

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE DİNSEL RİTÜEL VE UYGULAMALARIN SINIRLANDIRILMASI

Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU¹

ÖZET

Dinsel ritüel ve uygulamalar, din veya inancı açığa vurma özgürlüğünün bir sonucudur. Çalışmamız kapsamında, öncelikle din ve vicdan özgürlüğü kavramları açıklanarak, AIHM'nin yapmış olduğu tanımlar ve uluslararası belgelerde din ve vicdan özgürlüğünün nasıl düzenlendiği inceleme konusu yapılacaktır. Ritüel kavramı, bu kavramın kapsamına nelerin girdiği ve sınırlama sebepleri anlatılacaktır. Sınırlama sebepleri olan kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması kavramları tanımlanacaktır. Bu kavramların tanımları özellikle Anayasa Mahkemesi ve iç hukuk çerçevesinde yapılacaktır. Ayrıca her bir sınırlandırma sebebinin altında konu

¹ Arş. Gör., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, edemirsoy@erciyes.edu.tr
Makale Geliş Tarihi:13.09.2018
Makale Kabul Tarihi:04.10.2018

ile ilgili AİHM kararlarına yer verilecektir. Sınırlandırmanın sınırı olarak kabul edilen sınırlamanın kanuniliği, meşru amaç şartı, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük ilkelerinin tanımları yapılacaktır. Bu ilkelere açıklanmasında Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarındaki tanımlardan faydalanılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dinsel Ritüel ve Uygulamalar, Din ve Vicdan Özgürlüğü, Sınırlama Sebepleri, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

LIMITING THE RELIGIOUS RITUAL AND PRACTICES UNDER THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISIONS

ABSTRACT

Religious ritual and practices is a result of the freedom to manifest religion or belief. In our work, firstly, the concepts of freedom of religion and conscience will be explained, how the freedom of religion and conscience is regulated in definitions of the ECHR and international documents, will be discussed. The concept of ritual, what is in the scope of this concept, and the reasons for the limitation will be described. The concepts of public safety, public order, general health and general morality and the protection of the rights and freedoms of others, which are the reasons for limitation, will be defined. Definitions of these concepts will be made in particular within the framework of the Constitutional

Court and domestic law. Also, the decisions of the ECHR concerning the matter shall be included under each limitation. The definition of the legality of restriction, the condition of legitimate aim, the necessity in the democratic society and the principles of moderation will be made. The explanations of these principles will be benefit from the in the definitions of the Constitutional Court and the ECHR decisions.

Key Words: Religious Ritual and Practices, Freedom of Religion and Conscience, Reasons for the Limitation, Constitutional Court, European Court of Human Rights.

I. GİRİŞ

Tarihi insanlık tarihi kadar eskilere dayanan dinin toplum yaşamındaki önemi inkâr edilemez. Bu nedenle din ve vicdan özgürlüğünün ulusal ve uluslararası belgelerde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Din ve vicdan özgürlüğü 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde düzenlenmiştir. 9. maddeye göre: “(1)Herkes düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. (2) Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir”. Din ve vicdan hürriyeti başlıklı 1982 Anayasası 24. maddeye göre de: “(1)Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. (2) 14 üncü maddede hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî ayin ve törenler ser-

besttir. (3) Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. (4) Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve orta-öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır. (5) Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî 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”. AİHS’de ve Anayasamızda din veya inancı açığa vurma özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Çoğunluğunun aynı dine mensup olduğu toplumlarda, din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılmaması konusunda genel bir inanış olmakla beraber, bu toplumlarda genellikle azınlıkların din ve vicdan özgürlüğüne yönelik bazı sınırlamaların olduğu görülmektedir. Ülkemizde İslam dini haricindeki dinlere karşı olan bu sınırlamalar, Avrupa devletlerinde ise genellikle İslam dinine karşı olmaktadır.

II. DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI

Din ve vicdan özgürlüğü AİHS dâhil birçok uluslararası belgede yer almaktadır. 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 18. maddesine göre: “Herkes, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin ister tek tek, isterse başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını, tapınma, uyma,

uygulama ya da öğretme bakımından açık ya da kapalı biçimde ortaya koyma özgürlüğünü de içerir". 16 Aralık 1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18. maddesi de din ve vicdan özgürlüğünü düzenlemektedir. 18 maddeye göre: "(1) Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kendi tercihiyle bir dini kabul etme veya bir inanca sahip olma özgürlüğü ile tek başına veya başkalarıyla birlikte toplu bir biçimde, aleni veya özel olarak, dinini veya inancını ibadet, uygulama, öğretim şeklinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir. (2) Hiç kimse, kendi tercihi olan bir dini kabul etme veya inanca sahip olma özgürlüğünü zayıflatacak bir zorlamaya tabi tutulamaz. (3) Bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü ancak kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla, hukuken öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir. (4) Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, anne-babalar ile mümkünse vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne saygı göstermeyi taahhüt ederler". 22 Kasım 1969 tarihli İnsan Haklarına Dair Amerika Kıtası Sözleşmesi'nin 12. maddesi uyarınca din ve vicdan özgürlüğü: "Kişinin dinini veya inancını devam ettirme veya değiştirme özgürlüğü ile kişinin dini inancını veya inançlarını bireysel yahut başkalarıyla birlikte kamusal veya özel alanda açıkça ifade etme veya yayma özgürlüğünü" içerir. 26 Haziran 1981 tarihli İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı'nın 8. maddesi "Vicdan özgürlüğü dinin ifade edilmesi ile özgür bir şekilde icrasını garanti altına alır. Hiç kimse yasaya ve kamu düzenine uygun olmak kaydıyla, bu özgürlükleri sınırlayan tedbirlere maruz bırakılamaz." hükmünü içerir.

Türk Dil Kurumu'na göre din; Tanrıya, doğüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum, diyanettir². AİHM ise vermiş olduğu kararlarında din kavramını tanımlamaktan kaçınmaktadır³. Mahkeme belirli inançların veya uygulamaların soyut anlamda din olarak tanımlanmasını kendisinin görevi olarak görmemekte, hangi cemaatlerin dini cemaat olarak tanınması hususunda ise Avrupa ortak standardını ve davalı devletin söz konusu cemaate yönelik tutumunu dikkate alarak karar vermektedir⁴. Mahkeme içtihadında, Müslümanlık, Hristiyanlık, Musevilik, Budizm gibi dinleri ve Yehova Şahitliği, Moon Tarikatı gibi yeni dinsel hareketleri de din kavramı kapsamında değerlendirmektedir⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre: *“Din ve vicdan özgürlüğü demokratik bir toplumun temel taşlarından biridir. Dini boyutuyla, sadece inananların kimliği ve yaşam anlayışlarının en temel unsurlarından birisi değil; aynı zamanda ateist, agnostik, kuşkucu ve ilgisizler için de değerli bir kazanımdır. Demokratik bir toplumun vazgeçilmez bir ögesi olan ve yüzyıllarca süren mücadeleler sonucunda kazanılmış olan çoğulculuk buna bağlıdır. Din özgürlüğü esas olarak bireyin vicdanı ile ilgili bir husus olmakla birlikte, aynı za-*

² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid= TDK.GTS.575019db330597.92406487 (E. T. 01/06/2016).

³ ÖKTEM, Akif Emre, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte Yayınları, Ankara, 2002, s. 310

⁴ TOKUZLU, Lami Bertan, “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör: Sibel İNCEOĞLU, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2013, s. 334.

⁵ DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 124.

manda, diğer hususların yanı sıra “dinini açıklama” özgürlüğünü de içerir. Sözcükler ve hareketler ile açığa vurma dini inançların varlığı ile bağlantılı bir olgudur. Sözleşme'nin 9. maddesine göre kişinin dinini açığa vurma özgürlüğü yalnızca başkalarıyla birlikte, “alenen” ve aynı inancı paylaşan insanların oluşturduğu çevrede değil, aynı zamanda “tek başına” veya “özel mekânda” da geçerlidir”⁶.

Mahkemenin felsefi, siyasi ve etik düşünce akımlarını ise inanç olarak gören bir içtihadı bulunmamakla birlikte bunları AİHS 9. maddesinin yanı sıra ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi ve örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesi çerçevesinde incelediği görülmektedir⁷. Vicdan ise kişinin iç sesi olup, vicdani kanaat dini kanaati de kapsamakla birlikte sadece dini kanaat demek değildir⁸. AİHS 9. maddesi, din ve vicdan özgürlüğü, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ve din veya inancı açığa vurma özgürlüğünü koruma altına almaktadır. Bu özgürlükleri kullanmama hakkı da 9. maddenin garantisi altında olup kişiler din ve vicdani kanaatlerini açıklamaya zorlanamazlar⁹. Bu konu ile ilgili AİHM'nin önemli kararlarından biri Sinan Işık/Türkiye¹⁰ kararıdır. Karara konu olayda başvuran Alevi topluluğuna mensup bir kimsedir. Başvururan, 2004 yılında bir mahkemeye başvurarak kimlik kartına "İslâm" söz-

⁶ Kokkinakis/Yunanistan, 14307/88, 25/05/1993, par. 33, aktaran DOĞRU/NALBANT, s. 143.

⁷ AĞIRBAŞLI, Şennur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü, TBBD, Y. 2012, S. 101,86-87.

⁸ DEMİR, Hande Seher, Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 6.

⁹ DOĞRU/NALBANT s. 121.

¹⁰ Sinan Işık/Türkiye, 21924/05,02/02/2010, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-97087> ,(E. T.01/06/2016).

[http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20\(Din%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20(Din%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC).pdf) (E. T. 06/06/2016).

cüğü yerine "Alevi" sözcüğü yazılmasını talep etmiş; ancak başarılı olmamıştır. Türkiye'de, kimlik kartında din hanesinin boş bırakılmasını talep etme seçeneğinin getirildiği 2006 yılına kadar, kimlik sahibinin dininin kimlik kartı üzerinde belirtilmesi zorunluydu. Başvuranın Mahkeme önündeki şikâyeti, günlük hayatta sıkça kullanılan bir resmi belge olan kimlik kartı üzerinde dini inancını açıklama yükümlülüğünün olması ile alakalıdır. Başvuran ayrıca, kimlik kartında yazan "İslam" sözcüğünün değiştirilerek, yerine kendi inancının adı olan "Alevi" sözcüğünün yazılması yönündeki talebinin reddedilmesinden şikâyetçi olmuştur. Başvuran, kimlik kartı üzerinde yer alan bu ifadenin gerçeği yansıtmadığını ve söz konusu talebinin reddedilmesiyle sonuçlanan yargılamaların, kendisinin dinine ilişkin değerlendirmenin Devlet tarafından yapılmış olması gerekçesiyle kabul edilemez olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, başvuranın inancının (Alevilik) kimlik kartında belirtilmesi talebinin geri çevrilmesinden değil, kimlik kartlarında zorunlu olsun ya da olmasın din ibaresi bulunmasından kaynaklı 9. madde ihlali olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, kişinin dinini açıklama özgürlüğünün, olumsuz bir yön, diğer bir deyişle dinini açıklamaya zorunlu bırakılmama hakkını içerdiğini vurgulamıştır.

25 Kasım 1981 tarihli Birleşmiş Milletler Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildirinin düşünce vicdan veya inanç özgürlüğünün içeriği başlıklı 6. maddesi din özgürlüğünün kapsamına nelerin girdiğini sıralamaktadır. 6. maddeye göre: "*Düşünce, vicdan, din veya inanç özgürlüğü bu Bildiri'nin birinci maddesine uygun olarak, ve birinci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri çerçevesinde, başka özgürlüklerin yanında, Aşağıdaki öz-*

gürlükleri de içerir. a) Bir din veya inanç ile bağlantılı olarak, ibadet etme veya toplanma, ve bu amaç için gerekli yerleri kurma ve kullanma; b) Gerekli vakıf veya insancıl amaçlı kurumlar kurma ve bunları işletme; c) Bir dinin veya inancın törenlerine veya geleneklerine ilişkin gerekli araçları ve materyalleri yeterli ölçüde yapma, alma ve kullanma; d) Bu alanla ilgili yayımları yazma, yayınlama ve dağıtma; e) Bir din veya inancın öğretimini, bu amaçlar için uygun yerlerde yapma; f) Bireylerden ve kurumlardan gönüllü mali yardım vermelerini isteme ve alma; g) Bir dinin veya inancın gerekleri ve standartları bakımından uygun olan liderleri yetiştirme, atama, seçme ve yerini alacak olanı belirleme; h) Bir kimsenin dininin veya inancının kurallarına uygun olarak dinlenme günlerine ve bayram tatillerine ve törenlerine uygun davranma; i) Ulusal ve uluslararası düzeyde, din ve inanç konularında bireyler ve topluluklarla iletişim kurma ve sürdürme". Din ve vicdan özgürlüğü öncelikle kişinin vicdanına, *forum internum* adı verilen manevi iç dünyasına ilişkin boyutuyla dokunulmaz bir hak olup, herhangi bir sınırlandırmaya konu olamaz¹¹. Kişi inançları nedeniyle suçlanamaz, kendisine zora dayanan, serbest iradesini etkileyen herhangi bir yolla bir inanç kabul ettirilemeye veya inançlarından vazgeçtirmeye çalışılmayacağı gibi, istediği inancı benimseyen kişi bunu açıklamaya da zorlanamaz¹². *Forum externum* adı verilen kişinin ibadet etme, öğretme, kabul edilen uygulamaları ve dini ritüelleri yerine getirme şekillerinde dinin veya inancın açığa vurulmasını sağlayan özgürlüğün dışsal boyutu ise mutlak değildir ve sınırlandırılabilir¹³. Mahkemeye göre, bireyler, din ve inanç konusundaki düşüncelerini

¹¹ DOĞRU/NALBANT, s. 121.

¹² AĞIRBAŞLI, s. 89.

¹³ DOĞRU/NALBANT, s. 121-122.

ifade ederken başkalarına zarar verecek söylemler ve saygısızlık edecek davranışlardan kaçınmalı, başkalarının din ve inanç özgürlüğüne de saygı göstermelidirler¹⁴.

Özgürlüğün dışsal boyutu olan anne-babalar ile vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğü konusunda AİHM'nin önemli kararlarından biri Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye¹⁵ kararıdır. Karara konu olayda 23 Şubat 2001'de başvuran, İstanbul Valiliği'ne bağlı İl Milli Eğitim Müdürlüğü'ne başvurarak kızının din kültürü ve ahlâk bilgisi derslerinden muaf tutulmasını talep etmiştir. Ailesinin Alevi olduğunu belirterek, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gibi uluslararası sözleşmeler kapsamında, ebeveynlerin çocuklarının alacağı eğitim şeklini seçme hakları bulunduğunu dile getirmiştir. Ayrıca, zorunlu din kültürü ve ahlâk bilgisi dersinin, laiklik ilkesi ile bağdaşmadığını ileri sürmüştür. Müdürlüğün reddi üzerine başvuran, yargısal denetim için İstanbul İdare Mahkemesi'ne başvurmuştur. Din kültürü ve ahlâk bilgisine ilişkin okutulan zorunlu dersin, temel olarak Hanefî mezhebinin temel kurallarına dayandığını ve kendi inancı konusunda hiçbir öğretim sağlamadığını ileri sürmüştür. İdare Mahkemesi de ret yönünde karar vermiş ve karar Danıştay tarafından onaylanmıştır. Reddin gerekçesi ise 1982 Anayasası 24. maddesinin 4. fıkrasına göre din kültürü ve ahlâk bilgisi dersinin ilk ve ortaöğretimde zorunlu dersler arasında yer almasıdır. Başvuranlar, ilk ve ortaokullarda din kültürü ve ahlak bilgisinin öğretilme şeklinin 1 No'lu Protokol'ün 2.

¹⁴ GÜL, Cengiz/ÇAKAN, Seher, "AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması", ERÜHFD, C. XIII, Y. 2018, S. 1, s. 387.

¹⁵ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, 1448/04, 09/10/2007, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-82580>, (E.T. 01/06/2016).

maddesinin ikinci cümlesinde güvence altına alınan haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir: “Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneyeceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir”. Mahkeme, “din kültürü ve ahlâk bilgisi” konusunda verilen eğitimin nesnellik ve çoğulculuk ölçütlerini karşıladığının ve özellikle başvuruların özel durumunda, Eylem Zengin’in Alevi inancına mensup babasının, ders programında eksik olduğu açıkça görülen dini ve felsefi kanaatlerine saygı gösterdiğinin söylenemeyeceği kanaatine varmıştır. Sonuç olarak, AİHM din derslerinde öğretilenin çocukların üzerinde okul ile kendi değerleri arasında bağlılık çatışmasına yol açabileceğini haklı olarak düşünebilecek ebeveynlere yeterince koruma sağlamadığı sonucuna varmıştır. Bu durumun Sünni İslam’dan farklı din veya felsefi inanışlara sahip ebeveynlerin çocukları için uygun bir seçim yapma imkânının öngörülmediği koşullarda geçerli olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre din dersinden muafiyet işlemi, farklı dini veya felsefi inanışlara sahip aileleri ağır bir yük altına sokabilmekte ve onları, çocuklarının din dersinden muaf tutulmaları için dini ya da felsefi inançlarını ifşa etmeye mecbur kılmaktadır. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirme sonucu AİHS’ye Ek 1 No’lu Protokol’ün 2. Maddesi’nin ikinci cümlesi çerçevesinde başvuranın haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AİHS 9. maddesinin 2. fıkrasına göre din veya inancı açıklama özgürlüğü, kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlâkın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarına dayanarak sınırlandırılabilir. Bu çerçevede din özgürlüğü ile kişinin içsel alandan dışsal alana taşınan öğretim, uygulama, tek başına veya top-

luca ibadet ve ayin yapma özgürlüğü korunurken; vicdan özgürlüğü ile kişinin içsel alanda herhangi bir inanca sahip olup olmaması, inancını serbestçe değiştirebilmesi ile inancını açıklamaya zorlanmaması korunmaktadır¹⁶.

III. DİNSEL RİTÜEL VE UYGULAMALAR

AİHM dinsel ritüel ve uygulamaların kapsamı konusunda bazı kararlarında belli unsurlara yer vermekle birlikte, BM İnsan Hakları Komitesi 22 nolu Genel Görüşlerindeki gibi geniş ve açık bir tanım vermemiştir¹⁷. BM İnsan Hakları Komitesine göre: “(1) Din veya inancını açıklama özgürlüğü, gerek aleni olarak gerekse özel alanda, bireysel olarak veya topluca kullanılabilir. Dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü, ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulamalar ve öğretim gibi çok çeşitli davranışları kapsar. (2) Ritüel kavramı, bir inancı doğrudan ifade etmeye yarayan dinsel ve törensel ritüel eylemleri kapsadığı gibi, bu eylemlere özgü farklı uygulamaları, ibadet yerlerinin inşasını, ritüele dayalı kalıp ifade ve nesnelere kullanılmalarını, sembollerin sunulmasını ve bayram ya da dinlenme günlerine uyulmasını da kapsar. (3) Din veya inanca dayalı ritüellerin ya da uygulamaların yerine getirilmesi sadece törensel davranışları kapsamayabilir; ama aynı zamanda yiyeceklerle, genelden ayırıcı giyecekler veya başlıklarla ilgili emirlere uyma, yaşamın kimi merhalelerine eşlik eden ritüellere katılma ve bir grup tarafından ortaklaşa konuşulan özel bir dili kullanmayı da içerebilir. (4) Ayrıca, din veya inancın uygulama veya öğretimi, dinsel sorumluları, din adamlarını, öğretmenleri seçme, dinsel eğitim kurumları ya da okulları kurma,

¹⁶ DEMİR, s. 7.

¹⁷ DOĞRU/NALBANT, s. 127.

dinsel içerikli metin veya ilan hazırlama ve dağıtma gibi dinsel grupların temel etkinliklerini sürdürebilmeleri için varlığı için gerekli davranışları kapsar”¹⁸. Komitenin görüşlerinde dinsel ritüel ve uygulamaları açıkça tanımladığı görülmektedir. Dinsel ritüel kavramı, hayatın belli dönemlerindeki dinsel törenleri, belirli dinsel beslenme ve et kesim adetlerini, belirli dinsel kıyafetlerin giyilmesini ve bunları düzenleyen kuralları içerir¹⁹.

IV. DİNSEL RİTÜEL VE UYGULAMALARIN SINIRLANDIRILMASI

AİHS 9. maddesinin 2. fıkrasına göre: *“Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir”*. 1982 Anayasası’na göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında da 13. madde esas alınacaktır. 13. maddeye göre: *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”*. Anayasamız 24. maddesinde ise din ve vicdan özgürlüğü için özel sınırlama sebepleri öngörülmemiştir. Ayrıca Anayasamızın 15. maddesinde olağanüstü dönemlerde bile kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı

¹⁸ <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/french/f-HRC-comment22.htm>, aktaran DOĞRU/NALBANT, s. 127.

¹⁹ ŞİRİN, Tolga/DUYMAZ, Erkan/YILDIZ, Deniz, Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri, TBB Yayınları, Ankara, 2016, s. 87.

düzenlenmiştir. Sadece 24. maddenin 2. fıkrasında ibadet, dini ayin ve tören özgürlüğünün kullanımının temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması başlıklı 14. maddeye aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. 3. fıkrada da kimsenin ibadete, dini ayin ve törene katılmaya zorlanamayacağı belirtilmiştir.

AİHS 9/2’de sayılan sınırlama sebepleri sınırlı sayıda olup açık bir şekilde sıralanmıştır. Burada sayılmayan bir sınırlama sebebine dayanarak devletlerin din veya inancı açıklama özgürlüğünü sınırlamaları mümkün değildir. Ayrıca bu sınırlama sebeplerinin keyfiliğe yol açmayacak şekilde ulusal mevzuatta düzenlenmiş olmaları gerekmektedir²⁰. Sözleşme’de yer alan bu sınırlama sebepleriyle ilgili en önemli sorun, bunların soyut nitelikli kavramlar olup içeriklerinin tespitindeki zorluktan dolayı istisna olmaktan çıkarılarak kural şekline getirilebilme tehlikesidir²¹. Sözleşme’ye göre üye devletlerin bu sınırlama sebeplerinin içeriklerinin belirlenmesinde belli bir takdir yetkisine sahip olmalarına karşın bu yetki, tüm sınırlama sebepleri için aynı esneklikte olmayıp, her somut olaya göre ayrı denetleme yapılmalıdır²². AİHM’ye göre, “Çok sayıda dinin tek ve aynı nüfus içerisinde bir arada bulunduğu demokratik toplumlarda, çeşitli grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygı gösterilmesini sağlamak için kişinin dinini veya inancını gösterme özgürlüğüne sınırlamalar getirmek gerekli olabilir (yukarıda anılan, Kokkinakis, s. 18, § 33). Bu gereklilik, hem 9. maddenin 2. paragrafı, hem Sözleşme’nin 1. maddesi uyarınca Devletin, yetkisi dahilinde, Söz-

²⁰ GÖZLÜGÖL, Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 244.

²¹ METİN, Yüksel/ASLAN, Gamze “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Özgürlüğü”, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBFD, C. XII, Y. 2007, S. 3, s. 280.

²² METİN/ASLAN, s. 280.

leşme”de tanımlanan haklar ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğüne uygundur”²³. Sınırlama sebeplerini ayrı ayrı inceleyecek olursak;

A. SINIRLAMA SEBEPLERİ

1. Kamu Güvenliğinin Korunması

Milli güvenlik olarak da tanımlayabileceğimiz kamu güvenliği kavramının tanımı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu²⁴, nun 2. maddesinde yapılmıştır. 2. maddeye göre milli güvenlik: *“Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması”* dır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay da kararlarında kamu güvenliği yerine milli güvenlik ifadesini kullanmış ve milli güvenliğin tanımını yapmışlardır. Anayasa Mahkemesine göre milli güvenlik: *“uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavram”*dır²⁵. Danıştay²⁶ da milli güvenlik kavramını, *“genel bir deyimle, yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehditlere karşı devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması”* olarak tanımlamıştır. Bu görüşler bize kamu gü-

²³ Leyla Şahin/Türkiye, 44774/98, 10/10/2005, par.106, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-70956> (E. T. 06/06/2016).

²⁴ 09/11/1983 tarih ve 2945 sayılı Kanun, R. G., 11/11/1983, S. 18218.

²⁵ AYM, E. 1973/41, K. 1974/13, K. T. 25/04/1974, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (E. T. 01/06/2016).

²⁶ Danıştay 12. Dairesi, E. 1969/4097, K. 1970/426, K. T. 05/03/1970.

venliği kavramının alanına ilaveten kapsamının bir sorun olarak algılanmaya başlandığının ve Anayasa Mahkemesi'nin kamu güvenliği kavramının içeriğini yorumlamaktan sakındığını göstermektedir²⁷.

Kamu güvenliğinin korunması demek devletin devlet olarak korunması, ayakta tutulması, iç ve dış saldırılara karşı korunması demektir²⁸. Kamu güvenliği nedeniyle temel hak ve özgürlüklere bir sınırlama getirilecekse bu sınırlama devlet tüzel kişiliğini korumak için yapılmalıdır²⁹. Temel hak ve özgürlüklerle kamu güvenliği arasındaki denge nasıl sağlanacağı ise zor bir konu olup, kamu güvenliğine aşırı önem vermek temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak, aksi durumda ise kamu güvenliği kavramını önemsizleştirip reddetme durumu olacaktır³⁰. Sınırlama sebebi olarak kamu güvenliği kavramı AİHM davalarında sıklıkla görülen bir kavram olmamakla beraber, bu kavramın görüldüğü davalar temel öneme sahip olma eğilimindedir³¹. AİHM'nin kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla dinsel ritüel ve uygulamaların sınırlandırılmasıyla ilgili kararlarından birkaç örnek verecek olursak; Phull/Fransa³² kabul edilebilirlik hakkındaki karara konu olan olaya göre, Dindar bir Sih olan başvuran, giden yolcu bekleme salonuna giren yolcu-

²⁷ GÜRPINAR, Bulut, "1982 Anayasası'na Göre Milli Güvenlik Kavramı", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, S. 2, s. 133.

²⁸ TANÖR, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, 1. Baskı, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969, s. 146.

²⁹ UYGUN, Oktay, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992, s. 125.

³⁰ AKGÜNER, Tayfun, "Milli Güvenlik Kavramı Üzerine Bazı Düşünceler (İngilizce Makalenin Özeti)", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y. 1985, S. 1-3, s. 15.

³¹ GREER, Steven, The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1997, s. 19.

³² Phull/Fransa, 35753/03, 11/01/2005, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20\(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler).pdf) (E. T. 02/06/2016).

lara uygulanan güvenlik kontrolünün bir parçası olarak kendisine sarığını çıkarttıran havaalanı görevlileri tarafından, özellikle din özgürlüğüne müdahale edildiğini belirterek Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında şikâyetçi olmuştur. Başvuran, özellikle X-ray cihazından geçmeyi veya bir el dedektörü ile kontrol edilmeyi reddetmediğinden, güvenlik görevlilerinin, sarığını çıkarttırmalarına gerek olmadığını iddia etmiştir. Mahkeme, havaalanlarındaki güvenlik kontrollerinin, Sözleşme'nin 9/2 maddesi kapsamında, kamu güvenliği açısından gerekli olduğunu ve somut davada bu tür kontrollerin uygulanmasına yönelik düzenlemelerin, davalı Devletin takdir yetkisi kapsamında bulunduğunu ve bu tedbire yalnızca bazı hallerde başvurulduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, bu nedenle Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamındaki şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiş ve başvurunun kabul edilemez olduğunu belirtmiştir.

El Morsli/Fransa³³ kabul edilebilirlik hakkında kararına konu olan olaya göre, başvuran, Fransız bir adamla evli bir Fas vatandaşıdır. Marakeş'teki Fransa Başkonsolosluğunda erkek bir görevli tarafından yapılan kimlik kontrolünde başörtüsünü çıkarmayı reddettiği için kendisine Fransa vizesi verilmemiştir. Mahkeme, kimlik kontrollerinin, bir başkonsolosluğun güvenlik tedbirlerinin bir parçası olarak kamu güvenliğini sağlamayı amaçladığını ve başvuranın başörtüsünü çıkarma zorunluluğunun çok kısa bir süre ile sınırlı olduğunu belirterek başvurunun kabul edilemez yani açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme-

³³ El Morsli/Fransa, 15585/06, 04/03/2008, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20\(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler).pdf) (E. T. 02/06/2016).

nin kamu güvenliği ile ilgili kararlarının genellikle dini başlık veya başörtüsü ile ilgili olduğu görülmektedir. Mann Singh/Fransa³⁴ kabul edilebilirlik hakkındaki kararına konu olan olayda, Dindar bir Sih olan başvuran, ehliyetindeki fotoğrafın başı açık bir şekilde olması gerekliliğinin din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahale olduğu ve bu düzenlemenin Sih topluluğunun üyeleri için ayrı bir hüküm içermemesinden şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, bu tür kontrollerin, Sözleşme'nin 9/2 maddesi anlamında, kamu güvenliğini sağlamak için gerekli olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, özellikle şahısların bu amaçla veya ehliyetin ilk tanzimi sırasında sarıklarının çıkarmaları yönündeki gerekliliğin sürekliliği olmayan bir durum olması itibarıyla, bu tür kontrollerin uygulanmasına ilişkin detaylı düzenlemelerin, davalı Devletin takdir yetkisinde bulunduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu nedenle söz konusu müdahalenin, kural olarak, haklı gerekçelere dayandığını ve ulaşılmak istenen amaçla orantılı olduğunu belirtmiş ve başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

X./Birleşik Krallık³⁵ kararına konu olan olayda, Budist olan mahkûm ısmarladığı dini bir kitaba hapisane yönetimince el konulması sebebiyle Komisyona başvurmuştur. Komisyon, söz konusu kitabın savaş sanatlarına ve kendini savunma tekniklerine ilişkin bir bölüm içerdiğini belirterek hapisane yönetiminin müdahalesinin kamu güvenliği amacına yönelik olduğu ve haklı bir müdahale olduğuna karar vermiştir.

³⁴ Mann Singh/Fransa, 24479/07,13/11/2008
[http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20\(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler).pdf) (E. T. 02/06/2016).

³⁵ X./Birleşik Krallık, 6886/75, 18/05/1976, aktaran ÖKTEM, s. 351.

2. Kamu Düzeninin Korunması

Diğer pek çok sınırlama sebebini de içine alabilecek oldukça geniş ve soyut bir kavram olan kamu düzeni kavramı, toplum yaşamı ile ilgili hemen hemen her konuyu içine alır³⁶. Kamu güvenliğinin iç ve dış güvenliği kapsamı yanında kamu düzeni kavramı, iç güvenliği yani kolluk faaliyetlerini içine alır ve halkın günlük yaşantısının, güvenlik, sağlık ve huzur içinde devamı için alınan tüm önlemlerdir³⁷.

Anayasa Mahkemesi kamu düzeni kavramını genellikle milli güvenlik kavramı ile birlikte ele almıştır. 1964 tarihli kararında³⁸ da kamu düzeni kavramının tanımını yapmıştır. Mahkemeye göre “...*Kamu düzeni deyimi ise, belli edilmesi daha güç bir anlamı kapsamaktadır. Nitekim yerli ve yabancı birçok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim sık sık görülmekte, fakat tarifine pek az rastlanmaktadır. Yapılan açıklamalarda ise, bunun tarifinin güç olduğu kabul edildikten sonra çeşitli açılardan izahına çalıştığı görülmektedir. Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda (Kamu düzeni) deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuraları kapsadığı sonucuna varılmaktadır*”. Mahkeme 1973 yılındaki kara-

³⁶ UYGUN, s. 125.

³⁷ AKGÜNER, s. 14-15.

³⁸ AYM, E. 1963/28, K. 1964/8, K. T. 28/01/1964, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (E. T. 01/06/2016).

rında³⁹ ise kamu düzeni kavramının kesinlik taşımayan, yoruma muhtaç, özellikle sınıflı toplumlarda kişilerin bakış açısına göre değişiklik gösteren bir kavram olmadığını, aksine hukuk ve Anayasa diline girmiş bir kavram olduğunu belirtmiştir.

AİHM'nin kamu düzeninin sağlanması amacıyla dinsel ritüel ve uygulamaların sınırlanmasıyla ilgili kararlarından örnek verecek olursak; Ahmet Arslan ve Diğerleri/Türkiye⁴⁰ kararına konu olan olayda, Aczimendi tarikatı olarak bilinen dini bir grubun üyesi olan 127 başvuran, gruplarının ayırt edici (sarı, şalvar, tunik ve bastondan oluşan) kıyafetlerini giyerek sokaklarda dolaşmaları ve bu şekilde bir mahkeme oturumuna katılmalarından dolayı, Şapka Kanunu'na muhalefet ettikleri ve kamuda dini kıyafetlerin giyilmesine ilişkin kurallara aykırı davrandıkları gerekçesiyle 1997 yılında mahkûm edilmiş olmalarından şikâyetçi olmuşlardır. Başvuranlar, AİHS 9. maddesine göre, AİHM önünde, kıyafetleri vasıtasıyla dinlerini açıklamaktan ötürü, ceza hukuku kapsamında suçlu bulduklarından şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme, özellikle başvuranların kamu düzenine yönelik bir tehdit oluşturdukları veya toplantıları sırasında yoldan geçenler üzerinde uygunsuz baskı oluşturarak onları kendi dinlerine çevirmeye çalıştıklarına dair bir kanıt bulunmadığı sonucuna vararak AİHS 9. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, diğer davaların aksine, bu davanın, dini tarafsızlığın, kişinin dinini açıklama hakkından önce gelebileceği, kamu kurumlarında dini sembollerin kullanılmasının düzenlenmesinden ziyade, herkese açık ka-

³⁹ AYM, E. 1973/12, K. 1973/24, K. T. 07/06/1973, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (E. T. 01/06/2016).

⁴⁰ Ahmet Arslan ve Diğerleri/Türkiye, 41135/98, 23/02/2010 [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20\(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler).pdf) (E. T. 02/06/2016).

musal alanlarda belirli bir kıyafetin giyilmesinin cezalandırılmasıyla alakalı olduğunu vurgulamıştır.

3. Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması

Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, insan haklarının sınırlandırılmasındaki ana fikrin altında, hiç kimsenin kendi hakkını kullanırken, başkalarının hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesini sağlama düşüncesi yatmaktadır⁴¹. AIHM'nin başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla dinsel ritüel ve uygulamaların sınırlandırılmasıyla ilgili kararlarından birkaç örnek verecek olursak; Schilder/Hollanda⁴² kararına konu olan olay kilise çanı ile ilgilidir. İslamiyet'teki ezan, Hristiyanlık'taki çan, Yahudilik'teki orucun açılması için çalınan şofar aleti gibi dinsel ibadet çağrıları ibadet özgürlüğünün bir parçasını oluşturan ritüellerdir⁴³. Başvurucu bir Katolik kilisesinin papazıdır ve kilise cemaatini sabah 7:30'daki ibadete çağırmak için her gün saat sabah 7:15'te, kilisenin çanını çalmakta olup kilisenin etrafında yaşayan mahalle sakinlerinin bu gürültüden şikayetçi olmaları üzerine belediye, başvurucuya, 7:30'dan önceki çan sesinin kısılması gerektiğini, aksi halde aleyhine para cezası kesileceğini bildirmiştir. Başvurucu bu ihtar rağmen rutininde bir değişiklik yapmamış ve bu nedenle de hakkında para cezası kesilmiştir. AIHM bu davada başvurucunun kilise çanını çalmasının tamamen yasaklanmadığını, sadece gece 23:00 ile sabah 07:30 arasında çan sesini kısması yönünde bir sınırlamaya tabi tutulduğu-

⁴¹ JAYAWICKRAMA, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2002, s. 200'den aktaran KALABALIK, Halil, *İnsan Hakları Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 173.

⁴² Schilder/Hollanda, 2158/12, 16/10/2012.

⁴³ ŞİRİN/DUYMAZ/YILDIZ, s. 88-89.

nu ve bunun da komşularının “gece sükunetini” güvence altına almak için yapıldığını kaydetmiştir ve söz konusu sınırlamanın, çatışan hakların dengelenmesi bakımından haklı görülebilir nitelikte olduğu sonucuna varmıştır⁴⁴.

Dahlab/İsviçre⁴⁵ kabul edilebilirlik hakkında karara konu olan olayda, başvuran, dinini değiştirerek İslam’a geçen bir ilkökul öğretmeni olup, okul yetkililerinin, 1997 yılında Federal Mahkeme tarafından da onaylanan, derste başörtü takılmasını yasaklama kararından şikâyetçi olmuştur. Başvuran, daha önce birkaç yıl okulda açık bir rahatsızlığa neden olmadan başörtüsü takmıştır. Mahkeme, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Mahkeme başvuranın, Devletin bir temsilcisi sıfatıyla sorumlu olduğu çocukların yaşının dört ve sekiz arasında olmasından, yani çocukların daha büyük öğrencilere kıyasla daha kolay etkilendikleri bir yaşta olmalarından ötürü, bu tedbirin makul olmadığını söyleyemeyeceğini vurgulamıştır.

Tanyar ve Küçükergin/Türkiye⁴⁶ kabul edilebilirlik kararına konu olan olayda, başvuranlar, İzmir’de bir binanın giriş katında bulunan bir daireyi satın almışlardır. Daha sonrasında ise başvuranlar, binanın girişine Topluluğun isminin yazılı olduğu bir levha asmışlardır. Topluluk üyeleri, kat maliklerinin izinleri olmadan söz konusu binada toplanmaya başlamışlardır. Mahkeme, konut olarak belirlenmiş bir dairede, kat mül-

⁴⁴ Schilder/Hollanda, par. 23, aktaran ŞİRİN/DUYMAZ/YILDIZ, s. 89.

⁴⁵ Dahlab/İsviçre,42393/98, 15/02/2001, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20\(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler).pdf) (E. T. 02/06/2016).

⁴⁶ Tanyar ve Küçükergin/Türkiye, 74242/01, 05/12/2006, [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{\"fulltext\":\[\"zekaitanyar\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\]](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{\) (E. T. 02/06/2016).

kiyeti kanununa aykırı olarak diğer maliklerin onayı alınmadan dinsel faaliyetlerde bulunulmasının yasaklanmasını, 9. maddeye aykırı görmüştür. Bu davada Mahkeme, Türk Hukukunda bir konutun ibadet yeri olarak kullanılması için diğer kat maliklerinin onayının alınması gerekliliği şeklinde öngörülen sınırlamanın, başkalarının haklarını koruma gibi bir meşru amaç izlediğini belirtmiştir.

4. Genel Sağlığın ve Ahlakın Korunması

Kolluk faaliyetlerinin genel amacını oluşturan kamu düzeni kavramının bir unsuru olan genel sağlık, toplumun bir bütün olarak bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan uzak tutulması, toplumda bu gibi hastalık tehlikelerinin olmamasıdır⁴⁷. Genel ahlakın korunması ile kamu düzeninin korunması arasında çok yakın bir ilişki bulunmakta olup, genel ahlak kavramı kamu düzeni kavramından bir yönüyle ayrılmaktadır⁴⁸. Bu ayrım kamu düzeninin toplumun maddi dayanaklarının korunması anlamına gelirken genel ahlakın toplumun etik, manevi dayanağının korunması anlamına gelmesi noktasındadır⁴⁹. Anayasa Mahkemesi de kamu düzenini tanımladığı 1964 tarihli kararında genel ahlakın da tanımını yapmıştır. Mahkemeye göre genel ahlak deyimi, belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir bir anlam taşımaktadır.

Genel sağlık konusunda Komisyonun nadir kararlarından birisi, bir Sih mahkûmun hücrelerini temizleme yükümlüğü ile dini inançlarının

⁴⁷ GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 293.

⁴⁸ KALABALIK, s. 170-171; UYGUN, s. 131.

⁴⁹ TANÖR, s. 143.

çatıştığını iddia ettiği bir başvuruyu incelediği X./Birleşik Krallık⁵⁰ kararı olup Komisyon bu kararında, üst kasta ait bir Sih'in hücrelerini süpürmesinin dini emirler ile çatıştığını saptamış; ancak bu müdahalenin başvuru-cunun ve diğer tutuklu kişilerin sağlığı için gerekli bir önlem olduğunu belirterek, bu başvuruyu kabul edilemez bulmuştur⁵¹.

Sağlığın korunması ile ilgili bir diğer karar türbanlı bir Sih'in motosiklet kullanırken türbanını çıkararak kask takmayı reddettiği gerekçesiyle farklı zamanlarda birçok kez para cezasına çarptırılmasıyla ilgilidir. Komisyon, motosiklet sürücüleri için yasa tarafından öngörülen kask kullanma zorunluluğunun bu kişilerin güvenliği için gerekli ve AİHS md. 9/2'de yer alan sağlığın korunması meşru amacına hizmet eden bir tedbir olduğunu belirterek din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını açıkça temelsiz bulmuştur; ancak Birleşik Krallık hükümeti, daha sonra gerçekleştirdiği bir değişiklikle kask takma zorunluluğu kuralına Sih sürücüler bakımından bir istisna getirmiştir⁵². Bu durum yasaların getirdiği yükümlülüklerle, inandıkları dinin emirleri arasında sıkışıp kalan insanların bu mücadeleden başarıyla çıktıklarının bir örneğidir⁵³.

B. SINIRLAMANIN SINIRLARI

1. Sınırlamanın Kanuniliği

AİHS 9. maddesinin 2. fıkrasına göre din veya inancı açıklama özgürlüğüne getirilecek herhangi bir sınırlamanın kanuna dayanması ge-

⁵⁰ X./Birleşik Krallık, 8231/78, 06/03/1982.

⁵¹ DOĞRU/NALBANT, s. 138.

⁵² X./Birleşik Krallık, 7992/77, 12/07/1978, aktaran ŞİRİN/DUYMAZ/YILDIZ, s. 126.

⁵³ ARSLAN, Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005, s. 62.

rekliliğini belirtmektedir. 1982 Anayasası'nın 13. maddesine göre de temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Kanunun biri şekli/organik diğeri maddi olmak üzere iki anlamı vardır⁵⁴. Şekli anlamda kanun, yasama organının kanun yapma usulüne göre yaptığı her işlemin; maddi anlamda kanun ise bir metnin genel, soyut, kişisel olmayan kurallar içermesi durumunda kanun sayılmasını ifade eder⁵⁵. Anayasa Mahkemesi kanun kavramından şekli anlamda kanunu anlamaktadır. Anayasa Mahkemesi 1986 yılındaki kararında⁵⁶ kanun ifadesinden “*münhasıran yasama tasarrufunun*” anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme 1990 yılındaki kararında⁵⁷ ise “*...Bilindiği gibi, yasalar ya da yasalarla eşdeğerdeki pozitif hukuk metinleri nesnel, soyut, genel ve sürekli nitelikteki hukuk kurallarını içeren, etkileri yönünden de objektif hukuk alanında yeni bir durum yaratan ya da varolan bir durumu düzenleyen veya ortadan kaldıran kural-işlemler bölümüne girerler*” şeklinde görüş belirtmiştir. Bu kararda mahkeme kanun kavramını geniş anlamda değerlendirmiştir⁵⁸. İç hukukumuz açısından sınırlamanın kanuniliği ilkesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sınırlandırmanın ancak kanunla yapılabileceği, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi idari işlemlerle sınırlama yapılamayacağı anlamına gelmektedir⁵⁹. Bu durum idarenin düzenleyici işlemleri ile özgürlüklerin hiçbir şekilde sınırlandır-

⁵⁴ TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 15.

⁵⁵ TEZİÇ, s. 15-17.

⁵⁶ AYM, E. 1985/21, K. 1986/23, K. T. 06/10/1986, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (E. T. 01/06/2016).

⁵⁷ AYM, E. 1990/31, K. 1990/24, K. T. 24/09/1990, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (E. T. 01/06/2016).

⁵⁸ FENDOĞLU, H. Tahsin, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Ay. md.13)”, Anayasa Yargısı, Y. 2002, S. 19, s. 194.

⁵⁹ TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Nemci, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 148.

lamayacağı anlamına gelmemektedir⁶⁰. Olağanüstü hallerde, temel hak ve özgürlükler olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmündeki kararnamesi ile sınırlandırılabilir. 1982 Anayasası 91/1’de de olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi ile sosyal ve ekonomik hakların düzenlenebileceğini belirtmektedir. Ancak bu madde sosyal ve ekonomik hakların sınırlandırılmasına değil düzenlenmesine olanak vermektedir⁶¹.

AİHM kanun kavramından şekli anlamda kanunu değil maddi anlamda kanunu anlamaktadır⁶². Mahkemeye göre sözleşmede yazılı olan kanun kavramı kanun, tüzük, yönetmelik, yerleşik içtihat gibi soyut norm koyan bütün düzenleyici işlemleri hatta Anglo-sakson hukukundaki yazılı olmayan içtihat hukukunu bile kapsar⁶³. Mahkeme Sunday/Times Birleşik Krallık⁶⁴ kararında “... ‘hukukun öngördüğü’ ifadesindeki hukuk (law) sözcüğünün sadece ‘yasa’yı (statute) değil ama yazılı olmayan hukuku da kapsadığını dikkate almıştır”. Mahkeme benzer yorum tarzını Leyla Şahin/Türkiye kararında da benimsemiştir. Karara konu olan olayda başvuran, geleneksel dindar bir Müslüman aileden gelmekte olup, başörtüsü takmanın dini bir görev olduğu düşüncesindedir. Başvuran, 1998 yılında, İstanbul Üniversitesinde tıp öğrencisiyken, öğrencilerin derslerde veya sınavlarda başörtüsü takmasını yasaklayan ve bunun sonucunda kendisinin ülkesini terk ederek eğitimine Avusturya’da devam etmesine neden olan bir uygulamadan şikâyet etmiştir. Mahkeme türban yasağına daya-

⁶⁰ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 113.

⁶¹ GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukuku Dersleri, 16. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2014, s. 125.

⁶² GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Genişletilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 376.

⁶³ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 376.

⁶⁴ Sunday Times/Birleşik Krallık, 6538/74, 26/04/1979, par. 47, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32> (E . T. 06/06/2016).

nak oluşturan Anayasa Mahkemesi kararını ve Danıştay kararlarını kanun olarak kabul etmiştir. Mahkemeye göre: “...Ayrıca, Sözleşme’nin 8 ila 11. maddelerinde kullanılan ‘yasayla öngörülmüş olmak’ ve ‘yasalar uyarınca’ ifadeleriyle ilgili olarak, Mahkeme ‘yasa’ terimini ‘şeklen’ değil ‘özü’ itibariyle algıladığını her zaman vurgulamış, yasalardan daha alt düzeydeki kararnameleri (De Wilde, Ooms ve Versyp – Belçika, 18 Haziran 1971 tarihli karar, Seri A no.12, s. 45 § 93) ve parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kural koyucuların getirdiği düzenlemeleri (Bartold – Almanya, 25 Mart 1985 tarihli karar, Seri A no. 90, s., 21 § 46) kapsayan “yazılı hukuku” ve yazılı olmayan hukuku da dâhil etmiştir. “Hukuk” sözcüğünden hem yazılı hukuk, hem de hâkimler tarafından oluşturulan “hukuk” (diğerlerinin yanı sıra bkz. Sunday Times – İngiltere (no. 1) 26 Nisan 1979 tarihli karar, Seri A no. 30, s.30, § 47; yukarıda anılan, Kruslin, § 29 in fine; ve Casado Coca – İspanya, 24 Şubat 1994 tarihli karar, Seri A no. 285-A. s. 18 § 43) anlaşılmalıdır. Sonuç olarak, ‘hukuk’, yetkili mahkemeler tarafından yorumlandığı şekliyle yürürlükteki hükümlerdir”⁶⁵.

AİHM kanunilik şartına dayanarak yapılacak bir müdahalenin haklı olabilmesi için kanunun ulaşılabilir ve yeterli açıklıkta olması gerekliliğinin altını çizmektedir⁶⁶. Ayrıca yasadaki sınırlama hükümleri anayasadakilere oranla daha kesin, açık ve somut olmalıdır⁶⁷. Sınırlama getiren yasaya dayanarak bir düzenleyici işlem yapıldığında, bu düzenle-

⁶⁵ Leyla Şahin/Türkiye, par. 88.

⁶⁶ Sunday Times/Birleşik Krallık, par. 49.

⁶⁷ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 149; UYGUN, s. 92.

yici işlemin de yasada öngörülen dışında yeni bir sınırlama getirmesi önlemelidir⁶⁸.

2. Meşru Amaç Şartı

AİHS 9. maddesine göre din veya inancı açıklama özgürlüğüne ilişkin sınırlama sebepleri; kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın ve ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Din veya inancı açıklama özgürlüğünün sınırlandırılmasında da bu meşru amaçlardan biri veya birkaçına dayanılması gereklidir. Devletler bu meşru amaçlara dayanarak bir sınırlama yaptıklarında ikna edici gerekçelere dayanmak zorundadırlar⁶⁹. AİHM sınırlama sebepleri olan özellikle kamu güvenliği ve kamu düzeni gibi kavramların dar ve katı yorumlanması gerekliliğinin altını çizmektedir⁷⁰. Örneğin, caddeye taşan toplu bir ibadet, trafiğin düzenini bozabilir, taşmaması için tedbir alınabilir ve Mahkeme de bu müdahaleyi meşru bir amaca sahip olduğu gerekçesiyle, 9. maddenin ihlali olarak değerlendirmeyebilir⁷¹.

3. Demokratik Toplum için Gerekliklik

Sözleşmenin hazırlanması aşamasında önemle üzerinde durulan esas amaçlardan biri demokrasinin korunma düşüncesi olup Sözleşmenin başlangıcında temel hak ve hürriyetlerin ancak gerçek bir demokratik

⁶⁸ UYGUN, s. 92.

⁶⁹ BIÇAK, Vahit, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü", Liberal Düşünce, Y. 2001/6, S. 24, s. 56.

⁷⁰ ARSLAN, Zühtü, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", Anayasa Yargısı, Y. 2002, S. 19, s. 226.

⁷¹ BENLİ, Fatma, "Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi", Birikimler I, İstanbul, 2003, s. 69.

toplumda var olabilecekleri ve korunabilecekleri ifadesi yer almaktadır⁷². AİHS 9/2'ye göre din veya inancı açıklama özgürlüğüne yapılacak bir müdahale demokratik toplumun gereklerine aykırı olmamalıdır. Demokratik toplumun gerekleri ölçütü sınırlandırmanın kabul edilebilirliği konusunda önemli bir ölçüt hatta Sözleşmenin en özgün ölçütü olarak kabul edilmektedir⁷³. Mevzuatımızda demokratik toplumun gerekleri ifadesi yerine demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ifadesi kullanılmaktadır. 1961 Anayasası'nda yer almayan demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde kendine yer bulmuştur. Bu kavram 1961 Anayasası'ndaki hakkın özü kavramı yerine getirilmiştir⁷⁴. 2001 değişikliği ile de hakkın özü kavramının 13. maddeye eklenmesiyle birlikte temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında hem hakkın özüne hem de demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama güvencesi sağlanmıştır. 13. maddenin gerekçesinde demokratik toplum düzeni ilkesinin, öze dokunmama ölçütünden daha belirgin, uygulaması daha kolay olan bir ölçüt olduğu, esasen uluslararası sözleşme veya bildirimlerde de bu ölçütün kabul edildiği belirtilmiştir. Aslında demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesinin kullanılmasının sebebi, öz güvencesinin hakları sınırlandırma konusunda siyasi otoritenin elini kolunu bağladığının düşünülmesidir⁷⁵. Hakkın veya özgürlüğün özü, bir hak veya özgürlüğün vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu özgürlüğü anlamsız hale getirecek olan asli çekirdeğini oluşturmak-

⁷² SUNAY, Reyhan, *İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001, s. 106.

⁷³ BIÇAK, s. 56; ÖZBEY, Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", TBB, Y. 2013, S. 106, s. 53.

⁷⁴ FENDOĞLU, s. 195.

⁷⁵ ARSLAN, *Temel Hak*, s. 223.

tadır⁷⁶. Anayasa Mahkemesi kuruluşundan itibaren hak ve özgürlüklerin özünün belirlenmesinde “hakkın kullanılabilir” durumda kalmasını ölçü olarak belirlemiştir⁷⁷. Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarında⁷⁸ demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını kullanırken öze dokunma yasağını da bunun içinde ya da yanında bir destek norm olarak kullanmaya başlamış ve Anayasanın ilk şeklindeki eksikliği bir ölçüde gidermeye çalışmıştır⁷⁹.

Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını önce 1982 Anayasası’nın benimsediği demokratik toplum düzen anlayışı olarak yorumlamış sonra ise bu görüşünü değiştirerek hem evrensel demokratik ölçüleri hem de hakkın özü kavramını içine alan bir kavram olarak yorumlamıştır⁸⁰. Bu durum, temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında uluslararası ölçütlerin esas alınarak, yürürlükteki yasaların tekrardan anlamlandırılmasına önemli katkı sağlamıştır⁸¹. Demokratik toplum düzeninin gerekleri deyince ise demokrasinin gerekleri, yani demokrasinin unsurları akla gelir⁸². AİHM Handyside/Birleşik Krallık⁸³ kararında, demokratik toplumun olmazsa olmaz unsurlarının çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük olduğunu belirtmiştir. Bu kararında Mahke-

⁷⁶ ÖZBUDUN, s. 115.

⁷⁷ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut”, Anayasa Yargısı, Y. 2002, S. 19, s. 156-157.

⁷⁸ AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, K. T. 26/11/1986; E. 1987/16, K. 1988/8 K. T. 19/04/1986; E. 1988/14, K. 1988/18, K. T. 14/06/1988; E. 1986/17, K. 1987/11, K. T. 22/05/1987.

⁷⁹ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 153.

⁸⁰ ÖZBUDUN, s. 116-117; TEZİÇ, s. 238.

⁸¹ TEZİÇ, s. 238.

⁸² ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 8. Tıpkı Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013, s. 126.

⁸³ Handyside/Birleşik Krallık, 5493/72, 07/12/1976, par. 49, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25> (E. T. 06/06/2016).

me, demokratik toplum kavramının belirleyicisi olan çoğulculuk kavramını tanımlamış ve çoğulculuğun farklı, aykırı sayılabilecek fikirlerin, hatta politik toplumu ve halkın belirli bir kesimini şoke edebilecek fikirlerin de açıklanmasına izin verdiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre demokratik toplum düzeni sayısal açıdan çoğunluğun görüşlerinin üstün görülmesi ve toplumun ona göre şekillenmesi değildir ve çoğunluğun sorumsuz ve sınırsız güç kullanıp toplumu şekillendirmesi de önlenmelidir⁸⁴. Burada çoğulculuk kavramı, toplumsal ve siyasal farklılıklara zemin hazırlayan bir kavram olarak anlaşılmalı ve devletin farklı görüşler karşısında eşit mesafede durması olarak tanımlanan siyasal tarafsızlık ilkesini, demokratik toplumun vazgeçilmez bir unsuru olarak karşımıza çıkartmaktadır⁸⁵.

Mahkeme Handyside/Birleşik Krallık kararında gereklilik kavramının zorunlu kavramı ile eş anlamlı olmadığını ama kabul edilebilir, yararlı, makul ve arzu edilen kavramları gibi esnekliğe de sahip olmadığına belirtmiştir⁸⁶. Dolayısıyla taraf devlet sınırlandırma sebeplerine dayanırken, bunun gerekli bir müdahale olduğunu Mahkeme kararında belirtilen esnek gerekçelerin ötesinde zorunluluğa yakın bir şekilde kanıtlanma yoluna gitmelidir⁸⁷. Observer ve Guardian/Birleşik Krallık⁸⁸ kararında AİHM, gereklilik kavramını zorlayıcı toplumsal ihtiyaç şeklinde

⁸⁴ ANAYURT, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Toplanma, Dernek ve Sendika Özgürlüğü”, Kamu Hukuku Arşivi- Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, C. 6, Y. 2003, S. 1, s. 54.

⁸⁵ ARSLAN, Temel Hak, s. 226.

⁸⁶ Handyside/Birleşik Krallık, par. 48.

⁸⁷ BIÇAK, s. 56; ŞAHİN, Kemal, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 391.

⁸⁸ Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, 13585/88, 26/11/1991 aktaran, MACOVEİ, Monica, İfade Özgürlüğü, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları S. 2, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001, s. 67.

tanımlamıştır. Zorlayıcı toplumsal ihtiyacın var olup olmadığını ilk değerlendirecek olan, sınırlandırmayı yapacak olan idari makamlardır; ancak bunu değerlendirirken de AİHM'nin içtihadına uygun davranmaları gerekmektedir⁸⁹. Sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı incelenirken; müdahalenin dayanılan meşru amaca uygun ve bu amaçla orantılı (ölçülü) olmasının yanında devletlerin kendilerine tanınan takdir alanının sınırlarına uyulup uyulmadığı Mahkemece denetlenecektir⁹⁰. Bu sebeple bir sınırlandırma yapılırken demokratik toplum düzeninin sınırları içerisinde kalarak devletin müdahalesinin ölçülülüğü konusunda bir değerler dengesi yapılması gerekmektedir⁹¹.

AİHM'nin başkalarının demokratik toplumun gereklerine uygun olarak dinsel ritüel ve uygulamaların sınırlandırılmasıyla ilgili kararlarından birkaç örnek verecek olursak; Leyla Şahin/Türkiye kararına göre: *“Mahkeme, 9. maddede belirtildiği gibi, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, Sözleşme”nin lafzı çerçevesinde, “demokratik toplum”un temellerinden biri olduğunu yineler. Dini yönden bu özgürlük, inananların kişiliklerini ve onların hayat görüşlerini oluşturan en yaşamsal unsurlardan birisidir, ancak, aynı zamanda, ateistler, agnostikler, kuşkucular ve ilgisizler için de önemli bir değerdir. Demokratik bir toplumun ayrılmaz bir parçası olan ve yüzyıllar sonra kazanılan çoğulculuk bu değere dayanır. Bu özgürlük, aynı zamanda, dini inanca sahip olma veya olmama ve dini uygulama veya uygulamama özgürlüğünü de beraberinde getirir (bkz., diğer içtihatlar arasında, Kokkinakis – Yunanistan, 25 Mayıs 1993, Seri A no.*

⁸⁹ MACOVEİ, s. 67.

⁹⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 379.

⁹¹ RUMPF, Christian, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 1993, s. 31.

260 – A, s. 17, § 3; ve *Buscarini ve Diğerleri – San Marino [BD]*, no. 24645/94, § 34, *AİHM 1999-I*”⁹².

Buscarini ve diğerleri/San Marino⁹³ kararına konu olan olayda 1993 yılında San Marino parlamentosuna seçilen başvuranlar, parlamentoda göreve başlayabilmek için İncil üzerine yemin etmek zorunda bırakılmalarından şikâyetçi olmuşlardır. Başvuranlara göre parlamentoda göreve başlayabilmek için İncil üzerine yemin etmek zorunda bırakılmak, temel bir siyasal hakkın kullanılmasının belli bir inancın açık bir şekilde ikrar edilmesine tabi olduğunu göstermekteydi. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 9. maddesinin (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Mahkeme özellikle, Parlamento içerisinde toplumun farklı görüşlerini temsil etmeye yönelik bir yetkinin kullanılmasının, belli inançlar kümesine bağlılığı beyan etmeye tabi kılınmasıyla çelişkili olması nedeniyle, yemin etme yükümlülüğünün Sözleşme’nin 9/2 maddesinin amaçları doğrultusunda “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığına karar vermiştir.

AİHM’nin Yehova Şahitleri ile ilgili bir kararına göre, Yehova Şahidi inancına sahip olan ve Yunan yetkililerinden izin almadan dini tören ve toplantılar için ibadet yeri açtıklarından dolayı mahkûm olan başvuruçular, AİHS 9. maddesinin ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. AİHM, devletlerin, görünüşte dini hedefler güden bir hareket ya da derneğin halka zarar verecek türden faaliyetler sürdürüp sürdürmediğini denetleme hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir. Öte yandan, Yehova

⁹² Leyla Şahin/Türkiye, par. 104.

⁹³ Buscarini ve diğerleri/San Marino, 24645/94, 18/02/1999, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20\(Din%20C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20(Din%20C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC).pdf) (E. T. 06/06/2016).

Şahitleri'nin Yunanistan'daki yasalara göre "tanınmış din" tanımına girdiğini hatırlatarak, Mahkeme, başvuruçuların mahkûmiyetinin "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığına karar vermiş ve Yunanistan'ın AİHS 9. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir⁹⁴.

AİHM'nin dini ritüel ve uygulamaların bir parçası olan, hayvanların dini usullere uygun olarak kesilmesi ile ilgili bir kararı bulunmaktadır. Cha-are Shalom ve Tsedek/Fransa⁹⁵ kararına konu olan olayda, Başvuran Yahudi bir dernektir. Yahudilikte etin glatt olmaması yani kesilen hayvanın akciğerlerinde en küçük bir leke olması durumunda koşer yani hangi yiyeceklerin yenilip yenilmeyeceğini ve bu yiyeceklerin nasıl hazırlanması gerektiğini öngören kurallara uygun kabul edilmemektedir. Dernek, Fransa makamlarının kendisine, üyelerinin aşırı muhafazakâr dini tavsiyeleri doğrultusunda hayvanların dini usullere uygun biçimde kesilmesini sağlamak amacıyla mezbahalara erişimi için gerekli onayı vermeyi reddetmelerinden şikâyet etmiştir. Başvuran özellikle, onay başvurusunun reddinin, kendisinin riayet etme yoluyla dinini açıklama özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca, yalnızca Fransa'daki Yahudilerin büyük çoğunluğunun mensubu olduğu Paris Yahudi Cemaat Birliği'nin (*Association consistoriale israélite de Paris* – "ACIP") söz konusu onayı almış olması bakımından, Sözleşme'nin 14. maddesinin (ayrımcılık yasağı) ihlal edilmiş olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme,

⁹⁴ Manoussakis ve diğerleri/Yunanistan, 18748/91, 26/09/1996, aktaran Düşünce, Din veya İnanç Özgürlüğü Hakkı Nedir?, İnanç Özgürlüğü Girişimi Yayını, İstanbul, 2012, s. 15.

⁹⁵ Cha-are Shalom ve Tsedek/Fransa, 27417/95, 27/06/200, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20\(Din%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20(Din%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC).pdf) (E. T. 06/06/2016).

yapmış olduğu değerlendirme sonucu Sözleşme'nin 9. maddesine ilişkin bir ihlalin söz konusu olmadığına karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, ancak dini usullere uygun kesimin yasadışı olarak yapılmasının aşırı muhafazakâr Yahudilerin geçerli olduğunu düşündükleri dini uygulamalar doğrultusunda kesilen hayvanların etini yemelerini imkânsız kılması halinde, başvuran derneğin dinini açıklama özgürlüğü hakkına ilişkin bir müdahale söz konusu olacaktır. Ancak, Mahkeme başvuran derneğe mensup Yahudilerin “glatt” et bulamadıkları ya da başvuran derneğin dini usullere uygun kesim yapmak için ACIP'e verilen onaydan faydalanabilmek amacıyla ACIP ile bir anlaşmaya varmak suretiyle kendi mensuplarına “glatt” et tedarik edemediği tespit edilmediği için, onayın reddine ilişkin şikâyetin başvuran derneğin dinini açıklama özgürlüğüne yönelik bir müdahale teşkil etmediğini değerlendirmiştir. Mahkeme ayrıca, somut davada, Sözleşme'nin 14. maddesi (ayrımcılık yasağı) ile bağlantılı olarak 9. maddesinin ihlal edilmemiş olduğuna karar vermiştir.

Komisyonun X/Birleşik Krallık kararı dinsel ritüel ve uygulamaların bir parçası olan namaz ile ilgilidir. Komisyon kararında başvurucunun hareketinin dinin sonucu olup olmadığını tartışmamış olup, okul saatlerinde namaz kılmak için camiye giden bir öğretmen hakkında, camide namaz kılmanın bağlayıcı bir yükümlülük olmadığını beyan etmiş ve eğitim otoritelerinin okul için önemli olmayan zaman diliminde başvurucuya izin verdiğini dikkate alarak işverenin izin vermeme olayını 9. maddenin ihlali olarak değerlendirmemiştir⁹⁶.

⁹⁶ BENLİ, s. 71.

4. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, sınırlamada başvuru alan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamasıdır⁹⁷. AİHM içtihatlarını incelediğimiz zaman da bu tanım çerçevesinde ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ilkelerini içerdiğini görmekteyiz⁹⁸. AİHM ölçülülük denetiminde değişik unsurları değerlendirme ölçütü olarak kullanmaktadırlar. Araç ile amaç dengesinin varlığı araştırılırken, devlet tarafından başka tedbirlerin alınıp alınmayacağı, tedbirler kaldırıldığı takdirde varılacak sonuç, söz konusu sınırlamaların uygulanması durumunda temel hakların ihlal edilmesi ihtimali, tedbiri alan ulusal makamların izledikleri usul ve yöntem, tedbirin niteliği, genel karakteri, yaygınlığı, uygulama alanı ve ortaya çıkabilecek zarar verici sonuçlar bütün olarak ele alınıp incelenmektedir⁹⁹.

1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'da yer alan dolaylı ifadelerle dayanarak denetimler yaptığı ölçülülük ilkesinin adı 1982 Anayasası'nın 2001 değişikliği ile konmuştur¹⁰⁰. 15. maddenin 1. fıkrasında yer alan “*durumun gerektiği ölçüde*” ifadesi de açıkça ölçülülük ilkesini ifade etmektedir¹⁰¹. 13. maddenin ilk şeklinde yer alan “*öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz*” ifadesi de ölçülülük ilkesini andırmaktadır¹⁰². Anayasa Mahkemesi 2015 yılında verdiği bir kararın-

⁹⁷ ÖZBUDUN, s. 114.

⁹⁸ METİN, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 91.

⁹⁹ METİN, s. 88; SUNAY, s. 101.

¹⁰⁰ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 154.

¹⁰¹ METİN, s. 214.

¹⁰² TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, S. 154.

da¹⁰³ ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkelerini tanımlamıştır. Mahkemeye göre: “...*Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, “ölçülülük ilkesi” olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de, elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır. “Elverişlilik ilkesi”, öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “zorunluluk ilkesi” öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve “orantılılık ilkesi” ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir”.*

AİHM'nin dinsel ritüel ve uygulamaların sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin önemi ile ilgili kararlarından birkaç örnek verecek olursak; Francesco Sessa/İtalya¹⁰⁴ kararına konu olan olayda başvuran, Yahudi inancına mensup ve mesleği avukatlık olan bir kişidir. Delil ibrazıyla ilgili bir duruşmada, bir davadaki şikâyet sahiplerinden birinin temsilcisi sıfatıyla, sorgu yargıcının huzuruna çıkmıştır. Yargıcın davayı görmesi engellendiği için, yerine geçen yeni yargıç tarafları ertelenen duruşmanın görülmesi için iki tarihten birini seçmeye davet etmiştir. Başvuran, seçenek olarak sunulan tarihlerin her ikisinin de Yahudilerin dini festival tarihlerine denk geldiğine ve dini yükümlülüklerinin kendisini bu duruşmaya katılmaktan alıkoyduğuna dikkat çekmiştir. Duruşma tarihi söz konusu iki tarihten biri olarak belirlenmiş, bunun üzerine, başvuran duruşma tarihinin ertelenmesi için bir başvuruda bulunmuştur. İddia makamı ve davalıların avukatı, bir erteleme kararı verilmesine ilişkin olarak

¹⁰³ AYM, E. 2014/176, K. 2015/53, K. T. 27/05/2015, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfa-lar/kararlar/kbb.html> (E. T. 06/06/2016).

¹⁰⁴ Francesco Sessa / İtalya, 28790/08,03/04/2012, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20\(Din%20%20C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20(Din%20%20C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC).pdf) (E. T. 06/06/2016).

yasal açıdan tanınmış bir nedenin söz konusu olmadığı gerekçesiyle, başvuruya itiraz etmişlerdir. Başvuran, adli makamın dini bir festival tarihinde gerçekleştirilmesi kararlaştırılan duruşma tarihini ertelemeyi reddetmesinin, kendisini şikâyet sahiplerinden birinin temsilcisi sıfatıyla söz konusu duruşmaya katılmaktan alıkoyduğunu ve dinini özgür bir şekilde açıklama hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme yapmış olduğu inceleme sonucu Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edilmemiş olduğuna karar vermiştir. Mahkeme özellikle, söz konusu duruşmanın bir Yahudi tatiline denk gelen bir tarihte gerçekleştirilmesinin ve duruşma tarihinin daha sonraki bir tarihe ertelenmesinin reddedilmesinin, başvuranın inancını özgür bir şekilde açıklama hakkına yönelik bir kısıtlama teşkil ettiğine ikna olmuş değildir. Mahkeme, başvuranın Sözleşme'nin 9/1 maddesi kapsamında sahip olduğu hakka bir müdahale olduğu varsayılsa dahi, yasayla öngörülen böylesi bir müdahalenin, başta kamuoyunun adaletin doğru şekilde tecelli ettirilmesini isteme hakkı olmak üzere, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve davaların makul bir süre içerisinde görülmesi ilkesi gereğince haklı olduğunu değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, söz konusu müdahalede, hedeflenen amaç ile başvuru yöntemi arasında makul bir orantılılık ilişkisi gözlemlenmiştir.

Kosteski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti¹⁰⁵ kararına konu olan olayda, başvuran, Müslümanların dini festivallerinden biri olan Bayram'ı kutlamak için 1998 yılının Nisan ayında izin almaksızın bir

¹⁰⁵ Kosteski / Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, 55170/00, 13/04/2006, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20\(Din%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C3%BC%C4%9F%C3%BC\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20(Din%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C3%BC%C4%9F%C3%BC).pdf) (E. T. 06/06/2016).

günlük tatil yapmış olması nedeniyle para cezasına mahkûm edilmiştir. Başvuran para cezası kararına karşı tebliğ başvurusunda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi 2000 yılının Temmuz ayında, başvuranın din özgürlüğüne ilişkin hak talebinde bulunduğunu ancak, inançlarına ilişkin herhangi bir delil sunmayı reddettiğini kaydetmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvuranın olayların tarafsız bir şekilde tespit edilmesi koşulu ile ilgili olarak herhangi bir ayrımcılığa uğramadığı sonucuna varmış ve başvuranın şikâyetini reddetmiştir. Başvuran, Müslümanlar için bir tatil gününü kutladığı gerekçesiyle işe gelmemesi bakımından para cezasına çarptırılmasının, Sözleşme'nin hem kendi başına ele alındığında hem de 14 maddesi (ayrımcılık yasağı) ile birlikte değerlendirildiğinde 9. maddesini (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) ihlal ettiğinden şikâyet etmiştir. Mahkeme, yapmış olduğu inceleme sonucu, Sözleşme'nin 9. maddesinin ve 9. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddesinin (ayrımcılık yasağı) ihlal edilmemiş olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 9. maddesinin bir kimsenin dinini ya da inançlarını açıklama biçimlerini kapsadığını ancak, bir din ya da inançtan kaynaklanan veya esinlenen her eylemi koruma altına almadığını hatırlatmış; Müslümanların dini festivallerinden birine katılmanın, Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında korunduğu anlamıyla bir inanç açıklama biçimi teşkil ettiğine ya da başvurana izin almaksızın işe gelmemesi bakımından iş akdini ihlal ettiği gerekçesiyle verilen para cezasının bu madde kapsamında koruma altına alınan haklara yönelik bir müdahale anlamına geldiğine ikna olmamıştır. Mahkeme ayrıca, bir işverenin, izinsiz olarak ya da bariz bir haklı gerekçe bulunmaksızın işe gelmeme durumunu bir disiplin meselesi olarak değerlendirmesinin makul olmadığı görüşünde deşildir. Mahkeme, bir çalışanın belirli bir muafiyetten faydalanmak istediğı durumlarda, belirli bir

düzeyde ispatlama koşulunun söz konusu olmasının, baskıcı ya da vicdan özgürlüğüyle esasen uyuşmaz nitelikte bir uygulama olmadığını belirtmiştir.

Dinsel ritüel ve uygulamaların sınırlanmasında ölçülülük ilkesi ile ilgili Anayasa Mahkemesi'nin önemli bir kararı mevcuttur¹⁰⁶. Karara konu olayda, evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıkları ve yaptırdıkları iddiasıyla sanıklar hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkemeye göre sadece evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın suç olarak düzenlenmemesi, bu birlikteliği hukuk düzenince geçerli olarak kabul edilen bir niteliğe kavuşturmamakta ve evlenmenin dinsel töreninin yapılması evlilik birliğinin kurulmasını ve birlikten kaynaklanan hakların kullanılmasını sağlamamaktadır. Mahkemeye göre: “...*Demokratik toplum düzeni bakımından bir zorunluluk bulunmadığı hâlde, bir başka ifadeyle, itiraz konusu kurallarla getirilen sınırlamanın amacı olan aile düzeninin korunması yönünden gerekli olmadığı hâlde, itiraz konusu kurallarla kişilerin özel hayatları ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlükleri kapsamında kalan evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerinin suç olarak düzenlenip bunlara cezai yaptırım bağlanması, anılan haklara orantısız bir müdahalede bulunulması sonucunu doğurmakta ve ölçülülük ilkesine aykırı düşmektedir. Ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlama amacını gerçekleştirebilecek daha hafif bir sınırlama aracı bulunmaktayken daha ağır bir sınırlama*

¹⁰⁶ AYM, E. 2014/36, K. 2015/51, K. T. 27/05/2015, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (E. T. 06/06/2016).

aracının seçilmesi mümkün değildir. Yani itiraz konusu kurallar bağlamında özel hayatın korunması hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne daha hafif bir sınırlama aracıyla müdahalede bulunularak, sınırlama amacı olan “aile düzenini korumak” mümkünken bundan daha ağır bir müdahale aracı kullanılması, ölçülülük ilkesine uygun düşmez. Hukuk düzenince resmî evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmamak suretiyle, bir başka ifadeyle, “hukuki müeyyide aracı” kullanılarak itiraz konusu kurullarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlem alınmış bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzenince bu önlem alınmışken “hukuki müeyyide” aracından daha ağır bir müeyyide öngören “suç ve ceza aracı”na başvurulması, itiraz konusu kurullarla yapılan sınırlamanın ölçüsüzlüğünü gösteren diğer bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Esasen, kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayatta saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırmalarının suç olarak düzenlenmesi, anılan ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koymaktadır. Diğer yandan, evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapan kimseler de sonuç itibariyle özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptıranlara yardım etmek amacıyla hareket ettiklerinden, bu kişilerin fiillerinin cezalandırılmasını öngören kural da yukarıda belirtilen aynı gerekçelerle ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir...”.Dini nikah ile ilgili AIHM'nin de bir kararı bulunmaktadır. Komisyon,

Khan/Birleşik Krallık¹⁰⁷ başvurusunda, 21 yaşında Müslüman bir İngiliz erkek ile 16 yaşından küçük olay tarihinde 14 buçuk yaşında olan bir Müslüman kızın, kızın ailesinin istememesine karşın, dini nikâhla evlenme konusu incelenmiştir. Başvurucu erkek dini nikâhla evlendikten sonra, 16 yaşından küçük kızla cinsel ilişkiyi yasaklayan İngiliz kanunlarına göre ceza almıştır. Başvurucu Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürerek İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur. Başvurucu, İslam dininin buluğ yaşından itibaren genç kızlara evlilik izni verilmesi kuralına sahip olduğunu ileri sürmüş ve İngiltere'de 16 yaşından küçük kızlarla cinsel ilişkiyi yasaklayan kuralın ve kendisinin çarpıtıldığı cezanın, dini açığa vurma özgürlüğünü ihlal ettiğini belirtmiştir. Komisyon ise, konuyu sadece Sözleşme'nin 9. maddesi açısından değil, ama aynı zamanda evlilik hakkını düzenleyen 12. maddesi açısından incelemiştir. Komisyon bu iki madde bakımından başvuruyu açıkça temelsiz görerek kabul edilemez bulmuştur. Komisyona göre, 9. madde din tarafından belirlenen her davranışı güvence altına almadığı gibi, 12. madde, devletlere evlilik kurumunu kurallarını belirlemek konusunda takdir yetkisi tanımaktadır.

V. SONUÇ

Demokratik toplumun temel taşlarından biri olan din ve vicdan özgürlüğü AİHS'nin 9. maddesi ile koruma altındadır. Anayasamızın 24. maddesinde düzenlenen din ve vicdan özgürlüğü birçok uluslararası belgede de kendine yer bulmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, İnsan Haklarına Dair

¹⁰⁷ Khan/Birleşik Krallık, 11579/85, 07/0/7/1986, aktaran DOĞRU/NALBANT, s. 128.

Amerika Kıtası Sözleşmesi, İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı, Birleşmiş Milletler Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri bunlardan sadece birkaçıdır. AIHM kararlarını incelediğimizde mahkemenin din kavramını açıklamadığı ve bunu kendisinin görevi görmediği görülmektedir. Mahkeme kararlarında Semavi dinleri koruduğu, Avrupa ortak standardınca kabul edilen bazı dinsel hareketleri din özgürlüğü kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Mahkeme bu standarda uymayan felsefi, siyasi ve etik akımları ise AIHS 10. maddesindeki ifade özgürlüğü kapsamında incelemektedir. Din özgürlüğünün içsel boyutu kişinin iç dünyasını ilgilendiren bir şeye inanıp inanmama, inancını açıklamaya zorlanmama ve inancı nedeniyle suçlanmama özgürlüğü olup mutlak koruma altındadır. Özgürlüğün dışsal boyutu olan din veya inancın açığa vurulmasını sağlayan ibadet, öğretme, dinsel ritüel ve uygulamaların yerine getirilmesi ise sınırlandırılabilir. Anayasamız 24. maddesinde ise din ve vicdan özgürlüğü için özel sınırlama sebepleri öngörülmemiştir. Anayasamızın 15. maddesinde olağanüstü dönemlerde bile kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı düzenlenmiştir. Sadece 24. maddenin 2. fıkrasında ibadet, dini ayin ve tören özgürlüğünün kullanımının temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması başlıklı 14. maddeye aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. 3. fıkrada da kimsenin ibadete, dini ayin ve törene katılmaya zorlanamayacağı belirtilmiştir. İncelemesini yapmış olduğumuz dinsel ritüel ve uygulamalar da sınırlama kapsamındadır. Ritüel kavramı törensel davranışlar, dinsel beslenme ve et kesim adetleri, belli kıyafetler ve başlıkların giyilmesi gibi konuları içine alan geniş bir kavramdır. AIHM konu ile kararları da özellikle başörtüsü veya dini başlık ta-

kılması, ibadete çağrı sesleri, dini bayramlar, et kesim yöntemleri ile ilgilidir. AİHM kararlarında özellikle devletlerin takdir yetkilerini geniş tutmuş, bazı kararlarında ihlal bazılarında ise kabul edilmezlik kararları vermiştir.

AİHM'nin sınırlandırma sebeplerinden kamu güvenliği kavramını dar yorumladığı göze çarpmaktadır. Kamu güvenliği söz konusu olduğunda dini başlık ya da başörtüsü taşıyanların bunları çıkartmaları gerekliliğin 9. maddenin ihlali olarak görmemektedir. Mahkeme kimlik fotoğrafının da başı açık çekilmesinin kamu güvenliğinin bir gereği görmektedir. Ayırt edici dini kıyafetlerin giyilerek sokakta dolaşılması şeklinde Ahmet Arslan/Türkiye kararına konu olan olayda ise bu durumun kamu düzenini bozmadığına dikkat çekmektedir. Sabah erken vakitlerde kilise çanının çalınması olayında, mahkeme kilise çanının çalınmasının tamamen yasaklanmadığı, sesin belli bir desibel altında olması gerekliliği ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru şartına değinmektedir. Sınırlamanın kanuniliği açısından ise Leyla Şahin/Türkiye kararı önemli bir karardır. AİHM bu kararında mevzuatımıza göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sadece şekli anlamda kanunla yapılacağını öngören Anayasa Mahkemesi kararının aksine Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararlarını da kanun olarak kabul ettiğini açıkça belirtmiştir. AİHM din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili kararlarında özellikle demokratik toplumda gereklilik koşuluna dayanarak karar vermektedir. AİHM din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili içtihadı olan Kokkinakis/Yunanistan kararında demokratik bir toplumun vazgeçilmez bir ögesi olan ve yüzyıllarca süren mücadeleler sonucunda kazanılmış olan çoğulculuk ilkesinin bir gereği olarak din ve vicdan özgürlüğünü görmektedir.

Sınırlamada başvuru aracı sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmaması şeklinde ifade edilen ölçülülük ilkesi de AİHM kararlarında dayandığı önemli ilkelerden biridir. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin dini nikâh kararı önemli bir karardır. Mahkeme kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi kapsamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırılmalarının suç olarak düzenlenmesi durumunu açıkça ölçüsüzlük olarak kabul etmektedir. AİHM de bu konuda devletlere geniş takdir yetkisi tanıyarak devletlerin iç hukuk düzenlemelerine atıf yapmaktadır

KAYNAKÇA

AĞIRBAŞLI, Şennur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü, TBBD, Y. 2012, S. 101 (83-102).

AKGÜNER, Tayfun ,“Milli Güvenlik Kavramı Üzerine Bazı Düşünceler (İngilizce Makalenin Özeti)”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y. 1985, S. 1-3 (12-16).

ALİFENDİOĞLU, Yılmaz, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut” , Anayasa Yargısı, Y. 2002, S. 19 (141-176).

ANAYURT, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Toplanma, Dernek ve Sendika Özgürlüğü”, Kamu Hukuku Arşivi- Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, C. 6, Y. 2003, S. 1 (39-58).

ARSLAN, Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005,

ARSLAN, Zühtü, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, Anayasa Yargısı, Y. 2002, S. 19 (216-231).

ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 8. Tıpkı Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013.

BENLİ, Fatma, “Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi”, Birikimler I, İstanbul, 2003.

BIÇAK, Vahit, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü”, Liberal Düşünce, Y. 2001/6, S. 24 (55-77).

DEMİR, Hande Seher, Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.

FENDOĞLU, H. Tahsin, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Ay. md.13)”, Anayasa Yargısı, Y. 2002, S. 19 (178-214).

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukuku Dersleri, 16. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2014.

GÖZLÜGÖL, Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Genişletilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

GREER, Steven, The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1997.

GÜL, Cengiz/ÇAKAN, Seher, “AIHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, ERÜHFD, C. XIII, Y. 2018, S. 1 (365-410).

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 293.

GÜRPINAR, Bulut, “1982 Anayasası’na Göre Milli Güvenlik Kavramı”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, S. 2 (124-148).

Düşünce, Din veya İnanç Özgürlüğü Hakkı Nedir?, İnanç Özgürlüğü Girişimi Yayını, İstanbul, 2012.

JAYAWICKRAMA, Nihal, The Judicial Application of Human Rights Law, Cambridge University Press, 2002.

KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

METİN, Yüksel/ASLAN, Gamze “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Özgürlüğü”, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBFD, C. XII, Y. 2007, S. 3 (271-298).

METİN, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

MACOVEİ, Monica, İfade Özgürlüğü, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları S. 2, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001, s. 67.

ÖKTEM, Akif Emre, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte Yayınları, Ankara, 2002.

ÖZBEY, Özcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, TBBD, Y. 2013, S. 106 (41-92).

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

RUMPF, Christian, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 1993 (25-48).

SUNAY, Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001.

ŞAHİN, Kemal, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

ŞİRİN, Tolga/DUYMAZ, Erkan/YILDIZ, Deniz, Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri, TBB Yayınları, Ankara, 2016, s. 87.

TANÖR, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, 1. Baskı, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969.

TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Nemci, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.

TOKUZLU, Lami Bertan, “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör: Sibel İNCEOĞLU, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2013.

UYGUN, Oktay, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992.