

KAMU GÖREVLİLERİNİN DİNİ SEMBOL TAŞIYABİLMESİNİN SINIRLARI; ESKİ BİR TARTIŞMA VE YENİ HUKUKİ PARADİGMALAR

THE LIMITS OF WEARING RELIGIOUS SYMBOLS BY PUBLIC SERVANTS; AN OLD DEBATE AND NEW LEGAL PARADIGMS

Ali Rıza GÜDER*

Özet: Bu makale, uluslararası insan hakları hukuku açısından, kamu görevlilerinin görevleri sırasında *-mahkeme, ordu, emniyet, okul, hastane ve benzeri- alanlarda başörtüsü (türban), kippa, haç, Sikhlerin taktığı türban veya kama, bindi, Budistlerin cübbesi* ve benzeri dini sembollerini taşıyabilme özgürlüklerinin sınırlarını tartışmaktadır. Bu bağlamda, AİHM kararları da dahil olmak üzere uluslararası hukuk metinleri temel alınarak kamu görevlilerinin din, inanç ve vicdan hürriyetinin kamu düzeni, sağlığı, güvenliği, toplumun moral değerleri ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla, toplumsal bir ihtiyacın gerektirdiği durumlarda ve amaçla orantılı olmak şartıyla sınırlanabileceği vurgulanmaktadır. Bununla birlikte, dini sembollerin giyinilmesi hususunda ispatlanabilir vakalardan ziyade *spekülasyon ve varsayıma* dayalı sınırlamalar elbette bireyin din, inanç ve vicdan hürriyetinin ihlali anlamına gelecektir. Bu makalede, nihai olarak aşağıda ayrıntılı bir şekilde tartışılan *-meşru gerekçeler* çerçevesinde, kamu görevlilerinin görevleri sırasında dini sembol giyinebilmelerinin geniş sınırlar dahilinde sınırlanması gerektiği benimsenmektedir.

Anahtar kelimeler: Dini sembol, türban, kamu görevlileri, kamu düzeni, başkalarının hak ve özgürlükleri, AİHM.

Abstract: In this article, it is argued the permissible limits of wearing religious symbols -such as headscarf, kippa, crucifix, Sikh turban, kirpan, bindi, saffran robe- in the areas of the courtroom, army, security offices, school, hospital etc. by public servants in the exercise of their duties. In this context, it is emphasized upon international treatise and court judgments a fundamental trait that freedom of religion, belief and conscience of public servants may be restricted for the protection of the rights and freedoms of others, public order, public health, public morality and public safety where circumstances impose pressing social needs and by means proportionate to the legitimate aim concerned. However, restriction upon wearing religious symbols upon speculation and assumptions rather than proven facts would beyond doubt violate an individual's aforementioned rights. In this article, upon careful contemplation and the basis of legitimate reasons, the author adopts the view that the rights of public servants to wear religious symbols in the exercise of their duties must be limited within wider fields.

Keywords: Religious symbol, headscarf, public servants, public order, rights and freedoms of others, ECHR.

Din, inanç ve vicdan hürriyeti mutlak şekilde ikna gücü, ciddiyet, uyum ve bağlılık ve öneme sahip fikirlere işaret etmektedir.¹ Bu şartlar gerçekleştiğinde, “din hürriyeti, sözleşme ile garanti altına alınmış dini inançların veya bu inançları ifade etmek için kullanılan araçların meşruiyetini saptamak konusunda devlete bir seçim hakkı tanımaz.”²

Kamu görevlilerinin dini sembol taşıyabilmeleri özgürlüğü AİHS 9.2 maddesinde kapsandığı şekilde ancak başkalarının hak ve hürriyetleri, kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve toplumun moral değerlerinin korunması amaçlarıyla sınırlanabilir. *Amerikan Anayasa Mahkemesi*, kamu görevlilerinin dini semboller giyinebilmesine ilişkin sınırlamanın ancak “önemli kamusal bir menfaati korumak amacıyla”³ sınırlanabileceğini öngörür ve bu bağlamda bireyin talebinin ancak “gereksiz yere katlanılan bir güçlüğe sebep olduğunu ispat etmesi” halinde reddedilebileceğini ifade eder.⁴

Bu yasal çekişme sürecinde, devletin pozitif ve negatif yükümlülüğü muğlak bir sınırdan hareket etmektedir ve bu sınır bireyin ve toplumun çatışan menfaatleri arasında adil bir dengenin sağlanması hususunda devletin geniş bir takdir hakkına sahip olduğu hareket alanıdır.⁵ Bu denge arayışında, AİHM “dini veya herhangi diğer toplulukların bölünmeleri durumunda gerilimin muhtemel olduğunu kabul etmekle birlikte, bunun çoğulculuğun kaçınılmaz sonuçlarından biri olduğunu değerlendirir. Bu durumda, otoritelerin görevi çoğulculuğu feda etmek pahasına gerilimin nedenlerini ortadan kaldırmak değil, bu grupların birbirini tolere etmesini sağlamaktır.”⁶ Bu bağlamda, sadece toplumsal toleranssızlık veya husumet nedeniyle bireyi temel özgürlüklerinden yoksun bırakmak temel hak ve özgürlüklerle bağdaşır değildir.⁷ *Amerikan Anayasa Mahkemesi* yar-

¹ Bayatyan v. Armenia, Judgment of 27 October 2009, p. 110; Leela Förderkreis e.V. and Others v. Germany, Judgment of 6 November 2008, p. 80; Jakóbski v. Poland, Judgment of 7 December 2010, p.44

² Manoussakis and Others v. Greece, Judgment of 26 September 1996, p. 47; Hasan and Chaush v. Bulgaria, Judgment of 26 October 2000, p. 78; Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003, p. 91

³ Tenafly Eruv Association v. Borough of Tenafly, 309 F.3d 144, 157 (3rd Cir. 2002)

⁴ Ansonia Board of Education v. Philbrook, 479 US 60 (1986); United States v. Board of Education for School District of Philadelphia, 911 F.2d 882, 886 (3rd Cir. 1990); Webb v. City of Philadelphia, 562 F.3d 256 (3rd Cir. 2009)

⁵ Palomo Sánchez and Others v. Spain, Judgment of 12 September 2011, p. 62.

⁶ Serif v. Greece, Judgment of 14 December 1999, p.53

⁷ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004)

gıçlarından Robert Jackson'un bilge sözleriyle ifade etmek gerekirse "Azınlığı zor yoluyla yok etmeye çalışanlar çok yakında kendilerini yok eden azınlık konumunda bulurlar. Düşüncenin zorunlu birliği ancak mezarda birlikteliği sağlar."⁸

Bununla birlikte, bireylerin dini sembol taşıyabilmeleri hususunda iki boyutun derinlikle irdelenmesi gerekir. Farklı toplumlarda bireylerin kendilerini -toplumsal yaşam da dahil olmak üzere- dini semboller vasıtasıyla tanımlamaları bir zorunluluk olmakla birlikte, bazı toplumlarda bu özgürlük mutlak sınırlamalara tabi kılınmıştır. Bu iki pratik bireylerin pozitif ve negatif din ve inanç hürriyetini tasvir eder. Bu çalışma, uluslararası insan hakları hukuku açısından kamu görevlilerinin görevleri sırasında -mahkemeler, ordu, emniyet, okul ve benzeri alanlarda başörtüsü, kipta, haç, Sikhlerin taktığı türban veya kama, bindi ve Budistlerin cübbesi ve benzeri dini sembollerini taşıyabilme özgürlüklerinin sınırlarını tartışmaktadır ve nihai olarak -aşağıda ayrıntılı bir şekilde tartışılan- meşru gerekçeler çerçevesinde ve bu bağlamda din ve inanç hürriyetini sınırlayıcı bir yaklaşımı benimsemektedir.

Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması;

Farklı din ve inanca mensup bireylerin var olduğu bir toplumda onların inancına saygının gereği ve menfaatleri arasında uzlaşma sağlamak amacıyla, din, inanç ve vicdan hürriyetine sınırlama getirmek demokratik bir toplumda insan haklarını koruma alanı dahilindedir.⁹ Her bireyin din ve inancına saygı, bir dine inanmak veya inanmamak veya bir dinin gereğini yerine getirmek veya getirmemek konularında bireyin yapacağı tercihe alan bırakmayı ve saygı göstermeyi kapsar.¹⁰ Bu saygı, bireyin din veya inanca ilişkin yaklaşımlarını baskıdan özgür bir şekilde belirleyebilmesini sağlar ve bireyi bu yaklaşımlarını makul bir ikna yönteminin (missionary work) ötesinde baskı uygulayarak değiştirme girişimlerinden korur.¹¹

⁸ West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S 624 (1943)

⁹ Kokkinakis v. Greece, Judgment of 25 May 1993, p. 33, Dahlab v. Switzerland, application no. 42393/98, ECHR Decision of 15 February 2001, p. 11

¹⁰ Buscarini and others v. San Marino, Judgment of 18 February 1999, ECHR 7, p. 34

¹¹ ODIHR/Venice Commission Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief (hereinafter the "Guidelines") CDL-AD(2004)028, p. 7

Zor kullanma, maddi ve sosyal menfaat vaadi de dahil olmak üzere hile yolu ile veya acı, bunalım veya ihtiyaç duygularının etkisi altındaki bireylere şiddet uygulamayı veya beyin yıkamayı da kapsayan uygunsuz baskı uygulamak suretiyle bireyin din veya inancını zayıflatma ve değiştirme girişimi başkalarının din, inanç ve vicdan hürriyetine saygı kavramıyla bağdaşmaz ve bu kavramın koruma alanı dışında kalan baskı unsurlarıdır. (Improper Proselytism)¹² Farklı dini düşüncelere sahip bireylerin inancını zayıflatmak amacıyla bireylere her türlü menfaat sağlamak veya menfaat vaadinde bulunmak veya moral destek veya maddi yardım yoluyla veya deneyimsizliğini, güvenini, ihtiyacını, saflık veya daha düşük akıl ve idrak yeteneğine sahip olmalarını sömürmek de dahil hileli yöntemler ile dolaylı veya dolaysız bir şekilde bireylerin dini düşüncelerine her türlü nüfuz etme girişimi (Improper Proselytism) din, inanç ve vicdan hürriyetinin koruması dışındadır.¹³

Kamu hizmeti verenler açısından görevleri esnasında dini ve inançsal sembollerin görünür bir şekilde taşınmasının, *kamuda hiyerarşik ilişkide daha alt bir statüde yer alan veya kamu hizmeti alanlar üzerindeki proselytist etkisi nedeniyle sınırlanması, meşru başkalarının hak ve hürriyetini korumak menfaatini ilgilendirmektedir.*

Kamuda hiyerarşik ilişkide üst statüde yer alan bir görevlinin taşıdığı dini sembol veya ifadelerinin alt statüde yer alan üzerindeki etkisi proselytismi tanımlayıcı ve aydınlatıcı niteliktedir. Larissis v. Greece¹⁴ davasında AİHM, Yunanistan Hava Kuvvetlerinde görevli subayların kendilerinden daha alt rütbede bulunan subayları ısrarlı bir şekilde mensubu oldukları kiliseye davet etmelerini ve onlarla sayısı 50'yi bulan farklı zamanlarda ısrarla dini tartışmalara girmesinin proselytist etkisini irdelemiştir. Mahkeme, silahlı kuvvetlerdeki hiyerarşik yapının mensupları arasındaki her türlü ilişkiye nüfuz edeceğini ve alt rütbede olanın üst rütbede bulunan birinin sivil yaşamda kabul veya red etmekte zorlanmayacağı yaklaşımlarını reddetmesini veya herhangi bir konuşmadan çekilmesini zorlaştırdığını belirtmiştir. Mahkeme, bu örnekte dini konulardaki herhangi bir fikir alışverişine hakim olan bu zorunlu-

¹² see Guidelines, ibid, p. 13, World Council of Churches Report of 1954

¹³ Kokkinakis v. Greece, supra n. 9, p. 33, Section 4 of Greek Law (anagastikos nomos) no. 1363/1938.

¹⁴ Larissis v. Greece, Judgment of 24 February 1998, Reports 1998-I, p. 51

luk hissini taciz boyutunda olduğunu ve aşırı-uygunsuz baskı uygulanması suretiyle gücün kötüye kullanılması olduğunu tarif etmiştir. Özellikle vurgulanması gereken husus, Mahkeme, proselytist etkiyi tanımlarken, alt rütbedeki subayların hissettiği bu baskı ve kuşatılmışlık duygusunun üst rütbedeki subaylar tarafından *kasıtsız-bilinçsiz* bir şekilde bırakılmasını dahi yeterli bulmuştur.¹⁵

Mahkemenin yaklaşımı, hiyerarşiye dayanan diğer devlet kurumlarına da uyarlanabilir mi?¹⁶ Emniyet kurumlarında görev yapan bir polis memurunun, görünür şekilde dini veya inançsal sembol giyinen ve kendisinin veya aile fertlerinin tutum ve davranışları gibi *subjektif bir gerekçeyle* kendisinin yer değişikliği konusunda yetkisi olan il emniyet müdürü veya birim amirinin dini yaklaşımından görünür olmayan/*kasıtsız* bir baskı hissetmesi olası değil midir?¹⁷ Benzer şekilde, bir savcının, üzerinde gözetim ve denetim yetkisi olan, kendisine dava açmak konusunda emir verebilen, davayı kendisinden alıp başka bir savcıya verme yetkisi olan Başsavcı'nın dini yaklaşımlarına karşı gayri iradi uyumu/sessizliği uygunsuz bir dini baskının sonucu olarak tanımlanamaz mı? Din veya inancını görünür bir sembolle veya ifadeyle ortaya koyan üstlerine atama ve yer değişikliği konusunda tanınan *aşırı otonomi*, sağlık veya eğitim kurumlarında görevli birinin kendini baskı altında hissetmesi sonucunu doğurmayacak mıdır?¹⁸

Bu bağlamda özellikle eğitim kurumlarında hizmet verenlerin (öğretmen) dini sembol taşımasının, *eşit olmayan bir profesyonel ilişkinin diğer tarafı* (öğrenci) üzerindeki proselytist *etkisi* yukarıdaki prensiplerin ve vakaların ışığında ve güncel tartışmaların gereği ayrıca derinlikle irdelenmelidir.

¹⁵ Larissis v. Greece, ibid, p. 52

¹⁶ Alastair Mowbray, Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, Second Edition, Oxford University Press, 2007, p. 600

¹⁷ Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Kararı Tarihi: 06.08.1992, No: 92/3393 (Değişik: 14/6/2010-2010/591 K.)

¹⁸ Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği 26 Mart 2013 Resmî Gazete, Sayı: 28599, m. 16; "Birliklerce, birlik içerisinde döneme bağlı kalmaksızın standart ve PDC dikkate alınarak yer değişikliği yapılabilir. Buna ilişkin usul ve esaslar Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu tarafından belirlenir." 17-c) Kamu hastane birliklerinde; genel sekreter, başkan, hastane yöneticisi, başhekim olarak çalışanlar, standardın uygun olması kaydıyla dönem ve kura şartı aranmadan Bakanlık veya bağlı kuruluşlarına naklen atanabilir.

Ebeveynler de dahil olmak üzere bireylerin dini ve felsefi yargılarına saygı yükümlülüğü, devletin sadece öğretimin içeriğine ilişkin değil, eğitim ve öğretime ilişkin kullandığı bütün fonksiyonları kapsar.¹⁹ Bu çerçevede, eğitim ortamının tanzimi ve spesifik olarak haç da dahil olmak üzere dini sembollerin devlet okullarındaki varlığına ilişkin karar da devletin bu fonksiyon alanı kapsamındadır²⁰ ve müfredatın içeriğindeki bilginin tarafsız, objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tavırla sunulması, öğrencilerin dine ve inanca ilişkin yaklaşımlarını eleştirel ve proselytist etkiden uzak sakin bir atmosferde şekillendirebilmeleri ve bu bağlamda onların negatif din ve inanç hürriyetlerini koruma görevini mutlak şekilde ilgilendirmektedir.²¹

Öncelikle, çoğunluk veya azınlık dini ile tanımlanan bir sembolün eğitim kurumlarında *görünür (visible)* bir şekilde varlığı ve bu şekilde devletin belirli bir dine veya inanca bağlılığını ifadesi eğitimde çoğulculuk prensibiyle çatışmaktadır.²² Ayrıca, haç veya herhangi bir dini sembolün, öğrencinin bu sembolün etkisinden kaçınması veya eğitim ortamından imtina etmesi mümkün olmayan eğitimin zorunlu olduğu devlet okullarındaki varlığı, öğrencilere *kasıtlı olmasa da dolaylı olarak (indirect) bir inancın empoze veya telkin edilmesi* sonucunu doğurabilir.²³ *Lautsi v. Italy (Daire Kararı)* davasında AİHM'nin doğru bir şekilde tespit ettiği gibi kendini bir sembol yoluyla herhangi bir din veya inançla tanımlayan devletin zorlayıcı ve yönlendirici gücü, henüz eleştirel kapasiteye sahip olmayan zihinsel düzeydeki ilköğretim öğrencilerinin bu tercihi ifade eden mesajla aralarına mesafe koymasını fazlasıyla zorlaştırabilir.²⁴ Bu durum, özellikle kırılğan ve duygu-

¹⁹ Valsamis v. Greece, Judgment of 18 December 1996, p. 27, Hasan Eylem Zengin v. Turkey, Judgment of 9 October 2007, p. 49.

²⁰ Lautsi v. Italy (Grand Chamber), Judgment of 18 March 2011, p. 65

²¹ Folgero and others v. Norway, Judgment of 29 June 2007, p. 84, Kjeldsen, Busk, Madsen and Petersen v.

Denmark, Judgment of 7 December 1976, p. 53, the Council of Europe Parliamentary Assembly Recommendation 1720 (2005), p. 14, UN Human Rights Committee, General Comment No: 22(48) adopted on 20 July 1993, p. 6,

²² Lautsi v. Italy (Chamber), Judgment of 3 November 2009, p. 54, Swiss Federal Court, ATF 116 Ia 252, Comune di Cadro, judgment of 26 September 1990, § 7.

²³ Lautsi v. Italy (Chamber), *ibid.*, p. 48, 55; (Classroom Crucifix Case) German Constitutional Court, BVerfGE 93, II BvR 1097/91, Judgment of 16 May 1995, § C (II) (1); (Teacher Headscarf Case) German Constitutional Court, BVerfGE, II BvR 1436/02, Judgment of 23 September 2003, p. 46.

²⁴ Lautsi v. Italy (Chamber), *ibid.*, p. 48

sal açıdan her türlü etkiye açık çocukların dine ilişkin yaklaşımlarını, gönüllü değil zorunlu oldukları veya hissettikleri bir ilişkinin sonucunda belirlemelerine yol açar ki, bu durum *ebeveynlerin çocuklarına eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi yargılarına uygun verilmesi hakkına ve çocuğun inanıp inanmamak ayrımındaki negatif din ve vicdan hürriyetine aykırılık teşkil eder.*²⁵

Bu temel üzerine, ülkemizde kamu kurumlarında eğitim verenlerin görevlerini yerine getirirken *görünür dini sembol* -ve çoğunluk dini İslamiyet olan ülkemizde şüphesiz özellikle türban- taşımalarına ilişkin itirazlar *Lautsi v. Italy (Büyük Daire)* kararında ifade edilen faktörler üzerine inşa edilebilir. Mahkemenin, haçın eğitim kurumlarındaki *görünür (visible)* varlığının Hristiyanlığa yaptığı vurguyu din ve vicdan hürriyetine aykırı bulmazken dikkate aldığı etkenler²⁶, *dini sembol* tartışmasıyla harmanlandığında takip eden yaklaşımlara ulaşmak mümkündür;

Öncelikle, İtalya'da eğitim kurumlarında haçın varlığına zorunlu din eğitimi (Hristiyanlık) eşlik etmemektedir.²⁷ Ülkemizde öğretmenlerin türbanları ile eğitim vermeleri halinde, türbanın varlığı ve *Hasan Eylem Zengin v. Turkey*²⁸ kararında ifade edildiği üzere, çoğunluk dini olan Müslümanlığın zorunlu olarak öğretilmesine Hristiyan ve Musevi öğrenciler dışında farklı inanç (alevi) ve dindeki öğrencilere din dersinden muafiyet hakkının olmaması eşlik etmektedir.²⁹

²⁵ Lautsi v. Italy (Chamber), ibid, p 48, 57; Lee v. Weisman 112 S.Ct.2649 (1992) ; Amerikan Anayasa Mahkemesi okulun örgütlediği dua seramonisinin mezhepçilik fikrinin inkarı gibi iyi niyetli bir amaca hizmet etse dahi, bunun öğrencilerin katılımının zorunlu olduğu resmi dini bir seramoni yoluyla icra edilmesini meşru bulmamıştır.

²⁶ Lautsi v. Italy (Grand Chamber), supra n. 20, p. 74

²⁷ Anna-Nina Angeloni v. Sweden, no. 10491/83, Commission decision of 3 December 1986, Decisions and Reports (DR) 51, p. 41; Zénon Bernard v. Luxembourg, no. 17187/90, Commission decision of 8 September 1993, DR 75, p. 57; C.J., J.J. and E.J. v. Poland, no. 23380/94, Commission decision of 16 January 1996, DR 84, p. 46) ; AİHM, bu farklı kararlarında din ve inanç hürriyetinin ihlilini değerlendirirken istisnaların varlığını bir faktör olarak değerlendirmiştir.

²⁸ Hasan Eylem Zengin v. Turkey, supra n. 19, p. 74, 75

²⁹ UN Human Rights Committee, General Comment No: 22(48) adopted on 20 July 1993, p. 6; BM İnsan Hakları Komitesi, ebeveynlerin dini ve inançsal yargılarına uygun ve ayrımcılığı ortadan kaldıran muafiyet ve alternatif düzenlemelerin yokluğunda, belirli bir din ve inancın öğretilmesini kapsayan eğitimin din ve inanç hürriyeti ile bağdaşmaz olduğunu ifade etmiştir.

Ayrıca, İtalya’da eğitim ortamı diğer dinlerin varlığına da açıktır. Örneğin, öğrenciler türban da dahil olmak üzere dini veya inançsal anlam taşıyan/çağrıştıran sembol ve kıyafetleri giyinebilmektedirler. Azınlık din ve inançlarının, Müslüman öğrenciler için Ramazan bayramının kutlanması ve Musevi öğrencilerin Cumartesi günü sınavlardan muaf olması gibi ritüellerinin ifadesi ve devlet tarafından tanınmış inançların seçmeli din dersi yoluyla eğitimin bir parçası olması müfredatta kapsamıştır. Bizde, İslam dininin inançsal bir ritüeli olan türban giyinmiş bir öğretmenin parçası olacağı eğitim ortamı diğer dinlerin varlığına açık değildir. Örneğin Hristiyanların kutladığı Paskalya kutlanabilmekte midir ? Musevilerin kutsal günü Yom Kippur’da bu dine inanan öğrenciler için veya Aleviler için hiç olmazsa oniki imam orucunun 10. yas günü tatil olabilecektir ? *Şüphesiz* türbanlı öğrenci konusunda sorun yoktur !! fakat İslamiyetin dışındaki din ve inanca sahip öğrenciler, bu inançları temsil eden veya çağrıştıran sembol ve kıyafetler giyinebilecekler midir ? Eğitim kurumlarında kippa takmış, davud yıldızı taşıyan, boynunda zülfikar veya haç olan, Sihlere has türban takmış öğrencilere de yer olacak mıdır ? Eğer olacaksa bu kez, dini sembol giyinen bir öğretmenin (ki büyük ölçüde türbandan bahsediyorum) görevi sırasında inancını ifade edebilmesini sağlamak adına bu yoğun dini sembol serbestisi eğitim ortamının dini çatışma alanına dönüşmesi tehlikesi doğurmayacak mıdır?³⁰

Pedagojik açıdan değerlendirildiğinde, ilk öğretim çağındaki öğrenciler içinde oldukları gerçekliği yaşamaya ve aile ve toplum dahil diğerlerinin deneyimlerini gözlemlemeye başlarlar. Orta öğretimde ise merak duygusu, tartışmayı ve sonuç olarak kendi ve diğerlerinin kimliğini tanımlayı beraberinde getirir. “Gerçek”, “Tanrı”, “İbadet” kavramları toplumsal geleneklere göre değişebilir. Bu algı ve kişiliğin şekillenme süreci, aile ve daha geniş toplumun ötesinde rol modeller yaratır. Kendilerini çevreleyen manevi unsurları, gerçeği ve anlamı ise, “sembol ve ritüelde” algırlarlar.³¹ Bu aşamada, dini sembol giyinen bir öğretmen *en yakın rol model seçeneğidir* ve eğitim ortamında kendi-

³⁰ Dahlab v. Switzerland, supra n. 9, p. 4

³¹ Prof. Abdelfattah Amor, the UN Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, International Consultative Conference on School Education in Relation with Freedom of Religion and Belief, Tolerance and Non-Discrimination (Madrid, 23-25 November 2001), p. 9

ni bir sembol yoluyla herhangi bir din veya inançla tanımlayan devleti resmeder. Çocuğun farklı değerleri öğrenmesi, değer vermesi ve *daha geniş bir çevrenin parçası* olması amaçlanan eğitim ortamı, farklı bir sembol giyinen öğretmeni karşısında onun *yanlızlaşmasına yol açabilir*. Eş zamanlı olarak, devletin zorlayıcı ve yönlendirici gücü ise bireye bir dinin veya inancın *empoze/telkin* edilmesi sonucunu doğurur ki bu bireyin din ve inanç hürriyetiyle bağdaşmaz.³²

Mahkemenin tespit ettiği üzere, başvurular (Lautsi) öğretmenlerin görevlerini yerine getirirken haçın varlığına önyargılı/ taraflı bir referansta bulunmalarına tanık olmamış ve dolayısıyla eğitimin proselytist bir eğilimle verilmesine maruz kalmamışlardır. Bir öğretmenin giyindiği, türban da dahil olmak üzere görünür bir dini veya inançsal sembol, öğrencilerin gözünde bir dine veya inanca mutlak şekilde taraflı ve sürekli bir referans olmayacak mıdır? Amerikan Anayasa Mahkemesi'nin *Lee v. Weisman* davasında tespit ettiği gibi psikolojik araştırmaların desteklediği ortak varsayıma göre ilk ve orta öğretimdeki öğrenciler *akranlarından kaynaklı baskıya ve etkiye* daha açık/yatkın ve bu baskıdan daha çabuk etkilenir konumdadırlar ve bu etki toplu dua töreni, okul birlikteliği gibi sosyal adet ve birlikteliklerde daha yoğun bir şekilde hissedilebilir.³³ Bu öğrencilerin akranlarından kaynaklı etki dahi davranışlarını şekillendirebilme gücüne sahipken, rol model alıp kendini onunla tanımladığı ve davranışlarının doğruluğu konusunda onay merci olarak gördüğü eşit olmayan bir ilişkinin üstü konumundaki öğretmenin dini ve inançsal beyanlarından mutlak şekilde etkilenmeyeceğini söylemek mümkün müdür?³⁴ Yukarıda ayrıntılı olarak tartışıldığı gibi³⁵ *AIHM*, henüz eleştirel kapasiteye sahip olmayan zihinsel düzeydeki kırılabilir ve duygusal açıdan her türlü etkiye açık, gönüllü değil zorunlu oldukları veya hissettikleri bir kamusal ilişkinin tarafı ilköğretim öğrencilerinin konumunu, önceki cümlede yer alan yargıyı destekler nitelikte bulmuştur. Ayrıca, türbana ve temsil ettiği dine yönelik bu referansın öğretmen tarafından *önyargılı/bilinçli (kastlı) bir şekilde verilmesi*, öğrencinin negatif din ve inanç hürriyetine aykırı

³² supra n. 23, 24, 25

³³ Lee v. Weisman, supra n. 25; Dahlab v. Switzerland, supra n. 9, p. 13

³⁴ Dahlab v. Switzerland, supra n. 9, p. 10

³⁵ Lautsi v. Italy (Chamber), supra n. 22; Lee v. Weisman, supra n. 25

rılığın tek unsuru değildir ; AİHM'nin *Lautsi v. Italy, Larissis v. Greece* ve Amerikan Anayasa Mahkemesi'nin *Lee v. Weisman* kararlarında³⁶ vurguyla tespit ettiği gibi, *dini baskı (coercion), etki veya referansın dolaylı (indirectly) veya bilinçsiz/kasıtsız (unconsciously) bir şekilde bırakılması dahi öğrencinin inanç alanının gaspı olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme, Dahlab v. Switzerland* kararında, *güçlü dış/görünür sembol (powerful external symbol)* olarak türbanın yaşları 4-8 arasında değişen öğrenciler üzerindeki *potansiyel/olası proselytist etkisini tartışırken dolaylı, bilinçsiz bir etkiye işaret etmektedir.*³⁷

Son olarak, *Lautsi* kararında okul yöneticileri de dahil olmak üzere otoritelerin, başka din ve inanca sahip veya inanmayan veya dini olmayan felsefi yargılara sahip öğrencilere önyargı veya tolereanssızlıkla yaklaştıklarına dair bir bulgunun mevcut olmadığı ifade edilmiştir. Bu noktada önyargı ve ayrımcılığı ortaya koymak için Başbakan'ın ödül töreninde türbanını çıkarması istenen İmam Hatip Liseli bir öğrenciyi teselli etmek amacıyla aramasını, diğer yandan din kültürü derslerinde (neyse ki fazlasıyla sınırlı da olsa) Alevi öğrencilere yönelik nefret suçu kapsamında söylemleri dile getirmek (tercihen bir dipnotta gömülü olarak) yeterlidir.³⁸

Dahlab ve Lautsi (Büyük Daire) kararlarında Mahkeme, türban da dahil dini bir sembolün dine ve inanca ilişkin yargıları şekillenme sürecindeki öğrenciler üzerindeki etkisini belirlemenin güçlüğüne işaret etmiştir.³⁹ *Lautsi (Büyük Daire)* kararında, bu bağlamda başvuranların bu etkiye ilişkin *subjektif algısını (subjective perception)* eğitim ve öğretimin ebeveynlerin dini ve felsefi yargılarına uygunluğunu takdir eder-

³⁶ *Lautsi v. Italy* (Grand Chamber), supra n. 20, p 55; *Larissis v. Greece*, supra n. 14, p. 52; *Lee v. Weisman* supra n. 25, Yargıç Blackmun, Yargıç Stevens ve Yargıç O'Connor çoğunluk görüşü.

³⁷ *Dahlab v. Switzerland*, supra n. 9, p. 13

³⁸ <http://www.radikal.com.tr/radikal.aspx?atype=radikaldetayv3&articleid=1129907&categoryid=77>;

Alevilere yönelik "Mum söndü oynuyorlar", "Onların elinden yemek yenmez", "Sapkınlık" gibi söylemler. Ve korkarım duymamız olası başka gerçek sapkınlık örnekleri.

³⁹ *Dahlab v. Switzerland*, supra n. 9; *Lautsi v. Italy* (Grand Chamber), supra n. 20., p 66; UN Human Rights Committee, *Hudoyberganova v. Uzbekistan* Communication No. 931/2000; Prof Ruth Wedgwood, kişisel görüşünde "devletin pedagojik faktörleri dikkate alarak dini sembollerin giyinilebilmesini sınırlayabileceğini" öngörmüştür.

ken başlı başına yeterli bulmamıştır ki ; bu yaklaşım -ağır bir yargı olmakla birlikte- Mahkeme'nin kendi içtihatını inkarıdır. Haç, kippa, türban gibi dini sembollerin öğrenciler üzerindeki etkisinde belirleyici olan tam olarak da, ebeveynlerin ve öğrencilerin din ve inanç hürriyetine uygunsuz baskı veya etkinin varlığına ilişkin subjektif algısıdır ; dini inancın anlamı ve etkisi, zamana ve bağlama göre değişir⁴⁰ ki bu yargı algıda subjektiviteyi meşrulaştırmaktadır. Ayrıca, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kamu görevlilerinin davranış kurallarına ilişkin yayınladığı tavsiye kararında kamu görevlisinin, kamu hizmetinin dürüstlük, tarafsızlık ve etkinliğine ilişkin toplumun inanç ve güvenini muhafaza edecek şekilde davranması gerekliliğini ortaya koyar.⁴¹ Bu karar, kamu hizmetinin niteliğine ilişkin toplumun duygu ve düşüncelerini temel almaktadır ve *inanç ve güven gibi* iki farklı subjektif kavrama işaret etmektedir.

Kamu Düzeni

AİHM, devletin farklı din ve inançların ifade edilebilmelerini (exercise) düzenlemek konusunda *tarafsız (neutral/impartial) bir role* sahip olması gerektiğini ve bu tarafsızlığın *kamu düzeni, din ve inançlar arasında uyum ve toleransın korunması (maintain)* açısından kaçınılmaz olduğunu ifade eder.⁴² Devletin *tarafsızlığı* elbette çıplak ve izole bir kavram değildir ; kamu hizmetinin *etkinliği ve dürüstlüğü* olgularıyla içiçedir ve bir bütün olarak *kamu düzeni* olgusunun olmazsa olmaz niteliğini teşkil ederler. Kamu görevlisi, kamu hizmetinin tüm bu olgular çerçevesinde sunulduğuna ilişkin *toplumsal güven ve inanç* duygusunu koruyacak şekilde davranma yükümlülüğüne sahiptir.⁴³

Kamu hizmeti verenlerin görevleri esnasında herhangi bir din veya inanç sembolünü *görünür (visible)* bir şekilde taşımasının kamu düzenine etkisini öncelikle Amerikan Anayasa Mahkemesinin *Goldman v. Weinberger*⁴⁴ kararındaki hükümler üzerinden değerlendirmek

⁴⁰ Leyla Sahin v. Turkey (Grand Chamber), Judgment of 10 November 2005, p 109

⁴¹ The Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R(2000) 10 on Codes of Conduct for Public Officials (adopted by the Committee of Ministers at its 106th Session on 11 May 2000), Article 9

⁴² Leyla Sahin v. Turkey (Grand Chamber), supra n. 40, p. 107

⁴³ supra n. 41

⁴⁴ Goldman v. Weinberger, 475 U.S. 503 (1986)

tartışma için yönlendirici bir temel oluşturacaktır; *Hava Kuvvetleri Yönetmeliği 35-10, 1-6.h(2)(f) (1980)* maddesine göre kurum içerisinde silahlı inzibat dışında personelin görevini ifa ederken herhangi bir başlık giyinmesi sınırlanmıştır. Hava Kuvvetlerinde görevli Musevi subay Simcha Goldman komutanlarının takdiriyle (discretion) görevli olduğu sağlık merkezinde *kippa* giyinebilmiştir. Tartışma, savunma tanığı olarak askeri mahkemede (court martial) ifade verirken üstüne şapkasını giyinmeden *kippa* giyinmekte ısrar etmesiyle başlamıştır. Üstleri tarafından *mesaisinin hemen hemen tümünü geçirdiği hastane alanının dışında kippa giyinmemesi uyarısını reddetmiş ve sonunda kendisine Hava Kuvvetleri Yönetmeliği çerçevesinde hastane içinde de kippa giyinmemesi gerektiği tebliğ edilmiştir.*⁴⁵

Mahkeme, ordunun sivil toplulardan ayrı özel bir topluluk olduğunu; Birinci Değişikliğin (First Amendment) sivil toplumda mümkün kıldığı ölçüde tartışmaya izin vermesi veya protestoyu tolere etmesinin beklenemeyeceğini ifade etmiştir. Ordunun, misyonunu yerine getirebilmek için *içgüdüsel itaat, birlik, bağlılık, sorumluluk ve moral duygularını* teşvik etmesi gerektiğine ve *emre itaatin* tartışmaya yer veremeyecek şekilde adeta bir refleks olması gerektiğine vurgu yapar.⁴⁶ *Hava Kuvvetleri Yönetmeliği 35-10 maddesi*⁴⁷ kamu görevlisinin imajının *hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortak bir standarda, askeri düzen ve discipline bağlı olduğu* konusunda topluma (veya kamuya ki bu kavramlar şüphesiz üstlerini ve yüksek amirlerini de kapsar) mutlak bir güven duygusu aşılması gerektiğini ifade eder.⁴⁸

⁴⁵ U.S. Department of Defense Directive 1300. 17 (18 June 1985); Bu direktife göre, askeri üst konumunda olan kumandanın takdiri ve izniyle (discretion), subaylar belirli alanlarda görünür dini başlık veya benzeri kıyafet giyinebilirler. Üstleri tarafından Yüzbaşı Goldman'a hastane içinde *kippa* giyinebilmesi konusunda tanıyan istisna bu hükmeye dayanmaktadır.

⁴⁶ Parker v. Levy 417 U.S. 733, 743 (1974), Chappell v. Wallace 462 U.S. 296, 300 (1983), Greer v. Spock 424 U.S. 828, 843-844 (1976) (Powell, J., çoğunluk görüşü), Engel and others v. Netherlands, judgment of 8 June 1976, p. 57 ; askeri disiplinin doğası gereği, sivilin hak ve özgürlükleri üzerinde mümkün olmayacak bazı sınırlamalar askerlere uygulanabilir.

⁴⁷ 1-12a(1) (1978)

⁴⁸ supra n. 41, Article 9 and Article 5.1 ; "Kamu görevlisi ulusal, yerel veya bölgesel devlet kurumlarına sadakatle hizmet etmekle yükümlüdür."

Bu *bağlılığın* kaçınılmaz sonucu, bir subayın görevini yerine getirirken sivil yaşamda *hiyeraşik karşılığı* (*counterpart*) olmamasıdır.⁴⁹ Avrupa İnsan hakları Mahkemesi, *Kalaç v. Turkey*⁵⁰ kararında, bir subayın mensubu olduğu tarikatın liderlerinden talimat almasını ve yerine getirmesini askeri disiplinin ihlali olarak değerlendiren askeri otoritelerin yaklaşımını onaylamış ve başvuranın ordudan ihracını din ve vicdan hürriyetine aykırı bulmamıştır. Bir askerin, askeri hiyeraşiden bağımsız olarak herhangi dini veya inançsal bir gruba bağlılığı, kendini bu grupların sembollerini –ki sembolizmin grupların ve bireylerin kendilerini ifade etmek için en belirgin davranış biçimlerinden biri olduğu düşünülürse- taşımasında veya ifade etmesinde de gösterebilir. Herhangi bir grubun (silahlı veya silahsız) *ona atfedilebilir inançsal* sembolünü taşıyan bir askerin (veya polis), bu gruba yönelik herhangi bir adli takibatta görevini askeri düzen ve disiplin dışında herhangi bir motifle yerine getireceğine ilişkin –mesela olası delilleri karartma, yok etme veya bir şüphelinin kaçmasına göz yumma gibi- üstlerinde (ve toplum nezdinde) bir şüphe doğurmayacak mıdır ? Veya, El-Kaide'nin düzenlediği bir saldırıdan sonra –varsayalım 2003 saldırıları- yapılacak karşı-operasyonda, bu grubun ekstrem İslami yorumunu içeren bir *sembolizm* içinde olan herhangi bir askerin veya özel tim mensubunun görevini yaparken mesleğinin gerekleriyle inancının baskınlığı gibi iki farklı bağlılık arasında çatışma yaşayabileceği şüphesi, en küçük bir hatanın can kaybıyla sonuçlanabileceği bir operasyonda kamu otoritesinin taşıması gereken bir yük olmamalıdır.

Kamu görevlisinin, dini veya inançsal bir sembol taşıması mutlaka *dini bir gruba* bağlılığın tezahürü olmak zorunda değildir ; sadece herhangi bir din veya inanca bağlılığı da ifade edebilir. Askeri hiyeraşi, birlik ve düzene sadık olması gereken bir asker taşıdığı veya ifade ettiği dini sembol nedeniyle bu kez sorumluluk ve emre içgüdüsel itaat konusunda kamuda güven sorunu yaratabilir. Olası, yakın fakat eks-

⁴⁹ Schlesinger v. Councilman 420 U.S. 757 (1975), The Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R(2000) 10 on Codes of Conduct for Public Officials (adopted by the Committee of Ministers at its 106th Session on 11 May 2000), Article 10;“ Kamu görevlisi aksi yasada belirtilmedikçe üstüne karşı sorumludur.”

⁵⁰ Kalaç v. Turkey, Judgment of 01 July 1997, p. 25, 31

trem örnekler üzerinden tartışalım ; Mavi Marmara gemisine yapılan saldırıdan sonra İsrail'e yönelik bir hava saldırısı ve böyle bir saldırıyı düzenlemek için en ehliyetli pilotun inançlı ve kippa giyinen bir Musevi olduğunu varsayalım. Üstlerinde, inançsal aidiyeti ve mesleki sadakati arasında bir çatışma yaşayacağı konusunda bir güven sorunu yaratmayacak mıdır ? Alevi ve görünür bir şekilde zülfikar taşıyan veya *pasifist*⁵¹ olduğunu ifade eden sembol taşıyan bir pilotun Suriye'de düşürülen uçağımıza karşılık Hükümete yönelik bir misillemede hedefi vurmak iradesinin varlığı üstleri nezdinde şüphesiz olabilecektir ? Haç giyinen bir polisin misyoner düşmanlığı yaptığı bilinen bir grubun izinsiz gösterisinde kullandığı ; türbanlı bir polisin izinsiz türban karşıtı bir gösteride kullandığı veya türban yanlısı bir gösteride kullanmadığı gücün yasallığına yönelik kamuda bir güvensizlik algısı oluşması mümkündür. Güç kullanmanın ve güvenliği sağlamanın, araçların seçimi ve zamanlama konusunda anlık kararları gerektirdiği ordu ve emniyet kurumlarının bireyin dini inancını korumak adına temel fonksiyonlarını şüphe ve belirsizlik ile kullanması kamunun tolere edebileceği bir uzlaşma veya taviz değildir.

Goldman v. Weinberger davasında Amerikan Anayasa Mahkemesi, kippanın tüm bu menfaat ve prensiplere yönelik yarattığı tehdit veya tehlike ile birlikte ve kaçınılmaz olarak böyle bir istisnanın diğer dinlere mensup bireylerin olası ve benzer taleplerinin yaratacağı sorunları vurguyla analiz etmiştir.⁵² Elbette, *eşit davranma prensibi (veya ayrımcılık yasağı) meşru ve objektif gerekçeler olmadıkça aynı inanca sahip bireylere benzer; farklı inançlara sahip bireylere diğer inanç sahiplerinden farklı davran-*

⁵¹ Arrowsmith v. United Kingdom, Commission Decision of 5 December 1978; Güç kullanımı veya tehdidine karşılık da dahil olmak üzere hiçbir koşulda, siyasi veya başka bir amaçla diğer bir insana karşı teori ve pratikte güç kullanmayı veya güç tehdidini reddetmektir.

⁵² Goldman v. Weinberger, supra n. 44, Yargıç Stevens, Yargıç White, Yargıç Powell, (çoğunluk görüşü); "Hava Kuvvetleri kurallarının anayasallığının sadece davacı değil, inançları askeri düzenle çatışabilecek bütün personel açısından test edilmesi gerekir." Yargıç Blackmun (azınlık görüşü); "Hava Kuvvetleri sadece Yüzbaşı Goldman'ın kippa giyinmesinden kaynaklanabilecek olası sorunları değil fakat anayasal açıdan ayırt edilemez benzer dini istisna taleplerinin yaratacağı kümülatif maliyet açısından değerlendirmekte haklıdır.", Axel Frhr. Von Campenhause, "The German Headscarf Debate", (2004) BYUL Rev. Summer ; Bu makalede, Almanya'da öğretmenlerin türban ile kamu hizmeti verebilmelerine izin verilmesinin, polis, hakim, doktor gibi diğer meslek gruplarından gelebilecek benzer taleplerin yaratabileceği sorunlar vurgulanmıştır.

mayı gerektirir.⁵³ Fakat, farklı inancı gereği farklı davranılan Goldman'ın kippa giyinebilmesi yanında, türban, haç, zülfikar giyinmelerine izin verilmeyen bir Sikh, Müslüman, Hristiyan veya Alevinin (şüphesiz bu matrix farklı kombinasyonlarla ifade edilebilir), onları inancını ifade etmek (manifest) isteyen bireyler olarak (Goldman ile kıyaslandığında) aynı konumda olup farklı davranılan ve ayrımcılığa uğrayan bir konuma taşıyacaktır. Şüphesiz, ayrımcılık tartışmasından kaçınmak adına Pareto prensibini ters çevirip -ve meşru bir sebep olmaksızın- "herkes daha iyi duruma gelemiyorsa bazıları kötü durumda kalsın" diyerek veya toplumsal veya bireysel hoşgörüsüzlük dolayısıyla din ve inanç hürriyetinden feragat edilmesini önermiyorum.⁵⁴ Somut durumda eşit davranma prensibi gereği ordunun farklı din ve inanç sembollerine açılmasının, din ve inanç hürriyetinin sınırlanması açısından meşru ve objektif gerekçeler yarattığından bahsediyorum. Farklı sembollerin taşınması, kaçınılmaz bir şekilde askerler arasında ayrışma ve nihayet gerilim unsuru olabilir. Ordunun sivil toplumdan ayrı özel bir topluluk olduğu ve ifade özgürlüğünün sivil toplumda mümkün kıldığı ölçüde tartışmaya izin vermesinin veya protestoyu tolere etmesinin beklenemeyeceği ifade edilmişti.⁵⁵ Olası ve yakın ayrışma ve gerilim duyguları ; birlik, bağlılık, standart ve moral duyguların teşvik edilmesi⁵⁶ gereken askeri düzenle bağdaşır görünmemektedir. V. Henry St. Crispin Günü'nde savaşa çağırdığı "az sayıda fakat mutlu kardeşler takımı'nı" elbette "mutsuz hasım gruplara" tercih ederdi.⁵⁷

⁵³ Goldman v. Weinberger, supra n. 44, Yargıç Brennan, Yargıç Marshall (azınlık görüşü); Thlimmenos v. Greece, Judgment of 6 April 2000, p. 45

⁵⁴ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004); "Sadece toplumsal toleranssızlık veya husumet nedeniyle bireyi temel özgürlüklerinden yoksun bırakmak anayasal değildir." Smith and Grady v. the United Kingdom, Judgment of 27 September 1999, p.89 ; Engel and others v.the Netherlands, Judgement of 23 November 1976, p.59 ; "devlet, ulusal güvenliği korumak adına silahlı kuvvetlerde askeri disiplin ve operasyonel etkinliği korumak amacıyla ve gerçek bir tehditin varlığı durumunda bireyin özgürlüğünü sınırlayabilir. Bununla birlikte bu tehdit veya risk somut örneklerle desteklenmelidir."

⁵⁵ Parker v. Levy 417 U.S. 733, 743 (1974), Chappell v. Wallace 462 U.S. 296, 300 (1983), Greer v. Spock 424 U.S. 828, 843-844 (1976) (Powell, J., çoğunluk görüşü), supra n. 38

⁵⁶ Napoleon Bonaparte, Letter 27 August 1808; Savaşta moral değerler ¾ ağırlığa sahipken kalan güç dengesi ise sadece ¼ değer arz eder.

⁵⁷ William Shakespeare, Henry V Act IV Scene iii 18-67 ; "We few, we happy few we band of brothers; For he to-day that sheds his blood with me, Shall be my brother; be he ne'er so vile."

Kamu hizmeti verenlerin görevleri sırasında *görünür bir şekilde* dini sembol giyinebilmelerinin *devletin tarafsızlığı* konusunda tartışma yaratacağı diğer bir alan *yargı hizmetidir*. Bu bağlamda, yargıç karar alırken subjektif açıdan kişisel önyargı ve peşin hükümden arınmış olmalı; objektif bakış açısına göre ise tarafsızlığına ilişkin *makul şüphe* yaratacak yaklaşımlardan kaçınmalıdır.⁵⁸

Yargı hizmetinin tarafsızlığı değerlendirilirken görünümün (visibility/appearance) önemini vurgulamak için belki de *Başyargıç Lord Hewart'ın* bilge sözleri yeterlidir;

“... uzun davalar dizisi göstermektedir ve nispiden de öte mutlak bir önemdedir ki adalet sadece gerçekleşmemeli fakat gerçekleştiği açıkça ve şüphesiz bir şekilde *görülmelidir*.(justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.) Bu sorunun cevabı *gerçekte ne olduğuna değil görünürde ne olduğuna bağlıdır*. Adaletin işleyişine uygunsuz bir müdahale olduğu konusunda *şüphe dahi yaratacak hiçbir şey yapılmayacaktır*.”⁵⁹

Bu yaklaşım/çağrı AİHM içtihadında karşılığını bulmuştur ; Mahkeme, *Piersack v. Belqium* kararında adil yargılamaya ilişkin yaklaşımın sadece subjektif testle değerlendirilemeyeceğini ifade ederek bu bağlamda *görünümün (appearance) dahi mutlak bir öneme sahip olabileceğini öngörmüş ve tarafsızlığa sahip olmadığı* konusunda makul bir şüphe var olan yargıçın davadan çekilmesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu olan mahkemelerin demokratik bir toplumda *kamuya telkin etmeleri gereken güven duygusudur*.⁶⁰ Amerikan Anayasa Mahkemesi, kendi hukuk sisteminin her zaman, adaletsizlik *görüntüsünü dahi* engellemek için çaba gösterdiğini ve “fonksiyonunu en iyi şekilde yerine getirmek için adaletin *görünür de dahi* gerçekleştiğini sağlaması” gerektiğini ifade eder.⁶¹

⁵⁸ Findlay v. the UK, Judgment of 25 February 1997, p. 73

⁵⁹ R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy ([1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233)

⁶⁰ Judgment of 1 October 1982, p. 30; Sander v. the UK, Judgment of 9 May 2000, p.22; supra n. 26, 33 : kamu görevlilerinin, görevlerini dürüst, tarafsız ve etkin bir şekilde yerine getirdiklerine ilişkin kamuya güven duygusu telkin etmeleri gerektiği konusu Goldman v. Weinberger davasında ve Avrupa Konseyi'nin bahsi geçen tavsiye kararında ayrıntılı bir şekilde tartışılmıştır.

⁶¹ In Re Murchison, 349 U.S. 133, 136 (1955) ; Offutt v. United States, 348 U.S. 11, 14 (1954) ; Ex parte Bryant, 682 So. 2d 39, 41 (Ala. 1996) : “Adaletin görüntüsü, en az

Bütün bu yazıya sinmiş olan bir düsturu vurguyla ifade etmek gerekirse, özellikle kamu düzeni ve devletin tarafsızlığı söz konusu olduğunda belirleyici olan *din ve inancını pozitif bir şekilde ifade eden kamu görevlisinin kastı değil negatif din ve vicdan hürriyetine sahip olan bireyin algısıdır*. Yargı mensuplarının herhangi bir din veya inancın sembolünü *görünür bir şekilde* taşımaları sundukları hizmetin tarafsızlığı konusunda toplumda güven sorunu yaratabilir mi? Amacım elbette toplum algısı önünde başka bir korku geçidi yapmak değil fakat bir dine veya inanca yönelik nefret söylemi/suçundan yargılanan zanlının, o din veya inancın sembolünü (türban, zülfikar, haç, kippa, davud yıldızı, dharma tekerleği, ay-yıldız, aum mantra, lakşmi yıldızı v.s.) taşıyan bir yargıcın tarafsızlığı konusunda *makul şüpheye* sahip olması olağan bir tepkidir. Veya daha çarpıcı/güncel örnekler vermek gerekirse zanlı (bu davalarda elbette artık-ve toplum vicdanında her zaman- suçlu), Madımak davasında boynunda *zülfikar*; Rahip Santoro ve Zirve Yayınevi katliamı davalarında *haç*; Betisrael ve Neve Şalom Sinagoglarının bombalanması (El-Kaide 2003 saldırısı) davasında *kippa/davud yıldızı* taşıyan (örnekler ne yazık ki çoğaltılabilir) yargıcın tarafsızlığından şüphe etmez miydi ?

Bu noktada avukatların görevlerini yerine getirirken dini sembol giyinebilmelerinin kamu düzenine etkisi konusunda (ve kamu sağlığı/güvenliği, toplumun moral değerleri ve başkalarının hak ve özgürlüklerine potansiyel etkisini başka bir tartışmaya bırakarak) bir parantez açmak gerekir. Kamu düzeni bağlamında *tarafsızlıklarına ilişkin*, avukatların konuları gereği topluma güven telkin etme yükümlülüğü yoktur; özel hukuk ilişkisi ile bağlı oldukları müvekkillerine karşı sorumlulukları bu tarafları ilgilendirir ve herhangi bir güven bunalımı sözleşmenin lağvedilmesi ile çözülebilir. Fakat, baro tarafından müdafî olarak atanması durumunda, kamu gücünü kullanan bir yargı aktörü olarak *zorunlu bir hukuki ilişkinin tarafı olan* müvekkiline ve topluma kamu hizmetinin tarafsızlığı ve dürüstlüğü konusunda güven vermekle yükümlüdür.⁶²

adaletin kendisi kadar önemlidir. ”

⁶² The Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R(2000) 10 on Codes of Conduct for Public Officials (adopted by the Committee of Ministers at its 106th Session on 11 May 2000), Article 9

Devletin, eğitim kurumlarında farklı din ve inançların ifade edilebilmelerini (exercise) düzenlemek konusundaki *tarafsız* (*neutral/impartial*) rolünün kamu düzeni, din ve inançlar arasında uyum ve toleransın korunması (maintain) açısından önemi ifade edilmişti.⁶³ Bu tarafsızlığın korunması amacıyla, devletin egemen gücünü kullanan bir öğretmenin kendisini herhangi bir din veya inançla tanımlaması sınırlanabilir.⁶⁴ Çoğulculuk ve demokrasi, bireysel özgürlüklerin daha geniş bir alan içinde yaşanmasını gerektirdiği gibi, birey ve grupların toplumda daha yoğun bir istikrar ve dengeye hizmet etmek adına bu özgürlüklerinin sınırlanmasına rıza göstermesini de gerektirir.⁶⁵ Bu sınırlanma (veya daha tercih edilebilir bir ifadeyle uzlaşma hali) öğretmenlerin herhangi bir din veya inancı ifade eden sembollerin giyinebilmelerine ilişkin tezahür edebilir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Ludin* kararında azınlık görüşünde olan yargıçlar, görevi sırasında türban giyinen bir öğretmenin kamu görevi için gerekli niteliğe sahip olmadığını ve türban konusundaki bu ısrarın *kamu görevlisinin tarafsızlığı* ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir.⁶⁶ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Din, İnanç ve Vicdan Özgürlüğüne ilişkin 22 No. Genel Yorumda, dini sembollerin giyinilmesinde "*husumet ve provokasyondan kaçınılması ihtiyacına*" işaret etmiştir.⁶⁷ Devletin dini ve mezhepsel tarafsızlığının korunmasında kamu menfaati vardır ve bu bağlamda öğretmenlerin dini inançlarını ifadesinin sınırlanması, bireylerin ve ailelerin dini inançlarını korumakla birlikte okulların *dini çatışma alanlarına* dönüşmesini engelleyecektir.⁶⁸

⁶³ Leyla Şahin v. Turkey, supra n. 40.

⁶⁴ Welfare Party v. Turkey (Grand Chamber), Judgment of 12 February 2003, p. 94

⁶⁵ ibid, p. 99; Petersen v. Germany (dec.), no. 39793/98, ECHR 2001-XII)

⁶⁶ Teacher Headscarf Case, German Constitutional Court, supra n. 23, p. 102 (Judge Jentsch, Di Fabio and Mellinshoff azınlık görüşü)

⁶⁷ UN Economic and Social Council, Civil and Political Rights, Including the Question of Religious Intolerance, Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Asma Jahangir, E/CN.4/2006/5, 9 January 2006

⁶⁸ Dahlab v. Switzerland, supra n. 9, p. 4

Kamu Sağlığı ve Güvenliği

AİHM, din, inanç ve vicdan ifadesinin, diğerlerinin sağlığı ve güvenliği üzerindeki potansiyel olumsuz etkisi dikkate alınarak sınırlandırılabilir. ⁶⁹ Din ve inancın ifadesi diğerlerinin zarar görmesi ve bedel ödemesi sonucunu doğuruyorsa, bu hakkın kullanımının meşruiyeti tartışmalı hale gelir ve sınırlandırılması demokrasinin alanı dahilindedir. ⁷⁰

Kamu hizmeti verenlerin görevleri esnasında herhangi bir din veya inanç sembolünü *görünür* bir şekilde taşımasının kamu sağlığı ve güvenliği üzerine etkisini öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Eweida and others v. The United Kingdom*⁷¹ kararındaki hükümler üzerinden değerlendirmek tartışma için yönlendirici bir temel oluşturacaktır;

Hastane yetkilileri, Hemşire Chaplin'den boynuna taktığı *haçı*, kendisi dahil hastane personeli ve hastaların sağlığı ve güvenliği üzerindeki olası negatif etkilerini göz ederek takmamasını talep etmiştir. Mesela, psikolojik rahatsızlığı olan veya saldırgan bir hastanın (ve ülkemizde daha olası hasta yakınlarının) *haçı* kullanarak kendisine veya hastane de bulunanlara zarar verebileceği veya boyunda sallanan *haçın* açık yaraya temas ederek hastanın sağlığını riske edebileceği öngörülmüştür. Sikh inancına sahip hemşirelerin kirpan (vaftiz edilmiş Sikhlerin taşıdığı bir tür bıçak) taşımaları da sınırlandırılmıştır. AİHM, bu tehlikeleri öngörmek konusunda hastane yetkililerinin Mahkemeden daha yetkin bir konumda ve geniş takdir hakkına sahip olduğunu ifade etmiş ve din ve vicdan hürriyetinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Dikkate değer ve *kamuoyundaki türban tartışmasını yönlendirebilecek* şekilde vücuttan bağımsız ve Mahkeme kararındaki deyimlerle *uçuşan* başörtüsünün de sınırlandırıldığına işaret edilmiştir.

Görevi esnasında bir hemşire veya doktorun başörtüsünü, yukarıda ifade edilen güvenlik ve sağlık kaygılarını gidermek amacıyla başı

⁶⁹ Eweida and Others v. the United Kingdom, Judgment of 15 January 2013, p.80

⁷⁰ Peter Jones, Bearing the Consequences of Belief, in (ed.) Contemporary Political Philosophy an Anthology, Robert E. Goodwin and Philip Pettit, Blackwell Publisher Limited, 1997, p. 558

⁷¹ Eweida and Others, supra n. 69, p.98-99

sıkıca saracak şekilde giyinmesi durumunda, bu pratiğin *kamu güvenliği ve sağlığı açısından* demokrasinin koruma alanı içerisinde kalması gerektiği söylenebilir.

Kamu sağlığı ve güvenliği nedeniyle din ve inanç hürriyetinin sınırlanması, Sikhlerin türban giyinmesi hususunda da tezahür etmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Sikh inancına mensup birinin işyerinde güvenlik baretini giyinmesi gerekliliğini din ve inanç özgürlüğüne aykırı bulmamıştır. Ayrıca, bu sınırlamanın “makul ve objektif bir amaca hizmet etmesi nedeniyle” Sikhler aleyhine ayrımcılık içermediğine hükmetmiştir.⁷² Birleşik Krallık, 1972 yılında motosiklet sürücülerinin güvenlik kaskı takmalarını zorunlu kılmıştır. Bu yasa, kask giyinebilmek için türbanlarını çıkarmaları gereken Sikhlerin din ve vicdan hürriyeti açısından bir engel teşkil etmiş ve 1976 tarihli yasayla Sikhler bu kask takma zorunluluğundan muaf tutulmuşlardır. Bununla birlikte, kask takmamaktan kaynaklı herhangi bir kazada diğerlerinin uğradığı stres ve yaralanma veya kamunun katlanmak zorunda kalacağı hastane masrafları dikkate alınmalıdır.⁷³ Bu hususlar olası yeni bir yasal değerlendirmede din ve inanç hürriyetinin kamu sağlığı ve güvenliği dikkate alınarak sınırlanabileceğini düşündürülebilir.

SON SÖZ;

Sonuç olarak, din ve vicdan hürriyetinin sınırlarına ilişkin genel kriter belirlenirken bireyin menfaatleri ve talepleri ile kamu menfaati arasındaki denge derinlikle irdelenmelidir. Din ve inanç hürriyeti, pozitif özgürlüğün tezahürü olarak dini sembol giyinmek ve ifade etmek isteyen bireyler tarafından ileri sürülebileceği gibi; negatif özgürlüğün tezahürü olarak dini sembollerle yüzleşmek veya bu pratiğe zorlanmak istemeyen bireyler tarafından da başvurulabilir.

⁷² UN Human Rights Committee, *Bhinder v. Canada*, Communication No. 208/1986, CCPR/C/37/D/208/1986, para. 6.2.

⁷³ *supra* n. 70, 560

Eğitim hakkı, giyindiği dini sembol nedeniyle okulundan ihraç edilmiş öğrenciler tarafından ileri sürülebilir. Ayrıca, ebeveynler eğitimin kendi dini ve felsefi yargılarına göre verilmesini talep etme hakkına sahiptirler. Bununla birlikte, devlet “eğitim sisteminin dini ve mezhepsel tarafsızlığını korumak” adına ve okullarda “dini harmoniyi muhafaza etmek” amacıyla din, inanç ve vicdan hürriyetini sınırlayıcı tedbirlere başvurabilir.⁷⁴ Yukarıda ifade edildiği gibi Prof Ruth Wedgwood, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi *Hudoyberganova v. Uzbekistan davasındaki* kişisel görüşünde “devletin pedagojik faktörleri dikkate alarak dini sembollerin giyinilebilmesini sınırlayabileceğini” öngörmüştür.⁷⁵ AIHM Büyük Daire, *Leyla Şahin* kararında⁷⁶ din ve inanç özgürlüğünün ifadesinde “kamu düzeninin korunması; toplumsal barışın sağlanması ve gerçek dini çoğulculuk ihtiyacına atıfta bulunur ve bu menfaatlerin demokratik toplumun yaşayabilmesi için olmazsa olmaz olduğunu tespit eder.”

Din, inanç ve vicdan hürriyeti ancak kamu düzeni, sağlığı, güvenliği, toplumun moral değerleri ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla, toplumsal bir ihtiyacın gerektirdiği durumlarda ve amaçla orantılı olmak şartıyla sınırlanabilir.⁷⁷ Bu sınırlamanın gerekliliğini ispat yükümlülüğü elbette devlete aittir. Sonuç olarak, dini sembollerin giyinilmesi hususunda ispatlanabilir vakalardan ziyade *spekülasyon ve varsayım* dayalı sınırlamalar elbette bireyin din, inanç ve vicdan hürriyetinin ihlali anlamına gelecektir.⁷⁸

⁷⁴ Dahlab v. Switzerland, supra n. 9

⁷⁵ UN Human Rights Committee, *Hudoyberganova v. Uzbekistan* Communication No. 931/2000

⁷⁶ supra n. 40

⁷⁷ See Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, E/CN.4/1985/4, Annex, para. 10.

⁷⁸ See Board of Experts of the International Religious Liberty Association, *Guiding Principles Regarding Student Rights to Wear or Display Religious Symbols* (15 November 2005), Principles Nos. 6 and 7, available at www.irla.org/documents/reports/symbols.html.

KAYNAKLAR

- Jones, Peter (1997) Bearing the Consequences of Belief, in (ed.) Comtemporary Political Philosophy an Anthology, Robert E. Goodwin and Philip Pettit, Blackwell Publisher Limited
- Mowbray, Alastair (2007) Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, Second Edition, Oxford University Press