

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI SORUNU

Dr. Kasım KARAGÖZ

GİRİŞ

İnsan haklarının ortaya çıkışı yavaş bir süreç içerisinde olmuş ve yüzyıllara yayılmıştır¹. Yirminci yüzyılda, bireyin ulusal hukukun yanında, uluslararası hukukun da öznesi haline gelmesi ile insan hakları alanında büyük bir gelişme sağlanmış- tır. İnsan hakları hukuku özellikle son yarım asır içinde kayda değer bir gelişme göstermiş olup, bu gelişmelerin çoğu uluslararası düzeyde meydana gelmiştir².

İnsan haklarının korunması konusundaki bu gelişmelere rağmen, kişilerin inançlarından dolayı mağdur edilmesi yüz yüze kalınan en önemli problemlerden biri olmaya devam etmektedir. İnanç özgürlüğü, tarihin ilk günlerinden bu yana en fazla ihlal edilen özgürlüklerden biri olagelmıştır. Engizisyon, dini takibatlar, kâfir- lere karşı kutsal savaşlar bu ihlallerin en dikkat çekenleri olmuştur. Nitekim bir dönem inancından dolayı haksızlığa uğrayanlar daha sonra kendi gibi inanmayanlara benzer haksızlıkları reva görmüşlerdir. Sadece yirminci yüzyılda, aşağı yukarı 170 milyon kadar insanın etnik temizlemenin kurbanı olduğu tahmin edilmektedir. Bu etnik temizleme olaylarının çoğunluğu dinsel hoşgörüsüzlükten kaynaklanmıştır. İnanç özgürlüğünden kaynaklanan sıkıntılar sadece az gelişmiş ülkelerde değil, çağdaş ülkelerde bile en problemlili konulardan biri olagelmıştır³. Özellikle trajik 11

¹ Silvio Marcus Helmons; “İnsan Hakları Alanında Yeni Gelişmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, 9-13 Ocak 2001, s.156-157.

² Drumb l Mark A; “International Human Rights, International Humanitarian Law, and Environmental Security: Can the International Criminal Court Bridge the Gaps?” *International Law Association International Law Weeken*, November, 4-6, 1999, s. 1, Mehmet Turhan; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakülteler Dergisi*, Ankara 2002, s.130.

³ Dinsel nedenlerden kaynaklanan kötü muameleler, dünyanın pek çok bölgesinde bir sorun olarak devam etmektedir. Örneğin, Çin ve Vietnam’da bir devlet politikası olarak dini azınlıklar kötü muamelelere maruz kalmakta, Pakistan’da Müslüman kalabalıklar, Hıristiyanların kiliselerini ve evlerini tahrip etmekte, Müslüman olmayanlar İslam karşıtı söylemlerinden dolayı pek çok kötü muameleye maruz kalmaktadırlar. Suudi Arabistan hükümeti hemen hemen Müslüman olmayan herkesin ibadet etme özgürlüğüne müdahale etmekte, gerektiğinde bu kişileri hapis cezası ile bile cezalandırmaktadır. 1997 yılı başlarında Alman Hükümeti Scientology Kilisesinin (Church of Scientology) faaliyetlerini gözlem altına almaya başlamış, bu bağlamda Kilisenin mailleri kontrol edilmiş ve telefonlarını dinleyebilmek için telefon hatlarına bağlantılar yapılmıştır. İslami kuralları katı bir şekilde uygulayan Sudan Hükümeti, ülkenin güney kısmında yaşayan kişilere karşı savaş niteliği taşıyan saldırılar gerçekleştirmekte, köyleri bombalamakta, çocukları esirleştirmekte ve özellikle Hıristiyan ruhbanlara işkence etmektedir. Resmî devlet dini bulunmayan Türkmenistan’da, İslam ve Hıristiyan Ortodoks dinleri dışında kalan inanç biçimleri sıkıntılarla yüz yüze kalmakta; Burma hükümeti,

Eylül olaylarından sonra dünya yeni bir cadı avı ile karşı karşıya kalmıştır. Dinsel hoşgörüsüzlük uluslararası barışı tehdit edecek şekilde dünyanın her yerinde acılara ve çatışmalara sebep olmaktadır. Dinsel nedenlerden kaynaklanan kötü muameleler dünyanın pek çok bölgesinde bir sorun olarak devam etmektedir. Var olan insan hakları ihlallerinin büyük bir kısmı da kişilerin inançlarından kaynaklanmaktadır. Devletin müdahalelerine ve dinsel konulardaki vesayetine karşı bireyi koruyucu özelliğe sahip olan inanç özgürlüğü, pek çok uluslararası düzenleme tarafından güvence altına alınmıştır. Bu düzenlemeler içinde en etkili korumanın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ile sağlandığı söylenilebilir.

Bu çalışma ile inanç özgürlüğünün asgari ölçütlerinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına nasıl yansıdığı belirlenmesi amaçlanmıştır. Çalışmada ayrıca din ve vicdan özgürlüğü konusunda önemli tartışmaların yaşandığı ve gelecekte de önemli sıkıntıların yaşanacağından şüphe edilmeyen, proselitizm sorunundan başörtüsü sorununa, vicdani ret konusundan kişilerin inançları gereği kutsal sayılan değerlerinin korunmasına kadar, sorunlu alanlarda yer alan konulara geniş bir yelpazede değinilmiştir. Bu bağlamda, inanç özgürlüğü ile ilgili bu konular Mahkemenin önüne geldiğinde, Mahkemenin, “ulusal takdir marjı” doktrinine aşırı vurgu yaparak bu özgürlüğü daralttığı, oysa bunun yerine ölçülülük ilkesini daha fazla öne çıkarması gerektiği ve böylece modern insan hakları hukukunun gelişimine uygun olarak daha özgürlükçü bir yaklaşım sergileneceği hususu üzerinde durulmuştur. Ancak esas çalışma alanına girmeden önce, çalışma konumuzun özünü oluşturan din ve inanç kavramları arasındaki ilişki ortaya konulmuştur. Çünkü inanç özgürlüğünden bahsedildiğinde ilk olarak tanrı dinler akla gelmekte ve dolayısıyla inanç özgürlüğünün tanrı dinlere özgü bir hak olduğu önyargısı oluşmaktadır. Bu yanlış anlayışı ortadan kaldırabilmek için din ve inanç kavramları arasındaki ilişkiyi öncelikle vurgulayıp, din ya da inanç kavramlarının çeşitli tanrı dinlerin yanında agnostizm, ateizm, akılcılık ve özgür düşünce gibi inançları da kapsadığı üzerinde durulmuştur. Bu ilişki ortaya konduktan sonra İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki düzenleme ile bir karşılaştırma yapma imkânı sağlaması açısından inanç özgürlüğünün diğer uluslar arası düzenlemelerde nasıl kaleme alındığına da yer verilmiştir.

Müslümanların dükkânlarına ve camilere saldıran isyancılara hiçbir şey yapmamakta, dahası Burma askerleri Müslümanları Budizm’e dönmeleri ya da ülkeyi terk etmeleri konusunda tehdit etmektedirler. Fransa’da ülke barışını tehdit ettiği için yaklaşık 173 civarındaki azınlık dinini hedef alan tartışmalı mezhep karşıtlığı (“anti-sect” bill) yasası kabul edilmiştir. 1990’lı yılların başında, Amerikan Yüksek Mahkemesi, çok bilinmeyen azınlık dinleri için düşük seviyede koruma sağlanacağı kararı vermiştir. Davis H. Derek; “The Evolution of a Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religious or Belief”, *Brigham Young University Law Review*, 2002, s. 219.

I- Din ve İnanç Kavramları Arasındaki İlişki

Din kavramı, yasal terimlerle tanımlanması zor olan kavramlardan biridir⁴. Felsefi ve ideolojik tartışmalardan kaçınmak için, uluslararası insan hakları belgeleri din kavramını tanımlamak yerine, din özgürlüğünü vurgulayan bir haklar listesini kabul etmiştir. Bu belgelerde üç temel özgürlüğe göndermede bulunulmuştur: Düşünce (thought), vicdan (conscience) ve din (religion) özgürlüğü. Ancak inanç özgürlüğü konusundaki sorunların esas olarak din özgürlüğünden kaynaklandığı söylenebilir. Düşünce ve vicdan özgürlüğü kavramlarının hukuki olmaktan ziyade felsefi kavramlar olduğu söylenebilir. Bu iki özgürlüğün de insan varlığının en derin ve içsel alanından kaynaklandığı yadsınamaz bir gerçektir. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, “düşünce, vicdan ve din” özgürlüğü başlığı altında inanç özgürlüğünü koruma altına almıştır. Benzer yaklaşım bölgesel insan hakları sözleşmeleri tarafından da benimsenmiştir. İnanç özgürlüğü hakkına değinen gerek evrensel gerekse bölgesel sözleşmelerin hiçbiri din (religion) kavramını tanımlama çabası içine girmemişlerdir⁵. Bir kısım hukuk sözlüklerinde din kavramı kesin olarak tanımlanmaya çalışılmış ise de bu tanımlarda bir birliktelik sağlandığını söylemek mümkün değildir. Örneğin, Strouds’un hukuk sözlüğünde din (religion) ve inanç (belief) kavramları arasında açık bir ayrıma gidilmiş olup, din kavramının temel unsurları tanrıya inanç ve tapınma olarak belirtilmiştir. Strouds’un hukuk sözlüğünde, din kavramı konusunda ayrıntılı değerlendirmelerde bulunulmuş olup, din ve ahlaki ilkelerin birbirine karıştırılmaması gerektiği belirtilmiştir. Sözkonusu sözlükte dinin, tanrı ile insan arasındaki; ahlakın ise insan ile insan arasındaki ilişki olduğu üzerinde durulmuştur⁶. Black’in hukuk sözlüğünde ise din kavramı: “*Bir insanın tanrı ile ilişkisi, tanrıya saygı duyması, ona tapınması, itaat etmesi ve onun emirlerine ve doğüstü buyruklarına ya da üstün varlığına boyun eğmesi.*” olarak tanımlanmıştır⁷. Benzer hukuk sözlüklerinin hemen hemen hepsinde din kavramının tanımlanmasında belirli ortak unsurlar kullanılmıştır. Bu tanımlamalarda din kavramı üstün bir varlığın tanınması ile özdeşleştirilmiştir. Ancak, bu üstün varlığın niteliği ve gücünün bir dinden diğerine farklılık gösterdiği unutulmalıdır⁸.

Hukuk sözlüklerindeki tanımlamaların yanında bir kısım yargı kararlarında da din kavramının tanımına rastlanmaktadır. Örneğin ABD Yüksek Mahkemesinin ilk yıllarında vermiş olduğu kararlarda din kavramı, insan ile üstün varlık arasındaki ilişki olarak vurgulanmıştır⁹. Din kavramının bu sınırlılığına rağmen, inanç kavramının din kavramından daha kapsamlı bir kavram olduğu da belirtilebilir. Bir kısım BM Belgeleri’nde, inanç kavramı, ateist, agnostik, akılcı ve diğerleri gibi inanma-

⁴ Sullivan, Donna J; “Advancing The Freedom of Religion or Belief Through The UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination” *The American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, s. 491 ; Natan Lerner; “The Nature and Minimum Standards of Freedom of Religion or Belief”, *Brigham Young University Law Review*, 2000, s.908.

⁵ Natan Lerner; *Religion, Belief, and International Human Rights*, New York 2000, s.3.

⁶ Stroud’s Judicial Dictionary, 5th ed. 1986, s.2218.

⁷ Black’s Law Dictionary, 6th ed. 1990, 1292.

⁸ Lerner, Religion, s.4.

⁹ Lerner, Religion, s.4.

yanların hakkını da kapsayacak şekilde açıklanmıştır. Bu konudaki en ayrıntılı açıklama Hindistan asıllı BM özel raportörü Arcat Krishnaswami tarafından yapılmıştır. Krishnaswami, din ve inanç kavramları arasındaki çelişmeyi sınırlamak için din ya da inanç kavramlarının çeşitli tanrılı dinlerin yanında dine ilgisizlik ve kayıtsızlık, ateizm, akılcılık ve özgür düşünce gibi inançları da kapsadığı üzerinde durmuştur¹⁰. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında din kavramının tanımı konusunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Din kavramının tanımını yapmalarını gerektirecek bir durumun karşılıklarına çıkmamasından dolayı Strausbourg Organlarının, bu kavramın tanımını yapmaktan bilinçli olarak kaçındıkları düşünülebilir¹¹. Öte yandan Strausbourg organlarının din kavramını tanımlamaya yetkili olmadığı ve bu kavramın içeriğinin, uygulamalara ilişkin sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla bireylerin takdirine bırakıldığı da ileri sürülmektedir¹². Komisyon din konusundaki açıklamasında, din veya inanç kavramının sadece geleneksel dinleri değil, aynı zamanda marjinal dinleri, dinsel olmayan inançları ve azınlıkta kalan çoğu düşünceyi de kapsadığını belirtmiştir. Komisyona göre, pasifizm, komünizm ve koyu vejeteryanizm anlamına gelen veganizm de 9. maddenin korumasından faydalanmalıdır¹³. Komisyon Pat Arrowsmith v. Birleşik Krallık kararında¹⁴, “bir kişinin, siyasal ya da diğer amaçlarını şiddete başvurmaksızın gerçekleştirme felsefesine bağlı olması” şeklinde ki pasifizm tanımını kabul etmiş ve pasifizmin 9. madde tarafından güvence altına alınan inanç kavramı kapsamında değerlendirileceğine karar vermiştir.

II-Temel İnsan Hakları Belgelerinde İnanç Özgürlüğü

Tarihi olarak din ve vicdan özgürlüğünün güvence altına alınması diğer hakların korunmasından önce gelmekte olup, bu özgürlük demokratikleşme sürecine giren batılı devletlerin korumaya çalıştıkları ilk özgürlükler arasında yer almaktadır. İnanç özgürlüğünün yerleştirilmesi için yapılan mücadeleler diğer bütün özgürlüklerden önce başlamıştır¹⁵. Bu özgürlüğün güvence altına alınması, karşılıklılık ilkesi doğrultusunda, dini azınlıkların korunması için mevcut olan gelenek kurallarına dayalı, zayıf, geçici ve sınırlı koruma sisteminin tadil edilmesi ile başlamıştır. Bu korumada, bir kısım devletler tek taraflı diplomatik koruma ile dini azınlıkların inanç özgürlüğünü güvence altına alırken, bir kısım devletler ise dini hoşgörü ilkesini benimsemiş ve inanç özgürlüğü ile ilgili yasal düzenlemeler yapmışlardır. Bu bağlamda, 1555 tarihli Augsburg¹⁶, 1648 tarihli Westphalia ve 1815 tarihli Vienna

¹⁰ Arcot Krishnaswami, Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices, 1960; Lerner, Religion, s. 5.

¹¹ Zühüti Arslan; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Ankara 2005, s. 35

¹² Akif Emre Öktem; *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Ankara 2003, s.112

¹³ Arslan, s. 36.

¹⁴ Pat Arrowsmith v. Birleşik Krallık, başvuru no. 7050, 1978.

¹⁵ Öktem, s. 3.

¹⁶ 1555 tarihli Augsburg anlaşması ile Lüteryan prens ve hükümdarlar Katolik prens ve hükümdarlarla eşit statü tanımış ve her prene ve hükümdara egemenliği altında bulunan bölgenin dinini belirleme hakkı vermiştir. Bu ilke, “*cuius regio, eius religio*” (kimin kralıysa onun dini) deyimiyile özetlenmiştir. Bu ilke, ortak din üzerine kurulu imparatorluk teorisinin terk edilmesi anlamına gelmekle birlikte, hükümdara egemenliği altındakilerin vicdanına hükmetme yetkisi vermiştir. Bu ilke uyarınca, din ile ilgili alan devlet egemenliğinin bir uzantısı olarak görülmür. Öktem, s. 37.

anlaşmaları bu gelişmelerin önemli bir adımını oluşturur. Herhangi bir felsefi dayanağı olmayan bu düzenlemeler bir kısım faydacı nedenlerden kaynaklanmıştır denilebilir¹⁷. Din özgürlüğünün korunması konusundaki diğer bir adım da I. Dünya Savaşı sonrası kurulan ve 22. maddesinde vicdan ve din özgürlüğünü güvence altına alan Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'dir. Sözleşmenin 22. maddesi bireysel ve toplu din özgürlüğünü güvence altına almaktadır.

II. Dünya savaşı sonrası inanç özgürlüğü BM Belgeleri ile güvence altına alınmaya çalışılmıştır. BM Belgelerinde din ve inanç özgürlüğünün korunması konusunda dört temel belge bulunmaktadır. Bunlardan ilki 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi¹⁸, ikincisi, 1959 tarihli BM Özel Raportörü Arcot Krishnaswami'nin çalışması, üçüncüsü 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve dördüncüsü 1981 Tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğü Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildiridir.

İnanç özgürlüğü, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 18 maddesinde düzenlenmiş ve daha sonra bu konuda yapılan sözleşmelere örnek oluşturmuştur. 18. maddede bu özgürlük şu şekilde düzenlenmiştir:

“ Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı vardır; bu hak din ya da kanaatini değiştirme ve din ya da kanaatini tek başına ya da toplu olarak, hem kamusal hem de özel alanda, öğretim, ayin ve törenler yoluyla açıklama özgürlüğünü de içerir.”

18. maddeyi incelediğimizde, bu maddenin üç kısımdan oluştuğunu görürüz. Madde ilk olarak, bu hakkın içsel alanını oluşturan, herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğu hususuna yer vermiştir. İnanç özgürlüğü geniş bir alanı kapsamakta olup, dinini açıklama ve açıklamama, inandığını ya da inanmadığını açıklama ve açıklamama özgürlüğünü de içine alır. Maddenin kaleme alınışında, inanç kavramı, iki kez din kavramını takip etmiş olmasından dolayı, Lerner tarafından inanç kavramının din kavramına sıkı sıkıya bağlı olarak yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁹.

¹⁷ Lerner, the Nature, s. 909

¹⁸ İnsan haklarının uluslararası korunmasının ilk aşaması 18. maddesi ile inanç özgürlüğünü de garanti altına alan 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Yirminci yüzyılda İnsan Haklarının kazandığı önemi göstermesi bakımından, 10 Aralık 1948'de New York'ta dünya devletlerinin büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilen BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi önemli bir belgedir. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, insan haklarını düzenleyen pek çok yeni sözleşmenin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bu nedenle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin insanlık tarihinde yeni bir dönemi başlatan önemli belgelerden biri olduğu söylenebilir. Gerçekten Bildirge'ye, başta İHAS, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, BM Genel Kurulu, Güvenlik Konseyi kararları olmak üzere bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan bir çok ulusal ve uluslararası metin tarafından açıkça veya üstü kapalı bir biçimde göndermede bulunulmuştur. 1966 tarihli BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, İnsan Hakları alanındaki bölgesel sözleşmeler ve 1981 tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğü ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına Dair BM Bildirgesi BM Bildirgesinin 18. maddesinden önemli ölçüde etkilenmiştir.

¹⁹ Lerner, The Nature, s. 912.

18. madde ikinci olarak, 1966 Sözleşmeleri ve 1981 tarihli BM Bildirgesi'nin hazırlanmasından sonra daha fazla sorun haline gelen, din değiştirme ve proselitizm konusuna değinmiştir. Gerçekten yukarıda bahsedilen sözleşmeler hazırlanana kadar birinin dinini öğretme ya da yayma hakkı ve proselitizm en tartışmalı konular olagelmıştır. Bu tartışma özellikle din değiştirmenin ve proselitizmin kötüye kullanımı (uygunsuz proselitizm) konusunda söz konusu olmuştur²⁰.

18. madde üçüncü olarak, bu hakkın dışsal alanını oluşturan dinini açıklama özgürlüğüne yer vermiştir. Bildirgenin hazırlanması sırasında inanç özgürlüğü ile ilgili karşılaşılan en büyük problem din değiştirme sorunu ve dini gereklerin yerine getirilmesinin sınırlandırılması konusunda olmuştur²¹. Din değiştirme olgusuna değinen tek BM belgesi, BM Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'dir. Bildirgenin 18. maddesinin hazırlanması sırasında din değiştirme sorunundan dolayı, bir kısım orta doğu ülkelerinden gelen çekincelerden dolayı büyük güçlüklerle karşılaşmıştır. Özellikle bazı İslam ülkeleri temsilcileri din değiştirme hakkının, bir müslümanın din değiştirmesini yasaklayan İslam hukuku kuralları ile çelişeceğine işaret etmişlerdir. Suudi Arabistan temsilcisine göre, tarih boyunca misyonerler siyasi mücadeleye alet olmuşlar ve dinlerini değiştirmeye yöneldikleri halklar arasında kanlı çatışmalara yol açmışlardır. Bundan dolayı din değiştirme hakkının bildirgeden çıkarılması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak, Lübnanlı delegenin ısrarları üzerine din değiştirme hakkı bildirgeye girmiştir²². Bu itirazlara rağmen din değiştirme hakkı bildirgenin son taslağına girmiş ve bildirgede korunan haklar arasında sayılmıştır²³. Suudi Arabistan'ın Bildirgenin kabulü sırasında oy kullanmamasının temel nedenini de din değiştirme hakkının varlığı oluşturmuştur. Ancak diğer Müslüman ülkeler bildirgenin kabulü yönünde oy kullanmıştır. Sadece Mısır temsilcisi söz konusu hükmün varlığının misyonerlerin kitleleri kendi inançlarına kazanma çabalarını ve zararlı faaliyetlerini teşvik edeceği yönündeki çekincelerini dile getirmiştir²⁴.

Dini özgürlüklerin korunması ve tanınması konusunda önemli bir adımı da 1959 yılında Arcat Krishnaswamis tarafından yapılan çalışma oluşturur. Bu çalışma seksen iki ülkede yapılmış ve inanç özgürlüğü konusunda daha sonraki düzenlemeler üzerinde kayda değer etki göstermiştir. Çalışmada ortaya konulan ilkeler daha sonra BM alt komisyonu tarafından da benimsenmiştir. 1981 tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına Dair BM Bildirgesi ve diğer sözleşmeler bu çalışmada ortaya konulan ilkeleri içermektedir. Söz konusu çalışmada din (religion) kavramı, tanımlanmamış olmakla birlikte, tanrı dinler yanında akılçılık, ateizm ve agnostisizm gibi inançları da içine alacak şekilde açıklıkla belirtilmiştir. Krishnaswami düşünce, vicdan ve inanç kavramlarını yasal haklar olarak analiz etmektedir²⁵. Krishnaswami'nin çalışmasında ayrımcılık yasağı

²⁰ Lerner, Religion, s.80 , 82

²¹ Lerner, Religion, s.10.

²² Öktem, s. 108.

²³ Lerner, Religion, s.87-88

²⁴ Lerner, Religion, s. 88.

²⁵ Lerner, Religion, s.90.

üzerinde de özellikle durulmuştur. Ayrıca, inanç özgürlüğünün kullanımının izin verilebilir sınırları üzerinde durulduğu gibi, inancını yayma hakkının içeriği de ayrıntıları ile açıklanmıştır. Bunlara ek olarak, dini örgütlenme hakkına ve bu hakkın niteliğine; bu örgütlerle üyeleri arasındaki ilişkilere, ibadet etme, dinin gereklerini yerine getirme ve dinini öğretme kavramlarına dinini açıklama özgürlüğü kapsamında değinmiştir. Krishnaswami'nin dini haklar listesi, ibadet etme, dince kutsal sayılan yerleri ziyaret etme, cenaze törenlerine katılma, evlilik ve boşanma gibi konuları kapsamaktadır.

BM'in inanç özgürlüğünün korunması ve tanınması alanındaki diğer bir adımı da, BM Evrensel Bildirgesi'nin ilanından yaklaşık 18 yıl geçtikten sonra kabul edilen 1966 Tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'dir. Dini haklar konusunda hükümler içeren diğer pek çok uluslararası bağlayıcılığa sahip uluslararası sözleşmeye rağmen, özellikle inanç özgürlüğü konusunda anlaşılır ifadeler içeren, hukuki bağlayıcılığa sahip tek BM Sözleşmesinin 1966 Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi olduğu söylenebilir.

Sözleşmenin 18. maddesi inanç özgürlüğü ile ilgili olup, bu madde kendisinden sonra bu özgürlük konusunda yapılan düzenlemelere temel oluşturmuştur. 18. madde dört fıkradan oluşmaktadır. 18. maddenin birinci fıkrası, küçük değişikliklerle birlikte BM Evrensel Bildirgesinin 18. maddesiyle neredeyse aynı kelimeler kullanılarak kaleme alınmıştır. İkinci fıkrası; hiç kimsenin, kendi tercihi olan bir dini kabul etme veya inanca sahip olma özgürlüğünü zayıflatacak bir zorlamaya tabi tutulamayacağına yer vermektedir²⁶. Maddenin üçüncü fıkrasında, bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğünün izin verilebilir sınırlama nedenleri üzerinde durulmaktadır. Buna göre bu özgürlük ancak, kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlak ya da başkalarının haklarını korumak amacıyla sınırlandırılabilir. Dikkat edilecek olursa, ulusal güvenlik kavramı, dini özgürlüklerin sınırlandırılmasının meşru amaçları arasında sayılmamıştır. İnanç özgürlüğü gibi kırılgan konularda sınırlama hükümlerinin dar yorumlanması gerektiğinden, bu özgürlük ulusal güvenliği korumak amacıyla sınırlandırılmayacaktır. 18. maddeye göre, inanç özgürlüğünün yalnızca dışsal alanını oluşturan dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü sınırlandırılabilir. Bu özgürlüğün içsel alanı sınırlandırılmaz ve kısıtlanamaz. İnanç özgürlüğünün bu iki alanındaki en önemli fark sınırlandırma konusunda yatmaktadır. İnanç özgürlüğünün dışa vurumu bir kısım sınırlamalara tabi olabilmesine rağmen içsel alanının hiç bir durumda sınırlandırılması mümkün değildir.

18. maddenin son fıkrası oldukça hassas bir konu olan çocukların eğitimi konusunda ebeveynlerin hakları ile ilgilidir. Buna göre, sözleşmeye taraf devletler,

²⁶İkinci fıkrada geçen zorlama (coercion) kavramının ne anlama geleceği konusunda bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak bu kavramın yalnızca güç kullanımı ve tehdit anlamında değil aynı zamanda ailevi saygınlığın ve sosyal ilişkilerin etkilenmesi gibi hukuksal boyutu çok ta açık olmayan soyut şekilleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği Larner tarafından ileri sürülmektedir. Larner'e göre bu tip uygulamalar içine girilmesi daha az hukuk dışı olmasına rağmen daha güçlü bir etki doğuracaktır. Larner, The Natura, 916.

ebeveynler ile vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne saygı göstermelidirler. 18. maddenin son fıkrasında düzenlenmiş olan bu nazik konu, Eğitimde Ayrımcılığa Karşı UNESCO Sözleşmesi'nde, 1981 Tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına Dair BM Bildirgesi'nde, 1990 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde ve diğer küresel ve bölgesel Sözleşmelerde de düzenlenmiştir.

İnanç özgürlüğünün korunması konusundaki bir diğer BM Belgesi, 1981 Tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildiri'dir. 25 Kasım 1981 yılında BM Genel Kurulunda kabul edilen bu bildiri, din ve inanca dayanan ayrımcılığın ve hoşgörüsüzlüğün kaldırılması konusundaki en önemli evrensel belge niteliğindedir²⁷.

1981 Bildirgesinin 4. maddesinde din ve inanca dayanan ayrımcılığın giderilmesi konusunda devletlere verilen yükümlülüklerden bahsedilmiştir. 4. maddenin ilk fıkrasında tüm devletlerin, kişisel, ekonomik, siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın her alanında insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınması, kullanılması ve bunlardan yararlanılması sırasında, din ve inanca dayanan ayrımcılığı önlemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlü oldukları vurgulanmıştır. Bu düzenlemede dikkati çeken ilk nokta, tüm devletlerin bu yükümlülük altında olmalarıdır. İkinci nokta ise ayrımcılığı ortadan kaldırmakla yükümlü olan bu devletlerin yaşamın her alanını kapsayan gerek kişisel gerekse siyasal, sosyal ve kültürel yaşamda karşılaşılabilecek ayrımcılıkları giderme yükümlülüğü altında olmalarıdır.

Bildirgede, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde olduğu gibi bu hakkın içsel alanını oluşturan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile dışsal alanını oluşturan inancını yayma, ibadet etme, inancın gereklerini yerine getirme ve inancını öğretme arasında açık bir ayrıma gidilmiştir. Bildirgenin 1. maddesinin üçüncü fıkrasında sadece bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğünün sınırlandırılabilirliği düzenlenmiştir. Buna göre kanun tarafından öngörülmüş olmak ve ölçülülük ilkesine uygun olmak şartıyla kamu güvenliğini, kamu düzenini, sağlığı ve ahlakı ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla bu hak sınırlandırılabilir. Bu hakkın kullanılması konusunda vatandaşlar ile yabancılar arasında ayırım yapılmayacağı da ayrıca belirtilmiştir.

²⁷Bu bildirgenin hazırlanması yaklaşık 20 yıl sürmüş olup, 1959 ile 1960 yılları arasında pek çok yerde patlak veren antisemitic olaylardan kaynaklanmıştır. Herhangi bir bağlayıcılığı olmamakla birlikte bu bildirge, diğer bütün BM bildirgelerinde olduğu gibi, kendisine riayet yükümlülüğünü gerektirmektedir. 1981 Bildirgesinin hükümlerinin çoğunluğu diğer Sözleşmelerde de yer almasına rağmen, inanç özgürlüğünün korunması konusundaki en gelişmiş 1981 Bildirgesidir. Bu bildirge, din (religion) kavramının kapsamı konusunda oldukça ayrıntılı hükümler içermektedir. 1981 Bildirgesi, din kavramını, din kavramıyla ilgili olmak şartıyla tanrısal olmayan ateizm, akılcılık ve agnostisizm gibi kavramları da içine alacak şekilde tanımlamıştır. Ancak, bu tanımlamada politik, ekonomik ya da sosyal sorunlarla ilgili inançlar din kavramının kapsamına girmemektedir. Sullivan, s.488-489 ; Davis H. Derek; "The Evolution of a Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religious or Belief", *Brigham Young University Law Review*, 2002, s. 217

Bildirgenin 6. maddesinde kapsamlı ancak ayrıntılı olmayan bir haklar listesi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre inanç özgürlüğü ilk olarak, bir din veya inanç ile bağlantılı olarak ibadet etme, toplanma, bu amaç için gerekli yerleri kurma, kullanma; gerekli vakıf veya insancıl amaçlı kurumlar kurma ve bunları işletme özgürlüğünü içereceği üzerinde durulmuştur. İkinci olarak bu özgürlüğün bir dinin veya inancın törenlerine veya gereklerine veya geleneklerine ilişkin araçları ve materyalleri yeterli ölçüde yapma, yayınlama ve dağıtma özgürlüğünü içereceği vurgulanmıştır. Üçüncü olarak bu özgürlüğün, bir din veya inancın öğretimi ile bu amaçlar için uygun yerler yapma, bireylerden ve kurumlardan gönüllü mali yardım verilmesini isteme ve alma hakkını içerdiği belirtilmiştir. Dördüncü olarak bir dinin veya inancın gerekleri ve standartları bakımından uygun olan liderleri yetiştirme, atama, seçme ve yerini alacak olanı belirleme hakkı üzerinde durulmuştur. Beşinci olarak bir kimsenin dininin veya inancının kurallarına uygun olarak dinlenme günlerine ve bayram tatillerine ve törenlerine uygun davranma hakkına yer verilmiştir. Son olarak ise bu özgürlüğün ulusal ve uluslararası düzeyde, din ve inanç konularında bireyler ve topluluklarla iletişim kurma ve sürdürme özgürlüklerini içereceği düzenlenmiştir.

Inanç özgürlüğünün güvenceye alınması konusunda BM belgelerinin yanında bölgesel sözleşmelerin de önemli katkısı olmuştur. Bu sözleşmeler içinde en kayda değeri, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi²⁸, Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde inanç özgürlüğü 12. maddede düzenlenmiştir. Buna göre;

1- Herkesin vicdan ve din özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak, bir kimsenin, dinini ya da inançlarını muhafaza etme ya da değiştirme özgürlüğünü ve bir kimsenin dinini ya da inançlarını, bireysel olarak ya da başkalarıyla birlikte, aleni ya da özel şekilde yerine getirme ya da yayma özgürlüğünü içerir.

2- Hiç kimse, dinini ya da inançlarını muhafaza etme ya da değiştirme özgürlüğüne zarar verebilecek kayıtlamalara tabi tutulmayacaktır.

3- Bir kimsenin dinini ya da inançlarını açıklama özgürlüğü, sadece, kamu güvenliğini, kamu düzenini, genel sağlığı, ya da genel ahlaki yahut başkalarının haklarını ve özgürlüklerin korumak için gerekli olup yasayla düzenlenen sınırlamalara tabi tutulabilir.

4- Anne babalar ya da, duruma göre vasiler, kendi inançlarına uygun olarak,

²⁸ Amerikan Devletler Örgütü 1969 yılında Amerikan Sözleşmesini kabul etmiş olup sözleşme 18.7.1978 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme ikinci bölümünde medeni ve siyasi hakları, üçüncü bölümünde ise ekonomik sosyal ve kültürel hakları düzenlemektedir. Amerikan sözleşmesinin şekli Avrupa Sözleşmesine benzerdir. Bu sözleşme ilk 25 maddesi 12.maddesinde inanç özgürlüğünün düzenlendiği sivil ve politik hakların detaylı bir listesini içermektedir. Dinah Shelton L; "Improving Human Rights Protections: Recommendations for Enhancing the Effectiveness of the Inter-American Commission and Inter-American Court of Human Rights", 3 *American University Journal of International Law and Policy*, s. 323 (1988); İrum Tagi; "Adjudicating Disappearance Cases in Turkey: An Argument for Adopting the Inter-American Court of Human Rights", *Fordham International Law Journal*, March, 2001, s.953 -954.

kendi çocuklarının ya da velayetini üstlendikleri kişilerin din ve ahlak eğitimi almalarını sağlamak hakkına sahiptir.

İnanç özgürlüğü ile ilgili önemli hükümler içeren bir diğer uluslararası belge de 8. maddesinde inanç özgürlüğünü düzenleyen Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'dır²⁹. Afrikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinde inanç özgürlüğü şu şekilde düzenlenmiştir.

'Vicdan, ibadet ve dinin serbest olarak yerine getirilmesi özgürlüğü güvence altına alınacaktır. Hiç kimse, hukuka ve düzene tabi olarak, bu özgürlüğün kullanılmasını kayıtlayan önlemlere tabi tutulamaz.'

III- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İnanç Özgürlüğü

Modern demokratik toplumların vazgeçilmez unsurlarından biri olarak görülen inanç özgürlüğü³⁰, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü başlığı altında İHAS'nin 9. maddesi ve 20 Mart 1952 tarihinde kabul edilen 1 Nolu Protokolün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesi tarafından güvence altına alınmıştır. Sözleşmenin 9. maddesi, 8., 10. ve 11. maddeler gibi iki fıkradan oluşmaktadır. Birinci fıkrada düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün kapsamı belirlenmiş, ikinci fıkrada ise bu özgürlüğün hangi durumlarda sınırlandırılacağı belirtilmiştir.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü güvence altına alan 9. maddenin birinci fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır;

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

9. maddenin birinci fıkrasında ilk olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün sınırlandırılması mümkün olmayan içsel alanına yer verilmiştir. 9. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde belirtilen bu alan mutlak nitelikte bir özgürlük olup, bunun hiç bir şekilde sınırlandırılması mümkün değildir. Oysa birinci fıkranın ikinci cümlesinde, bu hak din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapma suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir denilerek, bu özgürlüğün sınırlandırılması

²⁹ Afrika Şartı, Afrika'da meydana gelen insan hakları ihlallerinin gölgesi altında Afrika Birliği Örgütü (ABÖ) (Organization for African Unity) tarafından hazırlanmıştır. Var olan en geniş bölgesel İnsan Hakları Sözleşmesini yapacak şekilde toplam elli ABÖ üyesi devletin otuz beşi tarafından onaylanmıştır. Avrupa ve Amerika örneğinde olduğu gibi, Afrika'da insan ve halkların haklarını geliştirmek ve bunların korunmasını temin etmek için bir Komisyon kurulmuştur (madde 30). Komisyon, kişisel sıfatları ile hizmet görecekt üstün ahlaki nitelikleri, dürüstlük, tarafsızlık, insan ve hakların hakları konusundaki yetkinlikleri ile bilinen, bil-hassa hukuk alanında deneyimli kişiler dikkate alınarak, isim yapmış Afrikalı şahsiyetler arasından seçilen on bir üyeden oluşur (madde 31/1,2). Avrupa ve Amerika da bulunan emsallerinin tersine bölgesel bir insan hakları mahkemesi kurmamıştır. Afrikan Şartı temel hükümleri, uluslararası insan hakları örgütleri tarafından oluşturulan insan hakları belgeleri ile tarihsel Afrika geleneklerinin ve Afrika uygarlığı değerlerinin birleşiminden oluşmuştur: Theo Van Boven; "The Relations Between Peoples' Rights and Human Rights in the African Charter", *Human Rights Law Journal*, 1986, s. 183-185.

³⁰ Arslan, s.4.

labilecek olan dışsal alanı düzenlenmiştir. Ancak, inanç özgürlüğünün dışsal alanının sınırlandırılması konusunda taraf devletler sınırsız bir yetkiye sahip olmayıp 9. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen ilkelere uymak zorundadırlar.

9. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre;

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

9. maddenin ikinci fıkrasından da anlaşıldığı gibi inanç özgürlüğünün dışsal alanını oluşturan din ve inançlarını açıklama özgürlüğü, bu özgürlüğün içsel alanı gibi mutlak bir özgürlük olarak algılanmayıp bir takım nedenlerle sınırlanabilmektedir. Sözleşmenin 9. maddesinin ikinci fıkrasına göre, inanç özgürlüğüne getirilecek bir sınırlama, kanun tarafından öngörülmüş olmak, demokratik toplum için gerekli olmak ve ikinci fıkra da belirtilen sınırlı sayıdaki meşru amaçlardan birine dayanmak şartı ile meşru görülebilecektir. Sözleşmenin 8., 10. ve 11. maddelerinde de benzer bir düzenlemeye gidilmiş olup, bu şartlar Strasbourg Organları tarafından çok katı bir şekilde yorumlanmaktadır. İHAS'nin inanç özgürlüğünü kaleme aldığı sırada kullanmış olduğu bu yöntem, diğer uluslararası belgelerdeki düzenlemelerle de benzerlik göstermektedir. İnsan hakları belgelerinin hemen hemen hepsinde bu özgürlük ilkin, bireylerin iç dünyasına yönelik olan dini veya vicdani kanaatlere sahip olmalarına, bir dini veya inancı kabul etme ya da etmeme konusunda serbest olduklarına yer vermektedir. İkinci olarak ise belirli meşru amaçları korumak amacıyla sınırlandırılabilir olan dışsal alanına yer vermektedir. İnanç özgürlüğü ile ilgili olarak yapılan tartışmalarda, daha çok bu özgürlüğün dışsal alanı konusunda olmaktadır³¹.

Sözleşmenin inanç özgürlüğü ile ilgili diğer bir düzenlemesi ise 1 nolu protokolün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesidir. Bu düzenlemeye göre;

“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretiminin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir”

Eğitim hakkı, hem negatif hem de pozitif yönü olan iki yanlı bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Eğitim hakkının pozitif yönünü oluşturan sosyal boyutu, devletlere eğitimin çeşitli biçimlerinin, herkes tarafından faydalanılabilir ve kolayca ulaşılabilir olmasını sağlama görevi yüklemektedir. Eğitim hakkının negatif yönünü oluşturan özgürlük boyutu, bireylerin ve ebeveynlerinin kendi eğitsel standartlarına ya da dinsel veya manevi inançlarına uyan eğitim kurumlarını seçme özgürlüğü anlamına gelip, bu yöndeki devlet müdahalesini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Ek olarak bu özgürlük, bireylerin ve toplulukların kendi eğitim kurumlarını kurma ve bu kurumları idare etme özgürlüğünü de içermektedir.

³¹ Arslan, s. 33

I. Protokolün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesi iki cümleden oluşmaktadır. Birinci cümle ile hiç kimsenin eğitim hakkından yoksun bırakılamayacağı düzenlenmektedir. Buna göre dini, dili, ırkı, cinsiyeti, vatandaşlığı ne olursa olsun kimse eğitim hakkından mahrum bırakılamayacaktır. İkinci cümle ise devlete, ana ve babanın, çocuğunun eğitiminin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasına saygı duyma yükümlülüğü getirmektedir. Maddenin ikinci cümlesi ile demokratik toplumun korunması için yaşamsal değere sahip olan eğitimde çoğulculuk sağlanmak istenmiştir denilebilir³². Mahkeme, ana ve babanın çocuğunun eğitimi konusunda kendi dini ve felsefi inancına saygı yükümlülüğü konusunda özel okullar ile devlet okulları arasında her hangi bir ayırım yapılamayacağı üzerinde durmuştur. Danimarka ile ilgili Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen kararında Mahkeme 1. Protokolün 2. maddesinin ne birinci ne de ikinci cümlesinde devlet ve özel eğitim kurumları arasında ayırım yapan herhangi bir hükmün olmadığını belirterek, bu hükmün hem devlet hem de özel okullar için bağlayıcı olduğunu vurgulamıştır³³.

IV– İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İncancı Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Sözleşmede inanç özgürlüğü, 9. madde ve Birinci Protokolün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesi tarafından güvence altına alınmış olmakla birlikte, bu özgürlük konusunda yaşanan sıkıntılar esas olarak 9. maddeden kaynaklanmaktadır. Birinci Protokolün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesinin birinci cümlesinde hiç kimsenin eğitim hakkından yoksun bırakılamayacağı düzenlenmiştir. Bu hak mutlak olup, sözkonusu hakkın hiçbir durumda sınırlandırılması mümkün değildir. Aksi yöndeki düzenlemeler ve uygulamalar ise sözleşmenin ihlali sonucunu doğuracaktır. Oysa yukarıda da bahsettiğimiz gibi 9. maddede düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün dışsal alanını oluşturan incancı yayma ve açığa vurma hakkı mutlak bir hak olmayıp, kanun tarafından öngörülmüş olmak, demokratik toplum için gerekli olmak kaydıyla belirli amaçlar için sınırlandırılabilir. Sınırlandırmanın meşru görülebilecek amaçları olarak, kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması kavramlarına yer verilmiştir. Dikkat edilecek olursa, sınırlandırma nedenleri arasında, her ne kadar benzer yapıda kaleme alınmış olsalar da, 8., 10. ve 11. maddelerde sınırlandırma nedenleri arasında sayılan suç işlenmesinin önlenmesi kavramına, 10. maddede yer alan ulusal güvenliğin ve toprak bütünlüğünün korunması kavramlarına yer verilmiştir. Sınırlama hükümleri dar yorumlanması gerektiğinden bu özgürlüğün suç işlenmesinin önlenmesi, ulusal güvenliğin ve toprak bütünlüğünün korunması amacı ile de olsa sınırlandırılması mümkün olmayacaktır. Bu amaçları gerçekleştirmek için getirilen bir sınırlama sözleşmeye aykırı olacaktır. Din ve incancı açıklama özgürlüğü ancak, kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlandırılabilir.

³² Arslan, s. 38.

³³ Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen v. Danimarka, 7 Aralık 1976, paragraf. 50.

1- Kamu Güvenliğinin ve Kamu Düzeninin Korunması Amacıyla İncancını Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması

İncancını açıklama ve yayma özgürlüğü esas olarak kamu güvenliği ve kamu düzenini koruma amacıyla sınırlandırılmaktadır. Nitekim gerek Komisyonun gerekse Mahkemenin önüne inanç özgürlüğü ile ilgili gelen davalar çoğunlukla kamu düzeni ve kamu güvenliğini koruma nedenine dayandırılmıştır³⁴. Strasbourg Organlarının kararlı incelendiğinde, sınırlandırma nedenleri arasında ilk sırayı kamu güvenliği ve kamu düzeninin korunmasının yer aldığını görürüz. Bu özgürlüğün sınırlandırılmasında kamu güvenliği ve kamu düzeni genellikle birlikte kullanılmaktadır. Kamu düzeni kavramının ne olduğu konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu durum ise taraf devletlerin bu kavramı oldukça geniş yorumlamalarına neden olmaktadır. Aynı duruma İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında da rastlanmış olup dini gereklerin serbestçe yerine getirilmesi hakkı karşısında “kamu düzeni” kavramı oldukça geniş yorumlanmaktadır. Oysa demokratik bir toplumda, bu hakka yapılacak müdahalenin keyfilikten kurtarılması için öncelikle kamu düzeni kavramının keyfilikten kurtarılıp, dar yorumlanması gerekmektedir. Oldukça geniş yorumlanan kamu düzeni kavramı ise, inanç özgürlüğünün aleyhine olarak sözleşme devletlere geniş bir takdir alanı bırakmaktadır. Bu ise din özgürlüğü ve kamu düzenini dengeleme konusunda Mahkemenin tutarlı bir bakış açısı sergilemesini engellemektedir. Nitekim Strasbourg Organları inanç özgürlüğünü demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından biri olarak görmelerine rağmen, inanç özgürlüğü ile ilgili olarak önlere gelen davalarda, kamu düzeni ve kamu güvenliği gibi soyut kavramlara dayanarak inanç özgürlüğünün ihlal edilmediği yönünde karar vermişlerdir³⁵. Bu yaklaşım ise inanç özgürlüğünün korunması bakımından bir takım olumsuz sonuçları da beraberinde getirmiştir. Özellikle hapisane ortamı söz konusu olduğunda, bu ortamın niteliği gereği kamu düzeni inanç özgürlüğünün sınırlandırılmasının en önemli nedenlerinden biri olarak görülmektedir. Örneğin, X v. Birleşik Krallık kararında³⁶ Budist bir mahkûm, ısmarladığı dini kitaba hapisane yönetimi tarafından el konulması nedeniyle Komisyona başvurmuştur. Komisyon, söz konusu kitabın savaş sanatlarına ve kendini savunma tekniklerine ilişkin bir bölüm içerdiği ve bunların diğer mahkûmlara karşı kullanılması durumunda tehlike yaratacağının altını çizmiştir. Ancak, Komisyon bu kararında kitabın geri kalan kısmında yer alan bilgilerin ne içerdiğine değinmemiştir. Komisyon, başvuranın kitabın savaş teknikleri kısmını okuyup bu savaş tekniklerini öğrenerek diğer mahkûm kişiler için tehlikeye taşıyacağını düşünmektedir. Ancak, bu durumda kişinin kitaba ulaşımının engellenmesi değil, bu kişinin savaş tekniklerini öğrenmesinin ya da bunları üçüncü kişilere uygulanmasının engellenmesi gerekirdi. Aksi uygulama ile kitabın savaş teknikleriyle ilgili olmayan kısmına da başvuruçunun ulaşabilme olanağı kaldırılmış ol-

³⁴Carolyn Evans, Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights, Oxford 2001, s. 149-151

³⁵Gomian Donno, Harris David; *Düşünce, İnanç, Vicdan ve İfade Özgürlüğü*, (çev. Orhan Kemal Cengiz), Londra 1998, s. 43.

³⁶X v. Birleşik Krallık, başvuru no. 6886/75

maktadır. Komisyon bu yönde karar verirken tamamen bir kısım hayali endişe ve kaygılara dayanmıştır. Oysa demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlükler, bir kısım endişe ve kaygılara ya da farazi korkulara feda edilemeyecek kadar önemlidir. Komisyon hapisane yönetiminin müdahalesinin kamu düzenini koruma amacını güttüğünü belirterek taraf devletin haklı olduğuna karar vermiştir³⁷.

Öte yandan *Child v. Birleşik Krallık* başvurusunda³⁸ Komisyon, pek çok mahkûmun ölümünden sorumluluğu konusunda kuvvetli belirtiler bulunan bir mahkûmun hücre hapsinde yatırılmasını ve bu nedenle özel ibadet hizmetlerinden yararlanmasına hapisane yönetimi tarafından, hapisane düzenini bozacağı gerekçesiyle izin verilmemesini incelemiştir. Komisyon inceleme sonucunda bu mahkûmun yalnızca tehlikeli bir mahkûm olmakla kalmadığı, aynı zamanda diğer mahkûmların düşmanlığına da maruz kalacağı için hem hapisane düzenini bozacağı hem de diğer mahkûmlar ve kendisi için tehlike oluşturacağından bu hizmetten yararlanmasına izin verilmemesini yerinde bulmuştur. Komisyon bu yönde karar verirken ayrıca başvuru mahkûmun dini nedenlerle bir kısım hapisane papazları tarafından ziyaret edildiği ve ayrıca bazı dini ayinlere katılmasına izin verildiği üzerinde durmuştur. Komisyon buna ek olarak Birleşik Krallığın o şartlar altında başvurusunun inanç özgürlüğünü koruma adına elinden gelen her gayreti gösterdiğine de işaret etmiştir. Komisyonun kararı incelendiğinde, bu karar kamu düzenini koruma gerekçesine dayandığı için haklı görülebilecek niteliktedir. Ancak, mahkûmların inanç özgürlüğü ile ilgili Komisyonun önüne gelen diğer davalar incelendiğinde bunların daha az haklı nedenlere dayandığı görülecektir. Gerek Komisyon gerek Mahkeme mahkûmların inanç özgürlüğü ile ilgili davalarda, taraf devletlerin bu konuda daha geniş bir takdir marjına sahip olduklarına işaret edip inanç özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların 9. maddeye uygun olduğuna karar vermiştir. Gerçekten, bu tip davalarda mahkûmların dini inançları gereği hapisane idaresinden yerine getirilmesini istedikleri arzuları 9. maddede güvence altına alınan inanç özgürlüğünün bir gereği olarak değerlendirilmemektedir. Örneğin, *X v. Birleşik Krallık* kararında³⁹ Budist bir mahkûm dindaşlarıyla fikir alışverişinde bulunmasının dininin gereklerinden biri olduğu gerekçesiyle bir dergide yayınlanmak üzere makale göndermek için hapisane yetkililerinden izin istemiş, ancak mahkûmun bu isteği reddedilmiştir. Bunun üzerine Budist mahkûm 9. maddede güvence altına alınan inanç özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyona başvurmuştur. Komisyon ise incelemeleri sonucunda başvurusunun diğer Budistlerle mektuplaşmasının dininin bir gereği olduğu konusunu ispatlamada yetersiz olduğu için başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Yine *X v. Birleşik Krallık* kararında⁴⁰ Musevi bir mahkûm hapisanede hiçbir Musevi dini ayininin yapılmadığından ve kendisine verilen yiyeceklerin koşer (kasher, kosher) olmadığından yakınlıkta inanç özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyona başvurmuştur. Komisyon ise yaptığı incelemeler sonucunda din

³⁷ *X v. Birleşik Krallık*, başvuru no. 6886/75, den naklen, Öktem, s.351.

³⁸ *Child v. Birleşik Krallık*, başvuru no, 9813/82, den naklen, Evans, s.151

³⁹ *X v. Birleşik Krallık*, başvuru no, 5442/72

⁴⁰ *X v. Birleşik Krallık*, başvuru no, 5947/72

adamı olmasa da bir Musevi ile sürekli görüştüğüne ve kendisine vejetaryen koşer yemekler sunulduğuna işaret ederek mahkûmun başvurusunu reddetmiştir. Yukarıdaki kararlardan da anlaşıldığı gibi, Strausbourg Organları mahkûmların inanç özgürlüğüne kamu düzenini koruma gerekçesi ile daha fazla sınırlama getirilebilmektedir. Nitekim Komisyon, mahkûmlardan gelen ve inanç özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını taşıyan başvurulara sıcak bakmamış, genellikle kabul edilebilirlik aşamasında bu başvuruları reddetmiştir. Oysa mahkûmların inanç özgürlüğüne getirilen bir sınırlama ancak hapis hane düzeni için gerekli ise meşru sayılabilir. Yoksa hiç bir zaman bu kısıtlamalar mahkûmları cezalandırma niteliği taşımamalıdır. Aksi uygulama inanç özgürlüğünü demokrasinin temel taşlarından biri olarak gören Strausbourg Organlarının kendileri ile çelişmesi sonucunu doğuracaktır.

Mahkûmların inanç özgürlüğü konusunda Strausbourg Organları tarafından genellikle olumsuz bir yaklaşım sergilenirken, 2003 tarihli Poltoratskiy v. Ukrayna kararında⁴¹, Mahkeme 9. maddede güvence altına alınan inanç özgürlüğünün ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. İlgili olayda, dört kişiyi öldürmekten dolayı idam cezasına çaptırılan bir kişinin, ölüm cezasını düzenleyen ceza kanunu hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi sonucu çaptırıldığı ömür boyu hapis cezasını çektiği sırada hapis hane yönetimi tarafından kendisini bir rahibin ziyaret etmesine izin verilmediği için inanç özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Yaptığı incelemeler sonucunda Mahkeme, başvuruçunun haftalık dini ayinlere katılmadığını ve belli bir tarihe kadar da bir rahip tarafından ziyaret edilmediğini tespit ederek başvuruçunun inanç özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Gerçekten, Andrew Coyle'nin de belirttiği gibi din ve vicdan özgürlüğü evrensel insan haklarından biri olup, özgür kimseler kadar mahkûmlar da bu hakka sahiptir. Bütün tanınan dinlere mensup mahkûmlar İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesinde güvence altına alınan inanç özgürlüğü hakkından yararlanıp dinin icaplarını yerine getirebilmelidir. Dolayısıyla bir kimsenin özgürlüğünün elinden alınması dinin gereklerini yerine getirme hakkının da elinden alınması sonucunu doğurmalıdır. Buna uygun olarak yetkili din adamlarının düzenli olarak cezaevlerini ziyaret edip mahkûmlarla görüşmesine izin verilmelidir. Mahkûmlara ibadet etme, dinsel metinleri okuma, belli giysiler giyme, belli şekillerde yıkanma gibi dinlerinin gereklerini yerine getirme fırsatı verilmelidir. Aynı dinden olan mahkûmların ibadet amacıyla ve dini bayramlarda bir araya gelebilmesi sağlanmalıdır. Ayrıca mahkûmlara dinlerine ilişkin bir din adamıyla tek başına ya da toplu olarak ibadet etme fırsatı verilmelidir. Ancak bu hak sadece ülkenin ana dini ile sınırlı kalmayacak, bütün dini gruplar için geçerli olacak şekilde uygulanmalıdır. Azınlık gruplarından mahkûmların dini ihtiyaçlarının karşılanmasına ayrıca önem verilmelidir. Bunlara ek olarak herhangi bir dine ait olmayan ya da herhangi bir şekilde ibadet etmek istemeyen mahkûmların ibadet etme zorunda bırakılmamasına da dikkat edilmelidir. Mahkûmlara bağlı oldukları dinden dolayı herhangi bir ayrıcalık ya da daha iyi yaşam

⁴¹ Poltoratskiy v. Ukrayna, 29 Nisan 2003.

koşulları sağlanmamalıdır⁴². Aksi uygulamalar İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesinde güvence altına alınmış olan hakkın ihlali sonucunu doğuracaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi inancını açıklama ve yayma özgürlüğü esas olarak kamu güvenliği ve kamu düzenini koruma amacıyla sınırlandırılmaktadır. Bu bağlamda ise ilk sorun mahkûmların inanç özgürlüğü ile hapisane düzeni arasındaki ilişkide yaşanmaktadır. Nitekim mahkûmların bu özgürlüğüne mi yoksa hapisane düzenine mi öncelik verilmesi konusu gündeme geldiğinde Strausbourg Organları esas olarak hapisane düzenini korumaya öncelik vermekte ve bu nedenle mahkûmların bu özgürlüğüne yapılan müdahaleleri yerinde bulmaktadır. Oysa somut ve belirlenebilir zarar vermediği sürece dini gereklerin serbestçe yerine getirilmesine müdahale edilmemelidir.

Kamu düzenini koruma nedeniyle inanç özgürlüğüne yapılan müdahalelerde yaşanan ikinci sorunlu alan ise bir kişi ya da grubun, ahlâki tercih, dini inanç, felsefi görüş ya da politik nedenlerle askeri eğitim ve hizmette bulunmayı, silah taşımayı ve kullanmayı bilinçli olarak reddetmesi olarak tanımlanan⁴³ vicdani ret konusunda gündeme gelmektedir. Bireyler bu kanuni yükümlülüklerinden kaçarken, bu kanunların kendisinin hayatına yön veren dini, felsefi ya da siyasi değerler sistemi ile çatışacağı öncülüne dayanmaktadır⁴⁴. Bu bağlamda vicdani ret, bireyde vücut bulan ve bu nedenle belli bir birey tasarımı doğrultusunda kavranabilen savaş karşıtı bir tutum olarak ortaya çıkmaktadır. Vicdani ret kavramının tanımına da uygun olarak insanları vicdani retçi olmaya yönelten çeşitli nedenler bulunmaktadır. Birbirinden içerik bakımından oldukça farklılık gösteren bu gerekçeler farklı özellikleri de beraberinde getirmektedir. Buna göre vicdani ret hakkını kullanmak isteyen bir birey iman ile bağlandığı bir kutsallık tasarımı doğrultusunda askerlik yapmayı reddedeceği gibi, tamamen politik bir tasarım yani bir toplumsal tasarım doğrultusunda da bu hakkını kullanmak isteyebilir. Ancak hangi gerekçeyle olursa olsun askerlik yapmayı reddetmek, savaş mekanizması ile işbirliği yapmayı reddetme anlamına gelmektedir. Bu nedenle militarizmin karşısında ortak bir çatı altında toplanan bu bireyler militarizmin ve militarizmin bağlı olduğu devlet aygıtının birey üzerindeki tasarruf yetkisine karşı koymaktadırlar. Dolayısıyla tamamen vicdani nedenlerden kaynaklanan bu hak vicdan ve din özgürlüğünün güvencesi altında olan bir hak olarak kabul edilmektedir. Nitekim 2000 yılının Nisan ayında BM İnsan Hakları Komisyonu, 2000/34 nolu kararı ile İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde yer alan vicdan ve din özgürlüğünün meşru kullanımına uygun olarak, kişilerin vicdani nedenlerle askerlik hizmetinden kaçınma hakkına sahip olduklarını vurgulamıştır. Vicdani reddin bir hak olarak kabul edildiği söz konusu kararda BM İnsan Hakları Komisyonu, ölüme neden olabilecek güç kullanmayı zorunlu kılmanın, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Medeni ve Siyasi

⁴² Andrew Coyle; *Human Rights Approach to Prison Management: Handbook for Prison Staff*, London 2002, s. 47, 48.

⁴³ Coady J.A.J.; "Objecting Morality", *The Journal of Ethics* 1, 1997, s. 376.

⁴⁴ Öktem, s.394.

Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmesi'nde güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğü ile çatışacağına karar vermiştir. Ayrıca söz konusu kararda BM İnsan Hakları Komisyonu bu haktan yararlananların ileri sürdükleri nedenlerden ve özel inançlarından dolayı ayırımcılığa uğratılmayacaklarını ve askeri hizmeti yerine getirmeyenler ile getirenler arasında da ayırımcılık yapılamayacağını karara bağladı.

BM İnsan Hakları Komisyonu kararı doğrultusunda vicdani ret hakkı Avrupa Konseyi tarafından da tanınmıştır. Avrupa Konseyi'nin, zorunlu askerliği kaldıran üye ülkeler dışında kalan Türkiye ve Azerbaycan hariç diğer tüm üye ülkeleri bu hakkı tanımıştır. Vicdani reddi bir insan hakkı olarak kabul eden bu ülkelerde, bu hakkı kullanmak isteyenlere askerlik hizmetine karşılık askerlik süresinden biraz daha uzun sürelerle sivil hizmette çalışma olanağı verilmektedir. Askerlik hizmetini tümünden reddedenler ise hiçbir alternatif hizmeti kabul etmemektedirler. Bu kişilere göre militarizm sadece salt askerliği değil aynı zamanda toplumsal yaşamın ve ilişkilerin özüne sirayet etmiş olan tüm hiyerarşik ve ayırımcı ilişkiler ağını kapsamaktadır⁴⁵.

Esas olarak dini gerekçelere askerlik hizmetinden kaçınma ile özdeşleştirilmiş olan vicdani ret aynı zamanda vergi hukukundan hapis hane kurallarına uzanan geniş bir yelpazede görünmekte olup, dini gerekçelerin yanında bir kısım felsefi ve ahlaki kanaatlere de dayanmaktadır. Ancak, vicdani ret konusu esas olarak Yehova şahitlerinin kendi inançlarına aykırı olacağı gerekçesi ile askerlik hizmetini yapmak istememeleri durumunda ortaya çıkmaktadır. Nitekim vicdani ret ile ilgili olarak Strausbourg Organları'nın önüne gelen davaların çoğunluğu Yehova Şahitlerinin askerlik hizmetini yapmak istememelerinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, Yunanistan'la ilgili Tsirlis ve Kouloumpas kararında⁴⁶, Mahkeme iki Yehova Şahidi rahibin askeri mahkeme tarafından zorunlu askerlik hizmetinden kaçındıkları için mahkûm edilmelerini incelemiştir. Komisyon aşamasında, Ortodoks rahiplerin zorunlu askerlikten muafiyet konusunda hiç bir sıkıntı yaşamadıkları oysa Yehova Şahidi rahiplerin bu hakkı elde edinceye kadar uzun süre mağduriyet yaşadıkları belirtilerek, dörde karşı yirmi dört oyla 9. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Mahkeme de Komisyonun görüşünü benimseyerek başvurunun inanç özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁷. Yine Yunanistan'la ilgili Thlimmenos kararında⁴⁸ Mahkeme, vicdani ret nedeniyle zorunlu askerliğe katılmayı kabul etmediği için mahkûm edilen Yehova Şahidinin mahkûmiyetini çektikten sonra, muhasebecilik sınavını kazanmasına rağmen, önceki mahkûmiyetinden dolayı Muhasebeciler Odası tarafından muhasebecilik mesleğine kabul edilmemesini incelemiştir. Büyük Daire bu başvuruda başvurunun inanç özgürlüğü hakkının ihlal edilip edilmediğini eşitlik hakkının düzenleyen 14. maddeyle birlikte incelemiştir. Mahkeme, başvurunun diğer suçlardan mahkûm olanlarla aynı değerlendirmeye tabi tutulmasını, du-

⁴⁵ Ümit Kardeş, Vicdani Red Bir İnsan Hakkıdır, 30. 10. 2005, Radikal.

⁴⁶ Tsirlis ve Kouloumpas v. Yunanistan, 29 Mayıs 1997.

⁴⁷ Tsirlis ve Kouloumpas v. Yunanistan, paragraph. 69 – 70.

⁴⁸ Thlimmenos v. Yunanistan, 6 Nisan 2000.

rumları birbirlerinden farklı olanların farklı işlemlere tabi tutulması yönündeki ilkeye aykırı olduğunu tespit ederek başvurucuya ayrımcılık yapıldığına karar vermiştir. Mahkeme buna ek olarak, başvurucunun muhasebecilik mesleğine kabul edilmemesini önceki çektiği cezaya ek bir ceza oluşturacağı, böyle bir uygulamanın ise ölçülülük ilkesine de aykırı olacağı için başvurucunun sözleşmeden kaynaklanan hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Sonuç olarak, Strausbourg Organları vicdani ret ile ilgili önüne gelen davalarda, zorunlu askerlik hizmetinin varlığını Sözleşmeye aykırı bulmamakla birlikte, zorunlu askerlik hizmetine dini veya vicdani nedenlerle itirazı olanların alternatif sivil hizmetlerde çalıştırılması yönündeki taraf devlet uygulamalarını sözleşmeye uygun bulmaktadır⁴⁹.

Strausbourg Organlarının önüne kamu düzeni ve kamu güvenliğini koruma amacıyla gelen davaların üçüncüsünü başörtüsü davaları oluşturmaktadır. Bu konu ile ilgili olarak inceleyeceğimiz ilk dava İsviçre ile ilgili Dahlab kararıdır⁵⁰. İlgili olayda Mahkeme, 1991 yılında Katolik inancını terk ederek İslam'ı seçen ve o tarihe kadar bir yıldan fazla süredir aynı ilkokulda öğretmenlik yapan başvurucunun okulda başörtüsü takmasının yasaklanmasını incelemiştir. İncelemeleri sonucunda Mahkeme, başvurucunun öğretmenlik görevini yaparken başörtüsü takmasını yasaklayan işlemin demokratik bir toplumda gerekli olduğuna, dolayısıyla başvurucun inanç özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme bu yönde karar verirken ilk olarak, başörtüsü gibi güçlü bir dışsal sembolün çok küçük yaştaki çocukların din ve vicdan özgürlüğü üzerinde nasıl bir etki yapabileceğini değerlendirmenin güçlüğü üzerinde durmuştur. Mahkeme bu konu ile ilgili olarak özellikle, çocukların yaş dönemine dikkat etmiş ve bu çocukların, birçok şey hakkında meraklı oldukları ve diğer öğrencilerden çok daha fazla etkilenmeye açık oldukları dört – sekiz yaş arası çocuklar olduklarına işaret etmiştir. Mahkeme bu bağlamda başörtüsü takmanın bir çeşit proselitizm yaratacağına işaret etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, başörtüsü takmayı, tüm öğretmenlerin demokratik bir toplumda öğrencilerine yayması gereken hoşgörü mesajı, başkalarına saygı ve her şeyden öte eşitlik ve ayrımcılık karşıtlığı ile bağdaştırılmasının zor olduğunu vurgulamıştır. Sonuç olarak, dinsel armoniyi muhafaza etmek suretiyle öğrencileri korumak karşısında bir öğretmenin inancını açığa vurma hakkını değerlendiren Mahkeme, davanın şartlarını ve her şeyden öte başvurucunun devletin temsilcisi sıfatıyla kendilerinden sorumlu olduğu çocukların hassas yaşlarını dikkate alarak, taraf devlet yetkilerinin ulusal takdir marjlarını aşmadıklarına ve yaptıkları bu işlemin demokratik bir toplumda kamu düzeni ve kamu güvenliği ile başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli olduğuna karar vermiştir.

Başörtüsü ile ilgili bir diğer dava da Leyla Şahin-Türkiye davasıdır⁵¹. İlgili davada Mahkeme, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi öğrencisi iken, rektörlüğün almış olduğu “bayan öğrencilerin başları bağlı olarak, erkek öğrencilerin

⁴⁹ Arslan, s.59.

⁵⁰ Dehlab v. İsviçre, 15 Şubat 2001.

⁵¹ Leyla Şahin v. Türkiye, 29 Haziran 2004.

sakallı olarak ders, staj ve uygulamalara alınmamaları” yönündeki genelge gereği disiplin cezası alan ve okuldan uzaklaştırılan başvurusunun 9. maddede güvence altına alınmın inanç özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki talebini incelemiştir. Mahkeme inceleme sonunda taraf devlet tarafından yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğuna ve bu nedenle 9. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme bu yönde karar verirken ilk olarak, nüfusun büyük çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu Türkiye gibi bir ülkede, üniversitelerde bazı fundamentalist dini hareketlerin dindar olmayan ya da başka bir dine mensup olan öğrenciler üzerinde baskı kurmasını engellemek amacıyla getirilen kısıtlamaların 9. maddenin ikinci fıkrasına uygun olacağına karar vermiştir⁵². Mahkeme bu yönde karar verirken, Dahlab v. İsviçre kararına⁵³ atıfta bulunarak başörtülü öğrencilerin diğer öğrenciler üzerinde baskı yapma riskini göz önünde bulundurmıştır. Dahlab v. İsviçre kararında Mahkeme başörtüsü ile kamu hizmeti sunan bir anaokulu öğretmeninin çok küçük yaştaki çocuklar üzerinde aşırı bir etkide bulunabileceğine karar vermişti. Bu kararın doğruluğu kabul edilecek olsa bile aynı yorumun Leyla Şahin kararı için kullanılması doğru değildir. Zira üniversite ortamında, kendi kararlarını verebilecek konumda bulunan kişilerin aynı baskıya maruz kalacağını söylemek mümkün değildir. Ayrıca üniversite öğrencileri baskıya maruz kalacak olurlarsa yasal yollardan haklarını arayabilecek durumdadırlar. Dolayısıyla iki kararı aynı doğrultuda değerlendirmek mümkün değildir. Ayrıca İnsan Hakları İzleme Komitesinin de (Human Rights Watch) belirttiği gibi üniversitelerde başörtüsüne gayri resmi olarak hoşgörü gösterildiği dönemlerde bir baskı problemi söz konusu olmamıştır⁵⁴. Dolayısıyla kendisine özgürlükler konusunda büyük ümitler bağlanan Mahkemenin oldukça katı bir devlet yasağını desteklemeden önce bu gerçeği de göz önünde bulundurması gerekirdi.

Mahkeme ayrıca, zorunlu bir dini vecibe olarak sunulan ya da algılanan böylesi bir sembolü takmanın onu takmamayı tercih edenler üzerinde yapacağı etkinin dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir. Mahkeme bu bağlamda, kadın haklarına ve seküler bir yaşam biçimine güçlü bir şekilde bağlanmış, nüfusun çoğunluğu İslam inancına bağlı olan bir ülkede bu tür kısıtlamaların kamu düzenini koruma amacıyla gerekli olduğunu vurgulamıştır⁵⁵. Mahkeme, yukarıdaki gerekçelere ek olarak, Türkiye’de bütün olarak topluma kendi dinsel sembollerini ve dinsel öğretilere dayanan bir toplum anlayışını dayatmaya çalışan aşırı siyasi hareketlerin bulunduğunu da göz önünde bulundurmıştır. Bu nedenle Mahkeme, sözleşme hükümlerine uygun olarak sözleşmeye taraf her devletin kendi tarihsel tecrübesinden beslenen bu tür siyasal hareketlere karşı tavır alabileceğini belirtmiştir⁵⁶. Son olarak Mahkeme,

⁵² Leyla Şahin v. Türkiye, paragraf. 99.

⁵³ Dahlab v. İsviçre, 15 Şubat 2001.

⁵⁴ Memorandum to the Turkish Government on Human Rights Watch’s Concerns with Regard to Academic Freedom in Higher Education, and Access to Higher Education for Women who Wear the Headscarf., <http://hrw.org/backgrounder/eca/turkey/2004/>, s. 23- 24.

⁵⁵ Leyla Şahin v. Türkiye, paragraf. 108.

⁵⁶ Leyla Şahin v. Türkiye, paragraf. 109.

başörtüsü yasağının arkasındaki temel etkenin, Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konulduğu gibi, laiklik ilkesi olduğuna işaret etmiştir⁵⁷. Oysa İnsan Hakları İzleme Komitesi 24 Haziran 2004 tarihli bilgilendirme çalışmasında inanç özgürlüğünün korunmasının laiklik ilkesi ile tutarlı olduğu hatta laiklik ilkesinin bir gereği olduğu üzerinde durulmuştur. Komiteye göre değişik biçimlerde dinsel başlıklara yer verilmesi, kamu yetkililerinin herhangi bir dinsel görüşü onayladığı anlamına gelmeyeceği gibi kamu kaynaklarından herhangi bir harcamayı da gerektirmez. İnanç özgürlüğünün korunması laikliğin temelinde yatan dinsel ve vicdani farklılıklara saygının da bir göstergesidir. Bu nedenle öğrencilerin görünür dinsel simgeler taşıyan giysiler kullanmasını zorunlu kılan ya da yasaklayan düzenlemeler, devletin vicdani konularda baskıcılıktan uzak durma görevini yerine getirmemesi anlamına gelmektedir. Aynı görüş Türk doktrininde de benimsenmiş olup, laik bir sistemde devletin dinler ve diğer dünya görüşleri ya da ideolojiler açısından tarafsız olduğundan, din ve vicdan özgürlüğü için en elverişli ortamın laik bir siyasi-hukuki sistem olduğu belirtilmiştir⁵⁸.

İnsan Hakları İzleme Komitesinin açıklamalarına benzer dikkate değer bir yorum da, Avrupa’da başörtüsü sorununun en yoğun olarak yaşandığı Fransız Danıştayı’ndan gelmiştir. Devlet okullarında dini kıyafet giymenin Fransa’nın önemli bir doktrini olan laiklik ile bağdaşır bağdaşmadığını incelendiği kararda Fransız Danıştayı öğrencilerin belli bir dine mensup olduklarını gösteren semboller giymelerinin laiklik ile çatışmayacağını ısrarla vurgulamıştır. Fransız Danıştayı’nın konu ile ilgili kararı şu şekildedir⁵⁹;

“Fransa’nın uluslararası yükümlülüklerine olduğu gibi, kabul edilmiş anayasal ve yasal metinlere göre de laisite ilkesi, devlet eğitiminde bir yandan öğretmenlerin ve programın tarafsızlığı ilkesini, öbür yandan da öğrencilerin vicdan özgürlüğüne saygı çerçevesinde yürütülecek bir öğretim gerektirir. Öğrenciler için böyle bir özgürlük, okullarda, çoğulculuğa ve başkalarının özgürlüklerine saygı gösterek dini inançlarını ifade ve izhar etme hakkını ihtiva eder. Öğrencilerin belli bir dine mensup olduklarını gösteren semboller giymek istemesi laisite ile bağdaşmaz değildir.”

Fransız Danıştayı trajedik 11 Eylül olaylarından sonra bile aynı yorumunda ısrar etmiş ve laikliğin okullardaki düzeni koruyan sınırlar içinde, öğrencilerin vicdan özgürlüklerini ve inançlarını açığa vurma haklarının teminatı ve güvencesi olduğunu vurgulamıştır⁶⁰. Danıştay kararlarının büyük çoğunluğu başörtüsünü haksız bir biçimde yasaklamaya çalışan kamu görevlilerinin aleyhine olduğu görülmektedir. Nitekim Fransız Danıştayı’nın bu yöndeki kararları; *“bireysel hakları koruyucu,*

⁵⁷ Leyla Şahin v. Türkiye, paragraf. 110.

⁵⁸ Erdoğan Mustafa, “Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü”, içinde, Der. Yılmaz Murat; *Türkiye’de Din ve Vicdan Hürriyeti, Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış*, Liberal Düşünce Topluluğu ve Avrupa Komisyonu Ortak Yayını, Ankara, 2005, s. 32.

⁵⁹ T.Jeremy Gunn; *Din Özgürlüğü ve Laisite: ABD ve Fransa Arasında Bir Karşılaştırma*, (çev. Hüseyin Bal, Ömer Faruk Altındaş), Liberte Yayınları, Ankara (Tarihsiz) , s. 60.

⁶⁰ Gunn, s.64.

ince kararlar” olarak nitelendirilmiştir. Fransız Danıştay, ancak öğrencilerin eğitim faaliyetlerini rahatsız etmeleri, kışkırtıcı olmaları ve başkalarına propaganda yapmaları halinde dini kıyafet giymelerinin yasaklanacağını belirtmiştir⁶¹. Fransız Danıştay’ın yukarıdaki kararından da anlaşıldığı gibi laiklik inanç özgürlüğü ile kamu hizmetlerinin gereklerinin yerine getirilmesi konusunda bir denge görevini yerine getirmektedir. Uygulamada ise laiklik anlayışının inanç özgürlüğüne öncelik verme eğiliminde olduğu belirtilmektedir. Nitekim bu vurgu daha da kuvvetlendirilip laikliği din ve ibadet özgürlüğünün kısıtlanmasının temel bir aracı olarak gören 19. yüzyıl jakoben laiklik anlayışının eskidiği belirtilmektedir⁶². Buna göre Fransız yargısında din ve vicdan özgürlüğünün tek sınırının kamu hizmetinin düzgün işleyişinin engellenmesi ve kamu düzeninin sağlanması olduğu söylenebilir. Dolayısıyla kamu hizmetini aksatmadığı ve kamu düzenini bozmadığı sürece bir dini inanca aidiyeti sembolize eden bir işaretin sadece taşınmasının laikliğe aykırı olmadığı tersine laikliğin güvencesi altında olduğu söylenebilir⁶³. Oysa Türk Anayasa Mahkemesi laikliğin din ve devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılmayacağını belirtip din özgürlüğünün kullanılmasının devlet düzenini tehdit edebileceğini dolayısıyla vicdan özgürlüğü gerekçesi ile dinsel giyinme özgürlüğünün savunulamayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu dar laiklik anlayışı doktrinde eleştirilmiş olup insan hakları, hukuk devleti ve demokrasinin laikliğe nazaran ikincil değerde bir konuma getirildiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu laiklik anlayışı Türk demokrasisini batı demokrasilerinden ayıran ve onu totalitarizme yaklaştıran en önemli nokta olduğu üzerinde durulmuştur⁶⁴. Ayrıca bu yaklaşım 19. yüzyıl Fransız jakoben laiklik anlayışını çağırıştıran oldukça sert ve şekilci bir laiklik anlayışı olarak nitelendirilmektedir⁶⁵.

Mahkeme, yukarıda atıfta bulunulan kararlarda, demokratik bir toplumda, üzerinde normal olarak oldukça farklı görüşlerin bulunduğu devlet ile dinler arasındaki meseleler söz konusu olduğunda, ulusal karar alma organlarının rolüne özel bir önem verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme başkalarının hak ve özgürlükleri, sivil kargaşanın önlenmesi, kamu düzeni ve çoğulculuk talepleri gibi farklı çıkarlar arasında adil bir dengenin sağlanmasına dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁶⁶. Özetle Mahkeme, dinsel sembollerin kullanılmasına ilişkin düzenlemeler söz konusu olduğunda, bu konularla ilgili kurallar ulusal geleneklere bağlı olarak bir ülkeden diğerine oldukça farklılık arz ettiğinden ortak bir Avrupa anlayışı ortaya koymak

⁶¹ Gunn, s. 61.

⁶² Ulusoy Ali, “Fransız ve Türk Laiklik Anlayışlarının Karşılaştırılması” içinde, Der. Yılmaz Murat; *Türkiye’de Din ve Vicdan Hürriyeti, Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış*, Liberal Düşünce Topluluğu ve Avrupa Komisyonu Ortak Yayını, Ankara, 2005, s.242

⁶³ Ulusoy, s. 242.

⁶⁴ Erdoğan Mustafa, “1982 Anayasasında Din Özgürlüğü”, içinde, Der. Yılmaz Murat; *Türkiye’de Din ve Vicdan Hürriyeti, Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış*, Liberal Düşünce Topluluğu ve Avrupa Komisyonu Ortak Yayını, Ankara, 2005, s. 235

⁶⁵ Ulusoy, s. 243

⁶⁶ Kokkinakis v. Yunanistan, paragraf. 31, Leyla Şahin v. Türkiye, paragraf. 101.

mümkün olmayacağı için taraf devletlerin daha geniş bir ulusal takdir marjına sahip olduklarını belirtmiş ve yapılan müdahaleyi haklı bulmuştur⁶⁷.

Oysa aynı dava ile ilgili olarak İnsan Hakları İzleme Komitesi Türkiye'nin başörtüsü konusundaki tutumunu eleştirerek, bu tür uygulamaların birçok uluslararası hakkı ihlal ettiğini ileri sürmüştür⁶⁸. Türkiye'deki yüksek öğretim üzerinde var olan askeri denetime ilişkin şiddetli bir eleştiri ile başlayan raporda, Mahkemenin kararı ile yüksek öğretim kanunundaki akademik özgürlüğün ihlal edildiği belirtilerek birçok uluslararası standart ve sözleşmenin çiğnendiği üzerinde durulmuştur. Aynı raporda, Türkiye'de var olan yüksek öğretim sisteminin, fakülte ve öğrencilerin bireysel ve akademik özgürlüğünü ve üniversitelerin kurumsal bağımsızlığını ihlal ettiği vurgulanmıştır. İlgili raporda ayrıca eğitimde başörtüsü yasağının kadın haklarının temel görünümü olan bireysel bağımsızlığı ve seçimi de yok edeceği üzerinde durulmuştur. Komitenin raporuna göre, öğrencilerin okullarda dini sembollerini giymelerinin yasaklanması din özgürlüğünü de ihlal edecektir. Buna göre birçok açıdan görünür dini semboller üzerindeki yasak, başörtüsünü dini inançlarının bir göstergesi olarak takan kadınlar için etkili olacaktır. Bu yaklaşımı ile İnsan Hakları İzleme Komitesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine karşı inanç özgürlüğü ile inancını açığa vurma özgürlüğü konusunda daha özgürlükçü bir yaklaşım sergilemiştir. İnsan Hakları İzleme Komitesi söz konusu raporunda daha geniş bir çerçevede sorunu irdelemiştir. Komite söz konusu raporunda sorunu sadece inanç özgürlüğü bakımından değil aynı zamanda kadın hakları, akademik özgürlük ve ifade özgürlüğü bakımından da irdelemiştir. Buna uygun olarak Komite, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 9. ve 10. maddelerinin yanı sıra BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 26. maddesi⁶⁹ ile BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin eğitim hakkını düzenleyen 13. maddesi ile BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin inanç özgürlüğünü düzenleyen 18. maddesine de atıfta bulunmuştur. Bu bağlamda Komite, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 18. maddeyi açıklamaya yönelik olarak yaptığı 22 Temmuz 1993'te kabul edilen 22 numaralı Genel Yorumuna göndermede bulunmuştur. Genel Yorumda kendine özgü dinsel başlıkların giyilmesinin dinsel yaşamın korunması gereken bir yönü olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Buna göre; *“Dinsel inançların gereğinin yerine getirilmesi ve uygulanması yalnızca törensel etkinliklerin değil...belirli giysilerin ve başlıkların giyil-*

⁶⁷ Leyla Şahin v. Türkiye, paragraf. 102.

⁶⁸ İnsan Hakları İzleme Komitesinin Yüksek Öğretimde Akademik Özgürlük ve Başörtülü Öğrencilerin Yüksek Öğretime Kabul Edilmeleri Konularında Türk Hükümetine Görüş Bildirgesi, 29 Haziran 2004, <http://hrw.org/backgrounder/eca/turkey/2004/>

⁶⁹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 26. maddesinde eğitim hakkı düzenlenmiştir. Fıkra 1: Herkes, eğitim hakkına sahiptir. Eğitim, en azından ilk ve temel eğitim aşamasında parasızdır. İlköğretim zorunludur. Teknik ve mesleki eğitim herkese açıktır. Yüksek öğrenim yeteneğe göre herkese eşit olarak sağlanır. Fıkra 2: Eğitim, insan kişiliğini tam geliştirmeye ve insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmeye yöneliktir. Eğitim, tüm uluslar, ırklar ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu özendirir ve Birleşmiş Milletlerin, barışın korunması yolundaki etkinliklerini daha da geliştirir. Fıkra 3: Ana babalar, çocuklarına verilecek eğitimi seçmede öncelikle hak sahibidir.

mesini de içerir."⁷⁰ İnsan Hakları İzleme Komitesi, dinsel giysilerin, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 19. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün de güvencesi altında olduğunu vurgulamıştır. Komiteye göre dinsel inançlarının ifade etmek üzere başörtüsü kullanan öğrencilerin ve öğretilerinin hedeflenmesi bu maddeyi ihlal etmektedir.

Komite ayrıca 1981 Tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüz- lüğün Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildiri'ye de atıfta bulunmuştur. Komite son olarak 3 Eylül 1981 tarihli BM Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne ayrı bir önem vermiştir. Söz konusu sözleşmenin eğitim hakkını düzenleyen 10. maddesinde; Taraf Devletlerin eğitim alanında kadınların erkeklerle aynı haklara sahip olmalarını sağlamak için kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek üzere gerekli her türlü tedbiri ve kadınlarla özellikle erkeklerin eşitliğini sağlamaya yönelik tedbirleri almaları gerektiği emredilmiştir. 10. maddenin f bendinde kız öğrencilerin okuldan ayrılma oranlarının düşürülmesi ve okuldan erken ayrılan kız- lar ve kadınlar için eğitim programları düzenlenmesi gerektiği ayrıca vurgulanmış- tır. Oysa İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin söz konusu kararı yukarıda belirtilen uluslararası sözleşmelerin ulaşmak istediği amaçlarla tamamen çatışmakta olup bu amaçların gerçekleştirilmesi konusunda büyük bir engeli de beraberinde getirmiştir. İnsan Hakları İzleme Komitesi, Türkiye'de yüksek öğrenimde uygulanan başörtüsü politikalarına yönelttiği eleştiriyi daha da sertleştirerek, yüksek öğretim kurumların- da başörtüsünün yasaklanmasını, kadınların çarşaf ya da türban kullanmaya zorlan- dığı İran ve Suudi Arabistan gibi ülkelerdeki uygulamalardan pek de farklı olmadığı üzerinde durmuştur. Bu tür uygulamaların ise kadın haklarının temel ilkelerinden biri olan bireysel özerkliği ve seçme hakkını özellikle sınırlandığı vurgulanmıştır. Komiteye göre öğrencilerin okula görünür dini simgeler içeren giysilerle gelmesinin tümünden yasaklanması inanç özgürlüğünün engellenmesi anlamına gelmektedir.

Söz konusu bildirmede başörtüsünün kamu güvenliğine, kamu düzenine, genel sağlığa ve genel ahlaka karşı bir tehdit oluşturmayacağı da açıklıkla belirtilmiştir. Komiteye göre, başörtüsü kendi yapısı içinde bir tehlike taşımamakta olup düzen bozucu değildir. Dolayısıyla bu nedenle bireylerin eğitim hakkının engellenmesi için bir gerekçe oluşturamaz. Ayrıca bu tür yasaklamalar, doğrudan Müslüman kız- ları ve kadınları etkilemekte olup, bir yandan eşit eğitim fırsatını engellerken diğer yandan da uluslararası insan hakları hukukunun ayrımcılığa karşı olan ilkelerini de ihlal etmektedir.

Mahkemenin Leyla Şahin kararı doktrinde de çok sert eleştirilerle karşılaşmış- tır. Mahkemenin verdiği bu karar "*Pyrrhus zaferi*" ne benzetilerek, batı demokrasi- lerinin temel değeri olan hukuk devleti ve insan hakları ilkesinin büyük bir yara aldığı üzerinde durulmuştur. Söz konusu kararın hem Türk hukuku hem de Avrupa

⁷⁰ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin 20 Temmuz 1993 Tarihli 22 Numaralı Genel Yorumu, Belge no. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, den naklen, İnsan Hakları İzleme Komitesinin Yüksek Öğretimde Akademik Özgürlük Başörtülü Öğrencilerin Yüksek Öğretime Kabul Edilmeleri Konularında Türk Hükümetine Görüş Bildirgesi, 29 Haziran 2004.

insan hakları yargılama sistemi için ağır sonuçlar doğuracağı şüpheye yer vermemektedir⁷¹. Ayrıca ilgili kararın Türk yüksek öğretiminde söz konusu olan başörtüsü sorunu konusunda her hangi bir çözüm getirmediği, tersine Türk hukukunu olumsuz yönde etkileyerek yeni sorunları da beraberinde getireceği kolaylıkla söylenebilir.

2- Sağlıkın Korunması Amacıyla İnancını Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması

İnancını açıklama ve yayma özgürlüğünün diğer bir sınırlama nedeni de sağlığın korunmasıdır. Doğası gereği, bir kısım dini gelenekler ve bir kısım dini uygulamalar o inancın mensuplarının ya da üçüncü kişilerin fizik ve akıl sağlığına zarar verme olasılığı taşıyabilirler. Gerçekten, dini uygulamalar üçüncü kişilerin gerek beden gerek akıl sağlığına zarar verme olasılığı taşıdığı durumlarda taraf devletlerin bu hakkın kullanımına müdahalesi haklı görülebilmektedir. Bu bağlamda sağlığın korunması gerekçesiyle dini ayinler yasaklanabilir, hatta bir salgın yayılması tehlikesi ve endişesi mevcut ise ibadet yerlerinde toplanma bile yasaklanabilir. Bir kısım hastalıklara karşı kişilerin aşılınması sağlığın korunması adına oldukça önemli bir konudur. Ancak buna rağmen bir kısım kişiler dini ve vicdani gerekçelerle aşı yapılmasına karşı koyabilirler. Genel sağlığın zarar görmeyeceğinden kaygı duyulmayan durumlarda kişiler bu aşılınmadan istisna tutulabilir. Ancak aşı olmayan kişinin, genel sağlığı tehlikeye sokarak hastalık yayma olasılığının çıktığı durumlarda bu kişilere zorla aşı yapılabilir. Ayrıca bu gibi durumlarda bir kişinin dininin gereklerini tamamen yerine getirmesine izin verilecek olunursa, bu durum diğer kişilerin sağlığına zarar verecek sonuçlar doğurabilecektir⁷². Örneğin, yukarıda bahsetmiş olduğumuz Child v. Birleşik Krallık başvurusunda başvurusunun isteği kabul edilecek olsa idi bu durum gerek başvurusunun gerekse diğer mahkûmların sağlığının zarar görmesine neden olabilecekti. Benzer şekilde, içinde dövüş sporlarına yer veren bir din kitabına izin verilmemesi ile ilgili dava Komisyonun önüne geldiğinde, Komisyon başvurusunun bu kitaptan elde ettiği bilgilerle başkalarının güvenliğine ve sağlığına zarar vereceği gerekçesiyle bu kitabın verilmemesinin sözleşmenin 9. maddesine aykırılık oluşturmayacağına karar vermiştir.

Yine aynı durumla ilgili bir sorun, öldükten sonra defin işlemlerinin şeklinin ve yerinin dini inançlara göre tespit ve tayini durumunda da ortaya çıkabilir. Din ve vicdan özgürlüğünün bir gereği olarak ne toprağa gömülme ne de yakılma yasaklanabilir. Ancak genel sağlığı koruma ve olası suç delillerinin tespiti amacıyla bu konuda sınırlamalar getirilebilir.

İnanç özgürlüğüne müdahale edilmesi, kişilerin sağlığını koruma adına daha kolayca haklılaştırılabilir. Ancak bu konudaki asıl sorun, o dinin gereklerini

⁷¹ Kerem Altıparmak, Onur Karahanoğulları, Pyrrhus Zaferi, Leyla Şahin / Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun, Hukuk ve Adalet Dergisi, Temmuz – Eylül 2004, s. 249. Leyla Şahi kararına oldukça sert eleştiriler getiren makalelerinde yazarlar **“Romalılara karşı böyle bir zafer daha kazanırsak tamamen yok olacaktır (Plutarch, Pyrrhus 21, 14)”** özdeyişine yer vererek konunun vehametini açıklıkla ortaya koymuşlardır.

⁷² Evans, s. 155

uygulayanların kendilerine ya da velayetleri altındaki çocuklarına zarar vermeleri durumunda ortaya çıkmaktadır. Gerçekten bu konudaki asıl problem o inancı seçmiş olan kişileri doğabilecek zararlardan korumak için getirilen yasal düzenlemelerde yaşanmaktadır. Bu alandaki diğer bir sorun, kan naklinde olduğu gibi, dini nedenlerle bir kısım tıbbi yardımların reddedilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu güne kadar bu konu ile ilgili her hangi bir dava Strausbourg Organlarının önüne gelmemiştir. Ancak bir gün böyle bir dava gelirse Mahkemenin nasıl bir tutum sergileyeceği, bu konuda bireyin inanç özgürlüğünün mü öne çıkarılacağı yoksa genel sağlığı korumak amacıyla devletin yaptığı müdahalenin mi haklı görüleceği oldukça tartışma götürülecektir. Doğrudan yukarıda bahsedilen problemle ilgili olmasa da sağlığı koruma gerekçesi amacı doğrultusunda bir kısım dini uygulamalara müdahale edilmesi ile ilgili davalar Komisyonun önüne gelmiştir. Bunlardan en ilginç olanı, dininin gereği olan türbanı kullanmasını engelleyeceği için motosiklet kaskını giymekten kaçınan bir Sih'in 20 defa tutuklanması ile ilgili olarak Komisyonun önüne gelen başvurudur⁷³. İlgili davada Komisyon, kaza kaskı takma zorunluluğunun motosiklet kullananlar için gerekli bir güvenlik tedbiri olduğuna işaret ederek başvurunun inanç özgürlüğüne yapılan müdahalenin sağlığın korunması amacını güttüğü için 9. maddeye aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir. X v. Birleşik Krallık kararında Komisyon, Sih başvurunun dini inançlarına ters düştüğü gerekçesiyle hapis hane giysilerini giymek istememesini ve sakalını temizlemek istememesini incelemiştir. Komisyon incelemesi sonucunda sağlığın korunması gerekçesine dayanarak başvurunun bu tutumunun 9. maddenin korumasından yararlanamayacağına karar vermiştir⁷⁴.

Sağlığın korunması ile ilgili tartışılmalı alanlardan bir diğeri de anne ve babalarının dini inançlarından dolayı sağlıkları tehlikeye atılan çocuklarla ilgilidir. Bu durum özellikle dini nedenlerle kan naklini engellemesi durumunda ya da çocuğa standart bir sağlık hizmeti sunulması yerine çocuğun sağlık durumunu daha da tehlikeye sokabilecek, kadınların sünnet edilmesinde olduğu gibi tıbbi tedavi yerine bir kısım dini uygulamalardan medet umulması durumunda ortaya çıkmaktadır⁷⁵. Bu gibi durumlar, devletleri ve insan hakları organlarını bir kısım sıkıntılara sokacak gibi gözükse de bu durumlarda sözleşmeye taraf devletlerin bireylerin dini inançlarına müdahale etme konusunda daha geniş bir takdir yetkisine sahip oldukları söylenebilir. Gerçekten, bu gibi durumlarda nasıl davranılacağı konusunda bir uzlaşma olmasa bile taraf devletlerin, anne ve babaların kararlarını yerine getirmemesinde güç kullanması ve bu gibi durumlarda çocuğun sağlığını koruma nedeniyle hastanelerin müdahalesine izin vermesi halinde hiç şüphesiz ki taraf devletin müdahalesi ulusal takdir marjı içinde değerlendirilecektir.

Sağlığın korunması gerekçesi ile Komisyonun taraf devletin müdahalesini haklı gördüğü bir diğer konu da, anne ve babaların dini gerekçelerle çocuklarını ceza-

⁷³ Arslan, s. 63.

⁷⁴ Arslan, s. 52.

⁷⁵ Evans, s.157.

landırmalarının yasaklanmasıdır. Seven Individuals v. İsveç kararı⁷⁶ çocuklara bedeni ceza uygulanmasını yasaklayan kanun hükmünün, sözleşmenin 9. maddesini ihlal ettiği gerekçesi ile Strausbourg Organlarının önüne gelmiştir. Söz konusu olayda kendilerini Özgür Protestan Kilisesi üyesi olarak nitelendiren aileler, çocuklara bedeni ceza uygulanmasını yasaklayan kanun hükmünün, kendilerine bu konuda zorunluluk yükleyen İncil hükümleri ile çelişeceği nedeni ile Komisyona başvuruda bulunmuşlardır. Komisyon bu kanunun amacının çocukların sağlığını koruma amacı güttüğünü belirterek taraf devletin ulusal takdir marjı sınırları içinde kaldığına karar vermiştir. Komisyon ilgili kararda, bu kanunun aile yaşamına müdahale ettiğini belirtmesine rağmen böyle bir yasağın kesinlikle 8. ve 9. maddelerin ihlali sonucunu doğurmayacağına karar vermiştir. Komisyon bu kararı verirken bu kanunun amacının özellikle nispeten daha zayıf bireyleri koruma amacını güttüğüne işaret etmiştir.

3- Başkalarının Menfaatlerinin Korunması Amacıyla İncancı Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Komisyon ve Mahkemenin inanç özgürlüğü ile ilgili davaların çoğunluğunda vurguladığı gibi, inanç özgürlüğü demokratik toplumun vazgeçilmez unsurlarından biridir. Ancak bu özgürlük, kişilerin şeref, haysiyet ve haklarına saldırılmasına izin veren mutlak bir hak değildir. Bu nedenle inanç özgürlüğüne yer veren düzenlemelerin hemen hemen hepsinde bu özgürlüğün başkalarının itibar ve haklarını korumak amacıyla sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Başkalarının hak ve özgürlüğünü koruma amacıyla inanç özgürlüğüne sınırlama getirilmesi gereği özellikle bir kaç dinin bir arada bulunduğu demokratik toplumlarda daha da belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kısıtlamalar farklı grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin incancına saygı duyulmasını güvence altına almak için gerekli olmaktadır⁷⁷. Bu durumunun gerekliliği incancı açıklama özgürlüğüne herhangi bir sınır getirilmediği ya da çok gevşek bir sınırlama getirildiği durumda daha da ortaya çıkacaktır.

Başkalarının haklarını ve özgürlüklerini korumak için inanç özgürlüğünün sınırlandırılması ile ilgili olarak karşılaşılan ilk sorun proselitizm konusunda gündeme gelmektedir. Bir incanın mensuplarının o incancı yaymak ve yeni üyeler kazanmak için gösterdikleri aşırı çabayı ifade eden proselitizm sorunu ilk kez, Kokkinakis v. Yunanistan kararı⁷⁸ ile Strausbourg Organlarının önüne gelmiştir. Mahkemenin önüne incancı açıklama ve yayma özgürlüğü ile ilgili olarak gelen ilk dava olan Kokkiniakis kararında Mahkeme üçe karşı altı oyla 9. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. İlgili olayda Mahkeme 1936 yılında Yehova Şahidi olduktan sonra, proselitizm faaliyetleri içine giren Yunanistan vatandaşı Kokkinakis'in bu nedenden dolayı mahkûm edilmesini incelemiştir. Başvurucu ve karısı, kocası mahalli bir Ortodoks kilisesinde dini koro şefi olan bir kadının evinde kadına Yehova şahitliğini anlatmaya başlamışlar. Kadının kocasının şikâyeti üzerine başvurucu ve karısı gö-

⁷⁶ Seven Individuals v. İsveç, başvuru no, 8811/79

⁷⁷ Evans, s. 161.

⁷⁸ Kokkinakis v. Yunanistan, 19 Nisan 1993

zaltına alınarak polis karakoluna götürülmüşlerdir. Proselitizmi suç sayan 1363/1938 sayılı kanunun 4. maddesi gereği kovuşturmaya tabi tutulmuş ve haklarında dava açılmıştır. Yargılama sonucunda başvuru proselitizmden dolayı suçlu bulunmuştur. Bunun üzerine başvuran Sözleşmenin 9. maddesinde güvence altına alınan inanç özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyona başvurmuşlardır. Komisyon oybirliği ile başvuranın inanç özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bunun üzerine başvuran Mahkemeye başvurmuştur. Başvuran, Metaxas döneminde proselitizmi suç haline getiren ilgili kanunun sadece anayasaya aykırı olmakla kalmadığı ayrıca bütün inanç ve mezhep sahipleri üzerinde önemli bir baskı aracı olduğu, bu haliyle sözkonusu kanunun “yasaklamaların ve ceza tehditlerinin bir cephenliği” olduğunu ileri sürmüştür⁷⁹. Hükümet ise savunmasında, Yunanistan’da bütün dinlerin yaşama özgürlüğünün var olduğuna işaret etmiş ve bütün din mensuplarının hem inançlarını serbestçe açıklama hakkına hem de başkalarının inançlarını etkilemeye çalışma hakkına sahip olduklarını ileri sürmüştür. Ancak Yunan hükümeti, tanıklığa çağırarak bir kişinin hemcinslerinin yoksulluk, bilgisizlik ve tecrübesizliğini istismar etmek gibi hilekâr, bayağı ve ahlaksız yollarla yapılan “saygıdeğer olmayan proselitizm” arasında açık bir fark olduğu üzerinde durmuştur. Mahkeme ise ilgili davada inanç özgürlüğü ile ilgili temel ilkeleri vurgulayarak incelemeye başlamıştır. Mahkemeye göre, 9. maddede korunan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, sözleşmedeki anlamıyla demokratik toplumun temel taşlarından biridir. Bu özgürlük, dini boyutuyla, inananların kimliklerini ve yaşam biçimlerini şekillendiren en önemli unsurlardan biri olmanın yanı sıra, aynı zamanda ateistler, agnostikler, şüpheçiler ve din karşısında kayıtsız kalanlar için de çok önemli bir değerdir. Yüzyıllar süren bir mücadele sonucunda, büyük bedellerle kazanılan ve demokratik toplumun ayrılmaz bir unsuru olan çoğulculuk da bu özgürlüğe dayanmaktadır. İnanç özgürlüğü her ne kadar öncelikle bireysel vicdanı ilgilendiren bir konu olsa da, o aynı zamanda, diğer şeylerin yanı sıra, bireylerin inancını açığa vurma özgürlüğünü de ifade etmektedir. Mahkeme ayrıca, inancını açıklama özgürlüğünün sadece tek başına ve özel olarak kullanılan bir özgürlük olmadığına buna ek olarak inançlarını paylaşan kişilerin oluşturduğu bir toplum içinde de kullanılabilir bir özgürlük olduğu üzerinde durmuştur⁸⁰. Mahkeme bunlara ek olarak, bu özgürlüğün prensip olarak bir kişinin başka bir kimseyi anlatım yoluyla kendi inancına inandırmaya çalışma hakkını da kapsadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre bu hakkın tanınmaması, 9. madde ile güvence altına alınan bir kişinin dinini veya inançlarını değiştirme özgürlüğünün kağıt üzerinde kalmasına neden olacaktır.

Mahkeme inanç özgürlüğü ile ilgili yukarıda bahsedilen temel ilkeler üzerinde durduktan sonra bu ilkeleri ilgili olaya uygulamıştır. İnceleme sırasında Mahkeme başvuru tarafından yapılan kanuni dayanaktan yoksunluk iddiasını ve başvuru nun savını yerinde bulmamıştır. Üstelik Mahkeme, proselitizmi suç sayan Yunan yasalarının yeterince açık ve öngörülebilir olduğuna, dolayısıyla müdahalenin kanu-

⁷⁹ Kokkinakis v. Yunanistan, paragraf. 29.

⁸⁰ Kokkinakis v. Yunanistan, paragraf. 31.

nen öngörülebilmek şartını yerine getirdiğine karar vermiştir⁸¹. Başvurucunun inanç özgürlüğüne bir müdahale yapıldığını belirleyen mahkeme bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı üzerinde durmuştur. Mahkeme bu denetimi yaparken, bir müdahalenin gerekliliğini ve ölçülülüğünü değerlendirmede taraf devletlerin belirli bir ulusal takdir marjına sahip olduklarını, ancak bu marjın hem yasal durumu hem de onun uygulanmasına yönelik kararları, bunlar bağımsız mahkemeler tarafından verilen yargı kararları bile olsa, kapsayacak şekilde Avrupa denetimine tabi olduğunu vurgulamıştır. Avrupa denetimi sırasında Mahkeme, Hıristiyan tanıklığa davet ile proselitizm arasında bir ayırım yapılması gerektiği üzerinde durmuştur. Mahkemeye göre, Hıristiyan tanıklığa davet gerçek evanjelizme karşılık gelmektedir ve Dünya Kiliseler Konseyi'nin bünyesinde 1956 yılında hazırlanan bir raporda önemli bir görev ve bütün Hıristiyanların ve Kiliselerin sorumluluğu olarak nitelendirilmiştir. Proselitizm ise bunun yozlaştırılmış ve şekil değiştirmiş halini temsil etmektedir. Mahkeme, aynı rapora göre, proselitizmin, Kiliseye yeni üyeler kazandırmak veya bunalımda olan ya da muhtaç durumda bulunan kişiler üzerinde uygun olmayan baskılar oluşturmak amacıyla maddi veya sosyal avantaj sağlama faaliyeti şeklinde olabileceğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, proselitizmin şiddet kullanımını veya beyin yıkama faaliyetlerini içereceğini belirleyerek, proselitizmin başkalarının düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne saygı ile bağdaşmadığı üzerinde durmuştur. Ancak Mahkeme, ilgili olayda suçlanan kişinin komşusunu ne şekilde uygunsuz yollarla inandırmaya çalıştığına dair yeteri kadar açıklama yapılmadığına dikkat çekmiştir. Sonuçta Mahkeme, başvurucunun mahkûmiyetinin davanın şartları içinde zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığını belirterek, yapılan müdahalenin başkalarının haklarını ve özgürlüklerini korumak için demokratik toplumda gerekli olmadığına, dolayısıyla 9. maddenin ihlal edildiğine üçe karşı dokuz oyla karar vermiştir. Ancak Mahkemenin bu yönde karar vermesi azınlıkta kalan diğer yargıçlar tarafından eleştirilmiştir. Yargıç Valticos karşı görüşünde ilgili kararı hem 9. maddenin kapsamı hem de bu davadaki olguların değerlendirilmesi bakımından eleştirmiştir. Yargıç Valticos, 9. maddenin kapsamının çok geniş yorumlanmaması gerektiğini belirtmiştir. Ona göre, tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini ve inancını açıklama özgürlüğü bütün diğer özgürlüklerde olduğu gibi başka bir kişinin özgürlüğünün başladığı yerde sona ermektedir. Valticos'a göre, "tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini ve inancını açıklama özgürlüğü", kesinlikle dini yaşama ve onu açığa vurma özgürlüğü anlamına gelmektedir. Ancak, ısrarlı bir şekilde başkalarının dinleriyle mücadele etme ve onları değiştirme, aktif ve sıklıkla makul olmayan propaganda yoluyla zihinleri etkileme özgürlüğü demek değildir. Bu özgürlük, özellikle çok sayıda tarikatın şüpheli yollarla basit, saf ruhları ayartmayı başarabildiği bir zamanda dinsel çatışmalara, hatta savaşlara izin vermek için değil, dinsel barış ve hoşgörüyü sağlamak için tasarlanmıştır. Yargıç bu açıklamalara ek olarak, 9. maddedeki öğretme

⁸¹ Kokkinakis v. Yunanistan, paragraf. 37 - 41.

kavramının, ilgili olayda olduğu gibi kişisel düzeyde kapı kapı dolaşıp konuşmayı değil, okul müfredatlarındaki veya dini kurumlardaki din öğretimine işaret ettiğini vurgulamıştır. Yargıç, proselitizm ile ilgili açıklamasında ise inancı yaymadaki ve genişletilmiş şekliyle, din değiştirmeyi sağlama, taraftar kazanmadaki coşku olarak tanımlanan bu kavramın 9. madde ile güvence altına alınan bir kişinin sadece dinin açıklamasından çok uzak olduğunu belirtmiştir. Buna göre, proselitist faaliyetlerde bulunan bir kişi başkalarının din değiştirmelerini sağlamaya çalışmaktadır. Bu kişi kendi inancını tasdik etmekle kalmamakta, başkalarının inançlarını da kendi inancına dönüştürmeye çalışmaktadır. Proselitizm ile ilgili daha ayrıntılı açıklamasında ise Paul Valery'nin "Bir kişinin başkalarından kendi inancını kabul etmesini istemesini değersiz buluyorum. Proselitizm beni hayrete düşürmektedir" şeklindeki ifadelerine yer vererek proselitizm konusundaki görüşlerini daha da netleştirmektedir. Yargıç ayrıca, proselitizmi suç sayan Yunan Ceza Kanununun ilgili maddesinde proselitizm tanımına yer vererek bu kanunun hiç bir şekilde 9. madde ile çelişmeyeceğine aksine proselitizmin tanımına yer veren Ceza Kanunu hükmünün inanç özgürlüğünü koruyucu nitelikte olduğu üzerinde durmuştur.⁸² Yargıç Martens ise, 9. maddenin ihlal edildiği yönündeki Mahkeme görüşüne katıldığı kısmı karşı görüşünde, o zamanlar 77 yaşında olan iki yaşlı Yehova şahidinin tarikatlarının bazı kitapçıklarını satmak amacıyla yaptıkları normal ve kesinlikle saldırgan olmayan ziyaretlerinin bu tartışmaya yol açtığına işaret etmiştir. Yargıç ilgili olayda her hangi bir "zorlama" olarak kabul edilecek bir şey söz konusu olmadığı; en kötü bir ihtimalle önemsiz bir yalanın söz konusu olduğu üzerinde durmuştur.

Aslında, gerek yargıç Valticos'un gerekse yargıç Martens'in görüşlerinde ortaya konulduğu gibi proselitizm konusunda ki asıl kilit nokta inancını açıklama konusunda her hangi bir zorlamanın söz konusu olup olmadığıdır. Şayet inancını açıklama ve yayma sırasında karşı tarafa gerek fiziksel gerekse psikolojik bir zorlama yapılmışsa bu eylem inancını açıklama özgürlüğünün kapsamına girmemektedir.⁸³ Ancak, bu konudaki kilit sorun, zorlama kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda yatmaktadır. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin inanç özgürlüğünü güvence altına alan 18. maddesinin ikinci fıkrasında din değiştirmeye zorlamanın bu maddenin korumasından yararlanamayacağı açıkça belirtilmiştir. Buna göre hiç bir kimse kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu kabul etme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıyla karşı karşıya bırakılmayacaktır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin inanç özgürlüğünü güvence altına alan 9. maddesinde bu yönde bir düzenleme olmasa bile sözleşmenin genel ruhu ve dibacesine bakıldığında din değiştirme konusunda yapılacak bir zorlamanın, bu zorlama ister fiziksel ister psikolojik olsun, 9. maddenin güvencesinden yararlanmayacağı konusunda endişeye yer bırakmamaktadır.

Başkalarının haklarını ve özgürlüklerini korumak için inanç özgürlüğünün sınırlandırılması ile ilgili olarak karşılaşılan ikinci sorun hakaretlere karşı dinlerin

⁸² Kokkinakis v. Yunanistan, Yargıç Valticos'un ayrı görüşü.

⁸³ Lerner, Religion, s. 81.

korunması durumunda ortaya çıkmaktadır. Strausbourg Organları bu konudaki kararları verirken özellikle Tanrı ve dini inanç hakkında iftira ve hakaret etmeden dolayı verilen mahkûmiyetlerin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konusu üzerinde durmuştur. Birazdan inceleyeceğimiz *Otto-Preminger Institute v. Avusturya davasında*⁸⁴ Strausbourg Organları taraf devlet lehine karar vermiştir. Avusturya yasalarına göre özel bir dernek olan başvuran OPI herhangi bir kar amacı gütmeyen görsel-işitsel medyada eğlenceyi, diyalogu ve yaratıcılığı geliştirmeyi amaçlıyordu. Bu derneğin faaliyetleri arasında film gösterimleri de yer alıyordu. Dernek, 13 ve 19 Mayıs 1985 tarihleri arasında 6 filmi gösterime sokacaktı. Bu filmler bir bültenle derneğin 2.700 üyesine duyurulmuş ve ayrıca ilan panolarında da filmlerin reklâmı yapılmıştı⁸⁵. Filmlerden biri 1895 yılında Oskar Panizza tarafından yazılan ve dine karşı suç olduğu gerekçesi ile yasaklanan bir kitabın filme aktarılması ile ilgiliydi. Kitap Almanya'da yasaklanmış olmasına rağmen, başka yerlerde basımına devam edilmişti⁸⁶. 17 yaşından küçüklerin izlenmesinin yasak olduğu 'Cennetteki Konsey' (Das Liebeskonzil -Council in Heaven-), adlı filmde Musevi dininin, Hıristiyan dininin ve İslam dininin Tanrısı, açıkça bunamış bir ihtiyar adam olarak tasvir edilmektedir⁸⁷. İsa Peygamber ise, çok yüksek seviyede zekâ geriliği olan biri olarak sunulmaktadır. Film bütünüyle şeytanı yüceltmektedir. Kurum kendisine üye olan binlerce üyesine bir veri bülteni dağıtmış ve bu filmin neresinde ve ne zaman gösterileceğini duyurmuştur. Bu film, görevli bir hâkim huzurunda, özel bir seansta gösterilir. Savcı filmin Basın Kanunu'nun 36. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile geri çekilmesi için başvuruda bulunur. Savcının bu başvurusu aynı gün yerel mahkeme tarafından uygulanır. Başvuran bu uygulamaya karşın temyize gitmesine rağmen, Temyiz Mahkemesi sanatsal özgürlüğün mutlak bir özgürlük olmadığını belirtip bu hakkın başkalarının dini inanç özgürlüğü ile sınırlandırıldığı gerekçesi ile başvuruyu reddeder⁸⁸.

Hükümet Mahkeme aşamasında, filme el konulmasının başkalarının haklarının, özellikle de dini duygulara saygı hakkının korunmasını ve kamu düzeninin sağlanmasını amaçladığını ileri sürdü. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu dava önüne geldiğinde sözleşmenin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir. Bu kararı verirken çeşitli gerekçelere dayanmıştır. Mahkemeye ilk olarak, müdahale ile güdülen amaçla orantılı olmak şartıyla, bazı demokratik toplumlarda, kutsal sayılan nesnelere karşı hakaretvari saldırıları yaptırıma bağlamanın, hatta önlemenin zorunlu sayılabileceği üzerinde durmuştur. Mahkeme ikinci olarak, genel ahlak konusunda olduğu gibi dinin önemi konusunda da ortak bir Avrupa din anlayışının olmadığını vurgulayıp, taraf devletlerin dine hakaret içeren ifadeleri sınırlamada daha geniş

⁸⁴ *Otto-Preminger Institute v. Avusturya* 20 Eylül 1994 ; Ann Sherlock; "Freedom of Expression: How Far Should It Go", *European Law Review*, 1995, s. 329-337.

⁸⁵ *Otto-Preminger Institute v. Avusturya* paragraf. 10.

⁸⁶ *Otto-Preminger Institute v. Avusturya*, paragraf.20.

⁸⁷ *Otto-Preminger Institute v. Avusturya*, paragraf.22.

⁸⁸ *Otto-Preminger Institute v. Avusturya*, paragraf. 13.

ulusal takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir⁸⁹. Mahkeme üçüncü olarak, sine-maya girişin belli bir ücrete ve yaş haddine bağlı olsa da, filmin reklâmının yaygın bir şekilde yapılmış olduğuna, dolayısıyla gösterimin, yeterince bilgilenen kamuyu rencide edebilecek ölçüde aleniyet derecesine ulaştığına işaret etmiştir⁹⁰.

Sonuç olarak Mahkeme, filmin geri çekilmesinin, takdir alanı sınırını aşma olmadığı ve filmin gösterimden kaldırılmasının da, -film hiç bir zaman gösterilemeyecek anlamı taşısa da- hedeflenen yasal amaçla orantısız olmadığına karar vermiştir. Mahkeme bu yorumunu hakarete uğradığı iddia edilen dinin çoğunluğun dini olması gerekçesine dayandırmıştır. Oysa mahkemenin bu yorumunu çoğulcu demokrasi anlayışı ile bağdaştırmak mümkün değildir. Çünkü hakarete uğradığı iddia edilen dinin çoğunluğun dini değil de o bölgedeki azınlığın dini olması durumunda Mahkemenin nasıl bir yaklaşım sergileyeceği şüphelidir⁹¹. Bu dava ile ilgili açıklamasında Wochsmann, alaycı bir ifadeyle bir dinin hâkim din sayılabilmesi için aranan yüzdeyi sormakta ve hâkim dine tanınan ayrıcalıklı korumanın sözleşmenin 14. maddesine aykırılık oluşturacağına dikkat çekmektedir⁹². Filmi izleyen Mahkeme yargıçları, filmin içeriğinin Avusturya yargı makamlarını haklı çıkardığını düşünmektedirler. Filme el koyduran Avusturya makamları, bölgedeki dinsel barışı korumak ve bazılarının dinsel duygularının haksız ve rencide edici biçimde saldırıya uğramasına engel olmak amacıyla hareket etmişlerdir. Mahkemeye göre, uluslararası hâkimden daha elverişli konumda olan ulusal makamlar, belli bir zamanda ve yerel koşullarda bu tür önlemlerin gerekliliğini daha iyi takdir edebilirler. Bu nedenle Mahkeme, Avusturya makamlarının ulusal takdir marjlarını aştıklarını düşünmektedir. Karşı oy yazılarında hâkim Palm, Pekkanen ve Makarczyk ise şunları ifade etmekte idi;

“Belirli bir ifade tarzının ‘insanlığa ilişkin konularda ilerleme sağlayabilecek bir kamusal tartışmaya herhangi bir katkıda’ bulunup bulunmayacağına karar verme yetkisi Devlet otoritelerine bırakılmamalıdır; bu tür bir karar kaçınılmaz olarak otoritelerin ‘ilerlemenin’ ne olduğu konusundaki fikirlerinden etkilenecektir. Eldeki dava türünden, müdahalenin el koyma, dolayısıyla önceden kısıtlama biçimini aldığı vakalarda da daha da geçerlidir...ifade özgürlüğünün kullanılmasının tamamen engellenmesi anlamına gelecek türden yasaklama tedbirlerine duyulan ihtiyaç, ancak söz konusu davranış toplum tarafından hoşgörü ile karşılanma hakkını ortadan kaldıracak kadar ağır bir suiistimal düzeyine veya başkalarının din özgürlüğünü inkar etmeye yaklaştığında kabul edilebilir.”

⁸⁹ Otto-Preminger Institute v. Avusturya paragraf. 50.

⁹⁰ Otto-Preminger Institute v. Avusturya paragraf. 54.

⁹¹ Melike Batur Yamaner; *Uluslararası Hukukta Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu*, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2001, s. 143.

⁹² Wochsmann Patrick, ‘La Religion Contre la Liberte D’Ewpression:’ den naklen Öktem, s.411.

SONUÇ

Demokratik bir toplumun dolayısıyla çoğulculuğun ayrılmaz bir parçası olarak görülen inanç özgürlüğü en temel insan haklarından biri olarak çeşitli uluslararası insan hakları belgelerinde düzenlenmiştir. İnanç özgürlüğü esas olarak, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 1981 Tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildiri, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınmıştır. Ancak, bu düzenlemelerin hiç birinde inanç özgürlüğü sınırsız bir özgürlük olarak algılanmayıp, inanç özgürlüğünün dışsal alanını oluşturan dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü hukuken öngörülmüş olmak şartıyla sınırlandırılabilir. Oysa bu özgürlüğün içsel alanının hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün değildir. İnanç özgürlüğünün bu iki alanındaki en önemli fark sınırlandırma konusunda yatmaktadır. Bu düzenlemelerin her birinde bu özgürlüğün kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, kanun tarafından öngörülmüş olmak ve demokratik bir toplumda gerekli olmak şartıyla sınırlandırılabilmesine yer verilmiştir.

İnsan hakları alanındaki en etkin koruma sistemini getirmiş olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin uygulama organlarının önüne inanç özgürlüğünün korunması ile ilgili bir kısım davalar gelmiş olup bu konuda Strasbourg Organları dikkate değer içtihatlar geliştirmişlerdir. Bu bağlamda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Sözleşmenin 9. maddesinde korunan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün Sözleşmedeki anlamıyla “demokratik toplumun” temel taşlarından biri olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme bu özgürlüğün, inananların kimliklerini ve yaşam biçimlerini şekillendiren en önemli unsurlardan biri olmanın yanı sıra, ateistler, agnostikler, septikler ve din karşısında kayıtsız kalanlar için de çok kıymetli bir değer olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre, yüzyıllar süren bir mücadele sonunda, büyük bedellerle kazanılan ve demokratik toplumun ayrılmaz bir unsuru olan çoğulculuk da bu özgürlüğe dayanmaktadır. Bu özgürlük her ne kadar öncelikle bireysel vicdanı ilgilendiren bir konu olsa da, o aynı zamanda, diğer şeylerin yanı sıra, kişinin “inancını açığa vurma” özgürlüğünü de içermektedir⁹³.

Mahkeme oldukça edebi bir dille inanç özgürlüğünün önemini vurgulamasına rağmen bu konu ile ilgili kararlar önüne geldiğinde pek de özgürlükçü olduğu söylenemez. Davaların büyük bir kısmında taraf devletler lehine karar vermiş olup inanç özgürlüğünün ihlal edilmediğini belirlemiştir. Mahkemenin genellikle bu yönde karar vermesi büyük eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Özgürlüklerin oldukça geniş yorumlandığı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Avrupa demokrasisi için ancak minimum bir standart oluşturduğunun düşünüldüğü bir asırda mahkemenin inanç özgürlüğünü oldukça dar yorumlanması kendine karşı duyulan güvenin sarsılması sonucunu doğurmaktadır.

⁹³ Kokkinakis v. Yunanistan, paragraf. 31.

KAYNAKÇA

- Altıparmak Kerem, Onur Karahanoğulları, Pyrrhus Zaferi, Leyla Şahin / Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Temmuz – Eylül 2004
- Arslan Zühtü; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Ankara 2005
- Boven Theo Van; “The Relations Between Peoples’ Rights and Human Rights in the African Charter”, *Human Rights Law Journal*, 1986
- Coady J.A.J; “Objecting Morality”, *The Journal of Ethics*, 1997
- Coyle Andrew; *Human Rights Approach to Prison Management: Handbook for Prison Staff*, London 2002
- Derek Davis H.; “The Evolution of a Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religious or Belief”, *Brigham Young University Law Review*, 2002
- Drumb Mark A; “International Human Rights, International Humanitarian Law, and Environmental Security: Can the International Criminal Court Bridge the Gaps?” *International Law Association International Law Weeken*, November, 4-6, 1999
- Erdoğan Mustafa, “Sivil Özgürlük Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü”, içinde, Der. Yılmaz Murat; *Türkiye’de Din ve Vicdan Hürriyeti, Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış*, Liberal Düşünce Topluluğu ve Avrupa Komisyonu Ortak Yayını, Ankara, 2005
- Erdoğan Mustafa, “1982 Anayasasında Din Özgürlüğü”, içinde, Der. Yılmaz Murat; *Türkiye’de Din ve Vicdan Hürriyeti, Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış*, Liberal Düşünce Topluluğu ve Avrupa Komisyonu Ortak Yayını, Ankara, 2005
- Evans Carolyn, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford 2001
- Gomian Donna, Harris David; *Düşünce, İnanç, Vicdan ve İfade Özgürlüğü*, (çev. Orhan Kemal Cengiz), Londra 1998
- Gunn T.Jeremy; *Din Özgürlüğü ve Laisite: ABD ve Fransa Arasında Bir Karşılaştırma*, (çev. Hüseyin Bal, Ömer Faruk Altındaş), Liberte Yayınları, Ankara (Tarihsiz)
- Helmons Silvio Marcus; “İnsan Hakları Alanında Yeni Gelişmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, 9-13 Ocak 2001
- Kardaş Ümit, *Vicdani Red Bir İnsan Hakkıdır*, 30. 10. 2005, Radikal.
- Krishnaswami Arcot, *Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices*, 1960; Lerner, Religion
- Lerner Natan; “The Nature and Minimum Standards of Freedom of Religion or Belief”, *Brigham Young University Law Review*, 2000

- Lerner Natan; *Religion, Belief, and International Human Rights*, New York 2000, s.3.
- Öktem Akif Emre; *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Ankara 2003
- Shelton Dinah L; “Improving Human Rights Protections: Recommendations for Enhancing the Effectiveness of the Inter-American Commission and Inter-American Court of Human Rights”, 3 *American University Journal of International Law and Policy* (1988);
- Sherlock Ann; “Freedom of Expression: How Far Should It Go”, *European Law Review*, 1995
- Sullivan Donna J; “Advancing The Freedom of Religion or Belief Through The UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination” *The American Journal of International Law*, vol. 82, 1988
- Tagi Irum; “Adjudicating Disappearance Cases in Turkey: An Argument for Adopting the Inter-American Court of Human Rights”, *Fordham International Law Journal*, March, 2001
- Turhan Mehmet; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakülteler Dergisi*, Ankara 2002
- Ulusoy Ali, “Fransız ve Türk Laiklik Anlayışlarının Karşılaştırılması” içinde, Der. Yılmaz Murat; *Türkiye’de Din ve Vicdan Hürriyeti, Çeşitlilik, Çoğulculuk, Barış, Liberal Düşünce Topluluğu ve Avrupa Komisyonu Ortak Yayını*, Ankara, 2005
- Yamaner Melike Batur; *Uluslararası Hukukta Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu*, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2001.