

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ THE FREEDOM OF CONSCIENCE AND RELIGION IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Şennur AĞIRBAŞLI*

Özet: Din ve vicdan özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde garanti altına alınmıştır. 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 içermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Komisyonu 9. maddenin sözleşmeye üye ülkeler tarafından sınırlama alanının belirlenmesinde “sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu olması” kriterini uygulamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Din ve vicdan özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye

Abstract: The freedom of conscience and religion has been guaranteed under the Article 9 of the European Convention on Human Rights. This includes the freedom to change a religion or belief, and to manifest a religion or belief in worship, teaching, practice and observance, subject to certain restrictions. Having regard to Contracting States margin of appreciation in this question, the European Court of Human Rights and European Commission of Human Right further held that the interference could be considered as “necessary in a democratic society” for the purpose of Article 9 § 2 EHRC.

Keywords: Freedom of conscience and religion, European Convention on Human Rights, European Commission of Human Rights, European Court of Human Rights, Turkey

* Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'den mezun olduktan sonra mesleğini İzmir Barosu'na kayıtlı olarak dokuz yıl bilfiil icra eden yazar, daha sonra Saarbrücken Üniversitesi'nde master ve doktorasını yapmış ve halen aynı Üniversite'de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması konusunda ders vermektedir.

İnsanlık tarihi kadar eski olan dinin gerek bireysel gerekse de kolektif yaşamdaki yeri ve önemi yadsınamaz. Sistemin insanı yalnızlaştıran karakteristik etkisinin ve ideolojilerin çöküşünün beraberinde getirdiği boşluk ve travmanın sonucu, 1980'lerde küresel düzeyde başlayan inanç dönüş hareketinin gelişimini hızla devam ettirdiği bu dönemde, din ile devletlerin keyfiyetinin menzilini belirleyen hukuk arasındaki çatışma alanı her geçen gün daha da genişlemektedir. Türkiye ise, siyasi ve kültürel geçmişinin yanı sıra, laikliği benimsemiş olması nedenleriyle bu çatışmanın en yoğun yaşandığı ülkelerden bir tanesi olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nezdinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 9. maddesinde öngörülen din ve vicdan özgürlüğünü ihlal etmiş olduğu iddiasıyla sıkça yargılanmaktadır. Bu makalenin amacı ise, genel olarak AİHS'nin 9. maddesinin koruma alanının kapsamı ve özellikleri ile sınırlama nedenleri konusunda Mahkeme içtihatları temel alınarak ayrıntılı bilgi vermektir.

Din ve vicdan özgürlüğünden ilk olarak kişinin vicdanî bir kanaate sahip olması, ikinci olarak ise bu kanaatini dışa vurması durumu anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle özgürlük bireylerin hem spiritüel inanç veya kanaatlerini, hem de bu dini-felsefi öncüllerin dış dünyaya yansıyan ifadelerini korur. Şu halde, düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğünün birinci boyutu *vicdanî özgürlük*le, ikincisi ise *inancı dışa vurma* veya *izhar* etmeyle ilgilidir.¹

Demokratik hukuk devletinin en önemli güvencelerinden bir tanesi olan din ve vicdan özgürlüğü, ülkemizde ve Avrupa Konseyi'ne üye olan bütün diğer ülkeler tarafından demeokratik çoğulculuk anlayışının korunması ve geliştirilmesi amacıyla anayasal düzeyde garanti altına alınmıştır.

AİHS'nin 9. maddesinde de düşünce, vicdan ve din özgürlüğü herkes için bir hak olarak öngörülmüş ve bu hakkın, 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 kapsadığı belirtilerek, hakkın kolektif karakterine vurgu yapılmıştır. İkinci fıkrada ise, birinci fıkrada garan-

1 Bkz. İnsan Hakları, Ankara 2006, S. 59. Kaynak: <http://www.scribd.com/doc/55662517/31/i-Dusunce-Vicdan-ve-Din-Inanc-Ozgurlugu>.

ti altına alınan özgürlüğün uygulanması aşamasında, kamu güvenliği veya düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabileceği ifade edilmiştir.

I. AİHS 9. Maddesinin Koruma Alanı

I. 1. Kavramsal Tanımlama

Düşünce, vicdan, din ve inanç sözcükleri, bireysel ya da toplumsal duygu, irade, zihin ve şuuru ya da görüş, öğreti ya da sosyal bir kurumu ifade eden, oldukça geniş bir alanı kapsayan kavramlardır. Vicdanî inanç veya kanaat de, varoluşa ve hayatın anlamına ilişkin olmakla beraber, kökeni bakımından mutlaka dinî olmayan, felsefî veya başka türden de olabilen derin inaçları da ifade eder.

Geniş bir alana yayılan bu kavramların 9. madde metninde yer alması, hükmün koruma alanının da çok geniş olduğu fikrini beraberinde getirir de, kavramların içini uluslararası hukukun yerleşik kurallarını ve ulusal hukuktaki düzenlemeleri göz önüne alarak, içtihatları ile dolduran AİHM'nin, uygulamada daha dar bir yaklaşım türü benimsediği görülmektedir. Mahkeme öncelikle, 9. maddede koruma altına alınan din, düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğü ile kast edilen değerlerin, AİHS'nin 10. maddesinde öngörülen düşünce özgürlüğü ve onun konusunu oluşturan, her türlü bireysel fikir ve tercihler ile karıştırmamak gerektiğini *Campbell ve Cosans* ./. Birleşik Krallık davasında şöyle vurgulamaktadır: „...olağan anlamıyla “kanaatler” kelimesi, kendi içinde, ifade özgürlüğünü garanti altına alan Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından kullanıldığı şekliyle “düşünceler” ve “fikirler” kelimeleri ile eş anlamlı değildir; çoğunlukla düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü garanti altına alan ve belirli bir ikna gücüne, ciddiliğe, tutarlılığa ve öneme ulaşmış 9. madde de ifade edilen “inançlar” kavramı ile daha benzerdir“. ²

2 AİHM'nin 25 Şubat 1982 tarihli, *Campbell ve Cosans* ./. Birleşik Krallık davasındaki kararı, Başvuru no. 7511/76 ve 7743/76, paragraf 36. Tercüme Av. Serkan Cengiz'in Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Eylül- Ekim 2010 sayısındaki yazısından alınmıştır.

Sözleşme organları, gerek yetki sorunu gerekse de işin doğası gereği, genel olarak din ya da inanç terimlerini doğrudan tanımlamaktan kaçınmış, ancak 9. maddenin koruma alanının açılabilmesi için gerekli olan kıstasları belirlemekle yetinerek, kendilerine geniş bir takdir yetkisi kullanabilecekleri alan yaratmışlardır. Ve böylece klasik din kavramının içine girmeyen bazı durumlara karşı daha esnek bir tavır sergileyebilme imkanına da kavuşmuşlardır. Mahkeme yine *Campbell ve Cosans* davasında, başvuruya konu olan inancın, belli bir düzeyde *ikna kabiliyetine (kudretine), ciddiyet, bütünlük ve öneme sahip olması* gerektiğinden yola çıkmaktadır. Ayrıca inanç *insan yaşamı ve davranışının önemli ve temel bir yönüne* hitap etmeli ve aynı zamanda, Avrupa demokratik toplumunda korunmaya değer ve insan onuruna saygıyla bağdaşır nitelikte olmalıdır. İçtihatlarda göze çarpan diğer tespitlere göre de, 9. maddede belirtilen kavramlar, örneğin azınlık grubuna ait olma vicdanını, dolayısıyla, bir grubun kültürel kimliğini koruma hedefini ya da intihara yardımı teşfik eden saiki veya ölümden sonra insan bedeninden artakalanlar üzerindeki tasarruf hakkı konularındaki inançları ve vicdanı kapsamazlar.³

Mahkeme, semavi dinler ve Budizm gibi temel inanç sistemlerinin yanısıra, Krişna İnancı, Yehova Şahitliği, Tanrısal Işık Merkezi, Scientology Kilisesi gibi inanç sistemlerini⁴ de 9. madde kapsamında değerlendirmiştir. Her ne kadar felsefi ve siyasi görüşlerin birer inanç olarak kabul edilebilirliği konusunda açık bir içtihat yoksa da, esas itibarıyla siyasi, felsefi ve etik düşünce akımlarından olan Druidizm, Pasifizm,

3 AİHM'nin 10 Temmuz 1998 tarihli, *Sidiropoulos ve diğerleri*. / *Yunanistan* davasındaki kararı, Başvuru no. 26695/95, Hükümler ve Kararlar Raporları 1998-IV, para. 41 (azınlık grubuna ait olma vicdanı); AİHM'nin 29 Nisan 2002 tarihli, *Pretty*. / *Birleşik Krallık* davasındaki kararı, Başvuru no. 2346/02, Hükümler ve Kararlar Raporları 2002-III (intihara yardım); AİHK'nun 10 Mart 1981 tarihli, *X*. / *Almanya* davasındaki kabul edilebilirlik kararı, Başvuru no. 8741/79, DR 25, s. 144 (ölümden sonra insan bedeninden artakalanlar üzerindeki tasarruf hakkı).

4 Bu inanç sistemleri ile ilgili kararlar sırasıyla şöyledir: AİHM'nin 8 Mart 1994 tarihli, *ISKON (International Society for Krishna Consciousness Ltd.)*. / *Birleşik Krallık* davasındaki kararı (Krişna İnancı), Başvuru no. 20490/92, D. R. 76, s. 90; AİHM'nin 3 Aralık 1991 tarihli, *Kokkinakis*. / *Yunanistan* davasındaki kararı (Yehova Şahitliği), Başvuru no. 14307/88, B 241-B; AİHM'nin 19 Mart 1981 tarihli, *Omrananda ve Tanrısal Işık Merkezi (Divine Light Zentrum)*. / *İsviçre* davasındaki kararı (Tanrısal Işık Merkezi), Başvuru no. 8118/77, D. R. 25, s. 105; AİHM'nin 5 Mayıs 1979 tarihli, *X ve Scientology Kilisesi*. / *İsveç* davasındaki kararı (Scientology Kilisesi), Başvuru no. 7805/77, D. R. 16, s. 68. Bütün kararların İngilizce tam metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-en>.

Veganizm, Ateizm, Komünizm, Agnosizm ve Laisizm,⁵ 9. maddenin korumasından yararlanmanın yanı sıra, 10. maddede öngörülen ifade özgürlüğü ile 11. maddede garanti edilen örgütlenme özgürlüğünün de konusu olabilmektedirler. Bunun yanı sıra Mahkeme, İdealizm ve kendini ya da başkasını feda etmeğe dayalı (altruist) inançların Sözleşme'nin kapsamına girmediğini belirtmiş, ancak kürtaja karşı olan ve herhangi bir dini nitelik taşımayan, doktorların kurduğu bir derneğin başvurusunu 9. madde kapsamında incelemiştir.⁶

Dava konusu inancın 9. maddede öngörülen din ve inanç kavramı içerisinde değerlendirilip, değerlendirilmeyeceği sorusunun yanıtını bulmak, özellikle bireysel dinler olarak da adlandırılan ve kişinin inancın savunduğu, ancak varlığı konusunda ciddi şüpheler bulunan, oluşma aşamasındaki inanç sistemlerinin başvuruya konu olduğu durumlarda oldukça zordur. Bu tip davalarda Sözleşme organları yoğunlukla söz konusu inancın başvuru tarafından ispatlanması üzerinde durmaktadırlar. Örneğin Komisyon, X. ./. *Birleşik Krallık* davasında, *wicca* inancına sahip olduğunu savunan bir mahkumun, hapis hane idaresince dosyasındaki din hanesine inancının yazılmadığı ve böylece Sözleşme'nin 9. maddesine aykırı davranıldığı yönündeki iddiasını, öncelikle dava konusu dosyaların idari nitelikte oldukları ve inancın buraya yazılmamasının din özgürlüğünün tezahürüne yönelik bir sınırlama niteliğinde olamayacağı ve ayrıca başvuru sahibinin bahsi geçen dinin varlığını somut olarak ispat edemediği gerekçelerine dayanarak, red etmiştir. X. ./. *Federal Almanya Cumhuriyeti* davasında ise, ışığa taptığını ileri süren bir mahkumun, hapis hane idaresinin din özgürlüğünü ihlal ettiğine yönelik iddiası, başvuru sahibinin ilgili inancın temel

5 Bu konulardaki kararlar sırasıyla: AİHM'nin 4 Temmuz 1987 tarihli, *Chappel* ./. *Birleşik Krallık* davasındaki kararı (Druidizm), Başvuru no. 12857/86, DR 53, s. 252; AİHK'nun *Arrowsmith* ./. *Birleşik Krallık* davasındaki 12. 10. 1978 tarihli kararı (Pasifizm), Başvuru no. 7050/75, DR 19, S. 5, p. 84-86. ; AİHM'nin 9. Haziran 1988 tarihli, *W.* ./. *Birleşik Krallık* davasındaki kararı (Veganizm), Başvuru no. 9749/82, Series A Nr. 136-C; AİHK'nun 03 Aralık 1986 tarihli, *Angelini* ./. *İsveç* davasındaki kararı (Ateizm), Başvuru no. 10491/83, DR 51, s. 41; AİHM'nin 11 Ekim 1991 tarihli *Hazar, Hazar ve Açık* ./. *Türkiye* davasındaki kararı (Komünizm), Başvuru no. 16311/90, 16312/90, 16313/90, DR 72, s. 200. Agnosizm ve Laisizm ile ilgili olarak bkz. *Uzun*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Din Özgürlüğü, Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2006, s. 20.

6 AİHK'nun *Vereniging Rechtswinkles Utrecht* ./. *Hollanda* davasındaki kararı, Bş. no. 11308/84, DR 46, s. 200; AİHM'nin 21 Haziran 1988 tarihli, *Plattform « Ärzte für das Leben »* ./. *Avusturya* davasındaki kararı, Başvuru no. 10126/82, Seri A 139.

ilkelerini, uygulamalarını ve idarenin ne şekilde inancın tezahürünü engellediğini ispat edemediği belirtilerek, delil yetersizliğinden red edilmiştir.⁷

I. 2. Hak Kullanıcısı

AİHS'nin 9. maddesinde hak subjesi "herkes" olarak ifade edilmiş ve hukuki şahıslardan açıkça sözedilmemiştir. Sözleşmenin inşa aşamasında din ve vicdan özgürlüğünün hukuki şahıslar tarafından kullanılması durumu belirtilmemişse de,⁸ bunu sözleşmenin yaratıcılarının tüzel kişilerin böylesi bir hakkın tarafı olmadıklarına dair bilinçli bir tercih yaptıkları şeklinde yorumlamak doğru olmaz. Zira gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de inanç özgürlüğünün öznesi olduğu iddiası, gerek Sözleşmenin bireysel başvuru hakkını düzenleyen hükümü ile gerekse de İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları aracılığıyla kolayca kanıtlanabilir.

AİHS'nin 34. maddesi gerçek kişilerin yanında, hükümet dışı her kuruluş veya kişi gruplarının da bireysel başvuru hakkından yararlanmasını öngörür. Bunun yanı sıra AİHM birçok kararında 9. maddede öngörülen hükmün dinsel grupları ve örgütlenmeleri de kapsadığını belirtmiştir. Örneğin Fransa'ya karşı yürütülen *Cha'ara Shalom ve Tsedek*⁹ davasında Musevi inancına sahip bir grup tarafından kurulan dernek, dini rituellere uygun olarak kesim yapma talebinin Fransız hükümeti tarafından red edilmesini din özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiş ve bu yönde karar verilmesi istemiyle AİHM'ne başvurmuştur. Mahkeme, derneğin şikayetçi sıfatıyla yönelttiği talebini, 9. maddenin kapsamı içerisinde değerlendirmiş, ancak davalı Fransa Hükümeti'nin ileri sürdüğü, derneğin bulunduğu bölgede yeteri oran-

7 AİHK'nun 04 Ekim 1977 tarihli, X. ./. *Birlesik Krallık* davasındaki kararı, Başvuru no. 7291/75, D. R. 11, s. 55-57; AİHK'nun 01 Nisan 1970 tarihli, X. ./. *Federal Almanya Cumhuriyeti* davasındaki kararı, Başvuru no. 4445/70. Ayrıca bkz. *Uzun*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Din Özgürlüğü, Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2006, s. 22.

8 Bkz. *Blum*, Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechts-konvention (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. Maddesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü), S. 51; *Borowski*, Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes (Anayasa'daki İnanç ve Vicdan Özgürlüğü), Kiel 2004, S. 148.

9 AİHM'nin 27. 06. 2000 tarihli, *Cha'ara Shalom ve Tsedek* ./. *Fransa* davasındaki kararı, Başvuru no. 27417/95, Hükümler ve Kararlar Raporları 2000 VII, par. 72.

da rituele uygun kesim yerinin bulunduğu, dernek üyelerinin ihtiyaçlarını buralardan rahatça karşılayabileceğine dair red gerekçesini haklı bulmuştur. Mahkeme bu ve benzeri davalarda dava konusu ile doğrudan ya da dolaylı olarak ilgisi olan hükümet dışı kuruluş veya kişi gruplarının taraf olma durumunu sorgulamamıştır.

I. 3. Özgürlüğün Konu ve Kapsamı

I. 3. a. *Düşünce, Vicdan ve Din Sahibi Olma, Açıklama ve Uygulama Hakkı*

AİHS'nin 9. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde mutlak bir düşünce, vicdan ve din özgürlüğü öngörülmektedir. Bu hüküm özgürlüğün iç dünyadaki yansımasıyla, başka bir deyişle *forum internum* alanıyla ilgili olup, bireysel ya da dinsel inançlar alanını sınırsız bir şekilde korur. İçsel dünyaya dair olan fikir ve inanç edinilmesi ve değiştirilmesi hakkı hiç bir şekilde sınırlanamaz, devletin müdahalesine konu olamaz. Birey inançları nedeniyle suçlanamaz, kendisine zora dayanan, serbest iradeyi etkileyen herhangi bir yolla, bir inanç kabul ettirilemez veya inançlarından vazgeçirilemez. Kişi istediği inanca sahip olabileceği gibi, bunu açıklamaya da zorlanamaz. İç dünyaya dair olan kanaat, din ve vicdan sahibi olma hakkı hiçbir koşulda engellenemez ve açıklama içermeyen inanç veya düşünce devlet müdahalesine konu olamaz. Ancak din ve vicdan özgürlüğü sadece bireylerin inançlarını ve vicdanî kanaatlerini güvence altına almakla gerçekleşmiş olmaz, bunun yanında ayrıca inananların gerek bireysel hayatlarında gerekse toplumsal ilişkilerinde, dinî inançlarını uygulama ve buna uygun şekilde davranma özgürlüklerinin de garanti edilmesini gerektirir.¹⁰

İnancı, vicdanı ya da kanaatı açıklama ve uygulama hakkı ise, özgürlüğün dış dünyaya yansımasına, başka bir deyişle *forum externum* alanına ilişkin olup, 9. maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde garanti altına alınmıştır. Mutlak olmayan bu hüküm, aynı zamanda 9. maddenin 2. fıkrasında öngörülen sınırlamaların da uygulama alanını oluşturur; yani bir din veya inancın gerekli kıldığı veya ilham ettiği her hareketi ve uygulamayı korumaz.¹¹

10 Bkz. Zeynep O. Uşal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde: Düşünce-Vicdan ve Din Özgürlüğü, S. 1-2. Kaynak: <http://www.coehelp.org/course/view.php?id=13&topic=6>.

11 Bkz. Gölcüklü/Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, İstanbul

1. 3. b. İnancı Uygulama Yöntemleri

Din özgürlüğünün uygulanması deyince, bireysel ya da toplu ibadet ve ayinler ile dinin inanan kişiye yüklediği toplum hayatıyla ilgili ödevler ilk akla gelenlerdir. Bu konuda 9. madde, inancın toplu ya da bireysel olarak veya alenî, yani kamu önünde ya da özel alanda uygulanması şeklinde ikili bir ayırım yapılmıştır. Dini inancın uygulama formu ile ilgili olarak da, ayin, dinsel eğitim (ders), ibadet ve dini kurallara saygılı olma yöntemleri sayılmıştır. *İbadet hakkı*, inananlara açık ibadethanelere sahip olma hakkını ve ibadethanelerin dışarıdan gelecek rahatsız edici müdahalelere karşı dokunul-mazlığını da kapsar. *Öğretim hakkı* ise kamuokulları yanında, dinî ağırlıklı olanları da dahil olmak üzere, her türlü özel eğitim kurumunun kurulup işletilmesinin serbest olmasını gerektirir.¹²

9. maddede dini inancın uygulanması ile ilgili sadece dört formun belirtilmiş olması, karşımıza Sözleşme yaratıcılarının bu listenin ucunu açık bırakıp bırakmadığı sorusunu çıkarmaktadır. Literatürde, Sözleşme hükümlerinde boşluk ile karşılaşıldığında ya da hakkın korunmasının kapsamında şüphe vasıl olduğu durumlarda, hadisenin haktan en iyi şekilde yararlanılabileceği doğrultuda geniş yorumlanması gerektiği prensibinden (effet utile) hareket edilmesinin uygun olacağı görüşü ağırlıktadır. Genel olarak AİHM'nin içtihatları da hakkın kapsamının geniş yorumlanması gerektiği doğrultusundadır. Örneğin Mahkeme *Kokkinakis . / . Yunanistan*¹³ davasındaki kararında, Yehova Şahidi olan başvurucunun Ortodoks bir kadını Yehova Şahitliği'ne inandırmak için kitaplardan parçalar okuması ve bazı kitaplar vermesi etrafında gelişen faaliyetlerini 9. madde kapsamında değerlendirmiştir. Olayda kadının polisi çağırması üzerine gözaltına alınan başvuru, Yunan yasalarında yer alan başka bir dine geçmeye teşvik etme (proselytism) suçundan mahkum edilmiş ve bu karara ilişkin temyiz başvurusu da rededilmiştir. AİHM, verilen cezayı başvurucunun dinini ve inançlarını açıklama özgürlüğüne bir müdahale

2011, s. 346-350; *Öktem*, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Ankara 2002, s. 94.

12 Bkz. İnsan Hakları, Ankara 2006, S. 69-61. Kaynak: <http://www.scribd.com/doc/55662517/31/i-Dușunce-Vicdan-ve-Din-İnanc-Ozgurluęu>.

13 AİHM'nin 25. Mayıs 1993 tarihli, *Kokkinakis . / . Yunanistan* davasındaki kararı, Başvuru no. 14307/88. Kararın ingilizce tam metni için bkz. : http://www.menschenrechte.ac.at/orig/93_4/Kokkinakis.pdf.

olarak addetmenin yanısıra, başka bir dinin propagandasının yapılırken aşırıya kaçılmaması gereğini, zira bunun düşünce özgürlüğüne saygı ile bağdaşmayacağını altını çizmiştir. Mahkeme ayrıca, inancın asıl olarak bireyin vicdanıyla ilgili bir mesele olduğunu, kişinin inancını açıklaması ve dinsel inançlarının söz ve davranışlarına yansımalarının özgürlüğün doğası gereği olduğunu belirterek, 9. maddede yer alan *öğretim* kelimesinin kastının okullardaki dinî eğitim faaliyetlerinden daha geniş anlaşılması gerektiğini, buradaki dinini izhar etme özgürlüğünün, ilke olarak başkalarını öğretim yoluyla ikna etme hakkını da içereceği, aksi takdirde 9. maddenin öngördüğü dinini veya kanaatini değiştirme özgürlüğünün hükümsüz, ölü bir ifadeden ibaret kalacağını vurgulamıştır.

Görüldüğü üzere AİHM, 9. madde metninde açıkça belirtilmemişse de, kişinin zorlama olmadan ve diğer kişinin düşünce özgürlüğüne saygılı olacak bir tarzda, dinî inancını başkalarına tebliğ ve telkinde bulunmasını, inancın izharı çerçevesinde, dolayısıyla din ve vicdan özgürlüğü kapsamında addetmiştir. Bu tespitten yola çıkarak, herhangi bir dinî inancın yayılması amacıyla zorlama olmadan yürütülen propaganda faaliyetlerinin yasaklanmasının ya da cezaî müeyyideye tabi tutulmasının, din ve vicdan özgürlüğüne aykırı olduğunu söylemek mümkündür.

I. 3. c. İnancı İfade Eden Eylemler ve İnanç Saikli Eylemler Ayrımı

Gerek 9. maddede sayılan inancı uygulama yöntemlerine dair listenin ucunun açık olması, gerekse de *dini kurallara saygılı olma* kavramının geniş yorumla-maya elverişli olması, dinin gereklerini yerine getirme amaçlı her eylemin din özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Mahkeme *Arrowsmith . / . Birleşik Krallık*¹⁴ ve benzeri davalardaki kararlarında, 9. maddenin ilk paragrafında kullanılan uygulama (*pratiques/ practice*) teriminin din veya inanç saikiyle ya da etkisiyle yapılan her eylemi kapsamadığını, eylemlerin sözkonusu inancı ifade etmesi gerektiğini, sadece inanç saikiyle veya etkisiyle yapılan her eylemlerin 9. maddenin koruma alanına girmeyeceğini belirtmiş

14 AİHK'nun *Arrowsmith . / . Birleşik Krallık* davasındaki 12. 10. 1978 tarihli kararı, Başvuru no. 7050/75, DR 19, s. 5, par. 82-86.

ve inancın dışı vurumu niteliğinde olan eylemleri, *inancı ifade eden* ve *inanç saikli* (etkili) eylemler olarak ikiye ayırmıştır.¹⁵ Sözleşme organları başvuru konusu edilen eylemlerin açığa vurma olup olmadığını belirlemek amacıyla, bu eylemlerin bir din veya inancın zorunlu ifadeleri olup olmadığı ve bu eylemler ile din ve inancın samimi biçimde dışavurulup vurulmadığı gibi iki temel ölçüt geliştirmiş ve önlerine gelen vakalarda ilgililerin talepleri ile kanaatleri arasında zorunluluk ve samimiyet ilişkisini tesbit etmeye çalışarak buna göre karar vermişlerdir.¹⁶

Özellikle *Yanaşık ./. Türkiye*¹⁷ davasında Komisyon, inancı açığa vurma olduğu öne sürülen eylemlerin *inançların zorunlu ifadesi* ve genel kabul gören biçimiyle *din ya da kanaatin uygulama görünümünü oluşturan ibadet ve dindarlık eylemleri* gibi kişisel inançla yakından ilintili eylemler olup olmadıklarını sorgulamıştır. Söz konusu davada askeri öğrenci olan başvurucu, amaç ve programı dinsel kuralların üstünlüğünü sağlamak olan köktendinci İslamcı bir harekete katılıp, bu hareketin yayınlarını okuduğu ve ideolojik nitelikli toplantılara katıldığı için üst üste disiplin cezaları almış ve sonuçta Harp Okulu'ndan uzaklaştırılmıştır. Komisyon, başvurusunun verilen ceza ile Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddiasını yerinde bulmamış ve askeri bir okula kaydolan öğrencinin kendi rızasıyla askeri kurallara tabi olduğunu, askeri disiplinin niteliği gereği, silahlı kuvvetler mensuplarına, sivillere dayatılamayacak olan bazı sınırlamaların getirilebileceğini belirtmiştir. Kararda ayrıca disiplin kurallarının askeri öğrencilerin ibadetlerini yerine getirme özgürlüklerini tamamen ortadan kaldırmaması, başka bir deyişle hakkın özüne dokunmaması gerektiği de vurgulanmıştır. Mahkeme askeri öğrencilerin ibadetlerini askeri

15 AİHK'nun 03 Mayıs 1993 tarihli *Karaduman/Türkiye* davasındaki kararı, Başvuru no. 16278/90 03. 05. 1993, D. R. 74, s. 93. Burada Mahkeme üniversiteden mezun olan bir kadın öğrencinin, mezuniyet belgesine başı açık olan bir fotoğraf yapıştırılması mecburiyeti nedeniyle başörtüsüz fotoğraf çekilmesini reddetmesini, dini inanç saikli olsa da bunun inancın tezahürü sayılamayacağını, diplomaya yapıştırılan fotoğrafın amacının dini inançları izhar etmek değil, kişinin teşhis edilmesi amaçlı olduğunu belirterek, üniversitenin bu uygulamasının 9. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir.

16 Bkz. *Fatma Benli, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi, Birikim-ler (I), İstanbul 2003, s. 70-72.*

17 AİHK'nun 6 Ocak 1993 tarihli, *Yanaşık ./. Türkiye* davasındaki kararı, Başvuru no. 14524/89, DR. 74, s. 14.

hayatın gerekleri çerçevesin-de yerine getirme haklarının olduğunun altını çizmiş, ancak başvurucunun eylemlerini *inancının zorunlu ifadesi* olarak addetmemiştir.

X. ./ *Avusturya*¹⁸ davasında ise, Budist bir mahkumun sakal bırakmak, tesbih bulundurmak ve hayat felsefesini geliştirmek için zorunlu saydığı yayın ve kitapları edinme yönündeki istemlerini red eden hapisane yönetiminin tavrının, Budizmin hayata geçirilmesi bakımından tesbih çekmenin zorunlu olup olmadığı konusunda şüphenin varlığı, sakalın mahkumun rahatlıkla tanınmasını önleyeceği ve talep edilen kitapların doğrudan Budizm ile ilgili olmadığı argümanlarına dayanılarak, 9. maddeyi ihlal etmediği sonucuna varılmıştır.

X. ./ *Birleşik Krallık*¹⁹ davasındaki redde ilişkin kararda ise, başvuru Budist mahkumun Budist bir dergiye yazı göndermesinin engellenmesi yönündeki idari işlemin, başvuruda başka Budistlerle temasa geçilmesinin dini hayatın önemli bir parçası olduğunun gösterilebilmiş olmasının aksine, dini dergide makale yayınlanmasının ibadet uygulamalarının zorunlu bir parçası olduğunun ispat edilemediği gerekçesine dayanılarak, Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmediği sonucuna varılmıştır.

AİHS'nin 9. maddesinin *inancın zorunlu ifadesi* olan eylemleri koruyacağı, fakat *inanç saikiyle yapılan* her türlü eylemi korumayacağına ilişkin Komisyon görüşünü daha sonra Mahkeme de içtihatlarına almıştır.²⁰ Ancak kabul etmek gerekir ki, buradaki *zorunlu ifade* kriteri yerleşik, yaygın ve bilinen dinler için kolayca uygulanabilecekken, bu tür özelliklere sahip olmayan yeni dinler için oldukça zor olacaktır.

I. 3. d. İnanmama ve Din Değiştirme Özgürlüğü

AİHS'nin 9. maddesinin birinci fıkra metninde herkesin din ve inancını değiştirmede özgür olduğu açıkça belirtilmektedir. Bu somut

18 AİHK'nun 15 Şubat 1965 tarihli, X. ./ *Avusturya* davasındaki kararı, Başvuru no. 1753/63, YB 8/1965.

19 AİHK'nun 20 Aralık 1974 tarihli, X. ./ *Birleşik Krallık* davasındaki kararı, Başvuru no. 5442/72.

20 AİHM'nin bu yöndeki kararlarından bazıları şunlardır: 29 Haziran 2004 tarihli, *Leyla Şahin* ./ *Türkiye* davası, Başvuru no. 44774/98; 29 Haziran 2004 tarihli, *Zeynep Tekin* ./ *Türkiye* davası, Başvuru no. 41556/98; 24 Ekim 2006 tarihli, *Yüksektepe* ./ *Türkiye* kararı, Başvuru no. 62227/00; 04 Aralık 2008 tarihli *Doğru* ./ *Fransa* ve *Kervancı* ./ *Fransa* kararları, Başvuru no. 27058/05 ve 31645/04; 23 Şubat 2010 tarihli, *Ahmet Aysel ve diğerleri* ./ *Türkiye* davası, Başvuru no. 41135/98.

güvence, devletin bireyleri dinî-vicdanî inançları veya kanaatleri nedeniyle herhangi bir şekilde kınamasını, hak mahrumiyetine ve ayrımcı muameleye maruz bırakmasını ve inancını değiştirmek için onlara baskı yapmasını yasaklar. Prensip olarak din ve vicdan özgürlüğü devletin bir dini benimsemesi veya resmîleştirilmesi ile bağdaşmaz ise de, gerek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun gerekse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında, zorunlu katılma istenmemesi veya isteyerek ayrılmanın mümkün olması durumlarında bir *devlet dini*'nin varlığı Sözleşme'ye uygun addedilmektedir. Sözleşme Organlarınca Sözleşme'ye aykırılık oluşturan husus, Konsey üyesi herhangi bir ülkede devlet kilisesinin var olması değil, böyle bir kiliseye aidiyet zorunluluğudur.

Mahkeme bu yöndeki görüşünü diğer kararlarının yanısıra *Buscarini ve Diğerleri* ./. *San Marino* davasında, zorunlu katılma istenmediği takdirde devlet dininin varlığı 9. maddeye aykırı düşmemektedir, şeklinde ifade etmektedir.²¹ Ayrıca *Darby* ./. *İsveç* davasında da Mahkeme, İsveç Lutheran kilisesine üye olmayan ve İsveç vergi kanunları gereğince kilise vergisi ödemek zorunda kalan başvurucunun şikayetini, 9. madde kapsamında değerlendirmiş ve davalı Devlet'in, Kilise mensubu olmayan kişileri dinsel faaliyetlerin finansmanına katılmaktan muaf tutma sorumluluğunu yerine getirmeyerek, bu kişilerin farklı dini inançlarına ya da inançsızlıklarına saygı göstermediği ve dolayısıyla Sözleşme'yi ihlal ettiği kanaatine varmıştır.²²

Devlet dini ile ilgili yukarıda belirtilen bakış açısı, zorunlu din bilgisi dersi bakımından da geçerlidir. Devlet okullarında din eğitim ve öğretimi, ancak isteğe bağlı olarak yapılması halinde, başka bir deyişle muaf tutulma imkânının tanınması şartıyla 9. maddede öngörülen din ve vicdan özgürlüğüyle bağdaşabilir. Bu tespiti Sözleşme'nin 1 Nolu Ek Protokolü'nün 2. maddesinde yer alan, devletin ebeveynlerin eğitim ve öğretimin kendi dinî ve felsefî inançlarına göre yapılmasını ta-

21 AİHM'nin 18 Şubat 1999 tarihli, *Buscarini ve Diğerleri* ./. *San Marino* davasındaki kararı, Başvuru no. 24645/94. İngilizce metin için bkz. http://www.menschenrechte.ac.at/orig/99_2/Buscarini.pdf.

22 AİHM'nin 23 Ekim 1990 tarihli, *Darby* ./. *İsveç* davasındaki kararı, Başvuru no. 11581/85, Serie A 187, p. 30-32. Ayrıca bkz. *Gölcüklü/Gözübüyük*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, İstanbul 2011, s. 346-348.

lep etme haklarına saygı göstermesi gerektiği hükmü de desteklemektedir. Bunun yanı sıra üye devletlerin belli bir din veya mezhebin tek taraflı eğitimi şeklinde olmamak kaydıyla, dinler ve ahlakî öğretiler hakkında genel kültür bilgisi veren dersleri müfredata koymaları din ve vicdan özgürlüğüne aykırılık teşkil etmez. Ancak kamu okullarında verilen, bir dinin ibadet şekillerinin uygulanması tarzındaki dersler, genel bilgi verme niteliğinde sayılamayacağından, din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ederler.²³

II. Din Özgürlüğü'nün Sınırları

II. 1. Genel Sınırlama Nedenleri

AİHS 9. maddesinin 2. fıkrası, din veya inancı açıklama özgürlüğünün ancak, kamu güvenliği ve düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, demokratik bir toplumun gereklerine aykırı olmayacak tedbirlerle ve sadece yasa ile sınırlanabileceğini, başka bir deyişle bu özgürlüğün meşru olarak nasıl kısıtlanabileceğini düzenler. Buna göre din ve vicdan özgürlüğüne müdahale ancak, müdahalenin, yasa tarafından öngörüldüğü, fıkra da belirtilmiş olan meşru amaçlardan birine dayandığı, demokratik bir toplumda gerekli olduğu ve ayrımcı bir şekilde uygulanmadığı durumlarda mümkündür. Bu koşulların her biri mutlak; sınırlama şartlarından birinin yok olması, müdahalenin sözleşmeyi ihlal etmesi sonucunu doğurur.

II. 1. a. Yasa ile öngörülme

Sözleşme organları, hakkı sınırlamaya yönelik tedbirin, hukuk devleti anlayışının gereği olarak, iç hukukta yasayla öngörülmüş olmasının üzerinde özellikle durmakta ve buradaki *yasayla öngörülmüş*

23 Bkz. *Murdoch*, Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin uygulanmasına dair klavuz kitap, İnsan hakları el kitapları Sayı 9, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Belçika 2007, S. 16-18. Ayrıca bkz. AİHM'nin 9 Ekim 2007 tarihli *Hasan ve Eylem Zengin* . / . Türkiye kararı, Başvuru no. 1448/04; AİHM'nin 26 Ekim 2000 tarihli *Hasan and Chaush* . / . Bulgaristan davasındaki kararı, Başvuru no. 30985/96, ECHR 2000-XI; AİHM'nin 26 Ocak 1999 tarihli *Serif* . / . Yunanistan davasındaki kararı, Başvuru no. 38178/97, § 51, Hükümler ve Kararlar Raporları 1999-IX.

olmak ve yasalar uyarınca ifadelerinin şeklen değil öz itibarıyla algılanması ve geniş yorumlanması gerektiğini belirtmektedirler. Mahkeme bu konuyla ilgili içtihatlarında *hukuk/yasa* kavramın daha alt düzeydeki kararnameleleri,²⁴ parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kurulların getirdiği düzenlemeleri²⁵ ve son olarak yazılı veya yazılı olmayan hukukun yanında yerel mahkeme içtihatlarını da kapsadığını vurgulamaktadır.²⁶ Bunun yanısıra sözkonusu hukuki düzenlemenin erişilebilir ve öngörülebilir olması, dolayısıyla kişilerin yapacakları eylemin beraberinde getireceği sonuçları bilmelerini sağlayacak nitelikte olması gerekir.²⁷

II. 1. b. Sınırlamanın meşru amaçlara dayanması

9. maddenin ikinci fıkrasına göre din, vicdan ve inancını açıklama özgürlüğü ancak meşru bir amaca dayalı olarak sınırlanabilir. Meşru amaçtan kasıt, korunan hukuki yarardır. Hükme göre sınırlamayı öngören aracın meşruluğu burada sayılan amaçların varlığı halinde mümkündür. Bunlar sırasıyla kamu güvenliği ve düzeninin, genel sağlık ve ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Bu sayılanların dışında başka bir nedene dayalı sınırlama, Sözleşme anlamında meşru ve haklı bir amaca dayalı sınırlama olarak kabul edilmeyecektir.²⁸

II. 1. c. Sınırlamanın, demokratik bir toplumda gerekli olması

Hakların sınırlandırılmasının sınırını çizen en önemli kriterlerden birisi de gereklilik, başka bir deyişle demokratik toplumda gereklilik kriteridir. Gereklilik testi, Mahkeme tarafından, kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel haklarının korunmasının

24 AİHM'nin 18 Haziran 1971 tarihli, *De Wilde, Ooms ve Versyp* ./. Belçika davasındaki kararı, Başvuru no. 2832/66, 2835/66 ve 2899/66, Serie A Nr. 15.

25 AİHM'nin 25 Mart 1985 tarihli, *Bartold* ./. Almanya davasındaki kararı, Başvuru no. 8734/79, Serie A, Nr. 90.

26 AİHM'nin 26 Kasım 1991 tarihli *Observer ve Guardian* ./. İngiltere davasındaki kararı, Başvuru no. 13585/88, Serie A/216; AİHM'nin 26 Nisan 1979 tarihli, *Sunday Times* ./. Birleşik Krallık davasındaki kararı, Başvuru no. 6538/74, Serie A/217.

27 AİHM'nin 7 Şubat 2004 tarihli, *Gorzeli ve Diğerleri* ./. Polonya davasındaki kararı, Başvuru no. 44158/98. Kararın İngilizce tam metni için bkz. http://www.menschenrechte.ac.at/orig/04_1/Gorzeli_PL.pdf.

28 Bkz. Zeynep O. Usal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde: Düşünce-Vicdan ve Din Özgürlüğü, S. 6.

gerekleri arasında adil bir denge oluşturmak için yapılır. AİHM, gereklilik kavramını, yapılan müdahalenin *acil ya da zorunlu bir sosyal ihtiyaçtan* doğup doğmadığı ve bu müdahalenin ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla *orantılı* olup olmadığı açısından incelemektedir.²⁹ Sözleşmenin önsözünde de yer alan bu ilke, özellikle 9., 10. ve 11. madde de öngörülen hak ve özgürlükleri sınırlayan devlet uygulamalarının Sözleşmeye uygun olup olmadığının denetlenmesinde uygulanan bir kriterdir. Mahkeme bu kavramı hoşgörü, açık fikirlilik ve çoğulculuk olarak yorumlar ve demokrasilerde kişisel çıkarların, gerektiğinde grubun çıkarlarına tabi olabileceğini belirterek, bunun her zaman çoğunluğun görüşlerinin üstün olduğu anlamına gelmediğini, azınlık mensuplarına adil muamele yapılmasının zorunluluğunu ve çoğunluk pozisyonunun kötüye kullanılmasını engelleyen bir denge kurulması gerektiğini vurgular.³⁰ Mahkemeye göre çoğulculuk ve demokrasi, aynı zamanda, demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini muhafaza etmek ve geliştirmek amacıyla bireyler veya gruplar arasında çeşitli tavizler verilmesini beraberinde getiren bir diyalog ve uzlaşma ruhuna dayanmalıdır.³¹ Ancak Mahkeme, Avrupa Konseyi'ne üye olan bütün üye devletlerde geçerli olabilecek ortak bir din anlayışı belirlemenin mümkün olmadığını, bu konu üzerindeki görüşlerin büyük değişkenlik gösterebileceğini,³² bu nedenle din-devlet ilişkilerine dair bir tartışmanın varlığı durumunda ulusal karar verme organlarının rolüne özel önem verilmesi gerektiğinin de altını çizmektedir.³³

29 AİHM'nin 27 Kasım 1992 tarihli, *Olsson ./. İsveç* davasındaki kararı, Başvuru no. 74/1991/326/398, Serie A/250.

30 AİHM'nin 10 Kasım 2005 tarihli, *Leyla Şahin ./. Türkiye* davasındaki kararı, Başvuru no. 44774/98, Hükümler ve Kararlar Raporları 2005-XI, par. 108, Ayrıca bkz. AİHM'nin 13 Ağustos 1981 tarihli, *Young, James ve Webster ./. İngiltere* davasındaki kararı, Başvuru no. 43672/98, Seri A 44, par. 63; AİHM'nin *Chassagnou ve Diğerleri - Fransa* davasındaki kararı, Başvuru no. 25088/94, 28331/95, 28443/95, Hükümler ve Kararlar Raporları 1999-III.

31 AİHM'nin 30 Ocak 1998 tarihli, *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri ./. Türkiye* davasındaki kararı, Başvuru no. 133/1996 ve 752/951, Hükümler ve Kararlar Raporları 1998-I; AİHM'nin 13 Şubat 2003 tarihli, *Refah Partisi ve Diğerleri ./. Türkiye* davasındaki kararı, Başvuru no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98,

32 AİHM'nin 20 Eylül 1994 tarihli, *Otto-Preminger-Institut ./. Avusturya* davasındaki kararı, Başvuru no. 13470/87, Seri A, 295-A, par. 50.

33 AİHM'nin 10 Kasım 2005 tarihli, *Leyla Şahin ./. Türkiye* davasındaki kararı, Başvuru no. 44774/98, Hükümler ve Kararlar Raporları 2005-XI, par. 109.

II. 1. d. Sınırlamanın orantılı olması

Sınırlamanın orantılı olması kriteri Sözleşme’de açık olarak belirtilmemişse de, AİHM içtihatlarında, *demokratik bir toplumda gereklilik* şartı kapsamında uygulanan, önemli ve vazgeçilmez ilkelerden birisidir. Burada Mahkeme belirli bir kısıtlamanın denetlenmesinde, olayı bir bütün olarak ele almakta ve kısıtlama ile elde edilmek istenen amaç arasında bir orantı olup olmadığını incelemektedir. Bu incelemede, elde edilmek istenen amaç ile yaptırımın şiddeti ve niteliği arasında da orantılilik gözetilmektedir. Eğer meşru bir amaca ulaşmak için kullanılan araçlar ile ulaşmak istenen amaç arasında makul bir orantı yoksa bu aracın kullanılması, başka bir deyişle şikayete konu olan işlem Sözleşme’ye aykırı addedilecektir.

II. 2. Sınırlama Nedenlerinin Uygulanmasında Devletlerin Takdir Yetkisi “margin of appreciation”

AİHM birçok kararında Sözleşme mekanizmasının rolünün temel olarak ikincil olduğunu, ulusal yetkililerin prensip olarak, yerel koşulları ve gereksinimleri, uluslararası bir mahkemeye göre çok daha iyi bir şekilde değerlendirme konumunda olduğunu belirtmiş ve Sözleşme ile korunan herhangi bir hak ve özgürlüğe müdahale için *zorunluluğun* ilk değerlendirmesini/takdirini ulusal yetkililere bırakmıştır. Bu takdir payı, hem yasayı hem de yasayı uygulayan kararları kapsayan Avrupa denetimi ile beraber hareket eder. Mahkeme’nin görevi, ulusal düzeyde alınan önlemlerin, ilke olarak haklı ve orantılı olup olmadığını belirlemektir. Kısacası değerlendirmenin sınırı ulusal merciler tarafından çizilmekte, ancak bu mercilerin kararının Sözleşme koşullarına uygunluğunu inceleme yetkisi ise AİHM’ne ait olmaktadır.³⁴

9. maddenin 2. fıkrasında öngörülen genel sınırlama nedenlerinin uygulanması esnasında, Mahkeme’nin her üye ülkenin kendine

34 Bknz. AİHM’nin 7 Aralık 1976 tarihli, *Handyside* ./. *Birleşik Krallık* davasındaki kararı, Başvuru no. 5493/72, Seri A/24, par. 100; AİHM’nin 8 Temmuz 2003 tarihli, *Hatton ve Diğerleri* ./. *Birleşik Krallık* davasındaki kararı, Başvuru no. 36022/97, AİHM 2003-VIII; AİHM’nin 26 Eylül 1996 tarihli, *Manoussakis ve Diğerleri* ./. *Yunanistan* davasındaki kararı, Başvuru no. 18748/91, Hükümler ve Kararlar Raporları 1996 - IV, S. 1362 - 1364; AİHM’nin 24 Şubat 1994 tarihli, *Casado Coca* ./. *İspanya* davasındaki kararı, Başvuru no. 15450/89, A 285.

özgü koşullarını, hukuk sistemleri arasındaki bazı temel farklılıkları gözönüne alması nedeniyle, benzer olaylarda farklı sonuçların ortaya çıkması mümkündür. Başka bir deyişle, bir üye ülkede hakkın kısıtlanmasına yönelik işlem sözleşmeye aykırılık teşkil ederken, aynı kısıtlama diğer bir ülkede, haklı gerekçeyle dayalı olarak yapıldığından hareketle, sözleşmeye uygun addedilebilecektir. Örneğin Leyla Şahin'in üniversitede türban takma yasağı nedeniyle Türkiye'yi şikayet etmesi üzerine, AİHM'nin verdiği kararda, laiklik ilkesinin Sözleşme'nin kapsamında korunan özgürlüklerle uyumlu olduğu ve bu ilkenin Türkiye'deki demokratik sistemin korunmasında önemli bir yer teşkil ettiği belirtilerek, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin takdir hakları gözönüne alındığında, sözkonusu müdahalenin güdülen amaçla orantılı olduğu tesbit edilmiştir. Burada Mahkeme, devletin müdahaleyi kamu düzenini korumak, başkalarının hak ve özgürlüklerine zarar vermemek, laiklik ve eşitlik ilkelerini güvence altına almak için uyguladığı tespitinden hareket etmiş ve 9. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.³⁵

Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerin sadece bir kısmının hukuk sistemine teşmil edilmiş olan laiklik ilkesi, Sözleşme metninde yer almamaktadır. Bununla birlikte sözkonusu kararın temel dayanak noktası bu ilkenin korunması saikidir. Mahkeme, Türkiye'de demokratik toplumun sürekliliğinin sağlanması açısından vazgeçilemez bir değer olan laiklik ilkesinin korunması amacıyla alınan tedbirlerin gerekli olduğunu ve devletin Sözleşme tarafından kendisine tanınan takdir yetkisi içinde işlem yaptığını belirtmek-tedir. Buradan yola çıkarak, laiklik ilkesini hukuk sisteminin temel değerlerinden birisi olarak garanti altına almamış üye ülkelerden birisinde, örneğin Almanya'da üniversite öğrencilerine uygulanacak olası türban takma yasağının Sözleşme'ye aykırı olacağını söylemek sanırım yanlış olmaz. Bu farklılıkların Mahkeme tarafından tolere edilmesi, Sözleşme'nin ortak bir avrupa insan hakları standardı "*ordre public europeen*" yaratma amacının önünde engel teşkil edip etmeyeceği sorusunu beraberinde getirmektedir.

35 AİHM'nin 10 Kasım 2005 tarihli, *Leyla Şahin* . /. *Türkiye* davasındaki kararı, Başvuru no. 44774/98, Hükümler ve Kararlar Raporları 2005-XI, par. 105 - 109.

Bilindiği üzere temel hak ve özgürlüklerin (evrensel insan haklarının) homojenliği ile devletlerin kültürel ve politik değerlerinin heterojenliği arasında yüzyıllardır süre gelen ve şu anda sonunu göremediğimiz sürekli bir çatışma vardır. Devletler, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sırasında, yasa ile öngördükleri mahfuz haklarını (*Gesetzesvorbehalt*), sahip oldukları farklı değerler çerçevesinde farklı olarak kullanabilmekte ve insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik sözleşmelere attıkları her imza ile, egemenliklerinden kişi hak ve özgürlüğü lehine, ancak hukuk sistemlerinin mümkün kıldığı ölçüde, kısaca tahammül edebildikleri oranda vazgeçmektedirler.

III. Sonuç

Mahkeme Sözleşme'nin düşünceyi açıklama ve yayma ile örgütlenme özgürlüklerini düzenleyen 10. ve 11. maddelerini uygularken kullandığı "sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması" kriterini 9. madde açısından daha dar yorumlamakta ve devlete daha geniş bir takdir hakkı tanımaktadır. Zira Mahkeme örneğin *Handyside ./. İngiltere* kararında, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün demokratik toplumun en temel kaynaklarından birisi olduğunu belirterek, ifade özgürlüğünün sadece olağan karşılanan zararsız ya da önemsiz görünen bilgiler ya da düşüncelerin açıklanması açısından değil, ayrıca Devlete ve toplumun belirli bir bölümüne aykırılık taşıyan, onları şoke eden ve rahatsız eden düşüncelerin açıklanması açısından da geçerli olduğunu ifade edip, genel olarak şiddet unsuru içermeyen her düşüncenin korunması gerektiği yolunda tavır sergilerken, *Leyla Şahin ./. Türkiye* davasında devlete bırakılan takdir yetkisinin sınırlarını belirlemede, Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakkın önemi ile, yasaklanan faaliyetlerin doğası ve yasaklamaların amacının dikkate alınmak zorunda olduğunu, Devlet ve dinler arasındaki ilişkilere dair sorunların riskli olduğu durumlarda, söz konusu meseleler açısından toplumda geniş ölçüde düşünce ayrışmaları olabileceğinden, ulusal karar mekanizmasının rolüne özel bir önem verilmesi gerektiği üzerine vurgu yapmaktadır.³⁶

36 Bknz. AİHM'nin 27. 06. 2000 tarihli, *Cha'ara Shalom ve Tsedek ./. Fransa* davasın-

Mahkeme'nin üye ülkelerin hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları dikkate alması sonucu, ulusal yasa koyucuların bu özelliklere dayanarak yaptığı kısıtlamaları devletlerin takdir yetkisi içinde değerlendirmesini, Sözleşme'nin ortak bir avrupa insan hakları standardı "*ordre public europeen*" yaratma ve geliştirme amacının önünde engel oluşturabileceği argümanı ile eleştirmek mümkünse de, AİHM'nin sadece devletlerarası hukuka ait bir sözleşmenin yorum mercii olduğunu gözden kaçırmamak ve görevinin de Sözleşme ile garanti altına alınan hak ve özgürlüklerin korunması anlamında asgari bir düzey belirlemek olduğunu unutmamak gerekir. Konsey'e üye ülkelerin bir kısmının bu asgari düzeyin altında, bir kısmının da üzerinde olması işin doğası gereğidir. Mahkemenin görevi, kararlarıyla asgari olanın altındakileri yukarıya çekmek için, yukarıda olanları ise, asgari olanı değil, kendi hukuk sistemlerinin gerektirdiğini yapmak için uyarmak ve aynı zamanda asgari düzeyin zaman içinde yükselmesinin de yolunu açmaktır.

KAYNAKLAR

Nikolaus Blum, Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechts-konvention (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. Maddesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü), Duncker & Humblot Yayınevi, Berlin 1990.

Martin Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes (Anayasa'daki İnanç ve Vicdan Özgürlüğü), Mohr Siebeck Yayınevi, Tübingen 2006.

İnsan Hakları, Ankara 2006, S. 59. Kaynak: <http://www.scribd.com/doc/55662517/31/i-Dusunce-Vicdan-ve-Din-Inanc-Ozgurlugu>.

daki kararı, Başvuru no. 27417/95, Hükümler ve Kararlar Raporları 2000 VII, par. 72; AİHM'nin 8 Temmuz 2003 tarihli, *Hatton ve Diğerleri* ./. *Birleşik Krallık* davasındaki kararı, Başvuru no. 36022/97, Hükümler ve Kararlar Raporları I, s. 34, par. 101; AİHM'nin 25 Eylül 1996 tarihli, *Buckley* ./. *Birleşik Krallık* kararı, Başvuru no. 20348/92, Hükümler ve Kararlar Raporları 1996-IV, S. 76, par. 122.

A. Gölcüklü / A. Feyyaz Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, İstanbul 2011, s. 346-350; *Öktem*, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Turhan Yayınevi, 3. Bası, Ankara 2002.

Zeynep O. Usal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde: Düşünce-Vicdan ve Din Özgürlüğü. Kaynak: <http://www.coehelp.org/course/view.php?id=13&topic=6>.

Fatma Benli, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi, Birikimler (I), İstanbul 2003.

Jim Murdoch, Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin uygulanmasına dair klavuz kitap, İnsan hakları el kitapları Sayı 9, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Belçika 2007.