

A.B.D YÜKSEK MAHKEMESİNİN KARARLARI IŞIĞINDA DİN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN DÜZENLENMESİ SORUNU

İştar B. TARHANLI (*)

A.B.D. Anayasası'nın Birinci Eki'nde, din özgürlüğünü sağlamak ve korumak için düzenlenmiş iki ayrı ibare yer alır. Bunlardan biri, "bir dinin devletçe düzenlenmesine ilişkin" herhangi bir yasama faaliyetinde bulunulmasını yasaklayan "Düzenlememe İbaresini" (1); diğeri de, "dinin gereklerini serbestçe yerine getirmeyi engelleyici" herhangi bir yasama faaliyetinde bulunulmasını yasaklayan "Serbestçe Dinin Gereklerini Yerine Getirme İbaresini" dir (2).

Bu iki ibare aynı temel değeri, yani devletin herhangi bir baskısı olmaksızın, her bireyin dinsel anlamda dilediği inanca sahip olma özgürlüğünü korumak için düzenlenmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, bu iki ibarenin özü, "devletin, dinsel gereklerin yerine getirilmesine ne olumlu ne de olumsuz anlamda karışmaması; dinler ya da mezhepler arasında ya da inançlılık veya inançsızlık konusunda hiçbir tarafgirlikte bulunmaması; hiçbir dinsel inanca engel olmamasıdır (3).

Ancak uygulamada, bu iki ibare çelişmektedir (4). Bu çelişkiyi, eğitim gibi, devletin de yakından ilgili olduğu bir alandaki herhangi bir somut örnekle, devletin özel okullara, bu arada kilise okullarına da malî yardım yapması durumunda inceleyelim: Böyle bir yardımda bulunulması durumunda, çok güçlü bir dinsel unsur taşıyan bir faaliyete ilişkin olarak devletin kilise okullarına yardımda bulunmasının Düzenlememe İbaresini ihlâl ettiği, kuvvetli bir sav olarak ileri sürülebilir. Öte yandan, diğer okullara büyük ölçüde yardımda bulunulmaktayken, kilise okullarına yardımda bulunulmaktan kaçınılması halinde de, öğrencilerin dinin gereklerini serbestçe yerine getirmelerinin engellediği söylenebilir zira, devlet okullarının

(*) İştar B. Tarhanlı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisidir.

(1) Literatürde, genellikle "Establishment Clause" olarak anılan bu ibare, bazı kaynaklarda da "Anti-Establishment" ya da "Non-Establishment Clause" olarak adlandırılmaktadır. Bu yazıda, konu olan ibare, özünün daha iyi ifade edildiği düşünüldüğünden, "Düzenlememe İbaresini" olarak anılacaktır.

(2) "Free Exercise Clause".

(3) *Abington Township School District v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963) (Ayrıkoy: Yargıç Goldberg). Bu kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. *infra* dn. 53'ün bağlantılı olduğu metin.

(4) Yüksek Mahkeme de böyle bir çelişkinin varlığını kabul etmiştir. Bkz. *Walz v. Tax Comm'n*, 397 U.S. 664, (1970). ("Mahkeme, her ikisi de mutlak ifadelerle kaleme alınmış ve birinin, mantık sınırları içinde dahi olsa, genişçe uygulaması durumunda diğeri etkisiz kılabileceği iki din ibaresi arasında tarafsız bir yol bulabilmek için büyük çaba göstermiştir").

sahip olduğu olanaklardan, dolayısıyla daha iyi bir eğitimden yoksun kalma kaygısı ya da ekonomik mülâhazalar, onların kilise okullarından ayrılıp diğer okullara geçmelerini gerektirebilir.

İncelememizin belkemiğini oluşturan bu çelişki, aşağıda görüleceği gibi, Yüksek Mahkemeyi de etkilemiş; özellikle de Düzenlememe İbaresinin farklı yorum ve uygulamalarından doğan, değişken kararların ortaya çıkmasına yol açmıştır⁽⁵⁾. İncelememizin ilk bölümünde, çoğulcu, demokratik, çağdaş hukuk devleti düzeninde, inanç özgürlüğünü sağlayabilmenin birinci koşulu saydığımız lâiklik ilkesini ifade eden "Düzenlememe İbaresini", ikinci bölümünde ise, ibadet hakkını düzenleyen "Serbestçe Dinin Gereklerini Yerine Getirme İbaresini" ne ilişkin Yüksek Mahkeme kararları, tarihsel süreç içinde irdelenecektir. Sonuç bölümünde ise, iki ibare arasında görülen bu çelişkiyi giderebileceğini düşündüğümüz bir akış açısı sunulacaktır.

I. DÜZENLEMEME İBARESİ

Birinci Ek'i kaleme alanlar, herşeyden önce, Roger Williams, Thomas Jefferson ve James Madison ile özdeşleştirilmiş üç düşünce akımından etkilenmişlerdi. Williams, dini devletin müdahalesine karşı korumak amacıyla kilise ile devletin ayrılığı ilkesini savunmaktaydı; öte yandan, devletin herhangi bir baskı aracı olarak kullanmaması kaydıyla, dini desteklemesi ve yardımında bulunmasına da karşı değildi⁽⁶⁾. Jefferson, Williams'in aksine, devleti dinin etkisinden korumak kaygısındaydı; bunun da ancak mutlak bir ayrılıkla gerçekleşebileceğine inanıyordu⁽⁷⁾. Madison'ın görüşüyse, Williams ile Jefferson'ın düşüncelerinin orta yolundaydı. Bir yandan Jefferson kadar mutlak ayrılık fikrini savunmuyor, öte yandan da hem devletin hem dinin kendi amaçlarını en iyi şekilde ancak birbirinin etkisinden âri, kendi alanlarında serbestçe hareket ederek gerçekleştirebileceklerini düşünüyordu⁽⁸⁾.

Yüksek Mahkeme özellikle Düzenlememe İbaresini yorumlarken bu görüşlerden etkilenmiştir. Ancak, 1980 sonlarında, alışılmış çizgiden farklı bir takım kararların⁽⁹⁾ veril-

- (5) Bu icraat, Mahkemeyi, kendi üyelerinden biri tarafından "kararsız görüntüsü vermek" eleştirisine hedef yapmıştır. Bkz. *Committie for Public Education and Religious Liberty v. Regan*, 444 U.S. 646, 671 (1980) (Karşıoy: Yargıç Stevens) ("... I would resurrect the 'high and impregnable wall' rather than try to justify various types of subsidies to parochial schools at the expense of having the Court look so fickle"). (vurgulama bize aittir). Bu kararın irdelenmesi için bkz. *infra* dn. 30 ve bağlı metin.
- (6) P. MILLER, ROGER WILLIAMS: HIS CONTRIBUTION TO THE AMERICAN TRADITION 89, 98 (1953).
- (7) *Letter from Thomas Jafferson to Nehemiah Dodge and Others*, in T. JEFFERSON, THE PORTABLE THOMAS JEFFERSON 303, 303 (M. Peterson baskısı, 1975).
- (8) J. MADISON, A Memorial and Remonstrance, in THE MIND OF THE FOUNDER 8, 14 (M. Meyers baskısı 1973).
- (9) Bu kararların ayrıntılı incelemesi için bkz. dn. 34 (*Mueller v. Allen*); dn. 61 (*Lynch v. Donnelly*); dn. 69 (*Marsh v. Chambers*); dn. 70 (*Bowen v. Kendrick*) ve bağlı oldukları metinler. Bu kararların ışığında, Mahkemenin değişmekte olan tavır için ayrıca bkz. A.E. Dick Howard, *Church and State in America*, in *RENEWING THE DREAM* (der. Ralph S. Pollack) (1986) 8-12.

mesiyle ortaya çıkan dalgalanma, özellikle Rehnquist'in Başyargıç olmasıyla, hak ve özgürlükler ile ilgili pek çok kişi ve kuruluştaki Yüksek Mahkemenin geleneğinin muhafazakar bir çizgiye doğru kayacağı kaygısını doğurmuştur.

Günümüz A.B.D.'sinde devletin faaliyet alanının genişlemesi de, Düzenlememe İbaresinin yorumlanması ve uygulamasında son derece etkin olmuştur⁽¹⁰⁾. A.B.D.'nin kurucu babalarının dönemindeki, bireylerin ve topluluklarının kendi yaşamlarını dilediklerince düzenleyebilmeleri için, kamu düzenini sağlayan ve koruyan minimalist devlet anlayışı, günümüzde yerini, kaynakların tahsisinde ve sosyal düzenin yapılanmasında çok daha etkin bir rol oynayan, dolayısıyla da çok daha geniş alanda düzenleme yapan bir devlet anlayışına bırakmıştır⁽¹¹⁾. Devletin sunduğu geniş anlamda kamu hizmetinden (ki bu şekilde kolluk da, bu kavramın içindedir), diğer tüm toplumsal kurumlar gibi din örgütlerinin de yararlanmasına ilişkin ortaya çıkan sorunlar, Düzenlememe İbaresinin Yüksek Mahkeme'ce yorumlanması ve uygulanmasını belirleyen başlıca konulardandır. Devletin düzenleme alanının genişlemesi, yasama ve yürütmenin işlemlerinde ne sebep, ne konu ne de amaç unsuru olarak "din"i kullanamayacağını öngören "kesin tarafsızlık" (strict neutrality) ilkesini⁽¹²⁾ işlemez duruma getirmiştir⁽¹³⁾.

Biz bu çalışmamızda, öğretimde önerilen standart ya da testleri⁽¹⁴⁾ irdelemek yerine, yalnızca Yüksek Mahkeme kararlarıyla getirilen ilke ya da kriterleri belirlemeyi yeğledik. Bu kararlar arasında ilk önemlisi, bugün de sıkça atıfta bulunulan 1947 tarihli *Everson v. Board of Education*'dir. Bu davanın konusu, Düzenlememe İbaresini çerçevesinde incelenen uyuşmazlıklar arasında en önemlilerinden birine, eğitime ilişkindir. Aşağıda da inceleneceği üzere, Yüksek Mahkeme'nin ilgili olduğumuz çerçevedeki gündeminde en çok yeralan, devletin de ilgilenmekte ideolojik çıkarları bulunduğu ortaöğretimde din eğitimi, devletin buradaki rolü, din eğitimi yapan dinsel kurumlara yapılacak yardımlar, yükseköğretimde din eğitimi, kiliseye bağlı üniversitelere yapılacak mali yardımlar gibi konulardır.

Everson davasının konusu, New Jersey eyaletinin Ewing kasabasında İdare'nin yapmış olduğu bir genel düzenleyici işlemdir. İdare bu işlemle, çocukları devlet okullarına devam eden ailelerin ödedikleri okul otobüsü ücretlerini kendilerine geri ödeyerek bu masrafı karşılamayı üstlenmekteydi. Kilise okullarına devam eden öğrencilerin ailelerinin de bu kapsama alınmasına karşı başlayan yargısal süreç, Yüksek Mahkemenin koyduğu, farklı yo-

(10) Donald A. Gianella, *Religious Liberty, Nonestablishment, And Doctrinal Development Part II: The Nonestablishment Principle*, 81 HARV. L. REV. 513, 513 (1968); benzer bir yorum için bkz. Note, *Toward A Constitutional Definition of Religion*, 91 HARV. L. REV. 1056, 1084 (1978).

(11) A.B.D.'de İdarenin hukukundan İdare Hukukuna geçiş gereksinimlerinin doğması; İdari Usul Yasası gibi ayrıntılı düzenleyici işlemlerin yapılması da, değişen devlet kavramının bir göstergesidir.

(12) P. Kurland, *Of Church and State and The Supreme Court*, 29 U. CHI. L. REV. 1, 96 (1961). Kitap halinde bası: P. KURLAND, *RELIGION AND THE LAW* (1962).

(13) Gianella, op. cit., s. 513.

(14) Ibid. (siyasi tarafsızlık "political neutrality standart"), s. 522 vd. Alan Schwarz, *No Imposition of Religion: The Establishment Clause Value*, 77 YALE L. 3. 692 (örnek verilen standartlar: Dengeleme Standartı "Balancing Standart", s. 701-704; Tabi Kılma Standartı "Subordination Standart", s. 704-708; yazar tarafından önerilen standart; Dinin Dayatılmaması standartı "No-Imposition-of-Religion Standart", s. 708 vd.)

(15) 330 U.S. 1 (1947).

rumlara konu olmasına karşın bugün de etkisini yitirmemiş bir dizi ilkeyi ortaya çıkardı. Çoğunluk görüşünü kaleme alan Yargıç Black'in ifadesiyle,

Birinci Ek'deki Düzenlememe İbaresini en azından şu anlama gelir: Ne bir eyalet, ne de Federal Hükümet bir kilise kuramaz. Her ikisi de, bir dine veya tüm dinlere yardımda bulunamaz; ya da bir dini diğerine tercih edemez. Her ikisi de, bir kimseyi, kendi isteği hilafına, kiliseye gitmek veya gitmemek hususunda zorlayamaz ya da etkileyemez; herhangi bir dine inancı ya da inançsızlığını açıklamaya zorlayamaz. Hiç kimse dinsel inançları veya inançsızlığını uygulamak ya da bu işle profesyonel olarak uğraşmak ve kiliseye devam etmek veya etmemek nedeniyle cezalandırılmaz. Adı ne olursa olsun dinsel faaliyetleri ya da kurumları, ne şekilde olursa olsun bunların dini öğretmek ve uygulamalarını desteklemek için, az ya da çok miktarda hiçbir vergi salınmaz. Ne bir eyalet ne de Federal hükümet, açıkça ya da gizli olarak, herhangi bir dinsel örgütün veya grubun faaliyetlerine katılamaz; aynı engel, bu örgüt ve grupların eyalet ve Federal Hükümetle olan ilişkilerinde de geçerlidir. Jefferson'ın sözleriyle, devletçe din düzenlenmesine engel olan bu ibare, "Kilise ile Devlet arasında bir ayırım duvarı" dikmek için konulmuş hukuki düzenlemedir (16).

Everson davasının en ilginç noktası, verilen hükümdür. Yukarıda ifade edilen ve Mahkeme üyelerinin fikir birliğine vardığı ilkelere karşın hüküm, 5-4'lük bir çoğunluk oyuyla, uyuşmazlık konusu olan uygulamanın sürdürülmesi yolunda olmuştur. Diğer bir deyişle Mahkeme, kilise okullarına devam eden öğrencilerin de ulaşım giderlerinin devletçe verilmesini Anayasaya aykırı bulmamıştır. Burada gözetilen yarar, "çocukların yararı"dır (17). Mahkemeye göre, bu şekilde dine yardımda bulunulmamakta; kolluk ya da yangın gibi hizmetlerin sunulmasına benzer bir uygulama görülmektedir. Bu hükmün en hoş eleştirisi, üyelerden Jackson'ın karşı oy yazısında yer alır. Yargıç Black tarafından kaleme alınan çoğunluk gerekçesi Jackson'a, Byron'in bir şiirindeki karakterlerden Julia'yı anımsamıştır, "whispering 'I will he'er consent!' - consented" (18).

Hüküm "anayasaya uygunluk" şeklinde olsa da, Everson davasında Mahkeme, Düzenlememe İbaresinin, yukarıda belirtilen şekilde geniş yorumlanmasında hemfikirdir. Düzenlememe İbaresinin ikinci ve dar yorumunun savunucuları ise, bugünkü Yüksek Mahkemede yer alan Başyargıç William H. Rehnquist ve Yargıç Byron R. White'tır. Bu yoruma göre Düzenlememe İbaresiyile engellenen, diğer dinsel kurumlar üzerinde yer alacak tek, resmi bir kilisenin kurulmasıdır. Bu görüşe göre "ayırım duvarı" yalnızca, devletin farklı dinsel inançlar arasında ayrımcılık yapmasını önlemek için konulmuştur. Böylelikle devlet, dinsel kurumlara doğrudan ya da vergi bağışıklığı tanımak gibi dolaylı yollarla mali yardımda bulunabilir; tek koşul, bunun hiçbir ayırım gözetmeden, her türlü dinsel kuruma yapılmasıdır.

(16) 330 U.S. 1, 15. (vurgulamalar bize aittir).

(17) Mahkemenin "çocuk yararı" gerekçesini ortaya koyduğu ilk olay 1930'lara dayanır.

(18) " 'Asla razı olmayacağım' diye fısıldıyarak, razı oldu" 330 U.S. 1, 19.

Bu yorum, Yüksek Mahkemenin tarihinde görülen uygulamaların çoğuna ters düşer. Düzenlememe İbaresini hakkında incelemeye en değer yorum⁽¹⁹⁾ sayılabilecek Yargıç William J. Brennan'ın ifadesiyle, ibareyi koyanlar, devlet ile dinsel kurumlar arasında dine hizmet edecek ilişkileri, devlet kurumlarının dinsel konularla uğraşmasını ve devletin görev alanındaki amaçlara ulaşmak için dindışı araçların yeterli olmasına karşın dinsel araçların kullanılmasını yasaklamıştır⁽²⁰⁾.

Mahkeme, 1977'de "çocuk yararı" ilkesini bir tarafa bırakarak, kilise okulu öğrencilerinin, masrafları kamu harcamalarından karşılanan otobüslerle, araştırma amaçlı okul gezilerine götürülmesini anayasaya aykırı buldu⁽²¹⁾. Bu uyuşmazlığın konusu, Ohio'da çıkartılmış, aslında tüm orta öğretim öğrencilerini kapsayacak şekilde, devlet, sanayi, kültür ve bilim kurumlarına yapılacak okul gezilerini düzenleyen bir işlemdi. Everson davasında konunun "ulaşım" olduğu ifade edilen ve Yargıç Harry A. Blackmun tarafından kaleme alınmış çoğunluk kararında, bu davanın konusunun "eğitim deneyiminin tamamlayıcı bir parçası" olduğu, bu nedenle de "dini korumak yönünde kabul edilemez bir risk" yarattığı belirtilmekteydi..

Bugün de Düzenlememe İbaresini konusundaki davalarda uygulanmaya devam edilen üç kurallı test ise, Başyargıç Burger başkanlığındaki Mahkeme tarafından 1971 tarihli **Lemon v. Kurtzman**⁽²²⁾ davasında formüle edilmiştir.

1969-1972 yıllarında dört Yüksek Mahkeme üyesi görevlerinden ayrıldı. Aralarında Başyargıç Earl Warren'ın da bulunduğu bu yargıçların yerini, Başkan Nixon tarafından atanmış yargıçlar aldı. Başyargıç Warren Burger başkanlığındaki bu yeni Mahkemenin kararlarının, liberal halefinden çok daha farklı olacağı düşünülmekteydi⁽²³⁾, uygulamada durum oldukça farklı gelişti. Özellikle Düzenlememe İbaresine ilişkin kararlarıyla ilgi çeken Yüksek Mahkeme bunlardan Lemon davasında, kilise okullarında matematik, yabancı dil, fen bilimleri ve beden eğitimi öğretimi için yapılan giderleri karşılamaya yönelik doğrudan bir mali yardım yapılmasını öngören bir Pennsylvania yasasını Anayasaya aykırı bularak iptal etti. Gerekçede, bu konuların, olaydaki ilgili "Katolik Kilisesinin dinsel misyonunun tamamlayıcı bir parçası" olduğu, böylelikle, yapılan yardımla sağlanan faydanın öğrencilere değil, okula yönelik olduğu ifade ediliyordu.

Lemon kararında çoğunluk oyunun yazarı Başyargıç Burger, dinin "gereksiz devlet müdahalesi olmaksızın, birey ile aileye ve onların özel seçimine mahsus bir konu olduğu"nu belirtiyordu. İbarenin ifadesi "opak" görünmekteydi; ancak, kurucuların, din-devlet ilişkileri hususunda, üç ana kötülüğe karşı korunma mekanizması kurmuş oldukları görünüyordu: "devlet korumacılığı", "mali destek", "eylemsel etkinlik"⁽²⁴⁾. Bu noktada Burger, Mahke-

(19) L.W. LEVY, THE ESTABLISHMENT CLAUSE (1986).

(20) **Abington Township School District v. Schempp**, 374 U.S. 203, 294-95 (1963).

(21) **Wolman v. Walter**, 433 U.S. 229 (1977).

(22) 403 U.S. 602 (1971). Aynı davada çözümlenen diğer hususların irdelenmesi için bkz. *infra*, dn. 28; dn 39 ve bağlı oldukları metinler.

(23) Ünlü karikatürist Herblock, *New Yorker Dergisi*'nde yayınlanan bir karikatüründe siyah cüppeleri içindeki dokuz yargıcın her birinin yüzünü Başkan Nixon olarak çizmiştir.

(24) **Lemon v. Kurtzman**, 403 U.S. 602 (1971).

menin, Düzenlememe İbaresinin ihlal edilip edilmediğinin sınınaöilmesi için formüle ettiği üç ilkelik testi açıklanmıştır: 1) Dava konusu işlemin amaç unsuru dinsel olmamalıdır (secular purpose). 2) İşlemin uygulamasından doğan asli sonuçlarla din ne olumlu ne de olumsuz yönde etkilenmemelidir (primary effect). Bu işlem dolayısıyla devlet, dine aşırı bir ilgi göstermemelidir (excessive entanglement).

Karara karşı çıkan ve Mahkeme üyeleri arasında dine yardım konusunu savunmakta öndegelen Yargıç Byron R. White, bu durumun bir çelişki yarattığını iddia etmiştir. White'a göre, dine aşırı bir ilgi göstermemek için gerekli özeni göstermeye çalışan devlet, paradoksal olarak, aşırı ilgi göstermiş olacaktır⁽²⁵⁾. Öte yandan gerçekten de varolan ve bazı zamanlar adil olmayan durumlar yaratan bu paradoks, herşeye rağmen, dine tarafsız yaklaşma yönünde bireysel bir seçim ve gönüllülük olanağı yaratan bir anayasal ilke koymuş olan Birinci Ek'in korunabilmesi için akılcı ve hatta gerekli görünmektedir⁽²⁶⁾.

Üç ilkelik test, özellikle Mahkemenin, özel kilise okullarına yapılan devlet yardımlarına ilişkin üç karmaşık meselede karar vermesinde önemli rol oynadı. Anılan karmaşık meseleler, devlet tarafından verilen standart sınavlar için bu okullara yardımda bulunmak; bu okullara devam eden öğrencilerin velilerine yardımlarda bulunmak; ve bu okullara devam eden öğrencilere sunulan çeşitli yardımcı hizmetler konusundaki kamusal düzenlemelere ilişkindi.

Sınav sorunu Mahkemenin karşısına ilk 1973'te çıktı. New York eyaleti, eyalet yasaları gereğince yapılması gereken sınavlara ilişkin olarak, bütçesinde kilise okullarına yapılacak yardım kaleminden 28.000.000 dolar ayırmıştı. Bu harcamaların sonradan mali denetimlerinin yapılacağına yönelik hiçbir düzenleme de mevcut değildi. Mahkeme, 8-1'lik *Levitt v. Committee for Public Education and Religious Liberty*⁽²⁷⁾ kararıyla, Bütçe Yasası'nın bu maddesini iptal etti.

Dört yıl sonra Mahkeme, benzer gözüken bir başka davada bu kez anayasaya uygunluk kararı verdi. *Wolman v. Walter*⁽²⁸⁾ davasının konusu Ohio eyaletinin benzer bir düzenlemesiydi; ancak yardım salt dindışı dersler için yapılan sınavlara tahsis edilmişti. Kararın gerekçesinde, dine doğrudan bir yardım yapılmadığı, dolayısıyla dine aşırı ilgi gösterilmediği ifade edilmekteydi.

Bu sırada, 1973'te iptal edilen yasa hükmüne benzer bir düzenleme yapan New York yasakoyucusu, *New York v. Cathedral Academy*⁽²⁹⁾' de bir kez daha iptal kararıyla karşılaştı. 6-3'lük bir oyla Mahkeme, harcamaların sonradan mali denetimi yapılacağı öngörülse de, uyuşmazlık konusu işlemin asli amacının dine yardımda bulunmak olduğu gerekçesiyle anayasaya aykırılığına hükmetti.

(25) *Ibid.*, s. 668.

(26) LEVY, *op. cit.*, s. 131.

(27) 413 U.S. 472 (1973).

(28) 433 U.S. 229 (1977). Aynı davada çözümlenen diğer hususların irdelenmesi için bkz. *supra* dn. 22 ve bağlı olduğu metin; *infra* dn. 39 ve bağlı olduğu metin.

(29) 434 U.S. 125 (1977).

Ancak, 1980'de New York eyaletinin düzenleme 5-4'lük bir kararla anayasaya uygun bulundu. Levitt kararının tek karşı oyunu vermiş olan Yargıç White, **Committee for Public Education and Religious Liberty v. Regan** ⁽³⁰⁾ kararını kaleme aldı. Hiçbir karşı oy yazısını yanıtlamadığı gerekçede White, sınavların, son tahlilde hiçbir dinsel amaç taşımadığını belirtti. Öncekilerin aksi yönde olan bu kararın çıkmasındaki neden, iki yargıcın, Lewis F. Powell ve Porter Stewart'ın taraf değiştirmiş olmasıydı. Karşı oy yazısında Yargıç Blackmun, bu kararla Mahkemenin çok tehlikeli bir geri adım atmış olduğunu iddia etti ⁽³¹⁾. Blackmun'un değerlendirmesi biraz abartılı da olsa, kanımızca, White'in gözönüne almaktan kaçındığı bir nokta büyük önem taşımaktadır. Sınavlar dindışı konulara da ilişkin olsa, özellikle yaşamın kökenleri, evrim, cinsel davranış ve daha pek çok konuya ilişkin sorunun yanıtları, din okullarının eğitmenleri tarafından büyük olasılıkla, çok daha farklı değerlendirilecektir!

Mahkemenin gündeminde yeralan ikinci ve daha önemli uyuşmazlık, anayasal bir haklarını kullanarak, çocuklarını özel kilise okullarına göndermek tercihinde bulunan vatandaşların, bu okullara ödedikleri ücretlere ilişkin talepleri konusuydu. Bu vatandaşlar, ödemekle yükümlü oldukları, devlet okullarına tahsis edilmiş vergileri ödemekten başka, ücretli kilise okullarına da ödeme yapmak durumunda kalmaktaydı.

1973'te Mahkeme, konuyla ilgili iki eyalet düzenlemesini **Committee for Public Education and Religious Liberty v. Nyquist** ⁽³²⁾ ve **Sloan v. Lemon** ⁽³³⁾ kararlarıyla iptal etti. New York'un düzenlemesinde, düşük gelirli ailelere, okutmakta oldukları her çocukları için 100 dolara varan doğrudan yardım yapılması ve kilise okullarına çocukları devam eden diğer aileler için gelir vergisi bağışıklıkları tanınması yeralmaktaydı. Pennsylvania'nın düzenlemesinde de, dinsel ilköğretime devam eden her çocuk için 75, ortaöğretime devam eden her çocuk için 150 dolar yardım öngörülmekteydi. Mahkeme, kararının gerekçesinde, ne biçimde olursa olsun, yapılan yardımla kişilerin çocuklarını kilise okullarına göndermeye teşvik edileceğini, böylelikle doğrudan dine katkıda bulunulmuş olacağını belirtti. On yıl sonra Mahkeme farklı yönde bir karara vararak, vergi indirimleri yoluyla sağlanması durumunda, bu tür yardımların tüm okul çocuklarının ailelerine yapılabileceğine hükmetti. Konuyla ilgili anayasa yargısının radikal bir şekilde değiştirildiği **Mueller v. Allen** ⁽³⁴⁾ davasının konusu, çocukları ne tür okula olursa olsun devam etmekte olan ailelere okul ücretleri, okul kitapları ve ulaşım için yaptıkları giderleri vergiye esas gösterdikleri matrahtan düşme olanağı tanıyan bir Minnesota yasasıydı. 5-4'lük kararı kaleme alan Yargıç Rehnquist, yasanın **Lemon** testinin hiçbir kuralını ihlal etmediğini belirtti. İndirimden, öğretim görmekte olan çocuğu bulunan herkes yararlanacaktı; son tahlilde yasa, dinsel bir amaç taşımamaktaydı; bu yasanın uygulaması dine hiçbir ayrıcalıklı katkıda bulunmayacaktı, bu yasa nedeniyle eyalet dine aşırı bir ilgi göstermiş değildi.

(30) 444 U.S. 646 (1980).

(31) *Ibid.*, s. 662.

(32) 413 U.S. 756 (1973).

(33) 413 U.S. 825 (1973).

(34) 103 S. Ct. 3062 (1983).

Dört kişilik karşı oyu kaleme alan Yargıç Thurgood Marshall, haklı olarak, Mahkemenin önceki emsal kararlarını ortaya koydu. New York ve Pennsylvania'nın düzenlemeleri anayasaya ne denli aykırıysa, Minnesota'nın düzenlemesi de, aynı gerekçelerle, anayasaya aykırı nitelik taşımaktaydı. Bu karar, günümüzde de etkin olan muhafazakar çizginin ilk örneklerinden birini oluşturur.

Mahkemenin önündeki üçüncü karmaşık mesele olan kilise okullarına devam eden öğrencilere sunulan çeşitli yardımcı hizmetlere ilişkin düzenlemeler konusunda ise, hemen hemen hiç savunulamayacak bazı kararlar verildi. 6-3 oyla çözümlenen **Meek v. Pittenger** ⁽³⁵⁾ davasında konu, özel gereksinimleri olan çocuklara çeşitli teknik yardımlar sağlanmasını amaçlayan, geniş kapsamlı bir Pennsylvania düzenlemesiydi. Bu yardımcı hizmetler arasında konuşma, duyma veya zeka özürlü ya da İngilizce ana dili olmayan öğrencilere takviye edici, üstün zekalılara ise özel hızlandırılmış eğitim vermek; danışmanlık servisi sunmak; ücretsiz sağlık kontrolü ve tedavisi sağlamak yer almaktaydı. Kural olarak devlet okulları için sunulan bu hizmetler, kilise okullarından talep gelmesi durumunda, aynı koşullarla onlara da götürülmekteydi. Mahkeme, anlamsız bir kararla bu yasayı iptal etti.

Gerçekçi olmayan bir gerekçeye dayanarak kararı kaleme alan Yargıç Stewart, gereksinimi olan öğrencileri bu yardımcı hizmetlerden yoksun kılmış oldu. Din - devlet ayırımını anlamsız bir doğma halinde ele alan Stewart, bu yasanın uygulanmasıyla kilise ve devlet arasında, hoşgörülemez bir ilişki oluştuğunu iddia etti ⁽³⁶⁾. Kanımızca, karara son derece haklı bir eleştiride bulunan Başyargıç Burger, bu hükümle okulların değil, velilerinin yapmış olduğu tercih dolayısıyla çocukların cezalandırıldığını vurguladı ⁽³⁷⁾. Ayrıca, Stewart'ın kaleme aldığı gerekçe Rehnquist'in, çoğunluk oyuna katılanları "bütün halinde (A.B.D.) toplumunun tamamen dindışı bir duruma getirilmesi gerektiğine inananlar" la raftar olarak nitelendirmesine yolaçtı ⁽³⁸⁾.

İki yıl sonra Stewart yanılığını anlayarak, Mahkemenin 8-1 oyla aldığı **Wolman v. Walter** ⁽³⁹⁾ kararına katıldı. Bu kararda Mahkeme, sağlık hizmetlerini düzenleyen bir Ohio yasasının anayasaya uygunluğuna hükmetti. Bu düzenlemeyle, hizmetin, kilise okullarında da tümüyle sivil devlet personeli eliyle yürütüleceği hükme bağlanmıştı. Tek kişilik karşı oy yazısını kaleme alan Yargıç Marshall'ın gerekçesi, bahis konusu hizmetler arasında terapinin de yer alması, bu nedenle kilise okulu öğrencilerinin başarılarında artma görüleceği, dolayısıyla da dine katkıda bulunulmuş olacağıydı! ⁽⁴⁰⁾.

1985'te Yargıç Brennan, Mahkeme'nin, devlet ya da kilise okulu öğretmenlerinin özel yardımcı hizmetler için görevlendirilmelerine ilişkin olarak baktığı iki benzer davanın kararlarını kaleme aldı. Anılan davalardan ilki olan **Grand Rapids School District v. Ball**

(35) 421 U.S. 349 (1975).

(36) *Ibid.*, s. 370-71.

(37) *Ibid.*, s. 386.

(38) *Ibid.*, s. 395.

(39) 433 U.S. 229, 241-48 (1977). Aynı davada çözümlenen diğer hususların irdelenmesi için bkz. *supra* dn. 22; dn. 28 ve bağlı olduğu metinler.

(40) *Ibid.*, s. 247.

(⁴¹)'un konusu, Grand Rapids kentinde İdare'nin yapmış olduğu iki düzenleyici işlemi. Bunlardan "Cemaat Eğitim Programı"nda hiçbir devlet okulu personelinin kullanılması öngörülmekteydi. Kent bütçesinden ayrılan ücretler karşılığında kilise okulu eğiticileri, ders saatleri, gazetecilik ve beden eğitimi gibi konularda kurs vermek üzere görevlendirilmişti. Mahkeme, 7-2'lik oyla alınan kararında, kilise eğitmenlerinin saat 15.30'dan sonra aniden dindışı bir karakter kazanabileceklerine inanmadığını belirtti. Karşı oy veren White ve Rehnquist, kararın bu kısmının özüne yönelik hiçbir eleştiri getiremediler.

Grand Rapids İdaresinin düzenlemiş olduğu ikinci program çerçevesinde ise, fazla mesai için fazladan ücret almaya gönüllü olan devlet okulu öğretmenlerine yer verilmişti. Mahkemeye göre, kilise okullarında okuma, resim, müzik ve beden eğitimi öğretilmesine yönelik bu kurslar için ne bir özel nitelik gerektiğine, ne de öğrencilerin özel gereksinimleri olduğuna ilişkin delil niteliğinde hiçbir veri yoktu. 5-4'lük çoğunlukla Mahkeme, bu düzenlemenin de, asli sonuçlarıyla anayasaya aykırı olduğunu ilan etti.

Benzer diğer karar olan *Aguilar ve. Felton* (⁴²)'in konusu, Kongre'nin 1965 yılında çıkartmış olduğu İlk ve Ortaöğrenim Yasası'nın I. Bölümü esas alınarak New York eyaleti tarafından yapılan bir düzenlemeydi. Dar gelirli ailelerin, öğrenim görmekte olan çocuklarının kısıtlı olanaklarına katkıda bulunmak amacıyla güden bu Yasa'ya dayanarak New York, 1966'dan itibaren, kilise okulu öğrencilerine yardımcı hizmet sunmak amacıyla, eyalet bütçesinden ödenek ayırmaktaydı. Hazırlamış olduğu ve uygulamaya konulmuş program gereğince, aralarında öğretmenler, rehberlik uzmanları, psikologlar, psikiyatristler ve sosyal hizmet görevlilerinin yer aldığı devlet okulu çalışanları, kilise okullarında, bu okul öğrencilerine, gerek gördükleri düşünülen ek dersler ve hizmetler sunmaktaydı. Ayrıca, düzenleme gereğince, programın uygulanmasında herhangi bir dinsel içerik olup olmadığını denetlemek amacıyla kent eğitim müdürlüğü müfettişleri, ayda bir kez habersizce programın sürdürüldüğü okullara giderek, gerekli gözlemlerde bulunmaktaydı.

5-4'lük kararıyla Mahkeme, anılan programı "din ile devlet arasında aşırı bir ilişki" yaratmakta olduğu (⁴³) gerekçesiyle anayasaya aykırı bularak, iptal etti. Çoğunluk kararında en fazla vurgulanan hususlardan biri, hizmetin verildiği mekanın "kilise okulu" olması, dolayısıyla henüz tam ayırt gücüne ulaşmadığı kabul edilen öğrencilerin, bu tür bir uygulamanın asli amaçlarını görmeyip, bu durumu devletin resmen dine destek olduğu şeklinde algılaması olasılığıydı. Ayrıca, "denetim"e ilişkin düzenlemeyle de bir paradoksa düşülmüş olduğu, bu tür bir düzenlemeyle dine aşırı ilgi gösterilmekte olacağı ileri sürüldü.

Yazdığı karşı oy yazısında, çoğunluk kararında ileri sürülen gerekçelerin geçerliliğinin, davanın maddi olgularından anlaşılmasına olanak olmadığı eleştirisinde bulunan Yargıç Sandra Day O'Connor, kararı, çocuklar için "trajik" olarak nitelendirdi ve çocukları ko gerekçesiyle, onlar başarılı bir yaşam kurabilme olanağını sağlayabilecek bir programdan yoksun bırakıldıklarını ileri sürdü (⁴⁴).

(41) 105 S.Ct. 3216 (1985).

(42) 105 S. Ct. 3232.

(43) *Ibid.*, s. 3237.

(44) *Ibid.*, s. 3218.

Mahkemenin, pek de yerinde olmadığına inandığımız; "çocukların korunması standardı" ile ağırlıklı bir şekilde "aşırı ilgi" ilkesini kullanmış olduğu bu kararlar, Lemon testinin zayıflatıldığı da öğretide, ileri sürülmüştür⁽⁴⁵⁾. Öte yandan Mahkeme, Federal Yasayı değil, salt buna dayanan bir eyalet uygulamasını iptal etmiş olduğundan, yardımcı hizmetlere ilişkin daha pek çok uygulama önüne ulaşacağına benzemektedir. Kanımızca savunulabilecek bir kara olmayan **Aguilar**, hiçbir şekilde, bu alanda ortaya konulmuş "ağırlıklı tavır" örneği oluşturamaz.

Mahkemenin, Düzenlememe İbaresine bağlı olarak önüne gelen bir diğer konu da, devlet okullarındaki din eğitime ilişkin uyuşmazlıklardır. Bu alandaki ilk dava 1948'te hükme bağlanan **McCullum v. Board of Education of School District No. 71**⁽⁴⁶⁾'dir. Bu davanın konusu, Illinois'daki Champaign beldesinde yapılmış, hiçbir kamu ödeneğine başvurulmaksızın, devlet okullarında değişik mezheplerden din adamlarının din dersi vermek üzere görevlendirilmesine ilişkin bir düzenlemeydi. Ailelerinin din dersi almasını istediği çocuklar, mezheplere göre ayrılmış sınıflarda ders görmekteyken; bu derslere katılmayanlar da okulun başka bölümlerinde dindışı derslere katılmaktaydı. Mahkemenin, bu davada önemle üstünde durduğu noktalar, eğitimin mekanının devlet okulu olması ve din derslerine katılan arkadaşları ders görmekteyken, diğer öğrencilerin okuldan çıkmasına izin verilmesi oldu. 8-1'lik kararı kaleme alan Yargıç Black, bu olayda "salt, vatandaşların ödedikleri vergilerden kaynak alan devlet okullarının dinsel öğretilerin yayılması için kullanılmasıyla kalınmadığını; devletin, zorunlu devlet okulu mekanizmasını kullanarak, din gruplarına, taraftar kazanabilmeleri için paha biçilmez yardımlarda da bulunduğunu"⁽⁴⁷⁾ ifade etti. Bir ayrık oy yazısı kaleme alan Yargıç Frankfurter da, din dersine girmeyen öğrencilerin okuldan çıkıp gitmelerine izin verilmemesiyle, üzerlerinde baskı oluşturularak etki altında bırakıldıklarını vurguladı⁽⁴⁸⁾.

Dört yıl sonra, aynı konuda ortaya çıkan ikinci davada Mahkeme, anayasaya uygunluk kararı verdi. Bu **Zorach v. Clauson**⁽⁴⁹⁾ davasında Mahkemeyi öncekinin aksi yönünde karar vermeye iten etken, davanın konusu olan New York düzenlemesiyle, eğitimin okulda verilmeyip, din eğitimi almak isteyen öğrencilerin istedikleri dinsel kuruma gidebilmeleri için serbest bırakılmalarıydı. 6-3'lük karar Mahkeme adına kaleme alan Yargıç William O. Douglas, düzenlemede hiçbir "zorlama" görülmediğini, dolayısıyla anayasanın hükmünün ihlal edilmemiş olduğunu belirtti. İbarenin "mutlak ayrılığı" öngörmediğini, aksi halde İdarenin gerektiğinde bu yerlere kolluk ve yangın gibi hizmetleri dahi götüremeyeceğini ifade etti. Öte yandan hükme karşı çıkan Yargıç Black, Frankfurter ve Jackson, bu gerekçeleri inandırıcı bulmadıklarını vurguladılar. Kararda inançlılığını ve dinsel konulara yatkınlığını gösteren bir dil kullanmış olan Yargıç Douglas'ı, Yargıç Jackson kendi karşı oy yazısında şiddetle eleştirdi. Kendisinin de çocuğunu özel kilise okuluna göndermekte olduğunu belir-

(45) Ruti G. Teitel, **The Supreme Court's 1984-1985 Church-State Decisions: Judicial Path of Least Resistance**, 21 HARV. CIVIL RIGHTS AND CIVIL LIBERTIES LAW REV. 651, 671-81 (1986).

(46) 333 U.S. 203 (1948).

(47) *Ibid.*, s. 212.

(48) *Ibid.*, s. 227.

(49) 343 U.S. 306 (1952).

ten Jackson, Douglas'ın ifadesinin, dinsel eğitime gidilmesi için okuldan salıverme programına karşı çıkanları "dine karşı, ateist, ya da agnostik" olmakla suçlaması olarak değerlendirildi. Jackson'un üstünde en çok durduğu nokta, din eğitimi almak istemeyenlerin serbest bırakılmayıp okulda tutulmasıydı; bu da kiliseye gitmek istemeyenler için okulu geçici bir hapisaneye dönüştürülmesi demektir (50). Güçlü karşı oy yazılarına karşın, Mahkemenin bu karardaki hükmü günümüzde de bu konudaki emsal karar olmayı sürdürmektedir.

Devlet okullarında "dua edilmesi" için zaman ayrılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda Mahkeme iki kez anayasaya aykırılık kararı verdi. Bu davalardan ilki, New York eyaletinin öngördüğü bir duanın konu olduğu **Engel v. Vitale**'(51)dir. Eyaletin yetkili eğitim uzmanlarınca hazırlanmış dua şu sözlerden oluşmaktaydı: "Yüce Tanrım, varlığımızı Sana borçluyuz ve nimetlerini bizden, ebeveyelerimizden, öğretmenlerimizden ve Ülkemizden esirgememen için Sana yalvarıyoruz". 6-1 çıkan karar kaleme alan Yargıç Black, hiçbir çocuğun bu duayı tekrarlamaya zorlanılmamasına karşın, New York'un bu uygulamayla Anayasanın ilgili hükmüne tamamen aykırı düştüğünü, zira bunun açıkça devletin dine karışması anlamına geldiğini ifade etti. Bu karar üzerine kamuoyunda büyük çalkantılar görüldü. Basında "Yüksek Mahkeme Tanrı'yı Anayasaya Aykırı Buldu" şeklinde başlıklar görüldü; Temsilciler Meclisi ve Senato'da, Anayasa değişikliğine gidilmesi için çalışmalar yapıldıysa da, öneriler 2/3 çoğunluğun oyunu alamadığından hükmüsüz kaldı. Devlet okullarında dua edilmesine ilişkin anayasa yargısı halen **Engel** çizgisini korumaktadır (52).

Bir yıl sonra, 1963'te, önüne gelen ikinci dava olan **Abington School District v. Schempp** (53) davasında Mahkeme, İncil okuma konusundaki bir Pennsylvania düzenlemesini, 8-1'lik oyla anayasaya aykırı bularak iptal etti. Bu düzenleme gereğince her sabah öğrencilerin İncil'den diledikleri kısımları okumaları, ardından da hep birlikte dua etmeleri öngörülmekteydi. Her öğrenci dilediği tür İncil'i kullanabilmekteydi, ancak eyaletin okullara sağlamakta olduğu Kral James nüshasıydı. Ailelerinin yazılı izni ile öğrenciler bu törene katılmayabilirlerdi; ancak, bina içi ses düzeniyle okuma ve dua her tarafta duyulduğundan, katılmama olanağı kalmamaktaydı. Kanımızca bu olayda gerek Kral James nüshası İncil sağlayarak eyaletin protestan inancını "dayatması", gerek bina içi ses düzeni aracılığıyla "zorlamada bulunulması" çok önemli noktalar olmasına karşın, çoğunluk kararını kaleme alan Yargıç Tom C. Clark, ikinci noktada bir adım daha da ileri atarak zorlama olmasa dahi, devlet okullarında her türlü din korumacılığı yapılmasının düzenlememe ibaresini ihlal ettiğini belirtti. Tek karşı oy yazısını kaleme alan Yargıç Stewart ise, katılmayan öğrenciler için alternatif faaliyetler içeren ve zorunlu olmayan bir İncil okuma programının Düzenlememe İbaresini ihlal etmeyeceğini; hatta Serbestçe Dinin Gereklilerini Yerine getirme İbaresinin bunu gerektirdiğini ileri sürdü.

Kamuoyundan **Abington** kararına aynen **Engel**'e yapılan tepkiler geldi; ancak bir Anayasa değişikliği için Temsilciler Meclisi ve Senato'da gerekli çoğunluk sağlanamadı.

(50) Ibid, s. 325.

(51) 370 U.S. 421 (1962).

(52) Bu konudaki son karar olan **Wallace** için bkz. **Infra** dn. 58'e bağlı metin.

(53) 374 U.S. 203 (1963).

Mahkemenin tutumu, özellikle Doğu ve daha da çok Güney eyaletlerinde benzer düzenlemelerde bulunma girişimlerini engellemedi; ancak Ortabatı ve Batı'da, Mahkeme kararları doğrultusunda görülen "yasaklama" faaliyetleri arttı⁽⁵⁴⁾. 1968-83 yılları arasında Yüksek Mahkeme, bu konularda önüne getirilmek istenen yedi alt mahkeme kararını incelemeyi reddetti⁽⁵⁵⁾. Bu davaların hepsinde, Yüksek Mahkemenin emsal kararları doğrultusunda kalınarak alt mahkemeler anayasaya aykırılık saptamasında bulunmuştu⁽⁵⁶⁾.

1968'te Mahkemenin önüne ilk kez okul müfredatlarına ilişkin bir uyuşmazlık ulaştı. "Evrım" konusunun işlenmesine ilişkin bu **Epperson v. Arkansas**⁽⁵⁷⁾ anayasaya aykırılık hükmüyle sonuçlandı. Davaya konu olan Arkansas yasası, insanın daha alt tür bir hayvandan türediğinin öğretilmesini ya da bu öğretinin yer aldığı bir kitabın derslerde okutulmasını suç saymaktaydı. Hiçbir karşı oy bulunmayan kararda Mahkeme, hiçbir eyaletin okul müfredatlarına müdahalede bulunarak, dinsel öğretilere aykırı sayılması nedeniyle, bilimsel bir öğretinin öğretilmesini yasaklamaya yetkisi bulunmadığını belirtti.

Bu karar üzerine fanatik gruplar aradıkları çıkar yolu, Darwin'in evrim teorisinin yanında, bilimsel olduğunu iddia ettikleri "yaratılma teorisi"nin de okutulmasında buldular. 1985'te Louisiana'da bir Federal Mahkeme bu tür bir düzenlemeyi anayasaya aykırı bularak iptal etti. Bu davanın Yüksek Mahkemenin önüne gelmesi beklenmektedir; ancak Mahkeme, emsal kararlarını gerekçe göstererek davaya bakmaktan kaçınabilir ya da 1980 tarihli On Emir kararında yaptığı gibi, gerekçe yazmaya gerek görmeksizin, salt hükme bağlayabilir⁽⁵⁸⁾.

1985'te Mahkeme yeniden bir "devlet okullarında dua" uyuşmazlığına baktı. **Wallace v. Jaffree**⁽⁵⁹⁾'ye konu olan düzenleme, daha önce de aynı yönde girişimleri bulunan Alabama'nındı. Yeniden "dua" düzenlemesi yapabilmek için anayasaya uygun bir yol arayan eyalet, önce devlet okullarında "bir dakikalık sessizlik"; sonradan "meditasyon ve istenirse dua etmek için sessiz süre"; en sonunda da bizzat düzenlemiş olduğu duaların okunması uygulamalarına geçti. 1984'te Mahkeme, tek cümlelik bir hükümlerle, bir alt derece federal mahkemenin, 1962 tarihli **Engel** kararı doğrultusunda kalarak vermiş olduğu anayasaya aykırılık kararını onaylamıştı. Maddi olguları bakımından daha karışık bir dava olan **Wallace**'ta Mahkeme, 6-3'lük oyla, anılan yasayı anayasaya aykırı bularak iptal etti. Mahkemenin beş üyesi adına kararı Yargıç Stevens kaleme aldı; Yargıç O'Connors da son derece analitik bir ayrık oy yazısı sundu.

(54) Bu gelişmeler konusunda bilgi için bkz. S.L. WASBY, THE SUPREME COURT IN THE FEDERAL JUDICIAL SYSTEM, 3. ed. (1989), 374-75.

(55) Bu davalardan birinin konusu, "Sana güzel çiçekler, yediğimiz yiyecekler, şakıyan kuşlar, herşey için minnettarız" sözlerinden oluşan ve anaokullarındaki çocuklara okutulan "kurabiye duası"ydı.

(56) Burada belirtilmesi gereken husus, okullarda İncil'in dini amaçla okunmasının yasak olmasıdır. Bunun dışında tarihsel bir metin olarak da incelenebilir, ya da diğer dindışı bir ders olarak okutulabilir.

(57) 393. U.S. 97 (1968).

(58) Anılan **Stone v. Graham**, 449 US 39 (1980) davasında devlet okullarının her sınıfına "On Emir" in asılmasına ilişkin bir Kentucky yasası 5-4'lük bir kararla Anayasaya aykırı bulunmuştu. Karara muhalif kalanlardan bir tek Yargıç Rehnquist, bir karşı oy yazısıyla düzenlemenin Anayasaya uygunluğunu savunmuştur.

(59) 105 S. ct. 2479 (1985).

Her öğrencinin dilediği anda sessizce dua edebilmek olanağı varken, bu tür bir düzenlemeye gidilmesinin tek saığı, eyaletin, grup halinde bir törenle gerçeri etkilemeye çalışmasıydı. Yargıç O'Connor'ın belirttiği gibi, devletin sessizlik anı düzenlemeleri dahi, devletin doğrudan dinsel düzenlemeye girişmesinden çok farklıdır. Sessizlik anının dinsel bir uygulamaya hasredilmesi şart değildir; kişi bu sürede ister dinlenir, ister gününü planlar, isterse de hayal kurabilir. Önemli olan, Yargıç O'Connor'ın ifadesiyle, "devletin, bu sessizlik anlarının, dinsel amaca yönelik olarak kullanılması gerektiği mesajını çocuklara vermesi ya da vermeye çalışmasıdır" (60).

Genel olarak Wallace kararı, Mahkemenin çoğunluğunun konunun özüne vâkıf olduğunu gösterir. "Kurabiye duası" (61) gibi uyuşmazlıkların dahi anayasa yargısı duvarını aşamaması, tüm vatandaşların özgürlüğünü koruyabilmek için gösterilen özenin bir göstergesidir.

1984'te Mahkeme bir Hristiyanlık kutsal sembolünün, kamu malı üzerinde sergilenmesini anayasaya aykırı bulmayarak din ile devlet arasındaki "ayırım duvarı" nı belirgin bir şekilde alçalttı. Rhode Island eyaletinin Pawtucket beldesinde, Noel zamanı, üstünde "Mutlu Noeller" yazan ve Noel Baba, geyiği, bir noel ağacı ile bazı noele özgü simgelerden oluşan, bu arada İsa'nın doğumunun da resmedildiği bir sahnenin, beldenin alışveriş merkezine çok yakın bir parkta sergilenmesinin anayasaya aykırılık oluşturmadığı, Mahkemenin 5-4'lük Lynch v. Donnelly (62) kararıyla ilan edildi. Başyargıç Burger'in çoğunluk adına kaleme aldığı gerekçede, bu simgelerin son tahlilde dinsel nitelik taşımadığı, A.B.D. halkının kültür ve geleneğine ait oldukları belirtildi. Karara muhalefet edenler adına karşı oy yazısı sunan Yargıç Brennan, kamu malı üzerinde alenen dinsel çağırışımı bir sergilemeye izin verilmesinin, anayasaya uygun sayılamayacağını ileri sürdü.

Aynı içerikte bir başka dava, County of Allegheny v. ACLU Greater Pittsburgh Chapter (63), 1989'da Mahkemenin önüne geldi (64). 1981'den itibaren Allegheny beldesi, her noel zamanı, özel bir dinsel grubun, belde mahkemesi olarak da kullanılan ve kamu malı olan bir binada gösteri düzenlemesine olanak tanımaktaydı. Özel kişilerce sağlanmakla birlikte, bu gösteride kullanılan nesnelere yıl içinde anılan binanın bodrumunda saklanmasına belde yetkililerince izin verilmekte ve taşıma ile bazı ufak tefek giderler için gruba yardım sağlanmaktaydı. Kullanılan figürler arasında İsa, Meryem, Joseph, Üç Doğulu Kral, çobanlar, çeşitli hayvanlar ve elinde "Gloria in Excelsis Deo" yazılı bir bayrak taşıyan bir melek bulunmaktaydı.

(60) Ibid., s. 2499. Ancak dönemin ABD Başkanı, Reagan'ın, kendi atamış olduğu bu yüksek mahkeme üyesinin Wallace'taki mükemmel gerekçesini okumamış olduğu, radyoda yapmış olduğu bir konuşmada, bilerek ya da demogojik bir amaçla şu sözleri sarfetmesinden anlaşılmaktadır. "Ülkemize nimetleri bu denli bol olan Yüce Tanrı, asla sınıflarımızdan çıkarılmamalıdır". Weekly Compilation of Presidential Documents (Washington O.C., 1985), XXI, s. 1001, 24 Ağustos 1985.

(61) Bkz. supra d.n. 55.

(62) 465 U.S. 668 (1984).

(63) 109 S. Ct. 3086 (1989).

(64) Lynch kararından sonra konuyla ilgili yirmi'den fazla dava çeşitli yargı mercilerinin önüne gelmiş; ancak, Yüksek Mahkeme bunlara bakmayı reddetmiştir.

1982'den itibaren de, Pittsburgh kentinde her yıl Noel zamanı belediye binasının kapısına dikilen 13.5 metrelik Noel ağacının yanına, bir de 5.5 metrelik Hanukah menorah'ı⁽⁶⁵⁾ dikilmeye başlandı. Bu düzenlemelerle ilgili uyuşmazlığa bakan Yüksek Mahkeme, 5-4'lük bir kararla Noel sahnelemesini anayasaya aykırı buldu; ancak 6-3'lük bir kararla Hanukah şamdanının Düzenlememe İbaresini ihlal etmediğini ilan etti. Çoğunluk adına Yargıç Blackmun'un kaleme aldığı kararda Mahkeme, Lemon testini uygulayarak, Noel sahnelemesinin ikinci kurala uymadığını, asli etkisinin dine yönelik olduğunu belirtti. Dokuz kollu şamdanın anayasa hükmünü ihlal etmediğine hükmedilmekle birlikte, gerekçesinde bir fikir birliğine varılmadı. Noel sergilemesi hakkındaki karara karşı çıkan ve şamdan hakkındaki, karara katılan Yargıç Kennedy, ağır bir dille kaleme aldığı karşı oy yazısında, devlet dinsel geleneklerin konu olduğu bu tip durumlardan soyutlamanın, dine karşı açık bir düşmanlık içerdiğini; dolayısıyla anayasaya aykırılığın asıl bu şekilde ortaya çıktığını iddia etti.

Allegheny kararında olayın maddi olgularının belirginliği arkasına saklandığı görülen Mahkeme, bu alanda varolan soruları yanıtlamaktan kaçınmış oldu. Yargıçların bu kararda ortaya koydukları görüşlerin farklılığı, kanımızca, yakın gelecekte bu konuya ilişkin önceden kestirilebilir, tutarlı kararlar verilebileceği kanaati doğurmaktan hayli uzaktır.

1982'de Mahkemenin önüne gelen *Larkin v. Grendel's Den, Inc.*⁽⁶⁶⁾ davasında tek karşı oyu veren Yargıç Rehnquist, bu tür "aptalca davalar"dan kötü kararlar çıktığını ileri sürdü. Dava konusu Massachusetts yasası ile bir okul ya da kiliseye 150 m. uzaklık içinde bulunan yerlere, kilise ya da okulun yazılı şikayeti olması durumunda, içki ruhsatı verilmeyeceği düzenlenmişti. Kiliselere bu tür bir veto yetkisi tanımanın, "devletin sahip olduğu kamu gücünün kilise yararına kullanılması" sonucunu doğuracağı gerekçesine dayanan Mahkeme, Başyargıç Burger tarafından kaleme alınan çoğunluk kararıyla yasayı iptal etti. Kararda, yasanın bir veto yetkisi tanımak yerine, mutlak bir yasak koymuş olması durumunda, Lemon testinin üçüncü kuralı ihlal edilmemiş olacağından anayasaya bir aykırılığının görülmeyeceği belirtildi. Bu gerekçeye bizim de katıldığımız bir eleştiri getiren Yargıç Rehnquist, bu durumda da anayasaya uygunluk bulunamayacağını belirtti.

Görüldüğü gibi, din-devlet ilişkilerine ilişkin çok çeşitli konularda karar veren Yüksek Mahkemenin önüne gelen meselelerden biri de, Pazar günlerinin tatil günü olmasının zorunluluğundan doğan *McGowan v. Maryland*⁽⁶⁷⁾ davasında Mahkeme, köken itibarıyla Pazar günlerinin dinsel bir anlamı olsa da, herkes için bir dinlenme günü olmasının bu düzenlemeyi dindışı bir amaca bağlamış olduğunu ifade etti. Bu kararın önemi, hem dinse l hem de dindışı amaçlı bir kuralın, asli etkisi gözetilerek, Düzenlememe İbaresini ihlal etmeyeceği esasını getirmesidir. Mahkeme bu kararda tehlikeli bir standart da öngörmüş, çalışma yapılmayacak bir gün seçilmesinde, "Pazar" gününün "çoğunluğun" dinsel inançlarına uygun gün olmasının etken olduğu belirtilmiştir.

(65) Hanukah, Noel'le aynı zamana denk düşen, Musevilerin kutsal bir günüdür; menorah ise o gün yapılan törenlerde kullanılan yedi kollu şamdandır. Bkz. 109 S. ct. 3086, 3095-96.

(66) 459 U.S. 116 (1982).

(67) 366 U.S. 420 (1961).

Kiliselere arazi ve mülk vergilerinden bağışıklık tanıyan yasalar, 1970 tarihli *Walz v. Tax Comm'n of New York* (68) kararıyla Mahkeme tarafından, anayasaya aykırı bulunmadı. Bu ilginç kararın gerekçesinde, bağışıklığın kiliseye mallarına değer biçmek, vergi tarhları düzenlemek ve ilgili tüm işleri yapmaktan kurtararak, aralarında aşırı bir ilişki kurulmasının engellendiği iddia ediliyor.

Son yılların konumuza ilişkin en dikkat çekici davalarından biri de, *Marsh v. Chambers* (69)'dir. Nebraska eyaletindeki yasama organında yeralan, ücreti vergi gelirleriyle sağlanan bir din görevlisi anayasaya uygunluğunun tartışıldığı bu davada, 6-3'lük kararı kaleme alan Başyargıç Burger, gerekçesinde, tarihsel geleneklere dayanarak, Mahkemenin bu alandaki alışılmış tutumunu tamamiyle bir tarafa bıraktı. Dua etmeye gereksinim duyan meclis üyelerinin ne bu işi sabahları göreve gelmeden önce, neden kendi başlarına hallede-medikleri; ne de bu işi hangi sebeple topluca yapma gereği duydukları anlaşılamamaktadır! Yargıç Marshall'ın, davayı mükemmel bir şekilde irdelediği karşı oy yazısında, bu din görevlilerinin üç-kurallık teste neden aykırı düştüğü, devletin bağımsızlığı, inanç özgürlüğü, dinsel yaşamın bireyselliği gibi çeşitli hususlar yeralır.

Yüksek Mahkemenin Düzenlememe İbaresini yorumlamasında yer yer düştüğü tutarsızlığın son örneği *Bowen v. Kendrick* (70) davasıdır. Rehnquist'in başyargıç olmasından sonra, heyetteki dengenin (71) muhafazakar çizgiye kaymasında bir artış olacağı kaygısı güdenlere, haklı olduklarını düşündüren *Kendrick*'e konu olan, ergenlikteki gençlere cinsellik ve aile yaşamı konularında eğitim vermeyi amaçlayan bir programa, başka sosyal gruplar dışında, açıkça dinsel örgütlerin de katılmasını öngören, 1981 tarihli federal bir yasadır. Mahkemenin 5-4'lük kararını kaleme alan Başyargıç Rehnquist, uyguladığı *Lemon* testi sonucunda, birinci olarak, yasanın amacının, "ergenlik çağında yaşanan cinsellik, hamilelik, ve ebeveynlik nedeniyle ortaya çıkan sosyal ve ekonomik sorunlara" ilişkin, dindışı bir nitelik taşıdığını belirtmiştir. Bunun ardından, uygulamada federal mali kaynakların kullanılmasını bir mahzur yaratmadığı, Düzenlememe İbaresinin hiçbir şekilde, dinsel örgütlerin, devlet tarafından mali destek sağlanan programlara katılmasını engellemediğini ifade etmiştir. Başyargıç, dinsel örgütlerin bu programa başka kuruluşların yanısıra katılmasıyla, devletle din arasında aşırı bir ilişkinin kurulmadığı da görüldüğünü de ileri sürmüştür. Ayrık oy kaleme alan O'Connor'ın, gençler arasında cinsel düzen sağlamaya teşvik edici meşru ve dindışı amaçlı olduğuna inandığı yasanın bu niteliğiyle, uygulamasındaki aykırılık arasında tereddüte düştüğü görülmektedir (72). Bir başka ayrık oy kaleme alan ve kendisine Yargıç Scalia'nın da katıldığı Yargıç Kennedy, gerekçesinde, mali bir devlet kaynağının kul-

(68) 397 U.S. 664 (1970).

(69) 103 U.S. 3330 (1983).

(70) 108 S. Ct. 2562 (1988).

(71) İrdelenmekte olan kararda verilen oylar da, bugünkü Mahkemenin tutumunu ortaya koymaktadır. Dokuz yargıçtan dördü genellikle muhafazakar çizgide tutum sergilemektedir: Rehnquist, White, Scalia ve Kennedy. O'Connor gerekçelerinde farklı görünmekle birlikte, bu dörtlüyle oy kullandığında çoğunluk, muhafazakar çizginin olmaktadır. Diğer dört yargıçın oylan da her zaman tutarlı bir çizgi izlememektedir. Brennan, Marshall, Blackmun, Stevens.

(72) *Ibid.*, s. 2582.

lanılmasında önemli olanın kullanan değil, kullanılan amaç olduğunu iddia etmektedir⁽⁷³⁾. Muhalif kalan üyeler adına karşı oy yazısı sunan Yargıç Blackmun, ise, bu kararlarla emsal kararlardan ayrıldığını; **Lemon** testinin "kısır ve anlamsız" bir duruma düşürüldüğünü ileri sürer⁽⁷⁴⁾.

Kendrick, Marsh ve Lynch davalarında ilk ipuçları gözükken çizgi değişikliğinin oldukça açık bir göstergesidir. Aile ve cinsellik gibi konularda dinsel örgütleri görevlendiren devlet bir "değer" tercihi bulunmuş; bunu anayasaya uygun bulan yargı da aynı tercihe katıldığını ortaya koymuştur. **Kendrick** kararında, devletin dinsel örgütlere mali yardımını salt dindışı nedenlere dayandırabileceği şeklindeki yükümlülüğü iyice daraltılmış; dindışı sosyal siyasalların yürütülmesinde devletin dinsel örgütlerin "değerler"inden yararlanabilmesi olanağı genişletilmiştir. Bu durum, Yargıç Blackmun'un satırarasında belirttiği gibi, bir devrin sonunun habercisi olabilir.

II. SERBESTÇE DİNİN GEREKLERİNİ YERİNE GETİRME İBARESİ

Serbestçe Dinin Gereklerini Yerine Getirme İbaresinde, bireylerin dinsel inanç ve ibadet özgürlüğü⁽⁷⁵⁾ düzenlenmiş; bireylerin, dinin gereklerini inançları doğrultusunda serbestçe yerine getirmelerini engelleyici herhangi bir yasama faaliyetinde bulunulması yasaklanmıştır. Bu ibare, herşeyden önce, hiçbir dinsel inancın yasadışı sayılmamasını sağlar⁽⁷⁶⁾. Ancak güçlük, arı halinde inançta değil, bu inancın uygulanmasında ortaya çıkar. Genellikle bu ibareye ilişkin sorunlar, devletin dindışı amaçlar için ya bir kimsenin dinsel inancından kaynaklanan davranışını yasaklaması veya kısıtlaması ya da bir kimseyi dinsel inancından yasaklanmış bir davranışta bulunmaya itmesi veya zorlaması durumlarında görülür.

Mahkemenin, Düzenlememe İbaresinde olduğu gibi⁽⁷⁷⁾, Serbest İnanç ve İbadet İbaresine uyguladığı bir testi bulunmamakla birlikte, genellikle "niyet" ya da "kısıtlayıcı etki" standartlarını kullandığı görülmektedir. Devletin düzenlemelerindeki amacın, belirli bir davranışın dinsel inanıştan kaynaklanmış olduğu gerekçesiyle olumsuzluk taşıması, anayasayı ihlal edici nitelikte sayılır. Bu standartın özü, dengeleme amacı güden düzenlemelere değil; daha çok bir mutlak yasaklamaya uygulanmaya uygundur. Ancak bu tür hukuka aykırı saiklerle nadiren karşılaşılmaktadır. Asıl sık görülen, dinsel kaynaklı davranışa ters düşmek ya da müdahale etmek saığı taşımayıp, son tahlilde bu sonucu yaratan düzenlemelerdir. Bu tür uyuşmazlıklarda Mahkeme, sıkı bir dengeleme politikası gütmeyi yeğlemiştir. Genellikle

(73) *Ibid.*, s. 2582.

(74) *Ibid.*, s. 2584.

(75) Bu ibareyi bundan sonra, özünü daha iyi ifade ettiğimiz şekilde, Serbest İnanç ve İbadet İbaresini olarak anacağız.

(76) Bu nedenle "din" kavramının tanımlanması, Amerikan doktrininin sıkça üzerinde durduğu bir konu olmuştur. Bkz. Note, *Toward A Constitutional Definition of Religion*, 91 HARV, L. REV. 1056 (1978); ve *Ibid.*, dn. (5)'te zikredilen makaleler.

(77) "Lemon test", bkz. *supra* dn. 22-26'ya bağlı metin.

benimsenen, devlet açısından gerçekleştirilmesi zorunlu bir amaca yönelik olarak dinsel özerkliğe yapılacak herhangi bir tecavüzün en az sınırlayıcı ölçüde olmasıdır ⁽⁷⁸⁾.

"Kısıtlayıcı etki standardı", 1960'lardan sonra uygulanmaya başlandı. Bundan önceki uygulamasında Mahkeme, devletin dindışı araçları gerçekleştirmek için faaliyette bulunarak, düşünceyi değil davranışı düzenlemesini, genellikle anayasaya uygun bulmaktaydı. Bu bakışın tipik örneği, 1878 tarihli **Reynolds v. U.S.** ⁽⁷⁹⁾ kararında görülür. Bu davanın konusunu, bir Mormon olan ve bu inancı gereğince birden fazla kadınla evlenmiş George Reynolds'ın ilgili federal yasa hükmünce suçlu bulunarak cezaya çarptırılmış olması; dolayısıyla da çokeşliliği suç sayan ilgili federal yasanın anayasaya uygunluğu sorunuydu. Mahkeme, dinsel amaçla çok eşli evlilik yapmanın dinsel amaca yönelik olarak insan öldürmekten farkı bulunmadığı; her ikisinin de, "sosyal yükümlülükleri ihlal edici" olduğu gerekçesiyle dava konusu yasayı anayasaya uygun buldu ⁽⁸⁰⁾. Bu kararda dinsel inanç özgürlüğüyle dinsel inancı açıklama özgürlüğünden dinsel inanç kaynaklı davranışta bulunma özgürlüğünü ayıran; dolayısıyla "davranış"ın devletin dindışı amaçlı düzenlemelerine tabi olduğuna hükmeden Mahkeme, bu bakışı hemen hemen bir yüzyıl sürdürdü. 1960'lardan önce önüne gelen bu konudaki uyuşmazlıklarda koruduğu dinsel özgürlük haklarını, Serbest İnanç ve İbadet İbaresinden çok "özgürce konuşma" hakkına dayandırmaya eğilimli göründü ⁽⁸¹⁾.

Yargıç Warren başkanlığındaki Mahkemenin önüne gelen iki dava, **Braunfeld v. Brown** ⁽⁸²⁾ ve **Sherbert v. Verner** ⁽⁸³⁾, **Reynolds** kararının uygunsuzluğunu belirginleştirdi. Her iki davada da söz konusu olan, dinsel inançlar gereğince, pazar günü yerine cumartesi günü tatil yapmak tercihiydi. Bunlardan **Braunfeld**'in davacıları, yasa gereği pazar günleri işyerlerini kapatmak zorunda kalan, bir grup ortodoks Musevî tacirdi. Kendi inançlarına göre, cumartesi günleri iş yapmadıktan başka, yasa gereği pazar günleri de işyerlerini kapalı tutmak zorunda kalan bu kişiler, haftanın ancak beş günü çalışabildikleri, diğer tacirlerinse, altı gün çalışmalarının, fırsat ve kazanç eşitliğini bozduğu gerekçesiyle, kendilerine pazar yasalarından bağışıklık tanınarak, üzerlerine yüklenmiş malî kısıtlamadan kurtarılmasını isteminde bulundular. Mahkeme bu davada, "devletin, yetkisi dahilinde bir konuda, amacı ve etkisi din dışı hedefleri gerçekleştirmeye yönelik bir yasa yaparak, davranışları düzenlemesi halinde; bu yasa, dinsel gereklerin yerine getirilmesi üzerinde dolaylı bir kısıtlama getirme dahi, anayasaya uygun sayılır. Devletin amacına, kısıtlamalara gerek kalmaksızın ulaşabilmesi olanağı bulunması ve bunu kullanmaması durumunda, yasa anayasaya aykırı düşer"

(78) L. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (1978) s. 846. Ayrıca "kısıtlayıcı etki" standardı için bkz. Ira C. Lupu, **Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of The Religion**, 102 HARV. L. REV. 933 (1989).

(79) 98 U.S. 145 (1878).

(80) Tribe, bu kararda, yaygın Mormon karşıtı eğilimin de rolü olduğunu ileri sürer. Bkz. **Op. cit.** s. 854.

(81) Ömek olarak bkz. **West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette** U.S. 624 (1943) (bir grup Yehova Şahidi'nin, öğrenci olan çocuklarının, bayrak selamlama törenine katılmalarına karşı çıkması üzerine, ilgili düzenlemenin iptali). Mahkeme aynı eğilimi ileriki tarihlerde de yer yer gösterdi. Bkz. **Wooley v. Maynard** (430 U.S. 705 (1977)) ("Özgür Yaşa Ya da Öl" şeklindeki eyalet özdeyişinin araba plakalarına yazılmasını öngören bir New Hampshire yasasının iptali).

(82) 366 U.S. 599 (1961).

(83) 374 U.S. 398 (1963).

şeklinde formüle ettiği "kısıtlayıcı etki standardı" nı kullandı. İlgililer üzerinde bir kısıtlama olmasına karşın, tüm ülkede aynı günün tatil olmasının yararlarını üstün bularak istemi reddetti.

Aynı konudaki ikinci dava olan **Sherbert**'in başrolünde, cumartesi günleri çalışmayı reddettiğinden işinden atılan bir 7. gün Adventist'i vardı. South Carolina Eyaleti bu kişiye, "uygun iş önerildiğinde" kabul etmediği gerekçesiyle işsizlik tazminatı ödemeyi reddetmekteydi. Yüksek Mahkeme, eyaletin, Sherbert'i tazminat ile ibadet gereği arasında tercih yapmak zorunda bırakmak suretiyle, inancından ötürü cezalandırıldığına ve dolayısıyla serbestçe dinin gereklerini yerine getirme özgürlüğünü ihlal ettiğine hükmetti. **Sherbert** hükmü ve gerekçesi, 1981 tarihli **Thomas v. Review Board of the Indiana Emp. Sec. Div.** (84) davasında da aynen uygulandı. Bir fabrikadaki işinden, dinsel inançları yüzünden ayrılan bir Yehova Şahidi'ne işsizlik tazminatı verilmesinin reddi işlemi, anayasaya aykırı bulunarak iptal edildi.

Sherbert kararına muhalif kalan üç yargıcın ileri sürmüş oldukları, "söz konusu kararlar Braunfeld'in hükümsüz kılındığı" iddiasının yerinde olmadığı, 1985 tarihli **Thornton, Estate of v. Caldor Inc.** (85) kararında görüldü. Bu davanın konusu, "hiçbir çalışanın, dinsel inancı gereğince haftanın dinlenme günü olarak seçtiği gününde, işvereni tarafından çalışmaya zorlanamayacağı" hükmünü içeren Connecticut düzenlemesiydi. 8-1'lik kararında, Mahkeme, bu yasanın Düzenlememe İbaresini ihlâl ettiği gerekçesiyle iptaline hükmetti.

Aynı konuda görülen bu davalarda, farklı iki yol izlenmesi kanımızca, Mahkeme'nin tutarsızlığını göstermez. **Sherbert** hükmü kişinin dinsel yasa ile sivil yasa arasında, bir seçim yapmaya açıkça zorlandığı, inancı doğrultusunda bir seçim yapması durumunda da, bir anlamda, cezalandırıldığı uyuşmazlıklara uygulanmaktadır. Öte yandan, **Braunfeld** çizgisindeki kararlarda da bir kısıtlama mevcut olmakla birlikte, dinsel ve sivil çıkar ve yararlar arasında, bir denge kurulmaya çalışılmaktadır. Bu da bireyin salt tek başına var olmayıp, bir toplumun parçası olmasının kanımızca doğal sonucudur.

Kişilere, Federal bir yasayla, dinsel inanış gereği askerlik görevinden kaçınma olanağı tanınmış olmasına karşın, 1967 öncesinde, bunun uygulamada yalnızca, savaşa karşı çıkma gerekçesi "Yüce bir Varlığa ilişkin inanç" olanlara özgülenmiş olması uyuşmazlık doğurdu. **U.S. v. Seeger** (86) kararında, teolojik herhangi bir değerlendirmeye girmekten kaçınan Mahkeme, Yüce Varlık kavramını yalın olarak "içten", "anamlı" hisler duyulan ve "inanmanın yaşamında Tanrıya duyulan ortodoks inanca koşut bir yer kapsayan" bir varlık olarak yorumladı. Bu yorumla Mahkeme, siyasal, sosyolojik ya da felsefî nedenlere dayanarak savaşa karşı çıkma olanağını saf dışı bırakmıştı. 1973 tarihli **Welsh v. U.S.** (87) kararındaysa, yorumunu genişleterek, "ahlâkî görüşleri" ve hatta "kamu siyasına ilişkin kuv-

(84) 450 U.S. 707 (1981).

(85) 105 S.Ct. 2914 (1985).

(86) 380 U.S. 163 (1965).

(87) 398 U.S. 333 (1970).

vetli kaygıları" da savaşa karşı çıkmak için gerekçe olarak kabul etti. 1971 tarihli *Gillette v. U.S.* (88) kararında da savaşa tümüyle karşı çıkmayan, ancak belli bir savaşa katılmayı, inancına aykırı bulan kişinin tutumunun anayasaya uygun olduğunu ilan etti. Askerlik yapanlara ödenen eğitim ödeneklerinin, askerlik yapmaktan kaçındıkları için kendilerine öngörülen alternatif kamu faaliyetlerinde bulunanlara ödenmekten kaçınılması da Yüksek Mahkeme tarafından *Jackson v. Robinson* (89) kararıyla anayasaya uygun bulundu.

Kamu sağlığına ilişkin düzenlemeler de Serbest İnanç ve İbadet İbaresini çerçevesinde, yer yer uyuşmazlıklara neden oldu. Başkalarının da sağlığını ilgilendiren genel bir sağlık düzenlemesine yapılan itirazlar genellikle reddedilirken; bireysel tercih sonucu, kişinin kendi sağlığını tehlikeye düşüren durumlar yaratmasına olanak tanındı. Bu konudaki ilk karar olan *Jacobsen v. Massachusetts* (90)'da Mahkeme, genel sağlık amaçlı bir kolluk tedbiri olarak öngürülmüş olan aşılama işlemini ilgilinin, dinsel inancının yasaklanmış olduğu bir müdahalede bulunulması suretiyle kendi bedeni üzerinde sahip olduğu tasarruf hakkının ihlâl edildiğine dayanan gerekçesine karşı toplumu salgın hastalıktan koruma gerekçesi göstererek, anayasaya uygun buldu.

Kan nakli ya da yaşamı kurtarmaya yönelik diğer tıbbî müdahaleler konusu daha karmaşık sorunları Mahkemenin önüne getirdi. *In re Brooks' Estate* (91) kararında, dinsel inancını gerekçe göstererek, tıbbî müdahaleden kaçınan erginin lehine karar veren Mahkeme, reşit olmayan bir küçüğün konu olduğu *Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc* (92) davasında ailesinin dinsel inançlarını ileri sürerek tıbbî müdahalede bulunulmamasını istemiş olmalarına karşın, küçüğün korunmasında ve yaşatılmasında devletin üstün yararı olduğu gerekçesiyle talebi reddetti.

Bazı dinlerin ibadet geleneklerinde yer alan uyuşturucuların kullanımları da bazı uyuşmazlıklar doğurdu. Mahkeme bu tür uyuşmazlıklar doğurdu. Mahkeme bu tür uyuşmazlıklarda, genellikle konu olan uyuşturucunun alınmasıyla görülen tepkileri gözönünde bulundurarak hükme vardı. Özellikle kişiyi şiddete yönelten uyuşturucuların kullanımına kesinlikle izin vermezken, Federal bir yasayla ya da Eyalet uygulamasıyla yasak olmasına karşın, fazla tehlikeli olmayan ya da salt kullanan için tehlike yaratan maddeleri kullanımını serbest bıraktı. Kızılderililerin dinsel törenlerinde kullanılan *peyote*'un konu olduğu *People v. Woody* (93) kararı serbest inanç ve ibadet hakkının kullanımı olarak uyuşturucu alınmasının bir örneğini oluşturur.

Serbest İnanç ve İbadet İbaresinin Düzenlememem İbaresine en fazla çelişkiye düştüğü noktalardan biri de, devletin de ideolojik çıkarları nedeniyle yakından ilgili olduğu eğitim konusudur. Ulusal çıkarlarla bireysel çıkarların karşı karşıya geldiği eğitim konusu-

(88) 401 U.S. 437 (1971).

(89) 415 U.S. 361 (1974).

(90) 197 U.S. 11 (1905).

(91) 205 N.E. 2d 435 (Ill. 1965).

(92) 331 F. 2d 1000 (D.C. Cir. 1964).

(93) 394 P 2d. 813 (Cal. 1964).

dur. Ulusal çıkarlarla bireysel çıkarların karşı karşıya geldiği eğitim uyuşmazlıklarında, Mahkeme uyuşmazlıklarında, Mahkemenin Serbest İnanç ve İbadet İbaresini çerçevesinde vermiş olduğu en geniş yorumlu ve esnek karar 1972 tarihli *Wisconsin v. Voder* ⁽⁹⁴⁾'dir. *Amish* ⁽⁹⁵⁾ mezhebinden bir ailenin, onaltı yaşına dek zorunlu orta öğrenimi öngören bir Wisconsin yasasına karşı çıkarak 14 ve 15 yaşlarındaki çocuklarını okula göndermemelerinden doğal uyuşmazlık, Mahkemenin 8-1'lik bir kararla ilgili kişileri anılan yasa yükümlülüklerine uymak zorundan çıkarması sonucuna ulaştı. *Amish* inancı gereğince, cemaat üyelerinin ancak çiftçilik ve diğer kırsal faaliyetler yoluyla yaşamlarını kazanacak şekilde eğitilmesinin söz konusu olduğunu; zorunlu devlet orta öğretimininse bu inanca ters düşüğünü belirten *Amish* ebeveynlerin gerekçelerini tatminkâr bulduğunu açıklayan Mahkeme, Eyaletin bundan daha üstün bir çıkarı bulunmadığını ifade etti. Eyaletin çıkarı, doğal olarak, tüm vatandaşlarının iyi eğitilmiş, böylelikle siyasal yaşama katılabilir ve ekonomik olarak kendi kendine yeten kişiler olmasıydı. *Amish* çocuklarının bu olanaklardan yoksun kalacağını, satır arasında, ifade etmekle birlikte Mahkeme hemen hemen bu çocukların tümünün yaşamları boyunca *Amish* cemaati içinde yaşamayı sürdüreceklerini gözönünde bulundurarak, kendi aralarında alacakları eğitimin yeterli olacağını belirtti. Mahkemenin gerekçesinde, *Amish* halkının, genelde hukuka gayet saygılı kişiler olduğunu vurgulaması karara muhalif kalan tek yargıç Douglas'ın karşı oy yazısında, eleştiride bulunarak dinsel inanç ile hukuka saygılılığın ayrı konular olmasını ifade etmesine yolaçtı. Yargıç Douglas'ın en fazla üzerinde durduğu nokta, haklarında karar verilirken asıl danışılması gerekenlerin çocuklar olmasıydı. Yargıç, çocukların tercihinin bu konudaki sonsöz olması gerektiğini vurguladı.

Amish inancından doğan bir diğer uyuşmazlık da Mahkemenin önüne 1982 yılında geldi. *U.S. v. Lee* ⁽⁹⁶⁾ davasında konu, *Amish* işverenlerin sosyal güvenlik sisteminden faydalanmalarına olanak vermeyen inançları nedeniyle sosyal güvenlik vergisi ödemekten muaf tutulmak istenmeleriydi. Sherbert ve *Voder*'in aksine, Mahkeme bu kez istemi reddetti. Böyle bir muafiyetin devletin bu tür bir düzenlemeyle güttüğü amaca açıkça ters düşeceğini ifade eden Mahkeme, zorunlu katılım olmadıkça, sosyal güvenlik sistemine kaynak sağlanamayacağını, dolayısıyla sistemin işlerliğini yitireceğini vurguladı. Karara ayrık oy yazısı ekleyen Yargıç Stevens, daha da ileri giderek, böyle bir muafiyetin söz konusu olmasıyla bir dinin açıkça desteklenmiş olacağını belirtti. Bu davanın, Sherbert ve Thomas'tan çok farklı olduğunu iddia eden Stevens, ilk ikisinde ilgililerin, dinsel inançlarını tercih etmekle büyük bir fedakârlıkta bulunmuş olduğunu, Lee'd ise, böyle bir durumun bulunmadığını; muafiyet tanınmasıyla da dava konusu inanca büyük bir yarar sağlanmış olacağını ileri sürdü. Böyle bir muafiyet, Stevens'e göre, ekonomik mülânazalarla pek çok kişinin ayrıcalık tanınmış dinsel inançlara kaymasına neden olabilir; böylelikle bir dinin diğerine tercihinin yasaklayan anayasa hükmü açıkça ihlâl olurdu.

(94) 406 U.S. 205 (1972).

(95) *Amish*, bir tür Protestan anlayışı olan Mennonite mezhebine bağlı olanlardan ABD'de yaşayan gruba verilen addır.

(96) 455 U.S. 252 (1982).

Askerî düzen içinde din özgürlüğüne ilişkin bir sorun, 1986 yılında Yüksek Mahkemeye ulaştı. **Goldman ve. Weinberger** ⁽⁹⁷⁾ davasında, maddî olguları, Hava Kuvvetlerinden ortodoks bir musevî olan yüzbaşı Goldman'ın, Hava Kuvvetlerinin üniforma talimatnamesine aykırı bir biçimde, görev başındayken de yarmulkasını ⁽⁹⁸⁾ çıkarmaktan imtine etmesi oluşturmaktaydı. Büyük fikir ayrılıklarına düşmüş 5-4'lük bir kararla Mahkeme, askerî çerçevede, devlet-birey ilişkilerinin sivil yaşamdakinden çok daha farklı bir dengeye sahip olduğunu, bu nedenle davranışın anayasaya aykırı düştüğünü ifade etti. Mahkemeye göre, askerî düzen içinde, tek tip giyinmek faaliyetin özüne ilişkindi. Ayrık oy yazan üç yargıç, asıl sorunun tek tip giysi değil, farklı dinsel inançlara mensup olanların tümüne eş davranmak olduğunu vurguladı. Yarmulkaya tanınabilecek izin, gelecekte Sih ya da başka bir dinsel inanca sahip olana da aynı olanağı tanımayı gerekecekti, ki bu simgelerin asıl amacı, ait oldukları farklılıkları vurgulamak olduğundan, askerî faaliyetin özü ihlâl edilmiş olacaktı. Karara muhalif kalan yargıçlar, Brennan, Marshall, Blackmun ve O'Connor, çoğunluğun üstünde durduğu, "tek tip giyinme" gerekliliğinin bu kadar katı uygulanmasında, silâhlı kuvvetlerin olağanüstü bir çıkarı olduğuna katılmadıklarını belirttiler. Yargıç Brennan ayrıca, haçlar ve benzeri göze çarpmayan takılar kullanılmasının mümkün olmasıyla daha göze çarpan dinsel simgelere sahip, musevîlik ve diğer dinsel inançlar aleyhine, fakat hristiyanlık lehine olmak üzere, bir sonuç oluştuğunu iddia etti.

Yargıç Brennan, karşıoy yazısında, "Birinci Ek'teki din ibarelerinin önemli bir işlevi, âşina olmadıklarından, azınlık inançlarını ve ibadetlerini önemsiz sayan, çoğunluğun sosyal kurumları tarafından sessizce aşındırılmalarına karşı azınlık dinlerinin mensuplarının haklarını korumaktır" ⁽⁹⁹⁾ şeklinde ifade ettiği ve kanımızca da çok önemli olan bu hususun Yüksek Mahkemenin son kararlarında, hiç de gözetilmediğinin en son göstergesi, 1989 tarihli **Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association** ⁽¹⁰⁰⁾ kararıdır. 200 yılı aşkındır Yurok, Karok ve Talowa kabilelerinin en kutsal törenlerini gerçekleştirdikleri, Kuzeybatı California'daki 25 mil²lik bir alanı devletin, genişliği 6 millik bir ana yol haline getirme planı, Mahkemenin 5-3'lük bir kararıyla anayasaya uygun bulunmuştur. Dünya üzerinde başka hiçbir mekânın, ilgili Kızılderili yerli kabileleri için taşıdığı dinsel anlam ve önemi veremeyeceğinin tüm yargısal süreç boyunca defalarca vurgulanarak belirtilmesine karşın, Mahkeme, kararında devletin çıkarlarının üstün olduğunu ileri sürmüştür. Çoğunluk inançları konusunda son derece hassas davranarak, ayrıntılara dek özen gösteren ve muhafazakâr olarak nitelendirilebilecek bir çizgiye ulaşmış olan Mahkeme, kızıl derili yerli dininin özündeki tören yapılan mekân kavramının önemini rahatça gözardı edebilmiştir. Kanımızca, bu tutum çoğulcu toplum yapısını her alanda korumakla görevli herhangi bir anayasa yargısının düşebileceği en büyük yanılgıdır.

(97) 54 U.S.L.W 4298 (1986).

(98) Yarmulka, dinsel inançları gereği ortodoks musevi erkeklerin taktıkları bir tür takkedir.

(99) 475 U.S. 503, 524 (1986).

(100) 108 S.Ct. 1319 (1988).

SONUÇ

Yüksek Mahkeme'ce yorumlanması ve uygulanmasını tek tek incelediğimiz Din İbarelerine karşı tüm yaklaşımlar, zımnen ikili bir ayırım taşımaktadır: kamusal alan ve bireysel alan. Bireysel alanda inanç ve ahlaki değerler ve din yeralır. Kamusal yaşam ise eylem ağırlıklıdır - belirlenmiş hedeflere varmaya yönelik akılcı süreçlere özgülenmiş⁽¹⁰¹⁾. Bu ikilik, yüzeysel bir şekilde din ibarelerinin amaçlarını ortaya koyar: Düzenlememe İbaresini dini kamusal alanın dışında tutarken, Serbest İnanç ve İbadet İbaresini dini bireysel alan içinde konur⁽¹⁰²⁾. Böylelikle bir bütünü parçaları birbirini tamamlar.

Bireysel ve kamusal alanlar ikilemenin kökenlerinde, bireyin doğası ve toplumbağlantısına ilişkin belirli bir anlayış yatmaktadır. Liberal felsefenin temelini oluşturan bu öğretiyi çerçevesinde bireyin kimliği topluma katılmadan önce tümüyle tamamlanmıştır⁽¹⁰³⁾. Böylelikle, amacı olacak istemleri inançları, değerleri seçmeye hazır, oluşmuş bir birey olarak katılır topluma. Buna bağlı olarak, meşruiyetini üyelerinin rızalarından alan liberal devlet⁽¹⁰⁴⁾ üyelerinin değer seçimlerini yönlendirmeyecek şekilde akılcı ve öz itibarıyla tarafsız kalmalıdır⁽¹⁰⁵⁾. İşlevini, inançsal iç dünyada değil, eylemsel dış dünyada sürdürmelidir⁽¹⁰⁶⁾. Böylelikle içindeki her bireyin, gruplar oluşmadan önce tanımlanmasını tamamlamış olduğu, rıza temelli devlet yapısının bütünleşmesi kamusal yaşam ile bireysel yaşam ikilemini de üretmiş olur.

İncelemekte olduğumuz din ibarelerindeki çelişkinin temeli de bu liberal anlayışta yatmaktadır. Oysa birey alternatif bir bakış içinde de algılanabilir. Bu birey, önceden belirlenmiş sınırlara tabi olarak algılanmak yerine, insan kimliğinin, aynı zamanda hem çekişen hem de birbirini tamamlayan iki yönü, diğer insanlardan ayrılma ve katılma dürtüsünün oluşturduğu dinamik dengedeki sarkaç olarak benimsenir. A.B.D.'nin kurucu babalarından beri savunulmakta olan "ayrı kurumlar" (institutional seperation), "devletin tarafsızlığı" (governmental neutrality), "bireysel istek" (personal voluntarism) değerleri, sözkonusu dengeyi sağlamanın araçlarıdır. Bunun sonucunda ortaya çıkan sosyal yapı, iki ayrı dünyanın çatışması değil; iyice birbirinin içine geçmiş farklı topluluklar ağını üreten, çoğulculuğun ve tercihlerin olanaklılığının vaadedildiği bir nitelik taşır.

(101)Bkz. Frug, *The City as a Legal Concept*, 93 HARV. L. REV. 1057, 1074-76 (1982).

(102)Bkz. *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 164 (1878). (ayrıntılı irdeleme için bkz. dn. 79 ve bağlantılı metin).

(103)Bkz. M. SANDEL, *LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE* 1-7 (1982).

(104)Bkz. T. HOBBS, *LEVIATHAN* 228-29 (C. Macpherson baskısı 1968) (1. bası-. Londra 1651) LOCKE, *THE SECOND TREATISE OF GOVERNMENT* 54 (T. Peardon baskısı 1952) (1. bası- Londra 1690); Wolff, *Beyond Tolerance*, R. WOLFF, B. MOORE and H. MARCUSE, *A CRITIQUE OF PURE TOLERANCE* 3,5 (2. ed. 1969).

(105)Bkz. M. SANDEL, *op. cit.* s. 9.

(106)Bkz. J.S. MILL, *ON LIBERTY* 141-42 (G. Himmelfarb baskısı 1974) (1. bası- Londra)

Bireyin doğasında ikilik yeralır. Her kişi ayrı, özgün bir kimliğe sahiptir. Öte yandan toplumsal kimlik ⁽¹⁰⁷⁾ de kişiliğin bir başka önemli cephesidir. Kişiler, aile, komşuluk, etnik gruplar gibi sosyolojik ve biyolojik anlamda tanımlanan gruplar içinde yeralır. Bu gruplar gibi sosyolojik ve biyolojik anlamda tanımlanan gruplar içinde yeralır. Bu gruplar yalnız ne istediğimizi değil, ne olduğumuzu da belirler ⁽¹⁰⁸⁾. Bilincimizin bu bağlarla ilişkisi, alt olma duygumuz toplumsal kimliğimizi oluşturur.

Din özgürlüğünün iki cephesi, bu bireyin ikili doğasının her bir cephesini oluşturan sürecin koruyucusudur. Birinci süreç olan "tercih" in koşulları Serbest İnanç ve İbadet İbaresini ile sağlanır. Öte yandan her topluluk toplu kimliğini yaratmak için özgür olmalıdır, ancak hiçbir topluluk bireyin, kendisini ona "karşı" tanımlamasını engelleyecek kadar ezici güçte olmamalıdır. Düzenlememe İbaresini, işte bu ikinci sürecin gerçekleşme koşullarını sağlar. Diğer bir anlatımla, Serbest İnanç ve İbadet İbaresini kişinin kimlik seçimini korurken; Düzenlememe İbaresini bu seçimi olanaklı ve anlamlı kılacak sosyal kurumların çoğulcu yapılarını korumaktadır. Serbest inanç ve ibadet özgürlüğünün siyasal toplumun meşruluğunu tehdit etmesi, bireyin özerkliğini korumak için gerekli kurumsal yapıyı tehlikeye sokar. Bunun, dengeler gözardı edilmeden korunması, bir özgürlüğün feda edilmesi değil; aksine bu özgürlüğün herkesçe kullanılmasını sağlayan çoğulcu yapıyı korumak anlamına gelir. Hassas dengenin korunabilmesi de, ancak demokratik, çoğulcu, laik bir ortamda olasıdır.

(107) Bkz. J. G. HEGEL, PHILOSOPHY OF RIGHT 156 (T. Knox çevirisi) (1979).

(108) Bkz. J. HABERMAS, COMMUNICATION AND THE EVOLUTION OF SOCIETY 108-109 (T. McCarthy çevirisi) (1979).