sadece dar anlamının ele alınması yeterli olmayacak, kavramın, inanç ve güçlü kanaata dayalı olarak yükümlölükleri yerine getirmekten çekinme durumunu ifade eden geniş anlamı incelenmelidir. Bu çerçevede ne kapsayıcı tanım şu şekilde verilebilir: Bir veya daha çok kişi tarafından, kendi dini veya felsefik

³⁴² SHELTON, Dinah, *Conscientious Objection and Religious Groups*, FLAUS, J.-F. (Ed.), *op.cit.*, s.158.

³⁴³ Özünde bir hristiyan geleneğı olarak sivil itaatsizlik kavramına bağılı olarak ortaya çıkan vicdani red kavramının gelişimi ve bugünkü görünümü için bkz. *CATTELAIN, Jean – Pierre, *l'Objection de Conscience*, Presses Universitaires de France, Paris, 1973.

³⁴⁴ Amnesty International'a göre vicdani redçi, askerlik hizmeti için veya askerlik hizmeti için kayıda elverişli olan ve ancak, dinden, ahlaktan, maneviyattan, insaniyetten, felsefik, siyasi veya benzer durumlardan doğan inanç veya derin kanaatine bağılı olarak zorunlu askeri hizmeti yerine getirmek veya savaşa veya silahlı çatışmalara doğrudan veya dolaylı olarak katılmayı red eden kişidir. Amnesty International, *Conscientious Objection to Military Service*, AI POL 30/01/91, p 1

³⁴⁵ 1549 ve 1580 yıllarında Hollanda askerlik muafiyet durumu tanıdı. Keza, Napoléon'da Anabaptistleri askerlikten muaf tutmuştu. *Ibid.* s.160.

inançlarına ya da vicdanlarına aykırı olduğu gerekçesiyle hukuktan doğan yükümlülüklerin reddi³⁴⁶.

Bu kavram çeşitli etkenlere bağlı olarak gri bir alan yaratmaktadır. Bu etkenlerden en büyüğü tabiki de bireyin devlete yönelik yükümlülükleri ile devletin bireyler üzerindeki otoritesi arasındaki ilişkidir. Devlet acaba genel kanunlarda belirli kişiler veya gruplar için istisnai hükümler öngörebilir mi? Bu konuda devletin, vatandaşların derin kanaatlerine saygı amacıyla, benimseyeceği dengesiz bir tutum vatandaşlar arası eşitlik ilkesinden ve devletin tarafsızlığı kuralından bir sapmaya sebebiyet vermez mi? Bu durumda ne ölçüde bir hukuk devletinden bahsetmek mümkün olacaktır?³⁴⁷ Bu soruların cevabını doğrudan vermek kolay değildir. Bu sebepten ötürüdür ki, Sözleşme metni vicdani red konusunda sessiz kalmayı yeğlemiştir. Bu kavram bütün Sözleşme metni içerisinde sadece dar anlamıyla “kölelik ve zorla çalıştırma yasağı” başlığını taşıyan 4. maddenin, hangi hallerin zorla çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilmeyeceği istisnalarını ortaya koyan 3. fıkrasının (b) bendinde yer almaktadır³⁴⁸.

Sözleşme’nin hazırlandığı tarih dikkate alındığında, devletlerin zorunlu askerliğin zorunlu çalıştırma yasağını ihlal edebilmesi ihtimaline karşı Sözleşme’ye bu şekilde bir teminat hükmü eklemiş olmalarına şaşmamak gerekir. Ancak, günümüzde zorunlu askerlik görevi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan ilki klasik anlamda askeri şeklidir. Askeri şekilde gerçekleştirilen hizmetin dışında vicdani red olasılığı ise bir çok alternatif hizmet ihtimalini beraberinde getirmektedir. Bu hizmetler savunma görevi, teknik destek hizmeti, ulusal polis nezdinde hizmet veya bir kooperasyon görevi şeklinde ortaya çıkabilir. Aslında vicdani red kavramının ötesinde sadece vicdani redde yönelik tanınan alternatif hizmet türleri

³⁴⁶ Mesela, motorsiklet ve bisiklet kullanımı sırasında koruyucu kask takma yükümlülüğü, kendi inançlarında katı bir şekilde “turban”larını kafalarından çıkarma yasağı olan Sikh inancındakiler için vicdani red hakkını doğurabilir. Keza, her tür kan transfüzyonunu yasaklayan Yehova Şahitlerinin inancı uyarınca zorunlu kan transfüzyonu durumunda vicdani red hakkı doğacaktır.

³⁴⁷ SHELTON, Dinah, *op.cit.*, s.154.

³⁴⁸ A.İ.H.S. madde 4/3 : “Aşağıdaki haller bu maddede sözü geçen “zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma” dan sayılmazlar:

...

b) Askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet”

bile kendi içerisinde geniş tartışmalara sebebiyet vermiştir³⁴⁹. Vicdani red hakkını tanıyan devletlerin sunduğu alternatif hizmetlere karşıda bireyin acaba vicdani redde başvurma imkanı öngörülebilir mi?

Zorunlu askeri görevin yerine öngörülen sivil görevi yerine getirmeyi red eden bir Yehova Şahidinin mahkumiyetinin incelendiği *Grandath* davasında başvuru 9. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Almanya’da bu sivil görevden muaffiyet çeşitli dinlerin ruhban sınıfına tanınmıştı. Ancak, Yehova Şahitleri bu kapsamın dışında görülmekteydi³⁵⁰. Sözleşme organları ise 4/3’ü dikkate almak suretiyle vicdani reddin Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlükler arasında yer almadığını belirtmek suretiyle 9. madde altında herhangi bir incelemeye girmeyi red etti³⁵¹. İleri tarihli bir davada ise Sözleşme organları bu konuda bir adım daha atmış ve vicdani red hakkının kişilere tanınmadığı devletlerde vicdani redcilere yönelik verilen mahkumiyet kararlarının Sözleşme’yi ihlal etmediği sonucuna ulaşmışdır³⁵².

Bu duruşa bağlı olarak vicdani red ile ilgili başvuruların çoğu daha çok ayrımcılık yasağı üzerine yoğunlaşan bir yaklaşımı benimsemek durumunda kalmışlardır. Bu yaklaşımlarının temelini zorunlu askeri hizmetin yerine geçen ve sivil hizmetin genelde daha uzun süre öngörülen süresinin ayrımcılığa sebebiyet verdiği savı üzerine kurmuşlardır³⁵³. Ancak, Sözleşme organları vicdani red davalarında herhangi bir ayrımcılığa ve Sözleşme’nin ihlaline hükmetmeye devam etmişlerdir³⁵⁴. Bu çerçevede 1955 ve 1993 arasında yapılan 20.000 başvurunun sadece 45 tanesi kabul edilebilirlik aşamasını geçebilmiştir. Sözleşme organları öğretide vicdan özgürlüğünü ciddiye almayarak bir temel haktan çok hoşgörülmesi gereken bir rahatsızlık olarak algılamakla suçlanmıştır³⁵⁵.

³⁴⁹ *Les Témoins de Jéhovah, le droit de la famille, de la santé, du service national et les libertés publique*, Acte du Colloque, Centre de Formation et D’Études Judiciaires, sous le haut patronage de M. Phillipe Sequin, président de l’Assemblée Nationale, avec le parrainage du journal « les Petites Affiches », Vendredi 26 Novembre 1993, L’Assemblée Nationale, s.63.

³⁵⁰ Bunun arkasında Yehova Şahidi inancının bütün üyeleri bir dini temsilci olarak görmesi yatmaktadır.

³⁵¹ *Grandath Almanya’ya karşı*, Bn.2299/64, Nisan 1965.

³⁵² *X Avusturya’ya karşı*, Bn.5591/72, 2 Nisan 1973.

³⁵³ GILBERT, Howard, *The Slow development of the right to conscientious objection to military service under the European Convention on Human Rights*, European Human Rights Review, Issue 5, 2001, p.557.

³⁵⁴ Bknz. *N İsveç’e karşı*, Bn.10410/83, 1987; *Autio Finlandiya’ya karşı*, Bn.17086/90.

³⁵⁵ GUNN, T. Geremy, *Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights*, VYVER, J.D. van der et WITTE, J., Jr. (Éds.), *Religious Human Rights in Global Perspective – religious perspectives*, Kluwer Law International, l’Hollande, 1996, s.308.

Ancak, son dönemlerde görülen iki dava Sözleşme organlarının eleştirilen duruşunda bir değişimin mümkün olabileceğinin sinyallerini bize vermektedir. Bunlardan ilki olan *Thlimmenos* kararında³⁵⁶ Sözleşme organları vicdani red konusuna yönelik daha dikkatli bir tutum içerisine girmiştir. Söz konusu olayda, zorunlu askeri hizmeti yerine getirmeyi reddetmesi dolayısıyla iki sene mahkumiyete çarptırılan bir Yehova Şahidi, muhasebeci olmak için girdiği sınavda ikinci olmasına rağmen ağır bir suçtan dolayı mahkum olduğu gerekçesiyle red edilmiştir. Sözleşme organları, vicdani red sorununun 9. madde çerçevesinde ele alınamayacağı yönündeki içtihatı hatırlatmakla birlikte, vicdani redde dayalı olarak verilecek bir mahkumiyet kararının ağır bir suç olarak sayılamayacağı sonucuna bağlı olarak başvuru konusunun mahkumiyetinin din özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir. Söz konusu davanın verilen bu mahkumiyet kararına ilişkin olmadığı ve sadece idarenin red gerekçesini ilgilendirdiği gerçeği karşısında Sözleşme organları, 9. madde altında herhangi bir ihlal sonucuna varılmayacağı, ancak, 9. maddeyle bileşik şekilde 14. maddenin ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

Ülke kararı ise Sözleşme organlarının vicdani red konusunda değişik bir tutuma sahip olabileceklerini göstermektedir³⁵⁷. Öncelikle ilk kez doğrudan vicdani reddi ilgilendiren ve 9. maddenin ihlalinin ileri sürüldüğü bir dava kabul edilmiş³⁵⁸ ve 9. madde altında esasen inceleme gerçekleştirilmiştir. Ancak, beklenin aksine, Sözleşme organları *Ülke* davasında 9. maddeye yönelik herhangi bir inceleme gerçekleştirmekten kaçınmış ve sadece zorunlu askeri hizmetini yerine getirmeyi sürekli şekilde yerine getirmeyi red eden Murat Ülke'nin devamlı mahkumiyet cezalarına çarptırılmasını Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında kötü muamele yasağı altında değerlendirmeyi tercih etmiştir.

Aslında vicdani red konusunda evrensel ve Avrupa standartlarının değiştiği açıktır. Vicdani reddi bir insan hakkı olarak tanımaya yönelik ciddi bir eğilim mevcuttur. Bu eğilim A.K., A.B. ve benzeri bölgesel örgütler nezdinde olduğu kadar B.M. gibi evrensel örgütler içerisinde kabul edilen çeşitli metinlerle açık bir şekilde belirmektedir:

³⁵⁶ *Thlimmenos Yunanistan'a karşı*, Bn. 34369/97, 06 Nisan 2000.

³⁵⁷ *Ülke Türkiye'ye karşı*, Bn.39437/98, 24 Ocak 2006.

³⁵⁸ *Ülke Türkiye'ye karşı*, Bn.39497/98, Kabul edilebilirlik kararı, 1 Haziran 2004.

B.M.İ.H.K., 8 Mart 1989 tarihinde 1989/59 sayılı karar ile açıkça zorunlu askeri hizmete karşı vicdani reddi düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün meşru bir uygulaması olarak değerlendirmiştir. 1993/84 tarihli kararında da bütün üye devletlerin insan hak ve özgürlüklerini geliştirmeye yönelik yükümlülüğünü hatırlattıktan sonra B.M. İ.H.E.B.’nin 18. maddesine doğrudan atıfta bulunmuş³⁵⁹ ve zorunlu askeri hizmette bulunan kişilerin de vicdani red hakkından mahsun bırakılmamasını³⁶⁰ ve bütün devletlerin vicdani red hakkını tanımasını kabul etmiştir³⁶¹. B.M İnsan Hakları Yüksek Komiseri’nin sunduğu 2000/34 sayılı “Askeri Hizmete Yönelik Vicdani Reddi Sorusunu Kapsayacak Şekilde Medeni ve Siyasi Haklar” raporda detaylı bir şekilde B.M.’e taraf devletlerdeki vicdani red durumu analiz edilmiş ve yine vicdani reddin bir hak olarak tanınmasının öneminin altı çizilmiştir. 29 Haziran 1990 yılında Kopenhag’da toplanan A.G.İ.K.’nın İnsani Boyutlarına dair İkinci Konferans’ta kabul edilen metnin 18. maddesi B.M.İ.H.K.’nun kararlarını dikkate alarak zorunlu askeri hizmete yönelik çeşitli alternatif hizmetlerin yerleştirilmesine karar vermiştir.

Avrupa Birliği çerçevesinde alınan birkaç kararda vicdani red hakkının düşünce, vicdan ve din özgürlüğü altında ele alınabilirliği kabul edilmiştir. Bu kararlardan benimsenen ilki 1983 tarihli *Macciocchi* kararıdır³⁶². Bu kararı müteakibben, 1989’da *Schmidbauer* kararı alınmış ve vicdani red hakkının tanınmasına ek olarak alternatif hizmette bulunanların anayasal haklarında tam olarak korunmasının önemi vurgulanmıştır³⁶³. Avrupa Topluluğu içerisinde İnsan Haklarına Saygı hakkındaki *De Gucht* kararının 46-53 maddeleri başlı başına vicdani redde ayrılmış, 50. maddesi açık bir şekilde üye devletler içerisinde vicdani redçilerin yargılanıp mahkum edilmesi kınanmıştır. Eski Yugoslavya’dan Firar Edenler kararında ise bir

³⁵⁹ B.M.İ.H.K., 1993/84 tarihli Karar madde 1: “Draws attention to the right of everyone to have conscientious objections to military service as a legitimate exercise of the right to freedom of thought, conscience and religion as laid down in article 18 of the Universal Declaration of Human Rights as well as article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights;”

³⁶⁰ B.M.İ. H.K., 1993/84 tarihli Karar madde 2.

³⁶¹ B.M.İ.H.K., 1993/84 tarihli Karar madde 5.

³⁶² 02 Şubat 1983 tarihli Vicdani red hakkındaki A.P. Kararı (*Macciocchi Resolution*).

³⁶³ 13 Ekim 1989 tarihli Vicdani red ve alternatif hizmet hakkındaki A.P. Kararı (*Schmidbauer Resolution*). Madde 1: “Calls for the right to be granted to all conscripts at any time to refuse military service, whether armed or unarmed, on grounds of conscience, with full respect for the principles of freedom and equal treatment for all members of society”

Madde 4: “Urges the Member States concerned to ensure that individuals performing alternative service are not denied their constitutional and/or civil rights and that their dignity is preserved;”

adım daha ileri giderek ulusal savaşlarda yer almak istemeyen ve dolayısıyla yargılananların korumasına yönelik standartlar oluşturulması için uluslararası topluma bir çağrıda bulunulmuştur. *Bandrés, Molet ve Bindi* kararının 1. maddesi ise B.M. İnsan Hakları Komisyonu'nun 1989/59 sayılı kararına atıfta bulunmak suretiyle vicdani redi açıkça subjektif bir hak olarak kabul etmektedir. Kararın 2. maddesi uyarınca vicdani redçi dini, etik, felsefik veya vicdani sebeplere dayalı olarak askerlik hizmetini yerine getirmek istemeyen kişidir ve üye devletler bu tanımı benimsemelidir.

Avrupa Konseyi'nde vicdani redde yönelik bu bölgesel olduğu kadar evrensel nitelikte ki değişime duyarsız kalmamış ve bir çok karar ile vicdani red meselesine değinmiştir. Bunlardan başlıcaları olarak 1967 tarihli 337 sayılı Vicdani Red hakkındaki karar, 1967 tarihli 478 sayılı Vicdani Red hakkındaki tavsiye kararı, 1977 tarihli 816 sayılı Askeri Hizmete Vicdani Red hakkındaki tavsiye kararı, R(87)8 sayılı Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere zorunlu askeri hizmete karşı vicdani red hakkındaki tavsiye kararı, 1994 tarihli 1042 sayılı Eski Yugoslavya'dan firar edenler ve yoklamaya direnenler hakkındaki karar ve son olarak 2001 tarihli 1518 sayılı Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde askeri hizmete karşı vicdani red hakkının uygulanması tavsiye kararıdır.

Bütün bu metinler dikkate alındığında vicdani red konusunda evrensel insan hakları mekanizmalarında olduğu kadar Avrupa sistemi içerisinde yer alan mekanizmalarda da yaklaşımın vicdani reddi bir hak olma yönünde ciddi bir değişimin olduğu görülebilmektedir. Sözleşme organlarının bu metinleri dikkate alması durumunda vicdani reddi Sözleşme tarafından 9. madde altında korunan bir hak olarak kabul etmelerinin önünde gerçek anlamda kısıtlayıcı herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, askerlik konusunun hassasiyeti ve ulusal egemenlik anlayışıyla yakından olan bağı nazara alındığı zaman Sözleşme organları, Sözleşme içerisinde açık bir hukuki düzenlememenin yer almamasına bağlı olarak, genişletici bir yorumla yeni bir hak yaratma eğiliminden uzak durmaktadırlar. 9. madde altında diğer bir çok konuda bu şekilde çeşitli metinde geçmeyen özgürlükleri yaratan Sözleşme organlarının vicdani red içinde aynı uygulamayı gerçekleştirmesinin önünde psikolojik bariyerlerden başka bir şey yoktur. Önemli olan Sözleşme organlarının bu adımı atıp atmama ve karşılaşabilecekleri tepkiyi göğüsleme

iradelerinin varlığının mevcudiyetir. *Ülke* kararı bir devrim niteliğinde olmasa da bir başlangıcın işareti olabilir. Ancak, bu konuda kesin bir kararın eksikliğinde gerçek bir sonuca ulaşmak şu aşamada mümkün değildir.

ii. Dikey boyutta bireysel ve kolektif hakların sınırlandırılması açısından demokrasi ve laiklik ilkesine bakış

Sözleşme organlarının son dönem içtihadı, özellikle de *Refah Partisi*³⁶⁴, *Leyla Şahin*³⁶⁵ ve *İ.A. Türkiye'ye karşı*³⁶⁶ davaları ele alındığında, din özgürlüğüne yönelik daha kapalı ve içe dönük bir tavırın benimsendiği izlenimini doğurmaktadır. Bu üç kararın ortak noktası bireysel ve kolektif haklara getirilen sınırlandırmaların Sözleşme organlarınca meşru bulunmuş olmasıdır. Özellikle *Leyla Şahin* ve *İ.A. Türkiye'ye karşı* kararları Sözleşme organlarının 9. maddenin koruyucu çemberini daraltan içtihadı destekleyen nitelikleri ile bir çok tartışmaya sebebiyet vermişlerdir. Ancak, bu iki karar yerleşik içtihadın daha dar yorumlanmış bir şeklini teşkil etmekte ce esas olarak din özgürlüğünün yatay boyutunu ilgilendirmektedir. *Refah Partisi* kararı ise doğrudan 9. maddeye ilişkin olmamakla beraber, ortaya koyduğu temel ilkeler 9. madde kapsamında din özgürlüğü, özellikle de kolektif din özgürlüğünün siyasi görünümü üzerinde dikey boyutta ciddi etkileri mevcuttur. Sözleşme'nin kendisini korumaya yönelik bir tepki olarak laikliği yeni bir değer halinde demokrasinin hizmetine sunması ve hakkın kötüye kullanımı çerçevesinde demokrasinin kendisini düşmanlarına karşı koruması çarpıcı bir şekilde bu davada sergilenmiştir.

Zaten demokrasi sadece sayıların hakimiyeti değil, aynı zamanda hukukun da hakimiyetidir. Belirli şartlara riayetin aranması, sayıları ne kadar olursa olsun bir siyasi partinin kapatılmasına sebebiyet verebilir³⁶⁷. Türk anayasal yapısı içerisinde laiklik bu etkideki şartlardan biridir. Refah Partisi aslında Türkiye'de laiklik ilkesine dayanılarak kapatılan ilk parti değildir. Ancak, ilk kez bu güçteki bir partinin kapatılması söz konusu olmuş ve sorun kendisini Sözleşme organları önünde

³⁶⁴ *Refah partisi Türkiye'ye karşı*, Bn.41340/90,41342/98,41343/98,41344/98, 13 Şubat 2003.

³⁶⁵ *Leyla Şahin Türkiye'ye karşı*, op.cit.

³⁶⁶ *İ.A. Türkiye'ye karşı*, op.cit.

³⁶⁷ P. Espugales, "L'interdiction des parties politiques", R.F.D. const., n.36, 1999, s.676.

bulmuştur³⁶⁸. Keza, bir çok siyasi parti (TBKP, ÖZDEP, HEP) Sözleşme organlarına kapatılma konusuyla ilgili olarak Türkiye aleyhine başvurmuş ancak, yine ilk kez parti kapatmadan ötürü Türkiye'nin Sözleşme'yi ihlal etmediğine karar verilmiştir³⁶⁹. Refah Partisinin kapatılması kararının dayanağı demokrasi açısından bir *sine qua non* olarak gördüğü laiklik ilkesi olmuştur. Bu vesileyle dir ki, laiklik, ilk kez gerçek anlamıyla Sözleşme önünde bir teste tabi tutulmuştur³⁷⁰. Anayasa mahkemesinin laik devleti din devletine dönüştürme çabalarının kapatmanın temel sebebini oluşturduğu kararı³⁷¹, Sözleşme organlarının dikey boyutta din özgürlüğüne ilişkin çeşitli konuları incelemesini zorunlu bırakmıştır. Burada laiklik ilkesi ile kolektif din yayma özgürlüğü arasındaki ciddi çatışmayı bir sonuca ulaştırmak amacıyla, çoğunlukla birbiriyle bağdaşmayan çeşitli kavramlar arasında dengeyi kurmak gerekmiştir.

Sözleşme organları *Refah Partisi* kararında Sözleşme'nin insan onurunu korumaya yönelik amacı ve bu amaca yönelik demokrasi ve hukukun üstünlüğünün kilit rolünü hatırlatmışlardır. Bu yaklaşımın bir yenilik olduğunu savunanlar olsada diğer bazı parti kapatma davalarında da Sözleşme organlarının demokrasi ve hukukun üstünlüğünün görevini belirledikleri bilinmektedir³⁷². Laiklik ise Sözleşme ve Sözleşme içtihadında açıkça tanınmış ve tanımlanmış bir ilke değildir. Sadece Türkiye ve Fransada laiklik devletin anayasal düzeninin temel taşlarından biri olarak yer alır. Bu noktada başvuru ile hükümet arasında laikliğin yorumu hakkında tartışma çıkmıştır. Sözleşme organları Refah Partisi'nin getirmek istediği çok hukuklu sistemin kişiler arasında dine dayalı bir farklılık yaratacağı ve bunun kişilerin dinsel aidiyetleri uyarınca hak ve özgürlüklere sahip olabilecekleri gerçeğinin altını çizmiştir. Sözleşme organlarına göre böyle bir rejim Sözleşme'ye iki sebepten ötürü uyum gösteremeyecektir. İlk olarak devletin bireysel hak ve özgürlüklerin, özellikle de din ve inançları tezahür özgürlüğünün tarafsız koruyucusu olarak görevini ortadan kaldıracak ve kişiler hukuk kurallarına değil, din kurallarına riayet etmek durumunda kalacaklardır. İkinci olarak bu nitelikteki bir rejim,

³⁶⁸ A.Bockel, "Le droit constitutionnel turc à l'épreuve européenne, Réflexions à partir d'une decision de la cour constitutionnelle turque portant dissolution du Parti islamique REFAH", *Revue Française de droit constitutionnel*, 40,1999, s.911.

³⁶⁹ M.Levinet, "Droit à la liberté de réunion et d'association", *Revue du Droit Public*, no:3, Mai-Juin 2004, s.836.

³⁷⁰ A.Bockel, *op.cit.*, s.911

³⁷¹ S. Sottiaux, D. De Prins, "L'arrêt Refah Partisi et autres contre Turquie du 31 juillet 2001", *Rev.trim. dr. h.*, 2002, s.1010

³⁷² Bknz. Halil Volkan Arıkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihadı Işığında Refah Partisi Kararı: Bir İçtihat değişikliği mi?", *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi*, sayı:2, 2002.

bireylerin kamu özgürlüklerinden faydalanma aşamasındaki ayırımcılık yasağını ihlal edecektir.

Ayrıca, Refah Partisi'nin getirmek istediği ileri sürülen Şeriat modeli din devleti demokrasinin anti-tezi olarak görülebilir. Nitekim, Sözleşme organlarına göre de bu model kutsal kurallar ve dogmalar içerdiği için Sözleşme'nin anladığı anlamıyla demokrasiye uyumsuzdur. Sözleşme organlarına göre bir yandan demokrasiye ve temel hak ve hürriyetlere saygıyı savunmanın, diğer yandan dadın devletini arzulamanın bağdaşır yanı azdır. Bütün bu sebeplere dayanarak devlet müdahalesinin baskın bir sosyal ihtiyaca yöneldiği kanaatine varılmıştır.

Sözleşme organlarının bu kararda “militan demokrat” bir tavır sergilediği düşünülebilir. Hatta bu tavrın demokrasinin korunması için demokrasiden ödün mantığına kadar varabilecek niteliğe olduğu düşünülebilir. Bazı yazarlarda Sözleşme organlarının açıkça bir partinin din devleti kurma çabalarının Sözleşme'ye uygunluğunun denetlendiği gerçeği karşısında başvurucunun Türkiye, sanık sandalyesinde oturanın ise islam olduğu izlenimi veren ilginç bir durumun oluştuğunu da savunmuşlardır³⁷³.

Herkesin bireysel ve kolektif din özgürlüğü Sözleşme altında koruma altına alınmıştır. Din yayma ve dini görüşlerine uygun şekilde yaşamakta bu özgürlükler arasında yer alır. Ancak, devletin de herkesin hak ve özgürlüklerinde yönelen saldırılara karşı koruma yönünde olumlu bir yükümlülüğü mevcuttur³⁷⁴. *Refah Partisi* kararında ile devletin din özgürlüğüne yönelik bu yatay boyuttaki dengeyi koruma işlevini en rahat demokratik bir rejim altında koruyabileceği savunulmuştur. Bu dengeyi bozabilecek dikey boyuttaki tabandan yukarı doğru hareketlere karşı devletin demokrasinin esaslarını korumaya yönelik engelleyici tedbirleri Sözleşme altında meşru görülecektir.

³⁷³ LEBRETON Gilles, *L'islam devant la Cour européenne des droits de l'homme, Revue du droit public, n° 5, 2002*, p.1495.

³⁷⁴ SUDRE, F., *op.cit.*, s.436.

2. Din Özgürlüğünün Yatay Boyutları

9. madde devletler için olumsuz ve olumlu yükümlülükler yaratmaktadır³⁷⁵. 9. madde altında devlet, kişilerin din özgürlüğünden olabildiğince barışçıl bir şekilde istifade etmelerini sağlamalıdır. Sözleşme organlarına göre, dinini tezahür etme özgürlüğünden faydalanmak isteyen kişiler, ister çoğunluktaki, ister azınlıktaki bir dine inansınlar, bu özgürlüklerini kullanırken mantıklı olarak her tür eleştiriden muaf tutulmayı bekleyemezler. Kendi dini inançlarının başkaları tarafından red edilmesini hoşgörüyle karşılamalı ve hatta, kendi inançları aleyhindeki öğretileri teksir edenlere katlanmalıdırlar. Ancak, dini inançların ve öğretilerin muhalefet şekli ya da bu muhalefetin engellenmesi devletin sorumluluğunu doğurabilir, özellikle de bu dinlere ve öğretilere inananların 9. madde altında sahip oldukları haklarından barışçıl şekilde yararlanma haklarına bağlı olarak. Hakkikaten, bazı ekstrem durumlarda dini inançlara muhalefet etme ya da onları red etme yöntemleri öyle bir şekilde olabilir ki, bu inançlara sahip olanların bu inançlara sahip olma ve onları ifade etme özgürlüklerine mani olabilir³⁷⁶.

Yatay boyutta hak ve özgürlükler arasında doğru dengeyi kurabilmek, demokrasinin olmazsa olmazı olan çoğulculuğun sağlıklı devamı için şarttır³⁷⁷. Aralarında herhangi bir hiyerarşi bulunmayan hak ve özgürlüklerden birine diğerleri üzerinde dengeyi bozacak mahiyette ağırlık tanımak, demokratik çoğulculuğu tehdit edebilir. Din özgürlüğünün tezahürü aşamasında bu özgürlük doğal olarak Sözleşme ve Ek Protokolleri tarafından korunan diğer hak ve özgürlükler ile etkileşime girecektir. Bu hak ve özgürlükler ile görünen etkileşim kendisini iki şekilde ortaya koyabilir. Ya diğer hak ve özgürlükler din özgürlüğü ile birlikte birbirlerini tamamlayıcı bir yapıya bürünecek ya da din özgürlüğü ile diğer hak ve özgürlükler arasında bir çatışma oluşacaktır³⁷⁸. Bu ikinci durumda çatışan hak ve özgürlüklerden birine üstünlük tanımak ya da iki çatışan taraf arasında denge belirlemek Sözleşme organları

³⁷⁵ KORKELIA, Konstantin, *Freedom of Thought, Conscience and Religion under the European Convention on Human Rights and the Georgian Legislation*, Georgian Law Review, V.6, N.1, 2003, s.143.

³⁷⁶ Otto-Preminger-Institut Avusturya'ya karşı, Seri A, n.295-A, 20 Eylül 1994, p.47.

³⁷⁷ Sözleşme organlarına göre demokrasinin olmazsa olmazı unsurları çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliktir. Bknz. *Castells İspanya'ya karşı*, Seri A, n.236, 23 Nisan 1992, p.42; *Vogt Almanya'ya karşı*, Seri A, n.323, 25 Eylül 1995, (on the merits), p.52; *İncal Türkiye'ye karşı*, 9 Haziran 1998, p.46.

³⁷⁸ RENUCCI, Jean François, *op.cit.*, s.30.

açısından ciddi olarak üzerinde durulması gereken bir durumdur. Ancak, belkide Sözleşme organlarını en çok zorlayan konu 9. madde altında yer alan iki farklı özgürlüğün çatışması durumudur. Gerçektende iki kişinin din özgürlüğünün çatıştığı noktada belirli bir denge kurmak oldukça güç bir iştir. Zira, *lex specialis* kuralı işletilemeyecek ve birine üstünlük verilmesi halinde her halükarda din özgürlüğü kısıtlanmış olacaktır. Bu konu Sözleşme organlarının önünde bir çok şekilde tezahür etmiştir. Ancak, bütün bunlar arasında belki de en çok tartışma yaratan durum, din özgürlüğünün doğasında var olan din yayma özgürlüğü ile diğer bir kişinin din özgürlüğünün mutlak boyutundan doğan dini duyguların korunmasının çatıştığı durumudur. Bu noktada ister istermez Sözleşme organları din yayma özgürlüğünü kısıtlama yoluna gidecektir. Ancak, tespit edilmesi gereken yatay boyutta hangi noktadan itibaren kişinin din yayma özgürlüğünden mahrum bırakılabileceğidir.

a. Sözleşme dahilinde üçüncü kişilerin haklarını korumaya yönelik İstismarcı din yaymanın (prozelitizm) sınırlandırılması

9. maddenin açıkça kişiye dinini değiştirme hakkını tanıması beraberinde bu haktan gerçek anlamda faydalanabilmek için yerine getirebilmesi gereken davranışlara yönelik özgürlükleride tanıdığı anlamına gelir. Bir kişinin dini değiştirmesi için din konusunda konuşabilmesi, bilgilenebilmesi, tartışabilmesi, kendi inancını yayabilmesi ve bu aşamada kendi dinini başkalarına öğretebilmesi gerekir. Bütün bunlar bir arada sağlanamıyorsa o zaman din değiştirme hakkının bir anlamı kalmayacaktır³⁷⁹. İşte bu noktada din yayma özgürlüğü belkide Sözleşme açısından karşılaştığı ve çözüme kavuşturmak durumunda kaldığı en çetrefilli durumlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Dini hassasiyetlerin ve üçüncü kişilerin haklarının korunması, dinsel çoğulculuğun sağlanması için hak ve özgürlüklerin tezahürünün teminat altına alınması işin içine girdiği din yayma özgürlüğü, 9. madde içtihadının temelini oluşturan *Kokkinakis* davası sonrasında olduğu kadar günümüzde de halen ciddi bir tartışma konusu olmaya devam etmektedir.

³⁷⁹ BRIARD, François-Henri, Religious Freedom and the European Court of Human Rights, “Religious Freedom and the New Millenium” temalı “International Coalition for Religious Freedom” Konferansında sunulan tebliğ, Berlin, 29-31 Mayıs 1998.

Din yayma için Sözleşme organları içtihatlarında “Prozelitizm” (ing. proselytism, fr. *prosélytisme*) terimini sıklıkla kullanmaktadır³⁸⁰. Aslında prozelitizm terimi, ki OKTEM türkçe de kelimenin tam karşılığının bulunmayışından dolayı terimi bu şekliyle kullanma taraftarıdır, “bir inancın mensuplarının o inancı yaymak ve yeni mensuplar kazanmak için gösterdikleri aşırı çabayı ifade eder”³⁸¹. Bu çalışma kapsamında ise sadeliği korumak için din yayma ifadesini kullanmayı uygun gördük. Her halükarda, bahsi geçen din yaymanın özel bir çaba ve kastı aradığı ve basit anlamda bir dinini tanıtmaya veya dinini beyan etme anlamına gelmediği göz önünde bulundurulmalıdır.

Din kavramının doğasında var olan din yayma özgürlüğü hakkında dün olduğu kadar bugünkü temel sorun teşkil eden esas çelişki COLLANGE tarafından çok doğru bir şekilde tespit edilmiştir:

“... bütün dinler – terimin etimolojilerinden biri uyarınca – birleştirme ve bağlamak (*religare*), bir cemiyeti oluşturmak ve yapılandırmak işlevine sahiptir...din sadece bir topluluğun çimentosunu oluşturmaz, çeşitli özelliklerle – inanç ve terbiyeye, geleneğe, dile, ayinlere ve kültüre bağlı olarak- daha da çok kimliğini oluşturur... din bir mutlağa atıfta bulunmaktadır. Geçicinin ve hareketin içindeki sürekliliğe ve mutlağa şahittir. Zira, mutlak paylaşılmaz, ya vardır ya da yoktur, ve bu kabul edilmesi gereken gerçek inançların çoğulculuğu ve dini kanaatler arasındaki ittifakı yeniden sorunludan çok hale getirmektedir”³⁸²

Din yayma özgürlüğünün yarattığı paradoksu çözmek, demokratik toplum içerisinde dinsel çoğulculuğun sürekliliği mücadelesi ile çoğunlukla çoğulculuğu red eden “din” kavramı arasındaki çatışmadaki tam dengeyi oturtabilmeye bağlıdır. Bu bağlamda din yaymanın iki görünüşü mevcuttur: Bunlardan ilki din yayma özgürlüğünün olumlu görünümünü oluşturan dinini başkalarına yayma özgürlüğüdür. Din yaymanın olumsuz görünümünü oluşturan ikincisi ise üçüncü kişinin din yaymaya maruz kalmama özgürlüğünü içermektedir³⁸³. Bu iki görünümün de aynı şekilde korunması ve birbirleriyle çatıştıkları durumlarda uzlaşmaya gidilmesi

³⁸⁰ Terimin kökenini antik yunancadaki “yeni gelen” anlamında kullanılan “*proselutos*” kelimesinde bulmaktadır KERR, David, “Christian Understanding of Proselytism”, Paper Submitted to the International Symposium on Religious Freedoms and Proselytism: Ethical, Political and Legal Aspects, Tantur Ecumenical Institute for Theological Studies, 31 Mayıs-4 Haziran 1998, s.1: aktaran: OKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.415.

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² Tarafımızca çevrilmiştir. COLLANGE, Jean François, *La Liberté de Croyance dans la Pensée Religieuse*, FLAUSS, J.F. (Ed.), *op.cit.*, s.1-2.

³⁸³ OKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.416.

gerekmektedir. Bu çerçevede her devletin kendi iç hukukunda siyasi, sosyolojik ve jeopolitik şartları uyarınca belirli bir dengeyi kurmaya çalışması zaruridir³⁸⁴.

Bu dengenin önemine bağlı olarak ki, Sözleşme organlarının 9. madde içtihadının miladını oluşturan *Kokkinakis* davası doğrudan din yayma özgürlüğüne ilişkin bir başvuruyu ilgilendirmektedir. Sözleşme organlarının bugün itibarıyla din yayma konusunda belirlediği standartların anlaşılabilmesi için bu standartların başlangıç noktası olan bu davaya kısaca değinmeden gerekmektedir. *Kokkinakis* kararı, din yaymaya bağlı olarak Yehova Şahidi M.Kokkinakis'in mahkumiyetinin 9. madde kapsamında değerlendirilmesine ilişkindir. Yunanistan Anayasası'nın din özgürlüğünü düzenleyen 13. maddesinin ikinci fıkrası açıkça din yaymayı yasaklamakta, 1368/1938 sayılı yasanın 4. maddesi, aynı yasanın 2. maddesinde yer alan tanım uyarınca gerçekleştirilen din yayma fiilini bir suç olarak düzenleyerek cezai yaptırıma bağlamaktaydı.

Bu düzenlemelere dayalı olarak bir çok defa tutuklanan M. Kokkinakis, çeşitli hapis ve para cezalarına çarptırılır. Sözleşme organlarına yaptığı başvurusunda bu yaptırımların Sözleşme'nin 9. maddesini ihlal ettiğini ileri sürer. Kokkinakis'e göre 1953 yılından beri Yunanistan Anayasası'na göre her tür kanundan üstün durumda bulunan Sözleşme'nin tanıdığı, dinini veya inancını değiştirme ve bunu kamuda veya özelde, bireysel ya da toplu halde tezahür etme özgürlüğü ile din yayma arasında bir ayırma gitmek oldukça zordur³⁸⁵. Somut olayı inceleyen Sözleşme organları öncelikle demokratik toplum açısından 9. maddenin esaslı rolünü ilan edip 9. madde altındaki özgürlüklerin ateler, agnostikler, şüpheçiler ve ilgisizlerde dahil olmak üzere herkes açısından önemini dile getirdikten sonra, kelimeler ve davranışlar ile şehadetin dini inançların varlığına bağlı olduğunu beyan eder. Sözleşme organları din özgürlüğünün tezahürünü açıklarken açıkça üçüncü kişiyi ikna etme hakkının bu kapsamda değerlendirildiğini ve yokluğu halinde 9. maddece tanınan din veya inanç değiştirme özgürlüğünün içinin hükümsüz kalacağını dile getirir³⁸⁶.

Bu noktadan hareketle kabul edilebilir bulduğu din yayma ile 9. madde tarafından korunma görmeyeceğini belirttiği "istismarcı din yayma" arasında bir ayırma giden

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ *Kokkinakis Yunanistan'a karşı*, Seri A, n.260-A, 25 Mayıs 1993, p.29.

³⁸⁶ *Ibid.*, p.31.

Sözleşme organları, istismarcı din yaymayı cezalandırdığı ölçüde hukuki düzenlemelerin Sözleşme’yi ihlal etmeyeceği sonucuna ulaşır. Ancak, “proselitizm” terimine yönelik bir tanımlamaya gitmekten kaçınır. Sözleşme organlarına göre her halükarda, ister maddi ya da sosyal avantajlar sağlamak suretiyle, ister sıkıntılı kişilere baskı vasıtasıyla gerçekleştirilsin, ister beyin yıkama sayılabilecek çeşitli faaliyetlerin gerçekleştirilmesi yoluyla gerçekleştirilsin, kişilere istismarcı din yayma uygulayarak dini inançlarını değiştirmeye yeltenmek din özgürlüğüyle bağdaşmamaktadır³⁸⁷. Somut olayda ise başvurucunun üçüncü kişilere yönelik istismarcı din yayma sayılabilecek davranışlar sergilediğinin hükümet tarafından ispat edilemediğinin altını çizen Sözleşme organları, 9. maddenin ihlaline karar vermiştir.

Her ne kadar 9. madde açısından yenilikçi bir yaklaşım içermekle beraber, *Kokkinakis* kararı bir çok eleştiriyide beraberinde getirmiştir. Öncelikle, Hakim PETTITTI, kısmen uyumlu kullandığı oyunda, sadece devlet müdahalesini ihlal edici bulmakla yetinip, müdahalenin temelini oluşturan yasal dayanağın incelenememesini yerinde bulmamıştır. Nitekim, salt yasanın bile 9. maddeyi ihlal edici niteliği mevcuttur. Din yaymanın beyin yıkama seviyesine ulaşmadığı müddetçe din özgürlüğü içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir³⁸⁸. Hakim MARTENS de kısmen muhalif oyunda din yaymayı cezai yaptırıma bağlamanın Sözleşme’yle bağdaşmayan doğası üzerinde durmuştur³⁸⁹.

Hakimler arasında olduğu kadar öğreti içerisinde de 9. maddenin bu ilk kararı yoğun şekilde tartışılmıştır. SURREL hakimler arasındaki karşıt görüşler üzerinde yoğunlaşarak, din özgürlüğüne değer veren geniş yorumu ve din özgürlüğünün tezahürünün ortadan kaldırılabilirliğini kabullenen dar yorumu benimseyen iki görüşü ortaya koymuştur³⁹⁰. ROLLAND, Sözleşme organlarının sadece müdahale konusu işlemi inceleyerek verilen kararda adeta yunan yargı mercilerinin temyiz

³⁸⁷ *Kokkinakis Yunanistan’a karşı*, Seri A, n.260-A, 25 Mayıs 1993, p.48.

³⁸⁸ *Kokkinakis Yunanistan’a karşı*, Seri A, n.260-A, 25 Mayıs 1993, Hakim Pettitti’nin kısmen uyumlu oy yazısı. Hakim Meyers da uyumlu oy yazısında din yaymanın din özgürlüğünün uzantısı olduğuna dair Hakim Pettitti’nin görüşüne katılmaktadır.

³⁸⁹ *Kokkinakis Yunanistan’a karşı*, Seri A, n.260-A, 25 Mayıs 1993, Hakim Martens’in kısmen muhalif oy yazısı.

³⁹⁰ SURREL, Hélène, *op.cit.*, s.580-581.

organı gibi davranmakla suçlamıştır³⁹¹. GUNN bir adım daha ileri giderek *Kokkinakis* kararının Sözleşme organlarının din ve vicdan özgürlüğünü ciddiye almadığı yönündeki en somut delil olduğunu ileri sürmüştür. Sözleşme organları bu karar ile din özgürlüğünü temel ve kurucu bir hak olarak algılamamakta ve devletlere bu hakkı kısıtlamaya yönelik geniş bir hareket alanı bırakmaktadır³⁹².

Bu kapsamda *Kokkinaki* içtihadı üç zayıf halka içermektedir: ilk olarak ilk kez 9. madde altında verilen bu karar ile inançların tezahürüne yönelik devletlerin daha az kısıtlayıcı tedbirler almasına yönelik yükümlülük oluşturma yönünde ciddi bir fırsat kaçırılmıştır. İkinci olarak resmi devlet dininin bir referans olarak alınması suretiyle ciddi bir ayırma gidilmiş ve son olarak, bu durum karşısında geleneksel olmayan inançlara yönelik bir ayrımcılık sergilenmiştir. Oysa ki, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin içtihadında benimsenen ilkeler gibi, Sözleşme organlarının da temel ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik hukuki alt yapının incelenmesi aşamasında bu hak ve özgürlüğün temel ve kurucu yönü referans alınmalıdır³⁹³.

Dile getirilen bu çekinceler ve eleştirilerin boş olmadığı *X. Ve Scientoloji Kilisesi* davasında bir bakıma tekrar sergilenmiştir³⁹⁴. Kilise'nin "Emetre" reklamlarına yönelik müdahalenin incelendiği davada, Sözleşme organları geleneksel dinler haricindekilere karşı önyargılarını bir kez daha sergilemiştir. Belirli bir inanca yönelik ayrımcılık teşkil edebilecek tutumun varlığını sorgulamaktansa, *Kokkinakis* içtihadında hazırlanan alt yapıya dayanılmış ve din yaymanın yasaklanmasının meşruiyetinin sorgulanması tercih edilmeyerek, kabul edilebilir din yayma ve kabul edilemez istismarcı din yayma ayırımına gidilmiştir³⁹⁵. Din yaymanın istismarcı hale geldiği nokta ne şekilde belirlenebilir?³⁹⁶ Geleneksel olmayan dinlere yönelik önyargı, Sözleşme organlarının yerleşik içtihadında hareketsiz kalma suretiyle de olsa geleneksel dinlere yönelik olumlu göndermelerinden de anlaşılabilir. *Darby*

³⁹¹ ROLLAND, Patrice, *Le Fait Religieux Devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Du Droit Interne au Droit International. Le Facteur Religieux et l'Exigence des Droits de l'Homme, Mélanges Raymond Goy, Publications de l'Université de Rouen, 1998, s.273; aktaran : ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.421.

³⁹² GUNN, T. Jeremy, *op.cit.*, s.325.

³⁹³ *Ibid.*, s.325-326.

³⁹⁴ Bknz. *X ve Scientoloji Kilisesi İsviçre'ye karşı*, Bn. 7805/77, 05 Mayıs 1979.

³⁹⁵ GUNN, T. Jeremy, *op.cit.*, s.328.

³⁹⁶ "Somut olayda, iradesi ifsat edildiği varsayılan bir kişinin artık nesneye dönüştüğü anı tespit edebilecek ölçütleri bulmak hukukçuya mı düşer?". MAURER, Béatrice, *Le Principe de Respect de la Dignité Humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, La Documentation Française, Paris, 1999, s.146; aktaran: ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.421.

kararı bu konuda açık bir örnek olarak karşımıza çıkar³⁹⁷. Resmi devlet kiliselerine, devletin hukuki araçlarını kullanmak suretiyle kilise vergilerini toplamak hakkının verilmesini 9. maddenin ihlali olarak görülmesi Sözleşme organlarının muhafazakar yapısını ortaya koymaktadır³⁹⁸.

ÖKTEM'in de öngördüğü gibi, giderek artan geleneksel olmayan dini topluluklar ya da geleneksel dinler içerisinde oluşan alt gruplar uzun süre Sözleşme organlarının gündemini işgal edecektir. Bu konudaki gelişmeler “Avrupa mekânı açısından, dinî inançların geleneksel aktarım mekanizmalarının içine düştükleri meşruiyet krizine tanıklık etmektedir”³⁹⁹. Özellikle İslam'ın Avrupa'da ön plana çıkan rolü, yakın tarihli gelişmeler ve yaşanan siyasi, felsefi, ekonomik ve psikolojik çatışma ortamı dikkate alındığında, içtihadın din yayma özgürlüğüne yönelik esaslı sorunlara gebe olduğunu ortadadır. Ancak, *Kokkinakis* alt yapısının açtığı ve ileri tarihli içtihadın genişlettiği devletlerin takdir hakkı yakın zamanda bu sorunlu konuların içinden çıkmak için en işlevsel araç haline dönüşmüştür. GUNN bu durumu 9. madde içtihadının en rahatsız edici noktası olarak görmektedir. Bu yöntemle 9/2 altında düzenlenen sınırlandırmalarda meşru amaç şartının içinin boşaltıldığını ve “üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması”na bağlanabilecek herhangi bir basit gerekçeyle devlet müdahalelerine meşruiyet sağlandığını savunmuştur⁴⁰⁰. Gelişmeler GUNN'ın savını doğrular niteliktedir.

³⁹⁷ Bknz. *Darby İsveç'e karşı*, serie A, n.187, Karara ek, 23 Ekim 1990.

³⁹⁸ GUNN, T. Jeremy, *op.cit.*, s. 329.

³⁹⁹ ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.423-424.

⁴⁰⁰ GUNN, T. Jeremy, *op.cit.*, s.324.

b. Üçüncü kişilerin haklarının korunması yoluyla devletin genişleyen hareket alanı

Son on sene içerisinde yerleşik bir 9. madde içtihadı oluşmuş ve artık belirginleşmiş bir Avrupa standardı kurulmuştur. *Kokkinakis* içtihadıyla başlayan bu süreçte Sözleşme organları'nın din özgürlüğü konusunda tutumunda net bir daralma görülmüştür. Bir yandan din özgürlüğünün sağladığı korumayı farklı geleneksel olmayan dinler açısından genişlettiğine şahit olunmuş, diğer yandan da belirli bir *status quo* korumasına yardımcı olacak ve özgürlüğü daraltacak araçların devletlere tanındığı görülmüştür. Bunlardan belkide en çarpıcı olanını laiklik ilkesinin Sözleşme dahilinde geçirdiği niteliksel evrime bağlı olarak sergilemek mümkün olabilecektir.

Laiklik esas olarak başta Fransa ve Türkiye'nin benimsediği bir ulusal değer olmanın ötesinde değildi. Sözleşme dahilinde, Türkiye'nin savunduğunun aksine, sadece 9/2 uyarınca yapılan sınırlandırmalar için meşru amaçların desteklenmesine yönelik kullanılabilecek bir ilke olarak görülmekteydi. Ancak, *Refah Partisi* kararı⁴⁰¹ ve sonrasındaki içtihatla laiklik “demokratik toplum”un hizmetine sunulmuş, sivil ve dini barışı koruyan bir ilke haline gelmiştir. Sözleşme organları, laiklik ilkesini bir nevi Sözleşme’ye yönelik “*patiotism*” aracı olarak benimsemiş ve buna bir Avrupa değeri niteliği kazandırmıştır⁴⁰².

Aslında bu değişimin kendisini *Dahlab* kararında belli etmekteydi⁴⁰³. İlk aşamada küçük çocuklarla muhattap olan öğretmenın kullandığı kuvvetli dini simgeye yönelik devletlere sınırlandırma konusunda tanınan takdir hakkı beraberinde iki farklı görüş doğurmuştu. İki farklı görüşün oluşmasında Sözleşme organlarının ihlal bulmadıkları olayda vurguyu çocukların yaşları ve Lucia Dahlab'ın statüsü üzerinde tutması önemli bir rol oynamıştır. Bu vurguya dayanmak suretiyle, olaydaki gibi hassas konumlarda çalışmayan kamu görevlileri açısından kuvvetli dini simge kullanımının

⁴⁰¹ *Refah partisi Türkiye'ye karşı*, *op.cit.*

⁴⁰² FLAUSS, Jean-François, *Laïcité et Convention européenne des droits de l'homme*, Revue du Droit Public, LGDJ., N.2, Paris, 2004, s.318-319.

⁴⁰³ Bknz. *Lucia Dahlab İsviçreye karşı*, Bn.42393/98, 15 Şubat 2001.

önünün açıldığını savunanlar olmuştur⁴⁰⁴. Ancak, öğretilerdeki baskın görüş bu karara dayanarak herhangi bir kesin sonuca ulaşmanın imkansızlığı ve olumsuz yoruma dayanarak oluşturulacak çıkarımların aceleciğini ve sağlıksızlığını eleştirmiştir⁴⁰⁵. Nitekim, daha sonra gelen kararlar ile bu yazarların öngörüsü doğrulanmıştır. Yakın tarihli bir çok kararda Sözleşme organlarının din-devlet ilişkisine yaklaşımında var olan laik etkiler açığa çıkmıştır⁴⁰⁶. Sözleşme organlarının önce *Refah Partisi* kararında ve daha sonrasında *Leyla Şahin* kararında dini çoğulculuk ve demokratik toplumun sürekliliği ile Sözleşme’ye saygının sürdürülebilirliği için laikliğin “baskın bir toplumsa ihtiyaç” olarak nitelendirilmesine varabilecek derecedeki vurgusu⁴⁰⁷, *Dahlab* içtihadının genişleyerek devletlere kuvvetli dini simgelerin kullanımının (bu kuvvetli dini simgelerin istismarcı din yayma özelliğine özellikle vurgu yapılmıştır⁴⁰⁸) yasaklanmasına yönelik açık bir hareket alanının tanındığını göstermektedir.

Bazı yazarlar ise *Leyla Şahin* içtihadının yerleşik içtihada dayanmadığını ve başta İslami uygulamalar olmak üzere Sözleşme organlarının hukuki nesnellikten uzaklaşıp, batı kamu oyunda oluşan önyargıların ışığında karar verildiğini savunmuştur⁴⁰⁹. Bu yazarlar *Refah Partisi* ve *Leyla Şahin* kararlarında devletin kendine özgü şartlarının özgürlüğe yönelik fazlasıyla baskın bir şekilde ortaya konulduğunu ve bu bağlamda ortak Avrupa değerler zincirinden tehlikeleri sapmaların yaşandığını düşünmektedirler. Nitekim, *Leyla Şahin* kararının temelini *Dahlab* içtihadına dayandırılmasında çelişkili görünen bir durum mevcuttur. *Dahlab* davasında küçük çocuklarla ders veren bir kamu görevlisi vardır ve türban devletin eğitim hizmeti açısından altında bulunduğu tarafsızlık yükümlüğüne aykırı bulunmuştur. Oysa, *Leyla Şahin* davasında ise kamu hizmetinden yararlanan kişiye yönelik bir sınırlandırıcı tedbir söz konusudur. Bu iki durumu bir biri ile ilişkilendirmek ne derecede mümkündür? Ayrıca, Sözleşme organlarının sıklıkla Türk Anayasa Mahkemesi’nin kararına atıfta bulunması ve Türkiye’nin özel

⁴⁰⁴ FLAUSS, Jean-François, *op.cit.*, s.320.

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ ROLLAND, Patrice, *op.cit.*, s.277 vb. ; aktaran : ÖKTEM, A. Emre, *op.cit.*, s.450.

⁴⁰⁷ Bknz. *Leyla Şahin Türkiye’ye karşı*, Daire Kararı, Bn.44774/98, 29 Haziran 2004, p.103 vd., *Leyla Şahin Türkiye’ye karşı*, Büyük Daire Kararı, *op.cit.*, p.104 vd.

⁴⁰⁸ Sözleşme organları, Türban kullanımının demokratik toplumda öğretmenlerin öğrencilere aktarması gereken hoşgörü, ötekilere saygı ve en çok eşitlik ve ayrımcılık yasağı mesajlarıyla kolay bir şekilde bağdaştırılamayacağını söylemektedir. *Leyla Şahin Türkiye’ye karşı*, Daire kararı, *op.cit.*, p.111; *Lucia Dahlab İsviçre’ye karşı*, (Hukuk), *op.cit.*.

⁴⁰⁹ LEBRETON Gilles, *op.cit.*, s 1495.

konumunun altının çizilmesi⁴¹⁰, Sözleşme'nin uyumlu Avrupa değerleri yaratmaya yönelik amacının karşısında öznenin somut göstergesi olarak da değerlendirilebilir.

Kanaatimizce, son dönem içtihadı bir arada alındığında Sözleşme organlarının öznenin sapmadığı, tam tersine din özgürlüğünün dikey ve yatay boyutunu bir arada alarak yeni nesnel standartlar belirlediği sonucuna ulaşılabilir. Sözleşme yaşayan bir araçtı ve güncel hayatın ve somut olayın şartları altında incelenmesi gerekmektedir⁴¹¹. “Case law” sistematığı içerisinde önceki (ing. *precedent*) kuralına dayalı olarak karar veren Sözleşme organlarına göre Sözleşme'nin amacı tek tip bir Avrupa anayasal hukuk sistemi oluşturmak değil, belirli minimum standartlar oluşturarak uyumlu değerler belirlemektir⁴¹². Bu kapsamda Sözleşme organları din özgürlüğünü fazla geniş şekilde yorumlamaktan her zaman kaçınmıştır. *Kokkinakis* içtihadı ile başlayan süreçte 9. maddenin Sözleşme içerisindeki diğer maddelere nazaran her zaman daha öznel bir yapısı olduğu da kabul edilmelidir. Bunun din kavramının ve din özgürlüğünün kendine has dinamikleri ile yakından ilgisi vardır.

Bu öznenin içerisinde Sözleşme organları din özgürlüğüne yönelik daha korumacı bir yaklaşım benimsemiş, demokratik değerlerin korunması için laikliği kullanmaktan çekinmemiş ve dinsel çoğulculuğun sürekliliği için dini tezahürün sınırlandırılabilirliğini kabul etmiştir. Demokrasi Sözleşme'nin azami uygulanabilirliği açısından en iyi rejim olduğunu Başlangıç hükümlerinden çıkaran Sözleşme organlarının bu rejimi korumak için yeri geldiğinde “militan demokrat” bir tutum sergilendiği dahi ileri sürülebilir⁴¹³. Ancak, özellikle *Leyla Şahin* davası ele alındığında belirli noktalara da dikkat etmek gerekir.

Din özgürlüğünün temeli azınlık hukukuna dayanmakta ve bu bağlamda çıkış noktası itibarıyla toplumdaki dini azınlıkların korunması yoluyla dini çoğulculuğu korumayı hedeflemektedir. Söz konusu olayda ise doğrudan ve dolaylı bir şekilde

⁴¹⁰ *Leyla Şahin Türkiye'ye karşı, op.cit.*, p.31-35.

⁴¹¹ *Tyrer Birleşik Krallık'a karşı*, Seri A, n.26, 25 Nisan 1978, p.31.

⁴¹² Bir çok davada somut olayın şartları karar açısından belirleyici olmuştur. Bu şartlar arasında en önemlisi olayın vukuu bulduğu yerin kendine has şartlarıdır. Bknz. Otto-Preminger-Institut Avusturya'ya karşı, Seri A, n.295-A, 20 Eylül 1994; *Refah partisi Türkiye'ye karşı, op.cit.*

⁴¹³ Bu konuda özellikle *Refah Partisi* içtihadı en önemli delillerden birini teşkil etmektedir.

çoğunluk dini içerisinde yer alan bir azınlığın istismarcı din yayma politikaları dikkate alınmış ve yatay boyuttaki dengeleri korumak üzere devlete dikey boyutta geniş takdir hakkı tanınmıştır. GUNN'ın öngördüğü üzere⁴¹⁴, *Kokkinakis-Dahlab-Leyla Şahin* evrimi sonucu, “üçüncü kişilerin haklarının korunması” yeni dönemde devletin din özgürlüğünü savunmak için kullanacağı en etkin araç haline gelmiştir. Özgürlüğün kapsamı yorumlanırken her zaman üst kavram olarak demokrasiye ve demokrasinin korunmasına doğrudan atıf bulunulması ve Sözleşme için önemini anlamak mümkündür. Demokrasi olmayan ülkelerde Sözleşme'nin etkinliğini sağlamak daha güçtür. Ancak, demokrasiyi korumak uğruna demokratik hak ve özgürlüklerden ödün verilmesi konusunun hassasiyeti asla gözden kaçırılmamalıdır.

⁴¹⁴ GUNN, T. Jeremy, *op.cit.*, s.324.

Sonuç

“Seçici hafıza ve geçmiş hakkındaki rekabetçi tekelcilik arasındaki anlamsız çatışmayı bırakıp, aktüel Avrupa kimliğini pekiştirme şekli üzerinde yoğunlaşarak paylaşılan bir geleceği kurmanın vakti gelmemiş midir?”

415

Uzun süre getirilen eleştirilere karşılık verircesine kısa bir zaman içerisinde derinlemesine oluşturulan 9. madde içtihadı bugün itibariyle, bütün karmaşık yapısı ve halen içi doldurulmuş belirli boşluklarına rağmen, bir çok konuda Avrupa standardı olarak referans alınabilecek başlıca değerleri oluşturmuştur. Din gibi ikircikli bir konuda Sözleşme organlarının çekimser tavrı bir çok noktadan ötürü anlaşılabilir. Verilecek her karar Sözleşmeye taraf devletlerin yaklaşımı üzerinde olduğu kadar doğrudan bireylerin yaşayışları üzerinde belirgin etkilere yol açabilir. Diğer özgürlüklere nazaran daha öznel yapıya sahip olsa da, din özgürlüğüne yapılan herhangi bir devlet müdahalesinin meşru bulunması, diğer taraf devletlerde de benzer tedbirlerin kabul edilebilirliğini gündeme getirecektir. Köklü tarihi ve zengin gelenekleriyle beraber çeşitlilik içinde birlik sloganını benimseyen Avrupa hareketi içerisinde din gibi kurumsal olduğu kadar değişken bir yapıya sahip olan bir konuda keskin hatların çizilmesi zaten sağlıklı sonuçlar doğurmayacaktır.

Ancak, yinede Sözleşme organlarının din özgürlüğünün daha etkin bir şekilde korunması açısından bir çok fırsatı bu çekimserlik sebebiyle kaçırdıkları da barizdir. Nitekim, demokratik bir toplumun temel değerlerinden birini oluşturan dinsel çoğulculuğun bir çok tehdit altında bulunduğu bir dönemde din özgürlüğünün etkin bir şekilde korunması her zamandan çok ihtiyaç duyulan bir araç haline gelmiştir. Dinsel hoşgörü kültürünün oluşturulmasının din özgürlüğünün işlevselliğine ek olarak bir çok menfaatin korunmasında etkin bir rol oynayacağı da aşıkardır. Zira, bireylerin dini inançlarının tanınması, bu inançlarını değiştirme hakkının kendilerine verilmesi, ibadetlerini istedikleri şekilde gerçekleştirebilmeleri ve belirli kolektiviteler içerisinde örgütlenebilmeleri, din özgürlüğü kadar özel ve aile

⁴¹⁵ SIMON, Denys, *Celui qui croyait au ciel, celui qui n'y croyait pas...*, IDOT, Laurence ve SIMON, Denys (Ed.), Juris Classeur, Éditions du Juris-Classeur, N.12, Paris, 2003, s.4.

hayatının korunması, ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, eğitim hakkı ve azınlık hakları gibi konularda ilgilendirmektedir. Zaten, ancak Sözleşme tarafından tanınan bütün temel hak ve özgürlüklerin bir arada etkin koruma altına alınmasıyla beraber gerçek anlamda bir liberal insan haklarına dayalı demokratik sistemin varlığından bahsetmek mümkün olabilecektir.

Avrupa kamu düzeninin temel bir unsuru olarak görülen bu liberal demokrasi anlayışı içerisinde din özgürlüğünü Sözleşme organlarının içtihadı ışığında inceleyen ACHOUR'un tespitlerine⁴¹⁶ dayanmak suretiyle gerçek anlamda din özgürlüğünden bireylerin faydalanabilmesi için var olması gereken temel öğeler hakkında basit bir fikir elde edebilmekteyiz. Öncelikle büyük özgürlükler olarak adlandırılan ve Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin bütün taraf devletlerin iç hukuk düzenleri içerisinde etkin bir şekilde korunması gerekmektedir.

Gerçekten de bir genel hüküm olarak Sözleşme'nin 9. maddesi bazı derin ve katı dini inançların doğurduğu özgü durumları öngörmemektedir. Bu gibi durumlarda 9. maddenin başlı başına sağladığı koruma din özgürlüğünün etkin kullanımı açısından yeterli kalmayacağı aşıkardır. Bu sebepten ötürü din özgürlüğünün amacına uygun olarak korunabilmesi için bazı “destek özgürlüklerin” de beraberinde koruma altına alınmasına ihtiyacı vardır⁴¹⁷. Bunlar arasında 8. madde kapsamında özel ve aile hayatının korunması, 10. madde altında ifade özgürlüğü ve 11. madde altında dernek kurma ve toplantı özgürlüğü, din özgürlüğünün gerçek anlamda faydalanma aşamasında en çok rol oynayan hak ve özgürlüklerdir. Keza, I. Ek Protokol'ün 2. maddesi dahilinde eğitim hakkı 9. maddeyi tamamlamak için öngörülmüştür⁴¹⁸. Son olarak da bu destekleyici halkayı tamamlamak amacıyla Sözleşme'nin 14. maddesinde yer alan ayırmacılık yasağı devreye girmektedir. Dinin toplumsal hayat içerisinde yer alan bütün katmanlardaki konumu göz önüne alındığında, bahsi geçen bütün bu “destek özgürlüklerin” siyasi/kamu özgürlükleri olması şaşırtıcı değildir⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Bknz. ACHOUR, Yadh Ben, *op.cit.*, s.20-21.

⁴¹⁷ ACHOUR, Yadh Ben, *op.cit.*, s.15.

⁴¹⁸ RENUCCI, Jean François, *op.cit.*, s.31.

⁴¹⁹ ACHOUR, Yadh Ben, *op.cit.*, s.15.

Bu özgürlüklerin tanınmasıyla birlikte, gerçek anlamda bir zarar meydana getirmediği müddetçe bazı kişileri rahatsız ettiği durumlarda bile, fikirlerin, inançların ve kanaatlerin çoğulculuğunun korunması ve bunların serbest bir şekilde ifade edilebilmesi gerekmektedir. Devlet üst yapı olarak felsefik ve dini tarafsızlığı benimsemek suretiyle dikey boyutta bu çoğulculuğu korumalıdır. Devlet açısından benimsenmesi kabul edilebilir tek resmi ideolojinin demokratik ideolojinin kendisi olduğu düşünülmelidir.

Bu bağlamda Sözleşme'nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma rejimlerine dair kabul ettiği istisnai durumlar dar yorumlanmalı, devletlere tanınan takdir hakkı olabildiğince azaltılmalıdır. Devletin takdir hakkı içerisinde yer alan bütün kararlar iyiniyetli bir şekilde, özenle ve makul bir anlayışla alınmalıdır. Nitekim, özgürlüğe yönelik her tür müdahale yeterli derecede ciddi amaçlarla güdülenmiş olmalı ve müdahalenin somut görünümü amaçlanan meşru hedefle orantılı bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Bu müdahaleler, müdahalelerin dayanağını oluşturan yasal düzenlemeler ve kararlar üzerinde Avrupa kontrolünün etkin denetimi sağlanmalıdır. Son olarak hoşgörünün sınırlarını aşabilecek nitelikte din özgürlüğüne yönelik bütün aşırı bireysel saldırılara karşı koruma mekanizmaları oluşturulmalıdır.

Bütün bu öğelerin gerçek anlamıyla gerçekleştirilmesi, imkansız olmamakla beraber, oldukça zordur. Nitekim, Sözleşme organları tarafından gerçekleştirilen etkin Avrupa denetimi bir çok noktada ideal standartları oluşturmaktan çok kamu düzeninin korunmasına yönelik hak ve özgürlükler terazisi içerisinde kaybolmuş olduğuna dair bir izlenim yaratmaktadır. Bazen olabildiğince geniş ifadeler ile kapsayıcı, koruyucu ve geliştirici kararlar veren Sözleşme organları, ertesinde olabildiğince daraltıcı, dışlayıcı ve tutucu kararlar da verebilmektedir. Nitekim, Sözleşme organlarının incelediği davalardan 9. maddeye ilişkin olanlarda genelde 9. madde ihlaline ek olarak Sözleşme'nin çeşitli diğer maddelerinin de ihlalilinin gündeme geldiğinin görülmesi olağandır. Bu gibi durumlarda Sözleşme organlarının benimsediği iki alternatif yol vardır. Bunlardan ilki her madde ihlali iddiasının ayrı ayrı incelenmesi⁴²⁰, ikincisi ise 9. maddeyi kenara iten ve diğer özgürlüklerin daha

⁴²⁰ Bknz. *Arrowsmith Birleşik Krallık'aa Karşı*, Bn.7050/75, 16 Mayıs 1977.

ön plana çıktığı yoldur⁴²¹. İctihat değerdendirildiğinde genelde bu ikinci yaklaşıma daha çok başvurulduğu görülmektedir.

Ortak Avrupa değerdelerinin oluşumu safhasında tarihsel, geleneksel, siyasi veya daha çok pragmatik sebeplere dayanılarak olsun, din özgürlüğünün ikinci bir planda yer alması uzun dönemde demokrasi kültürünün gerçek anlamda oluşturulabilmesi amacına olumsuz yönde etkiler yaratacaktır. Önemli olan belirli bir özgürlüğü kısmak suretiyle diğer özgürlüklerin hareket alanını genişletmek değil, bütün özgürlükler arasında marjinal dengeyi sağlayabilmek suretiyle olabildiğince hoşgörüye ve çoğulculuğa dayanan bir üst ve alt yapı oluşturmaktır. Mutlağa inanan ve dogmalarla örtülü bir çok dini inancın diğer inançlara yönelik hoşgörüsüz tavrı ve bütün inançların agresif yönünü oluşturan din yayma konusu dikkate alındığında inananlar kadar inanmayanları da korumak için din özgürlüğünün daha öznel bir yapıdaki bir özgürlük olması kabul edilebilir. Ancak, aşırı şekilde öznelliğe prim vermek ortak demokrasi kültürünün yerleşmesi önünde ciddi bir engel teşkil eder.

Gerçekten esaslı konular hakkında belirli bir kararın verilmesi gereken bir aşamada bulunmaktadır. *Kokkinakis* kararında belirlendiği gibi demokrasinin olmazsa olmazı olan dinsel çoğulculuk konusunda belirli bir tercih yapmak gerekmektedir. Ortak bir Avrupa demokrasisi kavramı mı oluşturulacak, yoksa birbirine uyumlu sayılabilecek Avrupa demokrasiler birliğini fikrinin benimsenmesiyle yetinilecek midir? Çeşitlilik içerisinde birlik sloganını benimseyen Avrupa hareketinin şu aşamada ikinci seçeneğe daha yatkın durduğu izlenimi doğmaktadır. Gelecekte meydana gelecek gelişmeler ise kritik bir dönemeçten geçen bu hareketin kaderinin ortaya konması konusunda belirleyici olacaktır.

⁴²¹ RENUCCI, Jean François, *op.cit.*, s.36.

KAYNAKÇA

*AKAL, Cemal Bali, ERÖZDEN, Ozan, AKBULUT, Olgun ve ZEYBEKOĞLU, Emre, İnsan Haklarının Tarihsel Gelisimi, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, İstanbul, 2003

*BATUM Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1993

* BATUM, Süheyl, İNCEOĞLU, Sibel ve diğerleri, Çoğulculuk, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, İstanbul, 2003

*GOMIEN, Donne, Vade-mecum de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, 2. Baskı, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999

*GÖLCÜKLÜ, Feyyaz ve GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 3. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2003

*KARAKAŞ, A. Işıl, Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal İlkeler, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2003

*OVEY, Clare, WHITE, Robin, The European Convention on Human Rights, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2003

*REMOND, René, Religion et Société en Europe, Editions du Seuil, Paris, 1998

*SUDRE, Frédéric, Droit International et européen des droits de l'homme, PUF, Paris, 2001

*VELU, Jacques ve ERGEC, Rusen, La Convention européenne des droits de l'Homme, Bruylant, Bruxelles, 1990

- Uzmanlık Yapıtları-

*ACHOUR, Yadh Ben, La Cour européenne des droits de l'Homme et la liberté de religion, PEDONE, Paris, 2005

*CATTELAIN, Jean – Pierre, l'Objection de Conscience, Presses Universitaires de France, Paris, 1973

*COHEN – JONATHAN, G., La Convention européenne des droits de l'homme, Economica, Paris, 1989

*EVANS, Carolyn, Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights, Oxford ECHR Series, Oxford University Press, Oxford, 2001

*EVANS, Malcolm D., Religious Liberty and International Law in Europe, Cambridge University Press, Cambridge, 1997

*GONZALEZ, Gérard, La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la liberté des religions, Economica, Paris, 1997

*GREER, Steven, La marge d'appréciation, interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000

*GREER, Steven, Les Exceptions aux Articles 8 to 11 de la Convention Européenne de Droits de l'Homme, Dossiers sur les droits de l'homme, N.15, Editions du Conseil de L'Europe, 2002

*ÖKTEM, A. Emre, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte, Ankara, 2002

*RENUCCI, Jean-François, Article 9 of the European Convention on Human Rights: Freedom of thought, conscience and religion, Human Right Files N. 20, Council of Europe, Strasbourg, 2005

-MAKALELER-

* BOCKEL, A., *Le droit constitutionnel turc à l'épreuve européenne, Réflexions à partir d'une décision de la cour constitutionnelle turque portant dissolution du Parti islamique REFAH*, Revue Française de droit constitutionnel, 40,1999

*CHAUVIN, Nicolas, *Le port du foulard islamique par une enseignante (à propos d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, Mme Dahlab c/ Suisse)*, Revue française de droit administratif, 19^e année, N.3, s.536-545

*CHRISTINE, Delphy, *Le foulard islamique: une affaire français*, TUBIANA, Michel (Ed.), *Hommes et Libertés; Revue de la Ligue des droits de l'Homme*, N.125, CNL, Paris, 2004, s.40

*COSTA, Jean-Paul, *La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté religieuse + débats*, Cahiers du CREDHO (Centre de recherche et d'études sur les droits de l'homme et le droit humanitaire), N.4, Mont Saint-Aignan - Sceaux: Université de Rouen Faculté de droit, s.12-23

*DROOGH, Luc de, ve VANDERNACHT, Pascale, *Conclusion générales*, DEVUYST, Luc ve GROLLET, Philippe (Ed.), *Relations entre États, Communautés Religieuses et Philosophiques en Europe*, Conseil Central Laïque, Belçika, 1996, s.269-275

*DROOGH, Luc de, *Introduction générale*, DEVUYST, Luc et GROLLET, Philippe (Ed.), *Relations entre États, Communautés Religieuses et Philosophiques en Europe*, Conseil Central Laïque, Belçika, 1996, s.29-97

*EDGE, Peter W., *Current Problems in Article 9 of the European Convention on Human Rights*, Juridical Review, s. 42-50.

* EVANS, Carolyn, Religious Freedom in European Human Rights Law : The Search for a Guiding Conception; JANIS, Mark W. ve EVANS, Carolyn (Ed.), Religion and International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004, s.385-400

* EVANS, Malcolm D., *The Evolution of Religious Freedom in International law: Present State and Perspectives*, FLAUSS, J.F. (Ed.), La Protection Internationale de la Liberté Religieuse, Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, Bruyant, Bruxelles, 2002, s.15-56.

* ESPUGALES, P., *L'interdiction des parties politiques*, Revue Française de Droit Constitutionnelle, n.36, 1999

*FILOS, Altana, The Freedom to Change and Manifest Ones Religion or Belief and Dominant Religion, http://forum18.org/PDF/altana_filos.pdf, 10 Ağustos 2006 tarihinde görüldü.

*FLAUSS, Jean-François, *Laïcité et Convention européenne des droits de l'homme*, Revue du Droit Public, LGDJ., N.2, Paris, 2004, s.317-324

*FROWEIN J.A., *Article 9§1*, PETTITI, L. E., DECAUX, E., ve IMBERT, P.H., (Ed.), La Convention européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article, 2. Baskı, Economica, Paris, 1999, s.353-360

* GILBERT, Howard, *The Slow development of the right to conscientious objection to military service under the European Convention on Human Rights*, European Human Rights Review, Issue 5, 2001, s.554-567

* GUNN, T. Jeremy, *Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights*, VYVER, J.D. van der et WITTE, J., Jr. (Ed.), Religious Human Rights in Global Perspective—religious perspectives, Kluwer Law International, Hollanda, 1996, s.305-330

*HORVATH, Krisztina, *L'affaire Hassan et Tchaouch c. Bulgarie et les nouvelles perspectives de la protection des droits des minorités*, Civitas Europa: Revue juridique sur l'évolution de la nation et de l'État en Europe, N. 7, s.123-135

* JOHNSON Turner James, *International Law and the Peaceful Resolution of Interstate Conflicts*, Ed. VASQUEZ John A. ve diğerleri, *Beyond Confrontation*, The University of Michigan Press, Michigan, 1995, s. 155-178

* KORKELIA, Konstantin, *Freedom of Thought, Conscience and Religion under the European Convention on Human Rights and the Georgian Legislation*, Georgian Law Review, V.6, N.1, 2003, s.137-167

* LEBRETON Gilles, *L'islam devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Revue du droit public, n° 5, 2002, s 1493 – 1510

* LEVINET, M., *Droit à la liberté de réunion et d'association*, Revue du Droit Public, no:3, Mai-Juin 2004

* MCBRIDE, Jeremy, *Autonomy of will and religious freedom*, FLAUSS, J.F. (Ed.), *La Protection Internationale de la Liberté Religieuse*, Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, Bruyant, Bruxelles, 2002, s.93-130.

* SHIRIN, Ebadi, *Laissez les femmes musulmanes libres de choisir* (Görüşme), TUBIANA, Michel (Ed.), *Hommes et Libertés*, Revue de la Ligue des droits de l'Homme, N.125, CNL, Paris, 2004, s.37-39

* SIMON, Denys, *Celui qui croyait au ciel, celui qui n'y croyait pas...*, IDOT, Laurence ve SIMON, Denys (Ed.), *Juris Classeur*, Éditions du Juris-Classeur, N.12, Paris, 2003, s.3-4

* SOTTIAUX, S. D. De Prins, *L'arrêt Refah Partisi et autres contre Turquie du 31 juillet 2001*, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 2002

* SURREL, Hélène, « *La Liberté Religieuse Devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme* », Revue Française de Droit Administratif, 11 (3) Mayıs-Haziran 1995, s. 578

* TORFS, Rik, *Relationship Between the state and religious groups*, FLAUSS, J.F. (Ed.), *La Protection Internationale de la Liberté Religieuse*, Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, Bruyant, Bruxelles, 2002, s.131-152

* YOKUŞ, Sevtap, *Türkiye'de Avrupa Birliği'ne Uyum Hedefli Anayasal Değişimde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Esas Alınması*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl :2005, Sayı 1, s.161-184

* YÜZBAŞIOĞLU Necmi, Mayıs 2004'te Anayasanın 90'ıncı maddesine eklenen hükmün Türk Anayasa Blokuna etkileri üzerine bir değerlendirme, Bülent Tanör Armağanı, Legal, İstanbul, 2004, s. 782-818

-DİĞER-

* BRIARD, François-Henri, Religious Freedom and the European Court of Human Rights, "Religious Freedom and the New Millenium" temalı "International Coalition for Religious Freedom" Konferansında sunulan tebliğ, Berlin, 29-31 Mayıs 1998

* "Civil and Political Rights, Including the Question of: Conscientious Objection to Military Service", B.M. İnsan Hakları Komisyonu, 58. oturum, Geçici ajanda, konu 11(g), Komisyon'un 2000/34 sayılı kararı üzerine Yüksek Komiser tarafından sunulan rapor, E/CN.4/2002/WP.2, 14 Mart, 2002

* JENSEN, Tim, Religious Education and the Secular State, "Religious Freedom and the New Millenium" temalı "International Coalition for Religious Freedom" Konferansında sunulan tebliğ, Berlin, 29-31 Mayıs 1998

* "Les Témoins de Jéhovah, le droit de la famille, de la santé, du service national et les libertés publique", Acte du Colloque, Centre de Formation et D'Études Judiciaires (sous le haut patronage de M. Phillipe Sequin, président de l'Assemblée Nationale, avec le parrainage du journal « les Petites Affiches »), Konferans Sonuç Metni, Paris, 26 Kasım 1993

* Recueil des Travaux Préparatoires, Volume I, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975

* Recueil des Travaux Préparatoires, Volume I, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975

- * Recueil des Travaux Préparatoires, Volume II, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975
- * Recueil des Travaux Préparatoires, Volume IV, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975
- * Recueil des Travaux Préparatoires, Volume VI, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975
- * Recueil des Travaux Préparatoires, Volume VII, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975
- * STANGO, Antonio, The History of Religious Freedom in Europe, “Religious Freedom and the New Millenium” temalı “International Coalition for Religious Freedom” Konferansında sunulan tebliğ, Berlin, 29-31 Mayıs 1998
- * United Nations Human Rights Committee, General Comment No 22(48) on Article 18, Freedom of Thought, Conscience and Religion, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 1993, p. 2.
- * VERMEULEN, Ben P., International Agreements on Religious Freedom and their Implementation in Europe, “Religious Freedom and the New Millenium” temalı “International Coalition for Religious Freedom” Konferansında sunulan tebliğ, Berlin, 29-31 Mayıs 1998

-INTERNET 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
- *Arcot Krishnaswami: Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices, www.religlaw.org/interdocs/docs/akstudy1960.htm

*Droits Humains, www.droitshumains.org

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, www.ohchr.org

*ReperCom, www.repercom.org

*Universal Rights, www.universalrights.net

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı -

*40 anne İsveç'e karşı, Bn.6853/74, 9 Mart 1977

*Arrowsmith Birleşik Krallık'aa Karşı, Bn.7050/75, 16 Mayıs 1977

*Belçika'da Eğitimde Kullanılan Diller Hakkındaki Kanunların Belli Yönlerine İlişkin Dava Belçika'ya karşı, (Belçika dil davası), Seri A, n.6, 23 Temmuz 1968

*Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve diğerleri Moldovya'ya karşı, Bn.45701/99, 13 Aralık 2001

*Buscarani ve diğerleri Saint Marino'ya karşı, Bn.24645/94, 18 Şubat 1999

*C Birleşik Krallık'a karşı, Bn. 10358/83, 15 Aralık 1983

*Cambell ve Cossan Birleşik Krallık'a karşı, Seri A, n.48, 25 Şubat 1982

*Canea Katolik Kilisesi Yunanistan'a karşı, Seri A, 16 Aralık 1997

*Cha'are Shalom ve Tsedek Fransa'ya karşı, Büyük Divan, Bn.27417/95, 27 Haziran 2000

*Chapel Birleşik Krallık'a karşı, Bn.12857/86, 14 Temmuz 1987.

*Chorherr Avusturya'ya karşı, 25 Ağustos 1993, serie A, n.266-B, 25 Ağustos 1993

*Darby İsveç'e karşı, serie A, n.187, Karara ek, 23 Ekim 1990

*Engel ve diğerleri Hollanda'ya karşı, Seri A, n.22, 8 Haziran 1976

*Golder Birleşik Krallık'a karşı, Seri A, n.18, 21 Şubat 1975

*Grandath Almanya'ya karşı, Bn.2299/64, Nisan 1965

*Graeme Birleşik Krallık'a karşı, Bn.13887/88, 5 Şubat 1990

*Guzzardi İtalya'ya karşı, Bn. 7367/76, 6 Kasım 1980

*Hadjuanastassiou Yunanistan'a karşı, Seri A, n.252, 16 Aralık 1992

*Handyside Birleşik Krallık'a karşı, Seri A, n.24, 7 aralık 1976

*Hashman ve Harrup Birleşik Krallık'a karşı, Büyük Divan, Bn.25594/94, 25 Kasım 1999

*Hassan ve Tchaoutch Bulgaristan'a karşı, Büyük Divan, Bn.30985/96, 26 Ekim 2000

*Huwig Fransa'ya karşı, Seri A, n.176-B, 24 Şubat 1990

*İ.A. Türkiye'ye karşı, Bn.42571/98, 13 Eylül 2005

*İrlanda Birleşik Krallık'a karşı, Seri A , n.25, 18 Ocak 1978

*Kalaç Türkiye'ye karşı, Bn.20702/92, 1 Haziran 1997

*Karaduman Türkiye'ye karşı, Bb.16278/90, Aralık 1993

*Keegan İrlanda'ya karşı, Seri A, n.290, 26 Mayıs 1994

*Kıbrıs Türkiye'ye karşı, Bn. 25781/94, 10 Mayıs 2001

- *Kieldsen, Busk ve Pederson Danimarka'ya karşı, Seri A, n.23, 7 Aralık 1976
- *Kokkinakis Yunanistan'a karşı, Seri A, n.260-A, 25 Mayıs 1993
- *Kontakt-Information-Therapie ve Hagen Avusturya'ya karşı, Bn.11921/86, 12 Ekim 1988
- *Kruslin Fransa'ya karşı, Seri A, n.176-A, 24 Şubat 1990
- *Kustannus Oy Vapaa Ajatteliija AB ve diğerleri Finlandiya'ya karşı, Bn.20471/92, 15 Nisan 1996
- *Kühlen Almanya'ya karşı, Bn.12194/86, 12 Mayıs 1988
- *Larissis ve diğerleri Yunanistan'a karşı, Seri A, 24 Şubat 1998
- *Laskey, Jaggard ve Brown Birleşik Krallık'a karşı, Bn.21627/93, 21826/93, 21794/93, 19 Şubat 1997.
- *Leander İsveç'e karşı, Seri A, n.116, 26 Mart 1987
- *Lena ve Anna-Nina Angeleni İsveç'e karşı, Bn.10491/83, 3 Aralık 1986
- *Leyla Şahin Türkiye'ye karşı, Bn.44774/98, 10 Kasım 2005.
- *Loizidou Türkiye'ye karşı, ilk itirazlar, Seri A, n.310, 23 Mart 1995
- *Lucia Dahlab İsviçre'ye karşı, Bn.42393/98, 15 Şubat 2001
- *Luedicke, Belkacem ve Koç Almanya'ya karşı, Seri A, n.29, 28 Kasım 1978
- *M.A.B., W.A.T. ve J.A.Y.T. Kanada'ya karşı, Bn.570/93, Kabuledilmezlik, 8 Nisan 1994
- *Malone Birleşik Krallık'a karşı, Seri A, n.82, 2 Ağustos 1984
- *Manoussakis ve diğerleri Yunanistan'a karşı, Seri A, 26 Eylül 1996
- *Müller ve diğerleri İsviçre'ye karşı, Seri A, n.133, 24 Mayıs 1988
- *Otto-Preminger-Institut Avusturya'ya karşı, Seri A, n.295-A, 20 Eylül 1994
- *Peter Stutter İsviçre'ye karşı, Bn.8209/78, Seri A, n.166, 1979
- *Plattform "Ärzte für das Leben" Avusturya'ya karşı, Seri A, n.139, 21 Haziran 1988
- *Refah partisi Türkiye'ye karşı, Bn.41340/90,41342/98,41343/98,41344/98, 13 Şubat 2003.
- *Rommelfanger Almanya'ya karşı, Bn.12242/86, 6 Eylül 1989.
- *Serif Yunanistan'a karşı, Bn.38178/97, 14 Aralık 1999
- *Silver ve diğerleri Birleşik Krallık'a karşı, Esasa ilişkin, Seri A, n.61, 25 Mart 1983.
- *Sunday Times Birleşik Krallık'a karşı, (n.2), Seri A, n.217, 26 Kasım 1991
- *Sunday Times Birleşik Krallık'a karşı, Seri A, n.30, 26 Nisan 1979
- *Devine Light Zentrum Birleşik Krallık'a Karşı, Bn.9119/77, 19, Mart 1981.
- *Thlimmenos Yunanistan'a karşı, Bn. 34369/97, 06 Nisan 2000
- *Tuomo Konttinen Finlandiya'ya karşı, Bn.24949/94, 3 Aralık 1996
- *Tyrer Birleşik Krallık'a karşı, Seri A, n.26, 25 Nisan 1978
- *Ülke Türkiye'ye karşı, Bn.39437/98, Kabul edilebilirlik kararı, 1 Haziran 2004
- *Ülke Türkiye'ye karşı, Bn.39437/98, 24 Ocak 2006
- *Valsamis Yunanistan'a karşı, 18 Aralık 1996
- *X Almanya'ya karşı, Bn.8741/79, 10 mart 1981
- *X Avusturya'ya karşı, Bn.1753/65, 15 Şubat 1965
- *X Avusturya'ya karşı, Bn.5591/72, 2 Nisan 1973
- *X Birleşik Krallık'a karşı, Bn.5442/72, 20 Aralık 1974
- *X Birleşik Krallık'a karşı, Bn.8160/78, 12 Mart 1981
- *X Birleşik Krallık'a karşı, Bn.5947/72, 5 Mart 1976

- **X Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.7291/75, 4 Ekim 1977
- **X Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.6886/75, 18 Mayıs 1976
- **X Danimarka'ya karşı*, Bn.7374/76, D.R. 5, 8 Mart 1976
- **X İsviçre'ye karşı*, Bn.774/76, 5 Ekim 1977
- **X Hollanda'ya karşı*, Bn.2899/66, 31 Mayıs 1967
- **X Kilisesi Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.3798/68, 17 Aralık 1968
- **X ve Scientoloji Kilisesi İsviçre'ye karşı*, Bn. 7805/77, 05 Mayıs 1979
- **X Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.8160/78, 12 Mart 1981
- **W&D.M, M ve HI Birleşik Krallık'a karşı*, Bn.10228/82,10229/82, 6 Mart 1984
- **Wingrove Birleşik Krallık'a karşı*, 25 Kasım, 1996.
- **Zénon Bernard ve diğerleri Lüksemburg'a karşı*, Bn.17187/90, 08 Ağustos 1993
- **Yanaşık Türkiye'ye karşı*, Bn.14524/89, 14 Aralık 1993

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite

Enstitü

Adı Soyadı

Tez Başlığı

Savunma Tarihi

Danışmanı

JÜRI ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

Enstitü Müdürü

Doç.Dr.İdil KAYA