

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin

9. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap

Jim Murdoch

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin

9. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap

Jim Murdoch

“İnsan hakları el kitapları” dizisinde:

Sayı 1: **Özel yaşama ve aile hayatının gizliliği.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2001)

Sayı 2: **İfade özgürlüğü.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2001)

Sayı 3: **Adil yargılama hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2001; 2. baskı, 2006)

Sayı 4: **Mülkiyet hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü 1. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2001)

Sayı 5: **Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2002)

Sayı 6: **İşkence yasağı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2003)

Sayı 7: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki pozitif yükümlülükler.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2007)

Sayı 8: **Yaşam hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2006)

Sayı 9: **Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2007)

Yazar Glasgow Üniversitesi'nde, İskoçya- Birleşik Krallık, kamu hukuku profesördür. Bu yayında dile getirilen görüşler yazara aittir ve Avrupa Konseyi'nin sorumluluğunda değildir. Metin içerisinde bahsi geçen hukuki belgeler, üye devlet hükümetleri, Avrupa Konseyi yasama organları veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi marifetiyle oluşturulan herhangi bir organ açısından bağlayıcı nitelikte olabilecek bir resmi yorum olarak görülmemelidir.

Bu el kitabı Defne Orhun tarafından Türkçe'ye çevrilmiştir.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
F-67075 Strasbourg Cedex

© Avrupa Konseyi, 2007
Kapak illüstrasyonu © Sean Nel – Fotolia.com

Birinci baskı, Haziran 2007

Belçika'da basılmıştır.

İçindekiler

Giriş

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü: genel görüşler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesini yorumlamak: genel görüşler

Giriş

9. maddenin yorumlanması: soru listesi

1. Soru: Şikâyet 9. maddenin kapsamı dahiline giriyor mu?
2. Soru: 9. madde haklarına yönelik bir müdahale meydana gelmiş midir?
3. Soru: Din veya inanç açıklamasına getirilen sınırlama, tanınmış olan meşru amaçlardan biri kapsamında mıdır?
4. Soru: Din veya inanç açıklamasına getirilen sınırlama “kanunla öngörülmüş” müdür?
5. Soru: Din veya inanç “açıklaması”na getirilen sınırlama “demokratik bir toplumda gerekli” midir?

9. madde kapsamında ortaya çıkan düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğünün özel yönleri

Zorunlu askerlik hizmeti ve dini inanç

“Kilise vergisi” ödeme koşulu

Kıyafet kuralları

Mahkûmlar ve dini inanç

Din değiştirme

Bir dini cemaat mensupları arasındaki iç uyumsuzluklara müdahale

Devlet tescili şartı

İbadet yerleri üzerindeki kontroller

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında, vicdan veya inancın özgürce yaşanması konusuna etki eden diğer güvenceler

Dini kanaatler ve eğitim: 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesi

İfade özgürlüğü ve din, vicdan ve inanç: 10. madde

Tıbbi tedavi konuları: 8. madde

Sözleşme haklarından yararlanılmasında din veya inanç temeline dayalı ayrımcılık: 14. madde

Devlet'in dini kurumların kararlarını tanınması: 6. madde

Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi

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, 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.

Giriş

Bu El Kitabı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("Strasbourg Mahkemesi") ve eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") içtihatları tarafından güvence altına alınmış olan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün kapsam ve içeriğini incelemektedir. 9. madde, bireyin temel inanç sistemine ve bu inançların tek başına veya başkaları ile birlikte ve özel alanda olduğu gibi kamusal alanda da açıklanma hakkına yönelik koruma içermektedir. İchtihatlar, devlet makamlarının yalnızca düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne müdahale eden eylemlerde bulunmaktan imtina etmesi gerekliliğini değil, aynı zamanda, belirli bazı durumlarda bu hakların beslenmesi ve korunması için pozitif tedbirler almasının da şart olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu içtihatlar, Sözleşme'nin diğer hükümleriyle ilgili olarak yaratılan içtihatlarla karşılaştırıldığında çok geniş olmamakla birlikte, belirli bir karmaşıklığa sahiptir ve nispeten yakın tarihlidir.

Bu kitabın amacı, Sözleşme'yi iç hukukta ve idari uygulamalarda tatbik ederken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını anlaması gerekecek olan yargıçlara, ilgili devlet görevlilerine ve bu alanda çalışan avukatlara yönelik öz bir kılavuz sunmaktır. Sözleşme güvencelerinin tatbikine ilişkin öncelikli sorumluluk ulusal düzeydedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan standartlar ve beklentiler Avrupa düzeyinde tatbik edilebilir, ancak koruma planının tali niteliği, ulusal karar alma mekanizmalarının –ve bunların da ötesinde ulusal yargıcın– bu haklara ulusal hukuk ve pratikte geçerlik kazandırmasını şart koşmaktadır. Ancak bu metin yalnızca konuya giriş niteliğindedir ve kati bir inceleme değildir. Strasbourg Mahkemesi'nin 9. maddeye ilişkin kapsamlı bir yorum sunmuş olduğu da söylenemez, zira bu konunun tüm veçheleri açısından geçerli bir yorum sunacak fırsatı henüz olmamıştır; bu nedenle pek çok husus sınanmamıştır. Dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta da, bu çalışmanın, iç hukukta Sözleşme'ye nasıl bir ağırlık tanınması gerektiği sorusunu (yani, sözleşme kanunların üzerinde bir değere mi sahip, yoksa yalnızca ikna edici bir kuvvet olarak mı kullanılıyor?) içermiyor olmasıdır. Bu husus iç hukuk açısından kilit öneme sahiptir, ancak Sözleşme'nin ulusal hukuktan üstün sayılıp sayılmaması (pek çok Avrupa ülkesinde olduğu gibi) konusunun bu tür bir çalışmada ele alınması mümkün değildir.

Öte yandan, bir ulusal yargıcın veya kamu görevlisinin bu güvencelerin nasıl tatbik edileceği konusuna en iyi ne tür bir yaklaşımla yönelmesi gerektiği sorusu ele alınacaktır. Bu sorunun cevaplanabilmesi için içtihatların incelenmesi gerekmektedir. Sözleşme metni bu güvencenin anlaşılması için bir başlangıç noktası oluşturmaktadır. Kara Avrupası hukuk geleneğinden gelen avukatlar açısından, bu konuda biraz daha açıklama yapmak gerekebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı'nın ifadesiyle, ulusal mahkemelere ve karar alma mekanizmalarına insan haklarının korunmasının geliştirilmesi konusunda kılavuzluk etmek üzere "yumuşatılmış bir emsal karar öğretisi" benimsenmiştir.¹ Bu "emsal karar öğretisi", hukuki kesinlik ve kanun önünde eşitlik hakları açısından gereklidir. Ancak, Sözleşme'nin toplumun istekleri ve değerlerinde yaşanan değişiklikleri yansıtmaya devam etmesi için bu öğreti "yumuşatılmıştır". İchtihatların incelenmesi, bu içtihatlara destek oluşturan temel değerlerin anlaşılmasına da imkân sağlamaktadır. İç mahkemeler ve ulusal karar alma organları tarafından izlenmesi

¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2005 Yıllık Raporu, s. 27.

gereken prensiplerin ayrıntılı bir şekilde açıklanması için bir fırsat olarak görüldüğünden, bu dayanaklar çoğu zaman Strasbourg Mahkemesi kararlarında yer almaktadır. Dolayısıyla, iç hukukta kullanılmak üzere hazır ve nazır bir emsal karar olarak kullanılamayacak olsa da, altında yatan düşünce ve prensibin yol göstermesi ve ilham kaynağı oluşturması açısından Strasbourg Mahkemesi içtihatlarının böyle önemli bir yönü bulunduğu düşünülmektedir.

Son olarak iki hususa değinmekte fayda var. Birincisi, bu El Kitabı esasen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesiyle ilgilidir. Ancak, vicdan ve inançla ilgili meseleler sözleşmenin başka bir konusu etrafında da ortaya çıkabileceğinden, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü üzerinde özel bir etkisi bulunan belirli bazı güvencelere yönelik kısa açıklamalar yapılması gerekli görülmüştür. Özellikle ve konular ilerledikçe ortaya çıkacağı üzere, 9. madde hem metin olarak ve hem de anlamını destekleyen değerlere ilişkin olarak 10. maddedeki ifade özgürlüğü güvencesi ve 11. maddedeki örgütlenme hakkı ile yakından ilişkilidir. Ayrıca, çocukların eğitiminin ebeveynlerin felsefi ve dini inançları gözetilerek düzenlenmesini öngören 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesi gibi ek hükümlerle de desteklenmektedir. İkincisi, Devlet'in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki sorumluluğunun kapsamını tartışırken, bu sorumluluklarının herhangi bir şekilde değişikliğe uğrayıp uğramadığını da dikkate almak gerekecektir. Özellikle, 57. madde Devletler'in, Sözleşme'yi imzalarken veya onay belgesini tevdi ederken, Sözleşme'nin herhangi bir maddesine yönelik olarak, o esnada ülkesinde geçerli olan herhangi bir yasanın bu hükme aykırı olmaması kaydıyla çekince koymasına imkân tanımaktadır.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü: genel görüşler

Dini özgürlük ve vicdan ve inanca saygı güvenceleri, liberal demokratik toplumların anayasal düzenlerinde ve uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerinde elbette ki yer almaktadır. Bu durum, söz konusu belgelerin hazırlanmasını üstlenmiş kişilerin kaygılarını yansıtmaktadır. Örnekler çoktur; muhtemelen her biri farklı vurgulara sahiptir. Özellikle, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 18. maddesi şu ifadeyi taşımaktadır: "Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, dini, tek başına veya topluca, açık olarak ya da özel biçimde öğrenim, uygulama, ibadet ve dinsel törenlerle açığa vurma özgürlüğünü içerir."

Daha kapsamlı (eğitime de atıfta bulunan, ancak dini inancını değiştirme hakkına yönelik açık bir kabul barındırmayan) bir tanımlama ise, 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18. maddesinde yer almaktadır:

- 1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne 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.

Bu tür güvenceler bölgesel düzeydeki diğer belgelerde de yer almaktadır. Örneğin, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi, vicdan ve din özgürlüğünün “tek başına veya başkalarıyla birlikte, kamusal alanda veya özel olarak, kişinin dinini veya inançlarını açıklama ve değiştirme özgürlüğünü, kişinin dinini veya inançlarını ilan etme ve yayma özgürlüğünü” içerdiğini öngörmekte iken, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 8. maddesi, “vicdan özgürlüğünün, dinin serbestçe ilanını ve icrasının güvence altına alındığını” özel olarak belirtmektedir ve ayrıca, “kimsenin, hukuk ve düzen uyarınca, bu özgürlüklerin kullanılmasını sınırlayan tedbirlere maruz bırakılmayacağını” ifade etmektedir.

Bu tür insan hakları belgelerinde, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, din temeline dayalı ayrımcılık yasağıyla desteklenmektedir; zira bu tür ayrımcılığın hakkın etkin kullanımı üzerinde açıkça bir etkisi bulunmaktadır. Ancak, çok daha temel bir prensip bulunmaktadır: “insanlar arasında dine veya inanca dayalı ayrımcılık, insan onuruna yönelik bir hakaret ve Birleşmiş Milletler Şartı'ndaki ilkelerin tanınmaması anlamına gelmektedir.”² 1990 tarihli AGİT İnsani Boyut Konferansı Kopenhag Belgesi “dini ve ideolojik temellere dayalı zulmün yanı sıra, totaliterciliği, ırkçı ve etnik nefreti, anti-semitizmi, yabancı düşmanlığını ve ayrımcılığı da açık ve net bir şekilde kınamaktadır.” Kökten dinciliğin uyanışı (özellikle milliyetçilik eşliğinde) çoğulculuğa ve toplumsal hoşgörüyeye yönelik bir tehdittir.

İnsan hakları belgeleri bu nedenle, bireysel ve toplu düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğüne, çocukların eğitimi alanında ebeveynlerin kanaatlerine saygı gösterilmesine ve din ve inanç bağlamında ayrımcılık yasağına yönelik hükümler getirmektedirler. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün bu temel veçheleri üç ayrı hükümde yer almaktadır.

Öncelikle ve en önemlisi olarak, 9. madde şu hükmü taşımaktadır:

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

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

İkinci olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesi, eğitim hakkı bağlamında şu hükmü taşımaktadır:

² 1981 tarihli Dine veya Inanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlüğe ve Ayrımcılığa Karşı Birleşmiş Milletler Bildirgesi, 3. madde.

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

Üçüncü olarak, Sözleşme'nin 14. maddesi, ayrımcı muamelenin yasaklanmış temellerinden birine örnek olarak açıkça dini inançlara atıf yapmaktadır:

Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

14. maddede yer alan ayrımcılık yasağı, yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan "hak ve özgürlüklere" uygulanması nedeniyle açıkça sınırlanmıştır. Ancak, 12 No'lu Protokol'ün "hukukten temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır" hükmü ile daha genel bir ayrımcılık yasağı getirdiğini belirtmek gerekir. Buna göre 12 No'lu Protokol, bu sözleşmeyi onaylamış olan Devletlerde ayrımcı muamelelere karşı ek koruma sağlamaktadır. (Aynı zamanda Avrupa Birliği'ne üye olan Devletlere ilişkin olarak, istihdam ve iş alanlarında ayrımcılığa karşı ek korumalar da mevcuttur).³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesini yorumlamak: genel görüşler

Giriş

Nispeten yakın bir tarihe dek, Strasbourg Mahkemesi'nin ve eski Komisyon'un 9. madde kapsamındaki içtihatları oldukça sınırlı idi. Mevcut içtihat, cezaevinde din özgürlüğü ve inanca saygı gösterilmesi ile işteki akdi ödevler arasındaki çatışmalar gibi münferit meseleler etrafında dönme eğiliminde olmuştur. Bunun yanı sıra, toplu inanç açıklama meselesinin ele alındığı, diğerlerine kıyasla daha az sayıda dava da görülmüştür. Bu durum muhtemelen, genel olarak bu güvenceye gösterilen yüksek saygı derecesini, dinsel ve felsefi hoşgörüyü ve Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin büyük bir kısmında o esnada mevcut olan değerler arasındaki farklılıklara gösterilen saygıyı ortaya koymaktadır. Bu nedenle de, 9. maddeye ilişkin görüşlerini sunan yorumcular açısından, bu güvencenin anlamını belirleyen, destekleyici prensipleri ve değerleri tespit etmek oldukça zor olmuştur. Ancak yakın tarihlerde Strasbourg Mahkemesi'nden, din değiştirme, ibadet yerlerine ruhsat verilmesinin veya dini kurumların tescilinin reddi, ve kamusal alanlarda dini sembollerin takılması üzerindeki yasaklar gibi meseleler hakkında, sayıları giderek artan kilit davalarda 9. maddenin kapsamı ve içeriğini ele alması istenmiştir. Bu kararlar Strasbourg Mahkemesi açısından, yalnızca devlet makamlarının 9. madde haklarına yönelik herhangi bir müdahale gereğini kanıtlarken yerine getirmeleri gereken yüksek

³ Bkz. özellikle 27 Kasım 2000 tarihli AB Konseyi Direktifi 2000/78/EC.

standartları vurgulamak konusunda değil, aynı zamanda Avrupa toplumunda dini ve felsefi inançların oynadığı merkezi önemdeki rolün de altını çizmek yönünde bir fırsat olmuştur. 9. madde kararlarının altında yatan mantıksal temelin net olmadığını söylemek bir dönem için doğru olabilirse de, artık Strasbourg Mahkemesi kararlarının ardında daha geniş anlamda prensip ve amaçlar bulunmaktadır.

Yine de, 9. madde kapsamındaki içtihatlar sayıca nispeten az olmayı sürdürmektedir. Belirtildiği üzere, 9. maddenin hem metin olarak ve hem de kucakladığı değerler açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin komşu güvenceleriyle sıkı bir ilişkisi bulunmaktadır. 9. madde yalnızca düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğü sunmakla kalmayıp, aynı zamanda bunların fiili olarak açıklanmasını da öngörmektedir. Dolayısıyla, hem metinsel bağlamda ve hem de maddi içerik bakımından, 10. ve 11. maddelerdeki ifade özgürlüğü ve toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ile açık bir bağ içerisindedir. Bireyin demokratik toplum yaşamına katılım hakkının ihlaline ilişkin pek çok başvuru aynı zamanda 9. maddeye de atıf içerebilir. Ancak, Strasbourg Mahkemesi pek çok olayda, başvurucu tarafından ileri sürülen meselelerin diğer iki güvenceden birine atıfla daha iyi çözülebileceğine kanaat getirmiş; yani, meseleyi ifade özgürlüğü ve 10. madde ile ilgili görmüş⁴ veya 11. maddenin örgütlenme özgürlüğü güvencesi kapsamına sokmuştur.⁵ 9. madde aynı zamanda 8. maddede yer alan özel hayata saygı şartıyla bağlantılı değerlerden bazılarını da kucaklamaktadır. Ayrıca, 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesi anlamı dahilinde, ebeveynlerin, çocuklarının eğitiminde kendi felsefi ve dini kanaatlerine saygı gösterilmesi hakkıyla da yakın ilişkisi bulunmaktadır. Bu güvencelerin her ikisi de, birey kimliğinin gelişiminin korunması ve beslenmesine yardımcı olunmasında önem taşımaktadır. Ancak bu noktada yine, başvurucu tarafından 9. madde kapsamında ileri sürülen bir meselenin anılan diğer hükümlerden biri uyarınca ele alınması daha uygun olabilmektedir.⁶ Bunların yanı sıra, inanç ve vicdan özgürlüğünün kullanımı, bir dini cemaatin medeni haklarının tespiti açısından mahkemeye erişim hakkı söz konusu olduğunda 6. madde gibi başka güvenceler kapsamında da ortaya çıkabilmektedir.⁷ Kısacası, çok sayıda başvuru bu güvence kapsamında meseleler öne sürmeye çalışsa da, çoğu zaman bu başvuruların, ilgili bir başka Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükmü uyarınca değerlendirilmesi çok daha uygun görülebilmektedir.

9. maddenin yorumlanması: soru listesi

9. maddenin ilk fıkrası düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü ilan etmektedir, ancak ikinci fıkrası bu güvencenin mutlak olmadığını kabul etmektedir. Birinci fıkranın İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinden esinlendiği açıkça görülmekteyken; ikinci fıkrada, başta 8, 10 ve 11. maddeler olmak üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin başka yerlerinde bulunan çekişmeli mülahazalar karşısında birey haklarının dengelenmesi için kullanılan formül büyük oranda yinelenmektedir. (Bu formül, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18. maddesinde de yer almaktadır.) Bu nedenledir ki, metinsel düzenleme

⁴ Örneğin, *Feldek – Slovakya*, no. 29032/95, Kararlar Raporu 2001-VIII; Baş. No. 22838/93, *Van den Dungen – Hollanda*, (1995) DR80, s. 147.

⁵ Örneğin, *Refah Partisi ve diğerleri – Türkiye* [BD], no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, Raporlar 2003-II.

⁶ Örneğin, *Hoffman – Avusturya*, 23 Haziran 1993 tarihli karar, Seri A no. 255-C, s. 56.

⁷ Örneğin, *Canea Katolik Kilisesi – Yunanistan*, 16 Aralık 1997 tarihli karar, Raporlar 1997-VIII.

öncelikle 9. maddenin bir olaya uygulanabilir olup olmadığının ve eğer uygulanabilir ise, müdahalenin bu güvenceye yönelik bir ihlal teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu amaca hizmet edecek, geniş kabul gören bir kontrol listesi tasarlanmıştır:

- Bu güvencenin kapsamı nedir?
- Güvence altına alınan hakka yönelik bir müdahale olmuş mudur?
- Bu müdahale meşru bir amaç taşımakta mıdır?
- Bu müdahale “kanuna uygun” mudur?
- Bu müdahale “demokratik bir toplumda geçerli” midir?

9. maddenin *uygulanabilirliği*, bir müdahalenin *gereğesinin* değerlendirilmesinden farklı bir kavramdır. (Dahası, uygulanabilirliğin de, gereğesinin de Strasbourg Mahkemesi’ne sunulmuş bir şikâyetin *kabuledilebilirliği* meselesinden farklı olduğunu unutmamak gerekir; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından sunulmuş olan icra mekanizmasını kullanmak isteyen kişi, iç hukuk kurallarının tüketilmesi şartını da içeren bir dizi kabuledilebilirlik engelini aşmak zorundadır. Kabuledilebilirlik şartlarını ele alan tartışma, derneklerin başvuruda bulunma amaçları bakımından ne zaman ve ne kadarıyla “mağdur” sayılabileceklerine ilişkin bazı değerlendirmeler dışında bu El Kitabı’nın kapsamı dışında kalmaktadır.)

Bu beş sorunun, 9. maddeye ilişkin mevcut içtihadı atıf yapılarak ele alınması gerekmektedir. Bu testlerin genel uygulamasına ilişkin ilk tartışma, bu hüküm ile diğer Sözleşme güvenceleri arasındaki etkileşime yönelik bir kavrayışın yanı sıra, Strasbourg Mahkemesi’nin bu yoruma yönelik genel yaklaşımının kilit yönlerinin anlaşılmasını da içermektedir. Ardından, bu güvence tarafından sağlanan korumanın daha belirli (yani tematik) yönleri ele alınmaktadır (örneğin, 9. maddenin mahkûm hakları, dini organların ve ibadet yerlerinin tescili ve kıyafet kuralları). İçtihat ve tartışma odakları büyük oranda dini inanç etrafında dönmekte ise de, dini inanca dayanmayan başka felsefi inançlara ilişkin olarak da aynı prensiplerin uygulanacağını anımsamak son derece önemlidir.

1. Soru: Şikâyet 9. maddenin kapsamı dahiline giriyor mu?

Şikâyet öncelikle 9. maddenin kapsamı dahiline girmelidir. Bu hüküm yalnızca düşünce, vicdan ve dine sahip olmayı –yani, özel veya kişisel inançlar alanını– değil, bu görüş veya inancın, tek başına ya da başkalarıyla birlikte, kolektif olarak açıklanmasını da kapsamaktadır. 9. maddenin hem dahili, hem de harici bir yönü bulunmaktadır; harici yön, inancın hem özel ve hem de kamusal alanda tatbikini içermektedir. Ancak bu güvencenin birincil odak noktası özel ve kişisel inançtır; zira kamusal alanda inancın yönlendirdiği eylemler, metinde yer alan “uygulama” ibaresi bir din veya inanç tarafından harekete geçirilen veya etkilenen her eylemi kapsamadığından, 9. maddenin kapsamı dahiline girmeyebilmektedir.⁸

⁸ Cserjés – Macaristan (kabuledilebilirlik kararı), no. 45599/99, 5 Nisan 2001.

“Düşünce, vicdan ve din” ile ne kastedilmektedir?

“Düşünce, vicdan ve din” (ve 2. fıkrada “din veya inanç”) ibarelerinin kullanılması, 9. maddenin potansiyel olarak geniş bir kapsama sahip olduğu fikrini uyandırmaktadır; fakat içtihat, uygulamada daha dar bir tür yaklaşım benimsendiğini ortaya koymaktadır. Bir azınlık grubuna ait olma “vicdanı” (ve dolayısıyla, bir grubun kültürel kimliğini koruma hedefi)⁹ 9. maddeye ait bir konu yaratmamaktadır. “İnanç”, “görüş”le aynı anlama gelmemektedir. Daha ziyade, 9. madde korumasına giren şahsi inançlar “belirli bir ikna edicilik, ciddiyet, bağlılık ve önem seviyesine sahip” olmalıdır ve insan onuruna saygıyla bağdaşır nitelikte addedilmelidir. Diğer bir deyişle, inanç “insan yaşamı ve davranışının önemli ve temel bir yönüne” ilişkin olmalıdır ve aynı zamanda, Avrupa demokratik toplumunda korunmaya değer addedilmelidir.¹⁰ İntihara yardım¹¹ veya dil tercihi¹² veya ölümden sonra insan bedeninden artakalanlar üzerindeki tasarruf¹³ konularındaki inançlar, bu hükmün anlamı dahilindeki “inançlara” girmemektedir. Öte yandan, pasifizm¹⁴, ateizm¹⁵ ve vegancılık¹⁶, tıpkı komünizm¹⁷ benzeri siyasi ideolojiler gibi 9. madde tarafından açıkça kapsanan değer sistemleridir (ancak, belirtildiği üzere, düşünce ve vicdana yönelik müdahalelere genellikle, 10. maddenin ifade özgürlüğünün güvencesi veya 11. maddedeki örgütlenme hakkı kapsamında doğan meselelere yol açar şekilde yaklaşılacaktır.)¹⁸

İçtihatların büyük bir kısmı dini inançlara odaklanmaktadır. Ancak, *inançsızlığın* da tıpkı dini olmayan inançlar gibi 9. madde tarafından korunduğunu öncelikle belirtmek önemlidir.

9. maddede kutsallaştırılan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü Sözleşme'nin anlamı dahilinde “demokratik bir toplumun” temellerinden birini oluşturmaktadır. Bu özgürlük, dini boyutu açısından, müminlerin kimliğini ve hayat algılarını oluşturan en hayati nitelikteki unsurlardan biridir, ancak ateistler, agnostikler, septikler ve kayıtsızlar açısından da son derece değerli bir anlamı bulunmaktadır. Demokratik bir toplumun olmazsa olmaz unsurlarından ve yüzyıllar içerisinde çok büyük bedeller ödenerek kazanılan bir değer olan çoğulculuk bu özgürlüğe dayanmaktadır.

Din özgürlüğü öncelikle bir kişisel vicdan meselesi ise de, aynı zamanda, başka şeylerin yanı sıra, “inancını açıklama” özgürlüğünü de anlatmaktadır. Sözlü ve yazılı şahadet, dini inançların varlığıyla bağlıdır. 9. maddeye göre, kişinin dinini açıklama özgürlüğü yalnızca topluluk içerisinde başkalarıyla birlikte, “kamusal alanda” ve aynı inancı paylaşan kişiler arasında uygulanabilir nitelikte olmakla kalmayıp, aynı zamanda “tek başına” veya “özel tarzda” da beyan

⁹ Sidiropoulos ve diğerleri – Yunanistan, Raporlar 1998-IV, para. 41.

¹⁰ Campbell ve Cosans – Birleşik Krallık, 25 Şubat 1982 tarihli karar, Seri A no. 48, para. 36.

¹¹ Pretty – Birleşik Krallık, no. 2346/02, Raporlar 2002-III.

¹² Belgian Linguistic davası, 23 Temmuz 1968, Seri A no. 6, Hukuk, para. 6.

¹³ Baş. No. 8741/79, X – Almanya, (1981) DR24, s. 137 (ancak bu konu 8. maddenin kapsamına girebilmektedir)

¹⁴ Baş. No. 7050/75, Arrowsmith – Birleşik Krallık, (1978) DR19, s. 5.

¹⁵ Baş. No. 10491/83, Angelini - İsveç, (1986), DR51, s. 41.

¹⁶ Baş. No. 18187/91 W – Birleşik Krallık, 10 Şubat 1993 tarihli karar.

¹⁷ Baş. No. 16311/90, 16312/90 ve 16313/90, Hazar, Hazar ve Açık - Türkiye, (1991) DR72, s. 200.

¹⁸ Bkz. örneğin Vogt – Almanya, 26 Eylül 1995 tarihli karar, Seri A no. 323.

edilebilmektedir. Dahası, prensip olarak, kişinin örneğin “öğretim” yoluyla komşusunu ikna etmeye çalışma hakkını da kapsamaktadır; zira bu hakkın bulunmaması durumunda 9. maddede kutsallaştırılan, “kişinin dinini veya inancını değiştirme özgürlüğü” hükümsüz hale gelecektir.¹⁹

Komisyon ve Mahkeme, bugüne dek, “din” ibaresi ile ne kastedildiğine ilişkin net bir açıklama yapmayı gerekli görmemişlerdir. İçtihatla, “anaakım” dinler olarak nitelendirilebilecek dinler koruma kapsamına giren inanç sistemleri olarak itirazsız kabul edilmiş²⁰ ve bu inançlar bünyesindeki azınlık mezhepleri de aynı şekilde korumadan yararlanmıştır.²¹ Druidizm gibi daha eski inançlar da,²² tıpkı Yehova Şahitleri,²³ Scientology,²⁴ Moon Tarikati²⁵ ve Divine Light Zentrum²⁶ gibi daha yakın tarihli dini akımlar gibi bu koruma kapsamına sokulmuştur (ancak Wicca hareketinin bu kapsama girip girmediği bir davada muğlak bırakılmıştır; dolayısıyla, bu konuda bir şüphe olduğu durumlarda başvurunun belirli bir “dinin” varlığını kanıtlaması beklenebilir).²⁷

İç dünya

Kişisel düşünce, vicdan ve inanç koruması çok açıktır ki, inançlara sahip olma ve bu inançları değiştirme haklarıyla başlar. Bu da, genellikle *iç dünya* olarak adlandırılan alanı içermektedir.²⁸ 9. madde en basit haliyle, devletin bireyleri belirli bir konuda telkini engellemeyi ve kişisel düşünce, vicdan ve din gelişimine, ikmaline ve ikamesine imkân tanımayı amaçlamaktadır. Metinsel okuma, fikir edinilmesi ve değiştirilmesi haklarının mutlak haklar olduğuna işaret etmektedir; zira 2. fıkrada, yalnızca “kişinin din veya inançlarını açıklama özgürlüğünün” belirli koşullarda iç hukuk tarafından sınırlanabileceği öngörülmektedir. Kişinin bir dini inancı veya cemaati bırakmasının mümkün olması gereği besbellidir.²⁹ Dolayısıyla, metinden açıkça çıkarılan anlam; bir açıklama veya inanç içermeyen düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün devlet müdahalesine tabi olamayacağıdır; ancak her halükârda, bir Devlet’in kişisel kanaatlere sahip olma ve bunları değiştirme hakkının özünü engellemek isteyeceği durumların – savaş veya olağanüstü hal durumunda dahi³⁰ – tahayyülü zor olabilir. Fakat, içtihatla yer alan tek örnek bir tarikat üyelerince edinilmiş olan inançları “etkisizleştirmek” amacıyla bireylerin özgürlüğünden hukuka aykırı bir şekilde mahrum bırakılmasına ilişkin olsa da (Strasbourg Mahkemesi 5. maddeye ilişkin ihlal tespitinde bulunulmuş olmasının 9.

¹⁹ *Kokkinakis – Yunanistan*, 25 Mayıs 1993 tarihli karar, Seri A no. 260-A, para. 31.

²⁰ Bkz. örn., Baş. No. 20490/92, *ISKON ve 8 diğeri – Birleşik Krallık*, (1994) DR76, s. 90.

²¹ Örn., *Cha'are Shalom Ve Tsedek – Fransa* [BD], no. 27417/95, Raporlar 2000-VII.

²² Baş. No. 12587/86, *Chappell – Birleşik Krallık*, (1987) DR53, s. 241.

²³ *Kokkinakis – Yunanistan*, 25 Mayıs 1993 tarihli karar, Seri A no. 260-A, para. 31.

²⁴ Baş. No. 7805/77, *X ve Scientology Kilisesi – İsveç*, (1979), DR16, s. 68.

²⁵ Baş. No. 8652/79, *X – Avusturya*, (1981) DR26, s. 89.

²⁶ Baş. No. 8188/77, *Omkananda ve Divine Light Zentrum – Birleşik Krallık*, (1981) DR25, s. 105.

²⁷ Örn. Baş. No. 7291/75, *X – Birleşik Krallık*, (1977) DR11, 55 [“Wicca” inancına ilişkin olarak].

²⁸ Örn. Baş. No. 22838/93, *Van den Dungen – Hollanda*, (1995) DR80, s. 147.

²⁹ Bkz. *Darby – İsveç*, aşağıda 34. sayfada yer almaktadır.

³⁰ Dahası, 15. madde Sözleşmeciler Devletlerin “Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde” uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, “durumun gerektirdiği ölçüde” Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler almasına imkân tanımaktadır.

madde kapsamı altında herhangi bir meselenin değerlendirilmesini gereksiz kıldığına karar vermiştir), böyle bir durum tümüyle tasavvur edilemez nitelikte de değildir.³¹

Bir bireyi inançlarını ifşaya zorlamanın da, en azından Devlet'in bu konuda zorlayıcı bir gerekçe ileri sürememesi halinde güvencenin bu yönünü zedeleyebileceği ileri sürülebilir. Bireyin iç hukukta inanç temelinde sunulmuş olan özel bir imtiyazdan yararlanmak istemesi halinde, örneğin vicdani ret konusunda böyle bir gerekçe doğabilir.³² *Kosteski – “eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti”* davasında başvuru, bir dini tatil gününde işine gitmediği için ceza almıştır. Strasbourg Mahkemesi şu kanaate varmıştır:

Başvurucunun, inancını kanıtlaması talep edildiği için inancının iç dünyasına müdahale edildiğinden şikâyetçi olduğu kadarıyla, Mahkeme başvurusunun kendisine uygulanan disiplin cezasına ilişkin temyiz talebi konusundaki [iç] mahkeme kararlarının, başvurusunun Müslüman olduğu yönündeki iddiasının samimiyetini kanıtlamamış olduğuna ve Müslüman inancını uyguladığına veya toplu Müslüman ibadetine katıldığına ilişkin görünüşte hiçbir işaret bulunmaması nedeniyle aksi yöndeki davranışının bu iddia konusunda şüphe uyandırdığına dair fiili tespitlerde bulunmuş olduğunu hatırlatmaktadır. Devletin, bir vatandaşın iç dünyasına ait ve şahsi inançlarının durumuna karar vermesi kavramı nefret uyandırıcı olsa ve üzücü bir şekilde geçmişte yüz kızartıcı zulümleri içermiş olsa da, Mahkeme bu davada başvurusunun, Müslümanlara belirli günlerde tatil imkânı tanıyan [iç] hukukla tanınmış olan özel bir haktan yararlanmaya çalıştığını tespit etmektedir. ... İstihdam bağlamında, işçi ile işveren arasında özel yükümlülük ve haklar getiren sözleşmeler bulunması durumunda, Mahkeme izin veya açık bir sebep bulunmadığı hallerde işe gelmemenin işveren açısından bir disiplin meselesi teşkil etmesini makul bulmaktadır. İşçinin bu durumda belirli bir muafiyete dayanmaya çalışması halinde, bu iddianın genel olarak tanınmamış bir imtiyaz veya hakla ilgili olması halinde bu konuda belirli bir kanıt seviyesinin aranması ve bu seviyeye ulaşamaması halinde olumsuz bir neticeye varılması vicdan özgürlüğünü baskılayan veya onunla temelden çelişen bir durum teşkil etmemektedir. ...³³

Bir din veya inanç sahibi olmaya veya bir dini veya inancı kabul etmeye zorlama yasağına açık bir atıf bulunulmamakla beraber (Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18. maddesinin aksine), 9. maddeye ilişkin meseleler, bireylerin vicdanları ya da inançlarına aykırı davranmak zorunda bırakıldıkları durumlarda da ortaya çıkabilir. Örneğin, *Buscarini ve diğerleri – San Marino* davasında, meclise seçilmiş olan iki kişiden, görevlerine atanmalarının bir koşulu olarak İncil üzerine dini yemin etmeleri istenmiştir. Davalı hükümet, bu yemine kullanılan ifadelerin (“Cumhuriyet'in Anayasası'na bağlı kalacağıma ve uyacağıma ... Kutsal Kitaplar üzerine yemin ederim”) dini değil, esasen tarihi ve sosyal önemi bulunduğunu ileri sürmeye çalışmıştır. “Mecliste toplumun farklı görüşlerinin temsil edilmesini amaçlayan bir görevin, belirli bir inanç grubuna bağlılığın önceden beyanına tabi olmasını çelişkili bulan” Komisyon'a katılan Strasbourg Mahkemesi, bu şartın getirilmesinin “demokratik

³¹ *Riera Blume ve diğerleri – İspanya*, No. 37680/97, para. 31-35, AİHM 1999-II.

³² Bkz. Baş. No. 10410/83, *N. – İsveç*, (1984) DR40 s. 203; ve Baş. No. 20972/92, *Raninen – Finlandiya*, no. 20972/92, 7 Mart 1996 tarihli karar).

³³ Baş. No. 55170/00, 13 Nisan 2006, para. 39.

bir toplumda gerekli” sayılamayacağına hükmetmiştir.³⁴ Keza, iç hukuk, kişinin kiliseden ayrılma ve dolayısıyla böyle bir şarttan mahrum kalma hakkını tanımaksızın, vergilendirme yoluyla bir din örgütünü destekleme yükümlülüğü dayatamaz.³⁵ Ancak, bu prensip, münhasıran kamusal alan içine giren genel hukuki yükümlülüklerle teşmil etmediğinden, vergi mükellefleri kendi ödedikleri vergilerin belirli bir amaç uğruna kullanılmamasını talep edemezler.³⁶

Zorlamaya karşı koruma başka biçimlerde de ortaya çıkabilir. Örneğin, iç hukuk, bir biçimde (yetişkin olmama, statü veya başka bir nedenden dolayı) savunmasız addedilen bireylerin “yakıksız din değiştirme”ye karşı; yani olayın özel koşulları içerisinde yakıksız sayılabilecek şekilde dini inancın değiştirilmesinin teşvik edilmesine ya da bu yönde baskı uygulanmasına karşı korunmasını uygun görebilir.³⁷ Dahası, 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesine göre, ebeveynlerin felsefi veya dini kanaatlerinin, eğitim sunarken Devlet tarafından gözetilmesi gerekmektedir ve dolayısıyla ebeveynlerin, çocuğunun okulda belirli bir din konusunda “telkin” edilmesini önleyebilir.³⁸

Din veya inancın açıklanması

9. madde, kişisel inancın *iç dünyasıyla* yakından bağlantılı davranışları da korumaktadır.³⁹ Örneğin, “sözlü ve yazılı şahadet, dini inançların varlığıyla bağlıdır”.⁴⁰ “[T]ek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğü”ne metin içerisinde özel atıf yapılarak, inancın açıklanmasının bu güvence tarafından sağlanan korumanın ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu vurgulanmaktadır. İnanç “açıklamaları”, 10. maddenin ifade özgürlüğü güvencesi kapsamına giren düşünce veya vicdan ifadesine dahil görünmektedir ve hem bireysel hem de toplu faaliyetleri içerebilir (örneğin, bireyler diğer bireyleri inançlarını değiştirmeye ikna etmeye çalışabilir ve toplu ibadet, bir dini inancın uygulanmasının ayrılmaz bir yönünü oluşturabilir).

Dolayısıyla “açıklama”, inanç sahiplerinin belirli bir faaliyet biçiminin şu veya bu şekilde öngörülmüş yahut şart koşulmuş olduğu anlayışını ifade etmektedir. Neyin bir din veya inancın “açıklaması” olarak nitelendiği konusu dikkatli bir analiz gerektirebilir; Komisyon’un *Arrowsmith – Birleşik Krallık* davasında dile getirdiği üzere, bu ibare “bir din veya inancın doğurduğu ya da etkilediği tüm davranışları kapsamamaktadır”.⁴¹ Belirtildiği üzere, metindeki ifade “ibadet, öğretim, uygulama ve ayin”e atıf yapmaktadır. İçtihat, din değiştirme, bir dini cemaat hayatına genel katılım ve dini vecibelere göre hayvan kurban edilmesi gibi konuların halihazırda bu ibare tarafından kapsanmakta olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Ancak, bir dinin veya inancın ifadesi açısından

³⁴ *Buscarini ve diğerleri – San Marino*, Raporlar 1999-I, para. 34-41 (39).

³⁵ *Darby – İsveç*, aşağıda 34. sayfada yer almaktadır.

³⁶ Baş. No. 10358/83, *C – Birleşik Krallık*, (1983) DR37, s. 142.

³⁷ *Kokkinakis – Yunanistan*, aşağıda 40. sayfada yer almaktadır.

³⁸ *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen – Danimarka*, aşağıda sayfa 49’da yer almaktadır. Ayrıca bkz. Baş. No. 10491/83, *Angeleni – İsveç*, (1986) DR51, s. 41; ve Baş. No. 23380/94, *C.J., J.J ve E.J. – Polonya*, (1996) DR84, s. 46.

³⁹ Baş. No. 23380/94, *CJ, JJ ve EJ – Polonya*, (1996) DR84, s. 46.

⁴⁰ *Kokkinakis – Yunanistan*, 25 Mayıs 1993 tarihli karar, Seri A no. 260-A, para. 31.

⁴¹ Baş. No. 7050/75, *Arrowsmith – Birleşik Krallık* (1978) DR19, s. 5.

merkezi nitelik taşıyan bir faaliyet ile yalnızca bir din veya inancın *ilham verdiği* yahut *teşvik ettiği* faaliyetler arasında bir ayırım yapılması şarttır.

Arrowsmith – Birleşik Krallık davasında, pasifist olan başvuru, askerlere broşür dağıttığı için hüküm giymiştir. Bu broşürler, siyasi meselelerin ele alınmasında şiddet içermeyen araçlara başvurulmasını teşvik konusuna odaklanmamakta, daha ziyade, ülkenin belirli bir bölgesindeki toplumsal kargaşaya ilişkin hükümet politikalarını eleştirmektedir. Komisyon, pasifizm fikrini beyan eden ve şiddete karşı duran bir inanca bağlılığın kabulünü isteyen bir kamusal açıklamanın “pasifist inancın olağan ve kabul gören bir açıklama biçimi” olarak görülebileceğini kabul etmiş, ancak söz konusu broşürlerin, başvuruçunun kendi pasifist değerlerini değil, hükümet politikasına yönelik eleştirel görüşlerini ifade etmesi nedeniyle, bunların dağıtımının, pasifizm inancından kaynaklanıyor olsa da, 9. madde kapsamında bir inanç “açıklaması” olarak nitelenemeyeceğine kanaat getirmiştir.⁴² Keza, bir kliniğin önünde kürtaj karşıtı materyallerin dağıtılması da, esasen kadınların kürtaj yaptırmama yönünde ikna edilmesini içerdiğinden, dini veya felsefi inançları ifade eder nitelikte addedilemeyecektir⁴³ (Ancak, bu iki başvuruda söz konusu materyallerin dağıtım hakkına yönelik müdahalelerin 10. maddedeki ifade özgürlüğü güvencesi kapsamına girdiği dikkate alınmalıdır.). Belirli bir günde çalışmanın reddi de, bu durum böylesi bir inançtan kaynaklanıyor olsa dahi, dini inancın açıklaması olarak nitelenemez.⁴⁴ Yahudi hukuku uyarınca eski eşe ret mektubu sunulmasının reddi⁴⁵ veya çocuklara konulacak isimlerin tercihi (9. maddenin anlamı dahilinde “düşünce” kapsamına girmekle beraber) de bir inanç açıklaması teşkil etmemektedir.⁴⁶

Bu davalar, “açıklama” ibaresi ile ne kastedildiğinin tespitinde titiz davranılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, “ibadet, öğretim, uygulama ve ayin”in bir inanç tarafından öngörülmüş mü yoksa yalnızca harekete geçirilmiş mi olduğunu tespit etmek her zaman kolay olmayabilir. İctihatta, inanç açıklama hakkına müdahale teşkil eden olgusal durumlar, daha çok, özel alandan ziyade kamusal alandaki “açıklamaları” (örneğin, başkalarının dinini değiştirmeye çalışmak veya üniversitede dini semboller takmak) kapsar niteliktedir. Bu noktada, bir şikâyetin çözüme bağlanmasında göz önüne alınacak kilit husus genellikle devletin eyleminin gerekliliği veya orantılılığı olmaktadır; ancak bu aşamada, kamusal alanda bireysel kanaate atfedilebilecek her davranışın mutlaka bu hükmün kapsamına girmeyeceğini kabul etmek gerekmektedir.⁴⁷

9. maddenin kolektif yönü

İç dünyayla ve düşünce, vicdan ve dinin bireysel olarak açıklanmasıyla ilişkili güvencelerin bu unsurlarının yanı sıra, 9. madde özel ve kamusal alanlarda başkalarıyla birlikte inanç açıklamasını da korumaktadır. Başkalarıyla birlikte ibadet, kolektif

⁴² Baş. No. 7050/75, *Arrowsmith – Birleşik Krallık* (1978) DR19, s. 5, para. 71-72.

⁴³ Baş. No. 22838/93, *Van den Dungen – Hollanda*, (1995) DR80, s. 147. Ayrıca bkz. Baş. No. 11045/84, *Knudsen – Norveç*, (1985) DR42, s. 247

⁴⁴ Baş. No. 8160/78, *X – Birleşik Krallık*, (1981) DR22, s. 27; ve Kostaske – “*eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti*”, 13 Nisan 2006 tarihli karar, para. 38.

⁴⁵ Baş. No. 10180/82, *D. – Fransa*, (1983) DR35, s. 199.

⁴⁶ Baş. No. 27868/95, *Salonen – Finlandiya*, (1997) DR90, s. 60.

⁴⁷ Baş. No. 22838/93, *Van der Dungen – Hollanda*, (1995), DR80, s. 147.

açıklamanın en aşikâr biçimini oluşturabilir. İbadet yerlerine giriş ve bir inanç mensuplarının törenlere ve ayinlere katılımı konusunda getirilen kısıtlamalar 9. madde meseleleri yaratacaktır.⁴⁸ Bu alanda, 9. maddenin 11. madde tarafından sağlanan koruma ışığında yorumlanması gerekmektedir. Dahası, dini cemaate kendi haklarını savunmak için mahkeme erişim hakkı sağlanması gerektiğinden, 6. madde de bu noktada hayati öneme sahip olabilir:

...dini cemaatler geleneksel olarak örgütlü yapılar biçiminde vücuda geldiğinden, 9. madde, Sözleşme'nin haksız Devlet müdahalesine karşı örgütsel yaşamı koruyan 11. maddesi ışığında yorumlanmalıdır. Bu perspektiften bakıldığında, inananların başkalarıyla birlikte toplu halde dinini açıklama hakkını da içeren din özgürlüğü hakkı, inananların keyfi Devlet müdahalesi olmaksızın, serbestçe örgütlenmelerine izin verileceği beklentisini de kapsamaktadır. Gerçekten de, dini cemaatlerin özerk varlığı demokratik bir toplumda çoğulculuğun ayrılmaz bir parçasıdır ve dolayısıyla 9. maddenin sağladığı korumanın merkezinde yer alan bir husustur.

Bunun yanı sıra, özellikle kolektif boyutu içerisinde dini cemaat açısından, dini açıklama hakkını kullanma yollarından biri de, cemaate, mensuplarına ve malvarlıklarına yargısal koruma sağlanması imkânıdır; dolayısıyla 9. madde yalnızca 11. madde değil, 6. madde ışığında da ele alınmalıdır.⁴⁹

9. madde tarafından düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün bu kolektif yönüne sağlanan koruma, devlet makamlarının dini cemaatin dahili örgütlenmesine müdahale girişimleri konusunda yukarıdaki davalarla ortaya konulmaktadır. 9. maddenin bireysel ve kolektif yönleri birbiriyle çatıştığında, bireysel inanç açıklamasından ziyade kolektifin üstün tutulması genellikle daha uygun olacaktır; zira “kilise aynı veya hiç değilse esasen benzer görüşlere dayalı olarak örgütlenmiş bir dini cemaattir” ve dolayısıyla “dinini açıklama, örgütlenme ve ibadet, öğretim, uygulama ve ayin gerçekleştirme hakları korunmaktadır ve bu konularda birlik içerisinde hareket etmekte özgürdür.” Bu nedenledir ki, bir din adamı açısından, bireysel inançlarını kilisesinin standart uygulamasına karşıt bir biçimde açıklama hakkını iddia etmesi zor olacaktır.⁵⁰

9. maddenin kolektif yönü ve “mağdur” statüsünün tanınması

9. maddenin bu kolektif yönünün gerçekten de, kilise veya başka bir dini örgütün Sözleşme'nin 34. maddesi anlamı dahilinde “mağdur” statüsünün tesis edilebileceği kabulüyle altı çizilmiştir. Diğer bir deyişle, kabuledilebilirlik kriterinin karşılanması için, bir kilisenin, üyelerini temsil kapasitesini işlettiğini kanıtladığında, dini inanca ilişkin bir müdahaleye itiraz etme hakkına sahip olduğu kabul edilebilir.⁵¹ Ancak, temsil statüsünün tanınması ticari kuruluşları kapsamamaktadır. *Kustannus oy Vapaa ajattelija ab, Vapaa-*

⁴⁸ *Kıbrıs – Türkiye* [BD], No. 25781/94, Raporlar 2001-IV, para. 241-247 (ibadet yerlerine erişimi de içeren hareket kabiliyetinin, dini inançlara riayet etmeyi kısıtlayacak şekilde sınırlanması).

⁴⁹ *Besarabya Metropolitan Kilisesi ve diğerleri - Moldova*, no. 45701/99, Raporlar 2001-XII, para. 118.

⁵⁰ Baş. No. 8160/78, *X – Birleşik Krallık*, (1981) DR22, s. 27. Ayrıca bkz. Baş. No. 11045/84, *Knudsen – Norveç* (1985) DR42, s. 247.

⁵¹ Bkz. örn. Baş. No. 7805/77, *X ve Scientology Kilisesi - İsveç*, (1979) DR16, s. 68; ve *Canea Katolik Kilisesi - Yunanistan*, 16 Aralık 1997 tarihli karar, Raporlar 1997-VIII, para. 31

ajattelijain liitto–Fritänkarnas förbundry ve Kimmo Sundström – Finlandiya davasında, birinci davacı sınırlı sorumlu bir şirket, ikinci davacı kayıtlı bir çatı dernek (serbest düşünürler) ve üçüncü davacı da başvuru şirketin müdürü ve başvuru derneğin şubelerinden birinin üyesi idi. Başvuru şirket öncelikli olarak, bir felsefe akımının amaçlarını yansıtan ve teşvik eden kitaplar basmak ve satmak amacıyla kurulmuştur. Şirketin kilise vergisi ödemesi şart koşulmuş ve şirketin bir dini cemaat veya bir kamu hizmeti kuruluşu değil de ticari bir teşebbüs olması nedeniyle bu şart iç mahkemelerce de onanmıştır. Başvurunun 9. maddenin ihlalini ileri süren kısmının açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar veren mahkeme şu ifadeleri kullanmıştır:

Komisyon, 9. maddenin 1. fıkrasının ikinci bölümü kapsamı uyarınca, genel din özgürlüğü hakkının, başka şeylerin yanı sıra, bir dini veya “inancı” tek başına yahut “başkalarıyla birlikte” kamusal ya da özel alanda açıklama özgürlüğünü de içerdiğini yinelemektedir. Dolayısıyla Komisyon, başvuru derneğin esasen 9. maddenin 1. fıkrası kapsamındaki haklara sahip olmaya ve bu hakları kullanmaya muktedir olduğunu reddetmemektedir. Ancak, şimdi Komisyon’un önündeki şikâyet yalnızca başvuru şirketin Kilise faaliyetlerine hasredilmiş vergileri ödeme yükümlülüğüyle ilgilidir. Şirket biçimi, başvuru dernek ve şubeleri açısından, serbest düşünür faaliyetinin bir kısmının izlenmesi için yapılmış kasıtlı bir tercih olabilir. Ne var ki, iç hukuk amaçları bakımından, bu başvuru sınırlı sorumluluğu bulunan bir ticari kurum olarak kaydedilmiştir. Bu haliyle, iç hukuk uyarınca prensip olarak, başvuru dernekle ve şubeleriyle bağlantıları bağlamındaki faaliyetlerinin altında yatan nedenlere ve kendisinden alınan vergi gelirlerinin nihai alıcısına bakılmaksızın, diğer herhangi bir ticari kurum gibi vergi ödemesi gerekmektedir. Son olarak, başvuru derneğin, şirketin ticari faaliyetlerini kendi adına yürütmekten alıkonulmuş olacağına dair kanıt bulunmamaktadır.⁵²

Ayrıca, bir üye derneğine temsilci statüsü tanınması düşünce veya vicdana yönelik müdahale iddialarına değil, yalnızca dini inançlara teşmil eder görünmektedir. *Verein “Kontakt-Information-Therapie” ve Hagen – Avusturya* davasında, başvuru dernek, uyuşturucu bağımlıları rehabilitasyon merkezleri işleten ve kâr amacı gütmeyen özel bir kuruluştur. Uyuşmazlık, terapistlerin hastaları ile ilgili bilgileri ifşa etmelerini gerektiren bir şartla ilgilidir; başvuru bu şartı bir vicdan meselesi olarak nitelemişlerdir. Komisyon’a göre, başvurunun bu kısmının kişi bakımından reddedilmesi gerekmektedir.

... dernek, kendi Sözleşme haklarının ihlali nedeniyle mağdur olduğunu iddia etmemektedir. Dahası, öncelikle dile getirilen haklar, yani Sözleşme’nin 9. maddesi kapsamındaki vicdan özgürlüğü hakkı ve küçük düşürücü muamele veya cezaya uğramama hakkı (3. madde), nitelikleri gereği özel bir dernek gibi bir tüzel kişi tarafından kullanılamaz. 9. madde söz konusu olduğu kadarıyla, Komisyon bu bağlamda vicdan özgürlüğü ile bir kilise tarafından da kullanılabilir olan din özgürlüğü arasında bir ayırım yapılması gerektiği kanaatindedir...⁵³

⁵² Baş. No. 20471/92, *Kustannus oy Vapaa ajattelija ab, Vapaa-ajattelijain liitto –Fritänkarnas förbund ry ve Kimmo Sundström – Finlandiya* (1996), DR85, s. 29.

⁵³ Baş. No. 11921/86, *Verein “Kontakt-Information-Therapie” ve Hagen – Avusturya* (1988) DR57, s. 81.

9. madde kapsamının sınırları

9. maddenin kapsamı çok fazla genişletilemez. Örneğin, boşanma imkânının bulunmaması,⁵⁴ kadınları kürtaj olmama yönünde ikna eden bilgilerin dağıtılması⁵⁵ veya bir siyasi partinin seçim şansını artırmak amacıyla toplu konut satışı yapmasının bir politikacının kasıtlı suiistimali sayılıp sayılmayacağı tespiti⁵⁶ bu kapsama girmemektedir. İntihara yardım konusundaki inanç da dini veya felsefi inanç olarak nitelenmemektedir, daha ziyade 8. madde kapsamında ele alınması daha uygun olan kişisel özerklik prensibine bağlılık olarak görülebilir; bu husus Strasbourg Mahkemesi tarafından *Pretty – Birleşik Krallık* davasında açıkça dile getirilmiştir:

*Mahkeme, başvurucunun intihara yardım konusundaki görüşlerinin istikrarı konusunda hiçbir şüphe duymamakla beraber, tüm görüş veya kanaatlerin Sözleşme'nin 9. maddesi 1. fıkrası tarafından korunan anlamda inanç teşkil etmediğini dile getirmektedir. Başvurucunun iddiaları, birinci fıkranın ikinci cümlesinde açıklandığı biçimde, bir dinin veya inancın ibadet, öğretim, uygulama veya ayin yoluyla açıklanması kapsamına girmemektedir. ... Bu başvuru, başvurucunun görüşlerinin kişisel özerklik prensibine bağlılığını yansıttığı kadarıyla, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında dile getirilen bir şikâyet beyanı teşkil etmektedir.*⁵⁷

Dahası, vurgulandığı üzere, pek çok olayda şikâyetin başka bir Sözleşme hükmü kapsamında incelenmesinin daha uygun olup olmayacağını değerlendirmek gerekecektir. Örneğin, bir dini örgütün maddi kaynaklarından mahrum bırakılması 9. madde kapsamı dahilinde değil ancak 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında mülkiyetin korunması kapsamındaki bir mesele olarak değerlendirilmiştir.⁵⁸ Keza, bir kişiye kayıtlı olmadığı için kilise vergisinden muafiyet tanınmasının reddi, bir vicdan veya din meselesi olarak ele alınmak yerine, Sözleşme güvencelerinden yararlanılmasında ayrımcılık yasağı ile birlikte mülkiyet hakkı kapsamında ele alınabilir.⁵⁹ İslam hukuku tarafından izin verildiği üzere reşit olmamış bir kızla yapılan evliliğin tanınmamasının inanç açıklamasına yönelik bir müdahale teşkil ettiği iddiası da 9. maddenin değil, 12. maddenin kapsamı dahiline girer nitelikte sayılmıştır.⁶⁰

2. Soru: 9. madde haklarına yönelik bir müdahale meydana gelmiş midir?

Meselenin 9. madde kapsamına girdiği bir kez ortaya konduktan sonra, 9. madde kapsamındaki haklarına yönelik bir “müdahale” olduğunu kanıtlamak başvurucuya düşecektir. Bir kişinin haklarına yönelik bir “müdahale” genel olarak, bir devlet makamı tarafından bir tedbir alınmasını içerecektir; devlet makamlarına düşen pozitif bir yükümlülük olduğu kabul edilmiş olduğunda, gerekli adımların atılmaması da böyle bir müdahale olarak kabul edilebilir. (“Müdahale” “ihlal”den farklıdır: kişinin haklarına

⁵⁴ *Johnston ve diğerleri – İrlanda*, 18 Aralık 1986 tarihli karar, Seri A no. 112, para. 63.

⁵⁵ Baş. No. 22838/93, *Van den Dungen – Hollanda*, (1995) DR80, s. 147.

⁵⁶ *Porter – Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik kararı.), no. 15814/02, 8 Nisan 2003.

⁵⁷ *Pretty – Birleşik Krallık*, no. 2346/02, Raporlar 2002-III, para. 82.

⁵⁸ *Kutsal Manastırlar – Yunanistan*, 9 Aralık 1994 tarihli karar, Seri A no. 301-A.

⁵⁹ *Darby – İsveç* (1990) Seri A no. 187, para. 30-34.

⁶⁰ Baş. No. 11579/85, *Khan – Birleşik Krallık*, (1986) DR48, s. 253.

yönelik bir “müdahale” bulunduğu tespiti yalnızca, 2. fıkra kapsamında bu “müdahale”nin özel koşullar içerisinde haklı görülüp görülmeyeceğine ilişkin başka bir değerlendirmeye yol açmaktadır.)

Ancak, 9. maddenin amaçları bakımından, itiraz edilen tarafın dini bir organ değil, devlet olması önem taşımaktadır. Dolayısıyla, toplu ayinler yapılması gibi konularda bir uyumsuzluk ortaya çıktığında, bu itiraz devlet kurumu niteliği taşımayan bir organ tarafından yürütülen kilise içi yönetimi meselesine yönelik olacağından, devletin sorumluluğu işletilmeyecektir.⁶¹ Söz konusu dini kurumun resmi kilise statüsünden yararlandığı iç hukuk tarafından kabul edilmiş olduğunda da bu durum geçerlidir.⁶²

Bir kişinin vicdan veya inanç nedeniyle hukuki ya da idari bir yükümlülüğe uymayı reddetmesi veya uymaması karşısında atılan adımlara ilişkin şikâyetler her zaman, derin ve samimi kanaatlerin mevcut olduğu durumlarda dahi, 9. madde haklarına yönelik bir “müdahale” bulunduğu sonucuna varılmasına imkân vermeyebilir. Örneğin, bu konuyla ilgili *Valsamis – Yunanistan* ve *Efstratiou – Yunanistan* davalarında, Yehova Şahidi öğrenciler, anılan tür olayların katı pasifizmle bağdaşmaması nedeniyle, inançları (ve ailelerinin inançları) gereği ülkenin ulusal bayramını kutlama törenlerine katılmadıkları için cezalandırılmışlardır. Strasbourg Mahkemesi, bu törenlerin kamusal bir demokrasi ve insan hakları kutlaması teşkil ettiğine ve hatta askeri personelin varlığı göz önüne alındığında dahi bu törenlerin başvurusunun pasifist inanışlarını zedeler nitelikte addedilemeyeceğine kanaat getirmiştir.⁶³ Bu davalar, 9. maddeyi içeren şikâyetlerin değerlendirilmesinin bazen ne denli zor olabileceğini gözler önüne sermektedir. Bu değerlendirme de ihtilafli olabilir: bahsi geçen davada karşıt görüşteki yargıçlar, kişisel dini inancın aforoz ettiği tezle dayanışma sergilemek amacıyla tasarlanan bir kamusal olaya katılımın “demokratik bir toplumda gerekli” sayılabilmesi için hiçbir sebep görememişlerdir.

Pozitif yükümlülükler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1. maddesi kapsamında sözleşmecî devletler, bu Sözleşme’de ve protokollerinde yer alan hak ve özgürlükleri “kendi yetki alanları içinde bulunan herkese [...] tanıma”yı taahhüt etmektedir. Bunun sonucu olarak, bir Devlet öncelikle, korunan haklara müdahaleden kaçınma yönünde negatif bir yükümlülük altındadır. Bu negatif yükümlülük, örneğin, “din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak [...] tedbirlerle [...] sınırlanabilir” hükmünü öngören 9. maddede kullanılan üslup tarafından yansıtılmaktadır.

Ancak, hakların tanınması yönündeki, her şeyi kapsayan yükümlülük yalnızca devletlerin korunan haklara müdahaleden kaçınması gereğiyle sınırlı değildir: Devlet’e aktif adımlar atma yönünde bir yükümlülük de yükleyebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan güvenceler pratik ve fiili haklar olmalıdır. Bu nedenle, Strasbourg içtihadı, Devlet’e bireylerin haklarını koruma amacıyla belirli bazı adımlar atma sorumluluğu yükleyen “pozitif” yükümlülükler fikrini de içermektedir.

⁶¹ Baş. No. 24019/94, *Finska församlingen i Stockholm ve Teuvo Hautaniemi – İsveç*, (1996) DR85, s. 94.

⁶² Baş. No. 7374/76, *X – Danimarka*, (1976) DR5, s. 158.

⁶³ *Valsamis – Yunanistan*, 18 Aralık 1996 tarihli karar, Raporlar 1996-VI, para. 37-38; ve *Efstratiou – Yunanistan*, 18 Aralık 1996 tarihli karar, Raporlar 1996-VI, para. 38-39.

Pozitif yükümlülüklerle ilişkin içtihadı hâkim olan temel prensip, devlet makamlarının, dini özgürlüğün çoğulculuk ve karşılıklı hoşgörü ruhu içerisinde varlığını sağlama ödevidir. Örneğin, dini cemaatler içerisindeki iç uyumsuzlukların çözümünde hiziplere yardımcı olmak için, yetkililerin “tarafsız bir arabuluculuk” sergilemesi gerekebilir.⁶⁴ Ayrıca, iç düzenlemelerin, müminlerin inançlarını beslenme şartları uyarınca uygulayabilmesine imkân vermesi de beklenebilir; ancak bu durumda yükümlülük, etin ritüel hazırlığı için gerekli imkânlarla erişimi değil, besin maddelerine makul erişimi sağlamakla sınırlı olabilir.⁶⁵ Fakat, bir çalışanın dini ibadetlere katılmasını sağlayacak düzenlemeler yapmasına imkân verecek adımların atılması genellikle gerekli görülmeyecektir;⁶⁶ ancak böyle bir ödevin kabul edilmesi halinde dahi, işverene yüklenen yük, davaların pek çoğunda hiç de ağır olmayacaktır.

Dolayısıyla, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü koruma yönünde pozitif bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığı her zaman belli değildir. Strasbourg Mahkemesi, bir pozitif yükümlülüğün ortaya çıkıp çıkmadığını daha genel olarak kararlaştırırken, “toplumun genel menfaatleri ile ilgili bireyin veya bireylerin çatışan şahsi menfaatleri arasındaki adil dengeyi gözetmeye” çalışacaktır.⁶⁷ Ayrıca, Strasbourg Mahkemesi, adım atılması *yükümlülüğü* ile inancın korunmasını artırmak amacıyla ulusal seviyede gerçekleştirilen devlet eyleminin onaylanması arasında her zaman net bir ayırım yapmamaktadır. Diğer bir deyişle, Strasbourg Mahkemesi’nin inancı desteklemek amacıyla alınan ulusal tedbirleri onaylaması ile inancın korunması için gereken adımların atılmamasının bir müdahale teşkil ettiğine kanaat getirildiği davalar arasında önemli bir fark var gibi görünmektedir.

Bir eylemin zorunlu mu, yoksa sadece ihtiyari mi olduğu sorusu daima mevcut koşullara dayanacaktır.

Devlet’in, müminler arasındaki uyumsuzluğu çözmek amacıyla bir dini cemaatin iç düzenlemelerine fiilen müdahalede bulunduğu bir durum, 9. madde kapsamında ortaya çıkan pozitif bir yükümlülüğün yerine getirilmesi anlamına gelebilir. Bu müdahalenin yalnızca, çekişen farklı dini hizipler arasındaki uyumsuzluklarda “tarafsız arabuluculuk” yapılmasından ibaret olması halinde, *Müslüman Cemaati Yüksek Şurası – Bulgaristan* davasında olduğu gibi, 9. madde haklarına yönelik bir müdahale oluşmayacaktır. Ancak, yalnızca “tarafsız arabuluculuğun” ötesine geçen eylemler 9. madde haklarına yönelik müdahale teşkil edeceğinden, böyle bir müdahalenin niteliği çok dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir. Bahsi geçen dava, davalı hükümetin Müslüman cemaati içerisindeki siyasi ve şahsi nitelik taşıyan çatışmalardan kaynaklanan ve uzun süredir devam etmekte olan ayrılıkları ele alma çabasıyla ilgilidir. Sorun esas olarak, sonuçta gerçekleşen dini lider değişikliğinin, cemaat tarafından özgürce alınan bir karar neticesinde değil de, haksız devlet baskısı neticesinde ortaya çıkıp çıkmadığıdır:

Hükümet, yetkililerin yalnızca, inanç grupları arasında dini hoşgörü ve barışçıl ilişkiler temin etme yönünde anayasal bir yükümlülük altında olduklarından, muhalif gruplar arasında arabuluculuk yaptığını ve birleşme sürecine yardımcı

⁶⁴ *Müslüman Cemaati Yüksek Şurası – Bulgaristan*, no. 39023/97, 16 Aralık 2004.

⁶⁵ *Cha’are Shalom Ve Tsedek – Fransa* [BD], no. 27417/95, Raporlar 2000-VII, aşağıda 24. sayfada ele alınmaktadır.

⁶⁶ Aşağıda 22. sayfada ele alınmaktadır.

⁶⁷ Örneğin, Baş. No. 33490/96 ve 34055/96, *Dubowska ve Skup – Polonya*, (1997) DR89, s. 156.

olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, Devletlerin böyle bir ödevi bulunduğunu ve bu görevi yerine getirmenin arabuluculuk yapmayı gerektirebileceğini kabul etmektedir. İnanç grupları arasındaki tarafsız arabuluculuk, Devlet yetkililerinin bu özel hassasiyete sahip alanda dikkatli olmaları gerekliliğine rağmen, prensip olarak, Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında inananların sahip olduğu haklara Devlet'in müdahale etmesine yol açmayacaktır.

Ancak bu davada Strasbourg Mahkemesi, yetkili makamların, iki rakip liderden birinin rızası hilafına tek liderlik müessesesini dayatmak için harekete geçerek, bölünmüş cemaatin fiilen yeniden birleştirmeye çalıştığını tespit etmiştir. Bu kadarı “tarafsız arabuluculuğu” aşmış ve dolayısıyla 9. madde haklarına yönelik bir müdahale teşkil etmiştir.⁶⁸

İstihdam ve düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

İstihdam alanında, 9. madde özellikle kısıtlanmış görünmektedir. Örneğin, bir Devlet kamu görevlisi adaylarının sahip olacağı değerleri ve inançları belirlemeye çalışabilir veya bu görevlileri, görevleriyle bağdaşmayan görüşlere sahip oldukları nedeniyle işten çıkartabilir.⁶⁹ Gerçekten de “Devlet, dini inançların uygulanmasında tarafsız ve adil bir düzenleme makamı rolünü yerine getirmek için, egemenlik yetkisinin bir kısmını kullanması gereken olan mevcut veya müstakbel memurlarına, [dini akımların faaliyetlerinde] yer almaktan kaçınma ödevi yüklemeye karar verebilir.”⁷⁰

Strasbourg Mahkemesi, işverenlerin, örneğin bir kişinin belirli bir zamanda veya belirli bir biçimde ibadette bulunmasına imkân sağlama sorumluluğunun yerine getirilmesini düzenlemek suretiyle, inanç açıklamasını kolaylaştırmak için adımlar atmak yönünde herhangi bir pozitif yükümlülüğü bulunduğunu tanıma konusunda şimdiye dek çekingen davranmıştır. Çalışanların, çalışma saatlerini düzenleyen kurallara riayet etme ödevi bulunmaktadır ve dini gereklere dayanarak işe gitmemek, 9. maddenin kapsamı dahiline giren bir mesele teşkil etmemektedir.⁷¹ Dahası, bir kilise müessesesine mensup bir din adamının, yalnızca dini değil aynı zamanda seküler ödevleri yerine getirmesi beklenmektedir ve bu din adamı, seküler ödevlerinin şahsi inançlarıyla çatıştığı gerekçesiyle şikâyetle bulunamaz; zira vicdan özgürlüğünün nihai güvencesini görevinden ayrılma hakkı oluşturacaktır.⁷² Böyle bir yaklaşımın gerekçesi, istihdamın ihtiyari niteliği ve işini terk eden bir çalışanın, gerekli olduğunu hissettiği her türlü gereği yerine getirmesinin mümkün olması prensibidir. *Kalaç – Türkiye* davasında, Strasbourg Mahkemesi, bir silahlı kuvvetler mensubunun, orduya katılırken askeri yaşamın zorunlulukları temelinde inançlarını açıklama ehliyetine getirilen kısıtlamaları kendi iradesiyle kabul etmiş olduğuna kanaat getirmiştir. Ancak Mahkeme bu davada her

⁶⁸ *Müslüman Cemaati Yüksek Şurası – Bulgaristan*, no. 39023/97, para. 76-86, (79 ve 80), 16 Aralık 2004, aşağıda 42. sayfada ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır.

⁶⁹ *Vogt – Almanya*, 26 Eylül 1995 tarihli karar, Seri A no. 323, para. 41-68 (10. ve 11. maddeler kapsamında karara bağlanmıştır).

⁷⁰ *Refah Partisi ve diğerleri – Türkiye* [BD], no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, AİHM 2003-II, para. 94.

⁷¹ Baş. No. 24949/94, *Kotinnen – Finlandiya*, (1996) DR87, s. 68. Ayrıca bkz. Baş. No. 29107/95, *Stedman – Birleşik Krallık*, (1997) DR89, s. 104.

⁷² Baş. No. 11045/84, *Knudsen – Norveç*, (1985) DR42, s. 247.

halükârda, başvuruçunun dini gerekleri yerine getirmekten alikonulmuş olduğu konusunda ikna olmamıştır:

[Başvuruçucu], askerlik mesleğini seçmekle, niteliği gereği silahlı kuvvetler mensuplarının belirli bazı hak ve özgürlüklerine, sivillere uygulanamayacak bazı sınırlamalar getirilmesine yol açan bir askeri disiplin sistemine uymayı kendi rızasıyla kabul etmiş olmaktadır. Devletler kendi orduları için, şu ya da bu tür davranışları, özellikle de askerlik hizmeti gereklerini yansıtan yerleşik düzene ters bir tutumu yasaklayan disiplin kuralları benimseyebilirler.

Başvuruçunun, askerlik yaşamı gereklerinin dayattığı sınırlar içerisinde, bir Müslümanın normal olarak dinini uygulama biçimlerini teşkil eden yükümlülükleri yerine getirebildiği konusunda hiçbir tartışma bulunmamaktadır. Örneğin, günde beş vakit namazını kılmasına, Ramazan ayında oruç tutmak veya Cuma namazı için camiye gitmek gibi diğer dini vecibelerini ifa etmesine imkân tanınmaktaydı. Dahası, Yüksek Askeri Şura kararı, [başvuruçunun] dini görüşleri veya inançlarına ya da dini vecibelerini ifa etme biçimine değil, davranışı ve tutumuna dayanmaktadır. Türk makamlarına göre, bu davranış askeri disiplini ve laiklik ilkesini ihlâl etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, başvuruçunun zorunlu olarak emekliye ayrılmasının, bu durumun başvuruçunun dinini açıklama tarzınca harekete geçirilmiş olmaması nedeniyle. 9. madde tarafından güvence altına alınan hakka yönelik bir müdahaleye yol açmadığı sonucuna ulaşmaktadır.⁷³

Kısacası, belirli bir öneme sahip olduğu kabul edilen özel nitelikler bulunmadıkça, akdi veya diğer devlet ile kişisel inanç veya prensip arasındaki uyumsuzluk genel olarak 9. madde kapsamında bir meseleye yol açmayacaktır ve dolayısıyla mesleki ödevlere kasten riayetsizlik neticesinde alınan tedbirlerin bireyin haklarına yönelik bir müdahale oluşturması muhtemel değildir.⁷⁴

Dini uygulamaların gerektiği gibi kabulüne izin verilmesi

Ancak, davaların pek çoğunda, 9. madde haklarına yönelik bir müdahalenin meydana geldiğini tespit etmek nispeten basit olabilir. İbadet yerlerine girişin engellenmesi ve inanç mensuplarının dini gereklere katılımı konusunda getirilen kısıtlamalar,⁷⁵ tıpkı bir kilise açısından gerekli olan resmi tanınmanın reddedilmesi gibi,⁷⁶ “müdahalelere” neden olacaktır. Fakat diğer davalarda, yine olguların özel bir titizlikle incelenmesi gerekecektir. Örneğin, bir dini cemaatin dini usullere göre kesilmiş hayvan etlerine erişimini sağlayamamak, 9. maddeye yönelik bir müdahaleye yol açabilir. Ancak, *Cha'are Shalom Ve Tsedek – Fransa* kararında görüldüğü gibi, asıl önemli mesele, usuli kesimin gerçekleştirilmesine izin verilmesinden ziyade, bu tür ete erişimin sağlanmasıdır. Bu davada bir dini kurum, yetkililerin, aşırı ortodoks inançlarına göre tüketilecek olan hayvanların kesimini gerçekleştirilmesine imkân sağlayacak izni vermemesine itiraz etmektedir. Bir başka Yahudi örgütü, başvuruçucu derneğinkinden temel farklılıklar

⁷³ *Kalaç – Türkiye*, 1 Temmuz 1997 tarihli karar, Raporlar 1997-IV, para. 28-31.

⁷⁴ *Cserjés – Macaristan* (kabuledilebilirlik), no. 45599/99, 5 Nisan 2001.

⁷⁵ *Kıbrıs – Türkiye* [BD], no. 25781/94, Raporlar 2001-IV, para. 241-247 (ibadet yerlerine erişimi de içeren hareket kabiliyetinin, dini inançlara riayet etmeyi kısıtlayacak şekilde sınırlanması).

⁷⁶ Aşağıda 44. sayfada ele alınmaktadır.

gösteren kendi usullerine göre hayvan kesimi yapmak için onay almıştır. Başvurucu dernek, bu ret kararının hem 9. maddeye ve hem de 9. madde ile birlikte 14. maddeye aykırılık teşkil ettiğini iddia etmiştir. Ritüel kesimin, Yahudilere, bu dinin tatbiki açısından temel bir husus oluşturan dini gereklere göre kesilmiş hayvanların etlerini temin etme amacını güden bir dini vecibe teşkil ettiği tartışmasızdır.

Başvurucu dernek, Fransız makamlarının kendisine onay vermeyi reddetmesine ilişkin olarak Sözleşme'nin 9. maddesine dayanabilir; zira usuli kesim 9. madde anlamı dahilinde Sözleşme tarafından güvence altına alınmış olan bir hak, yani kişinin dinini ayin yapmak suretiyle açıklama hakkınca kapsanır addedilmelidir.

...

Mahkeme öncelikle, hayvanların kesimden önce sakinleştirilmesi gerektiği prensibine bir istisna getirmek suretiyle, Fransız hukukunun din özgürlüğüne fiilen saygı gösterilmesini sağlamak için Devlet'e düşen pozitif yükümlülüğe uygulamada geçerlik kazandırmış olduğuna dikkat çekmektedir. Bu özgürlüğün kullanılmasını hiç de sınırlamayan [iç hukuk], bilakis, özgürlüğün serbestçe kullanılmasını sağlamak ve düzenlemek için ayarlamalar yapmaktadır. Mahkeme ayrıca, usuli kesim uygulamalarını düzenlemek için tasarlanan istisnai kuralların yalnızca dini organlar tarafından bu işi yapmaya ehil olduğu onaylanmış kesimcilere tanınmasının, tek başına, kişinin dinini açıklama özgürlüğün yönelik bir müdahalede bulunduğu sonucuna yol açmadığı kanaatindedir. Mahkeme, tıpkı Hükümet gibi, hijyenik açıdan şüphe uyandıran koşullarda gerçekleştirilen, düzenleme dışı kesimlerin önlenmesinin kamu yararına olduğu ve dolayısıyla, eğer usuli kesim yapılacaksa, bunun kamu otoriteleri tarafından denetlenen mezbahalarda yapılmasının tercih edilir olduğu görüşündedir. ...

Ancak, aynı dine mensup bir başka dini organ daha sonra, usuli kesim gerçekleştirilebilmek için onay almak üzere müracaatta bulunursa, kullanmayı düşündüğü kesim yönteminin, Sözleşme'nin 9. maddesi tarafından güvence altına alınan kişinin dinini açıklama özgürlüğünün uygulaması anlamına gelmediği tespit edilmek durumundadır. Mahkeme'ye göre, ancak usuli kesimin ifasının hukuka aykırı oluşunun, aşırı ortodoks Yahudilerin geçerli gördükleri dini gerekler uyarınca kesilmiş hayvanların etini yemelerini imkânsız kılması halinde kişinin dinini açıklama özgürlüğüne yönelik bir müdahale olacaktır. Ancak somut olayda böyle bir durum bulunmamaktadır.

Bu olayda, Mahkeme'ye başvuruda bulunan dini kurum, farklı bir dini grup tarafından benzer (ancak tümüyle aynı olmayan) biçimde gerçekleştirilen hayvan kesimi için yetkili makamlardan izin almaya çalışmış, ancak bu talebi reddedilmiştir. Strasbourg Mahkemesi bu durumun 9. maddeye yönelik bir "müdahale" içermediğine karar vermiştir. Birincisi, derneğin usuli kesimcileri tarafından kullanılan kesim yöntemi, öldürüldükten sonra hayvanın baştan aşağı dikkatli bir şekilde incelenmesi dışında diğer derneğin kullandığı yöntemle aynıdır. İkincisi, başvuru derneğin inançlarına uygun bir şekilde hazırlanan etler komşu ülkedeki tedarikçiler tarafından tedarik edilmektedir. Bu nedendir ki, Strasbourg Mahkemesi, dernek mensuplarının uygun gördükleri biçimde kesilmiş et temin etmelerinin imkânsız olmaması nedeniyle, derneğin haklarına yönelik bir müdahale bulunmadığına karar vermiştir. (Her halükârda, 9. madde haklarına yönelik bir müdahale bulunmuş olsa dahi, iki derneğe gösterilen muamele arasındaki farklılık

meşru bir amaca dayandığından ve kullanılan yöntemler ve gerçekleştirilmesi amaçlanan gaye arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunduğundan bu güvenceye ilişkin bir ihlal meydana gelmemiştir.)⁷⁷

Bu karar muhtemelen, Devlet'in dini çoğulculuğa saygı gösterme yönündeki pozitif yükümlülüğünün kapsamını tümüyle ele almamaktadır. Örneğin, bir Devlet'in hayvanların esenliği gözetilerek usuli kesimi yasaklamasının uygun görülüp görülmeyeceği veya böyle görülmesi halinde, bu gibi durumlarda başka ülkelerden et ithalatını kolaylaştırması gerekip gerekmeyeceği gibi soruların cevabı bu kararda verilmemektedir. Strasbourg Mahkemesi'nin içtihatlarında, dini farklılıklardan kaynaklanan herhangi bir toplumsal gerilimin, çoğulculuğun ortadan kaldırılması yoluyla değil, bireyler ile gruplar arasında karşılıklı hoşgörü ve anlayışın teşvik edilmesi yoluyla ele alınması gerektiği yönündeki ısrarı açıkça görülmektedir. Ancak çoğulculuğun muhafazası, bu grupların iddialarının tanınması ve korunması konusunda ısrar etmeleri yönünde mutlak bir hak sağlar şekilde anlaşılmamaktadır: Çoğulculuğun muhafazası, faal bir şekilde teşvik edilmesinden ayrı düşünülmektedir.

3. Soru: Din veya inanç açıklamasına getirilen sınırlama, tanınmış olan meşru amaçlardan biri kapsamında mıdır?

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü mutlak değildir. Belirtildiği üzere, 9. maddenin 2. fıkrası, bir Devlet'in düşünce, vicdan ve din "açıklanması"na belirli bazı koşullarda müdahale edebileceğini öngörmektedir. Ele alındığı üzere, öncelikle dava konusu olayın 9. madde kapsamına girip girmediğinin ve bunun düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün "açıklanması"ni ihtiva edip etmediğinin tespit edilmesi gerekecektir. Ardından, bu güvenceye yönelik bir "müdahale" bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekecektir. Onun da ardından, 9. maddenin ihlal edilip edilmediği sorusu gelecektir. Bu sorunun üç sınama noktası bulunmaktadır: müdahalenin meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı; müdahalenin "kanunen öngörülmüş" nitelikte olup olmadığı; ve müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı.

Bir müdahalenin öncelikle Devlet tarafından, 2. fıkrada sayılan menfaatlerden biriyle gerekçelendirilmiş olduğunun kanıtlanması gerekmektedir. Bu sayılan meşru menfaatler –"kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için"– 8., 10. ve 11. maddelerde tanınan menfaatlerden çok daha dar bir şekilde ifade edilmiştir (yani ulusal güvenlik 9. maddede bir amaç olarak tanınmamaktadır), ancak her halükârda, bu sınama noktası davalı Devletler açısından uygulamada herhangi bir zorluk yaratmamaktadır; zira Strasbourg Mahkemesi kaçınılmaz olarak her türlü müdahaleyi bu sayılan menfaatlerden biri (veya daha fazlası) için gerçekleştirilmiş nitelikte addedecektir. Prensipte, güttüğü özel amacı işaret etmek Devlet'e düşmekte ise de; uygulamada, meşru bir amaç güden bir müdahalenin, itirazsız, belirli bir güvence kapsamında sayılan amaçlardan biri kapsamına girdiği varsayılacaktır. *Şerif – Yunanistan* davasında, "bilinen bir dinin" temsilcisinin yetkilerini gasp etme suçundan ötürü verilen mahkûmiyetin kamu düzeninin korunması meşru amacını taşıyan

⁷⁷ *Cha'are Shalom Ve Tsedek – Fransa* [BD], no. 27417/95, Raporlar 2000-VII, para. 73-85, (74, 76-78, 80 ve 81).

bir müdahale olduğu kabul edilmiş;⁷⁸ *Kokkinakis – Yunanistan* davasında ise, Strasbourg Mahkemesi din değiştirmenin yasaklanmasının başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacını güttüğünü itirazsız kabul etmiştir.⁷⁹

Devlet'in bir müdahalenin meşru amacını tesis edebilmesindeki kolaylık, *Besarabya Metropolitan Kilisesi ve diğerleri – Moldova* kararında gözler önüne serilmektedir. Bu kararda Strasbourg Mahkemesi, davalı Hükümet'in bir dini cemaati tescil etmeyi reddine dair sunduğu savların 2. fıkrada sıralanan belirli menfaatlere hizmet ettiğine kanaat getirmiştir:

Başvurucular tarafından yapılan kabul müracaatının reddi, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunmasını amaçlamıştır. Toprakları geçmişte birçok kez Romenlerden Ruslara ve tam tersi yönde el değiştirmiş olan Moldova Devleti etnik ve dilsel açıdan çeşitlilik arz eden bir nüfusa sahiptir. Hal böyleyken, bağımsızlığını 1991 yılında kazanan genç Moldova Devleti'nin varlığını sürdürebilmek için dayanabileceği temeller çok sayıda değildir, ancak din, halkın çoğunluğunun Ortodoks Hıristiyan olması sebebiyle istikrarı sağlayan bir faktördür. Dolayısıyla, Moskova patrikliğine bağlı Moldova Ortodoks Kilisesi'nin tanınmasıyla tüm toplumun bu Kilise çatısı altında bir araya gelmesi sağlanmıştır. Başvurucu Kilise'ye tanıma sağlanmış olsaydı, bu bağlar büyük ihtimalle ortadan kalkacaktı ve Ortodoks Hıristiyan nüfus bir dizi Kilise arasında bölünecekti. Dahası, Bükreş patrikliğine bağlı olan başvuru Kilise'nin çatısı altında, Besarabya ve Romanya'nın yeniden birleşmesi yanlısı Romen çevreleriyle bir arada hareket eden siyasi güçler bulunuyordu. Bu nedendir ki, başvuru Kilise'nin tanınması, halk arasında eski Rus-Romen rekabetini canlandıracak ve toplumsal istikrarı ve hatta Moldova'nın toprak bütünlüğünü tehlikeye atacaktı.

Başvurucular, şikâyet konusu edilen tedbirin kamu düzeni ve kamu güvenliğini korumayı amaçladığına karşı çıkmıştır. Hükümet'in, başvuru Kilise'nin kamu düzeni ve kamu güvenliğine yönelik bir tehdit oluşturduğunu kanıtlamamış olduğunu iddia etmişlerdir.

Mahkeme, Devletler'in bir akımın veya derneğin, görünürde dini amaçlar güderek, topluma veya kamu güvenliğine zararlı faaliyetler yürütüp yürütmediğini soruşturma hakkı bulunduğu kanaatindedir. Davanın koşulları ışığında değerlendirildiğinde, Mahkeme şikâyet konusu yapılan müdahalenin 9. maddenin 2. fıkrası kapsamında meşru bir amaç, yani kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması amacı taşıdığına kanaat getirmektedir.⁸⁰

Bir müdahalenin amacı veya hedefi, o müdahalenin gerekçesine ilişkin değerlendirmeden farklıdır. Dolayısıyla, bu noktada “meşru amaç” kavramı ile “demokratik bir toplumda gereklilik” sorusuna ilişkin olarak ortaya çıkan “acil sosyal ihtiyaç” kavramı arasında bir ayırım yapmak önem taşımaktadır: İlk kavram, 9. madde haklarına yönelik bir müdahaleyi gerekçelendirmeye çalışan Devlet'e herhangi bir zorluk çıkarmazken, sıra diğer koşula geldiğinde durum tamamen değişmektedir. Strasbourg Mahkemesi'nin adı

⁷⁸ Şerif – Yunanistan, 14 Aralık 1999 tarihli karar, Raporlar 1999-IX, para. 49-54.

⁷⁹ *Kokkinakis – Yunanistan*, (1993) A 260-A, para. 44.

⁸⁰ *Besarabya Metropolitan Kilisesi ve diğerleri – Moldova*, para. 111-113.

geçen davada “demokratik bir toplumda gereklilik” konusunda bu kamu düzeni ve güvenliği savlarını nasıl ele aldığı aşağıda incelenmektedir.⁸¹

4. Soru: Din veya inanç açıklamasına getirilen sınırlama “kanunla öngörölmüş” müdür?

Bir sonraki adımda Devlet’in bu müdahalenin “kanunla öngörölmüş” olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Bu kavram, geniş anlamda, keyfi veya öngörülemez nitelikte devlet müdahalesi korkusu yaşamadan, yerleşik bir çerçeve içerisinde hareket etme kabiliyetini tanımlayabilecek olan hukukun katılığı prensibini ifade etmektedir. Yani, itiraz konusu yapılan tedbir iç hukukta bir temele dayanmalı, hem erişilebilir hem de öngörülebilir olmalı ve ayrıca hukukun keyfi tatbikine karşı yeterli bir koruma sağlamalıdır. Bu hususlar 9. madde içtihatlarında her zaman değil, ancak bazen ortaya çıkmaktadır. Her halükârda, Strasbourg Mahkemesi bir müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli olmadığına” kanaat getirmesi halinde bu müdahalenin “kanunen öngörölmüş” olup olmadığına net bir cevap vermektan kaçınabilmektedir.⁸² (9. madde haklarına yönelik müdahalenin bir cezai müeyyide içerdiği hallerde, başvuru pekâlâ, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini kutsallaştıran 7. maddenin ihlal edildiğini de ileri sürebilir.⁸³ Bu gibi davalarda Strasbourg Mahkemesi’nin 7. ve 9. maddeler kapsamında dile getirilen meseleleri benzer bir yaklaşım kullanarak ele alması muhtemeldir.⁸⁴).

Bu konuda uygulanacak klasik formül ifade özgürlüğüyle ilgili bir davada tespit edilmiştir, ancak 9. madde davalarına da aynı şekilde uygulanabilir:

Mahkeme’nin görüşüne göre, “kanunla öngörölmüş” ifadesinden şu iki şart doğmaktadır. Birincisi, kanun yeterince erişilebilir nitelikte olmalıdır: Vatandaşların belirli bir davada geçerli hukuk kuralları koşullarında yeterli bir anlayışa sahip olabilmeleri gerekmektedir. İkincisi ise, bir kural, vatandaşın davranışını ona göre düzenlemesini sağlayacak yeterlilikte bir netlik taşımaması halinde “kanun” olarak görülemez: Vatandaşların –gerekirse uygun bir tavsiye ile birlikte–, belirli bir eylemin yol açacağı neticeleri, mevcut koşullar altında makul bir dereceye kadar öngörebilmeleri gerekmektedir.

Ancak, Strasbourg Mahkemesi tarafından bu noktada bir dereceye kadar kısıtlama getirildiği dikkate alınmalıdır:

Bu neticelerin mutlak bir katilikte öngörülebilmesi gerekmemektedir; deneyimler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Yinelemek gerekirse, katilik arzu edilir bir nitelik ise de, beraberinde aşırı bir katılık getirebileceği ve kanunların değişen

⁸¹ 45. sayfa ve devamı.

⁸² Örneğin, *Müslüman Cemaati Yüksek Şurası – Bulgaristan*, no. 39023/97, para. 90, 16 Aralık 2004.

⁸³ 7. madde şu hükmü taşımaktadır:

1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemez. Yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmâl ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.

⁸⁴ Örneğin bkz. *Kokkinakis – Yunanistan*, (1993) A 260-A, para. 32-35; ve *Larissis ve Ors – Yunanistan*, Raporlar 1998-I, para. 39-45.

*koşullara ayak uydurabilmesinin şart olduğu dile getirilmelidir. Dolayısıyla, pek çok kanun kaçınılmaz olarak şu ya da bu oranda muğlak hükümlerle doludur ve bu hükümlerin yorumu ve tatbiki birer uygulama sorunudur.*⁸⁵

9. madde içtihatlarında bu testin tatbikine ilişkin olarak yer alan bazı örnekler bu testin gereklerini anlamak konusunda yardımcı olmaktadır. *Kokkinakis – Yunanistan* davasında, başvuru, “din değiştirme”nin tanımının iç hukukta yeterince tanımlanmamış olduğunu ve dolayısıyla birincisi, her türlü dini konuşma veya iletişimin bu yasak kapsamına sokulmasını mümkün kıldığını ve ikincisi de, bireylerin davranışlarını buna göre düzenlemesine imkân vermediğini ileri sürmüştür. Strasbourg Mahkemesi, kanunların pek çoğunun lafzının, kaçınılmaz olarak, mutlak bir netlik sağlayamayacağını belirterek, bu olayda kanun hükmünün yanı sıra varolan yerleşik ve yayımlanmış ulusal içtihatların “kanunen öngörülmüş” olma koşulunu karşıladığı konusunda davalı hükümetin görüşüne katılmıştır.⁸⁶

Öte yandan, *Hasan ve Çavuş – Bulgaristan* davasında, bu testin koşulları karşılanmamıştır. Bu davada, bir hükümet kuruluşu, bir dini liderin atanması konusundaki bir uyuşmazlıkta hiziplerden biri lehinde tutum takınmıştır. Bu davada, iç hukuktaki eksiklikler Strasbourg Mahkemesi’nin 9. maddeye ilişkin bir ihlal tespit etmesine yol açmıştır:

İç hukukun [“kanunla öngörülmüş olma” şartını] karşılaması için, Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklara yönelik olarak kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı bir yasal koruma tedbiri sağlanmalıdır. Temel hakları etkileyen meselelerde, idareye sınırsız bir yetki olarak ifade edilmiş hukuki takdir yetkisi tanınması, Sözleşme’de kutsallaştırılan demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü prensibine aykırı olacaktır. Dolayısıyla, yetkili makamlara tanınan bu tür takdir haklarının kapsamının ve kullanılma biçiminin kanun tarafından yeterince açık bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir. İç mevzuatta gereken netlik düzeyi –hiçbir durumda her olay için sağlanamazsa da– belirli oranlarda söz konusu kanunun kapsamına, düzenlediği alana ve ele aldığı kişilerin sayısı ve statüsüne bağlıdır.

Mahkeme somut davada, ilgili kanunun Bakanlar Kurulu’nun ve Dini Mezhepler Müdürlüğü’nün dini mezhepleri hangi temele dayanarak kaydettiğine ve iç bölünmeler ve çatışan meşruiyet iddiaları durumunda liderlikte yaşanan değişikliklere ilişkin olarak hiçbir maddi kriter sunmadığını tespit etmektedir. Üstelik, idareye tanınan takdir yetkisinin keyfi kullanımına karşı bağımsız bir organ önünde muhakeme başlatılması gibi usuli güvenceler de bulunmamaktadır. Dahası, [iç hukuk] ve Müdürlük kararı, bunlardan doğrudan etkilenen kişilere hiçbir zaman bildirilmemiştir. Bu işlemler gerekçelendirilmemiştir ve birinci başvurucunun başmüftülük görevinden alınmasını amaçlamasına ve fiilen de bunu gerçekleştirilmesine karşın, bu başvurucunun adını anmayacak denli muğlaktır.

⁸⁵ *Sunday Times – Birleşik Krallık (no. 1)*, 26 Nisan 1979 tarihli karar, Seri A no. 30, para. 49.

⁸⁶ *Kokkinakis – Yunanistan*, (1993) Seri A no. 260-A, para. 37-41. Ayrıca bkz. *Larissis ve Ors – Yunanistan*, Raporlar 1998-I, para. 40-42.

Maddi kriter ve usuli güvenceler konusundaki eksiklikler, müdahalenin “keyfi olduğu ve idareye sınırsız takdir hakkı veren ve gerekli netlik ve öngörülebilirlik standartlarını taşımayan kanuni hükümlere dayandığı” anlamına gelmektedir.⁸⁷

5. Soru: Din veya inanç “açıklaması”na getirilen sınırlama “demokratik bir toplumda gerekli” midir?

Düşünce, vicdan ve inanç açıklama özgürlüğünün kaçınılmaz olarak bazı hallerde kamu güvenliği, düzeni, sağlığı ve ahlakının ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlamalara tabi tutulması gerektiği açıktır. Ancak 9. madde haklarına yönelik müdahalelerin *mevcut koşullar altında* “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını kanıtlamak çoğu zaman zor olmaktadır.

Bu beşinci ve son test uygulanırken, şikâyet konusu edilen müdahale:

- acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermeli,
- güdülen meşru amaçla orantılı olmalı; ve
- ilgili ve yeterli nedenlerle gerekçelendirilmelidir.

Bu konuda da, söz konusu koşulların karşılandığını kanıtlama yükü davalı Devlet’e aittir. Bunun karşılığında Strasbourg Mahkemesi de, ulusal düzeyde alınan ve 9. madde haklarına yönelik bir müdahale oluşturan tedbirlerin esasen haklı ve aynı zamanda orantılı olup olmadığını belirleme görevini üstlenmektedir; ancak Strasbourg Mahkemesi iç hukuk kararlarının incelenmesi için en uygun yer olmayabileceğinden, bu tespit sırasında genellikle güçlükler yaşanabilmektedir. Bunun neticesinde Mahkeme, ulusal karar alma organlarına belirli bir “takdir yetkisi” tanıyabilmektedir. Dolayısıyla da uygulamada, 9. madde haklarına yönelik müdahaleye yüklenen nedenlerin niteliğinin değerlendirilmesinde Strasbourg Mahkemesi tarafından uygulanan denetimin sıklık ölçüsü değişiklik gösterebilmektedir. Bu konuyu daha sonra incelemek için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yorumunda genel olarak geçerli olan bazı kilit kavramların genel bir şekilde ele alınması gerekmektedir.

Gereklilik ve orantılılık; ve “demokratik toplumun” niteliği

“Gereklilik” kavramı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin çeşitli maddelerinde –açıkça veya zımnen– yer almaktadır, ancak farklı bağlamlarda biraz farklı anlamlara sahiptir. Esasen medeni ve siyasi niteliğe sahip haklar garanti eden ve kapsamlı bir şekilde açıklanmış sınırlamalara tabi olan bu maddeler (örneğin 9. madde gibi) ile açık bir sınırlandırmaya tabi olmayan ya da yalnızca katı sınırlamalara tabi olan haklar (öncelikle fiziksel bütünlük ve insan onuruna ilişkin) garanti eden maddeler arasında büyük bir ayırım yapılabilir.

Herhangi bir müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığına karar verirken, “gerekli” ve “demokratik toplum” ibarelerinin her ikisini de göz önünde bulundurmamak önem taşımaktadır. Örneğin 10. madde bağlamında, Strasbourg Mahkemesi

⁸⁷ *Hasan ve Çavuş – Bulgaristan* [BD], no. 30985/96, Raporlar 2000-XI, para. 84-89 (84-85).

“[bu hükmün] anlamı dahilinde “gerekli” sıfatı ne “elzem” kelimesiyle eşanlamlıdır, ne de “kabuledilebilir”, “normal”, “yararlı”, “makul” veya “arzu edilir” gibi sıfatların sahip olduğu türden bir esnekliğe sahiptir; bu sıfat daha ziyade, “acil bir sosyal ihtiyacın” varlığını ima etmektedir.⁸⁸ Bir müdahalenin gerekçelendirilme yükü ve dolayısıyla bu müdahalenin orantılı olduğunu ispat yükü Devlet’e aittir.

Diğer Sözleşme haklarına ilişkin devlet müdahalelerinin gerekliliğinin yorumlanmasında olduğu gibi, diğer uluslararası veya Avrupa standartları ve uygulamalarını değerlendirmek işe yarayabilir. Bu nedendir ki Strasbourg Mahkemesi, bu alanda Dünya Kiliseler Konseyi gibi organların raporlarına atıfta bulunmuştur.⁸⁹

Aranan gerekçelendirme standardı, uygulamada bağlama göre değişmektedir. Esas olarak, “acil sosyal ihtiyaç” ne denli güçlü ise müdahaleyi gerekçelendirmek o denli kolaylaşmaktadır. Örneğin, ulusal güvenlik prensip olarak güçlü bir sebeptir. Ancak, bu sebebin yalnızca ileri sürülmesi, Devlet’i böyle bir iddiayı öne sürmenin haklılığını kanıtlamaktan kurtarmaz.⁹⁰ Keza, kamu güvenliği de zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç olarak görülmektedir ve dolayısıyla, tüm motosiklet sürücülerinin kask takması konusunda getirilen hukuki şart, Sihler tarafından itiraz konusu yapıldığında kolayca gerekçelendirilmiştir.⁹¹

Her halükârda, gereklilik testi uygulanırken (ve dolayısıyla tanınan takdir yetkisinin derecesi değerlendirilirken), bir müdahalenin *demokratik bir toplumda* gerekli olarak haklı gösterilip gösterilemediği hususu dikkate alınmalıdır. Bu kavramın kritik önemi 9. madde içtihatlarında açıkça görülmektedir. Strasbourg Mahkemesi, Avrupa “demokratik toplumunun” özelliklerini, mihenk taşları olarak çoğulculuğu, hoşgörüyü ve geniş fikirliliği göstermek suretiyle tanımlamıştır. Örneğin *Kokkinakis – Yunanistan* davasında Mahkeme şu tespitlerde bulunmuştur:

9. maddede kutsallaştırılan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşme’nin anlamı dahilinde “demokratik bir toplumun” temellerinden birini oluşturmaktadır. Bu özgürlük, dini boyutu açısından, müminlerin kimliğini ve hayat algılarını oluşturan en hayati nitelikteki unsurlardan biridir, ancak ateistler, agnostikler, septikler ve kayıtsızlar açısından da son derece değerli bir anlamı bulunmaktadır. Demokratik bir toplumun olmazsa olmaz unsurlarından ve yüzyıllar içerisinde çok büyük bedeller ödenerek kazanılan bir değer olan çoğulculuk bu özgürlüğe dayanmaktadır.⁹²

Bu gibi değerler, devlet makamlarının inananların dini inançlarını ifade yoluyla gerçekleştirilebilecek hakaretamiz saldırılara karşı korunmasını haklı olarak gerekli görebileceği kanaati de uyandırabilir (aşağıda ele alınan *Otto-Preminger-Insitut* davasında olduğu gibi).⁹³ 9. madde ayrıca, bir kargaşa tehdidinin, devlet müdahalesini gerektiren bir kamu düzeni hali yaratan şeyin bizzat çoğulculuğun kendisi olması halinde

⁸⁸ *Handyside – Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976 tarihli karar, Seri A no. 24, para. 48.

⁸⁹ Aşağıda, 40. sayfada ele alınan *Kokkinakis – Yunanistan* davasında olduğu gibi.

⁹⁰ Bkz. *Besarabya Metropolitan Kilisesi ve diğerleri – Moldova*, no. 45701/99, Raporlar 2001-XII, aşağıda 45. sayfada ele alınmaktadır.

⁹¹ Baş. No. 7992/77, *X – Birleşik Krallık*, (1978) DR14, 234.

⁹² *Kokkinakis – Yunanistan*, 25 Mayıs 1993 tarihli karar, Seri A no. 260-A, para. 31.

⁹³ 52. sayfa.

dahi, çoğulculuğu baltalayan değil, teşvik eden yöntemlerle ele alınmasını gerektirmektedir.

Takdir yetkisi

Bir tedbirin gerekli ve orantılı olup olmadığının tespiti hiçbir zaman sadece otomatik bir uygulama olamaz; tüm olgular ortaya konduktan sonra geriye, “bu müdahale demokratik bir toplumda gerekli miydi?” sorusunun cevaplanması için sergilenmesi gereken azımsanamaz bir değer yargısı kalmaktadır. Ancak, Strasbourg Mahkemesi düzeyinde, 9. madde haklarına yönelik bir müdahalenin gerekliliğine ilişkin her türlü değerlendirme, Sözleşme haklarının fiilen ve etkin bir şekilde varlığını sağlama yönündeki asli sorumluluğun ulusal makamlara ait olması dolayısıyla, Strasbourg’ta tesis edilen koruma sisteminin tali niteliğiyle yakından bağlantılıdır. Bu nedenle, Strasbourg Mahkemesi ulusal karar alma organlarına belirli bir “takdir yetkisi” tanımaktadır. Bu kavramı zaman zaman fiiliyatta tatbik etmek zor olmaktadır. Ayrıca ihtilafa yol açması da muhtemeldir. Strasbourg Mahkemesi tarafından, ulusal makamlarca alınan kararın Devlet’in Sözleşme kapsamındaki yükümlülükleriyle bağdaşır nitelikte olup olmadığının tespitinde belirli bir dereceye kadar sınırlı konumunun kabulü, Strasbourg Mahkemesi’nin insan haklarının korunmasındaki ikincil rolünün kabulü biçimlerinden başlıcasını oluşturmaktadır. Böylece, demokrasilerin kendilerine en uygun olan insan hakları uygulaması seviyesini ve kapsamını kendi kendilerinin seçme hakkı (Sözleşme tarafından getirilen sınırlar dahilinde olsa da) kabul edilmiş olmaktadır.

Ancak, bu kapsamın çok geniş tutulması halinde Strasbourg Mahkemesi’nin kendi sorumluluklarını terk etmekle suçlanabileceği ortadadır. Emsal kararlardan birini oluşturan ve ifade özgürlüğünü konu alan *Handyside – Birleşik Krallık* davasında, Mahkeme şu ifadeleri kullanmıştır:

... [Sözleşme] Sözleşmeci Devletler’e sınırsız bir takdir yetkisi tanımamaktadır. Bu Devlet eylemlerinin Sözleşme’ye uygunluğunu sağlamaktan Mahkeme sorumludur; bir “kısıtlama”nın veya “ceza”nın [Sözleşme garantisi] ile bağdaşır nitelikte olup olmadığına ilişkin nihai hükmü verme yetkisi Mahkeme’ye aittir. Ulusal takdir yetkisi Avrupa denetimi ile el ele yürümektedir. Böyle bir denetim, hem itiraz konusu yapılan tedbirin amacıyla, hem de “gerekliliği”yle ilgilidir; yalnızca temel mevzuatı değil, aynı zamanda, bağımsız bir mahkeme tarafından alınmış olsa bile, o mevzuatı uygulayan kararı da kapsamaktadır. ... Buradan hareketle, yetkili ulusal mahkemelerin yerini almanın hiçbir biçimde Mahkeme’nin görevi olmadığı, Mahkeme’nin görevinin bu mahkemeler tarafından takdir yetkileri kullanılarak alınmış kararların [güvence] kapsamında incelenmesi olduğu sonucu çıkmaktadır.⁹⁴

Bu nedendir ki, takdir yetkisi Strasbourg Mahkemesi’nin denetim işlevinin inkârı anlamına gelmemektedir; zira Mahkeme tanınmış olan her türlü takdir yetkisinin sınırlı olduğunu ve nihai kararın, ulusal makamların değerlendirmesini inceledikten sonra kendisine ait olduğunu vurgulamak için çok uğraş vermiştir. Strasbourg Mahkemesi örneğin dini inanca yönelik saldırılarla ilgili ifade özgürlüğüne ilişkin olarak, takdir

⁹⁴ *Handyside – Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976 tarihli karar, Seri A no. 24, para. 49-50.

yetkisinin genişliğinin bağlama ve bilhassa söz konusu ifadenin niteliğine ve sınırlamanın gerekçesine göre nasıl değişiklik gösterdiğini ortaya koymuştur:

Sözleşme'nin 10/2. maddesi kapsamında siyasi konuşmalara veya kamu yararı meselelerine ilişkin tartışmalara getirilen kısıtlamalar için çok dar bir alan bulunmasına karşın, ahlak ve özellikle din alanlarında derin kişisel inançları zedeleyebilen konularla ilgili ifade özgürlüğünü düzenlerken Sözleşmeciler Devletler'e genel olarak çok daha geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Dahası, dini inançlara yönelik saldırılarla ilgili olarak "başkalarının haklarının korunması şartı" kavramı konusunda Avrupa'da, tıpkı ahlaki meselelerde olduğu gibi ve belki daha da fazla biçimde, bir birlik bulunmamaktadır. Belirli bir dini kanaate sahip kişilerin önemli ölçüde zarar görmesine neden olabilecek şeyler zaman ve yer bağlamında, hele ki sürekli genişleyen inanç ve mezhepler dizisinin damgasını vurduğu bir çağda çok çeşitlilik gösterecektir. Devlet makamları, ülkelerinin etkin güçleriyle doğrudan ve devamlı temas halinde olduklarından, esasen, başkalarının haklarına ilişkin bu koşulların taşıdığı tam içeriğin yanı sıra, en derin duygu ve kanaatleri ciddi biçimde zedelenecek olan kişilerin böyle bir materyalden korunmasını amaçlayan bir "kısıtlama"nın "gerekliliği" konusunda da görüş bildirmek açısından uluslararası yargıca oranla daha iyi bir konuma sahiptir.⁹⁵

Strasbourg Mahkemesi böylelikle, din alanında alınan belirli bazı kararları inceleme yetkisinin sınırlı olduğunu kabul etmektedir. Bu durum aşikâr görünmektedir. Ulusal durumun tarihsel, kültürel ve siyasi hassasiyetleri yansıtması muhtemeldir ve uluslararası arena bu tür uyuşmazlıkların çözümü için yaratılmamıştır.⁹⁶

9. madde kapsamında ortaya çıkan düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğünün özel yönleri

Strasbourg Mahkemesi'nin 9. madde davalarındaki içtihadı, bu testlerin tatbikini sergilemekte ve resmî düşmanlık, gizli veya açık ayrımcılık ve keyfi karar alma olgularını içeren durumlarda devletin tarafsız, çoğulcu ve hoşgörülü davranmasının beklendiğini ortaya koymaktadır. El Kitabı'nın bu bölümü, bu güvence bağlamında ortaya çıkan ana meseleleri, başta müdahalelerin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunun kanıtlanıp kanıtlanamayacağı hususuna ilişkin olmak üzere ele almaktadır. Ancak halihazırda belirtilmiş olduğu üzere, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün bireysel ve kolektif kullanımının belirli yönleri Strasbourg içtihatlarında henüz sınanmamış durumdadır.

Zorunlu askerlik hizmeti ve dini inanç

9. maddenin, devlet yetkililerine, genel yurttaşlık ve hukuk yükümlülüklerinden muafiyet tanıma yönünde ne oranda bir pozitif yükümlülük getirdiği sorusu halen biraz muğlaktır. "Askeri nitelikte bir hizmet" için özel hüküm getiren Avrupa İnsan Hakları

⁹⁵ Wingrove – Birleşik Krallık, 25 Kasım 1996 tarihli karar, Raporlar 1996-V, para. 58.

⁹⁶ Ayrıca bkz. örn. Murphy – İrlanda, aşağıda 51. sayfada ele alınmaktadır.

Sözleşmesi'nin 4/3(b) maddesi ışığında değerlendirildiğinde, 9. madde muhtemelen, zorunlu askerlik hizmetinin vicdani reddinin tanınması yönünde bir hak içermemektedir; meğer ki bu hak ulusal hukuk tarafından tanınmış olsun. Zorunlu askerlik hizmeti bulunan hemen hemen tüm Avrupa devletleri artık alternatif sivil hizmeti kabul etmiş ise de,⁹⁷ 9. maddenin, kişinin aksi takdirde temel dini inançlarına aykırı davranmak zorunda bırakılabileceği hallerde, söz konusu Devlet'ten böyle bir alternatif sivil hizmeti tanınmasını isteyip isteyemeyeceği sorusu halen yanıt beklemektedir.⁹⁸ Strasbourg Mahkemesi'ne sunulan ve dostane çözümle veya iç hukuk düzenlemelerinde yapılan reformların ardından listeden düşürülmekle sonuçlanan yakın tarihli bazı başvurular Mahkeme'nin bu konudaki tutumuna dair incelemeler sunmaktadır.⁹⁹

Askerlik hizmeti şartlarının ayrımcı bir biçimde veya Sözleşme kapsamında başka meselelere yol açacak şekilde işletildiğine dair iddialar sunulması imkânı da bulunabilir.¹⁰⁰ Örneğin, *Ülke – Türkiye* davasında Strasbourg Mahkemesi, inançları gereği askerlik hizmeti yapmayı reddettiği için defalarca cezalandırılan bir barış aktivisti olan başvurucunun, “kovuşturma ve hapis cezalarının hiç durmadan birbirini izliyor oluşu” ve bu durumun teorik olarak başvurucunun ömrü boyunca devam edebilecek olması ihtimali nedeniyle 3. maddeyi ihlal eden bir muameleye maruz kaldığını tespit etmiştir. Bu durum, hapis cezasının niteliği gereği varolan, kaçınılmaz aşağılama derecesini aşmış ve bu nedenle, mükerrer kovuşturma ve hapis cezalarının kasti, kümülatif ve uzun süreli etkileri nedeniyle “insanlık dışı” muamele olarak nitelenmiştir. Vicdani retçilere yönelik bir hüküm getirmeyen iç hukuk, “kişinin askerlik hizmetini yerine getirmeyi inançlarına dayalı olarak reddetmesinden kaynaklanan durumlarla başa çıkabilecek bir araç sağlamaya yetmemiştir”.¹⁰¹

“Kilise vergisi” ödeme koşulu

9/1. madde, kişinin isteği dışında dini faaliyetlere dolaylı biçimde zorla katılımına karşı koruma sağlamaktadır. Böyle bir durum, örneğin kilise vergisi ödenmesi şartına ilişkin olarak ortaya çıkabilir. Devletler, bir kiliseye mensup olmayan kişilerin dini kanaatlerine saygı göstermeli ve dolayısıyla bu kişilerin dini faaliyetleri için kiliseye bağışta bulunma yükümlülüğünden muaf olmalarını mümkün hale getirmelidir.¹⁰² (Ancak, belirtildiği üzere, bu durum kişinin yetkili makamlara ödediği genel verginin belirli amaçlara tahsis edilmemesi gerektiği iddialarından ayrı tutulmalıdır.)¹⁰³ Bu amaçla, Devletler kilise vergilerinin etkin bir şekilde toplanmasını sağlamak için bireylerden dini inançlarını veya dini inanç değişikliklerini bildirmelerini meşru bir şekilde talep edebilir.¹⁰⁴

⁹⁷ Ve bkz. Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı No. R(87)8.

⁹⁸ Baş. No. 7705/76, *X – Almanya*, (1977) DR9, s. 196.

⁹⁹ Örneğin, 32438/96, *Stefanov – Bulgaristan* (3 Mayıs 2001) (dostane çözüm).

¹⁰⁰ Örneğin, *Thlimmenos – Yunanistan* [BD], no. 34369/97, Raporlar 2000-IV. Ayrıca bkz. *Tsirlis ve Kouloumpas – Yunanistan*, Raporlar 1997-III (5. maddenin ihlali, ancak 9. madde konusu göz ardı edilmiştir); karş. 7 Mart 1996 tarihli Komisyon raporu (9. maddeyle birlikte incelendiğinde 14. maddenin ihlali tespiti).

¹⁰¹ (24 Ocak 2006), para. 61 ve 62.

¹⁰² *Darby – İsveç*, Seri A no. 187, Komisyon görüşü, para. 51.

¹⁰³ Baş. No. 10358/83, *C. – Birleşik Krallık*, (1983) DR37, s. 142.

¹⁰⁴ Bkz. örneğin Baş. No. 101616/83, *Gottesmann – İsviçre*, (1984) DR40, s. 284.

Her halükârda, kilise vergisinin uygulanma amacının dini amaçlar karşısında seküler masrafları da kısmen karşılayıp karşılamadığını değerlendirmek gerekecektir. *Bruno – İsveç* davasında Strasbourg Mahkemesi, kamu görevlerinin yerine getirilmesine yönelik vergilendirme ile tümüyle dini inançla ilişkili görevlere yönelik vergilendirme arasında bir ayırım yapmıştır. Mevcut mevzuat kilise vergilerinin büyük bir kısmından muafiyet sağlamaktadır; ancak cenaze işleri, tarihi değere sahip kilise mallarının ve binalarının bakımı ve eski nüfus kayıtlarının muhafazası gibi toplumun yararına olan ve dini nitelik taşımayan görevlerin maliyetini karşılamak için bir vergi (“muhalif vergisi”) ödenmesi gerekmektedir. Strasbourg Mahkemesi öncelikle, devlet makamlarının bu tür sorumlulukların düzenlenmesi konusunda geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu teyit etmiş ve dolayısıyla başvurucunun, bu görevlerin dini kurumlardan ziyade seküler kamu idarelerinin sorumluluğu olduğu yönündeki iddiasını reddetmiştir:

Mahkeme, cenaze işleri, tarihi değere sahip kilise mallarının ve binalarının bakımı ve eski nüfus kayıtlarının muhafazasının makul olarak, bir bütün olarak toplumun yararına olan ve dini nitelik taşımayan görevler olarak değerlendirilebileceği konusunda Hükümet’e katılmaktadır. Bu görevleri yerine getirme sorumluluğunun kime ait olacağı ve nasıl finanse edilmesi gerektiği kararı Devlet’e bırakılmalıdır. Devlet, kişinin din özgürlüğü hakkına saygı gösterme yükümlülüğü altında ise de, bu gibi kararları alırken geniş bir takdir yetkisine sahiptir. ...

Ancak Strasbourg Mahkemesi, bu güvencenin, esasen dini amaçlar için toplanan vergilere katılmak zorunda bırakılmaya yönelik koruma sağlaması gerektiğini vurgulamıştır. Fakat bu davada, kiliseye mensup olmayan kişilerin ödemesi gereken toplam kilise vergisi miktarının oranının, Kilise’nin sivil sorumluluklarının maliyeti ile orantılı olduğu kanıtlanmış ve dolayısıyla başvurucunun, Kilise’nin dini faaliyetlerine katılmak zorunda bırakıldığı iddiası reddedilmiştir. Ayrıca harcamaların, dini kurumlar tarafından değil de kamu kurumlarınca denetlenmesi ve ödenecek verginin de yine bunlar tarafından kararlaştırılması da belirli bir oranda önem taşımaktadır:

İsveç Kilisesi’ne mensup olmayan başvurucu, kilise vergisinin tümünü değil, üye olmayanların da Kilise’nin dini nitelik taşımayan faaliyetlerine katılması gerektiği temeline dayalı olarak muhalif vergisi adı altında yalnızca belirli bir oranını –tüm verginin yüzde 25’i– ödemek zorundaydı. Bu azaltılmış vergi oranı İsveç Kilisesi’nin ekonomik araştırmasına dayalı olarak kararlaştırılmıştır; buna göre, ölen kişilerin cenaze masrafları Kilise’nin toplam masrafının yaklaşık olarak yüzde 24’üne tekabül etmektedir.

Dolayısıyla, başvurucu tarafından İsveç Kilisesi’ne ödenen verginin, kilisenin sivil sorumluluklarının maliyeti ile orantılı olduğu apaçıktır. Bu nedenledir ki, başvurucunun Kilise’nin dini faaliyetlerine katılmaya zorlandığı söylenemez.

Üstelik, İsveç Kilisesi’nin söz konusu görevleri üstlenmiş olması, tek başına, Sözleşme’nin 9. maddesinin ihlali olarak değerlendirilemez. Bu bağlamda, Kilise’nin nüfus kayıtlarını tutmak konusunda uzun yıllardan beri görevli olduğu ve bu kayıtlar nihayetinde Devlet arşivlerine aktarılan dek muhafazalarını üstlenmesinin doğal olduğu dikkate alınmalıdır. Ayrıca, cenaze işleri ve eski kilise mallarının bakımı, ülkede kurulu olan kilisenin makul olarak üstlenebileceği

görevlerdir. Mahkeme bunun yanı sıra, muhalif vergisi ödemesinin ve Kilise'nin sivil faaliyetler gerçekleştirmesinin, vergi daireleri ve İl İdare Kurulu'nu içeren kamu makamlarınca denetlendiğini de dikkate almaktadır.

Bundan ötürüdür ki Strasbourg Mahkemesi, bu “muhalif vergisini” ödeme yükümlülüğünün, başvuruçunun din özgürlüğü hakkını ihlal etmediğine karar vermiş ve başvurunun bu kısmını açıkça dayanaktan yoksun ilan etmiştir.¹⁰⁵

Kıyafet kuralları

Dini sembollerin takılması konusundaki yasaklar, 9. madde kapsamında Strasbourg Mahkemesi'ne şikâyetle bulunulmasına yol açmıştır. Bu davalar dikkatli bir inceleme gerektirebilir. İçtihadı bakıldığında, böyle bir yasağın genellikle kişilerin dinlerini açıklama haklarına yönelik bir ihlal teşkil eder nitelikte kabul edildiği ve bu yasağın getirilme nedenlerinin incelendiği görülmektedir. Ancak bu noktada Strasbourg Mahkemesi'nin, özellikle Devlet tarafından ileri sürülen gerekçenin bazı köktendinci akımların başka dinlere mensup olan veya dini vecibelerini yerine getirmeyen kişilere baskı uygulamasını engelleme ihtiyacına dayandığı hallerde, devlet makamlarına belirli bir “takdir yetkisi” tanınması muhtemeldir.¹⁰⁶ Bu nedenle *Dahlab – İsviçre* davasında, küçük çocuklara öğretmenlik yapan bir öğretmenin başörtüsü takmasına izin verilmemesi “taktığı başörtünün temsil ettiği güçlü dış sembol” ışığında haklı görülmüştür; “başörtüsü takılması yalnızca, toplumsal cinsiyet eşitliği ilkesiyle bağdaşması güç olan dini bir emirle kadınlara dayatılıyor gibi görüldüğünden bir tür din değiştirme etkisi yaratır addedilmekle kalmayıp, demokratik bir toplumda tüm öğretmenlerin öğrencilerine aşılması gereken hoşgörü, başkalarına saygı, ayrımcılık yasağı ve eşitlik mesajlarıyla da uzlaşması zor görünmektedir.”¹⁰⁷

Bu konu *Leyla Şahin – Türkiye* davasında Büyük Daire tarafından daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Bu davada başvuruçunun, üniversitede başörtüsü takma yasağının ve bunun sonucu olarak derslere girmesi önündeki engelin 9. madde kapsamındaki haklarını ihlal ettiğini söyleyerek şikâyetçi olmuştur. Strasbourg Mahkemesi, başvuruçunun dinini açıklama hakkına yönelik bir müdahale olduğu temelinden ilerlemiş ve bu müdahalenin öncelikle, başkalarının hak ve özgürlüklerini ve kamu düzenini korumaya ilişkin meşru amaçlara hizmet ettiğini kabul etmiştir. Ayrıca, bu müdahalenin “kanunen öngörülmüş” olduğunu da tespit etmiştir. Dolayısıyla geriye, bu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı yönündeki can alıcı soru kalmıştır. Mahkeme, benzer olaylarda Devlet'in sahip olduğu “takdir yetkisini” göz önünde bulundurarak, çoğunluk kararıyla, söz konusu müdahalenin hem temel olarak gerekçelendirilmiş olduğuna ve hem de güdülen meşru amaçlarla orantılı olduğuna hükmetmiştir:

Demokratik bir toplumda makul olarak taban tabana zıtlıklar gösterebilecek görüşleri bünyesinde barındıran, devlet ile dinler arasındaki ilişkiye dair sorular söz konusu olduğunda, ulusal karar alma organının rolüne özel önem atfedilmelidir. Bu durum özellikle, eğitim kurumlarında dini sembollerin takılması

¹⁰⁵ *Bruno – İsveç* (kabuledilebilirlik), no. 32196/96, 28 Ağustos 2001.

¹⁰⁶ Baş. no. 16278/90, *Karaduman – Türkiye*, (1993), DR74, s. 93 (mezuniyet için verilen resmî fotoğrafın başörtülü olamayacağı, başı açık çekilmiş fotoğraf sunulması koşulu).

¹⁰⁷ *Dahlab – İsviçre* (kabuledilebilirlik), no. 42393/98, Raporlar 2001-V.

konusunun düzenlenmesi sırasında, bilhassa ... bu konuda ulusal makamlar tarafından takınılan yaklaşımlardaki farklılıklar göz önüne alınmak suretiyle, geçerli olacaktır. Avrupa'nın her yerinde toplumda dinin önemine dair bir örnek anlayış yerleştirmek mümkün değildir ve dini bir inancın kamusal olarak ifadesinin anlamı ve etkisi zamana ve bağlama göre değişiklik gösterecektir. Dolayısıyla, bu alandaki kurallar, ulusal geleneklere ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ve kamu düzenini muhafaza etme ihtiyacıyla getirilen koşullara göre ülkeden ülkeye değişiklik gösterecektir. Bu nedendir ki, bu tür düzenlemelerin kapsamı ve biçimine ilişkin tercihler, ilgili ulusal bağlama bağlı olduğundan, kaçınılmaz olarak bir dereceye kadar ilgili Devlet'e bırakılmalıdır.

Türk Anayasası'nın merkezinde yer alan laiklik ve eşitlik prensipleri bu olayda belirli bir öneme sahip olmuştur. Anayasa Mahkemesi, kişinin dinini açıklama özgürlüğünün, laiklik ilkesinin Devlet'in demokratik değerlerinin garantörü olarak oynadığı rolün savunulması amacıyla sınırlanabileceğine karar vermiştir: Laiklik, özgürlük ve eşitlik prensiplerinin kesişme noktasıdır, din ve vicdan özgürlüğünü muhakkak gerektirir ve devlet makamlarının tarafsız bir hakem olma rolünü tesis ederek, belirli bir din veya inancı tercih etmelerini engeller. Dahası, laiklik aynı zamanda bireylerin aşırı uçlardaki hareketlerce uygulanan dış baskılardan korunmasına da yardımcı olur. Devlet'in bağımsız hakem olma rolü, Strasbourg Mahkemesi'nin 9. madde kapsamındaki içtihadıyla da bağdaşmaktadır.

Strasbourg Mahkemesi, Türk anayasal sisteminde yer alan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temelinde yatan kilit ilkelerden toplumsal cinsiyet eşitliği prensibiyle de bağdaşan bir değer olan kadın haklarının korunması vurgusundan da etkilenmiştir. Başörtüsü yasağı konusundaki her türlü inceleme, bu gibi bir sembolün, zorunlu bir dini vebibe olarak sunulması veya algılanması halinde, başörtüsü takmamayı tercih edenler üzerinde yaratacağı etkiyi de dikkate almalıdır. Nüfusun çoğunluğunun İslam inancına sahip olduğu Türkiye gibi bir ülkede bu durum özellikle geçerlidir. Büyük Daire, Türkiye'deki, kendi dini sembollerini ve dini kurallara dayanan toplum anlayışlarını bir bütün olarak topluma dayatmaya çalışan aşırı siyasi hareketleri göz önüne aldığında, üniversitelerde dini semboller takılmasına ilişkin yasağın altında yatan öncelikli düşüncenin laiklik prensibi olduğu konusunda ikna olmuştur. Çoğulculuk, başkalarının haklarına saygı ve özellikle de kadın ve erkeğin yasalar önünde eşitliği prensiplerinin öğretildiği ve fiiliyatta uygulandığı bir bağlamda, ilgili makamların, başörtüsü gibi dini kıyafetlerin üniversite binalarında giyilmesine izin verilmesini bu gibi prensiplere aykırı görebileceği anlaşılır bir durumdur. Dolayısıyla, başörtüsü takılması özgürlüğüne sınırlamalar getirilmesi, bu dini sembolün son yıllarda ülkede siyasi bir anlam ifade etmesi nedeniyle acil bir sosyal ihtiyacı karşılar nitelikte görülebilir. Strasbourg Mahkemesi, 9. maddenin her zaman, dini bir inanca göre şekillendirilen biçimde davranma hakkı vermediğini ve bu şekilde davranan kişilere de haklılığı kanıtlanmış olan kurallara riayetsizlik etme hakkı tanımadığını ifade ederek, her halükârda, Türk üniversitelerindeki inançlı Müslüman öğrencilerin, eğitim kurumları kurallarınca getirilen kısıtlamalar içerisinde, geleneksel Müslüman ibadet biçimleri uyarınca dinlerini açıklamakta özgür olduklarını belirtmiştir.

Bu başvuru, başvurucunun 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesi kapsamındaki eğitim hakkına yönelik bir müdahale olup olmadığı sorusunu da ortaya atmıştır. Büyük Daire,

başvurunun 9. madde kapsamında reddine uygulanan gerekçeyi kıyas yoluyla uygulayarak, başvuruçunun başörtüsü taktığı için çeşitli derslere ve sınavlara girmesine izin verilmemesinin öngörülebilir olduğunu, meşru amaçlara hizmet ettiğini ve kullanılan yöntemlerin orantılı olduğunu kabul etmiştir. Söz konusu tedbirler hiçbir şekilde, öğrencilerin ibadette bulunmasını engellememiştir ve zaten üniversite yetkilileri makul olarak, bir yandan başkalarının haklarını ve eğitim sisteminin menfaatlerini korurken, diğer taraftan da başörtülü öğrencileri geri çevirmemenin yollarını aramışlardır. Netice olarak, başörtüsü yaşağı eğitim hakkına müdahale teşkil etmemiştir.¹⁰⁸

Mahkûmlar ve dini inanç

Cezaevi yetkililerinin, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin dini gereksinimlerini, bu kişilerin dini ayinlere katılmasına izin vererek tanınması beklenir. Dolayısıyla, bir din veya inancın özel bir beslenme rejimi öngörmesi halinde, bu rejime de yetkililerin saygı göstermesi gerekir.¹⁰⁹ Ayrıca, tutukluların dini ibadete katılmasına veya ruhani rehberliğe erişimine izin verilmesini sağlamak için yeterli hükümler konmalıdır. Bu konuyla ilgili *Poltoratskiy – Ukrayna* ve *Kuznetsov – Ukrayna* davalarında, idam cezasını bekleyen mahkûmlar, kendilerini rahibin ziyaretine izin verilmediğini ve diğer mahkûmlara açık olan dini ayinlere katılamadıklarını söyleyerek şikâyetçi olmuşlardır. Başvuruçular, konuya ilişkin cezaevi yönergesinin Sözleşme'nin anlamı dahilinde böyle bir yetki tanımaması itibarıyla bu müdahalelerin kanuna uygun olmaması neticesinde davalarını kazanmışlardır.¹¹⁰ Ancak, cezaevinde düzenin ve güvenliğin sağlanması genellikle meşru devlet menfaati olarak tanınacaktır. 9. madde, örneğin cezaevi üniforması giymenin ve çalışmak zorunda bırakılmanın inançlarını ihlal ettiğini ileri süren mahkûmlara özel bir statü tanınmasını gerektirecek şekilde kullanılamaz.¹¹¹ Dahası, bu gibi düzen ve güvenlik menfaatlerine yanıt verilirken yetkili makamlara daha geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Örneğin, mahkûmları ayırt edebilme ihtiyacı bir mahkûmun sakal uzatmasına izin verilmemesini haklı gösterebilir; öte yandan, bahsi geçen eşyalara erişimin dini inancın usulüne uygun bir şekilde tatbiki için zaruri nitelik taşıması halinde dahi, mahkûmlara dua zinciri¹¹² veya içerisinde dövüş sporlarına dair ayrıntılı bilgiler içeren bir kitabın verilmemesi güvenlik nedenleriyle gerekçelendirilebilir.¹¹³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki bu devlet yükümlülükleri, Avrupa Cezaevi Kuralları'nda da yansımaları bulunmaktadır. Mahkûmların itibarlarına saygı gösterilen maddi ve manevi şartlarda barındırılmalarını ve ayrımcı nitelik taşımayan, dini inançlarını tanıyan ve sağlık ve haysiyeti koruyan bir muameleye tabi tutulmasını sağlama amacı taşıyan bu Kuralların bağlayıcı niteliği bulunmamaktadır. Yani bu Kurallar "cezaevi rejiminin, mahkûmların dinlerini uygulamalarına ve inançlarına riayet etmelerine, söz konusu din veya inançların onaylanmış temsilcileri tarafından yapılan ayinlere veya toplantılara katılmalarına, din veya inançlarının bu temsilcileri ile özel

¹⁰⁸ *Leyla Şahin – Türkiye* [BD], no. 44774/98, Raporlar 2005-XI, para. 104-162 (109).

¹⁰⁹ Baş. No. 5947/72, *X – Birleşik Krallık*, (1976), DR5, s. 8.

¹¹⁰ *Poltoratskiy - Ukrayna*, no. 38812/97, Raporlar 2003-V; ve *Kuznetsov - Ukrayna*, no. 39042/97, 29 Nisan 2003.

¹¹¹ Baş. No. 8317/78, *McFeely ve diğerleri – Birleşik Krallık*, (1980) DR20, s. 44.

¹¹² Baş. no. 1753/63, *X – Avusturya*, (1965), Kararlar Derlemesi 16, s. 20.

¹¹³ Baş. no. 6886/75, *X – Birleşik Krallık*, (1976) DR5, s. 100.

olarak görüşmelerine ve bu din veya inançlarla ilgili kitap veya belge bulundurmalarına imkân tanıyacak şekilde düzenlenmesini” öngörmektedir. Ancak “mahkûmlar bir din veya inancı uygulamaya, dini ayin veya toplantılara katılmaya, dini uygulamalarda yer almaya veya herhangi bir din veya inancın temsilcisinin ziyaretini kabul etmeye zorlanamaz.”¹¹⁴

Din değiştirme

9. maddenin 1. fıkrasının metni, tanınmış olan bir inanç “açıklaması” biçimi olarak “öğretim”e özel atıfta bulunmaktadır. Bir kişinin inancının geçerliliği konusunda diğerlerini ikna etmeye çalışma hakkı da bu metin içerisinde “din veya inanç değiştirme özgürlüğü” hakkına atıf yapılarak açıkça desteklenmektedir. Dolayısıyla, başkalarını bir başkasının dinine dönmeye ikna çabasıyla din değiştirme hakkı 9. maddenin kapsamı tarafından açıkça kucaklanmaktadır. Ancak bu hak mutlak değildir ve Devlet tarafından, açıkça kamu düzeni veya savunmasız bireylerin aşırı istismara karşı korunması amaçlarına dayandırılarak sınırlandırılabilir. İçtihat, “uygun” ve “uygunsuz” din değiştirme arasında bir ayırım yapmaktadır; bu ayırım Avrupa Konseyi kurumlarınca alınan diğer tedbirlerde de yansıtılmaktadır; buna örnek olarak, mezheplerin, “dini, esrarengiz veya ruhani nitelikte gruplar adına gerçekleştirilen yasadışı uygulamalara” karşı ulusal tedbir alınmasını gerektiren yasadışı faaliyetlerine, bu tür mezheplere ilişkin bilgilerin devletler arasında sunulmasına ve değiş tokuş edilmesine ve okul müfredatlarındaki din tarihi ve felsefesinin gençleri koruma açısından önemine ilişkin Parlamenterler Meclisi’nin 1412 sayılı (1999) Tavsiye Kararı verilebilir.

Kokkinakis – Yunanistan davasında, bir Yehova Şahidi, hem Yunan Anayasası hem de kanun tarafından özel olarak yasaklanan din değiştirme suçunu işlediği için hapis cezasına çarptırılmıştır. Strasbourg Mahkemesi en başta, başkalarını farklı bir inanca dönmeye ikna etmeye çalışma hakkının tanınan güvence kapsamında olduğunu, “9. maddede kutsallaştırılan ‘din veya inanç değiştirme özgürlüğü’nün aksi takdirde anlamsızlaşabileceğini” söyleyerek kabul etmiştir. Söz konusu yasağın kanunla öngörülmüş olduğunu ve başkalarının haklarını koruma yönündeki meşru amaca hizmet ettiğini belirtmekle birlikte, Mahkeme, mevcut koşullar altında bu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” görülemeyeceğini dile getirmiştir. Mahkeme’ye göre, “Hıristiyan yemini etmek” veya evanjelizm ile haksız etki veya hatta güç kullanımını içeren “uygunsuz din değiştirme” arasında bir ayırım yapılmalıdır.

Birinci kavram [Hıristiyan yemini etmek], Dünya Kiliseler Konseyi himayesinde hazırlanan bir raporda her Hıristiyanın ve her Kilisenin temel misyonu ve sorumluluğu olarak tanımlanan gerçek evanjelizme denk düşmektedir. İkincisi ise bu kavramın bozulmuş veya çirkinleşmiş halini temsil etmektedir. Bahsi geçen rapora göre, “uygunsuz din değiştirme”, Kiliseye yeni üyeler kazandırmak amacıyla maddi veya sosyal menfaatler sunan veya zor durumda yahut aciz halindeki kişilere uygunsuz baskılar yapan faaliyetler biçiminde tezahür edebilir; hatta, şiddet kullanımını veya beyin yıkamayı bile içerebilir; daha genel olarak

¹¹⁴ Avrupa Cezaevi Kuralları, Tavsiye Kararı Rec (2006) 2, Kural 29/2-3.

konuşmak gerekirse, başkalarının düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne saygı ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Ancak, ulusal mahkemelerin mahkûmiyet sebeplerini belirtmemesi nedeniyle, bu mahkûmiyete ilişkin acil bir sosyal ihtiyaç bulunduğunu kanıtlamak imkânsız hale gelmiştir. Ulusal mahkemeler, başvuruçunun cezai sorumluluğunu, başvuruçu tarafından başkalarını ikna etmek için kullanılan yöntemlerin neden uygunsuz olduğunu açıklamak yerine, yalnızca kanun hükmünü yineleyerek değerlendirmişlerdir:

[İlgili kanun hükümlerinin] incelenmesi sonucunda, Yunan yasakoyucu tarafından benimsenen kriterin ancak –Mahkeme'nin somut davada kuramsal olarak tanımlamak zorunda olmadığı– uygunsuz din değiştirmeyi cezalandırmak üzere getirilmiş olması ve bu kadarıyla sınırlı olması halinde yukarıda anılan olgularla bağdaşır nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Mahkeme, Yunan mahkemelerinin sunduğu gerekçelerde başvuruçunun sorumluluğunun yalnızca [kanunun] lafzını tekrarlamak suretiyle tesis edilmiş olduğuna ve sanığın komşusunu ne şekilde uygunsuz yöntemlerle ikna etmeye çalıştığına ilişkin yeterli bilgi sunulmadığına dikkat çekmektedir. Mahkemenin sunduğu hiçbir olgu, sonuçta varılan kararı haklı göstermemektedir. Hal böyleyken, başvuruçunun mahkûmiyetinin davanın kendi koşulları içerisinde acil bir sosyal ihtiyaç tarafından gerekçelendirildiği kanıtlanmamıştır. Bu nedendir ki, itiraz konusu tedbir, güdülen meşru amaçla orantılı veya dolayısıyla “demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli” görünmemektedir.¹¹⁵

Larissis – Yunanistan davasında ise, aksine, Pentekostal inancına mensup kıdemli subayların, komutaları altındaki üç havacının dinini değiştirmekten ötürü mahkûm olmaları, askeri hiyerarşik yapıların katı özellikleri ışığında, 9. maddeye yönelik bir ihlal olarak görülmemiştir; Mahkeme bu hiyerarşik yapıların, bir astın, üstü tarafından başlatılmış bir konuşmadan çekilmek istediğinde tacize uğrama riskini potansiyel olarak barındırabileceğini kabul etmektedir. Davalı hükümetin, kıdemli subayların sahip oldukları etkiyi kötüye kullandığı ve mahkûmiyetlerinin silahlı kuvvetlerin prestijini ve etkili işlevini koruma ve askerleri ideolojik baskıdan koruma ihtiyacı tarafından gerekçelendirildiği yönündeki savunması bu olayda Strasbourg Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir:

Mahkeme, Sözleşme'nin prensip olarak sivillerin yanı sıra silahlı kuvvetler mensuplarına da uygulanmasının yerleşik pratik olduğunu dile getirmektedir. Ancak, somut davadaki gibi olaylarda Sözleşme kuralları yorumlanır ve uygulanırken, askeri yaşamın özellikleri ve silahlı kuvvetler mensuplarının durumu üzerindeki etkileri göz önünde bulundurulmalıdır. ... Bu bağlamda Mahkeme, silahlı kuvvetler yaşamının bir özelliğini oluşturan hiyerarşik yapıların askeri personel arasındaki ilişkilerin her yönüne sirayet edebileceğini ve böylelikle, bir astın, üst rütbeden birinin yaklaşımlarını geri püskürtmesini veya üstü tarafından başlatılmış bir konuşmadan çekilmesini güçleştireceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, sivil hayatta, alıcının kabul veya reddetmekte özgür olduğu zararsız fikir alışverişleri olarak görülecek bir şey, askeri yaşam sınırları içerisinde bir tür taciz veya yetki suiistimaliyle haksız baskı uygulanması olarak

¹¹⁵ Kokkinakis – Yunanistan, 25 Mayıs 1993 tarihli karar, Seri A no. 260-A, para. 48-49.

görülebilir. Rütbeleri eşit olmayan kişiler arasında din veya diğer hassas konulardaki her tartışmanın bu kategoriye girmeyeceği vurgulanmalıdır. Ancak, koşulların gerektirdiği durumlarda, Devletlerin silahlı kuvvetlerin düşük rütbeli mensuplarının hak ve özgürlüklerinin korunması için özel tedbirler alması haklı görülebilir.

Gerçekten de ulusal mahkemeler huzurunda, olaya karışan havacıların, hiçbir tehdit veya teşvikte bulunmuş olmamasına karşın, kendilerini dinle ilgili sohbetlerde bulunmak zorunda hissettiklerine veya üstleri tarafından bu tür sohbetlere girme yönündeki ısrarlı girişimlerden rahatsız olduklarına dair tanıklık edilmiştir. Dolayısıyla, bu havacıların üstleri tarafından belirli bir dereceye kadar baskıya maruz bırakılmış olduğu ve belirli bir oranda zorlama hissettikleri açıktır. Bu olayda, 9. maddeye yönelik bir ihlalde bulunulmadığı kararına varılmıştır:

...Mahkeme, Yunan makamlarının esasen, daha düşük rütbeye sahip havacıları, başvuruolar tarafından, dini inançlarını ilan etme arzusuyla kendilerine uygulanan uygunsuz baskıdan korumak için bazı tedbirler almakta haklı oldukları görüşündedir. Verilen cezaların, başvuruoların müteakip üç yıl içerisinde yeniden suç işlememesi halinde infaz edilmeyecek olması nedeniyle, alınan tedbirlerin çok ağır olmadığını ve cezalandırıcı olmaktan ziyade önleyici nitelik taşıdığını dile getirmektedir. ... Olaya ilişkin koşullar ışığında, Mahkeme bu tedbirlerin orantısız olmadığını tespit etmektedir.

Öte yandan, Strasbourg Mahkemesi davalı hükümetin aynı davada, sivillerin din değiştirme nedeniyle kovuşturmayla uğramasının da “demokratik bir toplumda gerekli” olduğu yönündeki iddiasını, kişisel ve psikolojik zorluklar yaşayan bireylerin uygunsuz bir şekilde istismarını içermesi halinde dahi, kabul etmemiştir. Söz konusu sivillerin, başvuruoların onların dinini değiştirmeye çalışması sırasında havacılarla aynı türden baskılara veya mecburiyetlere maruz kalmamış olması “kati önem” taşımaktadır. Bunlar arasında, evliliğinin sona ermesi nedeniyle sıkıntı içerisinde olan sivile ilişkin olarak dahi, bu kişinin ruh halinin “başvuruoların evanjelik faaliyetlerinden özel olarak korunması” gerektiği veya “başvuruoların bu kişiye uygunsuz baskı uyguladığı” konusu kanıtlanmamıştır; “bu şahsın nihayetinde Pentekostal Kilisesi’yle tüm bağlarını koparma kararı alabilmiş olması da bu duruma delalettir.”¹¹⁶ Bu davalar, din değiştirme hakkının inananlar tarafından genellikle temel bir kutsal görev olarak tanımlanıyor olmasına karşın, Devletlerin belirli hallerde, kişilerin başkalarını inançlarının geçerliliği konusunda ikna etmeye çalışma haklarının yasaklanması için adım atabileceğini ortaya koymaktadır. Ancak bu davalar bir yandan da, din değiştirme hakkına yönelik her türlü müdahalenin belirli koşullar altında gerekli olduğunun kanıtlanması gereğini de ortaya koymaktadır.

Bir dini cemaat mensupları arasındaki iç uyuşmazlıklara müdahale

Devlet makamlarının, dini cemaat mensupları arasındaki iç uyuşmazlık konularına müdahale etme girişimini içeren davalar, din özgürlüğü ile örgütlenme özgürlüğü arasındaki etkileşimi sergilemektedir. 9. madde, 11. madde ışığında yorumlandığında, “[böyle bir] cemaatin keyfi Devlet müdahalesine uğramadan, çekişmesiz bir şekilde

¹¹⁶ Larissis - Yunanistan, 24 Şubat 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-I, 362, para. 40-61, (50, 54 ve 59).

işlemesine imkân tanınması beklentisini kapsamaktadır” ve dolayısıyla “belirli bir lideri veya bölünmüş bir dini cemaat içerisinde belirli bir grubu kayıran veya cemaati ya da bir bölümünü, iradesi dışında tek bir liderlik altına girmeye zorlayan Devlet tedbirleri din özgürlüğüne yönelik bir ihlal teşkil edecektir.”¹¹⁷ Her halükârda, bir miktar gerilim yaşanması çoğulculuğun kaçınılmaz sonucudur.¹¹⁸

Müslüman Cemaati Yüksek Şurası – Bulgaristan davasında Strasbourg Mahkemesi’nden, devlet yetkilileri tarafından Müslüman cemaati içerisinde uzun süredir yaşanan uyuşmazlıkları çözmek için harcanan çabalar neticesinde ortaya çıkan müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını tayin etmesi istenmiştir. Mahkeme müdahalenin bu niteliğe sahip olmadığına karar vermiştir:

Mahkeme, dini cemaatlerin özerk varlığının demokratik bir toplumda çoğulculuk açısından vazgeçilmez olduğunu yinelemektedir. Devlet’in, demokratik bir toplumda bir arada bulunan çeşitli dinlerin ve dini grupların menfaatlerini uzlaştırmak için eylemde bulunması gerekli olabilirse de, Devlet düzenleme yetkisini kullanırken ve çeşitli din, mezhep ve inançlarla ilişkilerinde tarafsız ve yansız kalma yükümlülüğü altındadır. Bu noktada önemli olan, çoğulculuğun korunması ve temel özelliklerinden birini, ülke sorunlarını usandırıcı olduğunda dahi diyalog yoluyla çözüme olasılığının oluşturduğu demokrasinin usulünce işletilmesidir.

Somut davada, ilgili kanun, uygulama ve yetkililerin eylemleri ... bölünmüş cemaatin, iki rakip liderden birinin rızası hilafına tek bir lidere sahip olmaya zorlama etkisi yaratmıştır. Bunun neticesinde, liderlerin gruplarından biri tercih edilmiş ve diğeri, cemaatin kendisini destekleyen kısmının işlerini ve varlıklarını özerk bir şekilde yönetmeye devam etme olanağından dışlanmış ve yoksun bırakılmıştır. ... Hükümet, somut davada hukukiliği yeniden tesis etme ve haksızlıkları giderme amacının neden, bölünmüş cemaati tek bir liderlik altına girmeye zorlamadan, başka yöntemlerle gerçekleştirilemediğini açıklamamıştır.

Dolayısıyla, böyle tedbirlere ihtiyaç duyulduğu kanıtlanmamıştır. Bu davada ayrıca, cemaat içerisindeki uyuşmazlıklar devam ettiğinden, alınan tedbirlerin hiçbir şekilde başarılı olmaması da dikkat çekicidir. Yetkililer bu gibi durumlarda hangi tedbirlerin alınacağı konusunda belirli bir “takdir yetkisi” kullanmakla birlikte, bu olayda bu yetki aşılmıştır. Bu nedenle de, yetkililerin müdahalesi 9. maddeye yönelik bir ihlal teşkil etmiştir.¹¹⁹

Demek ki, devlet makamlarının dini cemaatlerin devamını ve birleştirilmiş bir liderlik altına girmelerini sağlamak amacıyla önlemler almasını, bu önlemlerin kamu düzeni için alınması halinde dahi, itiraz konusu edildiğinde gerekçelendirmek kolay olmayacaktır. Yetkililerin çoğulculuğu ve hoşgörüyü teşvik etme sorumluluğu, iyi idare veya etkili ruhani liderlik sağlamanın önemine dayalı savlara açıkça üstün gelmektedir. *Şerif – Yunanistan* davasında, başvuru müftü olarak seçilmiş ve bu görevine başlamıştır. Ancak, bunun için gerekli devlet yetkisini edinmemiştir ve gerekli resmî onayı almış olan bir başka müftünün yetkisini korumak amacıyla “bilinen bir dinin” temsilcisinin

¹¹⁷ *Müslüman Cemaati Yüksek Şurası – Bulgaristan*, no. 39023/97, 16 Aralık 2004, para. 73.

¹¹⁸ *Agga – Yunanistan* (no. 2), no. 50776/99 ve 52912/99, para. 56-61, 17 Ekim 2002.

¹¹⁹ *Müslüman Cemaati Yüksek Şurası – Bulgaristan*, no. 39023/97, 16 Aralık 2004, para. 93-99 (93-95).

yetkilerini gasp ettiği için aleyhinde ceza davası açılmıştır. Strasbourg Mahkemesi, bu dava sonucunda verilen mahkûmiyet kararının kamu düzeninin korunması yönündeki meşru amaca hizmet ettiğini kabul etmiştir. Ancak, bu mahkûmiyete dair acil bir sosyal ihtiyaç bulunduğuna ikna olmamıştır. Yerel halkın rahatsızlığı söz konusu değildir ve davalı hükümetin, uyuşmazlığın devletlerarası diplomatik bir güçlüğü dahi neden olabileceği yönündeki iddiası hiçbir zaman uzak bir ihtimalden başka bir şey olmamıştır. Her halükârda, Devlet'in bu gibi durumlardaki işlevi çoğulculuğu ortadan kaldırmaya çalışmak değil, teşvik etmektir:

*Mahkeme, dini veya diğer cemaatlerin bölünmesi halinde bir gerilim ortaya çıkmasının olası olduğunu kabul etmekle beraber, bu gerilimin çoğulculuğun kaçınılmaz sonuçlarından biri olduğu kanaatindedir. Böyle bir durumda yetkililerin rolü, bu gerilimi çoğulculuğu ortadan kaldırarak gidermek değil, çekişen grupların birbirine hoşgörüsüyle yaklaşmasını sağlamaktır.*¹²⁰

Benzer bir durum *Agga – Yunanistan* (no. 2) davasında da ortaya çıkmıştır. Bu davada, başvuru, bir camideki cemaat tarafından müftülük görevine seçilmiştir. Bu seçim sonucu devlet yetkilileri tarafından iptal edilmiş, ve ardından bu yetkililer başka bir müftüyü göreve atamışlardır. Başvuru geri çekilmeyi reddetmiş ve neticede, *Şerif* davasında olduğu gibi, “bilinen bir dinin” temsilcisinin yetkilerini gasp etme suçundan ötürü mahkûm edilmiştir. Bu davada da, müdahalenin öngörülen amaçlardan birine, yani kamu düzeninin muhafazası amacına hizmet ettiği peşinen kabul edilmiştir. Cezai müeyyidelerin tatbiki de öngörülebilir niteliktedir. Ancak Strasbourg Mahkemesi yine, bu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olduğu konusunda ikna olmamıştır. Bu müdahaleye yönelik hiçbir acil sosyal ihtiyaç bulunmamaktadır. Mahkeme'ye göre, “bir kişinin kendisini yalnızca, kendi iradeleriyle onun izinden giden bir grubun dini lideri olarak sunması nedeniyle cezalandırılmasını, demokratik bir toplumda dini çoğulculuğun gerekleriyle bağdaşır nitelikte görmek pek de mümkün değildir.” Dini liderlerin belirli bazı yargısal ve idari devlet sorumluluklarını kullanma hakkına sahip olduğu iç hukuk tarafından tanınmış (ve dolayısıyla, hukuki ilişkiler dini temsilcilerin eylemlerinden etkilenebileceğinden, bireyleri hileye karşı korumak için alınan tedbirlerin kamu düzeni gerekçesiyle haklı görülebilir) olmasına rağmen, somut olayda başvuruçunun bu yetkilerini kullanma yönünde bir girişimde bulunduğuna dair hiçbir işaret bulunmamaktadır. Dahası, gerilim çoğulculuğun kaçınılmaz bir neticesini teşkil ettiğinden, bir Devlet'in, belirli bir lideri diğerlerine tercih ederek dini bir cemaati birleştirilmiş bir liderlik çatısı altında toplama çabası demokrasi içerisinde asla gerekli görülmemelidir.¹²¹

Devlet tescili şartı

11. madde genel olarak, bireylerin karşılıklı çıkarları bulunan bir alanda kolektif eylem geliştirmek amacıyla bir araya gelme hakkını korumaktadır. 9. maddenin 11. madde ile birlikte ele alınması neticesinde, dini dernekler kurma hakkı konusu ortaya çıkmaktadır:

¹²⁰ *Şerif – Yunanistan*, no. 38178/97, Raporlar 1999-X, para. 49-54.

¹²¹ *Agga – Yunanistan* (no. 2), no. 50776/99 ve 52912/99, para. 56-61, 17 Ekim 2002.

Dini cemaatler geleneksel olarak örgütlü yapılar olarak varlık gösterdiğinden, 9. madde, Sözleşme'nin örgütlü yaşamı haksız Devlet müdahalesine karşı koruyan 11. maddesi ışığında yorumlanmalıdır. Bu perspektiften bakıldığında, kişinin dinini başkalarıyla toplu olarak açıklama hakkını da içeren inananların din özgürlüğü hakkı, inananların keyfi Devlet müdahalesi olmaksızın, serbestçe örgütlenmesine izin verilmesi beklentisini de beraberinde getirmektedir. Gerçekten de, dini cemaatlerin özerk varlığı, demokratik bir toplumda çoğulculuğun vazgeçilmez bir unsurunu oluşturmaktadır ve dolayısıyla 9. maddenin sağladığı korumanın merkezinde yer almaktadır.¹²²

9. maddenin kolektif inanç açıklamasına ilişkin güvenceleri ile 11. maddenin örgütlenme özgürlüğüne ilişkin sağladığı koruma arasındaki etkileşim, 14. madde tarafından öngörüldüğü üzere Sözleşme güvencelerinden yararlanılmasındaki ayrımcılık yasağı ile birlikte ele alındığında, resmi onay verilmesinin reddi ile ilgili sorunların çözümünde büyük öneme sahiptir. İç hukukta önceden tescile veya devlet onayına bağlı olabilen vergi muafiyeti veya hayır kurumu statüsü tanınması gibi ayrıcalıklardan yararlanmak için resmi onay gerekli olabilir. Belirli dini cemaatleri kayıran düzenlemeler, prensip olarak, “muamele farklılığı için objektif ve makul bir gerekçe bulunması ve benzer anlaşmaların isteyen diğer Kiliseler ile de akdedilebilmesi kaydıyla” Sözleşme şartlarını (ve özellikle 9. ve 14. maddeleri) ihlal etmeyecektir.¹²³

Ancak, iç hukuk daha ileriye gidebilir ve bir din organının etkin bir şekilde faaliyette bulunabilmesi için gerekli tüzel kişiliği elde etmesi için resmi onayı şart koşabilir. Bu tür şartların riski, bunların azınlık inançlarının yayılmasını kısıtlamak amacıyla ayrımcı bir şekilde uygulanabilir olmasıdır.¹²⁴ Bunun için resmi onayın gerekmesi halinde, devletin dini cemaate yalnızca hoşgörü göstermesi muhtemelen yeterli olmayacaktır.¹²⁵ Devlet tescili şartının getirilmesi tek başına, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüyle bağdaşmaz bir nitelik taşımamaktadır; ancak Devlet katı tarafsız konumunu korumak için dikkatli davranmalı ve onayı reddetmesine ilişkin haklı nedenleri bulunduğunu kanıtlayabilecek konumda olmalıdır. Ayrıca, tescil işlemi sınırsız takdir yetkisine karşı da korunmalı ve keyfi karar almaları önlemelidir.¹²⁶ Devlet'in “bir hareket veya derneğin, görünürde dini amaçlar uyarınca, topluma zararlı faaliyetlere devam edip etmediğini değerlendirme yetkisi bulunmakla” birlikte,¹²⁷ farklı inançların birbirine kıyasen meşruiyetini ölçer davranışlarda bulunamaz.¹²⁸

Bir Devlet, bir cemaati tescil etmeyi reddetmesinin gerekçesi olarak ulusal güvenlik ve toprak bütünlüğüne dayanmaya çalıştığında dahi, bu iddiaların titizlikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Muğlak spekülasyonlar yeterli değildir. *Besarabya Metropolitan Kilisesi ve diğerleri – Moldova* davasında, başvuruçuların dini amaçlarla bir araya toplanması yasaklanmış ve başvuruçular tacize karşı veya kilise malları için hukuki koruma

¹²² *Besarabya Metropolitan Kilisesi ve diğerleri – Moldova*, no. 45701/99, Raporlar 2001-XII, para. 118.

¹²³ Baş. No. 53072/99, *Alujer Fernández ve Caballero García – İspanya*, 14 Haziran 2001 tarihli karar.

¹²⁴ *Karş. Ulusal Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşme*, 8. madde: “bir ulusal azınlığa mensup herkesin dinini veya inancını açıklama ve dini kurumlar, örgütler ve dernekler kurma hakkı bulunduğunu” tanımaktadır.

¹²⁵ *Besarabya Metropolitan Kilisesi ve diğerleri – Moldova*, no. 45701/99, Raporlar 2001-XII, para. 129.

¹²⁶ *Müslüman Cemaati Yüksek Şurası – Bulgaristan*, no. 39023/97, 16 Aralık 2004, para. 33.

¹²⁷ *Manoussakis ve diğerleri – Yunanistan*, 26 Eylül 1996 tarihli karar, Raporlar 1996-IV, para. 40.

¹²⁸ *Hasan ve Çavuş – Bulgaristan*, [BD] no. 30985/96, Raporlar 2000-XI, para. 84-89 (78).

sağlayamamışlardır. Davalı hükümet, bu meselenin Rusya ve Romen patriklikleri arasındaki bir uyuşmazlığa ilişkin olması nedeniyle, davanın özel koşulları içerisinde tescilin hem Ortodoks Kilisesi'nin ve hem de bir bütün olarak toplumun istikrarının bozulmasına yol açabileceğini; ve dahası onayın, Devlet'in toprak bütünlüğünü ve bağımsızlığını olumsuz etkileyebileceğini ileri sürmeye çalışmıştır. Strasbourg Mahkemesi, Devlet'in tarafsız kalması gereğini ve çekişen gruplar arasında karşılıklı hoşgörüyü teşvik eden (çoğulculuğu ortadan kaldırarak gerilimin nedenini ortadan kaldırmaya çalışmak yerine) rolünü yineleyerek, bir kez daha, 9. maddenin devletin "dini inançların veya bu inançların ifade edilme yollarının meşruiyetini" değerlendirmekten men edilmiş olduğunu vurgulamıştır. 9. maddeyi, örgütlenme özgürlüğüne yönelik haksız devlet müdahalesine karşı koruma sağlayan 11. madde güvencelerinin yanı sıra ele almak da gerekmiştir. "Bu açıdan bakıldığında, kişinin dinini başkalarıyla birlikte açıklama hakkını da içine alan din özgürlüğü hakkı, inananların keyfi Devlet müdahalesi olmaksızın, özgürce örgütlenmesine izin verilmesi beklentisini de kapsamaktadır." Başvurucu kilisenin yeni bir mezhep olmadığı görüşü benimsenmek ve bu kiliseye verilecek onayı daha önce tescil edilmiş olan bir başka dini kurumun isteğine bağlı olacak hale sokmak suretiyle, tarafsızlık ve yansızlık ödevleri yerine getirilmemiş olmaktadır. Mahkeme ayrıca, aksi yönde hiçbir delil bulunmaması nedeniyle, kilisenin (davalı hükümetin öne sürdüğü üzere) Moldova kamu politikasına veya kendi dile getirdiği dini amaçlara aykırı siyasi faaliyetlerde bulunduğu ya da devlet onayının ulusal güvenliğe ve toprak bütünlüğüne yönelik bir tehlike teşkil edebileceği konusunda ikna olmamıştır.¹²⁹

Bir dini cemaatin tescilinin reddi, bu cemaatin haklarını mahkemelerde ileri sürmekten alıkonması sonucunu da beraberinde getirebilir. Kiliseler aynı zamanda birtakım mallara da sahip olabilir ve bu haklara yönelik bir müdahale, prensipte, 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamı dahiline giren sorunlara da yol açabilir.¹³⁰ *Canea Katolik Kilisesi – Yunanistan* davasında, ulusal mahkemelerin, başvuru kilisenin gerekli tüzel kişiliğe sahip olduğunu kabul etmeyen kararı başarılı bir şekilde savunulmuş ve Strasbourg Mahkemesi böyle bir kararın kilisenin şimdi ve gelecekte ulusal mahkemeler tarafından karara bağlanacak olan herhangi bir mülk uyuşmazlığına taraf olmasını engeller nitelikte olduğu kanaatine varmıştır.¹³¹ *Besarabya Metropolitan Kilisesi ve diğerleri – Moldova* davasında Strasbourg Mahkemesi, 9. maddenin 6. madde ve dini cemaati, üyelerini ve mallarını korumak için adil yargısal muhakemelere erişim güvenceleri ışığında değerlendirilmesi gerektiğini dile getirmiştir. Hükümetin kiliseye ve kilise üyelerine karşı hoşgörülü davrandığı yönündeki iddiası fiili bir onay yerine geçemez, zira onay tek başına, iç hukukta yıldırma eylemlerine karşı savunma hakkı sağlayabilmektedir. Bu nedenledir ki, kiliseyi tanımamak, başvuru kilisenin 9. madde kapsamındaki hakları açısından demokratik bir toplumda gerekli addedilemeyecek olan neticelere sebebiyet vermiştir.¹³² Dolayısıyla bir cemaatin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi

¹²⁹ *Besarabya Metropolitan Kilisesi ve diğerleri – Moldova*, no. 45701/99, Raporlar 2001-XII, para. 101-142. Ayrıca bkz. *Pentidis ve diğerleri – Yunanistan*, 9 Haziran 1997 tarihli karar, Raporlar 1997-III, para. 46 ve *Salvation Army Moskova Şubesi – Rusya*, 5 Ekim 2006 tarihli karar, Raporlar 2006, para. 71-74.

¹³⁰ Bkz. örneğin *Kutsal Manastırlar – Yunanistan*, 9 Aralık 1994 tarihli karar, Seri A No. 301-A, para. 54-66.

¹³¹ *Canea Katolik Kilisesi – Yunanistan*, Raporlar 1997-VIII, para. 40-42.

¹³² *Besarabya Metropolitan Kilisesi ve diğerleri – Moldova*, no. 45701/99, Raporlar 2001-XII, para. 101-142 (insancıl yardım kapsamındaki malvarlıkları)

şartları kapsamında medeni hak ve yükümlülüklerinin tayini için mahkemeye erişim hakkı söz konusudur.

İbadet yerleri üzerindeki kontroller

Dini örgütlerin düzenlenmesi –ve hatta bir dinin diğerlerinden zımnen yeğ tutulması–, planlama kontrollerinin getirilmesini ve uygulanmasını da içerebilir.¹³³ Yine, planlama gerekçesine destek olan meşru düşüncelerin kötü amaçlar uğruna kullanılmamasını sağlamak için dikkatli davranmak gerekmektedir. Örneğin, Manoussakis ve Ors – Yunanistan davasında, iç hukuk, dini örgütlerin ibadet binalarını kullanmaları için resmi onay almalarını şart koşturmuştur. Yehova Şahitleri bu izni almaya çalışmış ancak başarısız olmuş ve bunun ardından, izinsiz ibadethane işletme suçundan mahkûm edilmişlerdir. Strasbourg Mahkemesi, ulusal makamların, dini bir örgüt tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin başkalarına zarar verme potansiyeli taşıyıp taşımadığı konusunu tespit etmek üzere tedbir alma hakkı bulunduğunu kabul etmiştir; ancak bu hak Devlet'e, ne inançların ne de bu inançları ifade etme yollarının meşruiyetini tayin etme izni vermemektedir. Bu olayda, başvurunun ortaya çıktığı bağlam aynı zamanda şu hususlarla da ilgilidir:

Sözleşme kapsamında garanti edilen din özgürlüğü hakkı, dini inançların veya bu inançların ifade edilmesinde kullanılan yolların meşru olup olmadığını belirleme konusunda Devlet'e hiçbir takdir yetkisi bırakmamaktadır. Dolayısıyla, Mahkeme [iç hukuk kapsamındaki] izin şartının, Bakan'ın bu kanunlarda yer alan resmi koşulların yerine getirilip getirilmediğini tetkik etmesine imkân vermeyi amaçladığı kadarıyla Sözleşme'nin 9. maddesiyle bağdaşır nitelikte olduğu görüşündedir.

Kanıtlardan ve başvuruçular tarafından alıntılanan diğer pek çok davadan anlaşıldığı ve Hükümet tarafından da itiraz edilmediği üzere, Devlet, Ortodoks olmayan bazı hareketler, özellikle de Yehova Şahitleri tarafından uygulanan dini inançlara sert, veya hatta yasaklayıcı, koşullar yüklenmesi için [iç hukuk] tarafından sunulan imkânları kullanma eğilimindedir. ... Bu alandaki kapsamlı içtihat, idari ve dini makamların bu hükümleri Ortodoks Kilisesi dışındaki inançların faaliyetlerini kısıtlamak için kullanma yönünde açık bir temayül içerisinde olduklarını göstermektedir.

Bu iznin Strasbourg Mahkemesi'nin karara vardığı sırada halen bekletilmekte olması ve yalnızca devlet yetkililerinden değil, aynı zamanda bölge piskoposundan da alınması gerekmesi de önemli addedilmiştir. Mahkeme, verilen mahkûmiyetin orantılı bir yanıt sayılamayacağına karar vermiştir.¹³⁴ Bu durumda katı tarafsız bir konum sergilenmesi gerekmektedir ve bu doğrultuda, söz konusu izin işlemine kendisi devlet onayından faydalanmakta olan bir başka dini makamın dahil edilmesi uygun olmayacaktır.

Ancak, belirli inançlara mensup kişilere katı (veya hatta yasaklayıcı) koşulların yüklendiği durumlar, başvuruçunun objektif ve tarafsız bir biçimde aldığı planlama

¹³³ Önemli sayılan yerlere giriş konusundaki kısıtlamaları da içermektedir: Baş. No. 12587/86, Chappell – Birleşik Krallık, (1987) DR53, s. 241. Karş. Baş. No. 24875/94, Logan – Birleşik Krallık, (1996) DR86, s. 74.

¹³⁴ Manoussakis ve diğerleri – Yunanistan, 26 Eylül 1996 tarihli karar, Raporlar 1996-IV, para. 44-53 (48).

kararlarının neticelerini değiştirmeye çalıştığı durumlardan ayrı değerlendirilmelidir. *Vergos – Yunanistan* davasında, başvurucunun sahip olduğu bir arazide cemaati için bir ibadethane inşa etmesine, arazi kullanım planının bu tür binaların inşasına imkân tanımaması ve her halükârda, başvurucunun dahil olduğu dini cemaatin ilçedeki tek mensubu olması nedeniyle izin verilmemiştir. Planlama yetkilileri bu durumda, planın ibadethane binasına izin verecek şekilde değiştirilmesini gerektiren hiçbir sosyal ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varmıştır. Strasbourg Mahkemesi, bu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını değerlendirirken, ulusal yetkililerin, başvurucunun dinini açıklama özgürlüğünü rasyonel planlama konusundaki kamu menfaatine karşı tartarken kullandığı kriterin keyfi addedilemeyeceğini kabul etmiştir. Kent ve ülke planlaması konularında Devlet’in takdir yetkisi göz önüne alındığında, kamu menfaati, komşu ilçede söz konusu dini cemaatin bölgedeki ihtiyaçlarını karşılayan bir ibadethane bulunması durumunda tek bir müminin ibadet ihtiyaının üstün tutulmasını gerektirmemelidir.¹³⁵

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında, vicdan veya inancın özgürce yaşanması konusuna etki eden diğer güvenceler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin diğer hükümleri kapsamında ortaya çıkan din ve inançla bağlantılı konuları da –kısaca da olsa– ele almak uygun olacaktır. 6. madde ve 11. madde gibi hükümlerin önemi, din özgürlüğünün kolektif yönü ile ilgili olarak vurgulanmıştır. Diğer güvencelerin de düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün kullanılması konusunda birtakım etkileri bulunmaktadır. Özellikle, 1 No’lu Protokol’n 2. maddesi kapsamındaki devlet eğitimi hükümünde ebeveynlere ait haklar bağlamında bazı meseleler ortaya çıkabilir; öte yandan, dini cemaatlerin zgr ifadelerine getirilen sınırlamalar bazen 10. madde kapsamında ele alınabilir. Ayrıca, 14. maddede yer alan ayrımcılık yaşağının Sözleşme haklarının kullanılmasındaki önemini de belirtmek gerekmektedir. Ancak aşağıda yer alan açıklamalar bu ek konulara ilişkin yalnızca temel bir giriş niteliği taşımaktadır.

Dini kanaatler ve eğitim: 1 No’lu Protokol’n 2. maddesi

Sözleşme’nin 1 No’lu Protokol’ünün 2. maddesi kapsamında, çocukların eğitimi konusunda ebeveynlerin dini inançlarına saygı gösterilmesine ilişkin meseleler ortaya çıkabilir. Bu maddede öncelikle “hiç kimsenin eğitim hakkından yoksun bırakılamayacağı” öngörülmekte ve ardından da “Devlet’in eğitim ve ğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterileceği” dile getirilmektedir. Bu hüküm bağlamında “eğitim”, “her türlü toplumda, yetişkinlerin inançlarını, kültürlerini ve diğer değerlerini gençlere aktarma gayretlerini içeren sürecin bütününü” ifade etmekte; “ğretim ise özellikle bilgi aktarımına ve entelektüel gelişime

¹³⁵ *Vergos – Yunanistan*, no. 65501/01, 24 Haziran 2004.

atıfta bulunmaktadır.” “Saygı” ibaresi ebeveynlerin görüşlerinin yalnızca kabulü veya hatta dikkate alınmasını değil, “Devlet’e düşen pozitif yükümlülüğü ima etmektedir”.¹³⁶

Dini ve felsefi kanaatlere de saygı gösterilmesi hakkı yalnızca çocuğa¹³⁷ veya okul yahut dini örgüte değil,¹³⁸ çocuğun ebeveynlerine da aittir. Ancak ebeveynlerin bu tür “kanaatlerine” saygı gösterilmesi ödevi, çocuğun eğitim alma yönündeki öncelikli hakkından sonra gelmektedir; dolayısıyla da bu hüküm, ebeveynlerin örneğin çocuklarının dini nedenlerden ötürü Cumartesi günleri okula gitmekten genel olarak muaf tutulması yönünde isteğinin tanınmasını gerektirecek bir şekilde yorumlanamaz.¹³⁹

Bu tür inançlar besbelli ki müfredat tespiti ve tatbiki bağlamında ortaya çıkabilir, fakat okul müfredatının bir kısmını belirli bazı olgusal bilgilerin –dini veya felsefi nitelikteki bilgiler de dahil olmak üzere– oluşturmasını sağlamak konusundaki devlet çıkarları, ebeveynlerin bu alandaki kanaatlerinden üstün tutulabilir.¹⁴⁰ Bu güvencenin özü “devlet eğitiminde çoğulculuğun ve hoşgörünün korunması ve telkinin yasaklanması”dır.¹⁴¹ *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen – Danimarka* davasında, ebeveynler çocuklarına cinsel eğitim verilmesine karşı çıkmışlardır. Strasbourg Mahkemesi, kararın, Devlet’in, öğrencilerin ve ebeveynlerin çatışan çıkarlarının çözülme yolunu özetleyen can alıcı bölümünde, doğrudan veya dolaylı olarak dini veya felsefi nitelikli bilgi aktarımıyla, ebeveynlerin görüşlerine saygı göstermeyen belirli bir değer veya felsefeyi telkin etmeye çalışan öğretim biçimi arasında bir ayırım yapmaktadır. Sözleşme hükmü “ebeveynlerin, okul müfredatında yer alan bu tür eğitim veya öğretimin entegrasyonuna, kurumsallaştırılmış öğretimin tümünün uygulanamaz hale gelmesi tehlikesine yol açacak bir şekilde karşı çıkma izni” vermemektedir; zira okullarda öğretilen konuların büyük bir kısmı “birtakım felsefi tezahür veya akıl yürütmeler” içermektedir. Ancak okul, öğretim veya anlatım yoluyla verdiği eğitimin bilgiyi “objektif, eleştirel ve çoğulcu bir biçimde” aktarmasını sağlamak durumundadır. Bu konuda anahtar güvence, Devlet’in “ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı göstermeyen nitelikte görülebilecek bir telkin amacı” gütmesine yöneliktir; yani “aşılamayacak sınır” budur.¹⁴²

Benzer biçimde, disiplin cezası gibi konular da okul içi idari bir konu olarak görülüp göz ardı edilemez. *Campbell ve Cosans – Birleşik Krallık* davasında, öğrencilerin ebeveynleri cismani ceza uygulamasına karşı çıkmışlardır. Strasbourg Mahkemesi başvuruçuların görüşlerinin, “insan yaşamı ve davranışının önemli ve esaslı bir yönüyle, yani kişinin bütünlüğüyle” ilgili olması nedeniyle felsefi kanaat testi gereklerini karşıladığına ve dolayısıyla Devlet’in bu kanaatlere saygı göstermemesinin, “disiplin cezaları uygulanması, öğrencilerin karakterlerinin ve zihin güçlerinin gelişimini ve şekillendirilmesini de içeren okulun varlık amacının gerçekleştirilme sürecinin ayrılmaz

¹³⁶ *Campbell ve Cosans – Birleşik Krallık*, 25 Şubat 1982 tarihli karar, Seri A no. 48, para. 33 ve 37; *Valsamis – Yunanistan*, 1996-VI, 2312, para. 27.

¹³⁷ *Eriksson – İsveç*, 22 Haziran 1989, Seri A no. 156, para. 93.

¹³⁸ Baş. No. 11533/85, *Hıristiyan Okulları Jordebo Vakfı ve Jordebo – İsveç*, (1987) DR51, s. 125.

¹³⁹ *Martins Casimiro ve Cerveira Ferreira – Lüksemburg* (kabuledilebilirlik.), no. 44888/98, 27 Nisan 1999.

¹⁴⁰ Baş. No. 17568/90, *Sluijs – Belçika*, (9 Eylül 1992).

¹⁴¹ Baş. No. 10228/82 ve 10229/82, *W. & D.M. ve M. ve H.I. – Birleşik Krallık*, (1984) DR37, s. 96. Bkz. ayrıca Baş. No. 23380/94, *C.J., J.J ve E.J. – Polonya*, (1996) DR84, s. 46; ve Baş. No. 17187/90, *Bernard ve diğerleri – Lüksemburg*, (1993) DR75, s. 57.

¹⁴² *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen – Danimarka*, 7 Aralık 1976 tarihli karar, Seri A no. 23, para. 53.

bir parçasını oluşturması” dolayısıyla Sözleşme güvencesini ihlal ettiğine kanaat getirmiştir.¹⁴³

9. madde kapsamı dahilinde de eğitime ilişkin meseleler ortaya çıkabilirse de, bu başvuruların ele alınmasında 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesi kapsamındaki içtihatların etkisi açıktır. Ahlaki ve sosyal eğitim alma şartı, herhangi bir telkin iddiası bulunmaması halinde, 9. madde haklarına yönelik bir müdahaleye yol açmamaktadır.¹⁴⁴ Dahası, Yedinci Gün Adventistleri’ne mensup başvuruçuların oğlunun dini nedenlerden ötürü Cumartesi günleri okula gitmekten genel olarak muaf tutulması talebinin reddi, inanç açıklamasına yönelik bir müdahale olarak görülebilirse de, çocuğun sahip olduğu ve ebeveynlerin dini kanaatlerinin dikkate alınması hakkından üstün bir hak teşkil eden eğitim hakkını olumsuz yönde etkileyecek hiçbir genel muafiyet tanınması mümkün değildir.¹⁴⁵

İfade özgürlüğü ve din, vicdan ve inanç: 10. madde

Bazı davalar, din, vicdan ve inanç konularını içeren ifade özgürlüğüne getirilecek kısıtlamaların 10. maddede yer alan ifade özgürlüğü güvencesiyle ne oranda bağdaşır nitelikte olduğunu ele almıştır. Bu hakkın başkalarını ikna etmeye çalışan grup veya kişiler tarafından kullanılması durumunun, ortada açık bir inanç “açıklaması” bulunmuyorsa 10. madde güvenceleri kapsamında ele alınması çoğu kez daha uygun olabilir.¹⁴⁶ Örneğin, seçim zamanlarında yapılabilecek harcama miktarına getirilen kısıtlamalar, kürtaj karşıtı bir kişi tarafından, ifade özgürlüğünün orantısız bir şekilde kısıtlanması olarak ileri sürülmüş ve bu dava başarıya ulaşmıştır.¹⁴⁷ Bundan başka, esasen ticari nitelik taşıyan bir ifade toplumun yanıltıcı iddialardan korunması için gerekli hallerde kısıtlanabilir.¹⁴⁸

Dini reklam konusunu içeren daha zor bir dava olan *Murphy – İrlanda* davasında, bir dini reklamın televizyonda yayımlanmasına izin verilmemesi başvuruçular tarafından Sözleşme’nin hem 9. hem de 10. maddeleri kapsamında Mahkeme’ye taşınmıştır. Başvuruçular, 10. maddenin başkalarının dini hassasiyetlerini zedeleyecek dini ifadelerin kısıtlanmasına izin verebileceğini kabul etmekle birlikte, bireyin sırf kendi dini görüşüne uymadığı için başka bir dini görüşe maruz kalmasına karşı koruma sağlamadığını ileri sürmüştür. Strasbourg Mahkemesi’ne göre, dava konusu edilen ret kararı öncelikle başvuruçuların dini inanç açıklamasına değil başvuruçuların ifade yöntemlerinin düzenlenmesine yöneliktir ve dolayısıyla bu konunun 10. madde kapsamında değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. Mahrem kişisel kanaatleri zedeleyebilecek konularla ilgili olarak ifade özgürlüğünde düzenlemeler yapılması için ne zaman eyleme geçilmesi gerektiği hususunda, devlet yetkilileri uluslararası bir mahkemeye oranla daha uygun bir konuma sahiptir. Bu “takdir yetkisinin” bilhassa dini konularda özgür ifadeye getirilen kısıtlamalara ilişkin olarak kullanılması uygundur; “zira belirli bir dini kanaate

¹⁴³ *Campbell ve Cosans – Birleşik Krallık*, 25 Şubat 1982 tarihli karar, Seri A no. 48, para. 33-37 (36).

¹⁴⁴ Baş. No. 17187/90, *Bernard ve diğerleri – Lüksemburg*, (1993) DR75, s. 57.

¹⁴⁵ Baş. No. 44888/98, *Martins Casimiro ve Cerveira Ferreira – Lüksemburg*, (27 Nisan 1999).

¹⁴⁶ Bkz. *Arrowsmith – Birleşik Krallık* davasındaki tartışma, yukarıda 15. sayfada yer almaktadır.

¹⁴⁷ *Bowman – Birleşik Krallık*, Raporlar 1998-I, para. 35-47.

¹⁴⁸ Baş. No. 7805/77, *X ve Scientology Kilisesi – İsveç*, (1979) DR16, s. 68.

sahip kişilerin önemli ölçüde zarar görmesine neden olabilecek şeyler zaman ve yer bağlamında, hele ki sürekli genişleyen inanç ve mezhepler dizisinin damgasını vurduğu bir çağda çok çeşitlilik gösterecektir”. Neticede Mahkeme, davalı Devlet’in, İrlanda toplumunun belirli dini hassasiyetlerinin herhangi bir dini reklam yayınına zedeleyici olarak niteleyebileceğini tespit konusunda haklı olduğunu kabul etmiştir. Ulusal mahkemeler, dinin toplumda tartışmalı bir konu olduğunu, dini inançlara sahip olan İrlandalıların belirli bir kiliseye mensup olma eğilimi gösterdiğini ve farklı bir kiliseye ait söz konusu dini reklamın zedeleyici olarak görülebileceğini ve din değiştirme olarak yorumlanabileceğini belirtmiş ve devlet yetkililerinin, İrlanda vatandaşlarının evlerinde izledikleri yayınlarda bu gibi konulara değinen reklamlar izlediklerinde gücenebileceklerini düşünme yetkisi bulunduğunu dile getirmiştir. Strasbourg Mahkemesi açısından da, bu yasağın yalnızca, “daha hızlı, yayılcı ve güçlü bir etkiye” sahip bir iletişim aracı olan görsel-işitsel medyaya ilişkin olması önem taşımıştır. Başvurucunun halen, yerel ve ulusal gazeteler aracılığıyla reklam yapma imkânı bulunmaktadır ve tıpkı diğer vatandaşlar gibi, dini konulardaki programlara, açık oturumlara ve diğer toplantılara katılma hakkı sürmektedir. Bu nedendir ki, 10. madde kapsamında, dini reklamların yayınına ilişkin genel yasağı haklı gösteren son derece “iyi sebepler” mevcuttur.¹⁴⁹ Bu tür davalardan açıkça anlaşıldığı üzere, ifadenin yer aldığı bağlam son derece önemlidir. Bu olayda iletişim kanalı televizyondur. Ancak belki de bu kararı, uluslararası bir yargı organının hassas konularda yapılan ulusal tespitlere müdahale etmekten dikkatle çekinmesi gerektiği için “takdir yetkisi” kapsamının oldukça geniş tutulduğu bir karar olarak nitelendirmek doğru olacaktır. Öte yandan, bu kararın çoğulculuk ve geniş görüşlülük kavramlarını pek de teşvik etmediği ileri sürülebilir.

Bu konuya dair diğer bir mesele de, devlet makamlarının belirli inançlara mensup kişilerin inançlarını uygulama veya açıklamaları konusunda alay ederek heveslerini kırabilecek küçük düşürücü veya zedeleyici materyallerin sergilenmesini engellemek veya cezalandırmak suretiyle, bu kişilerin dini hassasiyetlerini korumak için ifade özgürlüğüne karşı ne oranda tedbir alabileceğiyle ilgilidir. 10. maddedeki ifade özgürlüğü güvencesi, unutulmamalıdır ki, “zedeleyici, şok edici veya rahatsızlık uyandırıcı” fikirleri de kapsamaktadır¹⁵⁰ ve her halükârda, çoğulcu toplumun devamı için bir inanca mensup kişilerin aynı zamanda bu inançlarının eleştiriye uğrayabileceğini ve kendi inançlarına doğrudan karşı çıkan fikirlerin de savunulabileceğini kabul etmesi gerekmektedir. Ancak, toplumdaki bir gruba karşı kötü niyet taşıyan veya kötü niyeti teşvik eden zedeleyici ifadelerin –yani “nefret dolu ifadelerin”–, bilhassa hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan 17. madde ışığında düşünüldüğünde, herhangi bir korumadan yararlanması muhtemel görünmemektedir.

Ancak, zedeleyici ifadeler ile rağbet görmeyen ifadeler arasında ayırım yapılması bazen güç olabilir. Özel şahıslar veya örgütler tarafından yürütülen bir taciz kampanyası Devlet’in sorumluluğuna yol açabilir;¹⁵¹ öte yandan, bireylerin dini grupları eleştirmek konusunda –hele ki bu eleştiri söz konusu grupların zarar doğurması muhtemel faaliyetlerine yönelikse ve kamu çıkarını ilgilendiren hususların açıkça tartışılması olağan

¹⁴⁹ Murphy – İrlanda, no. 44179/98, para. 73, AİHM 2003-IX.

¹⁵⁰ Handyside – Birleşik Krallık, (1976) Seri A no. 24, para. 49.

¹⁵¹ Baş. No. 8282/78, Scientology Kilisesi – İsveç, (1980) DR21, s. 109.

bir siyasi oturumda dile getirilmişse– özgür olması uygun görülmektedir.¹⁵² Strasbourg Mahkemesi, 9. madde kapsamında güvence altına alınan hakların dini inanç mensupları tarafından barışçıl yollarla kullanımının, bir Devlet’in, hürmet objelerine sebepsiz yere zarar veren ve saygısızlık eden ifadelerin yayılmasına karşı tedbir almasına gerekçe oluşturmasının küçük de olsa bir ihtimal olduğunu teslim etmiştir. Ancak, alınan tedbirlerin çoğulculuk hedefini ortadan kaldırmamasını sağlamak için titiz ayırımlar yapılmalıdır. Örneğin Otto-Preminger-Institut – Avusturya davasında yetkililer, Roma Katoliklerinin inançlarıyla alay eden bir filme el koymuş ve filmin gösterimden kaldırılmasını emretmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10. maddenin ifade özgürlüğü güvencesini yorumlayarak, ulusal makamların, dini inanç mensuplarını “dini hürmet objelerinin, demokratik bir toplumda bulunması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetli bir şekilde ihlaline neden olan provokatif tasvirine” karşı koruma sağlayan tedbirler alma gerekliliği hissedebileceklerini doğrulamıştır. Bu davada 9. madde ve 10. madde arasındaki yakın ilişki büyük önem taşımaktaydı:

İster dini bir çoğunluğa, ister azınlığa mensup olsunlar, dinlerini açıklama özgürlüğünü kullanmayı tercih eden kişiler tüm eleştirilerden muaf olmayı makul olarak bekleyemezler. Başkalarının bu dini inançlarını reddetmesini ve hatta başkaları tarafından bu inançlarına düşman doktrinlerin savunulmasını hoşgörmek ve kabul etmek durumundadırlar. Ancak, dini inanç ve doktrinlere karşı çıkılma ve bunların reddedilme biçimi, Devlet’in bilhassa bu inanç ve doktrinlere sahip kişilerin 9. madde kapsamında güvence altına alınmış haklarından barışçıl biçimde yararlanma sorumluluğunu harekete geçirebilecek bir konudur. Gerçekten de, aşırı örneklerde dini inançlara karşı çıkma veya bu inançları reddetme yöntemleri bu inançlara mensup kişilerin inanç sahibi olma ve bunu ifade etme özgürlüğünü kullanmasına engel olacak bir etki yaratabilmektedir.¹⁵³

Strasbourg Mahkemesi benzer biçimde, *Wingrove – Birleşik Krallık* davasında da, 10. madde kapsamında önüne getirilen, ulusal makamlarca hakaretamiz bulunan bir videoya lisans verilmesinin reddiyle ilgili bir şikâyeti, ifade özgürlüğüne yönelik bu müdahalenin Hıristiyanların haklarının korunması açısından gerekli görülmesinin makul bulunması nedeniyle reddetmiştir.¹⁵⁴ Bu davalar, bir Devlet’in sebepsiz yere zarar veren ifadelere karşı tedbir alabileceği görüşünü desteklemektedir. Her iki davada da, görüşlerin içeriğinden ziyade, ifade edildikleri biçim dikkate alınmıştır. Ancak yukarıda ele alınan *Murphy – İrlanda* davası gibi örnekler, başka bir dinin veya dini inanç yorumunun mevcudiyetinin kabulü dışında herhangi bir zarar verici fiilin bulunup bulunmadığını tespitinin zor olduğu durumlarda dahi özgür ifadeye kısıtlamalar getirilmesini destekler görülebilmektedir.¹⁵⁵ Bir dini cemaatin hassasiyetlerini zedelediği, şok veya rahatsız ettiği düşünülen her ifade 10. madde tarafından sağlanan koruma dışında bırakılamaz (ve bırakılmamalıdır).¹⁵⁶ Prensip olarak, 9. madde tarafından sağlanan bir korumanın

¹⁵² Bkz. *Jerusalem – Avusturya*, no. 26958/95, Raporlar 2001-II, para. 38-47.

¹⁵³ *Otto-Preminger-Institut - Avusturya*, 20 Eylül 1994 tarihli karar, Seri A no. 295-A, para. 46 ve 47.

¹⁵⁴ *Wingrove – Birleşik Krallık*, 25 Kasım 1996 tarihli karar, Raporlar 1996-V, para. 60.

¹⁵⁵ Bkz. yukarıda 51. sayfa.

¹⁵⁶ Bkz. Baş. No. 8282/78, *Scientology Kilisesi ve 128 Üyesi – İsveç*, (1980) DR21, s. 109.

“hoşgörü ruhunun kötü niyetli bir şekilde ihlaline” yol açması halinde kısıtlanması uygun görünmektedir.

Tıbbi tedavi konuları: 8. madde

Ulusal mahkemeler bazen, gerekli tıbbi müdahalenin (örneğin kan naklini gerektiren işlemler) vicdan veya inanç temeline dayalı olarak reddedildiği durumlarla karşılaşmaktadır. Ulusal hukuk sistemlerinin büyük bir kısmı, akli melekeleri yerinde olan bir yetişkinin tıbbi tedaviye ilişkin olarak kararlar alma –tedavi görmemeyi tercih hakkını da içeren– yönünde, bu kararın hayatını riske atması halinde dahi mutlak bir hakkı bulunduğunu kabul etmekte ve buna saygı göstermektedir. Keza, bu özerklik veya kendi kaderini tayin prensibi 8. madde tarafından da tanınmaktadır. “Tıbbi tedavi alanında, belirli bir tedavinin reddi kaçınılmaz olarak ölümcül bir sonuca yol açabilir, ancak akli melekeleri yerinde olan bir yetişkin hastanın rızası olmaksızın tıbbi tedavi uygulanması, 8/1. madde kapsamında korunan haklarla ilişkili olabilecek şekilde kişinin fiziksel bütünlüğüne yönelik bir müdahale teşkil edecektir.”¹⁵⁷ Bu durumda, kişisel inanç veya vicdana dayalı bireysel karar alma yetisi ihlal edilmiş olmaktadır. 8. madde ayrıca, tıbbi tedaviyle ilgili kararlar da dahil olmak üzere çocukların yetiştirilmesi konusunda karar alma hakkını içeren ebeveyn sorumluluklarının kullanımını da kapsamaktadır.¹⁵⁸ Bu konuda içtihatla pek fazla örnek bulunmamakla birlikte, esas olarak bu yetkinin bilhassa yaşama yönelik bir tehdit bulunan ve buna mukabil kanaatlerin (ve özellikle de Devlet’in yaşamı koruma yönündeki pozitif yükümlülüğünün) son derece önem taşıdığı hallerde çocukların korunması ve iyiliği için uygun sınırlamalara tabi tutulması gerektiği öngörülmektedir. Sağlık durumları nedeniyle ya aşırı baskı karşısında savunmasız konumda kalan veya tedavileri konusunda karar almaya tam anlamıyla muktedir sayılmayan yetişkinlere yönelik devlet müdahalesi konusunda da aynı kanaat işletilebilir.¹⁵⁹

Sözleşme haklarından yararlanılmasında din veya inanç temeline dayalı ayrımcılık: 14. madde

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü aynı zamanda, din veya siyasi düşünce temeline dayalı ayrımcılık yasağı getiren 14. madde tarafından da desteklenmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi pek çok kez, bireyin din veya inanç temeline dayalı olarak ayrımcı muameleye uğradığı iddiasını içeren başvurularla karşılaşmıştır. Ayrımcılık yasağı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesinde dile getirilmektedir:

¹⁵⁷ *Pretty – Birleşik Krallık*, no. 2346/02, Raporlar 2002-III, para. 63.

¹⁵⁸ Bkz. *Nielsen – Danimarka*, 28 Kasım 1988 tarihli karar, Seri A no. 144, para. 61. “Bu bağlamda aile hayatı ve özellikle de ebeveynlerin paralel ebeveynlik sorumluluklarına tam olarak saygı göstermek suretiyle çocukları üzerinde sahip oldukları haklar başta 8. madde olmak üzere Sözleşme tarafından tanınmakta ve korunmaktadır. Ebeveyn haklarının kullanılması aile hayatının temel bir unsurunu oluşturmaktadır.”

¹⁵⁹ Karş. *Kokkinakis - Yunanistan*, yukarıda 40. sayfada ele alınmaktadır; ve *Keenan – Birleşik Krallık*, no. 27229/95, para. 88-101, AİHM 2001-III. Fakat karşı. *Riera Blume ve diğerleri – İspanya*, No. 37680/97, para. 31-35, AİHM 1999-II (9. maddeye aykırı bir arınma tedavisinden ötürü şikâyetçi olmaktadır; tedavinin 5. maddeye aykırılığı tespit edilmiştir.)

Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

“[H]erhangi başka bir durum” ibaresi, yasaklanmış ayrımcılık nedenleri listesinin yalnızca örnekleyici nitelik taşıdığını, bu listenin sınırsız olduğunu göstermektedir. Ancak, ayrımcılık örneğinin coğrafi yerleşime değil, kişisel özelliklere dayalı olmalıdır. 14. maddede yer alan şartlardan anlaşıldığı üzere, bu hüküm bağımsız veya müstakil bir hak getirmemekte, ancak bu prensibin diğer hükümlerce tanınan müstakil haklarla birlikte uygulanacağını ifade etmektedir; yani 14. madde ancak Sözleşme’de veya protokollerden birinde yer alan müstakil güvencelerden biri ile birlikte ileri sürülebilmektedir. Ancak 14. madde, belirli bir hakka yönelik olan fakat söz konusu hakkı ihlal eder nitelikte görülmeyen bir müdahalenin yine de 14. madde ile birlikte değerlendirildiğinde ihlale yol açabilmesi dolayısıyla büyük önem taşımaktadır. Başvurucu öncelikle kendi durumuyla kıyaslanabilir bir durum bulunduğunu kanıtlamalıdır: Yani, başvurucu uygun bir kıyas örneğinden farklı bir muameleye uğramış olmalıdır. Örneğin, insancıl inançlara sahip olan ve edindiği bilgileri başkalarının hizmetine sunmak isteyen bir kişinin durumu dini bir görevde bulunan bir kişinin durumuyla benzer nitelik taşımamaktadır.¹⁶⁰ Böyle kıyaslanabilir bir durumu bulunuyorsa, geriye, muameledeki farklılığın hem objektif ve hem de makul bir gerekçesi bulunup bulunmadığı sorusu kalacaktır. Bu noktada bu gerekçeyi ispat yükü Devlet’e düşmektedir. Yani muamele farklılığı otomatik olarak 14. maddenin anlamı dahilinde bir ayrımcılığa yol açmıyorsa da, bu farklılığın meşru bir amaç taşımaması veya kullanılan yöntemler ile gerçekleştirilmeye çalışılan amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmaması halinde ayrımcılık tespit edilecektir.

Alujer Fernández ve Caballero García – İspanya davasında, vergi mükellefleri, ödedikleri verginin kendi dini cemaatleri yararına tahsis edilmesini sağlayamadıkları ve bu durumun ayrımcı bir muamele teşkil ettiği iddiasıyla şikâyetçi olmuşlardır. Strasbourg Mahkemesi, “din özgürlüğünün, Kiliselerin veya mensuplarının diğer vergi mükelleflerinden farklı bir vergi statüsüne sahip olmalarını sağlamadığını” dile getirmiştir. Ancak, bu tür anlaşmalar veya düzenlemeler bulunması halinde, bunlar, “muamele farklılığının objektif ve makul bir gerekçesi bulunması ve diğer Kiliselerin de istemeleri halinde benzer anlaşmalar akdedebilmeleri kaydıyla, prensip olarak Sözleşme’nin 9. ve 14. maddesi şartlarını ihlal etmemektedir.” Somut davada, söz konusu kiliseler hiçbir zaman böyle anlaşmalar akdetmek istememiş veya böyle düzenlemeler yapmaya çalışmamış olduğundan, başvuru açıkça dayanaktan yoksun sayılarak reddedilmiştir.¹⁶¹

Bu nedenledir ki, din veya koruma altındaki diğer inanç ya da görüşlere dayalı olarak ayrımcı muamele yapıldığı iddiaları çözüme bağlanırken titizlikle incelenmelidir. Uygulamada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi genellikle, halihazırda esasen aynı iddiaya dayanılarak müstakil bir güvenceye yönelik bir ihlal tespitinde bulunulmuş olması halinde, 14. madde kapsamındaki ayrımcılık şikâyetlerini incelemeyi reddetmektedir. 14. maddeye yönelik bir iddianın değerlendirilmesi gerekli görülürse,

¹⁶⁰ Baş. No. 22793/93, *Peters – Hollanda*, 30 Kasım 1994.

¹⁶¹ Baş. No. 53072/99, *Alujer Fernández ve Caballero García – İspanya*, 14 Haziran 2001 tarihli karar.

Mahkeme içtihatlarının din veya inanca dayalı ayrımcılığın en iyi, 14. maddenin 9. madde ile değil fakat başka bir müstakil hükümlerle bağlantılı olarak değerlendirilmesi suretiyle değerlendirilebileceğini ima etmesi nedeniyle, bu şikâyetin birlikte değerlendirileceği en uygun müstakil güvencenin tespit edilmesi gerekecektir.

Bazı davalar, çocuk velayeti ve çocuğa erişim sorunlarını dini inanca atıfta bulunarak ele almaktadır. Örneğin *Hoffman – Avusturya* davasında başvuru Yehova Şahitleri'ne mensup olması nedeniyle çocuğunun velayeti kendisine verilmemiştir. Strasbourg Mahkemesi, bir ulusal mahkemenin kararını din farklılığı temeline dayandırmasının kabul edilemez olduğuna karar vermiş; söz konusu aile hayatı olduğunda da çocuk velayeti konusunda 8. ve 14. maddeler kapsamında aynı yönde kanaat bildirmiştir.¹⁶² *Palau Martinez – Fransa* davasında da benzer şekilde, bir evliliğin sona ermesinin ardından çocukların bakımı konusunda verilen bir karara ilişkin olarak 14. madde ile birlikte ele alındığında 8. maddeye yönelik bir ihlal tespit edilmiştir. Bu tespit, Yehova Şahitliği inancı tarafından “uygulandığı iddia edilen çocuk yetiştirme prensiplerine yönelik sert” ve genelleştirilmiş bir analiz dolayısıyla yapılmıştır. Böylesi prensiplerin bulunması önemli bir faktör oluşturabilirse de, “başvurucunun dininin iki çocuğunun yetiştirilmesi ve gündelik hayatı üzerinde yaratacağı etkiye dair doğrudan, somut bir kanıt” sunulmamış olması nedeniyle, başvuru sosyal araştırma raporu hazırlanması talebinin reddi ışığında değerlendirildiğinde yeterli görülmemektedir.¹⁶³ Her iki dava da, çocuk velayeti davalarında belirli inançlara yönelik anlayışların kullanılmasını tümüyle reddeder görünmemektedir, ancak her iki davada da bu tür düşüncelerin belirli bir özen çerçevesinde tatbik edilmesi gereği vurgulanmaktadır.

Bir kilisenin menfaatlerini korumak için hukuki usullere başvurma konusundaki hukuki ehliyetinin ulusal hukuk tarafından kısıtlandığı hallerde, bilhassa bu kısıtlamaların diğer dini kurumlara uygulanmadığı durumlarda, mahkemeye erişimi güvence altına alan 6. madde kapsamında bir mesele ortaya çıkabilir. *Canea Katolik Kilisesi – Yunanistan* davasında başvuru kilise, Ortodoks Kilisesi ve Yahudi Cemaati'nin aksine, mülkiyet haklarını korumak için hukuki usullere başvuramamaktadır. Mesele esasen medeni hakların tespiti için mahkemeye erişimle ilgili olduğundan ve bu ayrımcı muameleyi haklı gösterebilecek hiçbir objektif ve makul gerekçe bulunmadığından, Strasbourg Mahkemesi 14. maddeyle birlikte ele alındığında 6/1. maddenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmıştır.¹⁶⁴

Dini inançlar, istihdam alanında ayrımcı muamelenin değerlendirilmesini de gerektirebilir ve 9. madde kapsamına giren meselelere veya bu hükmün 14. madde ile birlikte ele alınmasına sebebiyet oluşturabilir. *Thlimmenos – Yunanistan* davası, cezai mahkûmiyeti sebebiyle yeminli mali müşavir olmasına izin verilmeyen bir kişiyi konu edinmiştir. Söz konusu mahkûmiyete bu kişinin genel seferberlik döneminde askeri üniforma giymeyi reddetmesi nedeniyle, ancak Yehova Şahitliği inançlarına dayanılarak hükmedilmiştir. Strasbourg Mahkemesi, bir mesleğe erişim hakkının Sözleşme tarafından kapsamadığını belirtmiş, ancak bu şikâyete din özgürlüğünün kullanımı temelinde ayrımcılık teşkil eder şekilde yaklaşmıştır. Devletler bazı suçlardan mahkûm olmuş kişileri çeşitli mesleklerden meşru olarak men edebilirse de, söz konusu mahkûmiyet

¹⁶² *Hoffman – Avusturya*, 23 Haziran 1993 tarihli karar, Seri A no. 255-C.

¹⁶³ *Palau-Martinez – Fransa* (16 Aralık 2003), para. 29-43 (38 ve 42).

¹⁶⁴ *Canea Katolik Kilisesi – Yunanistan*, 16 Aralık 1997 tarihli karar, Raporlar 1997-VIII, para. 43-47.

sahtekârlığa veya ahlaksızlığa işaret etmemektedir. Dolayısıyla, başvurucuya uygulanan muamelenin meşru bir amacı bulunmamaktadır ve halihazırda çektiği esaslı hapis cezası süresine ilaveten orantısız bir müeyyide niteliği taşımaktadır. Bu nedenledir ki, 9. madde ile birlikte ele alındığında 14. maddeye yönelik bir ihlal mevcuttur. Bu karar içerisindeki kilit paragraflardan birinde, Strasbourg Mahkemesi, Devletler'in belirli durumlarda bireylere farklı davranma yönünde pozitif bir yükümlülük altında olabileceğini dile getirmiştir. Yani, farklı davranılması gereken kişilere aynı muamele gösterildiğinde de ayrımcılık meydana gelebilmektedir:

Mahkeme şimdiye kadar, Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklardan yararlanılmasında ayrımcılık yapılmamasını öngören 14. madde kapsamındaki hakkın, Devletler'in benzer durumdaki insanlara nesnel ve makul bir gerekçe sunmaksızın farklı davrandıklarında ihlal edildiğini dile getirmiştir. Ancak Mahkeme, 14. maddedeki ayrımcılık yasağının tek veçhesinin bu olmadığı kanaatindedir. Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklardan yararlanırken ayrımcılığa uğramama hakkı, Devletler'in, durumları arasında ciddi farklar bulunan kişilere, nesnel ve makul bir neden sunmaksızın farklı muamele göstermemesi halinde de ihlal edilmiş olur. ...

Mahkeme, Devletlerin esasen, bazı hükümlülere yeminli mali müşavirlik mesleğinden men etmek konusunda meşru bir menfaati bulunduğu kanaatindedir. Ancak Mahkeme aynı zamanda, ağır suçlardan ötürü alınan mahkûmiyetlerin aksine, dini veya felsefi nedenlerden dolayı askeri üniforma giymeyi reddettiği için hükmedilen bir mahkûmiyetin, hükümlünün bu mesleği icra etme ehliyetini zedeleyecek bir sahtekârlık veya ahlaksızlık içermediği görüşündedir. Dolayısıyla başvurucuyu, ehliyetsiz bir kişi olması nedeniyle meslekten men etmek hakkı görülmemektedir. ...

Yetkililerin kanunlar uyarınca başvurucunun yeminli mali müşavir olarak atanma talebini reddetmekten başka bir seçenekleri bulunmadığı doğrudur. ... Somut davada Mahkeme, başvurucunun Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında sahip olduğu haklarından yararlanırken ayrımcılığa uğramama hakkına ihlal oluşturan unsurun, Devlet'in ilgili kanunu çıkartmış olmasından kaynaklandığı kanaatindedir. Devlet, ciddi bir suçtan mahkûm olmuş kişilerin yeminli mali müşavirlik mesleğinden men edilmesi kuralına uygun istisnalar getirmeyerek bu ihlali gerçekleştirmiştir.¹⁶⁵

Devlet'in dini kurumların kararlarını tanınması: 6. madde

Strasbourg Mahkemesi bazen, dini kurumların kararlarının sivil hayatta yürürlüğe konmasından doğan, 6. madde kapsamındaki adil yargılanma güvencesinin tatbikiyle ilgili hususları değerlendirmek durumunda kalmaktadır. Bu meselelerin çözümünde genel yorum kuralları uygulanacaktır. *Pellegrini – İtalya* davasında başvurucu, Vatikan mahkemesi tarafından çıkartılan ve İtalyan mahkemeleri tarafından da hukuki geçerliliği tanınan evliliğin iptali kararına yol açan muhakemelere itiraz etmektedir. Bu olaydaki kilit mesele, söz konusu iç hukuk mahkemelerinin, iptal kararına geçerlilik

¹⁶⁵ *Thlimmenos – Yunanistan* [BD], no. 34369/97, Raporlar 2000-IV, para. 39-49 (44, 47 ve 48)

kazandırmadan önce kilise muhakemelerinde 6. madde güvencelerinin sağlanıp sağlanmadığını usulünce tetkik edip etmediğidir. Strasbourg Mahkemesi, İtalyan mahkemelerinin dini mahkemenin kararına geçerlilik kazandırmadan önce, başvurucuya dini muhakemelerde adil bir duruşma sağlanmış olmasını temin etmediğine kanaat getirmiştir; oysa ki, Sözleşme’yi uygulamayan bir ülkenin mahkemelerinden çıkmış bir karara geçerlilik kazandırılması amaçlandığında bu yönde bir inceleme yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla 6. maddenin ihlali söz konusu olmuştur.¹⁶⁶

Sonuç

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü çok önemli bir insan hakkıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (ve eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu) içtihatları 9. maddede saklı değerlerin önemini anlatan güçlü ifadeler taşımaktadır. Bu hakkın temelinde yatan prensiplerin ve ideallerin gereğince anlaşılması son derece önemlidir; düşünce, vicdan ve din özgürlüğü bilhassa, demokratik tartışmanın ve çoğulculuk kavramının muhafaza edilip geliştirilmesine yardımcı olur nitelikte anlaşılmalıdır. Bu özgürlüğün iki yönlü – bireysel ve kolektif– oluşu can alıcı bir husustur. Bu özgürlük “dini boyutu açısından, müminlerin kimliğini ve hayat algılarını oluşturan en hayati nitelikteki unsurlardan biridir, ancak ateistler, agnostikler, septikler ve kayıtsızlar açısından da son derece değerli bir anlamı bulunmaktadır. Demokratik bir toplumun olmazsa olmaz unsurlarından ve yüzyıllar içerisinde çok büyük bedeller ödenerek kazanılan bir değer olan çoğulculuk bu özgürlüğe dayanmaktadır.”¹⁶⁷ Dahası, “dini cemaatlerin özerk varlığı demokratik bir toplumda çoğulculuk açısından vazgeçilmez[dir]. ... Bu noktada önemli olan, çoğulculuğun korunması ve temel özelliklerinden birini, ülke sorunlarını usandırıcı olduğunda dahi diyalog yoluyla çözme olasılığının oluşturduğu demokrasinin usulünce işletilmesidir.”¹⁶⁸ Diğer bir deyişle, kişisel inancın korunması, başkalarının inançlarına karşılıklı saygı ve hoşgörüyü köstek olmak yerine bunları teşvik etmelidir. Dolayısıyla, Devlet’e düşen ödevler, 9. madde haklarına yalnızca müdahalede bulunmaktan imtina etme sorumluluğunun ötesine geçmekte ve bu hüküm, devlet yetkililerinin bu hakkın etkili olmasını sağlamak için pozitif adımlar atmasını da gerektirebilmektedir. Öte yandan, çoğulculuk aynı zamanda, bu dini inanç sahiplerinin inançlarının tüm eleştirilerden korunmasını beklememesini ve “*başkalarının bu dini inançlarını reddetmesini ve hatta başkaları tarafından bu inançlarına düşman doktrinlerin savunulmasını hoşgörmelerini ve kabul etmelerini*” gerektirmektedir.¹⁶⁹

Rekabet halinde düşüncelerin uzlaştırılması 9. madde tarafından öngörülen temel görevi teşkil etmektedir, ancak bu görev Strasbourg’ta bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından yerleşik bir kontrol listesi kullanılarak gerçekleştirilen denetime tabidir. Özellikle, her türlü müdahalenin kanun uyarınca, öngörölmüş bir devlet menfaati için gerçekleştirilmesi ve “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunun kanıtlanması şarttır. İşte testin genellikle en zor karşılanan kısmı da bu sonuncu koşuldur. Bunun sağlanabilmesi için düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğünün liberal bir demokraside

¹⁶⁶ *Pellegrini – İtalya*, no. 30882/96, Raporlar 2001-VIII.

¹⁶⁷ *Kokkinakis – Yunanistan*, 25 Mayıs 1993 tarihli karar, Seri A no. 260-A, para. 31.

¹⁶⁸ *Müslüman Cemaati Yüksek Şurası – Bulgaristan*, no. 39023/97, 16 Aralık 2004, para. 93.

¹⁶⁹ *Otto-Preminger-Institut - Avusturya*, 20 Eylül 1994 tarihli karar, Seri A no. 295-A, para. 47.

oynadığı hayati rolün gereğince takdir edilmesi ve dini ve felsefi kanaatlerin birey açısından öneminin kabulü gerekmektedir. Öte yandan, uluslararası bir yargı organı böyle bir değerlendirmeyi yaparken ulusal makamlar kadar yerinde tespitler yapamayabilir; bu nedenle, Strasbourg Mahkemesi kararlarının pek çoğunda yerel karar alma organlarına nispeten geniş bir “takdir yetkisi” bırakıldığı görülmektedir. Bu durum, uluslararası divan açısından uygun bir sınırlılık doktrini teşkil edebilirse de, ulusal seviyede de aynı durumun geçerli olması gerektiğini ima etmemektedir. Hem bireyler, hem de bir bütün olarak toplum açısından birincil öneme sahip bu hakka yönelik olarak gerçekleştirilen bir müdahale için öne sürülen nedenlerin sıkı bir incelemeden geçirilmesi, bireyin toplumdaki ve daha geniş manevi evrendeki yerine yönelik farkındalığı ve anlayışı geliştirmek için gerekli çoğulculuğun ve çeşitliliğin korunmasına yardımcı olacaktır.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne saygı gösterilmesi prensibi günümüzde demokratik bir toplumun önkoşulu olarak görülebilir, ancak bu prensibin Avrupa Devletleri’nde teminat altına alınma biçimi hayli çeşitlilik göstermektedir. Standart bir Avrupa “örneği” bulunmamaktadır. Ulusal seviyede halen, Avrupa tarihi, ulusal kimlikler ve kişisel inançlardan oluşan zengin bir deseni yansıtan çeşitli anayasal ve yasal düzenlemeler mevcuttur. Laiklik bazı Devletlerde anayasal bir prensip iken; bazılarında belirli bir din, çeşitli tezahürlerde de olsa Resmi Kilise olarak tanınmış bir statüden yararlanabilmekte; bazılarında ise belirli bazı dini cemaatler vergi indirimlerinden veya hayır kurumu statüsünden yararlanmak suretiyle bazı maddi menfaatlerden faydalanabilmektedir. Din ve Devlet arasındaki bu ilişki genellikle yerel gelenekleri ve pratik yararcılığı yansıtabilir. Azınlık inançları söz konusu olduğunda, dini hoşgörü bazı Avrupa ülkelerinde yüzyıllardan beri uygulanmakta olan bir siyasi prensiptir. Diğer ülkelerde ise, bu kavram daha yakın tarihlere dayanmaktadır. Ancak her toplumda, azınlık cemaatlerinin üyeleri halen kendilerini inanç açısından dışlanmış hissedebilmektedir. Strasbourg Mahkemesi’nin 9. maddenin ve ilgili güvencelerin yorumlanması konusunda nasıl bir yaklaşım izlediği, büyük oranda, söz konusu hususun özel niteliklerine bağlıdır. Mahkeme, tüzel kişilik tanınmasının reddi ve bunun sonuçlarıyla uğraşmak hususunda (mahkemeye erişimin ve malvarlıklarının korunması için dava açma ehliyetinin reddi gibi konuları da içeren), dini veya felsefi yükümlülük olarak algılanan diğer hususlara (vicdani ret, dini bayramlara riayet ve din değiştirme gibi) oranla daha hevesli görünmektedir. İşyeri nispeten daha az korumadan yararlanırken, okul sınıflarına sağlanan koruma daha geniştir (dini sembollerin teşhirini içermediği sürece). *İç dünya* son derece kutsal sayılmakta, ancak kamusal alan şu ya da bu şekilde, inancın “açıklanması”nı teşkil eden kısıtlayıcı bir test ile birlikte, mütakabil çıkarların dikkate alınması gereğine bağlı kılınmaktadır. Devlet’in televizyondaki dini reklamlar için getirilen kısıtlamaları gerekçelendirmesi, muhatapları açısından başa çıkılması çok daha zor olmasına rağmen, kapı kapı dolaşarak vaaz veren din adamlarını sınırlamaktan daha kolaydır.

Fakat içtihatındaki bu tutarsızlık, ele alınan bazı tedbirlerin ulusal düzenlemelerdeki temel farklılıkları yansıtır olması nedeniyle muhtemelen kaçınılmazdır. Avrupa medeniyetini şekillendiren dini ve felsefi akımların, tıpkı kıtanın coğrafi özelliklerini şekillendiren doğa güçleri gibi, Avrupa halklarının entelektüel ve manevi dünyaları üzerinde derin etkiler bıraktığı düşünülebilir. Uzun yıllar boyunca “Hıristiyanlık âlemi” deyişiyle eşanlamlı olan Avrupa, Musevilik ve İslamiyet’i de içeren başka inançlardan değişik zamanlarda ve değişik ölçülerde etkilenmiştir. Bunun karşılığında, kıtanın düşünceler

tarihine ve felsefeye, hem Eflatun, Aristoteles, Hume ve Kant gibi düşünürler aracılığıyla, hem de örneğin Rönesans, Reform ve Aydınlanma dönemlerinin damgasını vurduğu, dini ve felsefi anlayışlarda yaşanan büyük değişimler yoluyla hatırı sayılır katkıları olmuştur. Şayet “Avrupa” gerçekten de büyük oranda bir inançlar yapısı, değerler ve yaklaşımlar sistemi ise, bu yapı başta düşünce, ifade ve örgütlenme özgürlükleri olmak üzere birtakım temel özgürlükler aracılığıyla yüzyıllar boyunca inşa edilmiştir. Ancak bu entelektüel sürecin ürünleri her zaman olumlu değer taşımamıştır. Bugün itibariyle çoğulculuk, hoşgörü, inanç ve laiklik prensiplerinin Avrupa toplumunda genel olarak bir arada bulunduğu söylenebilirse de, bu durum hep böyle olagelmemiştir. Din, milliyetçilik ve grup kimlikleri belki de birbirlerine fazla sıkı bir şekilde dolanmıştır; dini hoşgörüsüzlük ve zulüm, farklı zamanlarda ve farklı biçimlerde kıtayı kasıp kavurmuş, daha yakın tarihlerde ise birtakım siyasi öğretilerle ilişkili radikal hareketler ciddi ve sistematik insan hakları ihlalleri yaratmıştır. Tarihten çıkartılan ders, bu temel özgürlüklerin hem hayati nitelik taşıdığı ve hem de bazen mecburen kısıtlamalara tabi tutulduğunu göstermektedir.

Geçmişten alınan bu dersler, günümüzde önem kazanan meselelerin, Avrupa yirminci yüzyılın sonlarına doğru giderek laik bir toplum halini almışken köktendinciliğin yirmi birinci yüzyılın büyüyen fenomeni haline gelişinin en iyi şekilde nasıl ele alınabileceği konusunda bize yardım sunmaktadır. Avrupa’da din bir süredir uyuyan bir güç olarak varlığını sürdürmüştü de, artık yeniden ortaya çıkmaktadır. Ulusal organların düzenli olarak, eğitim, tıbbi tedavi, planlama kontrolleri ve devlet memuriyetini de içeren bir dizi konuda, artan inanç çeşitliliğini uzlaştırma meselesini ele alması gerekmektedir. Özellikle, dini manifestolar sunan siyasi partilerin ortaya çıkışıyla karşı karşıya kalınan güncel sorunlar, kısmen güvenlik gerekçeleriyle tetiklenen dini hoşgörüsüzlük ortamının genişlemesi ve dini sembollerin sergilenmesinin toplumsal istikrarı zedeleyebileceği konusunda toplumda ortaya çıkan endişeler, hep birlikte, devletin verdiği yanıtların yerindeliğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Ulusal düzenlemeler kaleidoskopu artık, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları prizmasından izlenmelidir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bir dizi katı kural öngörmemektedir; sözleşme yalnızca belirli asgari standartları saptamakta ve dini gelenekler ve kilise ile Devlet arasındaki ilişkiyi düzenleyen anayasal düzenlemelerdeki farklılıklar, Sözleşme’nin beklentileriyle bağdaşır nitelikte olmak kaydıyla, kıta manzarasının bir parçasını oluşturmaya devam edecektir. Strasbourg Mahkemesi çeşitliliklere saygı göstermektedir; din ve inancın tarihsel ve siyasal bağlamı mahkeme kararlarında sıklıkla yansıtılmaktadır. Avrupa, din ile devlet arasındaki etkileşim sorununu çözmek konusunda ortak bir yaklaşımdan yoksundur, fakat böylesi daha büyük bir zenginlik yaratmaktadır. Avrupa’nın elinde şimdi, düşünce, vicdan ve inanç konusundaki iddialarını ileri sürerken bireylerin ve dini örgütler gibi grupların konumunu güçlendiren, hukuken bağlayıcı bir dizi güvence bulunmaktadır.

İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Avrupa Konseyi
F-67075 Strasbourg Cedex

http://www.coe.int/human_rights/

Bu insan hakları ek kitapları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bazı maddelerinin, Strasbourg'ta bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ne şekilde uygulandığı ve yorumlandığına ilişkin pratik bir kılavuz oluşturmak amacıyla hazırlanmıştır. Bu el kitapları özellikle hâkimler ve hukukçulara yönelik olarak hazırlanmış olmakla beraber, ilgili herkesçe kullanılabilir.