

KAMUSAL ALANDA DİNİ SEMBOLLER: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KARARLARINDA TARAFSIZLIK ADINA AYRIMCILIK

Religious Symbols in the Public Sphere: Discrimination in the Name of Neutrality in the Decisions of the European Court of Human Rights

Öğr. Gör. Ömer SARIASLAN*

ÖZET

Çalışmamız, Türkiye’de uzun yıllar uygulanan başörtüsü (türban) yasağının, kamusal alanda kadınlar üzerindeki etkisine odaklanmaktadır. Bu bağlamda ele alınan din ve vicdan özgürlüğü, kamusal alan kavramıyla değerlendirilmekte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin dini semboller ile ilgili bazı ilke kararlarına yer verilmektedir. Dini sembollere ilişkin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın önceki kararlarıyla, AİHM’nin kararları arasındaki uyum karşısında tekrara düşme-

* Kafkas Üniversitesi Susuz Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü Adalet Programı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, e-mail: av.omersariaslan@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2727-9374.

Makale Geliş Tarihi: 05.12.2022

Makale Kabul Tarihi: 06.05.2023

⇒ Atıf Şekli: Ömer Sariaslan, “Kamusal Alanda Dini Semboller: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kararlarında Tarafsızlık Adına Ayrımcılık”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/2 (2023), 1028-1071

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



mek adına odak noktamız AİHM kararları oldu. Ancak Türk hukuk sisteminin, uluslararası ve bölgesel metinlerdeki din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılma sebeplerinden farklı bir düzenleme içermesinden dolayı da konumuzun gerektirdiği ölçüde “Türkiye’de Hürriyetin Yasal Görünümü” başlığını açtık. Çalışmamızda vurgulamak istediğimiz temel husus, din ve vicdan özgürlüğünün Türkiye’deki söz konusu Anayasal koruyucu temel eksikliğidir. Çıkartılacak yönetmelik, genelge ve tebliğlerin uygulanmasıyla başörtülü kadınların; siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik sahanın dışına çıkartıldığı bir duruma tekrar dönülebilme ihtimalinin önleyici tartışmaya ve farklı yoruma müsait olmayan açık üst norm eksikliğidir. AİHM’nin de başörtüsüne yaklaşımı devletlerin alanına müdahale etmemeye yönelik olduğu için, beklenildiği kadar özgürlüğe doğrudan koruma getirmemek şeklindedir. Başörtüsü yasağının sonuçları, sadece din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiği perspektifinde ele alındığı zaman, kadınların kamusal alandan dışlandığı değerlendirilmesi eksik kalmaktadır. Yasağın olumsuz sonuçlarının daha iyi anlaşılması için, AİHM kararları, iş bu çalışmamızda kamusal alan-özel alan kavramlarıyla birlikte incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Başörtüsü, Kamusal Alan, Laiklik, Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü, Eşitlik.

ABSTRACT

The present study focuses on the impact of the headscarf (hijab) ban, which has been imposed in Turkey for many years, on women in the public sphere. In this regard, freedom of religion and conscience is addressed within the scope of the public sphere, and some of the resolutions of the European Court of Human Rights (ECtHR) on religious symbols are discussed. To avoid repetition in the face of the alignment between the decisions of the ECtHR and the previous decisions of the Constitutional Court and the Council of State regarding religious symbols, we focused on the decisions of the ECtHR. However, since the Turkish legal system has a regulation different from the

reasons for the restriction of freedom of religion and conscience in international and regional texts, we addressed the title of "Legal Appearance of Freedom in Turkey" to the extent required by the topic of this study. The main point emphasizes in the present study is the lack of this Constitutional protective foundation of freedom of religion and conscience in Turkey. It is a lack of clear supreme norms that are not conducive to discussion and different interpretations, preventing the possibility of returning to a situation where women wearing headscarves are taken out of the political, social, cultural, and economic sphere with the implementation of the regulations, circulars, and communique to be issued. Since the ECtHR avoids interfering in the states regarding the headscarf, it does not protect freedom as much as expected. Addressing the consequences of the headscarf ban only from the perspective that it violates freedom of religion and conscience, however, overlooks the fact that women are excluded from the public sphere. To better understand the negative consequences of the ban, ECtHR decisions are examined together with the concepts of the public sphere-private sphere in this study.

Keywords: Headscarf, Public Sphere, Secularism, Freedom of Thought, Religion and Conscience, Equality.

GİRİŞ

Dinin toplumsal yaşantıda önemli bir işlevi ve yeri bulunmaktadır. Toplumsal düzen kurallarından birisidir. Günün her anında, resmi veya özel tüm işlerde yansımalarıyla karşılaşılmaktadır. Diğer haklar ile de yoğun temas halinde, doğal bir bütünlük içerisinde. Bundan dolayı dinin kamusal alandan çıkartılmaya çalışılması gereksiz bir çabadır.¹ Kişinin düşünce, vicdan ve inancı; hem din ve vicdan özgürlüğü hem ifade hürriyetinin kapsamındadır. Kanaatlerin ancak kişinin kendi serbest iradesiyle açıklanması, din ve vicdan özgürlüğü, demok-

¹ Jereon Temperman, "The Right to Neutral Governance, Religion, the State & the Question of Human Rights Compliance", *The Journal of Human Rights*, 12/24, (2018): 35-36.

ratik toplumlarda bağı bir şekilde bir arada korunmaktadır. Düşünce, vicdan ve inancımızı; elbette söz, yazı, resim gibi yöntemlerle, yani semboller ile alenileştirebiliriz. Zihnimizdeki ve kalbimizdeki alenileştirmekle birlikte, kamusal alan ve özel alan olarak bilinen, iki ayrı mekânsal ayrıma tabi tutulmak mümkün hale gelmektedir. Kamusal alan değerlendirmesi,² aslında alenileştirmenin doğal sonucudur. Fakat mekânsal içeriğinden öte sınırlayıcı ve hatta yasaklayıcı durumlarda kullanılabilir. Kamusal alan-özel alan olarak ifade edilen bu ayrım,⁴ din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahale genellikle kadınlara yönelmektedir. Kadınların sadece ifade hürriyeti, din ve vicdan özgürlükleri ihlal edilmemekte; siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dışlanmaya maruz kalabilmektedirler. Dini inanç ve kanaat özgürlüğüne kamusal alan bakış açısıyla getirilmiş sınırlandırmanın ötesindeki yasaklar, Anayasa'nın getirdiği ayrımcılık yasağı (pozitif ayrımcılık)⁵ koruma sistemine de aykırılık teşkil etmektedir.

Din ve vicdan özgürlüğünün geçmişten günümüze kazandığı güvence, hiç şüphesiz ifade hürriyetini de güçlendirmiş, devletin tarafsızlığını sağlamıştır. Din ve vicdan özgürlüğü; tanıma, eşit muamele görme, koruma ve çoğulculuk kavramlarıyla ilişkilendirilerek incelenmektedir. Elbette bu unsurların tümünün varlığını sürdürmesi halinde gerçek anlamda özgürlüğün var olduğunu söyleyebiliriz. Kamusal hayatta dini sembollere yer verilmesini savunmamız, devletin bir dine göre kural koymasına gerektiği şekilde algılanmamalıdır.⁶ Eleştirimiz eşit muamele görme kavramındadır. Türkiye'de din ve vicdan özgürlüğü hem normatif düzlemde hem uygulamada problemlili-

² Dominic McGoldrick, "Religion in the European Public Square and in European Public Life- Crucifixes in the Classroom?", Oxford University Press-Human Rights Law Review,11/3, (2011): 452.

³ Abdurrahman Eren, "Özgürlükler Mekânı Olarak Kamusal Alan", AÜEHFD, 9/3-4, (2005): 95-96.

⁴ Jürgen Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, çev. Tanıl Bora ve Mithat Sancar (İstanbul: İletişim Yayınları, 1997), s.71.

⁵ Devrim Ulucan, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", DEÜHFD, 15/Özel Sayı, (2014): 372-379.

⁶ McGoldrick, "Classroom", 459-463.

dir.⁷ Devletin tarafsızlığının sağlandığı iddiasıyla ayrımcılık yapıldığı örneklere fazlaca rastlamak mümkündür. Devletin bir dini veya ideolojiyi benimsemesi karşısında birtakım olumsuz örnek uygulamalardan kaçınmanın mümkün olmadığı aşıkardır. Bunun yanında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, görüşlerden veya yaşam tarzlarından herhangi birisinin hatalı veya yanlış olduğuna işaret etmek/karar vermekte de “tarafsız” olmayabilir.⁸ Nitekim, AİHM’nin aktif-pasif dini sembol testinde,⁹ İslam dinine karşı makul bir sebep sunmaksızın diğerlerinden ayrı bir değerlendirme yapması,¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf ülkelere din ve vicdan hürriyetinin sınırlandırılmasında geniş takdir hakkı tanındığı yorumu,¹¹ İslam dinine ait sembollerin yasaklanması ve İslamofobik tutumların önüne geçilememesine sebep olmaktadır. Bu değerlendirme Mahkemeyi tarafsız konumundan ve özgürlükçü perspektifinden uzaklaştırmaktadır.¹² AİHM, din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılmasında demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün sağlanmasını aramaktadır. Ancak hakkın özüne dokunmamak, kanıtlanabilir gerekçelerin varlığını gerekli kılmaktadır. Farklı inançların birbirine karşı hoşça gitmeme, benimsememe ve tahammül etmeme sebepleri genellikle mevcuttur.¹³ Tarafsızlık; sınırlandırmada doğrudan birisini tercih etmeme, diğerinin kamu düzenini nasıl bozacağı, hak ve özgürlüklere nasıl zarar vereceği, müdahalenin demokratik toplum

⁷ Tolga Şirin/Erkan Duymaz/Deniz Yıldız, Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri (Ankara: Türkiye Barolar Birliği (313), 2016), 143.

⁸ AİHM Lachiri/Belçika Kararı, 18.09.2018, B.No: 3413/09, §45-46. Çalışmamızdaki AİHM kararlarına “<https://hudoc.echr.coe.int>” adresinden erişim sağlanmıştır.

⁹ Abdülkadir Yıldız, Din ve Vicdan Özgürlüğü, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 141-142.

¹⁰ Ronan McCreagh, “The Ban on the Veil and European Law”, Oxford University Press-Human Rights Law Review, 13/1, (2013): 61-62.

¹¹ Şirin vd., “Türkiye’de Din”, s.95; Yıldız, “Din”, s.144.

¹² AYM Tuğba Arslan Kararı, 25.06.2014, B.No: 2014/256, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, 07.08.2022.

Çalışmamızdaki AYM kararlarına “<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>” adresinden veya Resmi Gazete’den erişim sağlanmıştır.

¹³ Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Ders Notları, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 354-356.

düzenin gereklerine uygunluğunu somut olarak açıklayarak, farazi bir temele dayanmayarak mümkündür. Aksi yöndeki davranışlar eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.¹⁴

Özellikle İslam dinine ilişkin sembollerde, kamusal alan ve özel alan ayrımı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin güncel içtihadında, Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında¹⁵; laiklik ilkesinin uygulama alanıyla özdeşleştirilmekte, din ve vicdan özgürlüğüne getirilen yasaklarda/sınırlamalarda gerekçe teşkil ederek, din ve vicdan özgürlüğü değer kabul edilmemektedir.¹⁶ Bu gerekçenin, herkesi ve hayatın her anını şekillendirmek hedefinin demokratik olmadığı, kamusal alan ve özel alan ayrımında ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Kamu görevlileri veya sivil kişilere din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar getirilmesi bazı şartlarda makul kabul edilmektedir. Ancak, "tarafsızlık" ve "eşitlik" arasından doğrudan birisini tercih etmeksizin dengeleyici ve çoğulcu bir çözüm üretilmelidir.¹⁷ Hem devletin bir dini veya mezhebi benimseyip desteklemesi, hem de dine karşı olumsuz bir tanımayla dışlayıcı yaklaşması, insan haklarıyla uyumsuzluk taşımaktadır.¹⁸

¹⁴ Jaclyn Lneo/Brett Gscharffs, "Introduction: Freedom of Religion Law and Politics in Comparative Perspective", University of Western Australia Law Review, 47/1, (2020): 5.

¹⁵ AYM, 1989/1 E., 1989/12 K., 07.03.1989: "Giysi durumu, salt bir biçimsel görünüm konusu değildir. Lâiklik, düşünsel yapısının değiştirilmesidir. Çağdaş, sağlıklı toplum oluşturma koşuludur. Kişi, iç ve dış dünyasıyla, duygu ve düşünceleriyle, beden ve ruh yapısıyla bir bütündür. Giysi, kişiliği yansıtan bir araçtır. Dinsel olsun olmasın, çağdaşlığa aykırı, devrim yasalarının öngördüğü düzenlemeyle çelişen giysiler uygun karşılanamaz. Dinsel nitelikteki giysiler ayrıca lâiklik ilkesine ters düştüğünden daha yoğun bir aykırılık oluşturur".

¹⁶ AYM, 07.03.1989, 1989/1 E., 1989/12 K: "Çağdaş bir görünüm taşımayan başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysi, bir ayrıcalıktan ötede bir ayırım atacı niteliğindedir. Şimdiye kadar başörtüsü kullanmadan yükseköğretim kurumlarını bitirmiş bayanlarla şimdi yükseköğretim kurumlarında bulunan bayanları dine karşı ya da dinsiz göstermek için kullanılma olasılığı da kaçınılmazdır. Çağdışı bir görünüm veren bu durumun giderek yaygınlaşması Cumhuriyet, devrim ve lâiklik ilkesi yönünden sakıncalara da açıktır".

¹⁷ Lneo/Gscharffs, "Comparative Perspective", 12-14.

¹⁸ Temperman, "Neutral Governance", 27.

Kamusal alan değerlendirmeleri, arka planında “*kamusal alan/özel alan, devlet/toplum, politik toplum/sivil toplum, yurttaş/insan, politik hak/insan hakları*” gibi birçok karşıtlık/ayırım içermektedir. Çalışmamızda insan hakları ve kamusal alan bağlamında hareket edilmektedir.¹⁹ Bu maksatlarla, çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, kamusal alan-özel alan ayrımı, bakış açıları ve ayırımın sonuçları alt başlıklarıyla incelenmektedir. Doktrindeki modellemeye riayet edilerek ayırımın sonuçları Liberal, Cumhuriyetçi ve Diğerleri başlıklarında ele alınmaktadır. Son bölüm, kamusal alan değerlendirmeleri başlığında, Türkiye’de hürriyetin yasal görünümü ve AİHM kararlarında dini semboller başlıklarına yer vermektedir. Çalışmamızda, kamusal alanda dini sembol kullanabilmenin mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır.

I. KAMUSAL ALAN ÖZEL ALAN AYRIMI

Söz konusu kavramlar ve ayırım, başlangıçta mekânsal bir manaya karşılık gelmiştir. Ayırım, Antik Yunan’da ortaya çıkmıştır. Antik Yunan’da hane (oikos) özel alanı tanımlamaktadır. Bu alanın temel özelliği, kişinin kişisel ihtiyaçlarının karşılandığı yer olmasıdır. Diğer ifadeyle siyasi olmayan kısımdır. Özel alan bilindiği üzere gizli bir yaşantıdır. Antik Yunan’da gizlenmek, yüksek insani yeteneklerden yoksun kalma şeklinde görülmüştür. Ayrıca köle veya barbarların sadece özel alanının bulunduğu kabul edilmiştir.²⁰

Kamusal alan ise, siyasal yaşam ile ifade edilmektedir. Bu da Yunan’da Polis’tir. Yunan site devletlerindeki kent yaşamı içerisindeki mahkemeler, savaş alanları ve olimpik oyunlar gibi yerler bu kapsamdadır. Kamusal alan için “koine” denilmektedir. Kişilerin mekanlarda yer alması, diğer insanlara açıkça kendini göstermesi ve diğerlerinden

¹⁹ Ferda Keskin, “Kamusal Alan ve Yalın Yaşam”, Kamusal Alan, Doğu Batı Düşünce Dergisi, 5, (1998-9): 105.

²⁰ Zafer Yılmaz, “Özel Alan-Kamusal Alan Ayrımının Tarihsel Temelleri “Antik Yunan”, Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Dergisi, 14, (2006): 361-362.

farklılığının sergilenmesindeki eylem ve ifadeler “kamusalı” oluşturan unsurlardır. Polise katılabilmek için, birtakım servete veya emeğe ihtiyaç bulunmaktadır. Kamusal alana katılmak, baskının hüküm sürdüğü ortamdan çıkabilmeyi, yurttaş kabul edilmeyi getirmektedir. Antik Yunan döneminde insanın erdem sahibi olabilmesi için öncelikle kamusal alanda yer alması şartının sağlanması gerekmektedir.²¹

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, özel alandaki mekânsal içerik, kamusal alanı tanımlamaya yeterli gelmemektedir. Kamusal alan, mekânın ötesinde daha geniş bir kapsama sahiptir. Tarihi, kültürel, iktisadi, hukuki, siyasi ve ahlaki boyutu bulunmaktadır. Burjuvazinin etkisiyle, liberal dönemde (18. yy) kamusal alan tam manasıyla ortaya çıkmıştır. Otoritenin eleştirildiği, bireyselliğin geliştiği ve kamusal alanın çoğulcu karakterinin arttığı dönemi başlatmıştır.²² Kamusal dönemin yapısal dönüşümünde, devletin özel alandaki baskısının artması kendisini hissettirmekle birlikte, piyasaya devredilen yetkiler de mevcuttur. Akabinde kamusal eleştiri ile güçlenen bu alanın eleştirel yönünü kaybetmesiyle belirli grupların kontrolü elinde tuttuğu bir yapıya evrilmiştir.²³

Günümüzde kamusal alan, siyasal iradenin oluşmasında önemli bir fikir pazarıdır. Kişiler, hanelerinden çıkarak eşit yurttaş/birey halinde tartışmaya katılmaktadır. Siyasal katılım sayesinde de, toplumsal ve kültürel birçok hususta özgürce söz söyleme, düşünceleri açıklamak mümkün hale gelmiştir. Ayrıca bu alanda, serbest tartışma ortamının sağlanmasıyla, demokrasinin kurucu unsuru hayat bulmaktadır. Siyasal katılımın güçlendirilmesi, hukukun kurumsallaşmasına hizmet etmeye devam edecektir.²⁴ Birey, kamusal alanda kendisi olarak var olmaktadır ve nötr bir mekanda değildir. Kamusal hayatta

²¹ Yılmaz, “Özel Alan”, 362-369; Habermas, 127.

²² Habermas, 127-128.

²³ Ülker Yükselbaba, “Kamusal Alan Modelleri ve Bu Modellerin Bağlamları”, İÜHFİM, 66/2, (2008): 227-229.

²⁴ Tayfun Torun, “Jürgen Habermas’ın Kamusal Alan Kavrayışı: Rasyonel Politik İrade Oluşumu”, Kaygı, 19/1, (2020): 222-225.

yaşanılan sorunların siyasi katılımın ötesinde, kültürel olduğu da ifade edilmektedir.²⁵

A. Kavramsal Olarak Kamusal Alan

Kamusal alan ifadesinin kavramsal değerlendirmesi, çalışmamızdaki devam eden başlıkların daha iyi anlaşılabilmesine fayda sağlayacaktır. Bu minvalde kavramsal değerlendirmemize Habermas ile başlamak istiyoruz. Habermas kamusal alanın İngilizce karşılığına “*public sphere*” kelimesini kullanmıştır. Yazara göre, kamusal alanda özel kişiler bir arada bulunmaktadır. Vatandaş gibi serbestçe hareket ederler ve aslında her konuşmaları bir kamu kuruluşunu oluşturmaktadır.²⁶ Kamusal alanın İngilizce karşılığına, “*public space*” kelimesinin kullanıldığı da görülmektedir. Kamusal alan karşılığı için, aynı eserde “*public sphere*” ve “*public space*” kelimeleri birlikte de kullanılabilir. Ayrıca, “*public space*” kelimesi “*görünümlerin yeri*” olarak ifade edilmekte, “*public sphere*” kelimesinin alanını genişlettiği belirtilmektedir.²⁷ AİHM kararlarında, kamusal alanın karşılığına “*public space*” kelimesi tercih edilmiştir. Dünya Bankası'nın Yönetim ve Hesap Verebilirlik İletişimi Programı (CommGAP), kamusal alan kavramının İngilizce karşılığına “*public sphere*” kelimesini kullanmaktadır. CommGAP'a göre, kamusal alan kavramı, katılımcı demokrasinin merkezindedir. Vatandaşlar bir araya gelerek, kamu işleriyle alakalı tartışmakta, fikir alışverişinde bulunmaktadır. Bundan dolayı da kamuoyu meydana gelmektedir. Kamusal alan, doğrudan etkileşimle ilgilidir. Etkileşimde konu sınırlandırması da yoktur. Hükümetin sorumluluğuna gidilebilmesi de, yurttaşların kararlara tesir edeceği eşleyen bir kamusal alanı gerekli kılmaktadır. Kamusal alan fikri, yani hesap verebilir yönetim ideali; bilgi akışının, ifadenin ve tartışmanın bulunduğu arenadır. Kamusal alanın katılımcı rolünün, gücün kötüye

²⁵ Süleyman Seyfi Öğün, “Kamusal Hayatın Kültürel Kökleri Üzerine: Sennett, Habermas ve Abdülaziz Efendi”, Kamusal Alan, Doğu Batı Düşünce Dergisi, 5 (1998-9): 60-61.

²⁶ Jürgen Habermas/Sara Lennox/Frank Lennox, “The Public Sphere: An Encyclopedia Article (1964)”, Duke University Press, 3 (1974): 49-50.

²⁷ Yükselbaba, “Kamusal Alan”, 231.

kullanılmasını engelleyeceği kabul edilmektedir. Bu açıdan kamusal alan kapsayıcılık idealiyle tasvir edilmektedir.²⁸

“Public space” kelimesinin, kurum ve kuruluşları içine alacak bir genişleme sağlaması karşısında devletin kamusal alandaki durumunu sorgulamak gerekmektedir. Habermas'ın devlet ile kamusal alanı tam olarak özdeştiirdiğini söylemek zordur. Kamusal alan anlamına gelen İngilizce kelimelerin farklılığı, bizce devlet ile kamusal alanın ayrılması, yani devletten bağımsız bir sivil toplum tezahürüne karşılık gelmektedir. AİHM kararları ve CommGAP'ın açıklamaları karşılaştırıldığında, AİHM'nin, CommGAP kadar bağımsız bir sivil topluma izin verdiğini söyleyemeyiz.²⁹ Kamusal alan, ideal bir kavramdır ve değişime açıktır. Bu yüzden, özgürlüklerin sınırlandırılmasında değil genişletilmesinde tercih edilmelidir. Hangi İngilizce kelime ile ifade edilirse edilsin, kavram üzerinden özgürlüklerin müdahaleye açık olduğunu söyleyemeyiz.

Kamusal alan kavramının manası, dönemlere göre de değişime uğramıştır. Kamusal alanın tarihsel köklerine baktığımızda; Antik Yunan, Avrupa Monarşileri, salonlar, kabile toplantıları, kilise toplantıları ve günümüz dönemleri incelenebilir. Kamusal alan Antik Yunan'da, vatandaşların şehir devletinde siyasal kararlara katılmasıdır. Monarşilerde, ancak kral tarafından belirlenendir. 18. yüzyılın başlarında, İngiltere'de kahvehaneler, Fransa'da salonlar ve Almanya'da sofralar toplanma yerleri/kamusal alandı. Toplantılara katılan Aristokratlar ve orta sınıf, sanat ve siyasetle ilgilenmekteydi. Toplantıya katılım arttığı gibi, gazeteler sayesinde kamusal konular erişime açık hale gelmiştir. Afrika'daki toplulukların da kabile toplantılarında bir araya gelerek kamusal hayatı oluşturduklarını söyleyebiliriz. Dini gruplar da; dini törenler, dini bayramlar, evlilik, doğum, ölüm gibi olaylar veya siyasi amaçlarla buluşmalar gerçekleştirmektedir. Dini grupların en eski kamusal topluluk olduklarını söyleyebiliriz. Gün-

²⁸ The Public Sphere, CommGAP, (E.T: 09.09.2022), <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08b45e5274a27b2000a69/PublicSphereweb.html>. 1-2; Habermas vd., “The Public Sphere”, 51-53.

²⁹ The Public Sphere, CommGAP, 3-4.

müz için kamusal alan, teknoloji ve kitle iletişim araçlarıyla örtüşmektedir.³⁰

Başlık içerisinde, konu bütünlüğünü sağlamak açısından AYM'nin kamusal alan kavramından da bahsetmek gerekmektedir. AYM'nin kamusal alan kavramına yaklaşımıyla ilgili karar örnekleri verilebilir. Örneğin, 2007 Genel Seçimlerinde %46,58 oy oranıyla 341 milletvekili kazanan Adalet ve Kalkınma Partisi'nin temelli kapatılmasına karar verilmesi istemini içeren 14.3.2008 tarihli Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın iddianamesi ve eklerinde, "kamusal alan (69)" ve "başörtüsü (346)" ifadelerine sıklıkla yer verilmiştir. Parti'nin Demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı eylemlerin odağı haline gelmesi sebepleri arasında gösterilmiştir.³¹ Başka bir kararda, laiklik bakış açılarının kamusal alana etkisi açıklanmıştır. *"...Katı laiklik anlayışına göre din, bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur...Laiklik ilkesi, doğup geliştiği Batı'da, dinin toplumsal ve kamusal alandan tamamen dışlanması sonucunu doğurmamış, dini ihtiyaçların karşılanmasına yönelik devlet politikalarını beraberinde getirmiştir".³²*

Başka örneklerde, kişinin soyadının kamusal alanda tanınırlığı sağlayarak kimliği tespit ettiği,³³ kamuya yararlı vakfın kamusal alanda çalışan vakıflar olduğu,³⁴ toplantı ve gösteri yürüyüşünün kamusal alanda (kamuya açık alan) düzenlendiği,³⁵ bazı kişisel bilgilerin kamusal alana sirayet etmesi halinde dahi açıkça rıza göstermemesi durumunda kaydedilemeyeceği,³⁶ adliye binalarının yargılama faaliyetinin sürdürüldüğü yerler olarak buradaki eylemlere yönelik kısıtlamaların kamusal alanlardakinden daha geniş takdir hakkına sahip

³⁰ The Public Sphere, CommGAP, 3-4.

³¹ YM, 30.07.2008, 2008/1 E., 2008/2 K., RG. 13.11.2008/27053.

³² AYM, 20.09.2012, 2012/65 E., 2012/128 K., RG. 18.04.2013/28622.

³³ AYM, 17.03.2011, 2009/47 E., 2011/51 K., RG. 12.07.2011/27992.

³⁴ AYM, 17.09.1989, 1987/17 E., 1787/19 K., RG. 24.08.1988/19909.

³⁵ AYM, 28.09.2017, 2014/101 E., 2017/142 K., RG. 27.12.2017/30283.

³⁶ AYM, 28.09.2017, 2016/125 E., 2017/143 K., RG. 23.01.2018/30310.

bulunduğu,³⁷ FETO/PDY'nin kamusal alana yönelik faaliyetlerde bulunan illegal bir yapılanma olduğu,³⁸ cumhurbaşkanının and içerek kamusal alanda siyasal faaliyetlerine başlayacağı,³⁹ mahremiyet ve tanınırlığın kamusal alandaki yansıması ifadelerine rastlanılmıştır.⁴⁰

Söz konusu kavramın, AYM kararlarında farklı manalara gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Kavramın net bir tanımını yapmak mümkün değildir.⁴¹ Kamusal alan, "özel alanın zıttıdır", karşılığı⁴² dışında; kamusal alanın söz konusu konu bağlamıyla birlikte ele alınması hakkın özüne dokunulmaması için zaruridir. Çünkü, başta din ve vicdan hürriyeti olmak üzere, kamu hizmetine girme, çalışma, eğitim ve öğrenim, toplantı ve gösteri yürüyüşü, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı, özel hayatın gizliliği ve korunması, haberleşme ve basın hürriyeti gibi birçok değerlendirmeye iç içedir. Söz konusu bu hakların özü, kamusal alan kavramının ötesinde, korunması gereken kısımdır. Bizce kamusal alan özel alan ayrımından ziyade, hak ve hürriyetleri koruyucu, nitelikli iletişime erişimin sağlandığı yaşam alanı araçlarına yönelinmelidir.⁴³

Kamusal alan, özel alan, sivil toplum, politik hak, insan hakları ve devlet gibi birçok ayırım perspektifinde şekillenen kamusal alan kav-

³⁷ AYM, 16.03.2022, Filiz Kerestecioğlu Demir Kararı, B. No: 2018/21693, §41.

³⁸ AYM, 20.06.2017, Aydın Yavuz ve Diğerleri Kararı, B.No: 2016/22169, RG. 30.06.2017/30110, §26.

³⁹ AYM, 31.03.2021, 2018/112 E., 2021/24 K., RG. 2.07.2021/31529.

⁴⁰ AYM, 05.10.2017, Birsen Berrak Tüzünağaç Kararı, B.No: 2014/20364.

⁴¹ Eren, "Özgürlükler", 97-98.

⁴² Mevzuat taraması gerçekleştirildiğinde, kamusal alan kelimesine, genellikle imar yönetmeliklerinde rastlanılmaktadır. Örneğin Erzurum, Van, Hatay, Sakarya, Kayseri, İzmir, Bursa ve Gaziantep Büyükşehir Belediyelerinin İmar Yönetmeliklerinde, "Bahçe Mesafeleri" başlığında, "*ön bahçe ve yol kenarına rastlayan bahçe mesafeleri ile kamusal alanlara komşu olan bahçe mesafeleri*" ifadesi yer almaktadır. Bunların dışında Atıksu Toplama ve Uzaklaştırma Sistemleri Hakkında Yönetmeliği'n (RG. 06.01.2017/29940) 6. maddesinin c bendi de, kanalizasyon tesislerinin yerleştirilmesi için ekonomik ve yasal zorunluluklar nedeniyle *kamusal alanların* kullanılacağına hükmetmektedir. Son olarak 2022 Yılı Kurban Hizmetlerinin Uygulanmasına Dair Tebliğ (RG. 03.06.2022/31855)'in 12. maddesinin ikinci fıkrasında, kurbanlık hayvanların kesiminde ve kesim yerlerinde dikkat edilecek hususlardan birisi, *cadde, sokak ve park gibi kamusal alanlarda* kurbanlık kesimlerinin yapılamayacağıdır.

⁴³ Eren, "Özgürlükler", 101-102.

ramı, müstakil bir kamusal alan kavramını ortaya çıkarmamaktadır. Kavramın meşruiyeti sorunsalından hareket ettiğimizde,⁴⁴ kamusal alan ayrımı teknik bir temelden yoksundur. Sadece kamusal alan özel alan ayrımı üzerinden özgürlüklerin sınırlandırılması, temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilmesine neden olacaktır. Buna rağmen özgürlükleri sınırlamak amacıyla kullanılmasına devam edilmesi, temel hak ve hürriyetlerinin korunması ölçütleriyle açık bir çelişkidir.

B. Kamusal Alan Özel Alan Bakış Açıları

Kamusal alan-özel alan ayrımına farklı bakış açılarından hareketle, taban tabana zıt manalar yüklenebilmektedir. Habermas'ın kamusal alan ile ilgili görüşü, "müzakereci demokrasi kuramı" ile bütünlük içerisindedir. Kamusal alana katılım ve tartışılan konular hakkında bir sınırlama getirilmemektedir. Kamusal alanın usul ve esasları hukuki garantiye sahiptir. Demokrasinin tabana yayılması ve hukuk devletinin varlık koşulunun işaret edildiği görülmektedir. Habermas, demokratik katılım haklarının genişlemesi ve sınıfsal temelden kaynaklı eşitsizliklerin sosyal devlet anlayışıyla giderildiği süreçte kamusal ve özel alan ilişkisindeki değişimi incelemektedir.⁴⁵ Kamusal topluluk, burjuva temelinde ele alınmaktadır. Birbirine rakip kamusalıklar hesaba katılmaktadır.⁴⁶

Yükselbaba, kamusal alan konusunda siyasi görüşe göre bir tanımlamanın yapıldığını haklı olarak ifade etmektedir. Bundan dolayı da ayrımların sonuçları değişmektedir. Yazarın tasnifi: "*kamu otoritesinin geçerli olduğu yer*", *'çoğulculuğun, renkliliğin ve özgürlüğün olduğu alan'*, *'kamu görevlisinin bulunduğu her yer'* olmak üzere çeşitli şekillerde tanımlayabilir. İkincisi bazıları kamusal alan-özel alan karşıtlığını ahlaki bir hiyerarşi içinde yapar. Bazıları ise iki alan arasında sıralama yapar; önce özel alan sonra kamusal alan veya tersi gibi. Ashında bu yine de siyasi anlayışla yakından ilişkilidir. Üçüncü grup ise, günümüz toplumlarını anlamada "kamusal alan-özel alan" ayrımının yeterli

⁴⁴ Keskin, "Kamusal Alan", 109.

⁴⁵ Habermas, 25.

⁴⁶ Habermas, 18-19.

*bir ayırım olmadığını ifade eder ve bunun yerine 'kamusal-özel-siyasal', 'kamusal-özel-sivil-siyasal' gibi üçlü veya dörtlü ayrımlar..."*⁴⁷ şeklinde dir. Söz konusu ayrımlar, özgürlüklerin sınırlandırılmasında etkili olabilmektedir. İdare hukuku terminolojisinde kamu mallarıyla ilgili kavramlar bulunmakla birlikte "kamusal alan" terimi yoktur. Özgürlüklerle ilgili sınırlayıcı bir kavram olarak kullanılabilmesi için aslında teknik bir temelinin olması gerekir.

C. Modellere Göre Kamusal Alan Özel Alan

1. Liberal Model

Liberal modelde, yurttaş doğal haklara sahiptir. Birey olarak kabul görmekte ve bireysel tercihleriyle yaşadığı politik alanda bağımsız hareket edebilmektedir. Kamusal alana dahil olmak bireyin insani özelliklerini muhafaza etmektedir. Kişisel tercihler ve inançlar tamamıyla terk edilmemektedir.⁴⁸ Liberal model için, kamusal alan ikincil bir düzeye karşılık gelmektedir. İnsanı temele koyan, yani bireyin kendi amaçlarını özgürce yaşayabilmesi hedeflendiği için ortak iyi bulunmamaktadır. Siyasal katılım, kamusal alanın amacı, ortak iyiyi sağlamak değildir. Toplumun, bireylerden oluşan ayrı bir varlığı bulunmamaktadır. Bireysel çıkarların toplamına bakılmaktadır. Ayrıca toplumsal değerler sistemi geliştirilmeye çalışılmaz. Ortaya çıkan çoğulculuğun sürmesi için, tanınmanın ve karşılıklı saygının bulunacağı asgari düzeyde bir ortama sahip olmak yeterli görülmektedir. Liberal modelde, kamusal alanın unsurları; "yurttaş, hukuk ve politik yapıdır".⁴⁹

2. Cumhuriyetçi (Toplulukçu) Model

Cumhuriyetçi modelde yurttaş olmak "etik" olmak ile özdeşdir. Kamusal alana katılmanın getirdiği ödev ve sorumluluklar bulunmak-

⁴⁷ Yükselbaba, "Kamusal Alan", 227.

⁴⁸ Reyhan Sunay, "Cumhuriyetçi-Liberal-Müzakereci Kamusal Alan Modelleri ve Türkiye'de Kamusal Alanın Gelişimi", SÜHFD, 10/3-4, (2002): 59.

⁴⁹ Sunay, "Cumhuriyetçi-Liberal", 66; Yükselbaba, "Kamusal Alan", 235; E. Fuat Keyman, "Kamusal Alan ve "Cumhuriyetçi Liberalizm": Türkiye'de Demokrasi Sorunu", Kamusal Alan, Doğu Batı Düşünce Dergisi, 5 (1998-9): 64.

tadır. Bireysel haklar ikincildir. Çünkü asıl hedef toplumsal ortak iyinin sağlanmasıdır. Liberal modelde olduğu gibi yurttaşların tamamının kamusal alana katılması mümkündür. Ancak cumhuriyetçi modeldeki katılımın amacı yurttaşlık erdemini koruyabilmek ve kişisel özgürlüklerdir. Zaten erdem, cumhuriyetçi yönetimin temelidir. Yurttaşlık erdemi; kişilerin dini, dünyevi, mesleki vb. düşüncelerinin farklılığından etkilenmeyen ortaklık kurulan hususlardır.⁵⁰ Cumhuriyetçi modelde, kamusal alana katılım sağlayan yurttaşların tartışmasının amacı ortak bir iyiye ulaşmaktır. Siyasal faaliyetler ile erdem yakın ilişki içerisindedir. Kişisel çıkar ve amaçların gerçekleşeceği arena siyaset değildir. Siyasal faaliyetler dayanışmayı sağlamaya hizmet etmektedir. Cumhuriyetçi model, kişiler ve kişiselikten uzak, özgün amaçlar yüklenmiş soyut ilkeler ile inşa edilebilecek bir toplumu işaret etmektedir. Söz konusu kurgu da, eşit ve özgür yurttaşlar, herkese aynı doğrultuda katkı sağlayacak anlaşma birliğine ulaşmaktadır.⁵¹

Cumhuriyetçi (toplulukçu) model, müdahaleci bir ortam oluşturmaktadır. Burada devlet, hakemin ötesinde ve etkindir.⁵² Devlet, bütüncül bir anlayışı ifade etmektedir. Genel irade esastır. Homojenliği ön planda tutan, yurttaş olmayanları veya farklı olanları dışlayıcı bir düşünce hakimdir. Rousseau'nun düşüncesindeki "bağımlı bir özgür alan" ve devletten kopamayan bir sivil toplum görülmektedir. Kamu ve özel alan ayırımına gerek duyulmayan, devletin bağımsız bütünlüğü ortaya çıkmaktadır.⁵³ Modelin fikir babası Arendt'in hareket noktası, Yunan Polis'leridir. Arendt'e göre, politikaya dâhil olmaktan imtina eden kişilerin siyasal etkinliklerden tamamen uzak tutulmaları gerekmektedir.⁵⁴ Toplulukçu modelde öncelik devletin bekasıdır. Devlet, ideolojik bir zeminde meşruiyet kazanmaktadır. Kamusal alanda muhalefet dahil herkesin rolü belirlenmiştir. Bu modelin de-

⁵⁰ Sunay, "Cumhuriyetçi-Liberal", 59.

⁵¹ Sunay, "Cumhuriyetçi-Liberal", 64-66.

⁵² Sunay, "Cumhuriyetçi-Liberal", 70.

⁵³ Habermas, s.193; Hayrettin Kurt, "İnanç Özgürlüğü Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımının Mukayeseli Hukuk Bakımından değerlendirilmesi", EÜHFD, 17/1-2, (2013): 207.

⁵⁴ Yükselbaba, "Kamusal Alan", 233.

mokratik yönü eleştiriye açıktır. Devletin varlığı ve toplumsal iyi, tek bir vücut olduğundan aksi talepler devletin bekasına karşı tehdittir. Siyaset, “dost-düşman” üzerinden konumlandırılmakta, çoğulculuk dışlanarak, bağımsız bir kamusal alana izin verilmemektedir.⁵⁵

3. Diğerleri

İlki, Habermas'ın müzakereci modelinde, liberal ve cumhuriyetçi modele ilişkin değerlendirmelerin iç içe geçtiği belirtilmektedir. Model, geniş bir kamusal alan öngörmektedir. Sorgulanacak, incelenecek ve eleştirilecek konu sınırlandırılmasına gidilmeyerek, bu yöntem ile demokratik meşruluğun sağlandığı ifade edilmektedir.⁵⁶ İkincisi, proleter kamusal alan modelinde, işçi sınıfının hâkimiyeti esastır. Burada diğer modellerin aksine liberalizme karşıtlık söz konusudur. Tahmin edildiği üzere, kamusal alan ve özel alan ayrımının ortadan kalkacağı, sınıfsal ayrımın bulunmadığı herkesin söz söylediği toplumdan bahsedilmektedir.⁵⁷

Üçüncüsü Keyman'ın, demokratikleşme modelidir. Günümüzün meselelerine ve taleplerine, ne cumhuriyetçi modeldeki “genel yarar” ne liberal modeldeki “atomistik birey anlayışı” bakış açılarıyla tek başına karşılık oluşturulabileceğini düşünmemektedir. Yazar, modernleşmenin devam ettirilerek, cumhuriyet modeline demokratik bir nitelik kazandırılıp kazandırılmayacağını sorgulamaktadır. Bu bağlamda; devletin demokratikleşmesi, toplumun çoğullaşması, toplumsal iyi ve kamunun yararının devlet seçkinleri tarafından belirlenmesi yerine topluma ait farklı taleplerin tartışması sonucu tespiti ve vatandaş için sivil haklar ifadesinin öncelik kazanmasının gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁸

Sonuncusuna yeni model arayışları diyebiliriz. Bu düşünceye göre, modernleşmeyle birlikte kamusal kavramının içeriğinin aşıldığı aşikârdır. Kavramın yeniden siyasal konumunun tespit edilmesine

⁵⁵ Sunay, “Cumhuriyetçi-Liberal”, 71.

⁵⁶ Sunay, “Cumhuriyetçi-Liberal”, 61.

⁵⁷ Yükselbaba, “Kamusal Alan”, 267-268.

⁵⁸ Keyman, “Türkiye’de Demokrasi”, 73-79.

ihtiyaç duyulduğu ve öngörülen bir toplumsal sahanın varlığına işaret edilmektedir. Çoğulcu demokrasinin hayata geçirilmesi için birtakım öneriler sunulmaktadır.⁵⁹ Bizce de, devletin ve ekonomik değişimin “kamu” manasının dönüşümündeki etkisi,⁶⁰ yeni bir modelin ortaya konulmasını gerekli kılmaktadır. Açık toplum ve birlikte yaşayabilmek hedefleri,⁶¹ din ve vicdan özgürlüğünün özüne dokunmayı, yasaklamayı gerektirmemektedir.

Kamusal alan ve özel alan ayrımında günümüzde öne çıktığını düşündüğümüz unsur teknolojidir. Kişisel iletişim olanaklarının gelişmesidir. Bu yöndeki sosyal medya araçları, hayatın her alanındadır. Her türlü amaca yönelik olanak sağlamaktadır. Korona virüs hastalığında uzaktan nelerin başarılabileceği ve izole bir hayatın kötülüğünü tüm insanlık tecrübe etti. Sürecin kamusal alandaki etkilerinden birisi, hiç yüz yüze temas etmeksizin de siyasi örgütlenme ve katılımın sağlandığını öğrenmek oldu. Bu uygulama, Türkiye dahil, sosyal medya araçlarında artarak devam etmektedir. Sosyal medya paylaşımları incelendiğinde, özel alan kavramının artık söz konusu uygulamaların kullanıcıları tarafından tespit edildiği, bireyin, yine kendisi tarafından sınırlandırıldığını görmekteyiz. Bilinen tabirle özel yaşamın, ev içi düzen, hane hayatı, yani bize ait, sınırlı sayıda kişiyle duvarların ardında yaşanan hayat karşılığı günümüzde değişmiştir. Meydandaki hayat, kamusal alan, kamu yaşamı da farklılaşmıştır. Meydana çıkan insanlar serbestçe hareket etmelidir. Ancak meydan genellikle egemen güçlerin yönlendirdiği meydandır. Biz insanlar artık daha fazla meydandayız diye düşünürken, günümüzde yönetimler daha fazla kapalı kapılar ardındandır. Meydanın dış özerkliği, insanların iç

⁵⁹ Kurt, “İnanç Özgürlüğü”, 214.

⁶⁰ Habermas, 25-29.

⁶¹ Emre Akbulut, “Limitations on Religious Headdress and Two Different Viewpoints: Inferences from Finding of the European Court of Human Rights and the United Nations Human Rights Committee”, *Anayasa Yargısı*, 38/2, (2021): 201-202.

özerkliği eksiktir. Geçmişte tam oluşamayan meydan şimdi yokluğa gitmektedir.⁶²

II. DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ

A. BM'nin Yorumu

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin (MSHS) 18. maddesi,⁶³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 9. maddesi ve Türk Anayasası'nın 24. maddesi, din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen hükümlerdir. MSHS'nin 18. maddesi ve AİHS'nin 9. maddesi, din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırma sebepleri aynı denilecek hükümler içermektedir. Ancak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin ihlal kararları,⁶⁴ AİHM'e göre ihlal kabul edilmemektedir.⁶⁵ Komite'nin din ve vicdan hürriyetiyle ilgili kararlarında genel yorumla, 18. maddeye göre hareket ettiği; düşün-

⁶² Ahmet İnam, "Hanemizdeki Sır", Kamusal Alan, Doğu Batı Düşünce Dergisi, 5, (1998-9): 197-202.

⁶³ 18. madde: "1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin aleni veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü de içerir. 2. Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu benimseme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıya maruz bırakılamaz. 3. Bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasalarla belirlenen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebilir. 4. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, ana-babaların ve uygulanabilir olan durumlarda, yasalarca saptanmış vasilerin, çocuklarına kendi inançlarına uygun bir dinsel ve ahlaki eğitim verme özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlüdürler".

⁶⁴ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin kararları, AİHM kararlarından önemli ölçüde farklı, daha özgürlükçüdür. Bu durum, Komite'nin 22 No.lu yorumunda, yayımladığı raporlar ve kararlarında açıkça görülmektedir. Komite, Şeyma Türkan v. Türkiye kararında, Türkiye'de uygulanmış başörtüsü yasağını, anlaşılabilir olarak nitelendirmiştir. Din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılmasının ötesindeki bu uygulama, hakkın özüne dokunmaktadır. Ayrımcılık yasağının ihlali dâhil birçok ilke ve değer ihlal edildiğine hükmedilmiştir (BM İnsan Hakları Komitesi, Şeyma Türkan/Türkiye Kararı, 17.07.2018, B.No: 2274/13, <https://ccprcentre.org/files/decisions/CCPR C 123 D 2274 2013 27769>, E.T: 20.06.2022).

⁶⁵ Akbulut, "Human Rights Committee", 180-181.

ce, din ve vicdan özgürlüğüne AİHM'e göre daha koruyucu bir şekilde yaklaştığı görülmektedir. Laiklik ilkesini hakkın sınırlandırılmasında veya herhangi bir dini sembolün yasaklanmasında kullanmadığı. AİHM'den başka bir farkı da, farklı dini semboller ve olaylar arasında açıklanması güç aykırı sonuçlar doğuracak, AİHM'nin din ve vicdan hürriyeti uygulamalarında genelleşen, Sözleşmeye taraf ülkelerin yasal amacı gerçekleştirecek geniş takdir hakkının bulunduğu değerlendirilmesini yapmamasıdır.⁶⁶ Bu başlıkta, din ve vicdan hürriyetinin korunmasında önemli olduğunu düşündüğümüz, BM İnsan Hakları Komitesi'nin, MSHS'nin 18. maddesine ilişkin 22 No.lu yorumunda detaylı bir şekilde açıkladığı hususlar üzerinde durulacaktır.

BM İnsan Hakları Komitesi, 1993 tarihli 48. Oturumunda (22 No.lu yorumu), MSHS'nin 18. maddesine ilişkin açıklamalarda bulunmuştur:

- “1) 18. maddenin 1. fıkrasına göre, düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğünü de içeren din özgürlüğü geniş kapsamlıdır. Bu haklar eşit şekilde korunmaktadır. OHAL durumunda bile askıya alınamamaktadır.
- 2) Herhangi bir dine veya inanca sahip olmama hakkı da korunmaktadır. Geleneksel dinler dışındakilere karşı ayrımcılık yapma eğilimi endişeli bulunmaktadır.
- 3) 18. madde, düşünce, vicdan, din veya inanç özgürlüğünü bunları açıklama özgürlüğünden ayırmaktadır. Madde kapsamındaki özgürlükleri benimsemeye sınırlama getirilemez. Düşünce ve görüşlerini açıklamaya veya bağlı kalmaya zorlanmama da kapsama dâhildir.
- 4) Din veya inancı açıklama özgürlüğü, “bireysel veya başkalarıyla birlikte toplu olarak”, kamuya açık veya özel kullanılabilir. Din veya inancı ibadet, ayin, uygulama ve öğretim yoluyla açıklama özgürlüğü, çeşitli eylemleri kapsa (...) Din veya inancın yerine getirilmesi ve uygulanması yalnızca törensel değil-

⁶⁶ Akbulut, “Human Rights Committee”, 212-213.

dir. (...) Ayırt edici giysiler veya başörtüsü takma, yaşamın belirli aşamalarıyla ilişkili ritüellere katılma ve belirli bir dilin kullanımını gibi gelenekleri de içerebilir.

- 5) Din veya inancın hiçbir tezahürü, savaş propagandası veya ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti teşvik eden ulusal, ırksal veya dini nefreti savunulması hakkı vermez. Taraf devletler, bu tür eylemleri yasaklayan kanunlar çıkarmakla yükümlüdür.
- 8) 18/3. madde, din veya inancı açıklama özgürlüğünün sınırlandırılmasına, ancak sınırlamaların kanunla öngörülmesi ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını veya ahlakını veya başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli olması halinde izin verir. Taraf Devletler, izin verilen sınırlama hükümlerinin kapsamını yorumlarken; 2., 3., ve 26. maddelerde belirtilen tüm gerekçelerle eşitlik ve ayrımcılık yapmama hakkı da dahil olmak üzere, Sözleşme kapsamında güvence altına alınan hakları koruma ihtiyacından hareket etmelidir. Sınırlamalar, yalnızca öngörüldükleri amaçlar için uygulanabilir ve dayandırıldıkları özel ihtiyaçla doğrudan ilişkili ve orantılı olmalıdır. Kısıtlamalar, ayrımcı amaçlarla veya ayrımcı bir şekilde uygulanamaz...".⁶⁷

Din ve vicdan özgürlüğü iki kapsamda ifade edilmektedir. İlki, içsel alanı; kişinin herhangi bir inanca kendini bağlı hissetmesi veya inanca sahip olmaması, inancını dilediği gibi değiştirebilmesini, güvence altına almaktadır. Diğeri, din ve vicdan özgürlüğünün dışa vurulmasıdır. Akabinde inancını alenileştirmesinden ötürü kınanmaması ve baskı altına alınmamasıdır. Dini semboller, düşünce, vicdan ve inancın yansımasıdır. Açığa vurma, beraberinde bir garantiye ihtiyaç duymaktadır. Devletin tüm dini veya inanç gruplarını eşit şekilde kabul etmesini gerektirmektedir. Benimsenen bu çoğulcu modelde dev-

⁶⁷ <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/hrcom22.htm> (E.T: 06.06.2022); UN Document No: HRI/GEN/1/Rev.1 (1994); <https://digitallibrary.un.org> (E.T: 12.09.2022); Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin AİHM SAS/Fransa Kararında (1.07.2014, B.No: 43835/11) açıkladığı görüşü de benzer yöndedir.

let toplumdaki herkese aynı mesafede durmakta, ayrıca resmen bir dini veya ideolojiyi benimsememektedir. Toplumdaki görüş veya yaşantılardan herhangi birisinin doğruluğu veya yanlışlığını tasdik etme yetkisi de devlete ait kabul edilmemektedir. Bundan dolayı, “sınırlama sebepleri gerçekleşmedikçe” farklılıkların yaşatılmasına müdahale edilememektedir.⁶⁸

B. Türkiye’de Hürriyetin Yasal Görünümü

Anayasa’nın 24. maddesinde hüküm altına alınan din ve vicdan hürriyeti; *“herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır. Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz”* şeklindedir.

24. maddenin 2. fıkrasında atıf yapılan Anayasa’nın 14. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmamasını düzenlemektedir. Madde, *“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbirisi,*

⁶⁸ AYM Tuğba Arslan Kararı, 25.06.2014, B.No: 2014/256, §57-59; Human Rights Watch (2009), “Discrimination in the Name of Neutrality Headscarf Bans for Teachers and Civil Servants in Germany”, (E.T: 07.08.2022), Document No: February, (1-56432-441-9), <https://www.hrw.org/report/2009/02/26/discrimination-name-neutrality/headscarf-bans-teachers-and-civil-servants-germany.html>, 19-20.

Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir” hükmünü içermektedir.

24. maddenin sınırlandırılması için başvurulacak özel sınırlandırma sebebi, öngörülmesi mümkün olmayan genişlikte 14. maddeye atıf yapmaktadır ki, hakkın özünün bu şartlarda korunması bizce mümkün değildir. Nitekim, Anayasa'nın 13. maddesindeki “kanunilik” ölçütü⁶⁹ dikkate alınmaksızın, genelge, yönetmelik, tebliğ gibi düzenlemeler; AYM ve Danıştay kararları ile din ve vicdan özgürlüğü ihlal edilmiştir.⁷⁰ 24. maddenin belirsizliği, kamusal alan özel alan modelleri başlığında ele aldığımız “cumhuriyetçi model” yaklaşımıyla hareket edilmesine imkan sağlamıştır. Açıkçası 24. madde, din ve vicdan özgürlüğüne bir değer olarak güvence oluşturmamaktadır. BM İnsan Hakları Komitesi'nin, 1993 tarihli 48. Oturumundaki (22 No.lu yorumu), MSHS'nin 18. maddesine ilişkin açıklamalarına riayet edilerek Anayasa'nın 24. maddesinde değişiklikler yapılmalıdır. Din ve vicdan özgürlüğünün gerçek manada güvenceye sahip olabilmesi için hakka müdahalenin öngörülebilir olması gerekir.

Din ve vicdan özgürlüğündeki problemleri aşmaya yönelik Anayasa değişikliği yapılmıştı. TBMM, 2008 yılında, din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılmasında kanunilik ölçütünü sağlayabilmek, Avrupa Konseyi ülkelerinde uygulanmayan, Türkiye'de başlarını örtmelerinden ötürü ayrımcılığa maruz kalan üniversite öğrencilerinin mağduriyetine son verebilmek gerekçeleriyle, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik yapmıştı. Anayasanın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair 5735 sayılı Kanun, 411 milletvekilinin oylarıyla kabul edilmiş, 23.02.2008 tarihli 26796 sayılı Resmi Gaze-

⁶⁹ Ufuk Yeşil, “Fransa’da Din ve Vicdan Hürriyeti Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımı”, TBB Dergisi, 126, (2016), 17-18.

⁷⁰ Adnan Küçük, “Türkiye’de Bir Tuhafılık: Başörtüsü Yasağı”, Liberal Düşünce Dergisi, 52, (2008): 98.

te'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, akabinde 112 milletvekilinin açtığı davayla AYM tarafından iptal edilmiştir.

İptal edilen Anayasa değişikliği üç maddedir. 3. madde, Kanun'un yayımıyla yürürlüğe gireceğini ve halkoylamasına sunulması halinde tümünün oylanmasını düzenlemekteydi. Bu açıdan, herhangi bir değişiklik değildi. Anayasanın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair 5735 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddeleri Anayasa'nın iki maddesinde değişiklik yapmıştı. 5735 sayılı Kanun'un 1. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesinin 4. fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresini eklemiştir. Böylelikle, 10. maddenin 4. fıkrası, "devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmüne dönüşmüştü. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42. maddesine 6. fıkradan sonra gelmek üzere, "Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir" fıkrası eklenmişti.

Bizce, 5735 sayılı Kanun'un 1. maddesi, eşitlik ilkesini genişleterek kapsamını güçlendirmişti. 2. maddesi de, din ve vicdan özgürlüğüne getirilecek sınırlandırmaların kanunla yapılması düzenlemesiyle, yerinde bir biçimde, Anayasa'nın 13. maddesiyle uyumlu, din ve vicdan özgürlüğüne biz nebze de olsa kanunilik ölçütü oluşturmaya çalışmıştı.

Anayasa Mahkemesi, iş bu iptal davasında, Anayasa'nın 148. maddesindeki sınırlamaya uymayarak Anayasa değişikliğini inceleyip, denetlemiştir. 148. madde, Anayasa değişikliklerinin, Mahkemenin sadece şekli denetimine tabi olduğunu ve Anayasa değişikliklerinin teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına göre incelenmesini hüküm altına almıştır. AYM, başvuruyu teklif edilebilirlik yönünden ve içerik yönünden ele almıştır. Mahkemenin gerekçesi, teklif çoğunluğu koşulunun sağlanmış olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunu etkin kılmayacaktır. Kuru-

lu iktidar yasama organının, asli kurucu iktidarın öngördüğü sınırlar içinde kalması, yani Anayasa'nın 4. maddesinde teklif edilemez olduğu hüküm altına alınan hükümlere uymasının zorunlu olduğuna karar vermiştir. Bundan dolayı, 4. madde dahil, ilk üç maddenin değiştirilememesi kuralı gereğince, Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle, kurucu iktidarın kurduğu norm bütünlüğünü bozmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Mahkemeye göre, 5735 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddeleri, her ne kadar Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik yapmış olsa da, Anayasa'nın 2. maddesinde hüküm altına alınan Cumhuriyetin Nitelikleriyle uyumsuzdur. Bu sebeplerle AYM, Anayasa'nın 4. maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle teklif edilebilirlik yönünden Kanun'un iptaline karar vermiştir. İçerik yönünden de; dini siyasete alet etmesi, başkalarının haklarının ihlali ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle, laiklik ilkesine açıkça aykırı kabul edilerek iptaline karar verilmiştir. İki üye teklif edilebilirlik ve içerik yönünden karara katılmamıştır. 5735 sayılı Kanun'un 3. maddesi de uygulama imkânının bulunmaması nedeniyle iptal edilmiş, ayrıca iptal kararının sonuçsuz kalmaması için, Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar Kanun'un yürütmesinin durdurulmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.⁷¹

AYM, 2014 tarihli Tuğba Arslan kararında (B. No. 2014/256), "başörtüsü yasağının" kanunilik ölçütünü de taşımadığı gerekçesiyle, hakkın ihlal edildiğine hükmetmiştir. AYM'nin bu kararı ve siyasi parti kapatma davaları dâhil 2014 öncesi kararlarına bakıldığında, Mahkemenin din ve vicdan özgürlüğü ve başörtüsü konusunda esaslı bir içtihat değişikliğine gittiği görülmektedir. Türk modernleşmesinde, kamusal alan ve laiklik, devam etmekte olan önemli bir tartışma konusudur.⁷² Bu açıdan, Türkiye'de laiklik konusuna⁷³ girmeksizin, ça-

⁷¹ AYM, 06.06.2008, 2008/16 E., 2008/116 K.

⁷² Kurt, "İnanç Özgürlüğü", 209-211.

⁷³ AYM'nin 1971 yılındaki laiklik kararı, Türkiye'de yaklaşık 40 yıl benimsenip uygulanan bir görüştür. İlgili karar: "*Türk toplumu açısından lâikliğin anlamının saptanabilmesi için Anayasanın Başlangıç bölümü ile 2., 19., 153. ve 154. maddelerinde yer alan esasların her halde göz önünde tutulması gereğine işaret edildikten sonra, "Anayasanın 153. maddesinde, bu Anayasanın hiçbir hükmünün Türk toplumunun*

lışmamız çerçevesinde kısaca laiklik ilkesinden bahsetmeyi uygun görmekteyiz. Türkiye’de laiklik, dini tehdit olarak algılanmıştır.⁷⁴ AYM, 1971 yılındaki kararından itibaren, laikliği, Türk ulusunu daima yücelten ve Türk ulusunu çağdaş uygarlık düzeyine eriştiren, devlet düzeninin kendisi, Anayasa’daki tüm ilkelere egemen düşünce kabul edilmiştir. AYM, başörtüsü yasağının kaldırılmasında olduğu gibi laiklik ilkesi açıklamasında da yerinde bir içtihat değişikliğine gitmiştir. Değişikliği, 2012 tarihli kararında açıkça görmekteyiz; *laiklik, bireyin ya da toplumun değil devletin bir niteliğidir*.⁷⁵ AYM’nin 2018 tarihli güncel bir kararında da laiklik, toplumsal yaşantıda dini görüntüye imkân tanıyan, Avrupa’da benimsendiği biçimde din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi kabul edilmiştir.⁷⁶

çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, madde metninde gösterilmiş devrim kanunlarının, bu Anayasanın halkoyuyla kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasa’ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı belirlenerek böylece lâik devlet düzeninin korunması hedef tutulmuş bulunmaktadır. 1961 Anayasasıyla güdülen ana erek Başlangıç bölümünde (Türk ulusunun daima yücelmesi) ve 153. maddesinde ise (Türk ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi) biçiminde saptanmıştır. Bu esasların Anayasada yer alması, az önce açıklanan, ana ereğe varılmasını engelleyebilecek veya zorlaştırabilecek nitelikte hiçbir hak ve özgürlüğün Anayasada tanınmamış olduğunu, Anayasada benimsenmiş lâiklik düzenine ilişkin kuralların ancak bu ana ereği gerçekteştirme doğrultusunda yorumlanabileceğini, bu ana ereği Anayasada öngörülen bir çok sınırlandırmaları zorunlu kılan bir neden, daha açıkçası Anayasada benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu vurgulanmıştır” şeklinde (AYM, 04.11.1986, 1986/11 E., 1986/26 K., RG. 22.02.1987/19380).

⁷⁴ McGoldrick, “Classroom”, 454.

⁷⁵ AYM, 20.09.2012, 2012/65 E., 2012/128 K., RG. 18.04.2013/28622.

⁷⁶ AYM; din ve vicdan özgürlüğü, başörtüsü ve laiklik konusunda içtihat değişikliğine gitmiştir. AYM’nin güncel laiklik görüşü: “Anayasa’nın Başlangıç kısmı ile 2., 13., 14., 68., 81., 103., 136. ve 174. maddelerinde yer alan laiklik ilkesi ise devletin dinî inançlar karşısındaki konumunu belirleyen siyasal bir ilke olarak düzenlenmiştir. Laiklik, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsedmemekte; onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. Laik bir siyasal sistemde, dinî konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzları devletin müdahalesi dışında ancak korunması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi, din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir. Öte yandan devlet, bireylerin din ve vicdan özgürlüklerini diğer bireylerin müdahalelerine karşı da korumak zorundadır. Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak bireylerin ve toplulukların sahip oldukları inançlarıyla

AYM'nin 2014 tarihli Tuğba Arslan kararına kadarki bazı gelişmelerden bahsetmeyi "Türkiye'de hürriyetin yasal görünümü" başlığının anlaşılması açısından faydalı bulmaktayız. Yüksek Öğretim Kurulu'nun 20 Aralık 1982 tarihli Genelgesi ile üniversitelerde başörtüsü takılması yasaklanmıştır. Danıştay, 13 Aralık 1984 tarihli kararında; başörtüsü takmanın masumane bir yönünün bulunmadığını, Cumhuriyetin temel ilkelerine ve kadının özgürlüğüyle uyumsuz görüntünün sembolü ve devamındaki sürece yönelik adım olması nedeniyle YÖK'ün Genelgesi'ni yasal bulmuştur. 10 Aralık 1988 tarihinde, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'na geçici 16. maddeyi eklenmiştir. Geçici 16. madde, "*dini inanç sebebiyle boyun ve saçlar örtü veya başörtüsüyle kapatılabilir*" şeklindeydi. AYM, 7 Mart 1989 tarihli kararında Cumhuriyet ve inkılap değerleriyle uyumsuz atfetmiş ve hükmü iptal etmiştir. 25 Ekim 1990 tarihinde, bu sefer 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'na geçici 17. madde eklenmiştir. Geçici 17. madde de, AYM'nin değerlendirmesine tabi tutulma imkanı bulmuştur. Geçici 17. madde, "*yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile, yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet seçimi serbesttir*" şeklindedir. Mahkeme, 1989 yılındaki içtihadını sürdürdüğünü kararın birçok yerinde vurgulamıştır. Geçici 17. maddeyi, Anayasaya aykırı bulmamış ancak yorumlu ret ile, karar gerekçesinde, tanınan özgürlüğün; daha önceki kararın kapsamı sebebiyle "*bir bireyin boynunu ve saçını başörtüsü ile kapatması*" davranışını kapsamadığını ifade etmiştir.⁷⁷

Türkiye genelinde 2012 yılının sonlarına kadar, başörtüsü yasasının yoğun bir şekilde uygulandığı, birçok alanda olumsuz gelişmeler yaşandığı görülmektedir. Bunlardan bazıları: öğrencilerin derslere, sınavlara, üniversite yerleşkesine alınmamaları. Başörtülü derse veya sınava girenlerin devamsız kabul edilmesi, dersten veya sınavdan çıkartılması, karşı koyması halinde disiplin cezası verilmesi. Üniversite öğrenci kimliği ve kayıt fotoğrafının başörtülü kabul edilmemesi. Öğrencilerin kılık kıyafetinde değişiklik yapmayı kabul etmeleri için

barış içinde bir arada yaşayabilecekleri bir hukuksal ve siyasal düzeni tesis etmektedir" (AYM, 06.12.2018, 2017/180 E., 2018/109 K., RG. 23.01.2019/30664).

⁷⁷ AYM Sara Akgül Kararı, 22.11.2018, B.No: 2015/269, §35-44.

“ikna odaları”nın kurulması. Üniversite yönetimlerinin; yönetmelik, genelge gibi düzenlemeler ile kız öğrenciler için başı açık hükmünü getirmeleri. YÖK genelgesi ile peruk vb. saç örtme ürünlerin takılarak eğitim almanın yasaklanması. Mezun olan öğrencilerin diplomalarını alabilmeleri için başı açık fotoğraf ibraz etme zorunluluğu getirilmesi. Üniversitenin yemekhane, kütüphane gibi yerleri; bilimsel faaliyetleri için de başı açık olma zorunluluğudur. Tüm bu kısıtlamalara karşı çıkan diğer öğrenciler ve akademisyenlere yönelik de disiplin soruşturmaları açılmıştır. Yukarıda ifade ettiğimiz söz konusu tüm bu yasakların kanuni dayanağı; 1989 ve 1991 tarihli AYM kararları ve AIHM'nin Leyla Şahin/Türkiye kararı, kılık kıyafet yönetmeliği, idarenin düzenleyici işlemleri (yönetmelik, genelge, yönerge, tebliğ) kabul edilmiştir.⁷⁸

AYM'ye göre, başörtüsü yasağı kanunilik şartını taşımamaktadır. AYM'nin katıldığıımız gerekçesi, *“Türk hukukunun bazı alanlarında, hâkimin yarattığı hukuk, hukukun bir kaynağı olarak kabul edilmekle birlikte insan hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması gibi tamamen biçimsel kanunilik ilkesi temelinde örgütlenen bir alanda hiçbir zaman “kanun” niteliğinde kural özelliği kazanamaz. Öte yandan temel bir hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin süreklilik kazanarak ulaşılabilir ve öngörülebilir hale gelmesi, müdahalenin dayanağı olan kamu gücü işlemi bir “kanun” haline getirmez. Aksi bir düşüncenin kabulü, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kamu gücü işleminden veya eyleminden kaynaklanan hak ihlallerinin “kanuni” dayanaklarının olduğunun kabul edilmesi anlamına gelecektir...”* şeklindedir.⁷⁹

Üniversite gibi kurumların öğrenciler ve personelleri için kendi idari düzenlemeleri ile getirdikleri yasaklar yanında, memurlar için de başörtü yasağı yönetmelikte hüküm altına alınmıştı. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmeliğin 5. maddesi kadınlar için düzenlenmiştir. Maddenin, *“elbise, pantolon, etek temiz, düzgün, ütülü ve sade, ayakkabılar ve/veya çizme-*

⁷⁸ AYM Sara Akgül Kararı, §21-39; Küçük, “Başörtüsü Yasağı”, 91.

⁷⁹ AYM Tuğba Arslan Kararı, §96-100.

ler sade ve normal topuklu, boyalı, görev mahallinde baş daima açık, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış, tırnaklar normal kesilmiş olur” ibaresi, 4.10.2013 tarih ve 2013/5443 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile metinden çıkartılmıştır. Benzer hüküm, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 20. maddesindeki “başı açık” ifadesiydi. Danıştay 8. Dairesi'nin 5.11.2012 tarih ve E.2012/5257 sayılı kararı ile hüküm yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.⁸⁰

AİHM, Türkiye’de dini kıyafet ve laiklik tarihçesi başlığında, kıyafeti hüküm altına alan ilk düzenlemenin 28 Kasım 1925 tarihli 671 sayılı Şapka Kanunu olduğunu belirtmektedir. 671 sayılı Kanuna göre, resmi bir görev gerektirmeksizin halkın geneli şapka takmalıdır.⁸¹ Mahkeme, dini kıyafetlerin mabet ve dini törenler haricinde giyilmesini yasaklayan 3 Aralık 1934 tarihli 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun ve 3 Mart 1924 tarihli 430 sayılı Tevhidi-i Tedrisat Kanunu ile dini okulların kapatılması ve tüm okulların Milli Eğitim Bakanlığı’na bağlanmasına değinmektedir. Ayrıca inkılap Kanunlarının Anayasa’nın 174. maddesi gereğince anayasal statü ile korunan yasalardan olduğuna atıf yapmaktadır.⁸²

III. AİHM KARARLARINDA DİNİ SEMBOLLER

A. Genel Olarak

AİHS'nin 9. maddesinde, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü: “1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. 2. Din veya inancını açıklamaya özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da

⁸⁰ https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/2013_11.pdf (E.T: 15.03.2022).

⁸¹ Şirin vd., “Türkiye’de Din”, 95.

⁸² AİHM Leyla Şahin/Türkiye Kararı, 10.11.2005, B.No: 44774/98.

başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir” şeklinde hüküm altına alınmaktadır.

AİHM'nin, Türkiye aleyhinde sözleşmenin ihlaline hükmettiği çok sayıda kararı bulunmaktadır. Günümüze kadar, AİHM'nin ihlal kararlarını azaltabilmek için Türk mevzuatında bazı değişiklikler yapılmıştır. Hatta Anayasa değişikliklerinin önemli bir kısmı temel hak ve hürriyetlere ilişkindir. İfade hürriyeti, siyasi ifade hürriyeti, siyasi parti kapatma davaları, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ve terörle mücadele gibi birçok konuda Türkiye'nin değerlendirmesinin aksine, AİHM'nin kendi kavramlarıyla hareket ettiği de bilinmektedir. Ancak din ve vicdan özgürlüğü ve İslami dini semboller konusundaki AİHM'nin bakış açısı, Türkiye ile uyumlu bir görüntü sergilemiştir. Mahkeme, AYM ve Danıştay kararlarında Türkiye'nin Avrupa'dan farklı bir katı laiklik anlayışına sahip olduğu argümanını, kararlarında olduğu gibi uygulamaktan tereddüt etmemiştir. Laiklik, Türkiye'nin anayasal bir ilkesidir. Ancak laiklik AİHS'de düzenlenmiş bir hüküm veya sınırlandırma sebebi değildir.⁸³ İslami dini sembollerde AYM'nin önceki kararları ve AİHM aynı gerekçelerle hareket ettiği için, tekrara düşmemek adına çalışmamızda ve bu başlıkta bazı AİHM ilke kararları incelenmektedir.

İlk karar, Leyla Şahin/Türkiye başvurusudur. İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi öğrencisiyken başörtülü olması nedeniyle, eğitimine devam etmesine engel olduğunu belirttiği İÜ Rektörlüğü'nün 23 Şubat 1998 tarihinde yayımladığı genelgenin iptalini talep etmiştir. İstanbul İdare Mahkemesi, 2547 sayılı Kanun'un 13/b maddesinin öğrencilerin kıyafetini düzenleme yetkisini üniversitenin idare organı olan rektörlüğe verdiğini belirterek başvuruyu reddetmiştir. 13 Nisan 1999'da Şahin'e bir dönem okuldan uzaklaştırma disiplin cezası verilmiş, İstanbul İdare Mahkemesi 30 Kasım 1999 tarihinde cezaya itirazı da reddetmiştir. Şahin, 16 Eylül 1999 tarihinde Viyana Üniversitesinde kayıt yaptırmış, eğitim hayatına yurtdışında devam etmiştir. Üniversitenin söz konusu başörtüsü yasağını, AİHM, kanunilik ölçütüne uygun

⁸³ Akbulut, "Human Rights Committee", 204-207.

bulmuştur. AİHM'e göre, kanunilik değerlendirmesinde asıl olan mahkeme kararlarıdır. AYM'nin 1989 ve 1991 tarihli kararları ve Üniversite yönetiminin çıkardığı genelge birbirini tamamlamaktadır. Erişebilme, öngörülebilirlik ve belirlilik şartlarına haizdir. Başvuranın kayıt yaptırdığında İstanbul Üniversitesinde başörtü kısıtlamasının mevcut olduğunu ve 23 Şubat 1998 tarihinden itibaren de derslere, sınavlara kabul edilmeyeceğini bilmesi beklenmiştir.

Büyük Daire, Şahin kararında, Daire'nin kararından farklı düşünmediğini ilgili paragrafı paylaşarak belirtmiştir. AİHM'nin Şahin kararının 115. paragrafında yer alan kısım: *"Anayasa Mahkemesi gibi ...,Mahkeme de, Türkiye bağlamında İslami başörtüsü sorununun değerlendirilmesinde, zorunlu bir dini vecibe gibi takdim edilen veya algılanan böyle bir simgeyi takmanın, onu takmamayı seçenler üzerinde yaratacağı etkinin de göz önüne alınması gerektiğini değerlendirmektedir. Daha önce kaydedildiği gibi (bkz. yukarıda anılan Karaduman kararı; ve yukarıda anılan 95. paragraf Refah Partisi ve Diğerleri kararı), bahis konusu hususlar, nüfusunun çoğunluğu, kadın haklarına ve laik bir yaşam tarzına kuvvetli bir bağlılık sergilerken İslam inancına da bağlı olan bir ülkede, "diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin" ve "kamu düzeninin" korunmasını da içermektedir. Bu alandaki özgürlüğe uygulanan kısıtlamalar, bu sebeple, Türk Mahkemelerinin de belirttiği gibi, özellikle bu dini sembolün Türkiye'de son yıllarda siyasi önem kazanmasından beri ...yukarıdaki iki yasal amaca erişmek için bir toplumsal ihtiyacın karşılanması olarak görülebilir...Mahkeme, Türkiye'de kendi dini sembollerini ve dini dogmalar üzerine kurulmuş bir toplum kavramını toplumun tümüne empoze etmeye çalışan aşırı siyasi hareketlerin olduğunu gözden kaçırmamıştır... Mahkeme, daha önce Taraf Devletlerin Sözleşme hükümlerine uygun olarak bu tür siyasi hareketlere karşı tarihsel deneyimleri dikkate alarak tutum alabileceğini belirtmiştir (bkz. yukarıda, Refah Partisi ve Diğerleri, § 124). Söz konusu düzenlemeler, bu bağlamda ele alınmalı ve yukarıda bahsedilen meşru hedeflere ulaşmaya ve üniversitedeki çoğulculuğu korumaya yönelik tedbir niteliğinde olmalıdır"* şeklindedir. Mahkeme, söz konusu başvuruda

takdir hakkının demokratik toplum düzeninde gerekli, müdahalenin amaç ile orantılı olduğuna hükmetmiştir.⁸⁴

Bu bağlamda ikinci karar, Lautsi ve diğerleri/İtalya başvurusu. On bir ve on üç yaşındaki iki çocuğun ailesi, çocuklarını “laiklik ilkesine” göre yetiştirmek istediklerini belirtilerek AİHM’e müracaat etmiştir. Başvuru konusu, iki çocuğun kayıtlı bulunduğu devlet okulunda sınıflarda “haç işaretinin” bulunmasıdır. Daire kararında, bu davranışın oybirliği ile 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesinin ihlal edildiğine hükmedilmiştir. AİHM’nin Büyük Dairesi, ihlal kararı vermemiştir. Mahkemeye göre, haç işareti dini bir semboldür. Babanın kaygısı anlaşılır görülmeyle birlikte 2. maddenin ihlal edildiğini gösterme açısından yeterli değildir. AİHM, devlet okullarında haç işareti bulundurma yönündeki tercihi devletin takdir payı içerisinde görmektedir. Sınıflarda haç işareti bulundurmaya imkan veren düzenleme, ülkenin çoğunluk dinine okul ortamında görünürlük vermektedir. Ayrıca AİHM söz konusu Hristiyanlığa ait dini sembolün duvara asılmasını Hristiyanlığı benimsetme olarak görmemiştir. Haçın etkisi pasiftir. Yani ortaokul düzeyindeki çocuklar üzerinde dini nutuk veya dini faaliyetlere katılma etkisi yaratmayacağı düşünülmektedir. Sınıfların duvarında asılı bulunan haç işaretinin okul ortamında sağladığı yüksek görünürlüğün kesin olmadığı, ayrıca İtalya’da okul ortamının başka dinlere de açıldığını ifade etmiştir. Son olarak, AİHM’e göre, devlet, eğitim ve öğretim alanındaki görevlerini sahip olduğu takdir hakkına uyarak anne ve babanın dini inançlarına saygı çerçevesinde hareket etmiştir.⁸⁵

Benzer bir kararda, okulun eğitim öğretim yılı açılışında, Rus Ortodoks kutsama töreni yapılması, 7 yaşındaki çocuklara evlerine götürmeleri için kağıt ikonlar dağıtılması ihlal olarak görülmemiştir. Çoğunluk kararına katılmayan iki üye, dua, tütsü ve kutsal sudan daha

⁸⁴ AİHM Leyla Şahin/Türkiye Kararı.

⁸⁵ AİHM Lautsi ve Diğerleri/İtalya Kararı, 18.03.2011, B.No: 30814/06.

kalıcı bir etkinliğin yapılmasını pasif bir dini sembolün mevcudiyeti değil, özellikle aktif bir eylem kabul etmiştir.⁸⁶

Üçüncü kararda, başvuranlar Aczimendi tarikatı üyeleridir. Grup, Kocatepe Camiinde törene katılmak için farklı şehirlerden gelerek Ankara'da toplanmıştır. Başvuranlar, *"siyah renkli sarık, şalvar ve cübeler giymiş ve kendilerine göre büyük peygamberleri ve özellikle Hazreti Muhammet'i anımsatan asalar taşımışlardır"*. Gün içerisinde meydana gelen olaylar sonrasında tutuklanmışlardır. Hükümet, başvuranların kışkırtıcı eylemleri ve dini zorla kabul ettirmeye yönelik tehdit oluşturdukları için tedbir alındığını ifade etmiştir. AİHM'nin hareket noktası, başvuranların herhangi bir kamusal görevi bulunmayan sivil kişiler olmasıdır. Mahkemeye göre, resmi statüleri bulunmayan tarikat mensubu kişilerin dini inançlarını kamusal alanda gizleme zorunluluğu bulunmamaktadır. Giyilen özel kıyafetin kamu düzenini tehdit ettiği veya başkalarına karşı baskı oluşturduğunu gösteren bir unsura rastlanılmamıştır. Mahkeme, başvuranların sokak ve meydanda bulunan halka dini inancı baskıyla teşvik ettikleri unsurunu gözlemlemediğini; Diyanet İşleri Başkanlığı'nın, söz konusu tarikatın kıyafetlerinin hiçbir dini veya makamı temsil etmediği görüşünü açıklaması sonrasında, kısıtlamanın gerekliliğini ikna edici bulmamıştır.⁸⁷

Dördüncü kararda, başvuru sahibi üniversitede profesördür. Başörtüsü takmasının yasaklanması, AİHS'nin 9. maddesinde güvence altına alınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkemeye göre, 9. madde, inancın gereği olarak ortaya çıkan eylemlerin hepsini korumamaktadır. Kamu görevlileri için kısıtlayıcı hükümler bulunabilir. Bireyin din ve vicdan özgürlüğü hakkı ile kamu hizmeti arasında denge kurulması aranmaktadır. AİHM, eğitim kurumlarında dini sembollerin giyilmesi hususunda ulusal makamların takdirini önemseydiğini belirtmektedir. Başörtüsü takılması, kamu düzenini ve başkalarının hak ve özgürlükleri koruma açısından bağ-

⁸⁶ AİHM Perovy/Rusya Kararı, B.No: 47429/09, K.T: 20.10.2020; başörtülü bir öğretmenin başvurusunda farklı yönde bir karar bkz. AİHM Dahlab/İsviçre Kararı, 15.02.2001, B.No: 42393/98.

⁸⁷ AİHM Ahmet Arslan ve Diğerleri/Türkiye Kararı, 23.02.2010, B.No: 41135/98.

daşmaz bulunmuştur. Kurtulmuş kararında, eğitimin tarafsızlığı vurulanmıştır.⁸⁸

Son kararda, başvuru konusu, Fransa’da halka açık yerlerde yüzü gizlemek için tasarlanmış giysilerin giyilmesini yasaklayan hükme yöneliktir. Hüküm, *“hiç kimse halka açık yerlerde yüzü gizlemek için tasarlanmış giysiler giyemez”* şeklindedir. İlgili Bakanlık, yüz gizleme suçuna ilişkin genelge yayımlamıştır. Yasağın genişliğini, AİHM kabul etmektedir. Yasak, yüzünü tamamen örtmek isteyen kadınları doğrudan etkilemektedir. Ayrıca yasaktan ötürü maksimum 150 Euro para cezasını, para cezasına ek veya ceza yerine geçecek vatandaşlık kursuna gitmeye mahkeme hükmedebilmektedir. Peçe takılması konusundaki Fransız hükümetinin “toplum tezini” AİHM kabul etmektedir. Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve birlikte yaşama koşullarının varlığını sağlamaya yönelik yasak orantılı kabul edilmiştir.⁸⁹

⁸⁸ AİHM Sevgi Kurtulmuş/Türkiye Kararı, 24.01.2006, B.No: 65500/01; Sağlık Kuruluşlarında tarafsızlık gerekçesiyle benzer karar, AİHM Christiane Ebrahiman/Fransa Kararı, 26.02.2016, B.No: 64846/11.

⁸⁹ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Fransa’da hüküm altına alınan *“hiç kimse halka açık yerlerde yüzü gizlemek için tasarlanmış giysiler giyemez”* yasağı hakkındaki görüşünü 2011 tarihinde bildirdi. Komisere göre, kişinin özel hayatı ve kişisel kimliğine saygı gösterilmesi hakkı ve dinini veya inancını açıklama özgürlüğü söz konusu giyim tartışmasında ilgili olan haklardır. Burka ve peçenin yasaklanması kadınların maruz kaldığı yabancılaşmayı ortadan kaldırmayacaktır. Söz konusu yasakların AİHS ile uyumu sorunludur. Bu iki hak da sınırlandırılabilir. Ancak kanun ile öngörülen; demokratik toplumda kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlakın korunması veya toplumun korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için sınırlandırılmadır. Burka veya peçenin yasaklanmasını savunan görüşler, bu giysilerin demokrasiye, kamu güvenliğine, düzene veya ahlaka nasıl zarar verdiğini ispat edememişlerdir. Ayrıca söz konusu giysiyi giyen az sayıda kadının bulunması ikna edici değildir. Başka bir ülkedeki rejimin kadınları bu kıyafetleri giymeye zorlaması, AİHS’nin açık bir ihlalidir. Kabul edilemeyecek bu davranışa karşı tepki gösterilmesi gerekmektedir. Fakat söz konusu kıyafetin doğrudan kendi ülkende yasaklanması yöntemine başvurulması diğer rejimi düzelterek bir tesir yaratmaz. Kararların sonuçlarının tartışılması elzemdir. Çarşaf ve peçe giyen kadınların devlet kurumlarına alınmaması önerisi en temel kamu hizmetlerinden uzak durmalarını istemek, yanlış sonuçlardır (Komiser görüşü; AİHM SAS/Fransa Kararı).

B. Aktif-Pasif Dini Sembol Testi

Kararlar incelendiğinde, din ve vicdan özgürlüğüne müdahalede AİHM'nin değerlendirmesi, öncelikle kişinin din ve vicdan özgürlüğü bağlamında bir hakkının bulunup bulunmadığıdır. Sonrasında, kanunla öngörülme, meşru bir amacı karşılama ve demokratik toplumda gerekli olma ölçütleri değerlendirilmektedir. Din ve vicdan özgürlüğünün tarafsızlık, kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma gerekçesiyle de sınırlandırıldığı görülmektedir. Mahkeme, kararlarında, aktif-pasif dini sembol testini kullanmaktadır. Aktif sembol; başkalarına karşı zorlayıcı/ikna edici bir tutum ile o dini benimsemeye yönlendirmek, o dini benimsemeyenleri dışlamaktır. Devletin müdahalesini haklı ve gerekli hale getirmektedir.⁹⁰

Pasif sembol, ikna veya zorlama amacı taşımamaktadır. Din ve vicdan hürriyeti kapsamında korunması gerekmektedir. Elbette şiddet ve her türlü Sözleşme kapsamında korunmamaktadır. Mahkemenin aktif-pasif sembol testini kabul etmekle birlikte, uygulama birliğinin olmadığı görülmektedir.⁹¹ Militan demokrasi olarak adlandırılan, Batılı ülkelerin ve kuruluşların demokrasiyi korumak adına liberal olmayan önlemler alınmalarında aykırılık görmeyen yaklaşım, başörtüsünü aktif sembolün ötesinde kamu düzenine karşı tehdit olarak görmektedir.⁹² Ancak başörtüsü, radikal ve ayrılıkçı bir mana taşımamaktadır. Bu tehdit yorumu hatalıdır. İslamiyet, tek kelimeyle demokrasiye düşman kabul edilemez. Katolisizm, Lutheranism ve Kalvinizm'in söylemleri demokrasiyle örtüşmemektedir. Bu hususta pek çok kitap ve makale de yazılmıştır. Sonuç olarak sadece Hristiyanlığın demokratik olduğunu kabul etmemek gerekir.⁹³ AİHM, problemlerin çözümü yerine, Konsey üyesi ülkelerin takdir haklarından bahsederek önemli ölçüde değişen uygulama farklılıkları yaratmaktadır. Bu durum büyük bir çelişkidir. Geniş takdir hakkı yorumu, Mahkeme'nin istisna olması gerekeni genelleştirmesi ve içtihat birliğini

⁹⁰ McCrea, "European Law", 94.

⁹¹ Human Rights Watch (February, 1-56432-441-9), 24.

⁹² McCrea, "European Law", 62.

⁹³ Temperman, "Neutral Governance", 33-34.

bozması, birçok yazar ve hakim tarafından da haklı olarak eleştirilmektedir.⁹⁴

Mahkeme, İslam dinine karşı geliştirdiği içtihadında diğerlerinden ayrılmayı gerektiren sebepleri tam olarak ortaya koyamadığı için İslam dini açısından verdiği kararların farklılığını gerektiren düşünüş biçimi kararlarından anlaşılammakta, kamuoyunda ayrımcı bir yaklaşım gösterildiği kanaati oluşmaktadır.⁹⁵ Avrupa'daki kıyafet konusundaki tartışmanın Müslüman kadınlara yönelmesi bu dinin hedef alındığı izlenimini doğurmaktadır. Ortaya atılan bazı argümanların İslamofobik içeriği, diyaloga kapı kapatmaktadır.⁹⁶ AİHM'nin somut verilerde sosyolojik değerlendirme yapamadığı veya bilerek yapmadığı için koyduğu kritere uygun saydığı yasaklar, aslında koyduğu kritere uygun olmadığı için bu kararları hukuk alanında genel geçerli saymamak, karar örneğiyle sınırlı ele almak gerekmektedir. AİHM, başörtüsünün din ve vicdan özgürlüğü bakımından başka dinlerin aleyhine bir söylem içerip içermediğine bakmalıydı. Başörtüsü diğer dinler aleyhinde bir anlam içermemekte, baskı amacı bulunmamaktadır. Başörtüsü, mensup olunan dini ifade ettiği için kamusal alanda insanların davranışının diğerine tahammülü ve objektif olup olmadığını değerlendirmek bakımından tam tersine olumlu bir rol oynamaktadır.

AİHM'in ihlal görmeyen kararlarını yorumlamak, başörtüsü yasasını meşrulaştırmak anlamına gelmemektedir. Şartlar ve koşullar öyle ise yasaklanmasında bir ihlal görmeyen parça parça olaylardır. Hristiyanlık açısından okul duvarına asılan veya yapıştırılan haç, pasif bir sembol görülmekte, tarafsızlık ilkesi açısından da problem teşkil etmemektedir. Avrupa'nın çok az ülkesinde, Fransa, Gürcistan ve Makedonya'da, dini sembol bulundurmamak açıkça yasaklanmıştır. İtalya, Avusturya, Almanya'nın belirli eyaletleri, İsviçre'nin belirli bölgeleri ve Polonya'da, dini sembol bulundurulması yönünde açık hüküm var-

⁹⁴ Akbulut, "Human Rights Committee", s.204-205, 210.

⁹⁵ Human Rights Watch (February, 1-56432-441-9), 11.

⁹⁶ McCrea, "European Law", 93-94.

dır. Ermenistan, Bulgaristan, Rusya, Yunanistan, Litvanya, Malta, San Marino ve İtalya hükümetlerinin konu hakkındaki görüşleri: devlet okullarında kaçınılmaz bir şekilde devlet sembollerinin bulunacağı, dini sembol kadar söz konusu haçın ulusal bir karaktere de haiz olduğu, laik olduğunu söyleyen devletlerin de tarafsız hareket etmedikleri, önemli olanın eğitimdeki müfredatın dini çoğulculuğa yer vermesi gerektiğidir.⁹⁷ Müfredatın çoğulculuğu değerlendirmesine AİHM kararlarında da rastlanılmaktadır.

Bizce, AİHM kararlarının aksine başörtüsü pasif bir semboldür. Erişkin olmayanlar veya başörtüsü takmayanlar üzerinde zorlama yoluyla din ve vicdan özgürlüğüne müdahalede bulunduğu açıkça gösterildiği zaman, başörtüsüne getirilecek sınırlandırma, yasaklama değil, makul görülebilir. Türkiye'nin geçmiş uygulamasındaki yasağı destekleyen AİHM kararları, gerekçesine uygun bir değerlendirme niteliğinde değildir. Genel bir yasak getirilmesi, açıkça hakkın özüne dokunmaktadır. Olası olumsuz bir etki veya soyut bir tehlike varsayımı tatmin edici bir biçimde açıklanamamaktadır.⁹⁸

Başörtüsü yasağı getirilmesiyle sağlık ve ahlakın korunduğu; kamu düzenin tesis edildiği ve suçun önlendiği iddiası, ispata muhtaçtır. Söz konusu yasağın laiklik veya tarafsızlık ilkesi değerlendirilmesinde de; Avrupa'nın, Hristiyanlığa ait semboller için getirdiği yorum karşısında, bir ülkenin başörtüsü yasağı sayesinde laik olarak tanınıp tanımlanmayacağı sorgulanmalıdır. Yasaklama yöntemi, AİHM'nin geliştirdiği "çatışan hakların dengelenmesi" yöntemiyle de uyumsuzdur. Devlet istihdamı dışında bırakılan, kamusal alandan tecrit edilen kadınların mağduriyetleri, demokratik toplum düzenine faydasızdır. Açıkçası, din ve vicdan özgürlüğüne bu denli şiddetli bir sınırlandırmanın haklı olduğunu ikna edecek yeterli kanıt bulmak zordur. Yasak için öne sürülen, "başını örtmemeyi tercih edenlerin hak ve özgürlüklerini koruduğu" argümanı, Mahkeme kararları ve yasak hükümlerin düzenlendiği mevzuatın oluşturulmasında ortaya çıkan bir sorunu

⁹⁷ AİHM, Lautsi ve Diğerleri/İtalya Kararı, §27, 47, 48, 49, 72.

⁹⁸ Küçük, "Başörtüsü Yasağı", 91-93.

çözmek amacıyla hareket etmemiştir.⁹⁹ AİHM'nin esas aldığı kriter, başörtüsü bakımından geçerliliği bulunmayan, eksik araştırma ve başörtüsünün din ve gelenek içindeki yeri, işlevi, başörtüsüzler bakımından anlamı noktasında sosyolojik bilgi eksikliği taşımaktadır.

Ayrımcılığa dönüşen tarafsızlık konusuna gelirse, devletin tarafsızlığı, bir dinin diğerinden üstün tutulmaması, devlet işleyişinin din işleriyle iç içe geçmemesidir. Dini kıyafet giyen kamu görevlisinin kayırmacı bir görüntüsü olduğu iddia edilebilir. Ancak başörtüsü, haç veya kipa gibi pasif bir şekilde sadece kişinin inançlarını ifade ettikleri dini semboller; dini kitapları veya dinlerin esaslarını tanıtmaya amacını gerçekleştirmeye yeterli gelmemektedir. Dini sembollerin, başka inanca sahip veya inanmayanlar için sadece rahatsız edici kabul edilmesi; düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne müdahaleyi haklı kılmamaktadır. ABD'de ve Avrupa'nın birçok ülkesinde Yahudi inancının gereği olarak şehrin belirli alanlarına "eruv teli" dikilmesine/çekilmesine izin verilmektedir. Hristiyanlar için de neredeyse tüm Dünyada Noel ağacı süslenmektedir. Devlet eliyle de bu faaliyet gerçekleştirilmektedir. Kimilerine göre, Eruv teli veya Noel ağacı daha kışkırtıcı kabul edilebilir. Ancak tüm bu dini sembollerin hepsiyle iç içe yaşadığımız gerçeği değişmeyecektir. Devletin söz konusu dini sembollerden herhangi birisini, sınırlama sebeplerinin yokluğuna rağmen, başkaları tarafından "benimsenmemesi" nedeniyle yasaklaması, birini diğerinin üzerinde tutarak, dinler arasında öncelik oluşturmaktadır.¹⁰⁰

Dinin toplumsal hayattaki etkisi ve küreselleşen dünyamız karşısında; devletin birey adına karar vermesi, birtakım düzenlemelere yönelmesi, toplumun veya bireyin hangi inancı benimseyip benimsemeyeceğini tespit etme hakkı bulunmamaktadır. Aksi durum, insan haklarının açık ihlali ve tarafsızlık ilkesiyle uyumsuz ideolojik bir tu-

⁹⁹ Human Rights Watch (February, 1-56432-441-9), 60-61.

¹⁰⁰ Simon Pelsmakher, "State Neutrality in Religious Affairs - Civil Servants and Religious Dress", Canada-United States Law Journal, 41/1, (2017): 151-152; Küçük, "Başörtüsü Yasağı", 95-97.

tumdur.¹⁰¹ İnancı yansıtmak, düşüncelerin alenileştirilmesi örneklerinden sadece birisidir. Dini semboller dışında çok çeşitli araçlar ile ve hatta tepkisiz kalarak da bunu sağlamak mümkündür. Kişilerin açıkça hedef alınmadığı, belirli bir dine katılmaya veya kurallarını uygulamaya zorlanmadığı sürece, bir dini veya bu dini tercih etmeyen kişilerin korunması amacıyla zorunlu toplumsal bir ihtiyacın ortaya çıktığını düşünmemekteyiz.

SONUÇ

Çalışmamızda, Türkiye’de uygulanmış başörtüsü yasağının din ve vicdan özgürlüğünün ihlalinin ötesinde kadınlara karşı kamusal dışlanma yaratması, AİHM’nin İslam dinine ait sembollerde özgürlükçü perspektifinden ayrılığı; AİHM’nin din ve vicdan özgürlüğündeki ilke kararları, kamusal alan-özel alan ayrımı birlikte temele alınarak hareket edildi. Din ve vicdan özgürlüğü ve ifade hürriyetinin sınırlandırılma sebeplerine uyulmaksızın, doğrudan başörtüsüne yasak getiren düzenleme ve uygulamalar sosyolojik temelden yoksun tek tipçi bir bakış açısını yansıtmaktadır. AİHM’nin AİHS’ye taraf devletlerin takdir hakkı üzerinden din ve vicdan özgürlüğü değerlendirmesi yapması ve başörtüsü konusunda, diğer dinlere yaklaşımı dışında şiddetli sınırlandırmaları desteklemesi, Mahkemenin taraf devletlerin “takdir hakkı” marjında başörtüsü konusunda farklılığa gitmesi, Mahkemeyi kendisiyle çelişkiye düşürmektedir. İslam dinine karşı geliştirilen içtihadın farklı olmasının sebebi tam olarak ortaya konulamadığı için ayrımcı bir yaklaşım gösterildiği kanaati oluşmaktadır.

Mahkemenin takdir hakkı değerlendirmesi menfi durumu açıklamaya yeterli gelmemektedir. Sözleşmenin ikincilliği, hürriyetlerin öncelikle Sözleşmeye taraf devletler tarafından korunması anlamına karşılık gelmektedir. Ancak bu koruma sistemini oluşturmayan ülkelerin takdir hakkını kullandığını iddia etmek, ve meseleyi ayrıca yerelleştirmek, Mahkeme içtihatlarıyla uyumsuzdur. Mahkemenin içtihat-

¹⁰¹ Pelsmakher, “Religious Dress”, 154.

larıyla geliştirdiği koruma sistemini devre dışı bırakmaktadır. Mahkemenin ihmal ettiği başkaca önemli husus, başörtüsünün Avrupa'da azınlık hakkı kapsamında değerlendirilmesinin Türkiye için geçerli olmadığıdır. Bu yönüyle de zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığından bahsetmek zorlama bir gerekçe gözükmektedir. Somut verilerle sosyolojik değerlendirme yapamadığı kararlarını genel geçerli saymamak gerekmektedir. AYM, 2014 tarihli Tuğba Arslan kararında, önceki içtihatlarından ayrılarak başörtüsü yasağının din ve vicdan özgürlüğüyle bağdaşmadığına hükmetmiştir.

İncelediğimiz Şahin/Türkiye, Kurtulmuş/Türkiye, Lautsi/İtalya, Perovy/Rusya ve SAS/Fransa kararlarında, AİHM, ülke uygulamalarını ihlal kabul etmemiştir. Söz konusu kararlarda, dini sembollere yönelik geliştirilen aktif-pasif sembol testine en başta Mahkemenin riayet etmediği görülmektedir. Haç ile ilgili başvurularda özgürlükçü bir bakış açısıyla, başörtüsü konusunda ise AYM'nin 1989 ve 1991 tarihli kararlarıyla aynı yönde düşünen ve hareket eden Mahkeme; bir tarikatın Ankara'daki eylemi, kendi uygulamaları dışındaki kişileri "dinsiz" ilan eden açıklamaları, şeri düzen gibi söylemleri, ifade hürriyeti kapsamında kabul etmiştir. Tarikatın söz konusu davranışı açıkça bir inanca zorlama olmasına rağmen, tek başına başörtüsü daha tehlikeli kabul edilmektedir. Bir düşünce, vicdan ve dini inancı sadece alenileştirmek (başörtüsü) ile uygulama/inançlarını zorunlu hale getirmek isteyenler aynı değerlendirilmemelidir. Başörtüsü, İslam dinine ait, başka dinlere karşı baskıcı bir çağrışımı bulunmayan, din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılması sebeplerini dahi içermeyen bir semboldür. AİHM'nin testine göre de pasiftir. Sınırlandırılması için sebep bulunmayan başörtüsünün yasaklanması doğrudan hakkın özüne dokunmaktadır. Ayrıca kararlarda, başörtüsü takan birisinin saçını kapatma iradesinin zorlama olup olmadığını tartışmak, anlaşılması güç durumdur. Başka dini sembollerle ilgili kararlarda irade testi uygulandığı görülmemektedir. Bu kişilerin tıp fakültesi öğrencisi ve akademisyen olması karşısında da irade testi gerçekçiliğini tamamen yitirmiştir.

İslam diniyle ilgili sembollerde, çoğulculuğun sağlanması, başörtüsünü yasaklamak ile gerçekleşmeyecektir. İslamofobik ve diyaloga kapı kapatan yaklaşımlar, Müslüman kadınların siyasi, sosyal ve kültürel sahanın dışına çıkarılması sonucu; kamusal alan özel alan bakış açılarından cumhuriyetçi modelin tercih edilmesidir. Farklılıklardan birisini yasaklayarak tek tipleştirmeye yönelik yöntemi kararlarında uygulayan AİHM, din ve vicdan özgürlüğünde “hakkın özüne dokunduğu” gibi; başörtülü kadınların siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik sahadan dışlanmasını desteklemiş olmaktadır. Herhangi bir düşünce, vicdan ve dini inancın dışa vurulması farklı muameleye tabi tutulacak ise, davranışın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, kamu düzeninin sağlanması amacına tam bir uyum sağlaması gerekmektedir. Eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaması için de hak ve özgürlüklerin nasıl zarar göreceği ve kamu düzeninin nasıl bozulacağı açıklanması, hürriyetin kamusal alana yansımada engellenen kıyafet veya sembolün hangi sebeple zorlayıcı toplumsal bir ihtiyaca karşılık geldiği açıkça belirtilmelidir. Gerekçeler, makul bir temele ve kanıtlara dayanmalıdır.

Çalışmamızda kamusal alan kavramının farklı modellerine değinildi. Bu modellerde önemli farklılıklar bulunduğu görülmektedir. Kamusal alanı tek başına tanımlamak da mümkün değildir. Mahremiyetin zıttıdır ifadesi oluşmaktadır, ancak eksiktir. Din ve vicdan hürriyeti, kamu hizmetine girme, çalışma, eğitim ve öğrenim, toplantı ve gösteri yürüyüşü, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı, özel hayatın gizliliği ve korunması, haberleşme ve basın hürriyeti gibi birçok özgürlüklerde kamusal alan özel alan ayrımı ortaya çıkabilir. Özgürlüğe getirilecek sınırlandırmada, kamusal alan özel alan ayrımına göre hareket etmek taşıdığı belirsizlik karşısında hukuki güvence taşımamaktadır. Kamusal alan ayrımı, özgürlükleri sınırlayıcı bir kavram olarak kullanılması için gerekli teknik temelden yoksundur. Özgürlüklere müdahale edilirken özgürlüğün kendi bağlamından hareket edilmelidir. Teknoloji, kişisel iletişim olanaklarının gelişmesi ve sosyal medya araçları; hayatın her alanında her türlü amaca yönelik

olanak sağlamaktadır. Modern dünyada özel alanı tanımlamak bile güçtür.

Düşünce, vicdan ve dinlere eşit yaklaşılarak uygulanacak aktif-pasif sembol testi, AİHM'nin geliştirdiği demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne daha uygundur. Türkiye'de, epeyce bir süre, kanunilik ölçütü dikkate alınmaksızın, genelge, yönetmelik, tebliğ gibi düzenlemeler; AYM ve Danıştay kararları ile din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edilmesi karşısında, din ve vicdan özgürlüğü açısından öncelikle Anayasal hukuki güvence sağlanmalıdır. Anayasa'nın 24. maddesi, özgürlükçü olmayan modellere kapı aralayacak hükümler içermektedir.

Önerimiz, Anayasa'nın 24. maddesinde değişiklik yapılmasıdır. Öncelik de din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırma sebebi olarak gösterilen, Anayasa'nın 14. maddesine yapılan atfın kaldırılması gerekmektedir. 24. ve 14. maddelerin mevcut hükümleri, başta din ve vicdan özgürlüğü olmak üzere çoğulculuğa izin vermemektedir. Anayasanın 13. maddesinin öngördüğü güvenceler bertaraf edilerek, din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılması amacı dışında, yasaklanmasına imkân tanımaktadır. Hakkın özünü korumaya elverişli olmayan bu Anayasa hükmünün uygulamadaki öngörülmezliği, evrensel metinlerdeki hükümlere yer verilerek çözümlenmelidir. Sınırlandırma gerekçesi; kamu güvenliği, düzeni, sağlığı ve ahlakını veya başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak amacına yönelmelidir. Yasaklama da ancak, din veya inancın hiçbir tezahürü, savaş propagandası veya ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti teşvik etmemek; ulusal, ırksal veya dini nefreti savunulmaması için getirilmelidir.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Emre. "Limitations on Religious Headdress and Two Different Viewpoints: Inferences from Finding of the European Court of Human Rights and the United Nations Human Rights Committee", *Anayasa Yargısı*, 38/2, (2021): 177-220.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Ders Notları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Eren, Abdurrahman, "Özgürlükler Mekanı Olarak Kamusal Alan", *AÜEHFD*, 9/3-4, (2005): 95-124.
- Habermas, Jürgen. *Kamusallığın Yapısal Dönüşümü*, çev. Tanıl Bora ve Mithat Sancar, İstanbul: İletişim Yayınları, 1997.
- Human Rights Watch (2009), "Discrimination in the Name of Neutrality Headscarf Bans for Teachers and Civil Servants in Germany", (E.T: 07.08.2022), Document No: February, (1-56432-441-9), <https://www.hrw.org/report/2009/02/26/discrimination-name-neutrality/headscarf-bans-teachers-and-civil-servants-germany.html>.
- İnam, Ahmet. "Hanemizdeki Sır", *Kamusal Alan, Doğu Batı Düşünce Dergisi*, 5, (1998-9): 197-205.

- Jürgen Habermas/Lennox Sara /Lennox Frank, "The Public Sphere: An Encyclopedia Article (1964)", Duke University Press, 3 (1974): 49-55.
- Keskin, Ferda. "Kamusal Alan ve Yalın Yaşam", Kamusal Alan, Doğu Batı Düşünce Dergisi, 5 (1998-9): 105-109.
- Keyman, E. Fuat. "Kamusal Alan ve "Cumhuriyetçi Liberalizm": Türkiye'de Demokrasi Sorunu", Kamusal Alan, Doğu Batı Düşünce Dergisi, 5 (1998-9): 53-80.
- Kurt, Hayrettin. "İnanç Özgürlüğü Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımının Mukayeseli Hukuk Bakımından değerlendirilmesi", EÜHFD, 17/1-2, (2013): 201-232.
- Küçük, Adnan. "Türkiye'de Bir Tuhafılık: Başörtüsü Yasağı", Liberal Düşünce Dergisi, 52 (2008): 91-99.
- Jaclyn Lneo/Gscharffs Brett. "Introduction: Freedom of Religion Law and Politics in Comparative Perspective", University of Western Australia Law Review, 47/1 (2020): 1-14.
- McCrea, Ronan. "The Ban on the Veil and European Law", Oxford University Press-Human Rights Law Review, 13/1 (2013): 57-97.
- McGoldrick, Dominic. "Religion in the European Public Square and in European Public Life- Crucifixes in the Classroom?", Oxford University Press-Human Rights Law Review, 11/3, (2011): 451-502.
- Öğün, Süleyman Seyfi. "Kamusal Hayatın Kültürel Kökleri Üzerine: Sennett, Habermas ve Abdülaziz Efendi", Kamusal Alan, Doğu Batı Düşünce Dergisi, 5 (1998-9), 55-61.
- Pelsmakher, Simon. "State Neutrality in Religious Affairs - Civil Servants and Religious Dress", Canada-United States Law Journal, 41/1, (2017): 141-155.
- Sunay, Reyhan. "Cumhuriyetçi-Liberal-Müzakereci Kamusal Alan Modelleri ve Türkiye'de Kamusal Alanın Gelişimi", SÜHFD, 10/3-4, (2002): 51-78.

- Şirin Tolga, Erkan Duymaz, Deniz Yıldız. Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri, Ankara: Türkiye Barolar Birliği (313), 2016.
- Temperman, Jereon. "The Right to Neutral Governance, Religion, the State & the Question of Human Rights Compliance", The Journal of Human Rights, 12/24, (2018): 17-38.
- The World Bank, Communication for Governance & Accountability Program (CommGAP), (E.T: 09.09.2022), "The Public Sphere", <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08b45e5274a27b2000a69/PubSphereweb.html>.
- Torun, Tayfun. "Jürgen Habermas'ın Kamusal Alan Kavrayışı: Rasyonel Politik İrade Oluşumu", Kaygı, 19/1, (2020): 220-238.
- Ulucan, Devrim. "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", DEÜHFD, 15/Özel Sayı, (2014): 369-383.
- Yeşil, Ufuk. "Fransa'da Din ve Vicdan Hürriyeti Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımı", TBB Dergisi, 126, (2016): 11-48.
- Yıldız, Abdülkadir, Din ve Vicdan Özgürlüğü. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Yılmaz, Zafer, "Özel Alan-Kamusal Alan Ayrımının Tarihsel Temelleri "Antik Yunan", Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Dergisi, 14, (2006): 359-371.
- Yükselbaba, Ülker, "Kamusal Alan Modelleri ve Bu Modellerin Bağlamları", İÜHFM, 66/2, (2008): 227-271.
- <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/hrcom22.htm> (E.T: 06.06.2022); UN Document No: HRI/GEN/1/Rev.1 (1994); <https://digitallibrary.un.org> (E.T: 12.09.2022).