

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA DİNİ
SEMBOL VE KIYAFETLER

Kemal Efe SAYIN
117614021

Dr. Öğr. Üyesi Öznur SEVDİREN

İSTANBUL
2022

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Dini Sembol ve Kıyafetler
Religious Symbols and Clothing in the Case-Law of the European Court of
Human Rights

Kemal Efe SAYIN

1176149021

Tez Danışmanı : **Dr. Öğr. Üyesi Öznur SEVDİREN** (İmza)
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : **Dr. Öğr. Üyesi Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU** (İmza)
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Evra ÇETİN (İmza)
İstanbul Okan Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 09.02.2022

Toplam Sayfa Sayısı : 153

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Dini Sembol ve Kıyafetler
- 2) Din ve İnanç Özgürlüğü
- 3) Din Özgürlüğü
- 4) Dini Semboller
- 5) Dini Kıyafetler

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Religious Symbols and Clothing
- 2) Freedom of Religion or Belief
- 3) Freedom of Religion
- 4) Religious Symbols
- 5) Religious Clothing

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	v
ÖZET	vi
ABSTRACT	vii
GİRİŞ	1
ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI BELGELERİNDE DÜŞÜNCE, VİCDAN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ: GENEL BİR BAKIŞ	5
1.1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	8
1.2. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	10
1.3. Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildirge	14
1.4. Bölgesel İnsan Hakları Belgeleri.....	18
İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NDE DÜŞÜNCE, VİCDAN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ	21
2.1. Genel İlkeler	22
2.2. Kavramlar.....	24
2.2.1. Düşünce Özgürlüğü	25
2.2.2. Vicdan Özgürlüğü.....	26
2.2.3. Din ve İnanç Özgürlüğü.....	30
2.2.4. Forum Internum ve Forum Externum.....	35
2.2.4.1. Kökeni ve Tarihsel Gelişimi.....	35
2.2.4.2. İHAS Dokuzuncu Madde Metninde Forum Internum ve Forum Externum	37
2.2.5. Korunan Haklar	39
2.2.5.1. Manevi İç Dünya (Forum Internum).....	40
2.2.5.2. Din veya İnançın Açığa Vurulması (Forum Externum).....	42
2.2.5.2.1. Dini Topluluk Hayatı.....	43

2.2.5.2.2. Din veya İnancın Özel Hayatta Açığa Vurulması.....	44
2.2.5.2.3. İbadet, Öğretim, Uygulama ve Ayin.....	45
2.2.5.3. Din veya İnanıcı Açığa Vurma Özgürlüğünün Sınırlandırılması .	47
2.2.5.3.1. Hukuken Öngörülebilirlik.....	47
2.2.5.3.2. Meşru Amaç.....	48
2.2.5.3.3. Demokratik Toplumda Gereklik	50
2.2.5.3.3.1. Farklı Grupların Yararını Uzlaştırmak.....	50
2.2.5.3.3.2. Takdir Marjı Doktrini.....	51
İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ YARGILAMASINDA DİNİ	
SEMBOL VE KIYAFETLER	54
3.1. Kavram.....	55
3.2. İşyerinde Dini Sembol ve Kıyafetlerin Giyilmesi	56
3.3. Devlet Okulu Sınıflarında Dini Sembollerin Bulunması	70
3.4. Resmî Belgelerde Kullanılacak Fotoğraflarda Başlı Açık Görünme Zorunluluğu.....	75
3.5. Güvenlik Kontrolleri.....	81
3.6. Mahkeme Salonlarında Dini Sembol ve Kıyafetlerin Kullanılması	83
3.7. Kamusal Alanda Dini Sembol ve Kıyafetlerin Kullanımı	87
3.8. Okullar ve Üniversitelerde Dini Sembol ve Kıyafetlerin Kullanımı.....	94
3.8.1. Öğretmenler ve Öğretim Elemanları	94
3.8.2. Öğrenciler.....	96
İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ YARGILAMASINA	
YÖNELİK DEĞERLENDİRMELER	102
4.1. Laiklik ve Takdir Marjı Doktrini.....	103
4.2. Forum Internum ve Forum Externum Ayırımının Yargılamada Yol Açtığı Sorunlar	108
4.3. Bir Dönüm Noktası Olarak Lautsi Kararı	113
SONUÇ.....	121
KAYNAKÇA.....	126

KISALTMALAR

AYM	Anayasa Mahkemesi
BM	Birleşmiş Milletler
BM İHK	Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi
İHAK	İnsan Hakları Avrupa Komisyonu
İHAM	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
MSHS	Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TİHEK	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

ÖZET

Her birey, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu özgürlüğün bireyin manevi iç dünyasına mahsus bir boyutu olduğu gibi, dış dünyaya yansıyan harici bir boyutu da bulunmaktadır. İnançın harici boyutuyla kastedilen din veya inancın açığa vurulmasının muhtelif görünüşleri, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesinde ibadet, öğretim, uygulama ve ayin olarak sayılmıştır. Farklı kültür ve dinlere mensup kişilerin Avrupa'ya göç etmesi, dini inancın açıklanmasının kendine has bir biçimi olan dini sembol ve kıyafetleri de toplum hayatında görünür kılmıştır. Avrupa demokrasilerinin temel bir değeri olarak addedilen dini çoğulculuk, bu bakımdan önemli bir sınavla karşı karşıya kalmıştır. Lakin Avrupa devletlerinin birçoğu, dini sembol ve kıyafetleri bir tehdit olarak algılamış ve bu giysilerin kullanımını çeşitli vasıtalarla yasaklamıştır. Bu yasaklara karşı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde açılan pek çok dava, başvuruçuların arzuladığı şekilde sonuçlanmamıştır. Bu bağlamda çalışmada dini sembol ve kıyafetler hakkında verilen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları incelenecektir. Çalışmanın amacı Mahkeme içtihadındaki sorunların tespit edilmesi, sınıflandırılması ve öğretilerde yer verilen görüşler çerçevesinde değerlendirilmesidir. Bu minvalde çalışmamızın birinci bölümünde uluslararası insan hakları belgelerinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğü açıklanacak ve genel ilkeler ortaya konulacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sisteminde düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne yer verilecektir. Nihayetinde üçüncü ve dördüncü bölümde ise İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında dini sembol ve kıyafetler, diğer uluslararası yargı mercilerinin verdiği kararlarla karşılaştırılarak incelenecek ve öğreti ışığında eleştirel bir tahlile tabi tutulacaktır.

ABSTRACT

Every individual is entitled to the freedom of thought, conscience and religion. This freedom has a dimension peculiar to the spiritual inner world of the individual, as well as an external dimension that is reflected in the outer world. Various aspects of manifestation of religion or belief, which is meant by the external dimension of belief, are listed in article 9 of the European Convention on Human Rights as worship, teaching, practice and observance. Immigration of people from different cultures and religions to Europe has made religious clothing and symbols, which are a distinctive way of manifesting religious belief, visible in social life. Religious pluralism, which is regarded as a fundamental value of European democracies, has faced an important test in this regard. However, most of the European states perceived religious clothes and symbols as a threat and banned the use of these clothes by various means. Many applications brought before the European Court of Human Rights against these prohibitions did not result in the way the applicants had wished. In this context, the case-law of the European Court of Human Rights on religious clothing and symbols will be examined in this study. The aim of this study is to identify, classify and evaluate the problems in the Court's case-law within the framework of the views contained in the literature. In this respect, in the first chapter of our study, freedom of thought, conscience and religion in international human rights documents will be explained and general principles will be presented. In the second chapter of this study, the freedom of thought, conscience and religion in the European Convention on Human Rights system will be explained. Finally, in the third and fourth chapters, religious clothing and symbols in the case-law of the European Court of Human Rights will be examined by comparing them with the decisions of other international courts and will be critically analyzed in the light of the literature.

GİRİŞ

Din, doğaüstü varlıklara tapınmak ve bu minvalde muhtelif ibadet, uygulama ve ritüelleri yerine getirmek olarak tanımlansa da bu kelimeler dinin, insan ve toplum hayatı üzerindeki tesirini anlatmaya yetmeyecektir. Belki de ilk insanlarla vücut bulan din, insanın evrene ve varoluşuna mânâ vermesinde önemli bir mefhum olmuştur. Özellikle ulus devletler kurulmadan önce, bireyin kimliğini ve kolektif tabiiyetini gösteren en tipik özelliğinin mensup bulunduğu din olduğu söylenebilir. Bu bağlamda din adına yapılan savaşlar, halihazırda tarih kitaplarının sayfaları arasında geniş bir yer kaplamaktadır.

Bugün insanların büyük çoğunluğu hâlâ kendilerini inandıkları din veya felsefi inançlar vasıtasıyla tanımlamaktadır. İnsanlar, bu inançlarının aksine hareket ettiklerinde büyük bir vicdani ıstırap ile karşı karşıya kalırlar. O yüzden, insan onurunu korumaya özgülenmiş insan hakları hukuku için din ve inanç özgürlüğünün önemi büyüktür. Bu sebeple de modern insan hakları hukuku belgelerinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, bireyin öncelikle iç dünyasını korumaktadır. Bir din ya da inanca sahip olmak ve bunları değiştirmek bu bağlamda bireyin iç dünyasıyla alakalıdır. Fakat bu özgürlüğün tamamıyla icra edebilmesi için din veya inancı, ibadet, uygulama, ayin, öğretme veya dini giysiler giymek vasıtasıyla dış dünyaya yansıtma hakkının da korunması gerekir.

Son yıllarda Avrupa, özellikle Müslüman ülkelerden yoğun bir göç almaktadır.¹ Dini çoğulculuğu temel bir değer olarak kabul eden liberal demokrasiler bu bakımdan önemli bir sınavla karşı karşıya kalmışlardır ve bilhassa 11 Eylül 2001 tarihinde ikiz kulelere yapılan saldırılardan sonra bu sınav daha da zorlaşmıştır.

¹ Pew Research Center, “Muslim Population Growth in Europe”, **Pew Research Center’s Religion & Public Life Project**, 2017, <https://www.pewforum.org/2017/11/29/europes-growing-muslim-population/>. (Erişim Tarihi: 22.12.2021)

Bu saldırıları takip eden yıllarda Avrupa’da birçok devlet, din veya inancı açığa vurma biçimlerine çeşitli sınırlamalar getirmiştir.²

Din ya da inancın açığa vurulmasının sınırlandırılması, bazı dinlere mensup bireyler için günlük hayatta pek bir şey değiştirmezken, din ya da inancı ibadetler, dini topluluk hayatı veya dini giysiler yoluyla kamusal alana taşıyan dinler için vaziyet dezavantajlı bir hal almaktadır. Dolayısıyla bu sınırlamalardan kaynaklı başvurular İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) önüne çok defa gelmiş ve bu çalışmanın konusuna zemin hazırlamıştır. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliği demokratik toplumun temel değerleri olarak addeden İHAM, din ve inanç özgürlüğünün demokratik toplumun önemli unsurlarından birisi olduğunu defalarca vurgulamıştır.³

Bu çalışmada, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin dini sembol ve kıyafetlere ilişkin vermiş olduğu kararlar incelenecektir. Bu inceleme yapılırken İHAM içtihadı, yer yer Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (BM İHK) ve Türkiye Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarıyla, tabii aynı zamanda Türkiye’deki mer’i mevzuatla karşılaştırılacaktır. Bu metot, genel tartışmaya katkısı olduğu için kullanılacaktır. Zira, çalışmayı makul bir çerçeve ve spesifik bir konu ile sınırlamak adına, örneğin Türkiye’ye özgü başörtüsü ve laiklik tartışmaları bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Çalışmanın esas maksadı, dini sembol ve kıyafetler hakkındaki İHAM yargılamasının incelenmesi, yargılamadaki sorunların tespit edilmesi, bu sorunların sınıflandırılması ve öğretilerde yer alan görüşlerle birlikte değerlendirilmesidir. Bu amaca ulaşmak için konuyla ilgili kitap ve makaleler, ulusal ve uluslararası mahkeme kararları, kutsal kitaplar, Kanon hukuku dahil muhtelif mevzuat, uluslararası insan hakları hukuku belgeleri, gazete haberleri ve hukuk sözlükleri gibi pek çok kaynaktan faydalanılmıştır.

² Fransa’da ilk ve orta dereceli okullarda “görünür” dini sembol ve kıyafetlerin giyilmesi 15.03.2004 tarihinde yürürlüğe giren kanun ile yasaklanmıştır (2004-228 sayılı kanun). Yine Fransa’da kamuya açık alanda yüzü örten kıyafetler giymek yasaklanmıştır (2010-1192 sayılı kanun). Devamında pek çok Avrupa devleti dini sembol ve kıyafetlere muhtelif sınırlamalar getirmiştir. Bkz. <https://www.dw.com/tr/avrupada-örtünme-yasağı-olan-ülkeler/a-49861089> (Erişim tarihi: 10.01.2022)

³ İHAM (Büyük Daire), Leyla Şahin v. Türkiye, 44774/98, 10.11.2005, par. 104 ve 108.

Çalışmamızda genel olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğünden başlanarak, dini sembol ve kıyafetlere doğru uzanan bir anlatı izlenecektir. Çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Bu minvalde birinci bölümde uluslararası insan hakları belgelerinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğü incelenecek ve bu belgelerde yer alan genel ilkeler ortaya konulacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sisteminde düşünce, vicdan ve din özgürlüğü incelenecektir. Bu bölümde öncelikle Sözleşme'nin 9. maddesinde yer verilen düşünce, vicdan, din ve inanç kavramları ayrı ayrı tanımlanacaktır. Devamında, özgürlüğün iki boyutu, manevi iç dünya (forum internum) ve din ya da inancın açığa vurulması (forum externum) kavramları eleştirel bir bakış açısıyla açıklanacak; bu kavramların maddenin yapısında nasıl bir görev üstlendiği izah edilecektir. Sonra bu ayırım çerçevesinde 9. maddeyle korunan haklar İHAM içtihatları vasıtasıyla anlatılacaktır. Nihayetinde, din ya da inancı açığa vurmanın sınırlandırılması, dini sembol ve kıyafetlerin sınırlandırılmasında önemli bir araç olan takdir marjı doktriniyle birlikte ele alınarak, bir sonraki bölüm olan dini sembol ve kıyafetler kısmına geçiş için köprü görevi üstlenecektir.

İlk iki bölüm, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü bakımından genel bir çerçeve çizmektedir. İHAM yargılamasında dini sembol ve kıyafetlerin incelendiği üçüncü bölüm bu çalışmanın özünü oluşturmaktadır. Bu bölümde ilk olarak dini sembol ve kıyafetler geniş ve dar anlamda tanımlanarak, kavramın kapsamı belirlenmiştir. Daha sonra İHAM'ın dini sembol ve kıyafetler hakkında verdiği kararlar konu ve mekân bakımından yediye ayrılarak incelenmiştir. Bunların ilki, işyerinde dini sembol ve kıyafetlerin giyilmesidir. İkincisi, devlet okulu sınıflarında dini sembol bulunmasının İHAM içtihatlarındaki yeridir. Üçüncüsü, resmî belgelerde kullanılacak fotoğraflarda başı açık görünme zorunluluğudur. Dördüncüsü, güvenlik kontrolleri esnasında dini sembol ve kıyafetlerin giyilmesinin yarattığı sorunlardır. Beşincisi, mahkeme salonlarında dini sembol ve kıyafetlerin giyilmesidir. Altıncısı, kamuya açık alanlarda dini sembol ve kıyafetlerin yer almasıdır. Son olarak okullar ve üniversitelerde dini sembol ve

kıyafetlerin kullanılmasına değinilecektir. Bu başlıklar altında Avrupa Adalet Divanı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ve Türkiye Anayasa Mahkemesi kararları ile Türkiye'deki ilgili mevzuata da -genel tartışmaya katkı sunması ve okuyucuya karşılaştırma zemini sağlaması adına- yer verilecektir.

İHAM içtihatlarının incelenmesiyle bu kararların sorunlu yönleri ve bu sorunların kaynağı anlaşılacaktır. Dördüncü ve son bölümde, bu sorunlar sınıflandırılacak ve öğretilerde yer alan görüşlerle birlikte değerlendirilecektir. Nihayetinde sonuç bölümünde, çalışmada ulaşılan veriler özetlenecek, İHAM kararlarındaki sorunlu yönlerle ilişkin tespitler ortaya koyulacak ve bireylerin dini sembol ve kıyafet giyme haklarının daha etkin bir biçimde korunabilmesi için birtakım çözüm önerileri sunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI BELGELERİNDE DÜŞÜNCE, VİCDAN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ: GENEL BİR BAKIŞ

Bugün bildiğimiz ve talep ettiğimiz insan haklarının, yüzlerce yıl öncesine dayanan dini, felsefi, ekonomik ve kültürel kökenleri bulunur.⁴ Bununla beraber, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün modern anlamda formüle edildiği tarih, günümüze pek de uzak değildir.

Ulus devletler kurulmadan önce din, bireyin kimliğini ve kolektif tabiiyetini belirlemede en önemli unsur olarak görülmekteydi.⁵ Günümüzde vatandaşlık bağı kavramıyla ölçülen ulusa sadakat, geçmişte devletin resmî dinine mensup olmak ile eş bir kavramdı. Yönetenler ve yönetim biçimleri değişse dahi, ortak bir dine inanmak toplumsal istikrarın temeli olarak kabul edilmekteydi.⁶

Dinin, toplumsal birliğin temeli olarak kabul edildiği düzen, insanlık adına iki esas soruna yol açmaktaydı. Öncelikle bir kişinin din değiştirmesi, dini farklı yorumlaması veya dini terk etmesi, bugünkü “vatana ihanet” ile aynı anlama gelmekte ve o kişinin ölüm cezasına varan ağır yaptırımlar ile karşılaşmasına neden olmaktaydı.⁷ İkincisi din, hayata ve yaratılışa dair aksi öne sürülemeyen bir mutlaklık ihtiva ettiğinden, farklı dinlere mensup milletlerin, dinler adına mütemadiyen savaşıması anlamına gelmekteydi.⁸

Bahsettiğimiz iki esas sorun, insanlık adına büyük yıkımlara sebep olmuş; böylece

⁴ John Jr Witte, **The Reformation of Rights: Law, Religion, and Human Rights in Early Modern Calvinism**, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, ss. 1-35.

⁵ İlber Ortaylı, “Osmanlılarda Millet Sistemi”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, (Erişim tarihi: 12.01.2022), <https://islamansiklopedisi.org.tr/millet>.

⁶ Derek H. Davis, “The Evolution of Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief”, **Brigham Young University Law Review**, C. 2002, S. 2, 2002, s. 220.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Abdullah Saeed, **Freedom of Religion, Apostasy and Islam**, Routledge, 2017.

⁸ Tad Stahnke, “Proselytism and the Freedom to Change Religion in International Human Rights Law”, **Brigham Young University Law Review**, C. 1999, S. 1, 2001, s. 257.

tarihsel süreçte, din ve inanç özgürlüğünün korunması için muhtelif girişimlerde bulunulmuştur. Bunların en bilinen örneklerinden biri, Avrupa’da vuku bulan otuz yıl savaşlarının sonunda imzalanan ve bugünkü uluslararası sistemin yapı taşlarından kabul edilen 1648 tarihli Vestfalya Antlaşmasıdır.⁹ Bu antlaşma, Katolik inançların yanı sıra Protestan (Luteryen ve Kalvinist) inançları da uluslararası düzeyde tanıyarak ve onların korunması bakımından taraf devletleri yükümlülük altına sokarak, din özgürlüğü bağlamında da özel bir öneme sahip olmuştur.¹⁰ Ancak bu antlaşmalarda devletlere, işgal edilen topraklarda yaşayan kişilerin inançlarına saygı gösterme yükümlülüğü tanınmış olsa da bu yükümlülüğün denetlenmesine ilişkin etkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu yüzden anılan belge, modern insan hakları anlayışından uzaktır.¹¹

Din ve inanç özgürlüğü, on yedinci yüzyıl ve devamında daha fazla vurgulanmaya başlanmıştır. Çok sayıda yazar ve düşünür, bu özgürlüğün doğal hukukla ilintili kutsal bir hak olduğunu öne sürmüştür.¹² Örneğin on yedinci yüzyılda İngiltere Parlamentosu’na hitaben yaptığı konuşmada John Milton, *"Bana tüm diğer özgürlüklerden önce, vicdan ışığında bilme, düşünme, inanma ve özgürce ifade etme özgürlüğünü verin."* diyerek inanç özgürlüğünün önemini vurgulamıştır.¹³

Öğretide, din ve inanç özgürlüğünün korunmasındaki anlayış değişiminin gerçekleştiği dönem olarak ise yirminci yüzyıl ve özellikle İkinci Dünya Savaşı gösterilmektedir.¹⁴ Zira bu savaşta yaşanan büyük mezalim, devletleri insan haklarının korunmasında daha etkin önlemler almaya sevk etmiştir. İnsan Hakları

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Andreas Osiander, "Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth", **International Organization**, C. 55, S. 2, 2001, ss. 251-87.

¹⁰ Malcolm D. Evans, **Religious Liberty and International Law in Europe**, 1. bs, Cambridge University Press, 1997, ss. 42-43.

¹¹ a.g.e., s. 82.

¹² James E. Wood, "Religious Human Rights and a Democratic State", **Journal of Church and State**, C. 46, S. 4, 2004, s. 741.

¹³ John Milton, **Areopagitica, with a Commentary by Sir Richard C. Jebb and with Supplementary Material**, Cambridge at the University Press, 1918.

¹⁴ Davis, "The Evolution of Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief", s. 225; Wood, "Religious Human Rights and a Democratic State", s. 745.

Evrensel Beyanname'si de böyle bir iklimde ortaya çıkmıştır.¹⁵ Dolayısıyla, Evrensel Beyanname'nin ortaya çıkmasında insan haklarının evrensel ölçekte yaygın bir biçimde tanınması ihtiyacı büyük rol oynamıştır.¹⁶ Bu minvalde, İkinci Dünya Savaşı henüz devam ederken tarih 6 Ocak 1941'i gösterdiğinde Amerika Birleşik Devletleri başkanı Franklin Delano Roosevelt, Kongre'ye hitaben yapmış olduğu konuşmada dört adet özgürlük üzerinde yoğunlaşmıştır:

“Korumaya çalıştığımız bu gelecek günlerde, dört esas insan özgürlüğü temelinde kurulu bir dünya bulacağımızı umuyoruz.

İlki, dünyanın her yerinde, konuşma ve ifade özgürlüğüdür.

İkincisi, dünyanın her yerinde her kişinin tanrısına kendi istediği biçimde ibadet etme özgürlüğüdür.

Üçüncüsü, dünyanın her yerinde, yoksulluktan kurtulma özgürlüğüdür ve bu özgürlük, her ulusa kendi vatandaşları için sağlıklı ve barış içinde yaşamayı temin edecek ekonomik şartların sağlanması anlamına gelir.

Dördüncüsü, dünyanın herhangi bir yerinde, korkudan kurtulma özgürlüğüdür ve bu özgürlük, hiçbir ulusun herhangi bir komşusuna karşı fiziksel saldırıda bulunmak durumunda kalmayacağı bir noktaya gelene dek dünya çapında silahlanmanın azaltılması anlamına gelir.

Bu durum uzak bir milenyumda gerçekleşecek bir hayal değildir. Kendi zamanımız ve neslimiz boyunca elde edilebilir bir dünya için belli bir temel oluşturur. Bu tür bir dünya diktatörlerin bir bombanın patlamasıyla yaratmaya çalıştıkları sözde yeni zorbalık düzeninin antitezidir.”¹⁷

¹⁵ Andrew Clapham, **Human Rights: A Very Short Introduction**, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2007, ss. 31-32.

¹⁶ Evrensel Beyanname'nin felsefi kökenlere dair ayrıntılı bir çalışma için bkz. Johannes Morsink, **Inherent Human Rights: Philosophical Roots of the Universal Declaration**, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009; Mary Ann Glendon, “Knowing the Universal Declaration of Human Rights”, **Notre Dame L. Rev.**, C. 44, 1998, ss. 1153-90.

¹⁷ Söylevin Türkçe çevirisi için bkz.: <http://dusuncetarihi.kapadokya.edu.tr/makale/doert-ozguerluek-soeylevi.html> (Erişim Tarihi: 19.12.2021).

Daha sonraları “Dört Özgürlük Söylevi” olarak isimlendirilen bu konuşma, Birleşmiş Milletler’in kurulması ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin hazırlanması yolunda kamuoyu oluşturulması bakımından büyük önem arz etmektedir.¹⁸ Roosevelt’in ömrü, saymış olduğu bu dört temel hakkın uluslararası belgelerde formüle edilmesini görmeye yetmemiştir. Fakat eşi Eleanor Roosevelt’in başkanlığında toplanan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nun Haziran 1948’de hazırladığı “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi” 10 Aralık 1948’de, BM Genel Kurulu’nun Paris’te yapılan 183. oturumunda kabul edilmiştir.

1.1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

10 Aralık 1948’de kabul edilen BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü 18. maddede düzenlemektedir¹⁹:

“Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak kişinin dinini veya inancını değiştirmesini, yalnız veya diğerleriyle birlikte, kamusal veya özel alanda öğretme, uygulama, ibadet ve törenlerle açığa vurma özgürlüğünü ihtiva eder.”

Maddenin ilk bölümünde herkesin din veya inanca sahip olma ve bunları değiştirebilme hakkı vurgulanmıştır. İkinci bölümde ise din veya inancı açığa vurma hakkı ifade edilmiştir.²⁰ Çalışmanın ilerleyen kısımlarında inceleyeceğimiz İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (İHAS) düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesinde yapılan forum internum ve forum externum ayrımının kökeni Beyanname’ye dayanmaktadır.²¹

¹⁸ Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe*, ss. 172-76.

¹⁹ Suudi Arabistan ve Güney Afrika Birliği beyannameyi kabul etmemiştir. Altı sosyalist devlet ise çekimser kalmıştır. Suudi Arabistan, maddede tanınan kişinin sahip olduğu dini değiştirme hakkına itiraz etmiştir. Sosyalist devletler ise maddenin “burjuva bireyciliği” içerdiğini öne sürmekteydi. Bkz. UN Doc. E/CN.4/SR.8 (1947).

²⁰ Linde Lindkvist, **Religious Freedom and the Universal Declaration of Human Rights**, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 7.

²¹ Johan D. Van der Vyver, “The Relationship of Freedom of Religion or Belief Norms to Other Human Rights”, **Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook**, ed. Tore Lindholm vd., Dordrecht: Springer Netherlands, 2004, s. 87.

İHAS'ın 9. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sınırlama ölçütleri ise Beyanname'nin 29. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır:

“Herkes, hak ve özgürlüklerini kullanırken, ancak başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ile demokratik bir toplumdaki ahlak, kamu düzeni ve genel refahın adil gereklerinin karşılanması amacıyla, yasayla belirlenmiş sınırlamalara bağlı olabilir.”

Evrensel Beyanname'nin sınırlama rejimini düzenleyen 29. maddesi, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün tamamına yönelik gibi gözükmektedir. Fakat Komisyon çalışmaları esnasında sınırlamanın yalnızca din ya da inancın açığa vurulmasına ilişkin olabileceği belirtilmiştir.²² Sözgelimi, Suudi Arabistan'ın kişinin dinini değiştirme hakkına yönelik itirazları da kişinin içsel alanının kısıtlanamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.²³

Eğitim hakkına ilişkin düzenleme, Beyanname'nin 26. maddesinde mevcuttur: *“Ebeveyn, çocuklarına verilecek eğitimin türünü seçmede öncelikle hak sahibidir.”* Bu düzenleme İHAS'ın 1 No'lu Protokolü'nün 2. maddesi ile koruma altına alınan eğitim hakkına denk gelmektedir.

Türkiye'nin de onaylayıp kabul ettiği Beyanname'de belirlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün kapsamı, kendisinden sonraki çoğu insan hakları belgesinden dahi geniştir.²⁴ Sosyalist devletlerin, İslam Hukuku ile yönetilen devletlerin, ırksal ayrımcılığa anayasalarında yer veren devletlerin itirazlarına rağmen madde bu şekliyle geçerlilik kazanabilmiştir.²⁵ Yine de maddenin kendisinin,

²² Johannes Morsink, **The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent**, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1999, s. 25.

²³ a.g.e., ss. 25-26.

²⁴ Bahiyyih G. Tahzib, **Freedom of religion or belief: ensuring effective international legal protection**, The Hague ; Boston: M. Nijhoff, 1996, s. 78.

²⁵ Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe*, ss. 185-89.

Beyanname'nin diğer maddelerine nazaran çok daha az bir tartışma ile kabul edildiği söylenmektedir.²⁶

Din ve inanç özgürlüğü bakımından Evrensel Beyanname'de yapılan düzenlemenin olumlu yanlarının yanı sıra öğretilerdeki eleştirilerden de kısaca bahsetmek gerekir. Madde 18, oldukça genel ifadelerden ibaret olup, din ve devlet ilişkisinin nasıl olması gerektiği gibi zor soruları cevaplamamakta; “öğretme”, “uygulama”, “ibadet” ve “tören” gibi terimleri tanımsız bırakmakta ve din özgürlüğünün hangi koşullar altında kısıtlanabileceğini veya kısıtlanamayacağını kesin bir şekilde açıklamamaktadır.²⁷ Bu sebeplerle, dini özgürlüklere ilişkin o tarihe kadarki en ciddi belge olan Evrensel Beyanname, buna rağmen içerdiği hükümlerin anlamına dair belirsizlikler barındırması nedeniyle eleştirilmiştir.²⁸

1.2. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS), 16 Aralık 1966 tarihinde BM Genel Kurulu'nda kabul edilmiştir. 19 Aralık 1966 tarihinde ise imzaya açılmıştır. MSHS, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.²⁹ Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü MSHS'nin 18. maddesinde düzenlenmiştir:

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu hak, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunları benimseme özgürlüğünü ve din ya da inancını ister bireysel olarak ister başkalarıyla birlikte topluluk içinde, aleni ya da özel olarak, ibadet, ayin, uygulama ve eğitim suretiyle açığa vurma özgürlüğünü içerecektir.

²⁶ Martin Scheinin, “Article 18”, *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, ed. Gudmundur Alfredsson, Eide Asbjørn, The Hague; Boston: Cambridge MA: Springer, 1999, s. 379.

²⁷ Linde Lindkvist, “The Politics of Article 18: Religious Liberty in the Universal Declaration of Human Rights”, **Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development**, C. 4, S. 3, 2013, s. 429.

²⁸ Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe*, ss. 191-92.

²⁹ Türkiye 15 Ağustos 2000 tarihinde Sözleşme'yi imzalamıştır. Uygun bulunma ve onay süreci 3 yıl sürmüştür. Sözleşme 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren Türkiye adına hüküm doğurmaya başlamıştır.

2. Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da (din ya da inancı) benimseme özgürlüğüne hanel getirecek baskıya maruz bırakılmayacaktır.

3. Bir kimsenin dinini açığa vurma özgürlüğü ancak, kamu güvenliği, düzeni, sağlığı, ahlakı ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu ve yasayla öngörölmüş sınırlamalara tabi tutulabilecektir.

4. Bu Sözleşme'ye taraf devletler, ebeveynin ve söz konusu ise yasal vasilerin, çocuklarına kendi görüşleri doğrultusunda dinsel ve ahlaki eğitim sağlama özgürlüğüne saygı gösterme yükümünü üstlenirler.”

Maddenin ilk fıkrası düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü tanımlamakta ve tanımaktadır.³⁰ Bir dini kabul etme ya da bir inanca sahip olma (“to have or to adopt”), din veya inancını uygulama, ibadet ve öğretim şeklinde dışa vurma özgürlüğü, hakkın kapsamına dahil edilmiştir. Böylece forum internum (manevi iç dünya) ve forum externum (dini inancın açığa vurulması) ayrımı bir kez daha tekrarlanmıştır.³¹ Evrensel Beyanname’de bulunan din veya inancı değiştirme hakkı, bu sefer metinden çıkarılmıştır. Her ne kadar öğretilde bu husus bir geriye gidiş olarak yorumlansa da³² maddenin din ya da inancı değiştirme hakkını da koruduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten de İnsan Hakları Komitesi’nin 1993 tarihli ve 22 No’lu Genel Yorum’unun beşinci maddesi konuyu açıklığa kavuşturmuştur:

“Komite’ye göre bir dine ya da inanca “sahip olma” veya bir din ya da inancı “benimseme” din veya inanç seçme özgürlüğünü içerdiği gibi, bir kimsenin din

³⁰ Maddede din veya inanç kavramının tanımına ise yer verilmemiştir. Bkz. Sarah Joseph, Melissa Castan, **The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary**, Third edition Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013, s. 563.

³¹ Peter Petkoff, “Forum Internum and Forum Externum in Canon Law and Public International Law with a Particular Reference to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **Religion and Human Rights**, C. 7, S. 3, 2012, s. 185.

³² Carolyn Evans, “Chinese Law and the International Protection of Religious Freedom”, **Journal of Church and State**, C. 44, S. 4, 2002, s. 755.

veya inanç değiştirme, ateist olma ve aynı zamanda din veya inanç değiştirme hakkını da içerir.”³³

MSSH'nin 18. maddesinin ikinci fıkrası bir dini kabul etme ya da bir inanca sahip olma hakkının kısıtlanamayacağını işaret etmektedir. Bu fıkraya yönelik bir sınırlama ölçütü de ortaya konmadığından, bu hakkın hiçbir surette sınırlanamayacağı açıktır. Nitekim, İHAS'ın tatbikinde de aynı husus geçerlidir.³⁴

MSSH'nin 18 maddesinin ikinci fıkrasında geçen “maruz bırakılmayacaktır” ifadesi, devletlere çeşitli pozitif ve negatif yükümlölükler tanındığını ifade etmektedir.³⁵ Buna göre devletler, bireylerin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne haksız müdahalede bulunmayacak; saygı gösterecektir.³⁶ Bu, devletin negatif yükümlölüğüdür.³⁷ Madde 18, negatif yükümlölüklerin yanı sıra bireyin, üçüncü kişilerin müdahalelerinden korunmasını da şart koşmaktadır.³⁸ Aynı zamanda devlet, bireylerin bu özgürlükten tamamıyla yararlanabilmesi için gerekli koşulları sağlayacak, yerine getirecektir.³⁹ Buna Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişilerin etkin bir hukuk yoluna başvurabilmeleri için lazım olan şartları hazırlamak da dahil olacaktır. Bu bakımdan MSSH'de, Evrensel Beyanname'ye kıyasla birtakım olumlu ilerlemeler bulunmaktadır.⁴⁰

Maddenin üçüncü fıkrası sınırlama rejimini düzenlenmektedir. Yine İHAS'a benzer olarak devletler ancak kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık, ahlak ve başkalarının haklarını koruma amacı hasıl olduğunda dini inancı açığa vurma

³³ BM İnsan Hakları Komitesi, *Genel Yorum No. 22: Madde 18 (Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü)*, 30 Temmuz 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

³⁴ İHAK, X (Ross) v Birleşik Krallık, 10295/82, 14.10.1983. Aynı zamanda bkz. İHAM, Sinan Işık v. Türkiye, 21924/05, 02.02.2010, par. 42.

³⁵ Brice Dickson, “The United Nations and Freedom of Religion”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 44, S. 2, 1995, s. 341.

³⁶ Devletin “endoktrinasyon” veya “beyin yıkama” faaliyeti yürütmesi bu kapsama girecektir. Bkz. Manfred Nowak, **U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary**, 2nd Edition N.P. Engel, 2005.

³⁷ a.g.e., s. 415.

³⁸ Dennis de Jong, “The Legal Obligations of State and Non-State Actors in Respect of the Protection of Freedom of Thought, Conscience and Religion or Belief”, **Religion & Human Rights**, C. 3, S. 1, 2008, s. 2.

³⁹ a.g.e., s. 3.

⁴⁰ Dickson, “The United Nations and Freedom of Religion”, s. 341.

özgürlüğünü sınırlayabilirler⁴¹ Bu sınırlamanın hukuken öngörülebilir ve demokratik toplumda gerekli olması da gerekir. Madde metni din ya da inancı açığa vurma özgürlüğünü sınırlandırmakta, bir dini kabul etme ya da bir inanca sahip olma hakkının ise sınırlanamayacağını -Beyanname'deki belirsizliğin aksine- açıkça ifade etmektedir.⁴² Öyle ki, MSHS'nin 4. maddesinde düzenlenen yükümlülüklerin azaltılması rejiminde bile düşünce, vicdan ve din özgürlüğü sınırlamadan muaf tutulmuştur. MSHS'ye göre devletler, olağanüstü durum söz konusu olsa dahi 18. madde bakımından yükümlülük azaltma yoluna gidemeyeceklerdir.

Maddenin son fıkrasında eğitim hakkı düzenlenmiştir. Ancak Evrensel Beyanname ve İHAS'tan farklı olarak eğitim hakkının kapsamı, ebeveynlerin çocuklarına dini ve ahlaki eğitim sağlama özgürlüğü olarak daraltılmış; genel anlamda, kişilerin devlet okullarında eğitim alma hakkından bahsedilmemiştir.⁴³

MSHS'nin bağlayıcılık kazanması ve muhteviyatında düzenlenen hak ve özgürlüklerin korunması için İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur.⁴⁴ MSHS bir bakıma, Evrensel Beyanname'nin 18. maddesinin özünü yasal bir yükümlülük kaynağına çevirmiştir.⁴⁵ Sonuç olarak, Evrensel Beyanname'yi takiben kaleme alınan bu uluslararası sözleşme, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün modern anlamda formüle edilmesi ve İnsan Hakları Komitesi vasıtasıyla denetlenebilmesi yönünden önemli bir belgedir.

⁴¹ Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, ss. 425-27.

⁴² Karl J. Partsch, "Freedom of Conscience and Expression and Political Freedoms", **The International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights**, ed. Louis Henkin, New York: Columbia University Press, 1981, s. 212.

⁴³ Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, s. 432.

⁴⁴ Martin Scheinin, "The Human Rights Committee and Freedom of Religion or Belief", **Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook**, ed. Tore Lindholm vd., Dordrecht: Springer Netherlands, 2004, s. 190.

⁴⁵ Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe*, s. 207.

1.3. Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildirge

BM Genel Kurulu'nun 25 Kasım 1981 tarih ve 36/55 sayılı kararıyla ilan edilen bu bildirimde, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün kapsamı ve içeriği oldukça geniştir. Öğretide birçok yazar 1981 Bildirisi'ni düşünce, vicdan ve din özgürlüğü bakımından en önemli belge olarak tanımlamıştır.⁴⁶ Fakat önem kavramının göreceli olduğunu hatırlatmak gerekir. Eğer insan hakları bakımından yenilik doğuran ve çığır açan bir belgeden bahsediyorsak, Evrensel Beyanname'yi öne çıkarmak gerekir. Eğer, sözleşmedeki hakların tatbik ve yaptırım kabiliyetinden bahsediyorsak, MSHS daha önemlidir. Ancak düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün en geniş anlamda tanımlanması ve içerdiği hakların belirlenmesi söz konusu ise, 1981 Bildirisi elbette önemli olacaktır.⁴⁷

1981 Bildirisinin, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü başlıklı birinci maddesinde, MSHS'ye benzer bir kapsam çizilmiştir. İslam hukuku ile yönetilen devletlerin isteği doğrultusunda “din ya da inancı değiştirme özgürlüğü” metinde yer almamaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında kimsenin dini zorlamaya (“coercion”) maruz bırakılmayacağı belirtilerek devlete pozitif edim yüklenmiştir. Ancak dini zorlamanın ne olduğu ve hangi şartlar altında mevcut olacağı muğlak bırakılmıştır.⁴⁸ Maddenin üçüncü fıkrasında sınırlama rejimi yer almaktadır. Buna göre bir kişinin din ya da inancını açıklama özgürlüğü ancak “*kanunla konulan ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını veya ahlakını yahut başkalarının temel hak ve hürriyetlerini korumak için gerektiği ölçüde*” sınırlandırılabilir. Sınırlama tıpkı

⁴⁶ Davis, “The Evolution of Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief”, s. 227.

⁴⁷ a.g.e., s. 228.

⁴⁸ Donna J. Sullivan, “Advancing the Freedom of Religion or Belief Through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination”, **American Journal of International Law**, C. 82, S. 3, 1988, s. 493.

MSHS gibi, din ya da inancı açığa vurma özgürlüğü bakımından öngörülmüştür. Bu bakımdan forum internum ve forum externum ayrımı tekrarlanmıştır.⁴⁹

İkinci maddede “*Hiç kimse din veya başka bir inancı sebebiyle bir Devlet, bir kurum, bir kişi veya kişi grubu tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.*” denilerek, devlete hem ayrımcılık yapmama hem de ayrımcılık yapılmasını engelleme yükümlülüğü yüklenmiştir. “*Din veya inanca dayanan hoşgörüsüzlük ve ayrımcılığın anlamı*” ise maddenin ikinci fıkrasında yapılmıştır. Ayrımcılığın anlamı açıklanmış olsa da hoşgörüsüzlüğün ne olduğu belirtilmemiştir. Şüphesiz, hoşgörüsüzlük dendiğinde nefret ve önyargıya dayalı eylemlerin akla gelmesi gerektiği anlaşılmaktadır.⁵⁰

Üçüncü maddede Evrensel Beyanname ve MSHS’ye gönderme yapılarak din ya da inanca dayanan ayrımcılık yasağının temeli açıklanmıştır. Dördüncü maddede ise ayrımcılık yasağı bakımından devlete yüklenen edimlerden bahsedilmiştir. Esasen ikinci madde incelendiğinde ayrımcılık yasağı ile ulaşılmak istenen sonuç belirsiz gözükmemektedir. Kimin ayrımcılık yapabileceği, kimin ayrımcılığa uğrayabileceği belli değildir. Lakin ikinci madde, üçüncü ve dördüncü maddelerle beraber ele alındığında ayrımcılık yapma yasağına hem devletin hem de özel alandaki kişilerin tabi olduğu anlaşılmaktadır. Gerçek kişiler, şirketler, kişi grupları da bu kapsamdadır. Devlet, bu kimselerin ayrımcılık yapmasını ve ayrımcılığa uğramasını engellemekle yükümlü olacaktır.⁵¹

Beşinci maddede çocuk hakları, özellikle eğitim hakkı ve ayrımcılık yasağı bağlamında koruma altına alınmıştır. Bu maddede ilginç olan beşinci fıkradır. Çocuk, içinde yetiştiği dinin uygulamalarından korunmuş; devlete de bu korumayı sınırlama rejimine uygun olarak gerçekleştirme yükümlülüğü tanınmıştır.

⁴⁹ Petkoff, “Forum Internum and Forum Externum in Canon Law and Public International Law with a Particular Reference to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, s. 206.

⁵⁰ Roger S. Clark, “The United Nations and Religious Freedom”, **New York University Journal of International Law and Politics**, C. 11, 1978, s. 209.

⁵¹ Sullivan, “Advancing the Freedom of Religion or Belief Through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination”, s. 502.

Altıncı maddede düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün içeriği -sınırlayıcı olmamak kaydıyla- geniş bir biçimde sayılmıştır. Yedinci maddede, devlete, sayılan özgürlükleri güvence altına alacak olan ulusal mevzuatı düzenleme yükümlülüğü tanınmıştır. Son olarak, 1981 Bildirgesinin, Evrensel Beyanname ve diğer insan hakları belgeleri ile tanınan hakların kapsamını daraltılacak şekilde yorumlanmasını önlemek için sekizinci madde kaleme alınmıştır.

1981 Bildirisi hazırlanırken ilk tartışmalı nokta din kavramının tanımı olmuştur.⁵² Sosyalist devletler, din kavramının ateistleri ve inançsızları korumadığını öne sürmüşlerdir. Birkaç Batılı devlet, belgenin dini hakları korumayı amaçladığı, ateizmin doğası gereği dini olmadığı, ancak ateizmin her hâlükârda metnin yorumlanması yoluyla yeterli koruma bulacağı sebebiyle sosyalist devletlere karşı çıkmıştır. Fakat sonuç sosyalist devletlerden yana olmuştur. İngilizce metinde yer alan “*belief*” (*inanç*) kelimesinin önüne “*whatever*” (*herhangi*) kelimesi getirilmiştir. Yani herkese “dilediği, herhangi bir inanca sahip olabilme” hakkı tanınmıştır. Bu sayede, 1981 Bildirisinin yalnızca dinleri değil, ateizm, agnostisizm ve diğer felsefi inançları da koruduğu netlik kazanmıştır.⁵³

Bildirideki ikinci tartışmalı nokta ise “din değiştirme özgürlüğü” olmuştur. Bu özgürlüğün metinde yer almasına özellikle İslam hukuku ile yönetilen devletler karşı çıkmışlardır.⁵⁴ Sonunda, din değiştirme özgürlüğünü koruyan ifadenin metinde yer almamasına karar verilmiştir. Ancak 1981 Bildirisinin sekizinci maddesinde “*bildirideki hiçbir hükmün İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile İnsan Haklarına dair uluslararası Sözleşmelerde tanımlanan bir hakkı kısıtlayıcı veya kullanımını durdurucu bir şekilde yorumlanamayacağı*” belirtilerek Evrensel Beyanname’deki kazanım korunmaya çalışılmıştır. Kanımızca bu ifade

⁵² Davis, “The Evolution of Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief”, s. 228.

⁵³ a.g.e., s. 229.

⁵⁴ İslam fikhına göre dinden çıkma eylemine irtidâd (ridde) denmektedir. Dinden çıkan kişiler ise mürtedd olarak adlandırılır. Özellikle erkek bireyin İslam dinini terkinin müeyyidesinin ölüm cezası olduğu hususunda görüş birliği (icmâ) bulunur. Yine de klasik dönem fakihlerinden farklı yorumlar da bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: İrfan İnce, “Ridde”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, (Erişim tarihi: 26.11.2021), <https://islamansiklopedisi.org.tr/ridde>.

konulmasaydı dahi, metnin insan hakları hukuku bakımından din değiştirme hakkını da koruduğu şüphesizdi.⁵⁵ Ancak İşlam hukuku ile yönetilen devletlerin bu hakka mütemadiyen muhalefet etmesi, bu devletleri uluslararası hukuk açısından bağlayıcılıktan ve sorumluluktan kurtarmaktadır. Çünkü bu hak gerek MSHS’de gerekse 1981 Bildirisi’nde açıkça ifade edilmemiştir. Bununla beraber, İşlam hukuku ile yönetilen devletler bu hakka düzenli biçimde muhalefet ettiklerinden örf ve âdet hukuku haline de gelmeyecektir.⁵⁶ Yine de uluslararası hukukun bağlayıcılık ve yaptırım sorunu bir tarafa, din değiştirme özgürlüğünün insan hakları hukuku bakımından her bireyin hakkı, devletin de bu özgürlüğün etkin bir şekilde kullanılması için gerekli koşulları sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmek gerekir.

1981 Bildirgesi bağlamında tartişılan üçüncü mesele ise, Bildirgenin uluslararası andlaşma haline getirilmesi meselesidir. Bazı yazarlar bağlayıcılığın artması için bu görüşü desteklemektedirler.⁵⁷ Diğer yazarlar ise 1981 Bildirgesine bir andlaşma statüsü kazandırmanın uzun bir süreç olduğunu, tüm devletleri evrensel insan hakları standardizasyonuna ikna etmenin zor olabileceğini; birçoğ devletin süreçten kopacağını öne sürmüşlerdir.⁵⁸ Sonuç olarak 1981 Bildirgesi, BM’nin ciddiyet taşıyan bir açıklaması niteliğindedir ve katılımcı devletlere ağır bir ahlaki sorumluluk yüklemektedir. Her hâlükârda, 1981 Bildirgesindeki hükümlerin normatif ve itaat edilmesi beklenen hükümler olduğuna dikkat edilmelidir.

⁵⁵ Elizabeth Odio Benito, “Study of the Current Dimensions of the Problems of Intolerance and of Discrimination on Grounds of Religion or Belief”, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/26, 1987, par. 21.

⁵⁶ Davis, “The Evolution of Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief”, s. 229.

⁵⁷ Angelo Vidal D’Almeida Ribeiro, “Implementation of the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief”, U.N. Doc. E/CN.4/1990/46, 1990, par. 114.

⁵⁸ Davis, “The Evolution of Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief”, s. 231.

1.4. Bölgesel İnsan Hakları Belgeleri

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün uluslararası standardizasyonundan bahsederken, Amerika ve Afrika özelindeki düzenlemelere de değinmek gerekir.

1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nin, "Dini Özgürlük ve İbadet" başlıklı 3. maddesi "*Her kişinin dinsel inancını özgürce ifade etme ve aleni ya da özel, dinsel inancı özgür olarak açıkça belirtme ve uygulamasını yapma hakkı vardır.*" demektedir. Aynı yıl kabul edilen Evrensel Beyanname'ye kıyasla, forum internum ve forum externum ayrımının yapılmadığı gözlenmektedir. Amerikan Bildirisinin lafzında dini özgürlük, büyük ölçüde dini açığa vurma özgürlüğü ile eş değer gözükmektedir.

1960'lı yıllara gelindiğinde, Amerikan Bildirisinin güncellenmesi ve bağlayıcılık kazanması ihtiyacı doğmuştur.⁵⁹ Bu sebeple 1969 yılında imzalanıp kabul edilen Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Grenada'nın onaylama belgesini tevdi etmesiyle 1978 yılında yürürlüğe girmiştir.⁶⁰ Sözleşme'de vicdan ve din özgürlüğü 12. maddede düzenlenmiştir:

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

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

3. Bir kimsenin dinini ya da inançlarını açığa vurma/(açıklama) özgürlüğü, sadece, kamu emniyetini, kamu düzenini, genel sağlığı ya da genel ahlaki yahut

⁵⁹ Cecilia Medina, **The American Convention on Human Rights: Crucial Rights and Their Theory and Practice**, 2nd edition Cambridge, United Kingdom: Intersentia, 2016, ss. 1-3.

⁶⁰ Volkan Aslan, "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2, 2012, s. 267.

başkalarının haklarını ve özgürlüklerini korumak için gerekli olup yasayla düzenlenen sınırlamalara tabi tutulabilir.

4. Ebeveynler ya da duruma göre vasiler, kendi inançlarına uygun olarak, kendi çocuklarının ya da velayetini üstlendikleri kişilerin din ve ahlak eğitimi almalarını sağlamak hakkına sahiptir.”

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinin birinci fıkrasında, Evrensel Beyanname'ye benzer şekilde din ya da inancı değiştirme hakkı göze çarpmaktadır. Bu hakka MSHS'de yer verilmemişti. İkinci fıkrada din ya da inancı muhafaza etme ve değiştirme özgürlüğünün hiçbir surette sınırlanamayacağı belirtilmiştir. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de forum internum ve forum externum ayrımının yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda üçüncü fıkrada forum externum yani din ya da inancı açığa vurmanın sınırlanmasına yönelik ölçütlere yer verilmiştir. Dördüncü fıkrada ise İHAS'ın 1 No'lu Protokolü'nün 2. maddesi ile koruma altına alınan eğitim hakkına benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak yalnızca din ve ahlak eğitimi ile sınırlıdır.

1981 yılında Afrika Birliği Organizasyonu tarafından kabul edilip, 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe giren Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı ise konuyu 8. maddede düzenlemiştir:

“Vicdan, ibadet ve dini vecibelerin serbestçe yerine getirilmesi özgürlüğü güvence altına alınacaktır. Yasaya ve düzene uygun olarak öngörülenler saklı kalmak kaydıyla, hiç kimse bu özgürlüklerin kullanılmasını sınırlayan önlemlere maruz bırakılamaz.”

Afrika Şartı'nda yapılan düzenlemenin kapsamı dar, anlatısı basit ve ayrıntıdan yoksundur.⁶¹ Yine de maddenin kapsamı Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi'nin yorumları neticesinde genişlemektedir.⁶²

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, "Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 7, S. 2, 2011, ss. 131-45.

⁶² Neslihan Özeler, "İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Karşılaştırılması", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, C. 1, S. 2, 2017, s. 50.

İKİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NDE DÜŞÜNCE, VİCDAN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ

İHAS, Evrensel Beyanname'ye kıyasla daha dar bir hak kataloğuna sahip olmasına rağmen bu hakların ihlaline karşı yaptırım uygulayabilme kabiliyetiyle insan hakları hukukunda önemli bir yerde bulunmaktadır. Evrensel Beyanname'yi hazırlayan devletler oldukça farklı kültürlere ve siyasi koşulları haiz iken, Avrupa Konseyi'ne üye devletler birtakım liberal demokratik değerler üzerinde uzlaşan, daha homojen bir yapıya sahiplerdir. Bu değerler çerçevesinde devletler egemenliklerinden ödün vererek İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan haklar üzerinde uzlaşmış; bu hakları ihlal etmemeyi kabul etmişlerdir.⁶³ Çalışmamızın konusu olan dini sembol ve kıyafetlere, muhtevasında yer veren düşünce, vicdan ve din özgürlüğü de bu haklardan bir tanesidir. Bu hak, Sözleşme'nin 9. maddesinde düzenlenmiştir ve din kaynaklı ayrımcılığı yasaklayan 14. madde ile Sözleşme'nin 1 No'lu Protokolü'nün 2. maddesi ile koruma altına alınan eğitim hakkıyla da yakından ilgilidir.

Bu bölümde öncelikle İHAS'ın 9. maddesinde yer alan düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne ilişkin genel ilkeler izah edilecektir. Ardından Sözleşme sisteminde yer bulan düşünce, vicdan ve din kavramları açıklanacaktır. Bunun yanında, çalışma için önem arz ettiğini düşündüğümüz forum internum ve forum externum ayrımına da kavramlar incelenirken ayrıca değinilecektir. Daha sonra yine bu hiyerarşik ikilik çerçevesinde, Sözleşme'nin 9. maddesinde korunan haklar İHAM kararları ışığında açıklanacaktır. Bu şekilde, din veya inancın açığa vurulmasının bir biçimi olan dini sembol ve kıyafetlere uzanan bir anlatı izlenecektir.

⁶³ İlyas Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara: Astana Yayınları, 2019, s. 36.

2.1. Genel İlkeler

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşme'nin 9. maddesinde düzenlenmiştir:

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün önemi İHAM tarafından çok kez vurgulanmıştır. Onun için bu özgürlük, demokratik bir toplumun temel değerlerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Kişinin maneviyatından doğan, bireylerin kimliklerini ve yaşam algılarını şekillendiren en önemli faktörlerden birisidir.⁶⁴

Maddenin birinci fıkrasında düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne herkesin sahip olduğu belirtilerek; korunan bazı haklardan bahsedilmiştir⁶⁵. Bu haklar yönünden iki boyutlu bir ayırım yapılmıştır: bir tarafta bireysel alanda mukim düşünce vicdan ve din özgürlüğü, diğer tarafta din ya da inancı açığa vurma özgürlüğü.⁶⁶

İlk boyut, yani kişinin manevi iç dünyası kayıtlanamaz. Diğer bir deyişle, bu hak mutlak ve sınırlandırılmaz.⁶⁷ Ancak din ya da inancı açığa vurma özgürlüğü

⁶⁴ İHAM, Kokkinakis v. Yunanistan, 14307/88, 25.05.1993, par. 31.

⁶⁵ İlk bölümde yer verdiğimiz birçok uluslararası insan hakları belgesinde bulunmayan “din veya inancını değiştirme özgürlüğü” de bu haklardan birisidir.

⁶⁶ Akif Emre Öktem, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Liberte, 2003, s. 318.

⁶⁷ Sözleşme'nin 15. Maddesi olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma rejimini düzenlemektedir. Buna göre, Sözleşme'nin ikinci, üçüncü, dördüncü ve yedinci maddesinde yer alan haklar olağanüstü hallerde dahi sınırlandırılmaz. Fakat düşünce, vicdan ve din özgürlüğü bu ayrıcalıktan yararlanan haklar arasında sayılmamıştır. Yine de birçok yazar, maddede

belli amaçlar güdülererek sınırlandırılabilir.⁶⁸ Bu amaçlar maddenin ikinci fıkrasında “*kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” olarak sayılmıştır. Bu bakımdan birçok uluslararası insan hakları belgesinde olduğu gibi, forum internum ve forum externum ayrımı açık bir şekilde yapılmıştır.⁶⁹ Bu ikiliği, çalışmanın devamında daha detaylı inceleyeceğiz.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile yakından bağlantılı iki maddeye daha burada yer vermek gerekir. İlki Sözleşme’nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağıdır. Bu maddeyle, Sözleşme’de tanınan haklar yönünden ayrımcılık yasaklanmaktadır. Dolayısıyla kişinin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne haksız bir müdahale söz konusu olduğunda, eğer bu müdahale aynı zamanda ayrımcı muamele de içeriyorsa, o zaman 9. madde ve 9. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlali gündeme gelecektir.⁷⁰

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile yakın ilişkideki bir diğer hak ise İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 1 No’lu Protokolü’nün 2. maddesi ile koruma altına alınan eğitim hakkıdır.⁷¹

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

Bu maddeye göre devlet, anne ve babanın eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını isteme hakkına da saygı gösterme

sayılmamasına rağmen düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün forum internum boyutunun olağanüstü hallerde dahi sınırlanamayacağını öne sürmektedir. Bkz.: Carolyn Evans, **Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights**, Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 165.

⁶⁸ İHAM, Kokkinakis v. Yunanistan, par. 33.

⁶⁹ Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012, C. 2, s. 121.

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ulaş Karan, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013, ss. 333-54.

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz.: Robin C. A. White, Clare Ovey, **The European Convention on Human Rights**, 5th edition Oxford; New York: Oxford University Press, 2010, ss. 506-18; Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, ss. 763-71.

yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün ihlaline ilişkin bir başvuru söz konusu olduğunda İHAS'ın 1 No'lu Protokolü'nün 2. maddesi ile koruma altına alınan eğitim hakkı "*lex specialis*" hükmünde olacaktır.⁷²

Son olarak, 9. maddeden kimlerin yararlanabileceğini yani hakkın öznelere belirlenmesi gerekir. Bu haktan üye devletlerin yargı yetkisi altındaki gerçek kişilerin yararlanabileceğine ilişkin bir soru işareti bulunmamaktadır. Tüzel kişiliğe sahip dini kuruluşlar,⁷³ tüzel kişiliğe sahip olmayan dini kuruluşlar,⁷⁴ dini ya da felsefi bir amaç gütmeleri kaydıyla kilise veya cemaat harici hükümet dışı kuruluşlar⁷⁵ ve bazen devletler⁷⁶ bu hakkı kullanabilirler.

2.2.Kavramlar

Düşünce, vicdan ve din kavramlarını kesin çizgilerle birbirlerinden ayırmak pek olanaklı değildir.⁷⁷ Bunlar bireyin manevi iç dünyasında teşekkül eden subjektif mefhumlardır. Öğretide de bu kavramların ayrımı ve tanımı hususunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, inanç özgürlüğü, düşünce, din ve vicdanı da ihtiva eden bir üst kavram olarak değerlendirilmelidir.⁷⁸ Bu bakımdan kimi yazarlar vicdan özgürlüğünün, inanç özgürlüğünün forum internumu, yani manevi iç dünyada saklanan boyutu olduğunu ve sınırlanamayacağını öne sürmektedir.⁷⁹ Bazı yazarlara göre ise vicdan özgürlüğü, inanç özgürlüğüyle eş anlamlı, dışa vurumu da olan kapsayıcı bir kavramdır; zira

⁷² William Schabas, **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, First edition Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015, s. 433.

⁷³ İHAK, X ve Scientoloji Kilisesi. v. İsveç, 7805/77, 05.05.1979. (Kabul edilemezlik kararı)

⁷⁴ İHAM, Canea Katolik Kilisesi v. Yunanistan, 25528/94, 16.12.1997.

⁷⁵ İHAM, Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı v. Türkiye, 32093/10, 02/12/2014.

⁷⁶ İHAM, Kıbrıs v. Türkiye, 25781/94, 10.05.2001.

⁷⁷ Şeref Ünal, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu**, Ankara: TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:69, 1995, s. 206.

⁷⁸ Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, ss. 53-54; Ayrıca Bkz.: Öktem, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*; Berke Özenç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü**, Kitap Yayınevi, 2006.

⁷⁹ Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 247; Ayrıca Bkz.: Hande Seher Demir, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü**, Adalet Yayınevi, 2011.

bireyin tüm hissiyatı ve davranışları esasen vicdani kararlarından doğar.⁸⁰

İHAS sisteminde bu kavramlar epey dar yorumlanmaktadır. Çalışmanın devamında yer vereceğimiz içtihatların çoğunun din ya da inanç özgürlüğü kapsamında incelenmiş vakalar olduğu gözlemlenebilir. Düşünce ve vicdan kavramları ise oldukça az sayıda içtihatla yer almaktadır.⁸¹

2.2.1. Düşünce Özgürlüğü

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sisteminde 9. madde bağlamında düşünce özgürlüğüne ilişkin pek fazla söz söylenmemiştir. Bu bakımdan Mahkeme'nin içtihatları da sınırlıdır.⁸² Düşünce genellikle ifade edildiği zaman sınırlamaya maruz kalır. Ancak bu halde başvurular, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü kapsamında incelenir.⁸³ Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına bakıldığında, düşünce özgürlüğünün amacının bireylerden zor kullanarak "itiraf" veya "bilgi" alınmasını engellemek olduğu göze çarpmaktadır. Ancak bu gibi durumlarda da Mahkeme, başvuruları işkence yasağı veya özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali bağlamında değerlendirmektedir.⁸⁴

Düşünce özgürlüğünün ihlalinin Sözleşme'nin 9. maddesi bakımından söz konusu olabileceği durumların başında doğal olarak "beyin yıkama" faaliyeti gelmektedir.⁸⁵ Beyin yıkama, devlet veyahut nüfuz sahibi örgütlü gruplar tarafından yapılabilir. Bu faaliyeti yapanlar genellikle, telkine maruz kalan kişinin mesleki veya ekonomik anlamda bağımlı olduğu kişiler olmaktadır.⁸⁶ Örneğin,

⁸⁰ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 19. Baskı İstanbul: Beta, 2019, ss. 182-83; Ayrıca Bkz.: Esra Atalay, "Vicdan Özgürlüğü", **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 21-22, 1999; B.P. Vermeulen, "Freedom of Thought, Conscience and Religion (Article 9)", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, ed. P. van Dijk vd., 4th edition, Antwerpen, 2006, s. 128.

⁸¹ Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, ss. 122-24.

⁸² Schabas, *The European Convention On Human Rights*, s. 423.

⁸³ Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, s. 123.

⁸⁴ Loukis G. Loucaides, "The Right to Freedom of Thought as Protected by the European Convention on Human Rights", **Cyprus Human Rights Law Review**, S. 1, 2012, s. 80.

⁸⁵ Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, s. 413.

⁸⁶ Loucaides, "The Right to Freedom of Thought as Protected by the European Convention on Human Rights", s. 81.

Yunanistan ordusunda subay olan üç kişinin, astlarını kendi dinlerine çevirmeye teşebbüs etmelerinden ötürü aldıkları cezayı İHAM haklı bulmuştur.⁸⁷ Bu bağlamda İHAM, zor kullanarak veya sistematik telkin yoluyla beyin yıkama faaliyetinin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile bağdaşmayacağını kabul etmektedir.⁸⁸

Düşünce özgürlüğüne ilişkin içtihadın sınırlı olduğunu belirtmiştik. Var olan içtihatların da ekseri Komisyon döneminde alınan kararlardır. Onun için İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (İHAK) kararlarını da anmak, hangi eylemlerin düşünce özgürlüğünden yararlanamayacağını izah edebilmek adına faydalı olacaktır. 1997 yılında verdiği bir kararda Komisyon, çocuklarına “Ainut Vain Marjaana”⁸⁹ adını koymak isteyen ancak bu talepleri Finlandiya yerel makamları tarafından reddedilen başvuru sahiplerinin “düşünce” olduğunu ve 9. madde kapsamına girdiğini kabul etmiştir. Lakin bu istek, temel sorunlar hakkında tutarlı bir dünya görüşü ihtiva etmediğinden Komisyon tarafından kabul edilemez bulunmuştur.⁹⁰ Yine bir babanın çocuğuna bedensel ceza verme⁹¹ ve bir bilim adamının antropolojiye dair düşünceleriyle uyumlu olmadığı için yaşlılık sigortası primi ödemekten muaf tutulma isteği⁹² 9. madde korumasından yararlanamamıştır. Sonuç olarak yalnızca belirli bir tutarlılığa sahip düşünce ve vicdani kanaatlerin korunması 9. maddeden yararlanabilecektir. Aksi halde başvuru ya reddedilecek ya da Sözleşme’de öngörülen diğer haklar kapsamında değerlendirilecektir.⁹³

2.2.2. Vicdan Özgürlüğü

Vicdan gibi kişinin manevi iç dünyasından doğan ve kişiye göre değişebilen bir kavramın hukuku ilgilendiren tanımlarında -tıpkı din ve inanç kavramları gibi-

⁸⁷ İHAM, Larissis ve diğerleri v. Yunanistan, 23372/94, 26377/94 ve 26378/94, 24.02.1998.

⁸⁸ İHAM, Kokkinakis v. Yunanistan, par. 48.

⁸⁹ “Hakiki” Marjaana.

⁹⁰ İHAM, Salonen v. Finlandiya, 27868/95, 02.07.1997.

⁹¹ İHAK, Abrahamsson v. İsveç, 12154/86, 02.10.1987.

⁹² İHAK, V. v. Hollanda, 10678/83, 05.07.1984.

⁹³ İHAK, Arrowsmith v. Birleşik Krallık, 7050/75, 16.05.1977. Öğretide “Arrowsmith testi” olarak isimlendirilen bu kriterler bütünü düşünce ve vicdani kanaatler için olduğu kadar din ve inançlar için de geçerlidir.

yeknesaklık yoktur.⁹⁴ En yaygın tanımlardan birisine göre vicdan, bazı eylemlerin doğru bazılarının ise yanlış olduğuna karar veren manevi hissiyattır.⁹⁵ Öğretide çokça değinilen bir kararında Almanya Federal Anayasa Mahkemesi vicdani kararı “*kişinin kendini kayıtsız şartsız bağlı hissettiği ve azap duymadan aksine hareket edemeyeceği, iyi veya kötü ayırımına dayanan ahlaki karar mekanizması*” olarak tanımlamıştır.⁹⁶ Türkiye Anayasa Mahkemesi ise daha geniş bir tanım yaparak vicdan özgürlüğünü “*dilediğine inanma hakkı*” olarak nitelendirmiştir.⁹⁷

İHAM’ın vicdan özgürlüğü hakkındaki kararları sınırlıdır. İHAM, vicdan özgürlüğünün açık bir tanımını da yapmamıştır. Sözleşme sistemindeki vicdan özgürlüğü kavramı, düşünce özgürlüğü ile karşılaştırıldığında, din ve inanca daha yakın bir anlam taşımaktadır. Çünkü din ve inanç da bir “vicdan meselesidir”.⁹⁸ Düşünce, vicdana kıyasla daha mantıksal gerekçelere dayalı önermeleri içermektedir. Örneğin, dünyanın düz mü yuvarlak mı olduğuna, üretim araçlarının mülkiyetinin aidiyetine veya yasaların kaynağına ilişkin “düşünceler” bu kapsamdadır.⁹⁹ Vicdan kavramının kapsamı ise daha dardır. Bireyin vicdani kanaatlerinden doğan, etik veya felsefi inanışlardır.¹⁰⁰

Vicdan özgürlüğü bakımından İHAM’ın önünde en fazla dile getirilen sorun vicdani rettir.¹⁰¹ “Bir yükümlülükten vicdani nedenlerle kaçınma” şeklinde nitelendirilebilecek vicdani ret hakkı yakın zamana kadar Mahkeme tarafından tanınmamaktaydı.¹⁰² Konu hakkındaki ilk kararında, hem askerlikten hem kamu hizmetinden muaf olmak isteyen “topyekûn retçi” bir başvurucunun davasını

⁹⁴ Esra Atalay, “Vicdan Özgürlüğü”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 21-22 (1999-2000), s. 122.

⁹⁵ Steven D. Smith, **Religion and Human Rights: An Introduction**, ed. John Witte, M. Christian Green, New York: Oxford University Press, 2011, s. 155.

⁹⁶ BVerfGE 12, 45 - *Kriegsdienstverweigerung I*, 20.12.1960.

⁹⁷ AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, T. 07.03.1989.

⁹⁸ İHAM, *Grzelak v. Polanya*, 7710/02, 15.06.2010, par. 93.

⁹⁹ Schabas, *The European Convention On Human Rights*, s. 423.

¹⁰⁰ Eva Brems, **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 14: The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion**, ISSN: 1574-8626, Nijhoff, 2006, C. 14, s. 12.

¹⁰¹ Özgür Heval Çınar, **Conscientious Objection to Military Service in International Human Rights Law**, New York: Palgrave Macmillan US, 2013, s. 100.

¹⁰² Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, s. 124. Ayrıca bkz.: İHAK, *Autio v. Finlandiya*, 17086/90, 06.12.1991. İHAK, *X. v. Almanya*, 7705/76, 05.07.1977; *N. v. İsveç*, 10410/83, 11.10.1984.

reddeden Komisyon, vicdani retçilerin askerlik hizmetinden muafiyet hakkına sahip olmadıklarını belirtmiş; askerlik hizmetinin ne şekilde yapılacağını devletlerin takdirine bırakmıştı.¹⁰³ Ayrıca davayı, Sözleşme'nin kölelik ve zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 4(3)(b) maddesi ile bağlantılı olarak, 9. madde kapsamında incelemişti. Yine *Ülke v. Türkiye* kararında Mahkeme, kat'i barış yanlısı olan vicdani retçi başvurusunun defalarca mahkûm olup hapis cezası almasını işkence yasağının düzenlendiği 3. madde bakımından incelemekle yetinmiştir. Mahkeme'ye göre başvuran hakkında defalarca soruşturma açılması ve mahkûmiyet kararı verilmesi, başvurusunun entelektüel kişiliğini ezmeyi ve vicdani ret konusundaki kararını değiştirmeyi hedef alan orantısız bir müdahaledir. Mahkeme, başvurucuda mütemediyen korku ve tedirginlik yaratan bu müdahaleyi aşağılayıcı ve onur kırıcı olarak niteleyerek işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁰⁴

Mahkeme'nin vicdani ret konusundaki içtihadı, Yehova Şahidi bir başvuranın vicdani nedenlerle askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesini konu alan *Bayatyan v. Ermenistan* kararıyla değişmiştir. Bu davada Mahkeme, Sözleşme'nin 9. maddesinin vicdani ret hakkını da koruduğu sonucuna varmıştır. Büyük Daire, anılan kararda “9. maddenin açıkça vicdani ret hakkını belirtmediğini ancak askerliğe karşı olmanın, orduda askerlik yapma yükümlülüğü ile bir şahsın vicdanının veya güvenilir ve derin inançları arasında aşılabilir ve ağır bir çatışma ile gerektirilmesi durumunda 9. madde güvencelerini harekete geçirmek bakımından yeterli inandırıcılık, ciddiyet, tutarlılık ve öneme sahip bir inanç veya vicdani kanaat olduğuna” hükmetmiştir.¹⁰⁵ Mahkeme, vicdani ret hakkındaki tutumunu değiştirirken Sözleşme'nin “yaşayan bir belge” olarak günün koşulları ve demokratik devletlerdeki yaygın anlayışlar ışığında yorumlanması gerektiğine

¹⁰³ İHAK, Grandrath v. Almanya, 2299/64, 12.12.1966. (Komisyon raporu).

¹⁰⁴ İHAM, Ülke v Türkiye, 39437/98, 24.01.2006. Başvurusunun sürdürmekte olduğu tedirgin yaşam, İHAM tarafından “sivil ölüm” olarak nitelendirilmiştir.

¹⁰⁵ İHAM (Büyük Daire), Bayatyan v. Ermenistan, 23459/03, 07.07.2011, par. 110.

dayanmıştır. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin büyük çoğunluğunun vicdani ret hakkını tanınması da Mahkeme'nin yaklaşım değiştirmesinde etkili olmuştur.¹⁰⁶

Bayatyan kararının vicdani ret için dönüm noktası olduğu söylenebilir. Zira Mahkeme bu kararı takiben Türkiye'ye karşı yapılan üç başvuruda¹⁰⁷ da aynı gerekçelerle vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir. Anılan üç davanın, *Bayatyan* davası ile ortak noktası, başvurucuların Yehova Şahidi olmasıdır. Mahkeme, bu inanç sistemini ciddi, tutarlı ve inandırıcı bulmuş, başvurucuların aksi halde hareket etmelerinin manevi bünyelerinde ağır vicdani azap doğuracağını tespit etmiştir.

Herhangi bir dine mensup olmadan, yalnızca pasifist, anti militarist veya barış yanlısı olmaları sebebiyle askerlik hizmetini yerine getirmek istemeyen bireyler, vicdani ret hakkından yararlanabilirler mi? Bu sorunun cevabını İHAM, 2012 yılında *Savda v. Türkiye*¹⁰⁸ ile *Tarhan v. Türkiye*¹⁰⁹ kararlarında vermiştir. Mahkeme'ye göre Yehova Şahidi olmayan, pasifist veya anti militarist görüşlere sahip bireyler de vicdani ret hakkından yararlanabilmelidirler.¹¹⁰ Bu davaların öncekilerden en önemli farkı, başvurucuların vicdani ret talebinin yalnızca negatif yükümlülükler (vicdani retçinin yaptırıma uğraması) yönünden değil, pozitif yükümlülükler bakımından da incelenmesidir. İHAM, devletin, başvuranın vicdani retçi statüsünden yararlanma hakkının var olup olmadığını belirlenmesini sağlayacak, etkin ve erişilebilir bir usul sunma bakımından pozitif yükümlülüğü bulunduğunu tespit etmiştir.¹¹¹

Son olarak, Mahkeme'nin vicdani redde ilişkin kararlarında önemli bir husus daha gözlemlenmektedir. İHAM, önüne gelen başvurularda, devletin vicdani retçi bireylere yönelik engellemelerinin, İHAS madde 9(2) ile uyumlu olup olmadığını değerlendirmiştir. Başka bir deyişle, Mahkeme, vicdani retçilere yönelik

¹⁰⁶ İHAM (Büyük Daire), *Bayatyan v. Ermenistan*, par. 102.

¹⁰⁷ İHAM, *Erçep v. Türkiye*, 43965/04, 22.11.2011; İHAM, *Feti Demirtaş v. Türkiye*, 5260/07, 17.01.2012; İHAM, *Buldu v. Türkiye*, 14017/08, 03.06.2014.

¹⁰⁸ İHAM, *Savda v. Türkiye*, 42730/05, 12.01.2012.

¹⁰⁹ İHAM, *Tarhan v. Türkiye*, 9078/06, 17.07.2012.

¹¹⁰ İHAM, *Savda v. Türkiye*, par. 96.

¹¹¹ İHAM, *Savda v. Türkiye*, par. 99.

müdahalelerin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını araştırmıştır.¹¹² Dolayısıyla İHAM, vicdani reddin bir forum internum hakkı değil, din ya da inancın açığa vurulması olduğunu düşünmektedir. Bu da söz konusu hakkın demokratik toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabileceği anlamına gelmektedir.¹¹³

Kanımızca vicdani ret, manevi iç dünyaya ait bir kavramdır ve kayıtlanmamalıdır. Zira esas çatışma, bireyin vicdani kanaatlerine veya inancına aykırı davranmama isteği ile devletin bireylerden belli bir davranış biçimini beklediği noktada çıkmaktadır.¹¹⁴ Yine de sonuç olarak, andığımız İHAM kararları Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin vicdani ret hakkının tanınması bakımından fikir birliği içinde olduklarını ortaya koyması bakımından olumludur.¹¹⁵

2.2.3. Din ve İnanç Özgürlüğü

Din ve inancın üzerinde uzlaşılan evrensel bir tanımı yoktur.¹¹⁶ Modern insan hakları hukuku da din ve inancı tanımlamaktan genellikle kaçınmıştır.¹¹⁷ Çünkü din ve inanç, göreceli nitelikleri itibarıyla tanımlanması zor kavramlardır.¹¹⁸ Uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerinde de din ve inanç tanımlanmamış, bunun yerine düşünce, vicdan ve din özgürlüğü başlığı altında bir dizi hak, katalog biçiminde sıralanmıştır.

Din kavramının en klasik hukuki¹¹⁹ tanımlarından birisine göre din, “bir Tanrı’ya inanmak ve O’na ibadet etmektir”.¹²⁰ Daha geniş bir tanımda din için, “üstün

¹¹² İHAM (Büyük Daire), Bayatyan v. Ermenistan, par. 128.

¹¹³ Çınar, *Conscientious Objection to Military Service in International Human Rights Law*, ss. 135-36.

¹¹⁴ Robin C. A. White, Clare Ovey, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, 5th edition Oxford; New York: Oxford University Press, 2010, s. 416.

¹¹⁵ Çınar, *Conscientious Objection to Military Service in International Human Rights Law*, s. 136.

¹¹⁶ Robert G. Crawford, **What is religion? introducing the study of religion**, London; New York: Routledge, 2002, ss. 1-3.

¹¹⁷ T. Jeremy Gunn, “Definition of ‘Religion’ in International Law”, **Harvard Human Rights Journal**, S. 16, 2003, ss. 189-90.

¹¹⁸ Jesse H. Choper, “Defining ‘Religion’ in The First Amendment”, **University of Illinois Law Review**, 1982, s. 579.

¹¹⁹ Din ve inanç kavramlarının hukuk dışı öğretilerde kabul edilen ortak bir tanımı -çokça denemeye rağmen- bulunmamaktadır. Hatta, böyle bir tanımın yapılamayacağı hususunda da çeşitli görüşler

varlıkların varlığına dair inanç biçimi” ifadesi kullanılmıştır.¹²¹ Bu bağlamda kişi, Tanrı'nın buyruklarına iman ve itaat eder ve çeşitli dini vecibeleri yerine getirir. Bu vecibeleri yerine getirirken, birey ile Tanrı arasında Kilise gibi birtakım kurumlar bulunabilir.¹²² Bu vecibeler birçok dinde, cemaat veya tarikatla birlikte yerine getirilmektedir.¹²³ Burada şunu da eklemek şarttır: Tanrılı bir din olmayan Budizm ile çok Tanrılı bir din olan Hinduizm gibi geleneksel inanç biçimleri de yine din olarak addedilmelidir.¹²⁴

İnanç, dinden çok daha geniş bir kavramdır. Din kavramını da ihtiva etmekle beraber, onun geleneksel anlamıyla sınırlı değildir.¹²⁵ Öğretideki genel kabule göre inanç kavramı, düşünce, vicdan ve geleneksel olmayan dinleri de kapsayan bir üst kavramdır.¹²⁶

İnanç, “insan zihninde sübjektif olarak var olan bir önermenin doğruluğuna dair yargı içeren kanaat” olarak tanımlanabilir.¹²⁷ Modern insan hakları hukukunda din tanımı yapmaktan kaçınılmış olsa da inanç kavramı din ile neredeyse her belgede yan yana olduğu gözlemlenebilir. Bu kullanım neticesinde din ve inancın, semavi dinlerin yanı sıra ateizm, agnostisizm veya rasyonalizm gibi evrene dair inançları kapsadığı hususunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır.¹²⁸ Çünkü, inanç kavramının uluslararası insan hakları belgelerine girmesi, sosyalist devletlerin din karşıtı inançları korumak istemesiyle de alakalıdır.¹²⁹ Ayrıca daha önce andığımız

mevcuttur. Bkz.: Gunn, “Definition of ‘Religion’ in International Law”, s. 191. Onun için hukuk dışı tanımlara değinmeyeceğiz.

¹²⁰ John S. James, Frederick Stroud, **Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases**, 5th ed. Sweet & Maxwell, Limited, 1986, s. 2218.

¹²¹ Henry Campbell Black, Joseph R. Nolan, **Black’s Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern**, 6th ed St. Paul, Minn: West Pub. Co, 1990, s. 1292.

¹²² Natan Lerner, **Religion, Secular Beliefs and Human Rights: 25 Years after the 1981 Declaration**, Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, C. 2, s. 6.

¹²³ İbrahim Kaboğlu, “Din Özgürlüğü”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 46, S. 1, 1991, s. 266.

¹²⁴ Karen Musalo, “Claims for Protection Based on Religion or Belief: Analysis and Proposed Conclusions”, **International Journal of Refugee Law**, C. 16, S. 2, 2004, s. 168.

¹²⁵ Lerner, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights*, C. 2, s. 7.

¹²⁶ Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, ss. 53-54.

¹²⁷ Black, Nolan, *Black’s Law Dictionary*, s. 155.

¹²⁸ Lerner, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights*, C. 2, s. 5.

¹²⁹ Tahzib, *Freedom of religion or belief*, ss. 1-3.

BM İHK'nın 22 numaralı Genel Yorumunda da aynı noktaya vurgu yapılmaktadır: din ve inanç özgürlüğü, ateistler, agnostikler ya da dini, çoğunluktan farklı yaşayan kişilere koruma sunacaktır.¹³⁰ Dolayısıyla inanç kelimesinin dinden başka veya din karşıtı inanışların da korunması adına metinlere girdiği söylenebilir. Bu bakımdan İHAM da vermiş olduğu Kokkinakis kararında benzer bir yorumda bulunmaktadır:

“Bu özgürlüğün dini boyutu inananların kimliğini ve yaşam algılamasını biçimlendiren en temel öğelerden biridir; ama bu aynı zamanda ateistler (tanrıtanımazlar), agnostikler (bilinemezçiler), septikler (kuşkucular) ve ilgisizler için de değerli bir kazanımdır. Demokratik toplumun ayrılmaz bir parçası olan ve yüzyıllarca süren mücadeleler sonucunda kazanılmış olan çoğulculuk, bu özgürlüğe bağlıdır.”¹³¹

Dini sembol ve kıyafetlere ilişkin İHAM'a yapılan şikâyetlerin birçoğunun muhatabı Türkiye olduğundan, İHAM incelemesine geçmeden önce Türk hukukunda din kavramının tanımına kısaca değinmek gerekir. Bu kavramın Türkiye'deki tanımı, uluslararası insan hakları belgelerine nazaran oldukça sorunlu bir noktadaydı. Anayasa Mahkemesi, 1986 yılında vermiş olduğu bir kararda din kavramını *"bir cemaatin sahip olduğu kutsal kitap, peygamber veya kurucu ve tanrı kavramını da içinde bulunduran inanç sistemi ve bu sisteme bağlı olarak yapılan ibadet, yerine getirilmeye çalışılan ahlaki kurallar bütünü"* şeklinde tanımlamıştı. AYM bu tanımı yaparken İslam fakihlerinin kullandığı ölçütleri esas aldığı karar metninde belirtmişti. Bu bağlamda dinleri, semavi dinler, ilkel dinler, millî dinler ve evrensel dinler gibi sınıflara ayırmıştı.¹³² AYM'nin bu sorunlu nitelendirmeleri Tuğba Arslan kararı ile son bulmuştur. Anılan kararda AYM, dinleri ve inandırıcılıklarını sorgulamanın yargı organlarına düşmediğine hükmetmiştir. Ayrıca AYM, *"Anayasa'nın 24. maddesinin bir din veya inançtan kaynaklanan veya esinlenen her davranışı korumayacağını"* da

¹³⁰ Roger S. Clark, “The United Nations and Religious Freedom”, *New York University Journal of International Law and Politics*, C. 11 (1978), s. 204.

¹³¹ İHAM, Kokkinakis v. Yunanistan, par. 31.

¹³² AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, T. 4.11.1986.

belirterek, birazdan açıklayacağımız İHAM içtihatlarına yakın bir tavır sergilemiştir.¹³³

Düşünce ve vicdanın yanı sıra din ile inancın da tanımlarına yer verdik. Yalnızca kısa ve geniş anlam içeren tanımlara yer vermemizin iki sebebi bulunuyor: İlki, din ve inanç özgürlüğünün diğer haklara nazaran oldukça karmaşık olmasıdır. Çünkü kişinin maneviyatından doğan bu özgürlük, sayısız farklı görünümde karşımıza çıkabilir.¹³⁴ İkinci sebep, birincisine kuvvetle bağlıdır. Bu kavramları kesin olarak tanımlamak, oldukça dar ve sınırlamaya müsait bir çerçeve çizecektir.¹³⁵ Bu da siyasi iktidarlarının keyfi müdahalelerine yol açacaktır.¹³⁶ Burada kanımızca esas önemli olan, tanım yapmaktan ziyade İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde öngörülen bu özgürlüğün kapsamını belirleyebilmektir.

İHAM, din kavramının tanımını yapmaktan kaçınmakta, din kavramı ile neyin kastedildiği hususunda bir yorum yapılmasını zorunlu görmemektedir.¹³⁷ Yine de Mahkeme, hangi görüşlerin Sözleşme'nin koruma sunacağı din veya inançlar arasında yer alacağına yönelik kriterlerini içtihatları vasıtasıyla ortaya koymuştur.¹³⁸

Mahkeme içtihatlarına göre Sözleşme'nin dokuzuncu maddesinin çok takipçili ve kadim dinleri (Hristiyanlık,¹³⁹ İslam,¹⁴⁰ Budizm,¹⁴¹ Sihizm,¹⁴² Yahudilik,¹⁴³ Hinduizm¹⁴⁴) koruduğuna ilişkin bir şüphe yoktur. Hakkın kapsamının

¹³³ Tolga Şirin, Erkan Duymaz, Deniz Yıldız, **Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016, ss. 19-20.; AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, 2014/256, 25.06.2014.

¹³⁴ Gunn, "Definition of 'Religion' in International Law", s. 190.

¹³⁵ Sullivan, "Advancing the Freedom of Religion or Belief Through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination", s. 492.

¹³⁶ Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, ss. 245-46.

¹³⁷ Durmuş Tezcan vd., **İnsan Hakları El Kitabı**, 6. Baskı Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 395..

¹³⁸ Lami Bertan Tokuzlu, "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013, s. 334.

¹³⁹ İHAM, Stedman v. Birleşik Krallık, 29107/95, 09.04.1997.

¹⁴⁰ İHAK, X v. Birleşik Krallık, 8160/78, 12.03.1981.

¹⁴¹ İHAK, X v. Birleşik Krallık, 6886/75, 18.05.1976.

¹⁴² İHAK, X. v. Birleşik Krallık, 8231/78, 06.03.1982.

¹⁴³ İHAM, Francesco Sessa v. İtalya, 28790/08, 03.04.2012.

¹⁴⁴ İHAK, Iskcon ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 20490/92, 8.03.1994.

belirlenmesindeki asıl zorluk, yeni din ve inançlar gündeme geldiğinde vuku bulur.¹⁴⁵ Bu bakımdan Sözleşme sistemi, görece yeni inançlara da (Scientology,¹⁴⁶ Yehova Şahitliği,¹⁴⁷ Mormonluk¹⁴⁸ vb.) koruma sunacaktır. Yine veganizm,¹⁴⁹ sekülerizm¹⁵⁰ veya pasifizm¹⁵¹ gibi felsefi inançlar da 9. maddenin korumasından yararlanacaktır. Hatta Komünizm¹⁵² ve Nazizm¹⁵³ gibi siyasi felsefelerin dahi hakkın kapsamına dahil edildiği bazı İHAK kararları bulunmaktadır. Lakin düşüncenin veya vicdani kanaatin “ifade edilmesini” inceleyen başvuruların genellikle ifade özgürlüğü bağlamında incelendiğini tekrardan hatırlatmak gerekir.¹⁵⁴

Mahkeme’ye göre her “görüş” veya “fikir” inanç olarak değerlendirilemez. Sözleşme’nin koruma sunacağı din veya inançları belirleyebilmek için iki hususun bulunması lazımdır: Birincisi, söz konusu görüş “ciddiyet”, “ikna edicilik”, “tutarlılık” ve “önem” unsurlarını taşımalıdır. İkincisi, inanç “Avrupa demokratik toplumu bakımından insan onuruna uygun ve korunmaya değer” bulunmalıdır.¹⁵⁵ Örneğin bir vakada, sahip olduğu ölümcül hastalığın son aşamalarının ıstırap verici olduğundan bahisle, eşinin yardımı ile intihar etmek isteyen (ötanazi) başvurucunun talebi ulusal makamlarca reddedilmiştir. İHAM, başvuranın inancını din ve inanç özgürlüğü bağlamında bir “inanç” olarak görmemiş, değerlendirmeyi özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde yapmıştır.¹⁵⁶ Benzer bir davada öldükten sonra evinin bahçesinde yakılmak isteyen bir kişinin inancı,

¹⁴⁵ Carolyn Evans, “Religious Freedom in European Human Rights Law: The Search for a Guiding Conception.”, **Religion and International Law**, ed. Mark W. Janis, Carolyn Evans, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1999, s. 385.

¹⁴⁶ İHAM, *Church of Scientology Moscow v. Rusya*, 18147/02, 05.04.2007.

¹⁴⁷ İHAM, *Manoussakis ve diğerleri v. Yunanistan*, 18748/91, 26.09.1996.

¹⁴⁸ İHAM, *Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Birleşik Krallık*, 7552/09, 04.04.2014

¹⁴⁹ İHAK, *W v. Birleşik Krallık*, 18187/91, 10.02.1993.

¹⁵⁰ İHAM, *Lautsi v. İtalya*, 30814/06, 03.11.2009.

¹⁵¹ İHAK, *Arrowsmith v. Birleşik Krallık*.

¹⁵² İHAK, *Hazar ve Açık v. Türkiye*, 16311/90 16312/90 16313/90, 11.10.1991.

¹⁵³ İHAK, *X v. Avusturya*, 1747/62, 20.06.1963.

¹⁵⁴ Örneğin, İHAM, *Vogt v. Almanya*, 17851/91, 02.09.1996. (Kabul edilemezlik kararı)

¹⁵⁵ İHAM, *Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık*, 7511/76, 7743/76, 25.02.1982, par. 36., Bu koşullar bir defa sağlanırsa, devlet artık o dinin meşru olup olmadığına ilişkin karar veremez. Bkz. İHAM, *Hasan ve Chaush v. Bulgaristan*, 30985/96, 26.10.2000. Ayrıca bu koşullar, bir dinin geleneksel olmayan biçimlerini kısıtlayacak şekilde yorumlanamaz. Bkz. İHAM, *Doğan ve diğerleri v. Türkiye*, 62649/10.

¹⁵⁶ İHAM, *Pretty v. Birleşik Krallık*, 2346/02, 29.04.2002.

belirttiğimiz kriterleri karşılamadığı için din ve inanç özgürlüğünün kapsamı dahilinde görülmemiştir.¹⁵⁷ Yine on dört yaşındaki bir kız çocuğuyla İslam hukuku uyarınca evlenen başvuru, çocuk istismarından ötürü ulusal makamlar tarafından cezalandırılmış ve din özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile Mahkeme'ye başvurmuştur. İHAM, anılan uygulamayı din veya inanç özgürlüğü kapsamında görmemiştir.¹⁵⁸

Mahkeme'nin vermiş olduğu yakın tarihli bir kararda, pastafaryanizm, diğer ismiyle Uçan Spagetti Canavarı Kilisesi davaya konu olmuştur.¹⁵⁹ Başvuru, nüfuz cüzdanını yenilemek isterken, başına kevgir¹⁶⁰ taktığı bir fotoğraf kullanmış ancak bu fotoğraf sebebiyle kimlik başvurusu yerel makamlarca kabul edilmemiştir. İHAM yapmış olduğu incelemede Uçan Spagetti Canavarı dininin belirli bir ciddiyet ve tutarlılığa sahip olmadığına karar vermiştir. Mahkeme'ye göre pastafaryanizm, din veya inanç kapsamına girmeyen ve dinleri parodi yoluyla eleştiren bir görüşten ibarettir.

2.2.4. Forum Internum ve Forum Externum

Forum internum ve forum externum ayrımı bu çalışma için önem arz etmektedir. Çünkü dini kıyafet ve semboller kullanmak din veya inancı yansıtan en belirgin eylemlerden bir tanesidir. Bu ikilik, sınırlama rejiminin de teorik altyapısını oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu kavramların tanımı, tarihsel gelişimi ve bugünkü anlamlarına değinilecektir.

2.2.4.1. Kökeni ve Tarihsel Gelişimi

Söylenişi itibariyle Latince hukuki terimler oldukları hissiyatını veren forum internum ve externum kelimelerinin Latince hukuk sözlüklerinde bir karşılığı bulunmamaktadır. Onun için bu kelimelerin hukuk dışında, günlük hayatta geçerli

¹⁵⁷ İHAK, X. v. Almanya, 8741/79, 10.03.1981.

¹⁵⁸ İHAK, Khan v. Birleşik Krallık, 11579/85, 07.07.1986.

¹⁵⁹ İHAM, de Wilde v. Hollanda, 9476/19, 09.11.2021.

¹⁶⁰ Geleneksel dinleri, parodi biçiminde eleştirmek maksatlı ortaya çıkan bu akımın takipçileri, başlarına bir nevi kevgir veya süzgeç giymektedirler. Evrenin “akıllı tasarım” ürünü olduğuna istihza yollu bir yaklaşım ile aslında evrenin “uçan spagetti canavarı” tarafından yaratıldığını öne sürmektedirler.

anlamlarına bakmak gerekmektedir. Bu bağlamda forum kelimesi “kent meydanı”, “pazar yeri”, “mahkeme”, “evlerin dışındaki alan”,¹⁶¹ internum, “dahili”, “evin içindeki”,¹⁶² externum ise “harici”, “dışarıdaki”, “yabancı” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁶³

Forum, internum ve externum kelimeleri birlikte kullanıldıklarında hukuki bir anlam meydana getirmektedirler. Ancak bu kullanımın ne zaman ortaya çıktığı oldukça tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu ayrımı tarihte oldukça geriye götürerek; Yunan-Roma uygarlığı ile Hristiyanlığın iç içe geçmesi sonucunda ortaya çıktığını öne sürmektedir.¹⁶⁴ Birçok yazar bu ayrımı on altıncı yüzyıl Latin Kilise-Kanon hukukuna dayandırır. Bu yazarlara göre forum internum ve externum ayrımı Trento Konsili’nde ortaya çıkmıştır.¹⁶⁵ Bu iddiayı mit olarak nitelendiren pek çok yazar vardır; onlara göre bu ayrım siyasi söyleme, erken modern Avrupa döneminde yaşanan mezhep savaşlarını sonlandırmak adına üretilen pragmatik çözümlerin dolaylı bir sonucu olarak girmiştir.¹⁶⁶ Kanımızca bu ayrım, farklı bağlamlarda da olsa Hristiyanlığın ilk dönemlerinden bugüne yer yer kendini göstermektedir.¹⁶⁷ Fakat kökenleri bir yana, bu ayrımların Kanon hukukunda uzun zamandır yer aldığına şüphe yoktur.¹⁶⁸ Nihayetinde bu kavramların bir şekilde Hristiyan-Avrupa merkezli kavramlar olduğu ve belli başlı bazı siyasi sorunların çözülmesi için kullanıldığı yukarıdaki tüm görüşlerin ortak noktasıdır.

¹⁶¹ P.G.W. Glare (ed.), **Oxford Latin Dictionary**, Oxford University Press, 2012, C. 2, ss. 799-800.

¹⁶² a.g.e., C. 2, s. 1040.

¹⁶³ a.g.e., C. 2, s. 724.

¹⁶⁴ Lindkvist, *Religious Freedom and the Universal Declaration of Human Rights*, s. 22.

¹⁶⁵ Petkoff, “Forum Internum and Forum Externum in Canon Law and Public International Law with a Particular Reference to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, s. 201.

¹⁶⁶ Ian Hunter, “Religious Freedom in Early Modern Germany: Theology, Philosophy, and Legal Casuistry”, **South Atlantic Quarterly**, C. 113, S. 1, 2014, s. 57.

¹⁶⁷ Jacques Robert, **Batı’da Din-Devlet İlişkileri: Fransa Örneği**, çev. İzzet Er, İstanbul: İz Yayıncılık, 1998, s. 13.

¹⁶⁸ Edward N. Peters, *The 1917 Or Pio-Benedictine Code of Canon Law: In English Translation with Extensive Scholarly Apparatus*, Ignatius Press, 2001 Canon 190; Code of Canon Law, “Code of Canon Law - Title VIII - The Power of Governance (Cann. 129-144)”, (Erişim Tarihi: 19.12.2021), https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/eng/documents/cic_lib1-cann129-144_en.html Canon 130.

Forum internum ve externum ikiliğinin tanımı ve tarihsel gelişiminden sonra, bu kavramların insan hakları hukukunda düşünce, vicdan ve din özgürlüğü bağlamındaki geleneksel kullanımından söz etmek gerekir. Bugün, Evrensel Beyanname, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'yle birlikte bu ayırım artık geleneksel bir terminoloji niteliği taşımaktadır. Hatta düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü forum internum ve forum externumu anmadan inceleyen bir eser bulmak oldukça zordur.¹⁶⁹ Elbette bunun sebebi, anılan uluslararası belgelerde yer alan din ve inanç özgürlüğü konulu maddelerin tamamında bu formülasyonun gözlemlenmesidir.¹⁷⁰

Beyanname ile başlayan ve hemen hemen tüm uluslararası insan hakları belgelerinde yapılan bu ayırım, esasen önceki insan hakları belgelerinden bir kopuş niteliği taşımaktadır. Öyle ki 1947 tarihli Paris Barış Anlaşması veya 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nin imzalandığı dönemde dini özgürlüklerden bahsedildiği zaman, dini inancın açığa vurulması, tezahürü ve ibadet özgürlüğü anlaşılmaktaydı. Örneğin, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nin, "Dinsel Özgürlük ve İbadet" başlıklı 3. maddesi "*Her kişinin dinsel inancını özgürce ifade etme ve aleni ya da özel, dinsel inancı özgür olarak açıkça belirtme ve uygulamasını yapma hakkı vardır.*" demektedir. Bu kapsam, özellikle dini azınlık haklarının korunması bakımından elverişliydi. Lakin, özellikle çalışmamızın konusu olan İHAS sisteminde farklı bir yol tercih edilmiştir.

2.2.4.2. İHAS Dokuzuncu Madde Metninde Forum İnternum ve Forum Externum

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sisteminde düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün kişinin manevi iç dünyasıyla ilgili boyutu olarak forum internum işaret edilirken, forum externum denildiğinde din veya inancın açığa vurulması anlaşılmaktadır.¹⁷¹ Peki, bu ayırımın İHAS çerçevesinde hukuki bir araç olarak

¹⁶⁹ Petkoff, "Forum Internum and Forum Externum in Canon Law and Public International Law with a Particular Reference to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", s. 184.

¹⁷⁰ Paul M. Taylor, **Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 19.

¹⁷¹ Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, s. 121.

mânâsı nedir? Forum internum hukuk tarafından sınırlanamaz, mutlaklıdır. Forum externum ise belli koşullar altında devlet tarafından sınırlandırılabilir. Bu işlevsel ayırım artık, hakkın en yerleşik ve temel özelliği halini almış gözükmektedir.¹⁷² Ancak burada, söz konusu ayırımın, her zaman bu kadar keskin yorumlanmadığını belirtmek gerekir.¹⁷³ İkiliğin, adeta iki alan arasında bir duvar varmışçasına ayrılması yirmi birinci yüzyıldan sonra vuku bulmuştur.¹⁷⁴ Dolayısıyla bu ayırımın insan hakları belgelerinin lafzından doğan, keskin, yerleşik ve klasik bir ayırım olduğu görüşü pek isabetli değildir. Fakat geleneksel yaklaşım, kanımızın tam tersi görüştedir. Buna göre, İHAS madde 9'un lafzında forum internum ve forum externum arasında açık ve net bir ayırım yapılmıştır.¹⁷⁵

İHAS'ın 9. maddesinde yer verilen düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ilk cümlesi “*Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir*” demektir. Cümle noktalı virgül ile maddenin ilk fıkrasının kalanından ayrılmaktadır. Öğretideki genel kabule göre bu noktalı virgül, forum internum ile forum externum ayırımını yapmaktadır.¹⁷⁶ Fakat yine, noktalı virgülden sonra yer verilen din veya inanç değiştirme özgürlüğünün forum internum sahasında kaldığı konusunda da öğretilerde görüş birliği bulunmaktadır.¹⁷⁷ Bu iki kabul, belirgin bir tezatlığa yol açar. Öyleyse burada iki ihtimal karşımıza çıkar: din veya inancı değiştirme özgürlüğü aslında forum internum değil forum externum sahasındadır ya da madde hatalı formüle edilmiştir. Bu çalışmada öne sürülen üçüncü ihtimal ise şu hususu dikkate almaktadır: Eğer 9. madde, lafzı vesilesiyle bu ayırımı yapsaydı, böyle bir karmaşıklığın oluşmayacağı muhakkaktır. Dolayısıyla madde lafzında manevi iç dünya ve din ya da inancın dışavurumu elbette ayrılmış olsa da Mahkeme

¹⁷² Peter Danchin, Louis Blond, “Unlawful Religion? Modern Secular Power and the Legal Reasoning in the JFS Case”, **Maryland Journal of International Law**, C. 29, 2014, ss. 467-68.

¹⁷³ Örneğin, Evans'ın 1997 yılında yayımladığı eserinde “forum externum” ifadesi yer almamaktadır. Evans, eserin genelinde inanç ve inancın dışı vurumunu birbirleriyle bağlantılı biçimde incelemiştir. Bkz.: Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe*.; Yine, Nowak da özgürlüğü pasif-aktif, özel-kamusal şeklinde pek de keskin olmayan ayrımlara tabi tutmuştur. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, ss. 406-37.

¹⁷⁴ Lourdes Peroni, “Deconstructing ‘Legal’ Religion in Strasbourg”, **Oxford Journal of Law and Religion**, C. 3, S. 2, 2014, s. 236.

¹⁷⁵ Jim Murdoch, **Protecting the Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, 2012, s. 18.

¹⁷⁶ a.yer.

¹⁷⁷ a.yer.

kararları ve öğretilerde yer verildiği kadar keskin bir ayrım yoktur. Bu ayrım, maddenin Mahkeme ve öğreti tarafından yorumlanmasıyla oluşmuştur.

Öğretilerde forum internum ve forum externum kavramlarını manevi iç dünya-açığa vurumdan ziyade özel (“private”) ve kamusal (“public”) olarak eşleştiren çok sayıda yazar mevcuttur.¹⁷⁸ Ancak bu yaklaşımın da sorunlu olduğunu ve madde lafzında böyle bir yaklaşımın bulunmadığını söylemek gerekir. Çünkü forum internum, mekâna ilişkin bir anlam taşımaktan çok, manevi iç dünya (“privacy of mind”) anlamında kullanılır. Bu anlamda kapsamı “özel, bireysel alan (“private sphere”))” kavramından daha dardır. Bireysel düşüncelerin, inançların, maneviyatın yer aldığı zihin ile özel alan kavramı farklıdır.¹⁷⁹ Hem de Sözleşme ve Mahkeme halihazırda, din veya inancın “tek başına veya başkalarıyla birlikte, kamuya açık veya kapalı ibadet” şeklindeki dışavurumunu da forum externum kapsamında korumaktadır. Hatta İHAM, milletvekillerinin parlamentoda göreve başlamak için İncil’e el basarak yemin etme zorunluluğunun konu olduğu bir davayı dahi, madde 9(2) yönünden incelemiştir.¹⁸⁰ Onun için forum internum ve forum externum kavramlarının madde lafzında kamusal-özel şeklinde de ayrılmadığını söylemekte sakınca yoktur.

Maddenin lafzına ilişkin soru işaretleri bir tarafa, İHAM, dokuzuncu maddenin ihtiva ettiği hakları korumak için forum internum ve forum externum ayrımına dayanmaktadır. Bu sebeple İHAS dokuzuncu madde dahilinde korunan hakları bu ayrım çerçevesinde inceleyeceğiz.

2.2.5. Korunan Haklar

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü İHAS sisteminde iki boyuta ayrılır. İlki, kişinin manevi iç dünyasıdır.¹⁸¹ İkincisi, din ya da inancın açığa vurulmasıdır.¹⁸² Bu iki

¹⁷⁸ Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, ss. 410-25.

¹⁷⁹ Peter G Danchin, “Of Prophets and Proselytes: Freedom of Religion and the Conflict of Rights in International Law”, *Harvard International Law Journal*, C. 49, 2008, s. 261.

¹⁸⁰ İHAM, Buscarini ve diğerleri v. San Marino, 24645/94, 18.02.1999.

¹⁸¹ Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, s. 101.

¹⁸² Tom Lewis, “What Not to Wear: Religious Rights, the European Court, and the Margin of Appreciation”, *International and Comparative Law Quarterly*, C. 56, S. 2, 2007, s. 400.

boyut, forum internum ve forum externum olarak anılmaktadır ve farklı hukuki rejimlere tabidir.¹⁸³ Forum internum, mutlak ve kısıtlanamaz bir alan iken, forum externum Sözleşme'nin 9(2) maddesinde sıralanan bazı koşulların bulunması halinde sınırlandırılabilir.¹⁸⁴

2.2.5.1. Manevi İç Dünya (Forum Internum)

Sözleşme'nin 9. maddesi bir düşünceye, vicdani kanaate ve dini inanca sahip olunmasını, bunların geliştirilmesini, olgunlaştırılmasını ve değiştirilebilmesini güvence altına alarak, bireyin devlet tarafından zorlamaya, sistematik telkine veya endoktrinasyona maruz kalmasını engellemektedir.¹⁸⁵ Ayrıca kişi sahip olduğu din veya inancı açığa vurmaya da zorlanamaz.¹⁸⁶ Bunlar mutlak haklardır ve devlet tarafından kayıtlanamazlar. Sayılan bu güvenceler kişinin forum internumu, başka bir deyişle manevi iç dünyası dahilindedir.¹⁸⁷

İHAM önüne gelen çok sayıda dava, din ya da inancı açıklamaya zorlanma ile ilgilidir. Örneğin İHAM, milletvekillerinin parlamentoda göreve başlamak için İncil'e el basarak yemin etme zorunluluğunun konu olduğu bir davada dokuzuncu maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁸⁸ Yine, tanık ve şüpheli sıfatıyla yerel mahkeme önünde sorgulanan başvuruçuların İncil'e el basarak ant içmeye zorlanması da Strazburg tarafından inancın açığa vurulmaya zorlanması olarak nitelendirilmiştir.¹⁸⁹

Özellikle Türkiye'de fazlaca tartışılan “nüfus cüzdanlarında din hanesi” konusu da bu bağlamda Mahkeme önüne gelmiştir. Dava, Aleviliğe mensup bir başvuruçunun kimlik kartındaki din hanesine “Alevi” ibaresinin yazılmasını talep

¹⁸³ İHAM, forum externum terimini bugüne kadar kullanmamıştır. Onun yerine “manifestation” (açığa vurum, dışa vurum) demektir.

¹⁸⁴ Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, ss. 121-22.

¹⁸⁵ Murdoch, *Protecting the Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion under the European Convention on Human Rights*, s. 18.

¹⁸⁶ Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, ss. 125-26.

¹⁸⁷ İHAK, Van den Dungen v. Hollanda, 22838/93, 22.02.1995.

¹⁸⁸ İHAM, Buscarini ve diğerleri v. San Marino.

¹⁸⁹ İHAM, Dimitras ve diğerleri v. Yunanistan (no. 2), 34207/08 ve 6365/09, 03.11.2011.

etmesiyle ilgilidir. Başvurucu, bu talebinin yerel makamlarca reddedilmesinden şikâyetçi olmuştur. İHAM, kimlik kartlarında zorunlu olsun veya olmasın, din hanesi bulunmasının başlı başına, dokuzuncu maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁹⁰

Bireyin din ya da inancının ifşa edilmesinin meşru görülebileceği bazı durumlar da bulunmaktadır. İlki, devletin kamu hizmetinde görev almak isteyen adaylardan sahip oldukları inancın söz konusu görevle bağdaşıp bağdaşmayacağını değerlendirmek için bilgi istemesidir.¹⁹¹ İkincisi, inancından kaynaklı bir imtiyaz veya bağışıklıktan (örneğin vicdani ret) yararlanmak isteyen bir kişinin söz konusu inancını açıklaması istenebilir.¹⁹² Ayrıca, kişinin dini veya felsefi kanaatlerini tespit edecek nitelikte olmayan ve yalnızca kısıtlı bir çevre tarafından görülen belgelerde de din ya da inancın açıklanması ihlal oluşturmayabilir.¹⁹³

Forum internumun korunmasının başka görünümleri de bulunmaktadır. Dezavantajlı konumdaki kişilerin, başka kişiler tarafından din değiştirmeye zorlanması bunlardan birisidir.¹⁹⁴ Buna benzer endoktrinasyon faaliyetleri devlet tarafından da yapılabilir. Türkiye aleyhine pek çok başvuruya konu olan zorunlu din dersleri de bu kapsamdadır. Ancak bu kapsamdaki başvurular genellikle, İHAS'ın 1 No'lu Protokolü'nün 2. maddesi ile koruma altına alınan eğitim hakkı kapsamında incelenmektedir. Türkiye aleyhine verilen iki karara değinmek, Mahkeme'nin zorunlu din dersi ve endoktrinasyon konusuna yaklaşımını ifade etmek bakımından faydalı olacaktır.¹⁹⁵ Her iki kararda da Alevi inancına sahip başvuruçular, Türkiye devlet okullarındaki din ve ahlak bilgisi derslerinin Sünni anlayışa dayanmasından ve bu derslerden muaf tutulmamalarından şikâyetçi

¹⁹⁰ İHAM, Sinan Işık v. Türkiye.

¹⁹¹ İHAM, Vogt v. Almanya. (Kabul edilemezlik kararı)

¹⁹² İHAM, N. v. İsveç, 10410/83, 11.10.1984; Örneğin, mensup olduğunu ispat edemediği bir dinin tatil gününde işe gelmediği için işveren tarafından disiplin cezasına çarptırılan bir başvuruçunun "dini inancının açığa vurulmaya" zorlandığından bahisle İHAM'a yaptığı şikâyet dokuzuncu maddeye aykırı görülmemiştir. Bkz.: İHAM, *Kosteski v. Makedonya eski Yugoslavya Cumhuriyeti*, 55170/00, 13.04.2006.

¹⁹³ İHAM, Wasmuth v. Almanya, 12884/03, 17.02.2011.

¹⁹⁴ İHAM, Larissis ve diğerleri v. Yunanistan ve İHAM, Kokkinakis v. Yunanistan.

¹⁹⁵ İHAM, Mansur Yalçın ve diğerleri v. Türkiye, 21163/11, 16.09.2014 ve İHAM, Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye, 1448/04, 09.10.2007.

olmuşlardır. Mahkeme iki davada da 1 No'lu Protokolün 2. maddesi ile koruma altına alınan eğitim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme ihlal gerekçesini bazı hususlara dayandırmıştır. Buna göre din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin varlığı ve bu derslerde İslam'a ağırlık verilmesi tek başına sözleşmeyi ihlal etmez. Ancak müfredatta ve ders kitaplarında İslam'ın Sünni anlayışına taraflı biçimde yer verilmesi, derslerden muafiyet hakkının yalnızca Musevi ve Hristiyan öğrencilere tanınması ve çocukların muafiyet hakkına erişebilmeleri için kendilerinden bilgi ve belge istenerek ayrımcılığa uğrama riskine maruz bırakılmaları Sözleşme'ye aykırı bulunmuştur.¹⁹⁶

2.2.5.2. Din veya İnancın Açığa Vurulması (Forum Externum)

9(1) maddenin ilk kısmı bireyin manevi iç dünyasını korurken, maddenin ikinci kısmı “*tek başına veya topluca*” ve “*kamuya açık veya kapalı*” şekilde din veya inancı açığa vurma özgürlüğünü tanımaktadır.

Hangi eylemlerin “açığa vurma” olarak sınıflandırılabilceği hususunda Mahkeme “*bir din ya da inancın uygulamalarının genel olarak tanınan şekilde parçasını oluşturan bir ibadet veya bağlılık eylemini*” kabul etmiştir.¹⁹⁷ Bu bağlamda düşüncenin, din ya da inancın veyahut vicdani kanaatin açığa vurulması bazı durumlarda Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün koruduğu alana girebilir. Örneğin, askerlere militarizm karşıtı broşürler dağıtmaktan mahkûm olan pasifist bir başvuruçunun konu olduğu Arrowsmith davasında Komisyon, “*söz konusu kavram bir din veya inançtan kaynaklanan, ondan esinlenen her bir hareketi kapsamaz*”¹⁹⁸ diyerek 9. ve 10. maddenin sağladığı garantileri birbirinden ayırmıştır. Komisyon'a göre başvuruçunun dağıtmış olduğu broşürler pasifizme özgü değerleri değil, hükümetin dış politikasına yönelik eleştirileri içermektedir. Dolayısıyla bu eylemler pasifizm inancından kaynaklanıyor olsa da onun zorunlu bir unsuru olmadığından

¹⁹⁶ Şirin, Duymaz, Yıldız, *Türkiye'de din ve vicdan özgürlüğü*, ss. 41-42.

¹⁹⁷ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 55.

¹⁹⁸ İHAK, Arrowsmith v. Birleşik Krallık.

Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında bir "inancın açığa vurulması" değildir.¹⁹⁹ Strazburg organının "Arrowsmith testi" olarak da adlandırılan bu katı gereklilik değerlendirmesi, bugün için pek de geçerli değildir. Günümüzde eğer bir başvuru, ciddiyet ve tutarlılık taşıyan bir din veya inançtan kaynaklı eylemlerden bahsediyorsa, Mahkeme vakayı 9. madde kapsamında inceleme eğilimindedir.²⁰⁰

2.2.5.2.1. Dini Topluluk Hayatı

Din veya inancı açığa vurma özgürlüğü, tek başına ya da topluca, cemaat ile icra edilebilir. Bu koruma Sözleşme'de açıkça yer almaktadır. Mahkeme'ye göre bu hak "*inananların devletin keyfi müdahalesi olmaksızın, özgürce bir araya gelmelerine izin verilmesini kapsar. Gerçekten de dini toplulukların özerkliği, demokratik bir toplumun bünyesindeki çoğulculuk için zorunlu olup, 9. Maddenin sağladığı korumanın tam da kalbinde yer alır*".²⁰¹ Mahkeme, "topluluk" kelimesine referansla, dini topluluk hayatına yönelik etkin bir koruma sunulabilmesi için, 9. maddenin 11. madde ışığında yorumlanması gerektiğine de dikkat çekmiştir.²⁰²

Peki, Mahkeme içtihatlarında dini toplulukların hakları nelerdir? Mahkeme'ye göre dini topluluklar kendi liderlerini seçme hakkına sahiplerdir. Bu hususta Mahkeme'nin içtihadının oldukça açık olduğunu söylemek gerekir.²⁰³

Dini toplulukların dernek veya vakıf olarak yasal statüye kavuşmak için başvurma hakları vardır. Devletin de bu toplulukların topluma ve kamu düzenine aykırı faaliyetler yürütüp yürütmediğini araştırma ve değerlendirme yetkisi bulunmaktadır.²⁰⁴ Bunun yanında, devletin dini bir topluluğa tüzel kişilik statüsü

¹⁹⁹ İHAK, Arrowsmith v. Birleşik Krallık par. 71-72.

²⁰⁰ Bkz. İHAM, Aktaş v. Fransa, 43563/08, 30.06.2009. Ayrıca, "Başvurucunun söz konusu dinin zorunlu kıldığı bir görevi yerine getirmek amacıyla hareket ettiğini kanıtlama zorunluluğu bulunmamaktadır" Bkz. İHAM, Eweida ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, 15.01.2013, par. 82.

²⁰¹ İHAM, Hasan ve Chaush v. Bulgaristan, par. 62.

²⁰² İHAM, Schüth v. Almanya, 1620/03, 23.09.2010, par. 58.

²⁰³ İHAM, Şerif v. Yunanistan, 38178/97, 14.12.1999, İHAM, Hasan ve Chaush v. Bulgaristan.

²⁰⁴ İHAM, Metropolitan Church of Bessarabia ve diğerleri v. Moldova, 45701/99, 13.12.2002.

vermeyi yeterli gerekçe olmaksızın reddetmesi, örgütlenme özgürlüğüne bir müdahaledir. Bu aynı zamanda hem topluluk hem de cemaatin bireysel üyeleri için din veya inancı açıklama hakkına bir müdahale teşkil edecektir.²⁰⁵ Ayrıca dini topluluklar yasal statü için başvurduklarında, devletin değerlendirmesi özenle yapılmalıdır ve başvuru sürüncemede bırakılmamalıdır.²⁰⁶

Devlet, dini toplulukları tanıırken tarafsız olmalı ve cemaatler arasında herhangi bir tercih yapmamalıdır. Böyle bir durum doğal olarak devletin tarafsızlığı ilkesine aykırı olacak ve çoğulculukla bağdaşmayacaktır.²⁰⁷

Son olarak, bazı devletler tüzel kişiliklere sahip dini topluluklara çeşitli vergisel ve mali muafiyetler tanımaktadır. Esasen devletlerin böyle bir yükümlülüğü yoktur.²⁰⁸ Ancak bazı dini topluluklara bu muafiyetlerin tanınması, bazılarında ise tanınmaması hem 9. madde hem de 9. madde ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlalini gündeme getirecektir.²⁰⁹

2.2.5.2.2. Din veya İnancın Özel Hayatta Açığa Vurulması

Din veya inancın açığa vurulması hakkında yapılan pek çok başvuru, kamuya açık alanda meydana gelen dine ya da inanca dayalı tezahürler hakkındadır. Ancak bu başlık altında bireylerin din veya inançlarını özel hayatları dahilinde açığa vurmalarına kısaca değineceğiz. Kamuya kapalı alan, yani İngilizce metindeki “private” ifadesi Türkçede “özel alana” karşılık gelir. Bu bakımdan din veya inancın kamuya kapalı, özel alanda açığa vurulması Sözleşme’nin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkıyla da ilişkilidir.²¹⁰ Birçok din veya inancın, mensuplarının özel hayatlarında uymaları gereken belli kuralları bulunur. İbadete katılım, beslenme kuralları, haftanın belirli günleri işe gidilmemesi, inancın başkalarına da tebliğ edilmesi, dini bayramlara riayet edilmesi ve bu

²⁰⁵ İHAM, Kimlya ve diğerleri v. Rusya, 76836/01 ve 32782/03, 01.10.2009, par. 81.

²⁰⁶ İHAM, Kimlya ve diğerleri v. Rusya, par. 99.

²⁰⁷ İHAM, Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) ve diğerleri v. Bulgaristan, 412/03 ve 35677/04, 22.01.2009.

²⁰⁸ İHAK, V. v. Hollanda.

²⁰⁹ İHAM, Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı v. Türkiye.

²¹⁰ Schabas, *The European Convention On Human Rights*, s. 430.

çalışmanın konusu olan bazı kıyafet ve sembollerin kullanılması bu kurallardan bazılarıdır.²¹¹ Hatta bu kurallar bazen bireyin vücuduna zarar verme tehlikesi bulunan uzun oruçlar, sünnet ve benzeri eylemler de olabilir.²¹² İnananların özel hayatlarında bu kuralları takip etme hakları, madde metninde “*kamuya açık veya kapalı*” ifadesiyle koruma altına alınmıştır.

2.2.5.2.3. İbadet, Öğretim, Uygulama ve Ayin

Mahkeme “*bir din ya da inancın uygulamalarının genel olarak tanınan şekilde parçasını oluşturan bir ibadet veya bağlılık eylemini*”²¹³ açığa vurma olarak kabul etmiş, Sözleşme’nin 9. maddesinde bu formlar “*ibadet, öğretim, uygulama ve ayin*” olarak sayılmıştır. Mahkeme, bu kavramları tanımlamaya gerek görmemiştir. Zira dini ritüeller çok çeşitli görünümde ortaya çıkabilir. Bu sebeple Mahkeme, bu değişken ritüeller ile Sözleşme arasında çıkabilecek çatışmaların çözümünü zorlaştırmamak adına bu hususta bağlayıcı bir içtihat yaratmaktan kaçınmıştır.²¹⁴

İbadet, öğretim, uygulama ve ayin denildiğinde çok çeşitli eylemler gündeme gelebilmektedir. Bireylerin ibadet edebilmeleri için doğal olarak öncelikle ibadethaneye erişebilmeleri gerekmektedir. İbadethane açılmasına karşı devletin zorluk çıkarması, bu özgürlüğe müdahale teşkil edecektir.²¹⁵ Bununla beraber, devletin belirlemiş olduğu prosedüre riayet etmeden ibadethane açan kişilerin cezaya çarptırılması da İHAM tarafından 9. maddeye uygun bulunmamıştır. Resmîyette tanınmayan bir dinin mensuplarının ibadethane açması da aynı şekilde, cezaya konu olmamalıdır. Devletin bu gibi eylemleri tarafsızlık ve çoğulculuk ilkeleriyle uyumlu olmayacaktır.²¹⁶ İbadethanelerin açılmasının yanı sıra, bunların korunması da önem arz eder. İbadethanelere yapılan saldırıların engellenmemesi,

²¹¹ İHAM, Jehovah’s Witnesses of Moscow v. Rusya, 302/02, 10/06/2010, par. 118.

²¹² Schabas, *The European Convention On Human Rights*, s. 430.

²¹³ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, par. 55.

²¹⁴ Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, s. 128.

²¹⁵ İHAM, Mannoussakis ve diğerleri v. Yunanistan, 18748/91, 26.09.1999.

²¹⁶ İHAM, Masaev v. Moldova, 6303/05, 12.05.2009.

soruşturulmaması ve cezalandırılmaması 9. maddenin ihlali anlamına gelebilecektir.²¹⁷

Dini ritüellerin sayısız biçimde ortaya çıkabileceğini belirtmiştik. Kutsal metinlerin seslendirilmesi,²¹⁸ kilise çanının çalınması,²¹⁹ kendi dinine çevirme,²²⁰ dini usullere uygun et kesimi²²¹, beslenme kuralları²²² ve çalışmamızın konusu olan dini kıyafetler giymek²²³ bunlardan bazılarıdır. Burada şu hususu da belirtmek gerekir: devlet bazı kişilerin din ya da inancının açığa vurulmasını koruma bahanesiyle, toplumdaki diğer bireylerin haklarını korumaktan kaçınmamalıdır. Örneğin, doktorların dini nedenlerle kürtaj yapmaktan kaçınmasının yasal olduğu Polonya’da kürtaj hakkına erişemeyen bir kadının açtığı davada İHAM, özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.²²⁴

Doğal olarak her eylem din ya da inancın açığa vurulması kapsamına dahil değildir. Bir din veya inançtan kaynaklanan, ilham alan ya da etkilenen her hareket inancın açığa vurulması olarak değerlendirilmeyecektir.²²⁵ Dini veya inanca dair bir kurala yalnızca uzaktan bağlı fiiller yine Sözleşme’nin korumasından yararlanamayacaktır.²²⁶ Bu bağlamda Mahkeme, yardımcı intiharı,²²⁷ kişinin evinin bahçesinde yakılma isteğini²²⁸, dini sebeplerle doğum kontrol hapı satılmamasını²²⁹ bir dini ritüel olarak değerlendirmemiş ve bu

²¹⁷ Tezcan vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, s. 393 Ayrıca bkz. İHAM, Gldani Congregation of Jehovah’s Witnesses ve 4 diğerleri v. Gürcistan, 71156/01, 03.08.2007.

²¹⁸ İHAM, Kuznetsov ve diğerleri v. Rusya, 184/02, 11.01.2007, par. 57.

²¹⁹ İHAM, Schieder v. Hollanda, 2158/12, 16.10.2012.

²²⁰ İHAM, Larissis ve diğerleri v. Yunanistan. Madde metnindeki “öğretim” ifadesi, bireyin başkalarını kendi dinine çevirme eylemine atıf yapmaktadır. Bkz. İHAM, Kokkinakis v. Yunanistan, par. 31. Aynı kararda Yargıç Valtikos’un muhalif görüşünde bu ifadenin aynı zamanda okul müfredatı ve dini eğitim kurumlarındaki din öğretimini de kapsamına aldığı belirtilmiştir.

²²¹ İHAM, Cha’are Shalom ve Tsedek v. Fransa, 27417/95, 27.06.2000.

²²² İHAM, Jakóbski v. Polonya, 18429/06, 07.12.2010.

²²³ İHAM (Büyük Daire), Leyla Şahin v. Türkiye.

²²⁴ İHAM, P. ve S. v. Polonya, 57375/08, 30.10.2012.

²²⁵ İHAM, Eweida ve diğerleri v. Birleşik Krallık, par. 82.

²²⁶ İHAM, Arrowsmith v. Birleşik Krallık.

²²⁷ İHAM, Pretty v. Birleşik Krallık.

²²⁸ İHAM, X. v. Almanya, 8741/79, 10.03.1981.

²²⁹ İHAM, Pichon ve Sajou v. Fransa, 49853/99, 02.10.2001.

eylemlerin Sözleşme'nin 9. maddesinin kapsamında bir açığa vurma olmadığına hükmetmiştir. Bununla birlikte, bazı eylemler din veya inancın açığa vurulması olarak görülse dahi devletler tarafından Sözleşme'nin 9(2) maddesine göre sınırlandırılabilirler.

2.2.5.3. Din veya İnancı Açığa Vurma Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Din veya inancın açığa vurulması mutlak bir hak değildir. Bu bakımdan, Sözleşme'nin 9. maddesinin ikinci fıkrasında sınırlama rejimi düzenlenmiştir. Anılan fıkrada yalnızca açığa vurma özgürlüğünün sınırlanabileceği belirtilmiştir. Böylece forum internumun kayıtlamaya tabi olmayacağını tekrardan hatırlatmak gerekir.

Müdahalenin haklı kılınabilirliği yönünden inceleme yapılmadan önce, başvurucunun sahip olduğu inancın 9. madde kapsamına giren bir din veya inanç olması, başvurucunun eylemlerinin de bu inançtan kaynaklı bir açığa vurma olması aranmaktadır. 9. maddeye yönelik bir müdahalenin²³⁰ haklı kılınabilmesi için ilk olarak bu müdahalenin “hukuken öngörülebilir” olması gerekir. Sonra, maddenin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçlardan birisine dayanıyor olması gerekir. Nihayetinde müdahale “demokratik toplumda gereklilik” kriterine uyumlu olmalıdır. Görüldüğü üzere 9. maddenin sınırlama rejimi, 8, 10 ve 11. maddenin sınırlama rejimine de oldukça benzemektedir.²³¹

2.2.5.3.1. Hukuken Öngörülebilirlik

9. maddeye yönelik bir müdahalenin haklı kılınabilmesi için bu müdahale “hukuken öngörülebilir” olmalıdır. Yani öncelikle, müdahalenin dayandığı bir yasal düzenlemenin mevcut olması gerekir.²³² Bu yasal düzenlemenin “yeterince

²³⁰ Ayrıca müdahalenin “devlete yüklenilebilir” olması gerekir. Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, s. 135.

²³¹ David John Harris vd., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2018, s. 584.

²³² Yasal düzenleme ifadesi yalnızca yazılı hukuk kurallarını değil içtihat hukukunu da kapsamaktadır. İHAM (Büyük Daire), Leyla Şahin v. Türkiye, par. 88-92.

erişilebilir”²³³ ve “vatandaşların davranışlarını önceden düzenlemelerine imkân verecek kadar yeterli açıklıkta”²³⁴ olması şarttır.

Mahkeme, ulusal mevzuatta öngörülen düzenlemelerin niteliğini tartışmamış, bunları eleştirme eğiliminde olmamıştır.²³⁵ Ancak İHAM, 2000 yılında gördüğü Hasan ve Chaush davasında bu içtihadını değiştirmiş; Bulgaristan’ın dini topluluklar hakkındaki yasalarını “idareye kontrolsüz bir takdir yetkisi sağlaması” nedeniyle eleştirmiştir.²³⁶ Bu kararı takiben Mahkeme, hukuken öngörülebilirlik denetimindeki hassasiyetini arttırmış;²³⁷ pek çok kararda bu bağlamda din ya da inancı açığa vurma özgürlüğünün ihlali gündeme gelmiştir. Örneğin, eylemde öldürülen örgüt üyelerinin mevlidine katılan başvurucuların “terör örgütü propagandası yapma” suçundan mahkûm edilmesi,²³⁸ tutukluların dini vecibelerini yerine getirmelerine imkân verecek yasal düzenlemenin yokluğu²³⁹ ve dernek statüsünü haiz dini bir topluluğun yeterince açık olmayan yasalara dayanarak vergilendirilmesi²⁴⁰ İHAM tarafından hukuken öngörülebilir bulunmamıştır.

2.2.5.3.2. Meşru Amaç

Din ya da inancı açığa vurma özgürlüğüne yapılan müdahale hukuken öngörülebilir ise o halde Mahkeme, müdahalenin meşru amaç taşıyıp taşımadığını değerlendirecektir. Bu meşru amaçlar 9(2) madde içerisinde “kamu güvenliği”, “kamu düzeni”, “genel sağlık veya ahlak”, “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” olarak öngörülmüştür. Devletler, sayılanlar dışında başka bir meşru amaca dayanamaz, diğer bir deyişle meşru amaçlar madde metninde sınırlı olarak sayılmıştır.

Kamu düzeni ve kamu güvenliği devletlerin en çok başvurdukları meşru amaçlardır. Mahkeme bu genel kavramları pek inceleme konusu yapmamaktadır

²³³ İHAM, Hasan ve Chaush v. Bulgaristan, par. 84.

²³⁴ İHAM, Sunday Times v. Birleşik Krallık, 6538/74, 26.04.1979, par. 49.

²³⁵ Harris vd., *Harris, O’Boyle & Warbrick*, s. 584.

²³⁶ İHAM, Hasan ve Chaush v. Bulgaristan, par. 86.

²³⁷ İHAM, Sviato-Mykhailivska Parafiya v. Ukrayna, 77703/01, 14.06.2007, par. 139.

²³⁸ İHAM, Güler ve Uğur v. Türkiye, 31706/10 ve 33088/10, 02.12.2014.

²³⁹ İHAM, Igors Dmitrijevs v. Letonya, 61638/00, 30.11.2006.

²⁴⁰ İHAM, Association Les Temoins de Jehovah v. Fransa, 8916/05, 30.06.2011.

ve şartlar oluşmuş ise gereklilik incelemesine geçmektedir.²⁴¹ Yani uygulamada devletlerin meşru amaç testinde başarısız olması nadir karşılaşılan bir hadisedir.²⁴² Örneğin, Sih inancına mensup olması nedeniyle motosiklet kullanırken türbanını çıkarıp kask takmayı reddeden bir kişinin devlet tarafından cezalandırılması, kamu güvenliğini ve sağlığını koruma amacına özgülenmiş bir müdahale olarak nitelendirilmiştir.²⁴³ Yine görev başındayken haç takan hemşirenin uyarılması da kamu güvenliği ve sağlığının korunmasına yönelik bir müdahaledir.²⁴⁴

Başkalarının hak ve özgürlüğünün korunması, din veya inancın açığa vurulmasını sınırlamada çok defa başvurulmuş bir meşru amaçtır. Zira bir kişinin din veya inanç özgürlüğünü kullanması, başka kişilerin hak ve özgürlükleri ile çatışabilir.²⁴⁵ Özellikle dini sembol ve kıyafetler söz konusu olduğunda bu meşru amacın yüzeye çıkması kaçınılmaz gibidir. Başörtüsüyle derslere giren bir öğretmenin başvurusunun küçük yaştaki çocukların dini telkine maruz kalma tehlikesiyle reddedilmesi²⁴⁶ veya diğer öğrenciler üzerinde baskı oluşturabileceği gerekçesiyle başörtüsüyle üniversiteye girmesine izin verilmeyen öğrenciler²⁴⁷ bu duruma örnektir.

Başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacıyla din ya da inancı açıklama özgürlüğüne müdahale edilmesi yalnızca dini kıyafetler söz konusu olduğunda gündeme gelmemektedir. Bu amaca özgülenmiş tedbirlere verilecek örnekler, bir avukatın dini tatil nedeniyle duruşma erteleme talebinin reddedilmesi,²⁴⁸ hükümetin, bir tarikatın tehlikeleri konusunda toplumu uyarması²⁴⁹, imar planında konut olarak sınıflandırılan bir dairede, diğer kat maliklerinden izin alınmadan

²⁴¹ Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, s. 138.

²⁴² Schabas, *The European Convention On Human Rights*, s. 436. Yine de nadiren de olsa

²⁴³ İHAM, X. v. Birleşik Krallık, 7992/77, 12.07.1978 (Komisyon kabul edilemezlik kararı).

²⁴⁴ İHAM, Ebrahimian v. Fransa, 64846/11, 26.11.2015.

²⁴⁵ İHAM, P. ve S. v. Polonya.

²⁴⁶ İHAM, Dahlab v. İsviçre, 42393/98, 15.02.2001. (Kabul Edilemezlik kararı).

²⁴⁷ İHAM, Karaduman v. Türkiye, 16278/90, 03.05.1993 (Komisyon kabul edilemezlik kararı).

²⁴⁸ İHAM, Francesco Sessa v. İtalya.

²⁴⁹ İHAM, Leela Förderkreis e.V. ve diğerleri v. Almanya, 58911/00, 06.11.2008.

ibadethane açılmasına izin verilmemesi²⁵⁰ veya proselitizmin yasaklanması²⁵¹ şeklinde çoğaltılabilir.

2.2.5.3.3. Demokratik Toplumda Gereklik

İHAM, bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı hususunda inceleme yaparken, “meşru amaçla orantılılık”, “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” ve “yeterli ve konuyla ilgili gerekçelerle haklılaştırılmış olmak” ölçütlerini dikkate almaktadır.²⁵² Bu ölçütlerin kullanılmasındaki esas amaç, “bireyin ve bir bütün olarak toplumun çatışan çıkarları arasında adil bir denge” kurulup kurulmadığını değerlendirmektir ve devlet bu bakımdan geniş bir takdir marjına da sahiptir.²⁵³

Sonuç olarak İHAM, 9. madde bakımından demokratik toplumda gereklik testine başvurduğunda iki temele dayanmaktadır. Birincisi, “farklı grupların yararını uzlaştırmak” ve beraberinde “herkesin inancına saygı duyulmasını sağlamaktır.”²⁵⁴ İkincisi ise devletlere her toplumun, dinle kendine özgü ilişkisini dikkate alarak tanınan takdir marjıdır.²⁵⁵

2.2.5.3.3.1. Farklı Grupların Yararını Uzlaştırmak

Özellikle birden fazla dinin birlikte var olduğu demokratik bir toplumda farklı din veya inanca mensup grupların yararını uzlaştırmak ve bu inançlara saygı duyulmasını sağlamak için din ya da inancın açığa vurulması sınırlandırılabilir.²⁵⁶ Bu açıdan Mahkeme, “*çeşitli dinlerin ya da inançların uygulanmasının yansız ve tarafsız düzenleyicisi olarak devletin, demokratik bir toplumda kamu düzenini, dini çoğulculuğu ve hoşgörüyü korumakla görevli olduğunu*” sık sık vurgulamıştır.²⁵⁷

²⁵⁰ İHAM, Tanyar ve Küçükergin v. Türkiye, 74242/01, 07.12.2006.

²⁵¹ İHAM, Kokkinakis v. Yunanistan.

²⁵² Murdoch, *Protecting the Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion under the European Convention on Human Rights*, ss. 39-40.

²⁵³ İHAM, Keegan v. İrlanda, 16969/90, 26.05.1994, par. 49.

²⁵⁴ İHAM, Kokkinakis v. Yunanistan, par. 33.

²⁵⁵ İHAM, Otto-Preminger-Institut v. Avusturya, 16969/90, 26.05.1994, par. 50.

²⁵⁶ İHAM, Kokkinakis v. Yunanistan, par. 33.

²⁵⁷ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, par. 127.

Psikolojik danışmanlık sunan özel bir firmada çalışan başvuruçunun dini inançları sebebiyle eşcinsel çiftlere hizmet vermeyi reddetmesinin konu olduğu bir vakada İHAM, müdahaleyi işverenin ayrımcılığa izin verilmeyen bir hizmet politikası sağlama hedefiyle uyumlu bulmuştur.²⁵⁸ Yine küçük yaştaki bir çocukla İslam hukuku çerçevesinde gerçekleştirilen evliliğe yönelik cezalandırma²⁵⁹ “farklı grupların yararını uzlaştırmak” adına demokratik toplumda gerekli bir müdahale olarak görülmüştür.

Farklı grupların yararının çok defa gündeme geldiği bir diğer nokta çalışmamızın konusu olan dini kıyafet ve sembollerdir. İHAM, küçük yaştaki çocukların telkine maruz kalma tehlikesi nedeniyle başörtüsüyle derslere girmesine izin verilmeyen bir sınıf öğretmenine,²⁶⁰ diğer öğrenciler üzerinde baskı oluşturabileceği gerekçesiyle başörtüsüyle üniversiteye girmesine izin verilmeyen öğrenciye²⁶¹ ve hastalara yönelik sağlık tehlikesi yaratabileceği için görevi esnasında haç takılmasına müsaade edilmeyen hemşireye²⁶² yapılan engellemeleri farklı grupların yararını uzlaştırmak bakımından demokratik toplumda gerekli görmüştür.

2.2.5.3.3.2. Takdir Marjı Doktrini

İHAM’ın görevi, yerel makamların yerine karar vermek değildir. Mahkeme ikincil²⁶³ ve tamamlayıcı koruma sağlamaktadır;²⁶⁴ yerel makamların takdir yetkilerini çerçevesinde verdikleri kararların Sözleşme’de öngörülen düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne uygunluğunu denetlemektedir.²⁶⁵ Mahkeme, din ve inanç özgürlüğü söz konusu olduğunda devletlere geniş bir takdir marjı tanımaktadır. Bunun birbiriyle yakın ilişkili iki temel sebebi vardır. Birincisi, Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin din ya da inancın açığa vurulması konusunda

²⁵⁸ İHAM, Eweida ve diğerleri v. Birleşik Krallık, par. 109.

²⁵⁹ İHAM, Khan v. Birleşik Krallık.

²⁶⁰ İHAM, Dahlab v. İsviçre. (Kabul Edilemezlik kararı).

²⁶¹ İHAM, Karaduman v. Türkiye (Komisyon kabul edilemezlik kararı).

²⁶² İHAM, Ebrahimian v. Fransa.

²⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Tahsin Gökcan, “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 135, 2018, ss. 9-76.

²⁶⁴ Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, ss. 55-56.

²⁶⁵ İHAM, Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976, par. 49-50.

yeknesak bir uygulaması yoktur. İkincisi, her devletin ve toplumun din veya inançlarla ilişkisi kendine özgüdür. Dolayısıyla yerel makamlar mevcut ülkedeki hak ve özgürlükleri korumada uluslararası bir yargıca nazaran daha iyi bir konumdadır.²⁶⁶

9. madde kapsamına giren özgürlüklerin neredeyse tamamında, bu özgürlüklerin nasıl icra edileceği yönünden devlete takdir marjı tanınmıştır. Bunun istisnası doğal olarak forum internum alanıdır. Zira forum internum zaten sınırlanamaz. İkincisi de Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin üzerinde fikir birliğine varmış oldukları vicdani ret hakkıdır. Vicdani ret söz konusu olduğunda takdir marjı oldukça daralmaktadır.

9. maddede yer alan din veya inancı açığa vurma özgürlüğüne yapılan müdahaleler için öngörülen takdir marjı bazı durumlarda genişleyip bazı durumlarda daralmaktadır.²⁶⁷ Örneğin, kamu görevlileri,²⁶⁸ küçük yaştaki bireylerin korunması²⁶⁹ veya askerlik hizmeti²⁷⁰ söz konusu olduğunda devletin takdir yetkisi genişlemektedir. Bir sonraki bölümde daha detaylı inceleyeceğimiz üzere, dini sembol ve kıyafetlerle ilgili davalar mevzubahis olduğunda, devletlere tanınan takdir marjı oldukça geniştir.

Sonuç olarak, bir inanca sahip olmak veya olmamak veyahut da inancı değiştirmek sınırlanamaz iken, din veya inancı açığa vurma hakkı Sözleşme'nin 9(2) maddesi kapsamında sınırlanabilmektedir. Din veya inancı açığa vurma hakkının kendine özgü bir görünümü olan dini sembol ve kıyafetler giyilmesi de - yer verdiğimiz İHAM kararlarından da anlaşılacağı üzere- çok defa sınırlamaya maruz kalmış; takdir marjı doktrini de bu minvalde fazlaca kullanılan bir araç görevi görmüştür. Bu bağlamda, dini giysiler özelinde getirilen sınırlamaların açıklanabilmesi için üçüncü ve dördüncü bölümde İHAM'ın dini

²⁶⁶ İHAM (Büyük Daire), Leyla Şahin v. Türkiye, par. 109.

²⁶⁷ Bkz. İHAM, Enver Aydemir v. Türkiye, 26012/11, 02.06.2016, par. 81-83.

²⁶⁸ İHAM, Kurtulmuş v. Türkiye, 65500/01, 24.01.2006. (Kabul Edilemezlik kararı).

²⁶⁹ İHAM, Çiftçi v. Türkiye, 71860/01, 17.06.2004.

²⁷⁰ İHAM, Kalaç v. Türkiye, 20704/92, 01.07.1997.

sembol ve kıyafetler hakkında verdiği kararlar konu ve mekân bakımından sınıflandırılarak, daha detaylı bir biçimde incelenecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ YARGILAMASINDA DİNİ SEMBOL VE KIYAFETLER

Dini sembol ve kıyafetlere yönelik yasaklar İHAM'ın 9. madde içtihadında gerek niceliği gerekse yarattığı kamuoyu tartışmasının yoğunluğu itibariyle önemli bir yer tutmaktadır. Özellikle başörtüsü ve burka özelinde getirilen yasaklar göçmen sorunuyla da bağlantılı olarak, hararetli bir tartışmaya neden olmaktadır.²⁷¹

Dini sembol ve kıyafetler bakımından İHAM önüne gelen davaların büyük çoğunluğu İslami kıyafet ve sembollerle ilgili davalardır. Öğretide, 11 Eylül saldırılarını bu konuda bir dönüm noktası kabul eden yazarlara göre bu saldırılar özellikle Avrupa'nın batısındaki İslamofobiyi tetiklemiş, Müslüman göçmenlerin liberal demokrat değerlere uyum sağlayamayacağı, İslam hukukunun Avrupa'nın temel değerlerine tehlike teşkil edeceği gibi tartışmalar kamuoyu gündemini işgal etmiştir.²⁷² Yalnızca İslami kıyafet ve semboller değil, devlet okulu sınıflarında haç bulunması veya Sihlerin kullanmış olduğu çeşitli kıyafet ve semboller de Avrupa'nın dini çeşitlilik ikliminde yoğun şekilde tartışılmaktadır.²⁷³

Anılan tüm politik tartışmalar bir tarafa, bu bölümün konusu İHAM'ın dini sembol ve kıyafetlerin konu olduğu davalarda vermiş olduğu kararların incelenmesidir. Öncelikle dini sembol ve kıyafetlerin ne olduğunu açıklamaya çalışacağız. Ardından İHAM içtihatlarını konu ve mekân bakımından yediye ayırarak inceleyeceğiz.

²⁷¹ Erica Howard, **Law and the Wearing of Religious Symbols. European Bans on the Wearing of Religious Symbols in Education**, London/New York: Routledge, 2012, s. 1.

²⁷² Susanna Mancini, "The Power of Symbols and Symbols as Power: Secularism and Religion as Guarantors of Cultural Convergence", **Cardozo Law Review**, C. 30, S. 6, 2009, ss. 2661-64; Asuman Aytakin İnceoğlu, "Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri", **Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları Konuşma Metinleri**, Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2011, ss. 83-85.

²⁷³ Bkz. Satvinder Singh Juss, "Kirpans, Law, and Religious Symbols in Schools", **Journal of Church and State**, C. 55, S. 4, 2013, ss. 758-95.

İHAM içtihatlarını incelerken BM İHK, Avrupa Adalet Divanı ve AYM'nin konuyla ilgili kararlarına da değineceğiz. Yine Türkiye'deki geçmiş ve güncel mevzuata da her başlık altında yer vereceğiz. Bunların amacı, İHAM kararlarının sorunlu yönlerini görebilmemize imkân verecek bir karşılaştırma zemini yaratabilmektir. Çünkü anılan belgelerle İHAM kararlarını karşılaştırabilmek kuşkusuz daha geniş bir perspektif sunacaktır. Son olarak, İHAM içtihadının doğurduğu problemleri, yöneltilen eleştirilerle birlikte ortaya koyacak ve değerlendireceğiz.

3.1. Kavram

Hangi kıyafetlerin dini kıyafet, hangi sembollerin dini sembol olduğu hususunda nesnel ölçütler belirlemek, elbette ortaya çıkan hukuki ihtilafların çözümünde kolaylık sağlayacaktır. Fakat bu derece sübjektif bir konuda ortaya nesnel ölçütler koyabilmek oldukça zordur.²⁷⁴

Kavramı tanımlayabilmek ve kapsamını belirleyebilmek için, öncelikle nelerin dini sembol veya kıyafet olarak sınıflandırılmayacağını değerlendirmek gerekir. Örneğin, minare bir dini sembol müdür?²⁷⁵ Ya da *Otto-Preminger Institut v. Avusturya* davasına konu olan filmde İsa veya Meryem Ana'yı pornografik ve provokatif biçimde canlandıran aktörler, dini sembollere hayat vermiş olurlar mı?²⁷⁶ Bu bakımdan İHAM, anılan davada dini sembol ve kıyafet kavramını kullanmamış, “dinen kutsal nesnelere ve kişiler” demekle yetinmiştir. Zira, asıl mesele dinen kutsal nesnelere ve kişilerin şahsiyetinin tasviridir.²⁷⁷ Öyleyse dini sembol kavramının bu kadar geniş yorumlanamayacağı söylenebilir.

Bireyin, inancının emrettiği veya gerektirdiği biçimde giyinmesi ya da semboller kullanması bu kavramı kısaca tanımlamaktadır.²⁷⁸ Yukarıda, kavramın fazla geniş

²⁷⁴ Malcolm D. Evans, *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas*, Council of Europe/Martinus Nijhoff, 2009, C. 1, s. 62.

²⁷⁵ İHAM, Ouardiri v. İsviçre, 65840/09, 27.06.2011 (Kabul edilemezlik kararı).

²⁷⁶ İHAM, Otto Preminger Institut v. Avusturya.

²⁷⁷ Evans, *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas*, C. 1, s. 63.

²⁷⁸ Kemal Efe Sayın, “Avrupa’da Burka Yasakları Üzerine Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2020, s. 183.

yorumlanamayacağını belirtmiştik. Bu tanımın da oldukça dar bir tanım olduğu ve hakkın kapsamını daraltacağı açıktır. Çünkü kullanımı söz konusu inanç tarafından zorunlu tutulmasa bile, bir din veya inançtan kaynaklanan, ilham alan kıyafet ve semboller de “dini sembol ve kıyafetler” kapsamına girecektir.²⁷⁹ Bundan hareketle söz gelimi, savaş karşıtı sembollerin yer aldığı bir bileklik, Greenpeace tişörtü veya et endüstrisini eleştiren tasvirlerin yer aldığı bir sırt çantası da dini sembol ve kıyafetlerin muhtevasına dahil olacaktır. Bunlar genellikle politik veya sosyal semboller olarak ifade edilseler de dini veya felsefi inançlara dair anlamlar da ihtiva etmektedirler.²⁸⁰ Onun için, söz konusu sembollerin dini, politik ve sosyal anlamlarının birbirleriyle iç içe geçmesi doğaldır.

Sonuç olarak, dini sembol ve kıyafetler, bireyin dini veya felsefi kimliğinin önemli bir parçasıdır. Söz konusu giysiler bir moda veya giyim tarzını yansıtanın ötesinde, din veya felsefi inanış kaynaklı bir amacı açığa vurmaktadır.²⁸¹ Bu bakımdan, başörtüsü, burka, haç, Sih²⁸² türbanı, kirpan, takke ve çevrecilik, veganizm veya pasifizm gibi felsefi inançlarla alakalı tasvirlerin yer aldığı eşyalar dini sembol ve kıyafet olarak nitelendirilebilir.

3.2. İşyerinde Dini Sembol ve Kıyafetlerin Giyilmesi

Kişiler günlük yaşantının her anında olduğu gibi çalıştıkları işyerlerinde de dini sembol ve kıyafetler kullanmak isteyebilirler. Ancak işverenler, işin şart ve koşulları ile işverenin imaj kaygısı gibi sebepler neticesinde işyerindeki kılık-kıyafet kurallarını düzenlemekte, bu durum da çalışanların dini sembol ve kıyafet kullanmalarını kısıtlayabilmektedir.

²⁷⁹ Howard, *Law and the Wearing of Religious Symbols*, s. 27.

²⁸⁰ a.g.e., s. 28.

²⁸¹ Dianne Gereluk, **Symbolic Clothing in Schools: What Should Be Worn and Why**, London ; New York: Continuum, 2008, ss. 11-12.

²⁸² Sihizm 15. yüzyılda Kuzey Hindistan’da ortaya çıkmış bir tek tanrılı dindir. Sihizm inancına sahip olan kişilere ise Pencap dilinde öğrenci anlamına gelen “sih” denmektedir. Bu inanca göre her sih günlük hayatta beş dini sembolü yanında taşımaktadır: Keş (uzun saç), Kanga (bir nevi tarak), Kara (çelik bir bilezik), Kirpan (hançer) ve Kaça (bir nevi kısa şort).

Mesleki yaşam söz konusu olduğunda yalnızca dini sembol ve kıyafetler değil dini tatil günleri²⁸³ veya mesai saatleri dahilinde ibadet edilmesi de din ve inanç özgürlüğü bakımından uyumsuzluk yaratabilmektedir.²⁸⁴ Ancak bu başlık altında konu gereği yalnızca “işyerinde dini sembol ve kıyafet kullanma özgürlüğü” İHAM kararları bağlamında incelenecektir.²⁸⁵ Bu inceleme özel iş ilişkileri ve kamu işyerleri bakımından yapılacaktır ancak devlete ait eğitim kurumlarına başka bir başlık altında değinilecektir.

Kişilerin işyerinde dini sembol ve kıyafet kullanma teşebbüslerinden doğan ihtilaflar bakımından *Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararı Mahkeme'nin işyerinde dini sembol ve kıyafet kullanımına ilişkin kriterlerini anlamak açısından önemli bir yer tutmaktadır.²⁸⁶ Esasen dört başvuru içeren kararın bu çalışmanın konusu yönünden mühim başvuruçuları Bayan Eweida ve Bayan Chaplin'dir. British Airways çalışanı olan Bayan Eweida ile geriatri hemşiresi olan Bayan Chaplin dindar Hristiyan vatandaşlardır. İnanıkları din olan Hristiyanlığı, boyunlarına taktıkları görünür bir haç sembolü kullanarak açığa vurmak istemektedirler. Ancak bu istekleri işverenleri tarafından kısıtlanmıştır. Bundan ötürü İHAM'a başvuruda bulunmuşlardır.

Bayan Eweida dini inancının kuvvetli olduğunu belirten bir Kıpti Hristiyan'dır. Özel bir havayolu şirketi olan British Airways'de bilet kontrol personeli olarak çalışmaktadır. Hali hazırda dışardan görünmeyecek şekilde haç takan başvuruçusu, bir gün söz konusu sembolü dışardan görünecek şekilde takmaya karar vermiş ancak yöneticisi kendisinden haçı ve zinciri çıkarmasını veyahut kravatının altına saklamasını istemiştir. Başta bu talimatı kabul eden başvuruçusu, sonradan bu kurallara uymayı reddetmiştir. Şirket ise başvuruçuyu, kurallara uymayı kabul edene kadar ücretsiz izne çıkarmıştır. Bunun yanında şirket, başvuruçuya müşteri ile yüz yüze iletişim kurması gerekmeyen idari bir pozisyon önermiş fakat

²⁸³ İHAM, Francesco Sessa v. İtalya.

²⁸⁴ Schabas, *The European Convention On Human Rights*, s. 432.

²⁸⁵ Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin iç hukuk düzenlemelerine ilişkin ayrıntılı bir rapor için bkz.: 'Erica Howard, **Religious Clothing and Symbols in Employment: A Legal Analysis of the Situation in the EU Member States.**, Luxembourg: European Commission, 2017.

²⁸⁶ İHAM, Eweida ve diğerleri v. Birleşik Krallık.

başvurucu bu öneriye icap etmemiştir. Yaklaşık 6 ay sonra ise şirket yeni bir karar alarak belli başlı bazı dini sembollere izin vermiştir. O tarihten sonra Bayan Eweida yeni işveren politikası ile uyumlu olarak haç takma izni ile işe dönmüştür. Ancak şirket, başvurusunun işe gelmediği süre boyunca kaybettiği gelirlerin tazminini yapmayı reddetmiştir. Başvurucu bu uygulamanın, dini inancı açığa vurma hakkını koruyan 9. maddeyi ve aynı madde ile bağlantılı olarak, dolaylı ayrımcılığa uğradığından bahisle 14. maddeyi ihlali ettiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme yaptığı incelemede başvurusunun davranışının ibadet, öğretim, uygulama veya ayin biçiminde dini inancının açıklaması olduğunu ve böylece 9. madde kapsamında incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir. 9. madde bağlamındaki bu müdahale devlet tarafından değil de bir özel şirket tarafından gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, devlet makamları tarafından Sözleşme'nin 9. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerle uyulup uyulmadığının denetimini yapmıştır. İHAM, Birleşik Krallık hukukunda işyerinde dini kıyafet ve sembollerin kullanımını düzenlemeye yönelik mevcut boşluğun tek başına dini açıklama hakkını ihlal etmeyeceği görüşündedir. Zira bu konular ulusal mahkemeler önünde ayrımcılık iddiasıyla bağlantılı olarak zaten incelenmiştir. Mahkeme'ye göre ihlal iddiası incelenirken, terazinin bir yanında başvuranın dini inancını açıklama hakkı diğer yanında ise işverenin belirli bir imaj, kurum izlenimi verme arzusu bulunmaktadır. İHAM işverenin bu amacının kuşkusuz meşru bir amaç olduğunu kabul etmiş ancak bu amaca ulaşmak için yapılan müdahalenin orantısız olduğunu tespit etmiştir. Başvurusunun taktığı haçın mütevazı bir haç olması, türban ve başörtüsü gibi diğer dini giysilerin şirketin kıyafet yönetmeliğinde serbest olması bu kararda Mahkeme tarafından dikkate alınmıştır. Ek olarak, şirketin başvurucuya haç takabilmesi için daha sonradan izin vermesi, önceki yasağın çok da önemli ve gerekli olmadığını göstermektedir. Nihayetinde ulusal mahkemelerin terazinin işveren tarafına fazlaca ağırlık vermiş olduğu İHAM tarafından kabul edilmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, İHAS'ın 9. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Buna göre

Birleşik Krallık başvurusunun dini açıklama hakkını yeterince koruyamamış, pozitif yükümlülüğünü ihlal etmiştir.

Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık başvurusundaki bir diğer başvuru Bayan Chaplin, tıpkı Bayan Eweida gibi dininin gereklerini yerine getiren bir Hristiyan'dır.²⁸⁷ Sağlık Bakanlığı'nın üniforma politikasını uygulayan bir hastanenin geriatri servisinde hemşire olan başvuru boynuna haç takmaktadır. Ancak hastane yönetimi başvurudan haçı çıkarmasını talep etmiştir. Bunun sebebi üniforma politikasındaki "hastalarla ilgilenirken yaralanma riskini azaltmak için hiçbir kolye takılmayacağı" şeklindeki düzenlemedir. Başvuru, yönetimin söz konusu talebini reddettiğinde hemşirelik dışındaki başka bir göreve kaydırılmıştır. Bunun üzerine İş Mahkemesi'ne şikâyetle bulunan başvuru doğrudan ve dolaylı ayrımcılığa uğradığını iddia etmiştir. İş Mahkemesi başvurusunun diğer meslektaşlarına göre daha az avantajlı bir muamele gördüğünün kanıtlanamadığını saptamış, ayrımcılık iddiasını reddetmiştir. Tam tersi, iki Sih hemşireye halhal veya kirpan takamayacaklarının anlatıldığının ve dökümlü başörtüsünün yasaklandığının da kanıtları mevcuttur. Yerel mahkeme ayrıca, yönetimin kıyafet politikasını da izlenen amaçla orantılı bulmuştur.

Bayan Eweida'dan farklı olarak Bayan Chaplin'in işvereni bir sağlık bakanlığına bağlı özel bir hastanedir. Dolayısıyla başvurusunun dinini açıklama özgürlüğüne müdahale eden devlettir. Bu bakımdan İHAM da yaptığı incelemede müdahalenin 9. maddenin 2. fıkrasında belirtilen amaçlardan birini izleyen, demokratik toplumda zorunlu bir müdahale olup olmadığını incelemiştir. Burada yine terazinin bir tarafında başvurusunun dinini açıklama özgürlüğü diğer tarafında ise hastane hizmetinde sağlık ve güvenliğin sağlanması gayesi bulunmaktadır. İHAM sağlık ve güvenliğin sağlanması adına yapılan müdahaleyi demokratik toplumda gerekli bulmuştur. Ek olarak, bu gibi konularda ulusal yetkililer geniş bir takdir marjına sahiptir. Çünkü hastane yetkilileri tıbbi güvenlik koşullarını Mahkeme'ye kıyasla daha iyi bilmektedir.²⁸⁸ Mahkeme aynı zamanda, varılmak istenen amaca

²⁸⁷ İHAM, Chaplin v. Birleşik Krallık, 59842/10, 15.01.2013

²⁸⁸ İHAM, Chaplin v. Birleşik Krallık, par. 99.

orantılı bir müdahale vuku bulunduğundan Sözleşme'nin 9. ve bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

İşyerinde dini sembol ve kıyafetlerin kullanımına ilişkin bir başka karar da *Ebrahimian v. Fransa* kararıdır.²⁸⁹ Başvurucu Fransa'da bir devlet hastanesinin psikiyatri servisinde sosyal hizmet uzmanı olarak, belirli süreli sözleşme ile çalışmaktadır. Başvurucu İslami başörtüsü giymektedir. Bu sebeple hastalar ve diğer çalışanlar başvurucuyu şikâyet etmiştir. Başvurucu başörtüsünü çıkarmayı reddetmiş, bunun üzerine sözleşmesi yenilenmemiştir. Bayan Ebrahimian sözleşmesinin yenilenmemesini din ve vicdan özgürlüğüne haksız bir müdahale olarak görmüştür. İHAM ise başvuruyu incelerken devletlerin anayasal düzen içerisinde laikliği koruma yönünden takdir marjına atıf yapmış ve müdahaleyi din ve vicdan özgürlüğüne getirilen meşru ve orantılı bir sınırlama olarak görmüştür.

Bazı durumlarda eşleri veya yakınları başörtüsü kullandığı için gerek mesleki gerekse sosyal yaşamlarında sorun yaşayan pek çok kişi bulunmaktadır. Eşi veya yakınının dini giysiler giymesi sebebiyle bir kişiye devlet tarafından müdahalede bulunulması, kuşkusuz o kişinin özel ve aile hayatına saygı hakkına müdahale teşkil edecektir. Bu kapsamda *Sodan v. Türkiye* kararını da burada anmak faydalı olacaktır.²⁹⁰ Başvurucu Ankara Vali Yardımcısı olarak çalışmaktadır. Eşinin uzun yıllardır türban giymesi ve başvurucunun dindar birisi olarak bilinmesi sebebiyle hakkında irticai faaliyet şüphesi ile idari soruşturma açılmıştır. Gaziantep Vali Yardımcısı olarak atanan başvurucu iptal davası açmış; olumlu bir sonuç alamayınca İHAM'a başvurmuştur. Mahkeme, başvurucunun irticai bir faaliyet yürüttüğüne veya görevini tarafsızlık ilkesine aykırı bir biçimde icra ettiğine dair bir veri olmadığını belirterek müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir. Mahkeme müdahalenin özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlaline yol açtığına hükmetmiştir. Sodan kararına benzeyen bir başka kararda İHAM yine benzer tespitlerde bulunmuştur. Karara konu olayda din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmeni olan başvurucu Millî Eğitim Bakanlığı'nın

²⁸⁹ İHAM, *Ebrahimian v. Fransa*.

²⁹⁰ İHAM, *Sodan v. Türkiye*, 18650/05, 02.02.2016.

yurtdışında öğretmenlik sınavını kazanmış ancak eşinin başörtülü olması sebebiyle ataması yapılmamıştır.²⁹¹ Vakayı inceleyen Mahkeme öncelikle müdahalenin hukuken öngörülen bir müdahale olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre müdahale hukuken öngörülebilir olsaydı dahi, bir kişinin eşinin başörtüsü giymesi sebebiyle mesleki yönden baskıya maruz kalması demokratik toplumda gerekli değildir. Devletin sunmuş olduğu gerekçeler Mahkeme'yi tatmin etmemiş ve bu sebeple başvurucunun özel ve aile hayatına hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Bayan *Eweida*, *Chaplin* ve *Ebrahimian* başvuruları İHAM'ın işyerinde dini sembol ve kıyafetlerin kullanımına ilişkin ölçütlerini göstermektedir. İHAM, işyerinde sağlık ve güvenliğin muhafaza edilmesi, işverenin imajının korunması amaçları güdülerek, işçinin dini kıyafet ve sembolleri kullanma özgürlüğüne müdahale edilebileceğini kabul etmekte ancak müdahalenin orantılı olması gerektiğini belirtmektedir.²⁹² Ancak özellikle sağlık veya niteliği tehlike arz eden iş alanlarında yapılan kılık-kıyafet düzenlemelerinin, kişinin dini kıyafet ve sembol kullanma özgürlüğüne yönelik müdahaleleri genellikle haklı kıldığı görülmektedir.²⁹³

Eweida kararının din ve inanç özgürlüğü bakımından geçmişteki İHAM kararlarından ayrıldığı bazı noktalar bulunmaktadır. Öğretide bazı yazarlar bunu büyük bir kopuş olarak nitelendirmiştir.²⁹⁴ Büyük bir kopuş olarak nitelendirmek zor olsa da birtakım önemli değişiklikler bulunduğunu da yadsımamak gerekir.

Komisyon içtihatlarında belirtildiği üzere, belirli bir inandırıcılık ve önem düzeyi kazanmış olan inanç biçimleri söz konusu olsa dahi, bu inanç biçimlerine ilişkin her eylem “dini inancın açıklanması” olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla yapılan müdahale, kişinin din ya da inancı açıklama özgürlüğüne gerçek anlamda bir

²⁹¹ İHAM, Yılmaz v. Türkiye, 36607/06, 04.06.2019.

²⁹² Şirin, Duymaz, Yıldız, *Türkiye’de din ve vicdan özgürlüğü*, s. 339.

²⁹³ Evra Çetin, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 328.

²⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Julie Maher, “Eweida and Others: A New Era For Article 9?”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 63, S. 1, 2014, ss. 213-33.

müdahale oluşturmaz. Bu durumda 9(2) maddedeki meşru amaçlara dayanmak gereği de bulunmaz.²⁹⁵ *Eweida* kararında ise İHAM bu uygulamadan kısmen koparak, başvuruçuların mensup buldukları dinin emirlerini yerine getirmek adına dini kıyafet ve sembol kullandıklarını ispat etme yükümlülüklerinin bulunmadığını ifade etmiştir.²⁹⁶

İHAM içtihatlarında çoğunlukla, eğer kişi din veya inancını açıklama özgürlüğüne yönelik bir müdahaleden kaçınıbiliyorsa, 9(1) madde bakımından bir müdahaleye maruz kalmadığı, dolayısıyla devletin, 9(2) maddedeki meşru amaçlardan birisini göstermesine gerek olmadığı sonucuna varılmaktaydı.²⁹⁷ Kişinin istifa etmek suretiyle müdahaleden kaçınabilmesi de (“free to resign”) bu kapsamda yorumlanmaktaydı. Nitekim *Eweida* kararında Birleşik Krallık Mahkemeleri de bu yoruma dayanmıştır. Ancak İHAM bu yorumdan kısmen de olsa ayrılmıştır. Mahkeme, kişinin iş değiştirebilme ihtimali bulunmasının hakka müdahaleyi ortadan kaldırmayacağını, böyle bir durumda yapılması gerekenin işçi ve işverenin yarışan menfaatlerinin hangisine ağırlık verileceğini tespit etmek olduğunu belirtmiştir. Çünkü Sözleşme’nin 8, 10 ve 11. maddelerinde de “free to resign” uygulaması bulunmamaktadır.²⁹⁸ Bu ayrılma olumlu bir hadise olarak nitelendirilmiş; 9. maddenin 8, 10 ve 11. maddelerde benzer biçimde öngörülen sınırlama rejimiyle tutarlı bir bağlam oluşturduğu tekrardan tespit edilmiştir. Ayrıca, üye ülkelerin yüksek işsizlik oranları göz önüne alındığında kişinin işinden ayrılıp başka bir iş edinmesi gerçekçi bir ihtimal değildir. Son olarak *Eweida* kararının din veya inancın açıklanması hususunda devletlerin öne sürdüğü meşru amaç ile kişisel menfaat arasındaki adil dengenin gözetildiği daha detaylı bir incelemeyi çözüm yolu olarak öngörmesi şikâyetçiler bakımından hukuken de daha olumlu bir sonuca yol açmaktadır.²⁹⁹

Tartışma zeminini genişletmek adına Avrupa Birliği hukukunu yorumlayan en yüksek yargı organı Avrupa Adalet Divanı kararlarına da bakmak faydalı olacaktır.

²⁹⁵ Örneğin; İHAM, *Arrowsmith v. Birleşik Krallık*.

²⁹⁶ Maher, “*Eweida and Others*”, s. 221., İHAM, *Eweida ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, par. 82.

²⁹⁷ Örneğin; İHAM, *Cha’are Shalom ve Tsedek v. Fransa*.

²⁹⁸ İHAM, *Eweida ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, par. 83.

²⁹⁹ Harris vd., *Harris, O’Boyle & Warbrick*, ss. 583-84.

Samira Achbita v. G4S Secure Solutions NV kararı, üç yıldır çalıştığı iş yerinde başörtüsü kullanmaya karar veren bir kadın başvuru ile ilgilidir.³⁰⁰ Bayan Achbita, resepsiyon hizmeti veren işyerindeki üçüncü yılında başörtüsü kullanmaya karar vermiş ve bu durumu yöneticilerine haber vermiştir. Ancak bu isteği “işyerinde görünür siyasi, felsefi veya dini sembelleri içeren kıyafetlerin giyilmesinin şirketin müşteri ilişkilerinde götüğü tarafsızlık politikasına ters düşeceği” gerekçesiyle reddedilmiştir. Daha sonra bu kural işyeri tüzüğü değiştirilerek yazılı hale getirilmiştir. Kurala uymayı reddeden Bayan Achbita işten çıkarılmış, Belçika Yargıtay’ının önüne kadar giden dava reddolunca Avrupa Adalet Divanı’nın inceleme yapması gerekmiştir. Divan yaptığı incelemede söz konusu işyeri kuralının ayırım gözetmeksizin bütün siyasi, felsefi veya dini sembelleri yasakladığını belirtmiş, bu sebeple 2000/78/EC Sayılı Direktif kapsamında din veya inanç temelli doğrudan ayrımcılık oluşmadığını ifade etmiştir. Bunun yanında Divan, işyeri kuralının belirli bir dini inanca sahip kişiler için dezavantajlı bir durum oluşturması halinde yasağın dolaylı ayrımcılık oluşturabileceğini işaret etmiştir. Böyle bir durumda yasak, meşru bir amaca dayandığı ve ölçülü olduğu takdirde haklı olabilir. Divan, G4S Solutions şirketinin “tarafsızlık politikasının” meşru bir amaç olarak değerlendirilebileceğini ancak bununla beraber başvurucuya müşteri ile doğrudan ilişki kurmadığı bir pozisyon önerilip önerilemeyeceği hususunun araştırılması gerektiğini de not etmiştir.

Bir diğer Divan kararı ise *Asma Bougnaoui ve ADDH v. Micropole SA* kararıdır.³⁰¹ Karara konu olayda şirket, başörtülü bir çalışandan hizmet almak istemeyen bir müşterinin şikâyeti üzerine Bayan Bougnaoui’yi işten çıkarmıştır. Divan, eğer şirkette dini sembelleri yasaklayan bir kural bulunuyorsa Achbita kararındaki ilkelerin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Divan’a göre işten çıkarma şirket içi kurallara göre yapılmıyorsa Direktif’in 4. maddesi kaynak alınacaktır. Söz konusu maddeye göre din veya inanç, yaş, engellilik ve cinsel yönelime dayalı farklı muamele ancak “...belli bir mesleğin tabiatı gereği ya da

³⁰⁰ AAD, *Samira Achbita v. G4S Secure Solutions NV*, Belçika, Case C-157/15

³⁰¹ AAD, *Asma Bougnaoui ve ADDH v. Micropole SA*, Fransa, Case C-188/15.

icra edildiği bağlam itibarı ile, o mesleğin bir özelliğini esas alarak ve ancak söz konusu mesleki özelliğin gerçek ve belirleyici bir gereksinim teşkil etmesi, düzenlemenin amacının meşru, gereksinimin ise orantılı olması halinde...” söz konusu olabilecektir. Divan’a göre din veya inanç temelli farklı muamele için ortaya konacak gereksinimlerin nesnel olarak değerlendirilebilmesi gerekir. Bu bağlamda Bayan Bougnaoui’nin bir müşterinin isteği doğrultusunda işten çıkarılması nesnel değerlendirme kapsamına girmemektedir.

Türkiye’de ise özel işyerlerinde kılık-kıyafet uygulamasına ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 399. maddesi “*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.*” düzenlemesiyle konuya değinmektedir. Kanun metninden anlaşıldığı üzere işverenin hem işin görülmesi hem de işyeri ve çalışma düzeni ile ilgili (iş güvenliği, iş yerinde uygulanması gereken diğer kurallar vb.) talimat verme yetkisini haiz olduğu kabul edilmektedir. Tabii bu talimatların birtakım sınırları bulunmaktadır. Kişi hak ve özgürlükleri bu sınırlamalardan bir tanesidir. Bu talimatların anayasaya, emredici kanun hükümlerine, sözleşmelere ve TBK 27 bakımından ahlaka, genel adaba ve kamu düzenine aykırı olamayacağı da açıktır.³⁰² İşin görülmesine ilişkin verilen talimatlar “*iş görme borcu*” kapsamındadır. Ancak “*işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar*” iş görme borcundan bağımsız niteliktedir. İşçinin bu talimatlara uymaması, itaat borcunun ihlali anlamına gelecektir.³⁰³ Kanuni düzenleme işyerinde dini kıyafet ve sembollere yönelik doğrudan ve açık bir düzenleme sunmasa da Yargıtay kararları bazı kuralları ortaya koymaktadır. Örneğin Yargıtay 7. Hukuk Dairesi’nin bir kısmı aşağıda alıntılanan kararında işverenin kılık-kıyafete ilişkin talimat verme yetkisine değinilmiştir:

“Davalı işverenin aynı zamanda sosyal bir ortam olan işyerindeki, iş sağlığı ve güvenliğinin zorunlu gerekleri dışında, işyerindeki kılık kıyafeti, çalışanların

³⁰² Öner Eyrenci vd., **İş Hukuku**, 10. Baskı İstanbul: Beta, 2020, ss. 130-31.

³⁰³ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 20. Baskı İstanbul: Beta, 2020, ss. 345-46.

görünüş şekillerini, giyim kuşamlarını düzenleyici nitelikte kurallar koyma ve bu kuralları denetleme yetkisinin, işverenin işyerini “yönetim hakkının” bir parçası olduğu kuşkusuzdur. Ancak; işveren bu yetkisini düzenleyip kullanırken, çalışanlarının motivasyonunu, iş verimliliğini düşürmeyecek ve olumsuz etkilemeyecek şekilde samimi davranma ve çalışanların kişilik haklarına, dini ve vicdani kanaatlerine tecavüz etmeme ve keyfi davranış ve uygulama dayatmama yükümlülüğü altında bulunmaktadır.”³⁰⁴

Bu şartlar altında işverenin kılık-kıyafete ilişkin kural koymaya muktedir olduğu şüpheye yer bırakmamaktadır. Türkiye’de özel işyerlerinde dini kıyafet ve sembol kullanımına yönelik uygulamanın anlaşılması için bir başka Yargıtay kararı yardımcı olacaktır. Söz konusu Yargıtay kararı işe başörtüsü ile geldiği için iş akdi feshedilen davacıyla ilgilidir. Davalı şirket ise başörtüsü kullanımının yapılan iş gereğince iş güvenliğine tehdit oluşturabileceğini belirtmiştir. Yerel mahkeme davacıyı haklı bulmuş; iş güvenliğine yönelik tehdidin davalı tarafından ispatlanması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yaptığı incelemede, davalının başörtüsü kullanımının iş güvenliğine karşı tehdit oluşturmayacağına ilişkin bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğine işaret ederek yerel mahkeme kararını bozmuştur.³⁰⁵ Her ne kadar esasa ilişkin bir bozma kararı söz konusu olmasa da dini sembol ve kıyafet kullanımının iş güvenliği sebebiyle sınırlandırılabilirliği ve böyle bir sınırlandırmanın meşru kabul edilebileceği karar metninden anlaşılmaktadır.

Başörtüsünü konu alan bir başka Yargıtay kararı olay örgüsü bakımından İHAM’ın *Eweida* kararına benzemektedir.³⁰⁶ Bir markette kasiyer olarak çalışan davacı kadın başörtüsü takmaya karar vermiştir ve işyerinin kendine özgü logolu kıyafetini giymeyi reddetmiştir. Her ne kadar davacının gerekçesi işyeri kıyafeti olan tişörtten kollarının gözükmemesinin dini inancına aykırı olması ise de davalı şirket uzun kollu tişört seçeneğini de davacıya sunmuştur. Ancak davacı bu öneriyi reddetmiştir. Bütün uyarılara rağmen işe sivil kıyafetle gelmekte ısrar

³⁰⁴ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E.2013/19270, K:2013/22249, 16.12.2013

³⁰⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2015/14396, K:2015/22303, 18.06.2015

³⁰⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2016/5475, K.2017/2968, 02.03.2017

eden davacının iş akdi feshedilmiştir. Yerel mahkeme davacıyı haklı bularak dini inanç sebebiyle iş sözleşmesinin feshinin haklı ve geçerli olamayacağına karar vermiştir. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yaptığı incelemede davacının söz konusu kurallara uymamasının iş yerinde olumsuzluğa yol açması ve davacının “işyeri uygulaması haline gelen kıyafet giyme zorunluluğuna” uymadığından bahisle feshin -haklı fesih ağırlığında olmamakla birlikte- geçerli olduğuna karar vermiştir. Olay örgüsü her ne kadar *Eweida* vakasına benziyor olsa da kararın başörtüsüne ilişkin bir saptama yapmadığı ve söz konusu dini kıyafetin dışsal etkilerini tartışmadığı açıktır. Esasen davalının yapmış olduğu feshin sebebi başörtüsü kullanımı değil, şirket logolu tişörtün giyilmemesidir. Bu sebeple *Eweida* kararı ile karşılaştırma yapmak doğru olmayacaktır.

Doğrudan dini sembol ve kıyafetlerle ilgili olmasa da işyerinde sakal bıraktığı için iş akdi feshedilen bir kişinin davasının konu olduğu Yargıtay kararı da konuyu açıklamak bakımından önem arz etmektedir.³⁰⁷ İslami yaşayış tarzına uygun bir iş ortamı bulabileceği gerekçesiyle katılım bankasında³⁰⁸ çalıştığını ifade eden davacı sakal bıraktığı için işten çıkarılmıştır. Yerel mahkeme davalının katılım bankası olmasını da dikkate alarak, iş sözleşmesinde işçinin sakal bırakmasını yasaklayan bir hüküm bulunmadığını belirtmiş ve davanın kabulüne karar vermiştir. Ancak Yargıtay her ne kadar iş sözleşmesinde “sakal hükmü” bulunmasa da iş sözleşmesinin Özel Şartlar 11/b maddesinde: “*işçi, işyerinde çalışma mevzuatı ve işveren tarafından çıkartılmış ve çıkartılacak yönetmelik, genelge, sirküler talimat vb. gibi düzenlemelere uymayı kabul ve taahhüt eder*” şeklinde düzenleme bulunduğunu ifade etmiş; iş ilişkisinin olumsuz etkileneceği ve “*iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği*” gerekçeleriyle feshin geçerli olduğuna hükmetmiştir.

Yargıtay somut olayları incelerken tıpkı İHAM gibi terazinin bir tarafına başvuranın dini inancını açıklama hakkını diğer tarafına ise işverenin belirli bir imaj, kurum izlenimi verme veya iş güvenliğini sağlama arzusunu koymaktadır.

³⁰⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2016/32606, K.2017/21996, 21.12.2017

³⁰⁸ Faizin yasak olduğu İslami bankacılık modeli.

Yargıtay, iş güvenliği söz konusu olduğunda İHAM'ın *Chaplin* kararına benzer bir yaklaşım sergileyerek, iş güvenliği amacıyla yapılan sınırlandırmaların meşru olabileceğini ifade etmiştir. İşyerinin imajı ve kurumsal kimliği söz konusu olduğunda ise Yargıtay'ın somut olayın koşullarına göre adil bir denge arayışında bulunduğu söylenebilir.

Kanuni düzenlemeler ve Yargıtay kararları göz önüne alındığında Türkiye'de özel işyerlerinde dini sembol ve kıyafet kullanımının sistematik olarak sınırlandırılmasının söz konusu olmadığını söylemek mümkündür. Buna ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamakta, uygulamada ise işverenin dini sembol ve kıyafet kullanımını yasaklamasından doğan uyumsuzluklara da pek rastlanmamaktadır.

Türkiye'de kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personelin kılık ve kıyafetine ilişkin hususları düzenleyen bir yönetmelik mevcuttur. Resmî olarak "*Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik*" ismini taşıyan bu düzenlemede dini kıyafet ve sembollere ilişkin bir hüküm şu an bulunmamaktadır.³⁰⁹ Ancak 2013 yılında yapılan değişikliğe kadar yönetmeliğin 5. maddesinin (a) bendinde kadın çalışanların "başı daima açık" olması gerektiği yönünde bir ifade bulunmaktaydı. 4/10/2013 tarihli ve 2013/5443 sayılı Bakanlar Kurulu Eki Yönetmeliğin 1 inci maddesi ile bu ifadeyi içeren cümle mülga olmuştur.³¹⁰ Anayasa Mahkemesi de B.S. başvurusuna ilişkin vermiş olduğu 18.07.2018 tarihli kararda, başörtüsü kullanması sebebiyle devlet memurluğundan çıkarılan kadın başvurusunun din özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.³¹¹ AYM kamu düzenini bozduğu iddia edilen başvurusunun, hangi fiiller ile ne gibi düzensizliklere yol açtığının somut biçimde ortaya konmadığını belirtmiş, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir. Özetle, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan kadın personel için 1982 yılında başlayan "başörtüsü yasağı" 2013 yılında kaldırılmış, Anayasa Mahkemesi kararı ile de bu

³⁰⁹ Resmî Gazete, Tarih: 25.10.1982, Sayı: 17849

³¹⁰ Resmî Gazete, Tarih: 08.10.2013, Sayı: 28789.

³¹¹ AYM, *B.S. Başvurusu*, 2015/8491, 18.07.2018.

yasağın din özgürlüğünün ihlali anlamına geldiği ifade edilmiştir. Fakat erkek çalışanlar için “başı daima açık” kuralı halen yürürlüktedir.

Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğin 9. maddesinde personelin “görev yaptığı yerin ve mezun olduğu okulların rozetleri ile Hükümetçe özel günler için çıkarılan rozetler (Atatürk'ün doğumunun 100. Yılı gibi) dışında rozet, işaret, nişan vb. şeyler” takamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu hüküm personelin haç işareti taşıyan kolye, kirpan, barış işareti vb. dini ve felsefi inanca ilişkin sembolleri taşıyıp taşıyamayacağı konusunda soru işareti oluşturmaktadır.

Genel düzenlemenin yanı sıra özel düzenlemeye tabi meslek grupları da bulunmaktadır. Bu meslek gruplarının kılık ve kıyafet düzenlemelerinin ilgili kurum ve kuruluşun özel yönetmeliklerinde düzenleneceği anılan yönetmeliğin 6. maddesinde belirtilmiştir:

“Emniyet Hizmetleri Sınıfına mensup olanlar, hâkimler, savcılar, Türk Silâhlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görev yapan subay, sözleşmeli subay, yedek subay, astsubay, sözleşmeli astsubay, uzman erbaş, uzman jandarma, sözleşmeli erbaş ve er ile erbaş ve erler ilgili kurum ve kuruluşun özel yönetmeliklerinde belirtilen usul ve esaslara tabidirler.”

Özel düzenlemeye tabi bir diğer meslek grubu da Diyanet İşleri Başkanlığı personeli dir. Bu husus yönetmeliğin 15. maddesinde ifade edilmektedir:

“Diyanet İşleri Başkanlığında bilfiil din işleriyle ilgili personelin giyim ve kuşamına ilişkin hususlar 17. maddede belirtilen mevzuata aykırı olmamak koşulu ile Başkanlıkça tespit ve bağlı olduğu Bakanlıkça onaylanacak esaslar çerçevesinde yürütülür.”

Her ne kadar bazı meslek grupları özel düzenlemeye tabi olsa da bu kurum ve kuruluşların özel yönetmeliklerinde de dini kıyafet ve sembol kullanımını yasaklayan veya başın açık olmasını zorunlu tutan bir hüküm bulunmamaktadır. Özel düzenlemeye tabi sınıflara bir başka örnek olan emniyet hizmetleri sınıfı

bakımından yapılan düzenlemeler yasa koyucunun bu husustaki tavrını açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Kıyafet Yönetmeliği'nin ilk halinde 5. maddesinin (i) bendi aşağıdaki gibiydi:

“Resmi kıyafetle birlikte kıyafetin içerisine dışarıdan görülebilecek şekilde sivil kazak, yelek ve benzeri giyecekler giyilemez. Erkek personelin siyah, bayan personelin ise ten rengi, şeffaf ve parlamayan çorap giymesi zorunludur. Ancak, kışlık kıyafet ile görev yapılan dönemlerde bayan personel pantolon veya etek altında tamamı siyah gözükecek şekilde siyah çorap da giyebilir.”³¹²

Mezkûr madde bendindeki “kıyafetin içerisinde” ibaresi öncelikle “Bayanların şapka, kep veya örgü bere altında yüzünü kapatmayacak şekilde başlarına taktıkları üniforma rengindeki desensiz giysiler hariç, resmi kıyafetin içerisine...” ibaresiyle değiştirilmiştir.³¹³ Daha sonra “başörtüsü” ifadesini mevzuata açık bir şekilde sokan düzenlemeler yapılmıştır. Güncel haliyle Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Kıyafet Yönetmeliği'nin 7. maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi aşağıda yer almaktadır:

“Emniyet hizmetleri sınıfında olup resmi kıyafet taşıyanlara, Memurlara Yapılacak Giyecek Yardımı Yönetmeliğine ekli II sayılı cetvele göre tişört, gömlek altı tişört, pantolon, gömlek, ayakkabı, bot, mont, kazak, eldiven, kravat, parka, kep, örgü başlık, termal içlik, bel kemeri, teçhizat takımı ve başını örten bayanlar için kumaş başörtüsü verilir.”³¹⁴

Aynı yönetmelikte başörtüsünün rengi ile ilgili düzenlemeler ise 17. maddenin 3. fıkrasında yapılmıştır. Sözün özü, “başörtüsü” başlı başına bir ifade olarak düzenlemede yer bulmuştur. Yasa koyucunun “başlık” ve “başı kapatan” ifadelerini kaldırıp, “başını örten” ifadelerini özellikle kullanmayı seçerek, İslami başörtüsünü kastetme iradesini açık bir biçimde ortaya koyduğu söylenebilir. Emniyet hizmetleri sınıfına mensup kişiler için diğer dini sembol ve kıyafetler adına bir düzenleme ise bulunmamaktadır.

³¹² Resmî Gazete, Tarih: 15.08.2007, Sayı: 26614

³¹³ Resmî Gazete, Tarih: 27.08.2016, Sayı: 29814

³¹⁴ Resmî Gazete, Tarih: 01.04.2020, Sayı: 31086

Sonuç olarak, Türkiye’de kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan kadın personel için başörtüsü kullanımı serbesttir. Ancak diğer din ve inançlara özgü kıyafet ve sembollerin kullanımına ilişkin soru işareti bulunduğunu not etmek gerekir.

3.3. Devlet Okulu Sınıflarında Dini Sembollerin Bulunması

Devlet okulları adı üzerinde kamu kuruluşlarıdır. Bu bakımdan eğitim de bir kamu hizmetidir Devlet okullarında bulunacak olan dini semboller, devletin, din ve inançlar ile arasındaki mesafe hakkında fikir verebilmektedir. Konu bu bağlamda din ve inanç özgürlüğü bakımından da tartışılmaktadır. Çünkü kişiler kamu hizmeti alırken devletin dini semboller kullanarak belirli bir inancı sahiplendiğini görürlerse, din ve vicdan özgürlüklerinin baskı altına alındığını hissedebilmektedirler.

Düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün yanı sıra eğitim hakkından da tekrar bahsetmek konuyu açıklamaya yardımcı olacaktır. Eğitim hakkı, İHAS’ın 1 No’lu Protokolü’nün 2. maddesi ile koruma altına alınmıştır:

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

Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere, devlet kişilerin eğitime erişmesini sağlamak ile yükümlüdür. Bu pozitif bir yükümlülüktür. Devlet, kişilerin gerek finansal gerekse başkaca engellere takılmadan eğitim hakkından faydalanabileceği bir eğitim sistemini hayata geçirmekle yükümlüdür. Bunun yanında devlet, anne ve babanın eğitim ve öğretimin kendi inançlarına göre yapılmasını isteme hakkına da saygı gösterme gibi bir negatif yükümlülük de yüklenmektedir.³¹⁵ Belirtmek gerekir ki bu negatif yükümlülüğe ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda Sözleşme’nin 1 No’lu Protokolü’nün 2. maddesi ile koruma altına alınan eğitim

³¹⁵ İHAM, Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık. Ayrıca Bkz. Manisuli Ssenyonjo, **Economic, Social and Cultural Rights in International Law**, Oxford ; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, ss. 368-69.

hakkı “*lex specialis*” hükmünde olacaktır.³¹⁶ Mahkeme bunlara ek olarak, eğitimin tarafsız, eleştirel ve çoğulcu olması gerektiğini belirtmekte, devlete de bunu sağlama yükümlülüğü yüklemektedir.³¹⁷

İHAM’ın devlet okulu sınıflarında dini sembollerin kullanımına ilişkin tutumu *Lautsi v. İtalya* kararı incelendiğinde görülebilir.³¹⁸ Başvurucu Bayan Lautsi, 11 ve 13 yaşında olan iki oğlunu temsilen başvuru yapmış, çocuklar reşit olduktan sonra başvurucu olarak eklenmişlerdir. Şikâyetinin esasını, İtalya’daki devlet okulu sınıflarında bulunan çarmıha gerilmiş İsa figürlü haçtan (crusifix) duyulan rahatsızlık oluşturmaktadır. Başvurucular bu görünür (visible) sembol nedeniyle din ve vicdan özgürlüklerinin baskı altında olduğunu hissetmişlerdir ve bu durumun laiklik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmektedirler. Zira Bayan Lautsi, çocuklarını seküler bir hayat görüşü ile yetiştirmek istemektedir. Başvurucular, Birinci Protokolün 2. maddesi ile koruma altına alınan eğitim hakkı ve Sözleşme’nin 9. maddesinde yer verilen din ve inanç özgürlüklerinin ihlal edildiğini öne sürmüşlerdir. Başvurucuların iddiaları İHAM 2. Daire tarafından kabul edilmiş fakat Büyük Daire kararı bozarak ihlal bulunmadığı kararını vermiştir.

Lautsi başvurusunda ikinci daire devlet okulu sınıflarında bulunan çarmıha gerilmiş İsa figürlü haçı *Dahlab v. İsviçre*³¹⁹ başvurusuna da gönderme yaparak “*güçlü dışsal sembol*” (“powerful external symbol”) olarak değerlendirmiş, bu sembolün küçük yaşta çocuklar üzerinde belirli bir dini endoktrinasyon etkisi (“proselytising effect”) olabileceğini ifade etmiştir.³²⁰ İkinci dairenin vermiş olduğu kararın politik bağlamda büyük yankı uyandırdığını burada bir parantez açarak belirtmek faydalı olacaktır.³²¹ İtalyan bakanlar, politikacılar ve -sol partiler

³¹⁶ Schabas, *The European Convention On Human Rights*, s. 433.

³¹⁷ İHAM, *Folgerø ve Diğerleri v. Norveç*, 15472/02, 29.06.2007, par 84.

³¹⁸ İHAM, *Lautsi v. İtalya*, İHAM (Büyük Daire), *Lautsi ve diğerleri v. İtalya*, 30814/06, 18.03.2011.

³¹⁹ İHAM, *Dahlab v. İsviçre*. (Kabul Edilemezlik kararı).

³²⁰ İHAM, *Lautsi v. İtalya*, par. 54-55.

³²¹ The Guardian, “Human rights ruling against classroom crucifixes angers Italy | Italy | The Guardian”, (Erişim Tarihi: 28.12.2021), <https://www.theguardian.com/world/2009/nov/03/italy-classroom-crucifixes-human-rights>.

hariç- tüm siyasi partiler bu karara tepki göstermiştir. Bayan Lautsi ve ailesi çok sayıda tehdide ve vandalist faaliyete maruz kalmıştır. Azınlıklar ve sol gruplar ise kararı büyük ölçüde desteklemiştir. İtalyan hükümetinin verdiği tepkiye yaklaşık yirmi Avrupa ülkesi daha destek vermiştir. Davanın Büyük Daire’de görülmesine yönelik yapılan başvuru bu politik baskı ikliminde ivedi biçimde kabul edilerek, dava Büyük Daire’ye sevk edilmiştir.³²² Büyük Daire ise 2. Dairenin tam tersi yönünde karar vermiştir. Söz konusu sembolü “*pasif dışsal sembol*” olarak tanımlayan Büyük Daire bu sembolün herhangi bir endoktrinasyon amacı taşıdığına dair somut bir veri bulunmadığını vurgulamıştır. Büyük Daire’ye göre İtalya kendine tanınan takdir marjının sınırları içerisinde davranmıştır. Ek olarak, İtalya devlet okullarında zorunlu din eğitimi bulunmaması ve diğer dinlere ait sembol ve kıyafetlere hoşgörü ile yaklaşılması Mahkeme’nin bu kararı vermesine tesir eden sebepler olarak karar metninde yer almaktadır.³²³

Büyük Daire’nin davadaki tespitleri literatürde çokça eleştiriye maruz kalmıştır. Mahkeme’nin çarmıha gerilmiş İsa figürlü haçın etkilerine dair somut ve objektif bir delil araması, dini ve felsefi inançların tamamen sübjektif kavramlar olduğu düşünüldüğünde çelişkili bir durum oluşturmaktadır. İkincisi *Dahlab* kararında İslami başörtüsünün “*güçlü dışsal sembol*” olarak tanımlanmasına rağmen, çarmıha gerilmiş İsa figürlü haçın “*pasif sembol*” olarak nitelendirilmesi tartışılan bir diğer husustur.³²⁴ Dini veyahut felsefi herhangi bir sembolün gayesi zaten konuşmadan veya harekete geçmeden anlam ifade etmektir. Dolayısıyla İHAM’ın yapmış olduğu güçlü sembol-pasif sembol ayrımı da eleştirilmektedir.³²⁵

Büyük Daire kararına katılmayıp, karşıt görüş sunan iki yargıcın belirttikleri dikkat çekici hususları da burada aktarmak faydalı olacaktır. Yargıçlar Malinverni ve Kalaydjieva öncelikle haçın “*güçlü bir dışsal dini sembol*” olduğunu belirterek

³²² Dominic McGoldrick, “Religion in the European Public Square and in European Public Life-- Crucifixes in the Classroom?”, **Human Rights Law Review**, C. 11, S. 3, 2011, ss. 470-72.

³²³ İHAM (Büyük Daire), Lautsi ve diğerleri v. İtalya, par. 72-74.

³²⁴ Hin-Yan Liu, “The Meaning of Religious Symbols after the Grand Chamber Judgment in Lautsi v. Italy”, **Religion & Human Rights**, C. 6, S. 3, 2011, s. 257.

³²⁵ Lorenzo Zucca, “Lautsi: A Commentary On A Decision by the ECtHR Grand Chamber”, **International Journal of Constitutional Law**, C. 11, S. 1, 2013, ss. 219-20.

İkinci Daire'nin yorumuna katılmışlardır. Ayrıca Büyük Daire'nin *Dahlab* kararına yaptığı göndermeye de atıfta bulunarak, okullarda haçların varlığının çocukların din özgürlüğünü ve eğitim hakkını bir öğretmenin giyebileceği dini giysilere göre daha büyük ölçüde ihlal edebileceğini söylemişlerdir. Zira öğretmen bir birey olarak, devletin saygı duyması gereken din ve vicdan özgürlüğüne sahiptir ve bu hakkı talep edebilir. Ancak devlet böyle bir hak talep edemez. Bunun yanında yargıçlara göre, küçük yaştaki çocuklar devletin dayatmış olduğu bir dini sembole eleştirel yaklaşma yetisine sahip olamayacak kadar genç yaşadıkları.

Lautsi kararına kadar İHAM'ın dine bakış açısı “*dinin bir değerden çok, tehlike olduğu*” yönündeydi.³²⁶ Büyük Daire'nin vermiş olduğu karar Mahkeme'nin dine yönelik ılımlı bir tavrı olarak yorumlanmıştır. Devletlerin, çoğunluk dini inancını yansıtan uygulamalara ilişkin hukuki dayanakları koruma ve yeni kural koyma yetkisi de Mahkeme tarafından bir defa daha teyit edilmiştir.³²⁷

Sonuç olarak, İHAM'ın *Lautsi* kararı incelendiğinde devlet okulu sınıflarında dini sembollerin kullanımının laiklik ilkesine veya din ve inanç özgürlüğüne tek başına aykırı olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkeme, devlet okulu sınıflarında dini sembollerin mevcudiyeti konusunda normatif bir tartışmaya girmekten kaçınmıştır. İHAM bu bakımdan devletlerin sahip olduğu takdir marjına değinmiş ve somut olayın koşulları dahilinde inceleme yapmıştır.

Türkiye'de devlet okullarında dini sembol bulunmasını yasaklayan genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa'nın “eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddesinde “...*Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz...*” ifadesi yer almaktadır. Eğitimin laiklik esasına uygun bir biçimde icra edileceği

³²⁶ Carolyn Evans, “Individual and Group Religious Freedom in the European Court of Human Rights: Cracks in the Intellectual Architecture”, **Journal of Law and Religion**, C. 26, S. 1, 2011, s. 341.

³²⁷ McGoldrick, “Religion in the European Public Square and in European Public Life--Crucifixes in the Classroom?”, s. 499.

madde metninden anlaşılrsa da devlet okulu sınıflarında dini sembollerin varlığına dair açık bir hüküm gözükmemektedir. Nitekim 2011 yılında T.C. Millî Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı'nın 2011/22 No'lu ve 07.04.2011 tarihli genelgesi ile okullara “*Kutlu Doğum Haftası*”³²⁸ etkinlikleri yapmaları gerektiği iletilmiştir. Genelgede birçok etkinliğin yanı sıra afiş yarışması ve duvar gazetesi çıkarılması gibi etkinlik önerilerine yer verilmiştir. Günümüzde halen devam eden bu etkinlik, Türkiye devlet okullarında dini sembol bulundurulabileceğini hatta bu uygulamanın idare tarafından da teşvik edildiğini göstermektedir. Bunun yanında diğer dini sembollerin devlet okulu sınıflarında ne kadar yer bulabildiği ise tartışmalıdır.

Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği 99(2). maddesinde “*...Okulda, ibadet ihtiyacı için doğal aydınlatmalı uygun mekân ayrılır.*” denmektedir. Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği madde 80(6)'da ise “*Yatılı bölge ortaokullarının pansiyon kısımlarında ibadethane açılır. Okul öncesi eğitim ve ilköğretim kurumlarında talep edilmesi hâlinde ibadet ihtiyaçlarını karşılayacak uygun mekân ayrılabilir.*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme devlet okulu sınıflarına yönelik olmasa da okul sınırları içinde ibadethaneler vasıtasıyla dini sembol bulunabileceğini işaret etmektedir. Söz konusu yönetmelikler yabancı okullar ve azınlık okulları için de geçerli olduğundan, bu okulların sınırları içerisinde ibadethane yer almasına ilişkin kanuni bir engel bulunmamaktadır.³²⁹

³²⁸ “Kutlu Doğum Haftası” 1989 yılında Türk Diyanet Vakfı tarafından başlatılan bir etkinlik haftasıdır. İslam dini peygamberi Hz. Muhammed'in miladi takvime göre 20 Nisan tarihinde doğduğu kabul edilerek tüm hafta çeşitli etkinliklerle kutlanmaktadır.

³²⁹ Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda yer aldığı şekliyle yabancı okullar “*Yabancılar tarafından açılmış özel okulları*” tanımlarken, azınlık okulları “*Rum, Ermeni ve Musevî azınlıklar tarafından kurulmuş, Lozan Antlaşması ile güvence altına alınmış ve kendi azınlığına mensup Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin devam ettiği okul öncesi eğitim, ilköğretim ve ortaöğretim özel okullarını*” ifade eder.

3.4. Resmî Belgelerde Kullanılacak Fotoğraflarda Baş Açık Görünme Zorunluluğu

Kişilerin kimlik kartı, ehliyet, pasaport veya diploma gibi resmî belgelerde baş açık görünme zorunluluğu, kişileri din veya inanç özgürlükleri bakımından baskı altında hissettirebilir. Zira kişiler her ne kadar söz konusu fotoğrafı çektirmek için başını bir defalığına mahsus açacak olsa da kişinin başı açık fotoğrafları bulunan resmî belge sürekli kullanımında olacaktır. Bu durumun yarattığı uyuşmazlıklar öncelikle İHAK ve devamında İHAM ile Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin denetim organı olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (BM İHK) önüne gelmiştir.

Bu konu hakkında verilmiş ilk karar İHAK'a aittir. *Karaduman v. Türkiye* başvurusu mezuniyete hak kazanmış kadın öğrenciler Şenay Karaduman ve Lamiya Bulut'un, diplomalarında başı açık fotoğraf kullanmayı reddetmeleri ile ilgilidir.³³⁰ Komisyon başörtüsüz fotoğraf çekilmeyi reddetmenin dini inançtan kaynaklandığını kabul etmiş ancak bunun dini inancı açıklama eylemi sayılmayacağını, diplomaya yapıştırılan fotoğrafın amacının inancı açıklamak değil, kişinin teşhis edilmesi amaçlı olduğunu belirtmiş; 9. madde bakımından bir müdahale olmadığına karar vermiştir. Komisyon ayrıca başvuruçunun üniversiteye kaydolarken bu gereklilikten disiplin yönetmeliği vasıtası ile haberdar olduğunu, laiklik ilkesi gereği bu uygulamaların meşru bir amaca yöneldiğini ve son olarak devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu vurgulamıştır. Komisyon'a göre, üniversitenin yürürlüğe koyduğu kıyafet düzenlemesi, laiklik ilkesinin muhafaza edilmesini ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını sağlamaya yönelik olduğundan ihlal bulunmadığı kararı verilmesi uygun görülmüştür.

Karaduman başvurusuna çok benzer bir başvuru olan *Emine Araç v. Türkiye* başvurusunda Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'ne kaydolmak isteyen başvuruçuyu, kayıt işlemleri için başı açık fotoğraf gerekmesine rağmen bunu

³³⁰ İHAK, *Karaduman v. Türkiye*. (Kabul edilemezlik kararı)

sunmayı reddetmiştir.³³¹ İHAM, *Karaduman* başvurusunu hatırlatarak din ya da inancı açıklama özgürlüğüne bir müdahale olmadığını belirtmiş, dolayısıyla başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme'nin vermiş olduğu ve bir önceki bölümde de değindiğimiz en yakın tarihli kararda, pastafaryanizm, diğer ismiyle “Uçan Spagetti Canavarı Kilisesi” başvuruya konu olmuştur.³³² Başvurucu, kimliğini yenilemek isterken, başına kevgir³³³ taktığı bir fotoğraf kullanmış ancak söz konusu fotoğrafla yaptığı kimlik başvurusu reddedilmiştir. İHAM yapmış olduğu incelemede “Uçan Spagetti Canavarı” dininin belirli bir ciddiyet ve tutarlılığa sahip olmadığına karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, pastafaryanizm din veya inanç olmaktan ziyade dinleri parodileştirerek eleştiren bir görüşten ibarettir.

Yalnızca İslami başörtüsü -veya kevgir- değil, Sih türbanı da benzer sınırlamalara konu olmuştur. Sih türbanı meselesinde BM İHK'nın ve İHAM'ın birbirinden ayrılan kararları bulunmaktadır. BM İHK'ya yapılan *Ranjit Singh v. Fransa* başvurusunda Bay Ranjit Singh aslen mültecidir ve hayatını Fransa'da sürdürmektedir.³³⁴ Fransa'da oturma iznini yenilemek isteyen başvuru yetkili makamlara başında Sih türbanı bulunan bir fotoğraf vermiştir. Fransız makamları resmi belgelerde kullanılacak olan fotoğraflarda başın açık olması gerektiğini belirterek oturma izni başvurusunu reddetmiştir. Bu sınırlama nedeniyle başvuru, MSHS'nin 18. maddesinde yer alan din özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmektedir. Başvurucu, kimlik fotoğrafında başının açık olması gerektiğine ilişkin tedbirin gerekli ve orantılı olmadığını, kamu düzeni ve güvenliği bakımından da sakınca oluşturmadığını belirtmektedir. Başvurucu diğer Fransız vatandaşlarından ayrı olarak kamu hizmetlerine erişim hakkı ile dini inancı

³³¹ İHAM, *Emine Araç v. Türkiye*, 9907/02, 19.09.2006. (Kabul edilemezlik kararı).

³³² İHAM, *de Wilde v. Hollanda*.

³³³ Geleneksel dinleri, parodi biçiminde eleştirmek maksatlı ortaya çıkan bu akımın takipçileri, başlarına bir nevi kevgir veya süzgeç giymektedirler. Evrenin “akıllı tasarım” ürünü olduğuna istihza yollu bir yaklaşım ile aslında evrenin “uçan spagetti canavarı” tarafından yaratıldığını öne sürmektedirler.

³³⁴ BM İHK, *Ranjit Singh v. Fransa*, 1876/2009, 15.12.2008.

arasında bir tercih yapmaya zorlandığını, bu sebepten ötürü ayrımcılığa da maruz kaldığını ifade etmiştir. BM İHK yapmış olduğu incelemede, türbanın kişinin tanınabilirliğine engel olup olmadığını sorgulamıştır. Zira başvurucu yalnızca başını örtmektedir ancak yüzünün geri kalanı açıktır. BM İHK'ya göre başvurucu hali hazırda günlük hayatında da devamlı türban giydiğinden, başvurunun türbanlı fotoğrafı günlük hayattaki haline daha çok benzemektedir. Fransa bu hususlardan herhangi birine gerekçeli bir cevap verememiştir. BM İHK'ya göre başvurucu türbanını yalnızca bir defalığına, fotoğraf çekimi için çıkarsa dahi bu hakka müdahale edilmiş olduğu gerçeğini değiştirmez. Çünkü bir defalığına da olsa başı açık bir kimlik fotoğrafı, her zaman orada olacaktır ve her kimlik kontrolünde kişi, başı açık görünecektir. Sonuç olarak BM İHK, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olmadığına, Sözleşme'nin 18. maddesinin ve buna bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

İHAM'a yapılan *Mann Singh v. Fransa* başvurusunda ise yine bir Sih olan başvurucu ehliyet belgesindeki fotoğrafını başı açık biçimde çektirmeyi reddetmiştir.³³⁵ Başvurucu ehliyetinde daha önce üç defa sih türbanı ile çekilmiş fotoğraf kullanmasına rağmen bu isteği yerel makamlarca olumsuz karşılanmış, İHAM'a yapılan başvurusu ise açıkça dayanaktan yoksun bulunarak reddedilmiştir. İHAM'a göre başı açık fotoğraf zorunluluğu din ve inanç özgürlüğüne geçici bir sınırlama getirirse de trafik güvenliğine ilişkin denetimler yerel makamların takdir marjı içerisinde kalmaktadır. İslami başörtüsüne ilişkin başvurulardan farklı olarak bu başvuru laiklik ilkesinden ziyade kamu güvenliği bağlamında incelenmiş bir başvurudur. Ancak buna rağmen İHAM bu ayrımı vurgulamamış, önceden vermiş olduğu başörtüsü kararlarına atıfla genel ilkeleri tekrarlamıştır. Bu da detaylı bir ölçülülük denetimi yapılmasına engel olmuştur.³³⁶

³³⁵ İHAM, *Mann Singh v. Fransa*, 24479/07, 13.11.2008.

³³⁶ Erkan Duymaz, "Dini sembol ve kıyafet sınırlamalarında iki farklı yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının devletlerin uluslararası yükümlülükleri bakımından tahlili", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 4, 2015, ss. 1126-27.

İHAM ile BM İHK'nın kararlarının ayrıştığı açık bir biçimde görülmektedir. İHAM devletlere geniş bir takdir marjı tanımakta, ölçülülük denetiminde ise yüzeysel bir inceleme ile yetinmektedir. BM İHK ise her başvurunun yaşanmış olduğu somut olayın koşullarını dikkate alarak, ulusal takdir marjı doktrinine pek yer vermeden inceleme yapmaktadır.³³⁷ Bu farkın BM'nin çok kültürlü ve dinli, Avrupa'nın ise Avrupa merkezli bir insan hakları anlayışına sahip bir yapıda olmasından kaynaklı olduğu düşünülebilir.³³⁸ Ancak din ve devlet ilişkilerinin önemi düşünüldüğünde Avrupa'nın politik koşullarının İHAM'ı devletlere geniş bir takdir marjı tanımaya mecbur kıldığı da söylenebilir.³³⁹

Türkiye'de Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik 10. maddesi uyarınca resmî belgelerde bulunacak fotoğrafların yine aynı yönetmelikteki kılık kıyafet kurallarına uygun olması gerekmektedir. Söz konusu yönetmelikte kadınlar için öngörülen “*başı daima açık*” olma zorunluluğunun 2013 yılında kaldırıldığı bu çalışmada daha önceden belirtilmişti. Dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personelin resmî belgelere konulacak fotoğraflarında başı açık olma zorunluluğu da bu değişikliklerle ortadan kalkmıştır. Ancak sözgelimi bir erkek memurun takke veya Sih dinine mensup kişilerin kullandığı türban ile yer aldığı fotoğrafın kullanılması yönetmeliğe göre mümkün görünmemektedir. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik uyarınca özel düzenlemelere tabi meslek grupları için başörtüsü yasağının bulunmadığını tekrardan belirtmek gerekir.

Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Kartı Yönetmeliği'nin 9. maddesi kimlik kartında kullanılacak olan fotoğrafın biçimi ile ilgili esasları belirlemiştir:

“Kimlik kartı başvurusunda kullanılacak biyometrik fotoğraflarda yüz tamamen görünür şekilde ön cepheden çekilmiş, gözler açık konumda; alın, yüz ve çene açık olmalı ve renkli cam ya da güneş gözlüğü kullanılmaz. Başvurularda

³³⁷ a.g.e., s. 1128.

³³⁸ Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, s. 133.

³³⁹ Duymaz, “Dini sembol ve kıyafet sınırlamalarında iki farklı yaklaşım”, s. 1160.

kullanılacak biyometrik fotoğrafa ilişkin diğer standartlar Genel Müdürlük tarafından belirlenir.”³⁴⁰

Pasaportlar için de aynı kuralın geçerlidir. Pasaport Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te de başörtüsünü yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır.³⁴¹ Bu hükümler uyarınca Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü internet sitesinde Türkiye Cumhuriyeti kimlik kartı ve pasaportlarında kullanılacak olan biyometrik fotoğraflar için “*Başörtülü fotoğraflarda yüz çene ucundan altına kadar görünür olmalı, yüzün üzerinde gölgeler oluşmamalıdır.*” ifadesine yer vermiştir.³⁴²

Türkiye’de ehliyet ve kimlik kartları bakımından başörtüsü yasağı zaten bulunmamaktaydı. Anayasal bir ilke olan laikliğin yorumu gereğince daha çok devlet memurları ve öğrenciler bu yasaklar ile karşılaşmaktaydı. İHAM’da Türkiye aleyhine yapılan Karaduman ve Emine Araç başvurularında, İstanbul ve Marmara Üniversitesi’nin başörtülü fotoğrafları kabul etmemesi bu yasaklara bir örnek oluşturmaktadır.

Üniversiteye kayıt için kullanılacak olan fotoğraflarda ÖSYM tarafından her yıl yayınlanan Yükseköğretim Programları ve Kontenjanları Kılavuzu kullanılmaktadır. 2010 yılında yayınlanan kılavuzun “kayıt için gerekli belgeler” bölümünde, kayıt yaptıracak adayların fotoğraflarında “başı açık” ifadesi yer almaktaydı.³⁴³ Ancak 2011 ve sonraki yıllarda yayınlanan kılavuzlarda bu ifade geçmemektedir.³⁴⁴ Dolayısıyla günümüzde üniversitelerde kullanılacak fotoğraflarda başörtüsü serbestliği mevcuttur.

Başörtüsü yasağı barolar veya meslek odaları gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında kullanılacak fotoğraflar bakımından da tartışma konusu

³⁴⁰ Resmî Gazete, Tarih: 03.12.2019, Sayı: 30967.

³⁴¹ Resmî Gazete, Tarih: 23.11.2006, Sayı: 26355.

³⁴² <https://www.nvi.gov.tr/istanbul/biyometrik-fotograf-nasil-olmalidir> (Erişim Tarihi: 02.09.2021)

³⁴³ <https://www.osym.gov.tr/TR,1116/2010-osys-yerlestirme-yuksekogretim-programlari-ve-kontenjanlari-kilavuzu.html> (Erişim Tarihi: 03.09.2021)

³⁴⁴ <https://www.osym.gov.tr/TR,1092/2011-osys-yuksekogretim-programlari-ve-kontenjanlari-kilavuzu.html> (Erişim Tarihi: 03.09.2021)

olmuştur. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 20. maddesi avukatların mahkemelerde ancak "başları açık" olarak görev yapabileceğini belirtmekteydi. Bu maddede fotoğraflara ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen başörtülü fotoğraflar yine aynı kurala dayanılarak kabul edilmemekteydi. Bu sebeple avukat kimlik kartlarında başörtülü fotoğraf kullanılamamaktaydı. Bu kurala bağlı olarak, avukatlık kimlik kartını yenilerken başörtülü fotoğrafını kullanmak isteyen bir kadın avukatın başvurusunun Türkiye Barolar Birliği tarafından reddi üzerine vaka Danıştay'ın önüne gelmiştir. Ancak Danıştay hem idari işlemi hem de anılan maddede geçen "başları açık" ibaresini iptal etmiştir.³⁴⁵

Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği 9. maddesinde ise aşağıdaki ifade bulunmaktadır:

"...Türkiye Barolar Birliğince düzenlenecek Avukatlık ruhsatname bedeli ve ruhsat harcının ödendiğine ilişkin belgeler ile avukatın başı açık ve erkek avukatların kravatlı olarak çekilmiş (6x9) büyüklüğünde iki adet cübbeli fotoğrafı da Türkiye Barolar Birliğine gönderilen dosyaya eklenir..."

Bu konuyla ilgili, başörtülü fotoğrafını kullanarak ruhsatname başvurusu yapan bir kadın avukatın başvurusu Avukatlık Kanunu Yönetmeliği 9. maddesine dayanılarak reddedilmiştir. Fakat Danıştay bu işlemin yürütmesini durdurmuştur.³⁴⁶ Sonuç olarak günümüzde, Türkiye Barolar Birliği nezdinde kullanılacak belgelerde kadınlar için başı açık olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak erkeklerin şapka veya başlık kullanması halen yasaktır.³⁴⁷ Dolayısıyla sözgelimi takke kullanan bir erkeğin avukatlık ruhsatname başvurusunun reddedilme ihtimali mevcut kurallar göz önüne alındığında yüksektir.

Bir başka meslek odası olan Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği yakın zamana kadar üyelerin başörtülü fotoğraf kullanımını reddetmekteydi. Bu kararları 18.11.1994 yılında alınan bir yönetim kurulu kararına dayandırılmaktaydı. Ancak Danıştay son yıllarda bu yasağın aleyhinde kararlar

³⁴⁵ Danıştay, 8. Daire, E. 2012/5257, K. 2014/8567, 12.11.2014.

³⁴⁶ Danıştay, 8. Daire, E. 2012/11333, 16.07.2013. (Yürütmenin Durdurulması Kararı)

³⁴⁷ <https://d.barobirlik.org.tr/2016/biyometrik.pdf> sf.9. (Erişim Tarihi: 04.09.2021)

vermiştir.³⁴⁸ Nihayetinde Türkiye uygulamasında başörtülü fotoğraf kullanımının günümüzde serbest olduğu söylenebilir.

3.5. Güvenlik Kontrolleri

Kişiler havaalanları, konsolosluklar, adliyeler, üniversiteler ve benzeri alanlara giriş yaparken genellikle bir güvenlik kontrolüne tabi tutulmaktadır. Güvenlik kontrolü ise kimlik tespiti ve üst araması gibi uygulamalar içermektedir. Kamu sağlığı ve güvenliğini sağlama amacına özgülenmiş bu uygulamalar kişinin dini sembol ve kıyafet kullanma özgürlüğünü kısıtlayabilmektedir.

İHAM'ın bu konuda verdiği ilk karar *Phull v. Fransa* kararıdır.³⁴⁹ Başvuran dindar bir Sih olduğundan bu inancın bir yansıması olarak Sih türbanı kullanmaktadır. Başvurucu havaalanında, giden yolcu bölümüne giriş yaptığı sırada rutin güvenlik kontrolüne tabi tutulmuş, başvurucudan türbanını çıkartması istenmiştir. Başvurucu x-ray cihazından geçmeyi ve metal el detektörü ile aranmayı kabul etmiş ise de türbanını çıkarmak istememiştir. Ancak güvenlik görevlisinin talebi üzerine türbanını çıkartan başvurucu din özgürlüğü ile seyahat özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile Mahkeme'ye şikâyette bulunmuştur. Mahkeme yaptığı incelemede havaalanında güvenliği sağlamaya özgü tedbirlerin devletlerin takdir marjı dahilinde kaldığını belirtmiştir. Söz konusu müdahalenin yalnızca kamu güvenliğini sağlama amacıyla yapılan geçici bir müdahale olduğunu ifade eden İHAM, bu gerekçeyle seyahat özgürlüğüne bir müdahale olmadığına hükmetmiştir. Sonuç olarak, başvuru açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul edilemez bulunmuştur.

Phull kararına çok benzeyen bir başvuru da *El Morsli v. Fransa* başvurusudur.³⁵⁰ Müslüman bir kadın olan başvurucu, Fransa vizesi almak için Fas'ın Marakeş şehrindeki Fransız başkonsolosluğuna gitmiş ancak kimlik kontrolü yapan erkek görevlinin önünde başörtüsünü çıkarmayı reddetmiştir. Başvurucu, başörtüsünü kadın bir görevli huzurunda çıkarabileceğini belirtmişse de bu isteği konsolosluk

³⁴⁸ Danıştay, 8. Daire, E. 2013/413, Danıştay, 8. Daire E. 2013/10721.

³⁴⁹ İHAM, *Phull v. Fransa*, 35753/03, 11.01.2005 (Kabul edilemezlik kararı).

³⁵⁰ İHAM, *El Morsli v. Fransa*, 15585/06, 04.03.2008. (Kabul edilemezlik kararı).

tarafından görmezden gelinmiştir. Kendisine Fransa vizesi verilmeyen başvuru, din ve inanç özgürlüğünün yanı sıra özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının, ayrımcılık yasağının ve Fransa'daki çocuklarının eğitim hakkının ihlal edildiğini öne sürerek İHAM'a başvurmuştur. Mahkeme konsolosluk güvenliğinin sağlamaya yönelik alınan tedbirlerin kamu güvenliği amacına özgü tedbirler olduğunu belirterek başvuranın yalnızca kısa bir süreliğine başörtüsünü çıkarması gerektiğini ifade etmiştir. Bu ifadenin ışığında başvurunun açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez olduğuna hükmeden Mahkeme, kimlik kontrolü yapacak kadın bir görevli bulundurulmamasının devletin takdir marjını aşmadığını da eklemiştir.

Gerek *Phull* gerekse *El Morsli* kararında İHAM'ın dini sembol ve kıyafetlere ilişkin birçok kararında görüldüğü gibi ayrıntılı bir ölçülülük incelemesinden kaçınılmış, takdir marjı doktrini kullanılarak ölçülülük incelemesinin önüne geçilmiştir.

Güvenlik kontrolleri esnasında dini kıyafet ve sembollerden doğan anlaşmazlıklar söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesi İHAM'dan farklı bir yol izlemiştir. Bu konuda AYM'nin önüne, Esra Nur Özbey başvurusu gelmiştir.³⁵¹ Söz konusu vakada başvuru, adliye kapısından girerken yapılan güvenlik kontrolüne tabi tutulmuş, kendisinden pardösüsü çıkartılması istenmiştir. Başvuru inancı nedeniyle pardösüsünü çıkartmayı reddetmiş fakat bir kadın görevli tarafından aranmaya rıza göstermiştir. Güvenlik görevlileri başvurucuya pardösüsünü çıkartmasının zorunluluk olduğunu söylemiş, bunun üzerine başvuru binaya giriş yapamamış, dışarı çıkarak başka bir kapıdan adliyeye giriş yapmıştır. Olayı din ve vicdan özgürlüğü bağlamında inceleyen AYM, başvuru din inancına aykırı bir uygulamaya zorlandığından bahisle bu özgürlüğe müdahale edildiğini tespit etmiştir. AYM, başvuru rızasına rağmen elle aramanın gerçekleştirilmemesi, aramanın kadın görevli tarafından yapılmaması ve başvurucuya kıyafetlerini çıkartması için izole bir mekân sağlanmaması sebebiyle

³⁵¹ AYM, Esra Nur Özbey Başvurusu, 2013/7443, 20.05.2015.

müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir.³⁵² Mahkeme'ye göre başvurucunun kamu düzeni ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla maruz kaldığı müdahale, demokratik toplumda gerekli değildir. Bu sebepten başvurucunun din ve vicdan özgürlüğü ihlal edilmiştir. Sonuç olarak AYM, İHAM'dan daha detaylı bir ölçülülük incelemesi yapmış; başvurucuya daha geniş bir koruma sağlamıştır.

3.6. Mahkeme Salonlarında Dini Sembol ve Kıyafetlerin Kullanılması

Yargılamanın yürütüldüğü yer olan mahkeme salonları tıpkı devlet okulları ve üniversiteleri gibi kamu hizmeti verilen kamu binalarıdır. Modern anlamda devlet, egemenliğini yasama, yürütme ve yargı organları vasıtasıyla kullanmaktadır. Dolayısıyla yargılama faaliyetlerinin yürütüldüğü binalar devlet erkinin halk tarafından en kuvvetli biçimde hissedildiği binalardandır. Ayrıca mahkemeler gerek hakimler ve savcılar gerekse avukatlar bakımından katı mesleki kılık kıyafet kurallarının bulunduğu alanlardır.

Bu konuya ilişkin İHAM'ın incelediği ilk vaka *Barik Edidi v. İspanya* başvurusudur.³⁵³ Avukatlık mesleğini icra eden Bayan Barik Edidi, sanıkların İslami terörizmle ilgili suçlardan yargılandığı davada bir dizi duruşmaya katılmıştır. İlk duruşmalarda izleyicilere ayrılmış alanda bulunan başvurucu, başörtüsüyle duruşmalara iştirak etmiş fakat mahkemenin herhangi bir uyarısıyla karşılaşmamıştır. 20 Ekim 2009 tarihli duruşmada, bu sefer mahkeme salonunun taraflara ayrılan bölümünde başörtülü ve avukat kıyafeti giymiş olarak oturmuş, yine herhangi bir uyarıyla karşılaşmamıştır. İki gün sonra yapılan duruşmada ise mahkeme başkanı, mahkemede yargılamaya katılan avukatların başlarının kapalı olmaması gerektiğini belirterek, başvurucunun izleyicilere ayrılan bölüme dönmesini istemiştir. Başvurucu din veya inancı açıklama özgürlüğünün yanı sıra diğer bazı haklarının da ihlal edildiği iddiası ile İHAM'a başvurmuştur. Mahkeme,

³⁵² “Adli ve Öleme Aramaları Yönetmeliği” gereğince üst araması, aranan kişinin cinsiyetinden biri tarafından yapılmalıdır. Ancak “kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması hâlinde” giysiler çıkartılarak arama yapılabilir.

³⁵³ İHAM, Barik Edidi v. İspanya, 21780/13, 26/04/2016 (Kabul edilemezlik kararı).

Sözleşme'nin 35. maddesinde yer alan kabul edilebilirlik şartlarının oluşmadığından bahisle kabul edilemezlik kararı vermiştir zira başvuru tüm iç hukuk yollarını tüketmemiştir. Dolayısıyla Mahkeme bu konudaki ilk başvuruda esasa ilişkin bir incelemede bulunamamıştır.

Mahkeme'nin bu başlık altında esasa ilişkin incelemede bulunduğu ilk karar *Hamidovic v. Bosna Hersek* başvurusudur.³⁵⁴ Bay Hamidovic, 2011 yılında ABD'nin Saraybosna Büyükelçiliği'ne yapılan silahlı saldırıya ilişkin yürütülen ceza yargılamasında tanık olarak yer almaktadır. Başvuru tanık beyanını vermeye başladığı anda, mahkeme başkanı kılık kıyafet kurallarına göre mahkeme salonunda dini sembol ve kıyafetlere izin verilmediğini belirterek tanıktan takkesini çıkarmasını istemiştir. Bay Hamidovic bunu reddetmiş, dini inancına göre takkeyi çıkarmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Nihayetinde yargıç, başvurucuyu salondan dışarı çıkartmış ve mahkemeye saygısızlıktan ötürü para cezasına çarptırmıştır. Bay Hamidovic din özgürlüğünün yanı sıra bu hak ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının da ihlal edildiği iddiası ile İHAM'a başvurmuştur. Mahkeme yaptığı incelemede devletin, din ve devlet ilişkisini tayin etmede geniş bir takdir marjına sahip olduğunu her zamanki gibi belirtmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre kamu görevlilerinin aksine başvuru, devletin tarafsızlığını temsil eder bir pozisyonda değildir. Dolayısıyla kamu binalarında dini sembol ve kıyafetlerin kullanımının konu olduğu davalardan ayrı bir durum oluşmaktadır. Bunun yanında başvuru takkeyi dini inancı dışında bir nedenle taktığına dair şüphe duyulacak bir neden de bulunmamaktadır. Dahası başvuru, yerel mahkemede görülen davaya çağrıldığında gelmiş, söylendiğinde ayağa kalkmış, kısacası mahkemeye saygısızlığa varan herhangi bir tutum içerisinde olmamıştır. Bütün bu nedenler bir araya geldiğinde İHAM, devletin takdir marjını aştığını belirtmiş, Bay Hamidovic'in aldığı cezanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığına hükmederek, Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

³⁵⁴ İHAM, Hamidovic v. Bosna Hersek, 57792/15, 05/12/2017.

İHAM'ın bu konuda verdiği en yakın tarihli karar ise *Lachiri v. Belçika* davasıdır.³⁵⁵ Kardeşinin öldürülmesi sebebiyle yürütülen bir ceza yargılamasına sivil müdahil olarak katılan Bayan Lachiri, Müslüman bir kadın olarak başörtüsü giymektedir. Duruşma esnasında mahkeme başkanı başörtüsünü çıkarması yönünde kendisini uyarmış, aksi halde duruşma salonuna giremeyeceğini belirtmiştir. Bayan Lachiri ise başörtüsünü çıkarmayı reddetmiş ve duruşmaya katılmamıştır. Devamında din özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile İHAM'a başvurmuştur. Mahkeme yaptığı incelemede *Hamidovic* davasında ortaya koyduğu ilkeleri takip ederek, başvurunun kamu görevlisi olmadığını ve devleti temsil etmediğini işaret etmiştir. İHAM kararda kamusal alan-özel alan ayırımına da vurgu yapmıştır. Buna göre bir mahkeme, örneğin bir işyerinin aksine kamusal alanın bir parçasıdır ancak halka açık bir cadde veya meydan ile karşılaştırılabilecek kadar da kamuya açık değildir. Eğitim kurumları da buna benzemektedir. Mahkeme'ye göre bu gibi mekânlarda devlet, dini inançlara karşı tarafsız olmak ve başkalarının haklarını korumak adına kişilerin din ya da inancı açıklama hakkını kısıtlayabilir. Fakat söz konusu vakada başvurunun duruşma salonundan çıkarılması ile güdülen meşru amaç kamu düzeninin korunması olarak izah edilmiştir. Ne var ki başvuranın mahkemeye saygısızlık yaptığına ve yargılamayı engellediğine dair bir gösterge bulunmamaktadır. Bundan ötürü Mahkeme, demokratik toplumda gerekli olmayan bir kısıtlama ile başvurunun din özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu başlık altında incelenen kararlarda Mahkeme'nin, devletin takdir marjı doktrinine eskisi kadar fazla değinmediği görülebilir. Yakın tarihli kararlarda görülen bu yaklaşım, İHAM'ın dini kıyafet ve sembollere ilişkin kararlarında yerel makamlara geniş bir takdir marjı tanımaktan ziyade etkili bir ölçülülük incelemesi yapacağı yönünde muhtemel bir değişim olarak değerlendirilmiştir.³⁵⁶

³⁵⁵ İHAM, *Lachiri v. Belçika*, 3413/09, 18/09/2018.

³⁵⁶ Paul Kaushik, "Lachiri v Belgium and Bans on Wearing Islamic Dress in the Courtroom: An Emerging Trend", *Ecclesiastical Law Journal*, C. 21, S. 1, 2019, ss. 52-53.

Türkiye’de ise hakim ve savcıların kılık ve kıyafeti Hakim ve Savcıların Resmi Kıyafet Yönetmeliği’nde kurala bağlanmıştır. Bu yönetmeliğin 7. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Bu Yönetmelikte yazılı cübbeler, "Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik'in" 5'inci maddesinde belirtilen kıyafetin üzerine giyilir.”³⁵⁷

Yargıtay personeli için Yargıtay Kıyafet Yönetmeliği, Danıştay personeli için Danıştay Kıyafet Yönetmeliği uygulanmaktadır. İki yönetmelikte de tıpkı Hakim ve Savcıların Resmi Kıyafet Yönetmeliği’nin 7. maddesinde belirtildiği gibi cübbelerin, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik'in 5. maddesinde belirtilen kıyafetin üzerine giyileceği belirtilmiştir. Bu çalışmada daha önce de anıldığı üzere söz konusu yönetmeliğin 5. maddesinin (a) bendinde kadın çalışanların “başı daima açık” olması gerektiği yönündeki ifade 2013 yılında kaldırılmıştır. Bu nedenle hakim ve savcıların başörtülü olarak görev yapmalarının önü açılmıştır. Nitekim Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Yargıtay’da görev yapan tetkik hakimleri ve cumhuriyet savcılarının başı kapalı olarak görev yapıp yapamayacakları hususunda görüş talep eden Yargıtay Başkanlığı’na vermiş olduğu cevapta hakim ve savcıların başörtüsü veya şapka takabileceğini bildirmiştir.³⁵⁸

Avukatların mahkeme salonlarında başörtüsü kullanıp kullanamayacağına ilişkin gelişmelere bu çalışmada resmî belgelerde kullanılacak fotoğraflarda başı açık görünme zorunluluğunun incelendiği başlık altında değinilmiştir. Türkiye Barolar Birliği (TBB) Meslek Kuralları’nın 20. maddesi avukatların mahkemelerde yalnızca başları açık olarak görev yapabileceğini tayin etmekteydi. Ancak Danıştay anılan maddede geçen “başları açık” ibaresinin önce yürütmesini durdurmuş daha sonra da bu maddeyi iptal etmişti.³⁵⁹ Devamında TBB, tüm barolara bir duyuru yaparak, Danıştay kararına uygun işlem yapmaları gerektiğini

³⁵⁷ Resmî Gazete, Tarih: 29/3/1998, Sayı: 23301

³⁵⁸ https://www.ntv.com.tr/turkiye/hsykdan-basortusu-karari.H_YFDRY_00uCbidl_YF0vA, Erişim Tarihi: 14.01.2021

³⁵⁹ Danıştay, 8. Daire, E. 2012/5257, K. 2014/8567, 12.11.2014.

işaret etmiştir.³⁶⁰ Söz konusu Danıştay başvurusu henüz karar aşamasında iken Avukat Tuğba Arslan, Ankara 11. Aile Mahkemesi’nde duruşmaya başörtüsü ile katılmak istemişse de hakim, avukatların duruşmada başörtülü olarak görev yapamayacağı gerekçesiyle duruşmayı ertelemiştir. Tuğba Arslan bu müdahalenin, savunma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı, çalışma hakkı, din ve vicdan özgürlüğü ve ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmuştur.³⁶¹ AYM, Danıştay’ın TBB Meslek Kuralları’nda geçen “başları açık” ibaresi hakkında yürütmenin durdurulması kararına da atıf yaparak müdahalenin kanuni bir dayanağı bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca başvuru, başörtüsü kullanmayan avukatlara göre dezavantajlı bir konuma düşürülmüş, bu dezavantajlı konuma düşürülmesine ilişkin makul ve nesnel gerekçeler ile somut olgu ve veriler sunulamamıştır. AYM, din ve vicdan özgürlüğü ve bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. AYM, savunma hakkının ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddialarının ise kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Gerek mevzuat gerekse yüksek mahkeme kararları göz önüne alındığında, bugün Türkiye’deki mahkeme salonlarında başörtüsü kullanımında açık bir serbesti bulunduğunu söylemek gerekir.³⁶² Diğer dini kıyafet ve sembollerin kullanımına ilişkin düzenleme ve uygulama ise belirsizdir.

3.7. Kamusal Alanda Dini Sembol ve Kıyafetlerin Kullanımı

Jürgen Habermas’ın 1962 yılında yayınladığı “Kamusallığın Yapısal Dönüşümü: Burjuva Toplumunun Bir Kategorisi Üzerine”³⁶³ isimli kitabı ile paradigma halini

³⁶⁰ Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı, Duyuru No: 2015/47, Tarih: 27.04.2015 <https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/2015/20150706171524083.pdf>, Erişim Tarihi: 15.01.2021

³⁶¹ AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, 2014/256, 25.06.2014.

³⁶² Bu durumun gerek laiklik ilkesi gerekse hakim ve savcıların tarafsızlığı yönünden toplum üzerinde uyandırdığı etki ise tartışmalıdır. Konu hakkında Almanya üzerine yapılan bir çalışma için bkz. Haleh Chahrokh, **Discrimination in the Name of Neutrality: Headscarf Bans for Teachers and Civil Servants in Germany**, Human Rights Watch, 2009, ss. 49-51.

³⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Jürgen Habermas, *Kamusallığın Yapısal Dönüşümü: Burjuva Toplumunun Bir Kategorisi Üzerine*, Çev. Tanıl Bora, Mithat Sancar, İletişim Yayıncılık, 2010.

alan “kamusal alan” kavramı, bu başlık altında bu anlamından bağımsız bir biçimde kullanılmıştır. Özetle kamusal alanlar, kişilere ait özel mülkler dışında kalan kamuya açık alanlardır. Örneğin; caddeler, sokaklar, parklar, meydanlar veya plajlar bu kategoridedir. Elbette kamu binaları, metro ve tren gibi kamunun ortak mülkiyetindeki ulaşım araçları, büyük alışveriş merkezleri veya kütüphaneler de kamusal alanlar içine girmektedir. Ancak bu alanlar “yarı-kamusal” alanlara benzerler. Zira bu alanlara girebilmek için belli bir ücret ödemek, bilet almak, randevu almak veya belli bir kontenjana tabi olmak gerekir. Dolayısıyla bu çalışmada mahkemeler ve eğitim kurumları gibi kamu binalarında dini sembol ve kıyafet kullanımına ayrı başlıklar altında değinilmiştir. Bu başlık altında ise kamu binaları dışında kalan kamuya açık alanlarda dini sembol ve kıyafetlerin kullanımı incelenmektedir.

Ahmet Arslan ve diğerleri v. Türkiye davası, bu konuda İHAM önüne gelen ilk başvurudur.³⁶⁴ Başvuruya konu olayda Aczimendi tarikatına mensup 127 kişi tarikata özgü siyah renkli sarık, cübbe ve şalvarlar giyip, bir de asa taşıyarak Ankara’da şehir turu yapmışlardır. Bunun üzerine başvuranlar hakkında 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası’na muhalefetten Devlet Güvenlik Mahkemesi, “2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun’a” muhalefetten ise ceza mahkemeleri önünde dava açılmıştır. Başvurucular hakkında “2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun” ile “671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun’a” muhalefet ettikleri gerekçesiyle hüküm kurulmuştur. İHAM yaptığı incelemede, başvuruçuların giymiş olduğu kıyafet ve sembollerin dini inancın yerine getirilmesi amacıyla giyildiğini tespit ederek, Sözleşme’nin 9. maddesinde yer alan din ve inanç özgürlüklerine müdahale edildiğini belirtmiştir. Mahkeme, müdahalenin kamu düzeninin ve güvenliğinin sağlanması ile başkalarının haklarını korumak amaçlarına özgülendiğini işaret etmiştir. Buradan hareketle, başvuruçuların kamu düzenini bozdukları veyahut başkaları üzerinde baskı kurduklarına dair bir delil bulunmadığından ötürü dini inancı açıklama özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. İHAM’a göre bu dava, devletin

³⁶⁴ İHAM, Ahmet Arslan ve diğerleri v. Türkiye, 41135/98, 23.02.2010.

dinler karşısındaki tarafsız tutumunun, kişilerin dini inancı açığa vurma hakkından önde tutulabileceği kamu binalarında getirilen yasaklara ilişkin davalardan ayrılmaktadır. Mahkeme, herkese açık kamusal alanlarda dini kıyafet ve sembollerin kullanımını yasaklayan bu müdahalenin demokratik toplumda gerekli bir tedbir olmadığına hükmetmiştir. Zira başvuru devlet tarafsızlığına zarar verecek bir pozisyonda değildir.

2011 yılında Fransa ile Belçika’da yürürlüğe giren ve devamında birçok Avrupa ülkesinde kanunlaşan “burka yasakları” gerek İHAM gerekse BM İHK önüne defalarca gelmiştir.³⁶⁵ Bu konuda İHAM önüne gelen *S.A.S. v. Fransa* başvurusu önem arz etmektedir.³⁶⁶ Karara konu başvuruda Müslüman bir kadın ve Fransız vatandaşı olan başvuru, yüzü örten kıyafetler giyilmesine ilişkin yasağın ardından kamuya açık alanda dini inancı gereği burka giymesinden ötürü cezalandırılmasından şikâyetçidir. Başvuru inançlı bir Müslüman olduğunu, peçeyi de dini inancının bir gereği olduğuna inandığından ötürü taktığını belirtmiştir. Başvuru kendi ifadesine göre yüzünü her zaman örtmemektedir. Örneğin, pasaport kontrollerinde, kamu binalarında yani yüzünün görünmesi gereken yerlerde peçesini çıkartmasının problem oluşturmadığını hatta arkadaşları ile sosyalleşirken çoğunlukla peçe takmadığını ifade etmiştir. Ancak Ramazan ayı ve benzeri dini günlerde kullanmak istediği zaman peçe giyebilmesi gerektiğini düşünmektedir. Başvuru, ailesindeki erkeklerin kendisine peçe takması yönünde bir baskı yapmadığını da eklemiştir. Davayı inceleyen Mahkeme, Sözleşme’nin 8. (özel ve aile hayatına saygı hakkı), 9. (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) ve bu maddelerle bağlantılı olarak 14. maddesinin (ayrımcılık yasağı) ihlal edilmediğine hükmetmiştir. İHAM müdahalenin Müslüman kadınlar üzerine “olumsuz bir durum oluşturduğunu” kabul etmiştir. Fransız Hükümeti müdahalenin kamu güvenliğinin sağlanması ve toplumun birlikte yaşaması için gerekli önlemlerin alınması meşru amaçlarına özgülendiğini ileri sürmüş ise de İHAM yalnızca kamu güvenliği söz konusu olduğunda değil, her zaman geçerli, genel bir burka yasağı konulmasının kamu güvenliğinin sağlanması bakımından

³⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sayın, “Avrupa’da Burka Yasakları Üzerine Bir İnceleme”, ss. 180-93.

³⁶⁶ İHAM (Büyük Daire), *S.A.S. v. Fransa*.

demokratik toplumda gerekli bir önlem olmadığını vurgulamıştır. İHAM başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve toplumun birlikte yaşaması için engellerin kaldırılmasının demokratik toplumda gerekli olabileceğini belirterek ikinci meşru amaca özgülünen tedbiri gerekli bulmuştur. Mahkeme'ye göre kolektif bir toplum hayatı için kişilerin birbirleri ile iletişim kurması kaçınılmazdır. Yüzü kapatan örtüler ise bu iletişimi engellemekte, birlikte yaşam idealine zarar verebilmektedir. Son olarak; İHAM yapmış olduğu orantılılık incelemesinde ise yasağın yalnızca Müslüman kadınları hedef almadığından, genel olarak yüzü kapatan kıyafetleri hedeflediğinden hareketle yasağın orantısız olmadığına hükmetmiştir. Ancak yasağın az sayıdaki burka giyen Müslüman kadın üzerinde güçlü bir olumsuz etki oluşturabileceğini, dinler arası hoşgörüsüzlüğe yol açarak nefret suçlarının işlenmesine yol açabileceğini³⁶⁷ ve Müslüman toplumu incitebileceğini de not etmiştir. Uluslararası sivil toplum örgütleri de Mahkeme'ye bu doğrultuda görüşler sunmuşlardır. Fakat İHAM'a göre bu bir toplumsal tercihtir ve devletlerin takdir marjı dahilindedir. Burada kısaca not etmek gerekir ki gerek burka yasakları gerekse diğer dini kıyafet ve semboller söz konusu olduğunda bu yasaklardan en fazla kadınlar etkilenmektedir. Çünkü hakkın öznesi kişiler genellikle kadınlar olmaktadır. Öte yandan devletler, yasakların cinsiyet eşitliğini sağlamak amacıyla yürürlüğe konduğunu da öne sürebilmektedir.³⁶⁸ Bu husus, öğretilerde de tartışma alanı bulmaktadır.³⁶⁹

S.A.S. kararını takiben yine burka yasakları ile ilgili iki başvuru daha İHAM'ın önüne gelmiştir. Belçika'da uygulanan burka yasağına muhalefetten cezai yaptırım ile karşılaşan iki Müslüman kadının başvurularını içeren *Dakir v. Belçika*³⁷⁰ ile *Belcacemi ve Oussar v. Belçika*³⁷¹ kararlarında da İHAM, S.A.S.

³⁶⁷ Nefret suçu kavramı ve Türk Ceza Kanunu'ndaki yeri hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Asuman Aytekin Inceoğlu, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun 'Nefret Suçu' Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 150, 2015.

³⁶⁸ S.A.S. v. Fransa davasına müdahil devlet olarak katılan Belçika, peçenin kadın erkek eşitliğini zedeleyici bir sembol olduğunu öne sürmüştür. İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, par. 86-88.

³⁶⁹ Erica Howard, "Banning Islamic Veils: Is Gender Equality a Valid Argument?", **International Journal of Discrimination and the Law**, C. 12, S. 3, 2012, ss. 147-65.

³⁷⁰ İHAM, *Dakir v. Belçika*, 4619/12, 11.07.2017.

³⁷¹ İHAM, *Belcacemi ve Oussar v. Belçika*, 37798/13, 11.07.2017.

kararını takip etmiş, demokratik toplumda birlikte yaşamın sürdürülebilmesi için müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme devletin takdir marjının genişliğine bu kararlarında da vurgu yapmıştır. Zira Mahkeme'ye göre devletler ülkelerindeki yerel politikaları ve gereksinimleri Mahkeme'den daha iyi bilmektedirler.³⁷²

BM İHK'nın önüne gelen davalarda ise İHAM'ın tam tersi bir yaklaşım sergilediğini söylemek mümkündür. İki benzer dava olan *Sonia Yaker v. Fransa*³⁷³ ve *Miriana Hebbadj v. Fransa*³⁷⁴ başvuruları burka yasaklarına ilişkindir. Nisan 2011'de yürürlüğe giren "Kişilerin Kamuya Açık Alanlarda Yüzlerini Kapatmalarının Yasaklanmasına İlişkin Kanun'a" muhalefet ettikleri gerekçesi ile cezalandırılan Fransız vatandaşı iki kadın BM İHK'ya başvurmuştur. Fransa yasaklamanın kamu güvenliğinin sağlanması ile birlikte yaşam ve başkalarının haklarının korunması amacıyla konulduğunu öne sürmüştür. BM İHK yaptığı incelemede yasağın kamu güvenliğinin sağlanması adına gerekli olmadığını, birlikte yaşam ve başkalarının haklarının korunması bakımından ise devletlerin, yüzünü örten Müslüman kadınların bu toplumsal amaca nasıl, ne şekilde zarar verdiğine ilişkin somut veri sunması gerektiğini kaydetmiştir. Komite kararında ayrıca, kamusal alanda herhangi biriyle iletişime geçme hakkı veya kişilerin burka giymesinden hoşlanmama hakkı gibi bir hak bulunmadığını da ekleyerek, müdahalenin MSHS'nin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 18. ve hukuk önünde eşitlik hakkını düzenleyen 26. maddelerini ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Türkiye'de kamusal alanda dini sembol ve kıyafetlerin kullanımı konusunda bir sınırlama yoktur. Ancak bu serbesti de factodur. Yani fiili bir durumdan ibaret olup, aksini emreden kanunlar bulunmaktadır. Örneğin, Türkiye'ye karşı yapılan bir başvuru olan Ahmet Arslan ve diğerleri başvurusunda 671 sayılı "Şapka İktisası Hakkında Kanun" ve 2596 sayılı "Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair

³⁷² İHAM, Dakir v. Belçika, par. 60.

³⁷³ BM İHK, Yaker v. Fransa, 2747/2016, 17.07.2018.

³⁷⁴ BM İHK, Hebbadj v. Fransa, 2807/2016, 17.07.2018.

Kanun” öne çıkmaktadır.³⁷⁵ Anılan kanunlara göre şapka takmak umuma yönelik bir zorunluluktur. Ayrıca 2596 sayılı kanunda ibadete ayrılan mekânlar ve ibadet yapılan zamanlar dışında dini kıyafetler giyilmesi yasaklanmıştır. Bu kanunların hala yürürlükte olduğunu belirtmek gerekir zira Anayasa’nın “İnkılap Kanunlarının Korunması” başlıklı 174. maddesi mezkûr kanunları özel olarak korumaktadır. Fakat 671 sayılı “Şapka İktisası Hakkında Kanun’a” muhalefeti suç addedip yaptırıma bağlayan Türk Ceza Kanunu’nun 222. maddesi 2014 yılında mülga olmuştur.³⁷⁶

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile kurulan Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu (TİHEK) “*İnsan haklarını korumak ve geliştirmek, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması için çalışmak, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek*” misyonu ile kurulduğu öne sürülen bir ulusal önleme mekanizmasıdır. Kamuya açık alanda dini sembol ve kıyafetlerin kullanımına ilişkin pek çok vaka TİHEK önüne gelmiştir. Bunlardan ilki bir gazeteci olan C.A.’nın televizyon ekranında EBA TV’de ders veren başörtülü bir öğretmen hakkında yaptığı açıklamalardır.³⁷⁷ Vakayı, gelen başvurular üzerine re’sen inceleyen TİHEK, işbu açıklamalar sebebiyle; 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun 3. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. C.A. katıldığı televizyon programında “*Milyonlarca öğrenciye rol model olarak türbanlı öğretmeni vermek çok yanlış.*”, “*Öğretmenin görüntüsü türbanlı öğretmen değil. Yani imaj olarak.*” ve “*imaj olarak türbanlı öğretmenle başlamak kadar facia bir şey olamaz*” ifadelerini kullanmıştır. TİHEK yapmış olduğu incelemede ırk, dil, tabiiyet, cinsiyet, siyasi ve felsefi düşünce, mezhep ve benzer sebeplerle ayrımcılık yapan veya kişileri aşağılayan yayınlar yapılamayacağından bahisle ihlal kararı vermiş, hem C.A.’ya hem de televizyon kanalına idari para cezası uygulamıştır. Bu kararın bazı yönlerinin hukuken sorunlu olduğunu

³⁷⁵ 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun: Resmî Gazete, Tarih: 28.11.1925, Sayı: 230, 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun: Resmî Gazete, Tarih: 13.12.1934, Sayı: 2879.

³⁷⁶ Resmî Gazete, Tarih: 13.04.2014, Sayı: 28940

³⁷⁷ TİHEK, Re’sen İnceleme, Karar No: 2020/198

belirtmek gerekir. TİHEK, yapısı gereği ayrımcılık iddialarını incelemektedir. Söz konusu vakada kime, ne şekilde ayrımcılık yapıldığı belli değildir. Ayrımcılık yasağından söz ettiğimizde tabii olarak bir öznenin, diğer kişilere oranla dezavantajlı duruma düşmesi söz konusu olur. Eğer bir özne mevcut değilse, öyleyse ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinden de söz edilemez. Ancak C.A.’nın nefret söyleminde bulunduğu söylenebilir. Bu durumda başkaca idari ve cezai tedbirler alınması daha uygun olacaktır. İHAM da zaten, nefret söyleminin sözleşmenin koruması dışında kalacağını belirtmektedir.³⁷⁸ Örneğin, üyesi olduğu siyasi parti tarafından kendisine verilen, ikiz kuleleri yangın halinde gösteren ve üzerinde “*İslam, Britanya’dan dışarı*” yazısı yer alan posteri penceresine asan başvuru bir dini gruba karşı düşmanlıktan ötürü ceza almıştır.³⁷⁹ İfade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme’ye başvuran Norwood’un başvurusu kabul edilemez bulunarak reddedilmiştir. İHAM, söz konusu posterin Sözleşme’nin 17. maddesinde yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında yer aldığından başvuranın ifade özgürlüğü bağlamında koruma isteyemeyeceğini tespit etmiştir.

TİHEK’in diğer bir kararı da havuza haşema ile girilmesine izin verilmeyen bir kadının başvurusudur. İkamet ettiği yazlık sitede havuza haşema ile girmesi engellenen başvuru, din temelli ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle site yönetiminden şikâyetçi olmuştur.³⁸⁰ TİHEK, meri mevzuatta haşemayı yasaklayan hiçbir hüküm olmadığını belirtmiş, bu sebeple müdahalenin kanuni olmadığına karar vermiştir. Site yönetimi, sınırlamanın sağlık sebebiyle yapıldığını öne sürmüştür. TİHEK, konuyu Sağlık Bakanlığı’na sormuş ve haşemanın havuz için herhangi bir sağlık tehlikesi yaratmayacağı cevabını almıştır. TİHEK bu doğrultuda, müdahalenin gerekli olmadığını, başvurunun haşema giymeyen kişilere nazaran dezavantajlı konuma düşürüldüğünü ve doğrudan ayrımcılığa uğradığını tespit etmiştir. Kurum, site yönetimine idari para cezası uygulamıştır.

³⁷⁸ Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü**, Ankara: Avrupa Konseyi, 2018, ss. 35-36.

³⁷⁹ İHAM, Norwood v. Birleşik Krallık, 23131/03, 16.11.2004. (Kabul Edilemezlik kararı).

³⁸⁰ TİHEK, R.A.-A.E. Başvurusu, 2019/3404

3.8. Okullar ve Üniversitelerde Dini Sembol ve Kıyafetlerin Kullanımı

Dini sembol ve kıyafetlerin kullanılması bakımından toplumun ilgisini en çok çeken alanların okullar ve üniversiteler olduğu söylenebilir. Hemen belirtmek gerekir ki bu bağlamda incelemeye konu olan okullar ve üniversitelerin tamamına yakını devlet bünyesinde faaliyet gösteren eğitim kurumlarıdır. Devlet bünyesinde olmakla kastedilen ise organizasyonun, finansmanın ve yönetimin devlet kurumları tarafından gerçekleştirilmesidir. Ancak devlet-özel okul ayrımının da çok keskin olmadığını ifade etmek yerinde olacaktır. Konunun devamında daha da iyi anlaşılacağı üzere öğrenciler ve öğretmenler eğitim kurumlarında dini sembol ve kıyafetler kullanırken farklı ölçütlere tabi tutulmaktadırlar. Bu sebeple ayrı ayrı incelenmeleri faydalı olacaktır.

3.8.1. Öğretmenler ve Öğretim Elemanları

Hak ve özgürlüklere sahip bireyler olarak öğretmenlerin de düşünce, vicdan ve din özgürlüğü bulunur ve bu özgürlükle birlikte gelen din ya da inancı açığa vurma hakkına da sahiplerdir. Ancak öğretmenlerin sahip oldukları öğretici konumunu kendi inançlarını öğrencilere dayatmak için istismar etmeleri ise “hakkın kötüye kullanımı” olarak değerlendirilebilmektedir. Zira böyle bir eylem, öğrencilerin din ve inanç özgürlüğü veya eğitim haklarını tehlikeye atabilecektir.

Sözü edilen iki hakkın karşı karşıya geldiği ilk dava *Dahlab v. İsviçre* vakasıdır.³⁸¹ Din değiştirerek Müslüman olan ilkökul öğretmeni Bayan Dahlab, okul yönetiminin derste başörtüsü takılmasının yasaklanmasına ilişkin kararından şikâyetçidir. Halbuki başvuru birkaç yıl boyunca okulda başörtüsü kullanmış ve bir uyarıyla karşılaşmamıştır. İsviçre Federal Mahkemesi’ne yapmış olduğu başvuru olumlu sonuçlanmayan başvuru din ve inanç özgürlüğü ile buna bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasıyla İHAM’a başvurmuştur. Mahkeme başörtüsünü “güçlü bir dışsal sembol” olarak değerlendirerek “başörtüsü takılması yalnızca, toplumsal cinsiyet eşitliği ilkesi ile bağdaşması güç olan dini bir emirle kadınlara dayatılıyor gibi görüldüğünden,

³⁸¹ İHAM, Dahlab v. İsviçre. (Kabul Edilemezlik kararı).

demokratik toplumda tüm öğretmenlerin öğrencilerine aşılması gereken hoşgörü, başkalarına saygı, ayrımcılık yasağı ve eşitlik mesajları ile de uzlaştırılması zor görünmektedir” tespitinde bulunmuştur. Bu tespitten hareketle Mahkeme, yaşları 4 ila 8 arasında değişen öğrencilerin yaşını ve bu nedenle maruz kalabilecekleri dini baskıyı da dikkate alarak, başvurucuya getirilen yasağın demokratik bir toplumda gerekli bir tedbir olduğuna karar vermiştir. Mahkeme’ye göre öğrencilerin din ve inanç özgürlüğü ile başvurucunun dini inancı açıklama özgürlüğü arasında adil bir denge kurulmuş; başkalarının haklarının korunması amacına özgülünen tedbirle devletin takdir marjının aşılmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak, başvuru kabul edilemez (açıkça dayanaktan yoksun) bulunarak reddedilmiştir. Başvurucunun kadın olduğu için bu yasağa maruz kaldığına ve cinsiyet temelli ayrımcılığa uğradığına ilişkin iddiası ise 9. madde iddiası ile aynı akıbeti paylaşmıştır. Çünkü Mahkeme, sınırlamanın başvurucunun cinsiyetine ilişkin olmadığını, dini kıyafet ve sembol giyen erkekleri de kapsadığını vurgulamıştır.

Dahlab kararına benzer bir kabul edilemezlik kararı da *Kurtulmuş v. Türkiye* vakasıdır.³⁸² İstanbul Üniversitesi’nde öğretim elemanı olarak çalışan başvurucunun ders anlatırken başörtüsü takması yasaklanmıştır. Halbuki başvurucu yıllardır başörtüsü ile derslere girmektedir. Hakkında açılan disiplin soruşturmaları sonucu cezalar alan başvurucu eyleminde ısrar etmiş, nihayetinde istifa etmiş sayıldığı kararlaştırılmıştır. Başvurucu İHAS’ın 8, 9 ve 10. maddeleri ile güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı, din ve inanç özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile İHAM’a başvurmuştur. Mahkeme, din ve devlet arasındaki ilişkinin özel durumu göz önüne alındığında yerel politika yapıcının takdir marjına ağırlık verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme’ye göre devlet, başkalarının haklarının korunması amacı güderek din ya da inancın açığa vurulmasına sınırlama getirebilir. Bu başörtü takılmasını da kapsar. İHAM, kamu görevlisi olmayı kendi isteği ile seçen başvurucunun, halihazırda yürürlükte olan kurullarla bağlı olduğunu da vurgulamış, başvurucuya uzun bir süre hoşgörü

³⁸² İHAM, Kurtulmuş v. Türkiye. (Kabul Edilemezlik kararı).

ile yaklaşılmasının bu kuralların bağlayıcılığını ortadan kaldırmayacağını da ifade etmiştir. Zira tüm kamu görevlilerine uygulanan kılık-kıyafet yönetmeliği, Türkiye'nin kurucu ilkelerinden laiklik ilkesinin gereği olarak eğitimin laik ve tarafsız gerçekleştirilmesine yöneliktir. Sonuç olarak Mahkeme, devletin takdir marjı göz önüne alındığında; sınırlamanın haklı gerekçelere sahip ve orantılı olduğuna karar vermiştir.

Günümüzde Türkiye'de hem öğretmenler hem de öğretim elemanları için başörtüsü serbesttir.³⁸³ Öğretmenler ve öğretim elemanları için de geçerli olan düzenlemelerin detayları “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik” çerçevesinde bu çalışmada anlatılmıştır.

3.8.2. Öğrenciler

Dahlab kararında İsviçre Hükümeti, öğretmenlere uygulanan başörtüsü yasağının öğrencilere uygulanmadığını belirtmiştir. Zira hükümete göre, öğrencilere uygulanacak olan başörtüsü yasağı kurumun laik yapısını ve kilise-devlet ayrımını korumaya yönelik gerekli bir tedbir değildir. Ancak oldukça yankı bulan *Leyla Şahin v. Türkiye* kararında İHAM, öğrencilere uygulanacak olan başörtüsü yasağının da yükseköğretim kurumunun ve eğitimin laik yapısını korumak meşru amacına hizmet edebileceğini kabul etmiştir.³⁸⁴ Söz konusu davada İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi öğrencisi olan Leyla Şahin, başvuru konumundadır ve başörtüsü kullanarak derslere devam etmektedir. 1998 yılında İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü, öğrencilerin derslere ve sınavlara başörtüsü ile girmesini yasaklayan bir genelge yayınlamıştır.³⁸⁵ Şahin, bu sebeple sınavlara ve derslere

³⁸³ Üniversite disiplin soruşturmasına konu olmuş bir vakada, bir araştırma görevlisine hitaben “Bakın başörtülü biri geldi, ben gericilerle çalışmak istemiyorum.” şeklinde bir ifadenin kişinin cezalandırılmasına yol açabileceği belirtilmiştir. Danıştay, 1. Daire, E. 2020/3 K. 2020/198, T. 12.02.2020.

³⁸⁴ İHAM (Büyük Daire), Leyla Şahin v. Türkiye.

³⁸⁵ Genelgenin ilgili bölümü alıntılandığı gibidir: “Anayasa, yasa, yönetmelikler, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Üniversite Yönetim Kurulu Kararları doğrultusunda, (yabancı uyruklu öğrenciler dahil) bayan öğrencilerin başları bağlı olarak (başörtülü olarak), erkek öğrencilerin sakallı olarak ders, staj ve uygulamalara alınmaları gerekmektedir. Bu nedenle öğrencilere ait yoklama listelerine, başları bağlı veya sakallı öğrencilerin numara ve adı yazılmamalı, numaraları ve adları listede olmadığı halde, pratik ve dershaneye girip orada bulunmakta ısrar eden öğrenciler uyarılmalı ve dershaneden çıkmıyorsa, isim ve numaraları

girememiştir. Yasağa karşı önce İstanbul İdare Mahkemesi, ardından Danıştay'a yaptığı başvurulardan olumsuz sonuç alan Şahin, eğitimine Avusturya'da devam etmek üzere Türkiye'den ayrılmıştır. Bunun üzerine Şahin, din ve inanç özgürlüğünün, 1 No'lu protokolün 2. maddesinde yer alan eğitim hakkının ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiası ile İHAM'a başvurmuştur. Mahkeme, yasağın hukuken öngörülebilir olup olmadığı konusundaki ihtilafı incelemiş ve Danıştay ve AYM'nin içtihatlarını hatırlatarak başvuruçunun uygulamayı önceden bildiğini, sınırlamanın yasal dayanağa sahip olduğunu tespit etmiştir. Türkiye'de anayasal bir ilke olan laiklik ilkesinin eğitim alanında da korunması amacıyla yükseköğretim kurumlarında dini sembol ve kıyafetlere sınırlama getirilmesini makul bulan Mahkeme, bu sınırlamanın ayrıca başkalarının haklarının ve kamu düzeninin korunması meşru amaçlarına hizmet ettiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde dini kıyafet ve sembollere ilişkin yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır. Dolayısıyla devletler bu alanda geniş bir takdir marjına sahiptir. Gerek bu hususu gerekse dini bir zorunluluk olarak algılanabilen başörtüsünün, başörtü takmayanlar üzerindeki olumsuz etki doğurabilme potansiyelini -köktenci akımları da dikkate alarak- göz önünde bulunduran İHAM, ihlal bulunmadığı kararını vermiştir.

Mahkeme *Leyla Şahin* kararında uyguladığı yaklaşımın benzerini *Köse ve diğer 93 başvuru v. Türkiye* kararında da devam ettirmiştir.³⁸⁶ İmam hatip ortaokulu öğrencilerinin okulda başörtüsü takmalarının yasaklanması ile ilgili olan bu davada başvuruçular, uygulamanın din ve vicdan özgürlüğü kapsamında dini inancı açıklama özgürlüklerini ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuşlar ancak başvuruları kabul edilemez bulunarak reddedilmiştir. Başvuruçular yasaklamanın, Sözleşmenin 1 no.lu Protokolü'nün 2. maddesinin ihlali niteliğinde olduğunu da öne sürmüşlerdir. Zira çocuklarını imam hatip ortaokuluna kaydederken, dini inançlarına uygun bir eğitim alacaklarını düşünmüşlerdir. Mahkeme kısıtlamanın

alınarak, dersin yapılamayacağı kendilerine bildirilmeli ve dershaneden çıkmamakta direniyorlarsa, öğretim üyesi tarafından tutanakla durum saptanarak, dersin engellendiği belirtilmeli ve ders yapılmayarak, durum öğrenciler hakkında cezai işlem yapılmak üzere ilgili Anabilim Dalı, Bölüm ve Dekanlığa/Müdürlüğe ivedi olarak bildirilmelidir.”

³⁸⁶ İHAM, Köse ve 93 diğer başvuru v. Türkiye, 26625/02, 24.01.2006 (Kabul Edilemezlik kararı).

eğitimin laik yapısı içerisinde bütün öğrencilere uygulanan genel bir tedbir olduğunu belirtmiştir. İHAM'a göre bu tedbir, başkalarının haklarını ve okul düzenini korumak ile eğitimde tarafsızlığı sürdürmek amaçlarına özgülenmiş orantılı bir tedbirdir. Ek olarak Mahkeme, kendi içtihadını takip ederek devletin takdir marjını da tekrardan hatırlatmıştır.

İHAM'ın *Leyla Şahin* ve *Köse* kararlarındaki yaklaşımını devam ettirdiği diğer kararlar da *Doğru v. Fransa* ve *Kervancı v. Fransa* kararlarıdır.³⁸⁷ Fransa'da ilköğretim öğrencileri olan bu iki başvuru beden eğitimi derslerine başörtüsü ile katılmakta ısrar etmiş ve öğretmenlerin uyarılarına rağmen başörtülerini çıkarmamışlardır. Başörtüsü giymelerine izin verilmediği için beden eğitimi derslerine devamsızlık yaptıklarından ötürü okuldan atılan başvuru sahipleri İHAM'a başvurmuşlar ancak Mahkeme din ve inanç özgürlüğüne yönelik bir ihlal bulunmadığına karar vermiştir. Mahkeme, müdahalenin sağlık ve güvenlik gerekçesi ile yapıldığını belirterek, yalnızca beden eğitimi dersleri ile sınırlı başörtüsü yasağının orantılı olduğunu tespit etmiştir. Fransa'ya özgü laikliğe vurgu yapan İHAM, devletlerin okullarda dini sembol ve kıyafet düzenlemeleri bakımından geniş bir takdir marjına sahip olduğunu da hatırlatmıştır.

Fransa'da ilk ve orta dereceli okullarda “gösterişli dini semboller ve kıyafetler kullanma yasağı” 2004 yılında yürürlüğe giren düzenleme ile kanunlaşmıştır. Bunu takiben bir dizi başvuru İHAM'ın önüne gelmiştir.³⁸⁸ 2004-2005 eğitim-öğretim yılında gerçekleşen bu olaylarda Müslüman kız öğrenciler başörtüsü takarak, Sih öğrenciler ise “keski” isimli başlığı takarak okula gelmişlerdir. Ancak Fransa'da yürürlüğe giren yeni yasa uyarınca okuldan atılmışlardır. Din ve inanç özgürlüklerinin ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme'ye başvuran öğrencilerin başvuruları kabul edilemez bulunmuştur. Mahkeme müdahalenin kanunla öngörüldüğünü, kamu düzenini ve başkalarının hak ve

³⁸⁷ İHAM, *Doğru v. Fransa*, 27058/05, 04.12.2008; İHAM, *Kervancı v. Fransa*, 31645/04, 04.12.2008.

³⁸⁸ İHAM, *Ranjit Singh v. Fransa*, 27561/08, 30.06.2009; İHAM, *Aktaş v. Fransa*, 43563/08, 30.06.2009; İHAM, *Bayrak v. Fransa*, 14308/08, 30.06.2009; İHAM, *Gamaleddyn v. Fransa*, 18527/08, 30.06.2009; İHAM, *Ghazal v. Fransa*, 29134/08, 30.06.2009; İHAM, *Jasvir Singh v. Fransa*, 25463/08, 30.06.2009 (Kabul Edilemezlik Kararları).

özgürlüklerini korumak gibi meşru bir amaç taşıdığını belirtmiştir. Öğrencilerin okuldan atılmasının ise bu amaç ile orantılı bir müdahale olduğunu ifade eden Mahkeme, müdahale öncesinde öğrencilerin velileri ile diyalog süreci yürütüldüğüne vurgu yapmış ve öğrencilerin özel okul veya uzaktan eğitim seçeneklerine sahip olduğunu da eklemiştir. Mahkeme, Fransa’da anayasal bir ilke olan laikliğin korunması hususunda devletin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu da hatırlatarak müdahalenin bu sınırlar içinde kaldığına hükmetmiştir. Yasanın belirli bir dini veya inancı hedef almadığını, bütün gösterişli dini semboller bakımından geçerli olduğunu işaret eden İHAM, ayrımcılık yasağına ilişkin iddiaları da temelsiz bulmuştur.

BM İHK’nın kararları ise İHAM’dan ayrılmaktadır. Bikramjit Singh isimli bir öğrenci keski taktığı için derslere alınmamıştır. Derslere devam edemeyip okuldan atılan öğrenci, BM İHK’ya başvurmuştur.³⁸⁹ Başvurucu, kamu düzeni veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak gibi devlet politikalarını tehdit eden somut bir davranışı olmadığını iddia etmiştir. Başvurucuya hak veren Komite, başvurunun kamu düzenini bozan veya başkalarının hak ve özgürlüklerini tehdit eden davranışlarına ilişkin somut ve nesnel verilerin Fransız devleti tarafından sunulmadığını belirtmiştir. Ek olarak, başvuru okuldan atılmış ve eğitim hakkından mahrum bırakılmıştır. Komite’ye göre bu yaptırım demokratik toplumda gerekli olamayacak kadar ağır bir yaptırımdır. Sonuç olarak Komite, başvurunun MSHS’nin 18. maddesinde yer alan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Türkiye’deki eğitim kurumlarında ilk ve orta öğretim öğrencilerinin giyim kuşamı “Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelik” ile düzenlenmiştir. Anılan yönetmeliğin “kılık ve kıyafet sınırlamaları” başlıklı 4. maddesinin (e) ve (d) bendi aşağıdaki gibidir:

³⁸⁹ BM İHK, Bikramjit Singh v. Fransa, 1852/2008, 01.11.2012.

“...

d) Okullarda yüzü açık bulunur; siyasî sembol içeren simge, şekil ve yazıların yer aldığı fular, bere, şapka, çanta ve benzeri materyalleri kullanamaz; saç boyama, vücuda dövme ve makyaj yapamaz, pirsing takamaz, bıyık ve sakal bırakamaz,

e) Okul öncesi eğitim kurumlarında ve ilkokullarda okul içinde baş açık bulunur.”

Yönetmeliği bu haline getiren değişiklik yakın bir zamanda yapılmıştır.³⁹⁰ 2014 yılında yapılan değişiklikten önce okul içinde başın açık olması gerektiği, kız öğrencilerin ortaokul ve liselerde yalnızca Kur’an-ı Kerim derslerinde başlarını örtbileceği düzenlenmişti. İmam hatip ortaokulları ve liselerinde ise tüm derslerde başörtüsü serbestti. Yapılan değişiklikle 4. maddenin (d) ve (e) bendi değiştirilmiş, 3. maddenin 6. fıkrası ise mülga olmuştur.

Özetle, bugün Türkiye’de ortaokul ve lise öğrencileri başörtüsü kullanmakta serbesttir. Ancak okul öncesi eğitim kurumlarında ve ilkokullarda yasaktır. Diğer dini sembol ve kıyafetlerin, siyasi bir anlam ihtiva etmemek kaydıyla serbest olduğu yönetmelikten anlaşılmaktadır. Ancak din ya da inanç kaynaklı da olsa sakal bırakmak yasaklanmıştır.

Türkiye’de kamusal alanda dini kıyafet ve sembollerin kullanımı konusunda bir sınırlama olmadığı ancak bu serbestinin fiili olduğu bu çalışmada belirtilmiştir. Üniversite öğrencileri için de 2010 yılından beri benzer bir fiili serbesti hali geçerlidir. 1988’den 2008 yılında kadar başörtüsü serbestliği getirme amacıyla çeşitli kanuni düzenlemeler yapılmış olsa da AYM bu düzenlemeleri iptal etmiştir.³⁹¹ Son değişiklik denemesi 2008 yılında yükseköğretimde başörtüsü serbestliğini sağlamak adına yapılan Anayasa değişikliğidir. Yapılan değişiklikte Anayasa’nın 10. maddesinin 4. fıkrasına, “bütün işlemlerinde” ifadesinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ifadesi;

³⁹⁰ Resmî Gazete, Tarih: 27.09.2014, Sayı: 29132

³⁹¹ AYM, E.1989/1 K.1989/12, Tarih: 07.03.1989, AYM, E. 1990/36 K.1991/8, Tarih: 09.04.1991 ve son olarak AYM, E. 2008/16 K.2008/116, Tarih: 06.06.2008.

Anayasa'nın 42. maddesine, altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

*“Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.”*³⁹²

Anayasa Mahkemesi bu değişikliği “laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu” gerekçesi ile iptal etmiştir:

*“Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gözetildiğinde, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.”*³⁹³

Nihayetinde YÖK Başkanlığı'nın İstanbul Üniversitesi'ne 2010 yılında gönderdiği yazı ile başörtüsü uygulamada serbest hale gelmiştir.³⁹⁴ Fakat bir yandan da AYM kararlarının hukuken geçerliliğini koruduğunu söylemek gerekir.

³⁹² 5735 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun” genel gerekçesinde aşağıdaki cümleler yer almaktadır:

“Yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetlerinden dolayı bazı öğrencilerin eğitim ve öğrenim hakkının engellenmesi kronik bir sorun haline gelmiştir. Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyine üye ülkelerin hiçbirinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır. Buna rağmen ülkemizde uzun bir süredir üniversitelerde bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları bilinmektedir.

Atatürk'ün hedef gösterdiği çağdaş uygarlık düzeyinde “fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür” nesiller yetiştirilmesi, kişilerin yükseköğrenim hakkından kanun önünde eşitlik ilkesi gereği hiçbir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmadan yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenlerle, Anayasanın 10 uncu ve 42 nci maddesinde işbu değişikliklerin yapılması gereği doğmuştur.”

³⁹³ AYM, E. 2008/16, K.2008/116, Tarih: 06.06.2008.

³⁹⁴ <https://www.milliyet.com.tr/gundem/yok-ten-turban-talimati-1297388> (Erişim Tarihi: 11.09.2021)

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ YARGILAMASINA YÖNELİK DEĞERLENDİRMELER

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin düşünce, vicdan ve özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesine ilişkin başvurular Mahkeme tarafından belirli bir usul ile incelenmektedir. Mahkeme öncelikle, şikâyetin 9. madde kapsamına girip girmediğini kontrol edecektir. Sonra, madde kapsamında korunan haklara, devlete yükletilebilir bir müdahale olup olmadığını değerlendirecektir. Müdahale varsa, bunun haklı kılınabilmesi için hukuken öngörülebilir olması, meşru bir amaca hizmet etmesi ve demokratik toplumda gerekli olması gerekecektir. Bu yargılamanın her safhasında karşımıza çeşitli sorunlu noktalar çıkmış, bunlar öğretide çokça eleştiriye tabi tutulmuştur.

Dini sembol ve kıyafetler hakkında önüne gelen davaları incelerken İHAM, bazı kavramların üzerinde fazlaca durmaktadır; bazı kavramları ise tartışmaktan özellikle kaçınmaktadır. Bu değerlendirme bölümü kaleme alınırken ilk olarak bir önceki bölümde anlatılan İHAM kararlarında tartışılan veya tartışmaktan özellikle kaçınılan hususların tespit edilmesi amaçlanmıştır. Daha sonra bu tartışmalı noktalar üzerinde durularak gerek Mahkeme kararlarına gerekse öğretiyeye eleştirel bir bakış açısı ile yaklaşılmıştır. Özellikle Mahkeme'nin gerekçelendirmelerine ve bu gerekçelendirmelerin hukuken sorunlu yönlerine değinmek bu bölümün bir diğer amacıdır.

Bu bölümde İHAM kararlarının yarattığı tartışmaları açıklamak için Mahkeme ve öğretide uzunca tartışılan kararların üzerinde durulmuştur. Bunun yanında davaların ilgili olduğu din ve inançlar ile dini sembol ve kıyafetler de sınıflandırmada dikkate alınmıştır. Bu sebeple istatistiki bilgileri önceden vermek faydalı olacaktır. Dini sembol ve kıyafetlere ilişkin İHAM'a yapılan 20 başvurunun 15'i İslami kıyafetlerle ilgilidir.³⁹⁵ Bunlardan 10'u başörtüsü kararıdır.

³⁹⁵ Fransa'da 2004 yılında yürürlüğe giren "gösterişli dini semboller ve kıyafetler kullanma yasağı" ardından yapılan ve İHAM tarafından aynı anda kabul edilemez bulunan bir dizi başvuru

3'ü burka yasağına ilişkindir. Diğer ikisi ise erkeklere özgü İslami kıyafetler hakkındadır. İHAM'a yapılan üç adet başvuruda ise "haç" söz konusu olmuştur. Son iki başvuru ise Sih türbanını konu edinmektedir.

4.1. Laiklik ve Takdir Marjı Doktrini

Laiklik ilkesi, dini sembol ve kıyafetlere getirilen kısıtlamalarda bazı devletlerin başlıca kaygılarından biri olmuştur. Örneğin *Leyla Şahin v. Türkiye* kararında Türkiye hükümetinin ve İHAM'ın laiklik ilkesine oldukça önemli bir vurgu yaptığı görülebilir.³⁹⁶ Bu karardan daha da önce, İstanbul Üniversitesi'nde öğretim elemanı olarak çalışan bir kadının ders anlatırken başörtüsü takmasının yasaklanmasını konu edinen *Kurtulmuş v. Türkiye* davasında da eğitimin laik ve tarafsız olması gerektiğine değinilmiştir. Yalnızca Türkiye'ye açılan davalarda değil, *Dahlab v. İsviçre*, *Doğru ve Kervancı v. Fransa*, *Ebrahimian v. Fransa* ve *Lautsi v. İtalya* davalarında laiklik vurgusu kararlarda yer bulmuştur.³⁹⁷

Laiklik ve laiklikle bağlantılı olarak dini sembol ve kıyafetlerin niteliği uzun yıllardır tartışılmaktadır. Dini sembol ve kıyafetlere ilişkin İHAM'da görülen davalarda aleyhine en çok başvuru yapılan devletler Fransa ve Türkiye'dir. Bu durum bir tesadüf olmaktan öte, bu iki devletin laikliği nasıl tatbik ettikleri ile ilgilidir. Laiklik pek çok farklı anlama -tıpkı demokrasi ve cumhuriyet kavramları gibi- gelebilir. Dolayısıyla herkesi memnun eden bir laiklik tanımı yapmak zordur. Ancak Temperman'ın kullanışlı tanımına göre laik devlet, dini yasalara ve ilkelere

bu istatistiğe dahil edilmemiştir: İHAM, *Ranjit Singh v. Fransa*, 27561/08, 30.06.2009; İHAM, *Aktaş v. Fransa*, 43563/08, 30.06.2009; İHAM, *Bayrak v. Fransa*, 14308/08, 30.06.2009; İHAM, *Gamaleddyn v. Fransa*, 18527/08, 30.06.2009; İHAM, *Ghazal v. Fransa*, 29134/08, 30.06.2009; İHAM, *Jasvir Singh v. Fransa*, 25463/08, 30.06.2009 (Kabul Edilemezlik Kararları). İHAM'ın din veya inanç kapsamında görmediği "Uçan Spagetti Canavarı" dininin sembolü olan "kevgirin" konu olduğu başvuru da bu istatistiğe dahil değildir: İHAM, *de Wilde v. Hollanda*, 9476/19, 09.11.2021.

³⁹⁶ İHAM (Büyük Daire), *Leyla Şahin v. Türkiye*, par. 112-116.

³⁹⁷ İHAM, *Ebrahimian v. Fransa*, 64846/11, par. 63-71.

bağlı olmayan devlete denir. Bu bağlamda devlet hiçbir dine bağlı olmayacak; herhangi bir din veya mezhep ile pozitif biçimde özdeşleşmeyi reddedecektir.³⁹⁸

Laikliğin uygulanışı her devletin tarihi ve kültürel özelliklerine göre doğal olarak değişecektir. Bu bağlamda öğretilerde, pasif laiklik ve dışlayıcı (assertive) laiklik gibi ayrımlar bulunmaktadır. Devletlerin laiklik ilkesi uygulamalarını en azından genel bir bakış açısıyla betimleyen bu tanımlamalardan olan pasif laiklik, devletin din karşısında adı üzerinde pasif bir tutum olarak dinin kamusal alanda bulunmasına izin vermesidir. Kuru'nun bu sınıflandırmasına göre dışlayıcı laiklik ise kamusal alanı dinden arındırmak ve dini, kişilerin bireysel alanıyla sınırlamak amacını gütmektedir.³⁹⁹

Her devletin dinle ilişkisi kendine özgüdür. Ekonomik, kültürel, sosyal ve dini nedenler gibi birçok tarihsel arka plan bunda rol oynar. Bu da laiklik kavramının iki tipe ayrıldığı bir karşılaştırma yapmayı oldukça zorlaştırmaktadır. Ancak Fransa ve Türkiye'nin diğer devletlerden farklı özellikler taşıdığını da inkâr etmemek gerekir. Fransa, anayasasında "*laik cumhuriyet*" ifadesi bulunan az sayıda batılı ülkeden bir tanesidir.⁴⁰⁰ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri anayasasında böyle bir ifade yer almamaktadır. Türkiye ise Batı değerlerini de barındıran Müslüman bir ülkedir. Eserlerinin öğretilerde oldukça tartışmalı bir yeri bulursa da S. Huntington, "bölünmüş, arada kalmış ülkeler" olarak ifade edilebilecek "the torn countries" kavramına en uygun örnek olarak Türkiye'yi göstermiştir. Zira yaklaşık doksan yıllık bir süre zarfında, Cumhuriyet'in siyasi iradesi ve bürokrasisi ülkeyi Batı bloğunun bir parçası haline getirmeye çalışırken, ülkenin kültürü, tarihi ve gelenekleri batılı değildir.⁴⁰¹ Bu bölünmüşlük din ve devlet ilişkilerine de doğal olarak yansımakta ve Türkiye'yi, İHAM'da görülen

³⁹⁸ Jeroen Temperman, **State-Religion Relationships and Human Rights Law: Towards a Right to Religiously Neutral Governance**, Leiden; Boston, Mass.: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, s. 122.

³⁹⁹ Ahmet T. Kuru, **Pasif ve dışlayıcı laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye**, 1. baskı İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 14.

⁴⁰⁰ "Fransa bölünmez, lâik, demokratik ve sosyal bir Cumhuriyettir." Fransa Anayasası Madde 1.

⁴⁰¹ Samuel P. Huntington, "The Clash of Civilizations?", **Foreign Affairs**, C. 72, S. 3, 1993, s. 42.

dini sembol ve kıyafetlere ilişkin davalarda aleyhine en çok başvuru yapılan devletler arasına sokmaktadır.

Karaduman v. Türkiye kararında Komisyon, hükümetin laiklik ve eğitimde tarafsızlık endişesini meşru kabul etmiştir. Daha sonra *Dahlab v. İsviçre* kararı ile de güçlenen bu kabul, *Leyla Şahin v. Türkiye* kararı ile yerleşik bir içtihat halini almış ve Mahkeme, dini kıyafetlere laiklik gerekçesiyle getirilen kısıtlamaları istikrarlı bir biçimde meşru bulmuştur. Öğretide, İHAM'ın laiklik konusundaki tutumuna katılanlar ve bu tutumu eleştirenler olduğu gibi, katılmasa da Mahkeme'nin görev ve yetkileriyle bağlantılı olarak hukuken tutarlı bulanlar da bulunmaktadır. Öncelikle, bu görüşler aşağıda özetlenecektir.

İHAM ve AYM'nin laiklik hakkındaki ortak görüşlerinin ana fikri, bu ilkenin çoğunluk dini görüşüne dahil olmayanları koruduğu kabulüdür. Nitekim İHAM *Leyla Şahin* kararında “...İslami başörtüsü sorunu Türkiye açısından incelendiğinde, başörtüsü takmayanlar üzerinde, zorlayıcı bir dini zorunluluk gibi tanıtılan ya da algılanan bu simgenin taşınmasının yaratabileceği etki göz ardı edilmemelidir” ifadesini kullanmıştır.⁴⁰² Bu görüşe göre elbette özgür iradeleri ile dini kıyafet ve sembol kullanan kişilere inanç özgürlükleri bağlamında saygı duyulmalıdır. Kişilerin, bu pratiğin dinin bir emri olduğuna yönelik inançlarına sınırlama getirilemez. Bununla birlikte, kullandıkları sembol ve kıyafetlerin sosyal olarak inşa edilmiş anlamları bulunmaktadır. Bu anlamlar başkaları üzerinde etki uyandırabilmektedir. Dolayısıyla anılan görüşe göre forum internum, yani bir inanca sahip olmak değil ancak inancın dışı vurumu sınırlandırılabilir. Bu tedbir, eğitimin laik yapısını korumak için gereklidir. Mahkeme'nin kararları da bu yönden istikrarlı gözükmektedir.⁴⁰³

Başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla laiklik ilkesine dayanılarak yapılan genel bir kısıtlamanın demokratik toplumda gerekli olabileceğini savunan görüş, özellikle proselitizm (“Proselytism”) endişesine dayanmaktadır. Gerçekten

⁴⁰² İHAM (Büyük Daire), *Leyla Şahin v. Türkiye*, par. 115.

⁴⁰³ Karima Bennoune, “Secularism and Human Rights: A Contextual Analysis of Headscarves, Religious Expression, and Women’s Equality Under International Law”, **COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW**, C. 45, S. 367, 2007, ss. 417-18.

çoğunluğu belli bir dine inanan toplumlarda çoğunluk dinine inanmayan veya o dine inansa da bu inancı aynı ifade biçimiyle dışarı vurmamak istemeyen kişiler üzerinde dini kıyafet ve semboller yoluyla baskı oluşabilmektedir. Veyahut cinsiyet eşitliği bağlamında da tartışılması gereken, özellikle kadınların dini kıyafet ve semboller vasıtasıyla ebeveynleri veya partnerleri tarafından baskı altına alındığı da bilinmektedir.⁴⁰⁴ Keza dini kıyafetlerin, anayasal bir ilke olan laikliğe özellikle tarihsel bakımdan tehdit olarak algılandığı devletler de bulunmaktadır.⁴⁰⁵

Bahsedeceğimiz ikinci görüş de ilk görüşle benzer endişeleri taşımakla birlikte farklı bir yol izlemektedir. Her ne kadar dini giysiler giymesi için zorlanan kadınlar bulunsun da hiçbir baskı altında kalmadan, özgür iradesiyle dini sembol ve kıyafetler giyen kadınlar da bulunmaktadır. Uygulanan genel bir yasak bu kişilerin din ve vicdan özgürlüklerinin kısıtlanması anlamına gelecektir. Örneğin, *Leyla Şahin* davasında Yargıç Tulkens de başörtüsünün laiklik ile çatıştığını öne süren çoğunluk görüşüne katılmamıştır. Tulkens karşı oy şerhinde laiklik hakkında üç nokta üzerinde durmuştur: Birincisi, başvuran laiklik ilkesini tartışma konusu yapmadığını ve kendi de bu ilkeyi benimsediğini belirtmiştir. Hükümetin buna itirazı olmamıştır. İkincisi, başvurucunun davranışlarının laiklik ilkesini ihlal ettiğine ilişkin bir kanıt da bulunmamaktadır. Kaldı ki Mahkeme de din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin içtihatlarında bu teste başvurmuştur.⁴⁰⁶ Üçüncüsü, Dahlab v. İsviçre kararında devlet tarafsızlığını simgelemekte olan bir öğretmen söz konusudur ancak Leyla Şahin bir öğrencidir. Devlet görevlisi olan öğretmen ve tarafsızlık gibi bir görevi olmayan öğrenci ayrımı da yapılmamıştır.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Özellikle burka yasakları söz konusu olduğunda cinsiyet eşitliği meselesi kamuoyunda oldukça tartışılmıştır. Ancak İHAM, bir taraf devletin “halihazırda kadınlar tarafından icra edilen bir pratiği yasaklamak için cinsiyet eşitliğine başvuramayacağını” belirtmiştir. İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, par. 119.

⁴⁰⁵ Aernout Nieuwenhuis, “European Court of Human Rights: State and Religion, Schools and Scarves. An Analysis of the Margin of Appreciation as Used in the Case of Leyla Sahin v. Turkey, Decision of 29 June 2004, Application Number 44774/98.”, **European Constitutional Law Review**, C. 1, S. 3, 2005, s. 509.

⁴⁰⁶ Örneğin İHAM, Kokkinakis v. Yunanistan.

⁴⁰⁷ İHAM (Büyük Daire), Leyla Şahin v. Türkiye, par. 7. (Yargıç Tulkens’in muhalefet şerhi)

İnsan Hakları İzleme Örgütü (Human Rights Watch) kadın öğrencilerin başörtüsü giymesine ilişkin kısıtlamaların laiklik ilkesi ile gerekçelendirilemeyeceği yönündeki görüşünü Mahkeme'ye bildirmiştir. Örgüt, Yargıç Tulkens'in karşı oyunda olduğu gibi başvurunun davranışlarının laiklik ilkesini nasıl ve ne şekilde ihlal ettiğine ilişkin kanıtların hükümet tarafından ortaya konulması gerektiği görüşündedir.⁴⁰⁸ Bu görüşte olanlara göre genel bir başörtüsü yasağı din ve inanç özgürlüğünün ihlalidir; hakka müdahale ancak belli özel koşullar altında, laikliğe yönelen gerçek bir tehlike halinde söz konusu olmalıdır.⁴⁰⁹ Bu bakımdan Elver, Mahkeme'nin Türkiye'deki laikliğin sorunlu yönlerini desteklediğini belirtmiş, başörtüsüyle ilgili çoğu hukuki düzenlemenin politik çalkantılar ve askeri darbeler arasında yapıldığını öne sürmüştür.⁴¹⁰

Mahkeme'nin gerekçelendirmesini yeterli bulmasa da görev ve yetkileriyle bağlantılı olarak Mahkeme'yi hukuken tutarlı bulan üçüncü bir görüş olduğunu belirtmiştik. Çalışmanın ikinci bölümünde belirttiğimiz üzere, Sözleşme sistemi tamamlayıcı nitelikte bir koruma sunmaktadır. Takdir marjı doktrini bağlamında hareket eden bu ilke insan haklarının hangi araçlarla korunacağını öncelikle ulusal makamların takdirine bırakmaktadır. Bu takdir yetkisi sosyal ve ekonomik konularda geniş iken, örneğin işkence yasağı söz konusu olduğunda böyle bir yetki alanı yoktur.⁴¹¹ Din özgürlüğü, devletin takdir marjının geniş olduğu alanlardan bir tanesidir.⁴¹² İHAM'ın, devletlerin laiklik ilkesini korumak amacıyla uyguladığı kısıtlamalar yönünden ihlal tespitinde bulunmaması bu sebepten tutarlıdır. Aksi halde Mahkeme, yukarıda bahsedilen iki görüş arasında bir tercih yapmak mecburiyetinde kalacaktır. Böyle bir durumda Mahkeme'nin, davalı

⁴⁰⁸ Human Rights Watch, "Turkey: Academic Freedom in Higher Education, and Access to Higher Education for Women who Wear the Headscarf (Human Rights Watch Briefing Paper, June 2004)", s. 35, (17.03.2021), <https://www.hrw.org/legacy/background/eca/turkey/2004/index.htm>.

⁴⁰⁹ Eva Brems, "Diversity in the Classroom: The Headscarf Controversy in European Schools", **Peace & Change**, C. 31, S. 1, 2006, ss. 128-29.

⁴¹⁰ Hilal Elver, **The Headscarf Controversy: Secularism and Freedom of Religion**, New York: Oxford University Press, 2012, s. 82.

⁴¹¹ Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, ss. 55-56.

⁴¹² Susanna Mancini, "The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty", **European Constitutional Law Review**, C. 6, S. 1, 2010, s. 21.

devletlerin en karakteristik özelliklerinden biri olan din-devlet ilişkisinin nasıl kurulması gerektiği hakkında karar vermesi gerekecektir.

Sonuç olarak, İHAM'ın Avrupa'da yeknesak bir uygulaması bulunmayan laiklik ilkesi ve dini giysiler konusunda ortaya bir açık ve net bir kural koymamasının doğal olduğunu söylemek gerekir. Fakat bu durum Mahkeme'nin gereklilik incelemesinden tamamen kaçınması anlamına gelmemelidir. Fakat İHAM yargılaması bu çekinceyi haklı çıkarmakta; Mahkeme, dini kıyafet ve sembollere ilişkin vermiş olduğu kararlarda takdir marjı doktrinini bireyi korumaktan ziyade devletleri korumak için kullanmaktadır.

4.2. Forum Internum ve Forum Externum Ayrımının Yargılamada Yol Açtığı Sorunlar

İHAM, dini sembol ve kıyafetlere ilişkin davaları incelerken, bazı dinler hakkında zaman zaman tartışmalı çıkarımlarda bulunmuştur. Örneğin, *Dahlab* kararında Mahkeme, başörtüsünün “güçlü dışsal sembol” olduğunu belirtmiş ve “*Federal Mahkemenin de tespit ettiği gibi cinsiyet eşitliği ilkesi ile uzlaştırılması zor bir Kuran emriyle zorunlu kılındığı anlaşıldıktan sonra, başörtüsünün baskıcı etkisi nasıl reddedilebilir? İslami başörtüsü takmayı, demokrasilerde tüm öğretmenlerin öğrencilerine vermesi gereken hoşgörü, başkalarına saygı ve özellikle, eşitlik ve ayırım yapmama mesajıyla uzlaştırmak da zor görülmektedir*” tespitini yapmıştır.⁴¹³ Mahkeme, *Leyla Şahin* kararında da dini bir zorunluluk olarak addedilecek İslami başörtüsünün, takmayanlar üzerinde baskı oluşturabileceğini öne sürmüştür.⁴¹⁴ İHAM 2. Daire bu içtihadı takip etmiş, *Lautsi v. İtalya* kararında devlet okulu sınıflarında yer alan çarımha gerilmiş İsa sembolünün güçlü dışsal sembol olduğunu, bu sebeple küçük yaşta çocuklar üzerinde baskı oluşturabileceğini, sonuç olarak din ve inanç özgürlüğü ile eğitim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Ancak Büyük Daire bu kararı bozmuş, haçı pasif bir sembol olarak değerlendirmiştir. Büyük Daire'ye göre çocukların herhangi bir dini zorlama altında kaldığına ilişkin ortada somut veri yoktur. Bunun yanında

⁴¹³ İHAM, *Dahlab v. İsviçre*, par. 13. (Kabul edilemezlik kararı)

⁴¹⁴ İHAM (Büyük Daire), *Leyla Şahin v. Türkiye*, par. 115.

devletin, din ile ilişkilerini nasıl düzenleyeceği hususunda geniş bir takdir marjı da bulunmaktadır. Davada İtalya hükümetinin, haçın İtalya'nın tarihi ve kültürünü sembolize eden bir figür olduğunu, seküler ve tarafsız bir mesaj verdiğini, hümanizm gibi evrensel Hristiyanlık değerlerini pozitif bir biçimde ifade ettiğini ileri sürmesi de bu değerlendirmede etkili olmuştur. Dini kıyafet ve sembollerle doğrudan ilgili olmayan *Refah Partisi ve diğçerleri v. Türkiye* davasında da İHAM, İslam hukukunun demokrasinin temel ilkeleri ile bağdaşmadığını işaret etmiştir.⁴¹⁵

Mahkeme'nin yukarıda belirtilen kararlarında İslam ve Hristiyanlığı farklı bağlamlarda ele alması oldukça dikkat çekicidir. Bu bölümde, söz konusu farklı muamelenin sebebi olan forum internum ve forum externum ayrımının özgürlüğün korumasını ne şekilde daralttığını açıklamaya çalışacağız.

Forum internum ve forum externum tanımı ve tarihçesinden çalışmanın ikinci bölümünde bahsedilmişti. Sözleşme'nin 9. maddesinin lafzında keskin bir ayrım yapılmadığı ancak 21. yüzyıldan sonra gerek öğretilerde gerekse İHAM yargılamasında bu iki kavramın ikili ve hiyerarşik⁴¹⁶ olarak kesin çizgilerle ayrıldığı anlatılmıştı.⁴¹⁷

Bugün artık din veya inanca sahip olma ile bunu açığa vurmanın keskin bir şekilde ayrılması, birçok yazar tarafından bu ayrımın oldukça yapay olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir ve bu iki kavramın geçişken ve yakın ilişkide olduğu öne sürülmektedir.⁴¹⁸ Bu ikilikten özellikle forum internum kavramının öğretilerdeki tanımlarının neredeyse tamamı, hayali, sihirli, gözle görünmez ve elle tutulmaz bir kavramı ifade etmeye çalışmaktadır.⁴¹⁹ Bu keskin ayrımın hukuki bir araç olarak, bireylere koruma sağlamak bakımından ne kadar işlevsel olduğu da tartışmalıdır. Din ve inanç özgürlüğü denildiğinde, her insanın aklına gelen,

⁴¹⁵ İHAM, *Refah Partisi ve Diğçerleri v. Türkiye*, 41340/98 41342/98 41343/98 41344/98, 13.02.2003, par. 123.

⁴¹⁶ Peroni, "Deconstructing 'Legal' Religion in Strasbourg", ss. 235-36.

⁴¹⁷ Françoise Tulkens, "Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights: A Precious Asset", **Brigham Young University Law Review**, C. 14, S. 3, 2014, s. 511.

⁴¹⁸ Aaron R. Petty, "Religion, Conscience, and Belief in the European Court of Human Rights", **The George Washington International Law Review**, C. 48, S. 4, 2016, ss. 832-33.

⁴¹⁹ Petkoff, "Forum Internum and Forum Externum in Canon Law and Public International Law with a Particular Reference to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", s. 185.

inancın açığa vurulması, ibadet, cemaat, örgütlenme ve bu gibi tezahürlerdir. Ancak bunlar forum externum olarak formüle edildiğinde, forum internum oldukça belirsiz bir kavram halini almaktadır. İHAM da bu belirsiz kavramın tatbikindeki zorluğu tecrübe etmiş olsa gerek, manevi iç dünyaya müdahaleden ibaret pek çok başvuruyu forum externum, yani din veya inancın açığa vurulması kapsamında değerlendirmiştir.⁴²⁰ Üstelik forum internuma doğrudan müdahale bir yana, din ya da inancın dışavurumuna yönelik müdahalenin şiddeti, bazen kişinin manevi iç dünyasını da pek yoğun biçimde etkiler.⁴²¹ Ancak İHAM'ın bu hassas ayrımları yapabildiğini söylemek güçtür.

Öğretide, İHAM'ın forum internum ve forum externumu ayrı teşekküller olarak ele almasının ve ilkinin ikincisine üstün tutmasının, din veya inancı açıklama hakkının korunmasını olumsuz etkilediği, özellikle kamusal ve özel alanlar arasında sorunlu bir mekânsal ayrımın ortaya çıkmasına ve belirli dinlere mensup bireylerin -özellikle dini sembol ve kıyafetleri kamuya açık alanda sergilemek isteyenlerin- dezavantajlı konuma gelmesine sebep olduğu, kanımızca haklı olarak öne sürülmüştür.⁴²²

Din veya inancın mekânlar arasında değişebileceği, dışarı çıkarken evde bırakabileceği⁴²³ fikri sorunlu gözükmektedir. Bazı dinler, mekânı kamusal-özel diye ayırmamaktadırlar. Daha doğrusu, kamusal alan ile özel alan arasında keskin bir sınır çekmemektedirler.⁴²⁴ Bu bakımdan İslam veyahut Sihizm söz konusu olduğunda forum internum ve forum externum ayrımı oldukça zorlaşmaktadır.

Bazı dinler ise yalnızca inanca sahip olmayı yeterli görür; bu dinlerin çoğunlukta olduğu toplumlarda -özellikle reform hareketleriyle beraber- inancın dışı vurumu

⁴²⁰ Taylor, *Freedom of Religion*, s. 127. Ayrıca Bkz. İHAM (Büyük Daire), Bayatyan v. Ermenistan, İHAM, Buscarini ve diğerleri v. San Marino. Bunlar ve benzeri davalarda İHAM başvuruları din ya da inancın açığa vurulması kapsamında değerlendirmiş ve müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini incelemiştir.

⁴²¹ Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, s. 72.

⁴²² Silvio Ferrari, "Law and Religion in a Secular World: A European Perspective", **Ecclesiastical Law Journal**, C. 14, S. 3, 2012, ss. 369-70.

⁴²³ Mark Bell, "Leaving Religion at the Door? The European Court of Justice and Religious Symbols in the Workplace", **Human Rights Law Review**, C. 17, S. 4, 2017, ss. 784-96.

⁴²⁴ Rex J. Ahdar, Ian Leigh, **Religious Freedom in the Liberal State**, 2. bs, New York, NY: Oxford University Press, 2015, s. 125.

zamanla sınırlanmış; özel alan-kamusal alan ayrımı oturmuştur.⁴²⁵ Avrupa ve Hristiyanlık da bu kapsamda değerlendirilebilir.⁴²⁶ Diğer dinler ise zamanla pek fazla evrim geçirmemiştir; dini inancın açığa vurumu şeklindeki davranışları halen şart koşturmaktadır. Bu davranışlar o din için olmazsa olmazdır. Bu davranış dini giysi ve sembollerin giyilmesi olabilir, belli bir beslenme şeklinin uygulanması da olabilir.⁴²⁷ Özellikle İslam ve Sihizm bu açıdan, Hristiyanlık'tan ayrılmaktadır. Dolayısıyla bir Sih erkeğe türban takamayacağını söylemek o kişinin dışsal alanına değil doğrudan hakkın çekirdeğine (forum internum) müdahale olacaktır.⁴²⁸

Hristiyanlığın “*sola fide*”⁴²⁹ anlayışı inanç ile inancın dışı vurumu arasında net bir çizgi çekmiş ve bu çizgi Mahkeme'nin içsel-dışsal alan ayrımını etkilemiştir.⁴³⁰ Fakat İslam hakkında ise Bernard Lewis şöyle yazmaktadır: “*İslam peygamberi, diğer peygamberlerden farklı olarak bir devlet kurmuş ve yönetmiştir. Bir hükümdar olarak kanunlar koymuş, adalet dağıtmış, orduları yönetmiş, savaşa ve barışa karar vermiş, vergi toplamış ve bir hükümdarın yapabileceği diğer tüm işleri yapmıştır.*”⁴³¹ Bunlara ek olarak, İslami ibadetlerin ve günlük yaşamın olabildiğince kolektif yapıda olduğu, çeşitli örtünme ve giyinme şartları taşıdığı bilinmektedir. Hristiyanlık ise “Sezar'ın hakkını Sezar'a, Tanrı'nın hakkı Tanrı'ya” deyişi ile kilise ve siyasi iktidarı birbirinden ayrılmasına oldukça müsaittir.⁴³²

⁴²⁵ Nieuwenhuis, “European Court of Human Rights”, ss. 499-501.

⁴²⁶ Ferrari, “Law and Religion in a Secular World”, s. 359.

⁴²⁷ Aernout Nieuwenhuis, “State and Religion, a Multidimensional Relationship: Some Comparative Law Remarks”, **International Journal of Constitutional Law**, C. 10, S. 1, 2012, s. 154.

⁴²⁸ Evans, “Religious Freedom in European Human Rights Law: The Search for a Guiding Conception.”, ss. 393-96.

⁴²⁹ Latin dilinde “yalnızca iman” anlamına gelen söz. İyi işler gerekmezsiniz “yalnızca iman ile aklanma” öğretisini savunan Protestan reformunun beş temel ögesinden birisidir.

⁴³⁰ Lewis, “What Not to Wear”, ss. 400-401.

⁴³¹ Bernard Lewis, **The Multiple Identities of the Middle East**, New York: Schocken Books, 1999, s. 27.

⁴³² “Bunun üzerine Ferisiler çıkıp gittiler. İsa'yı, kendi söyleyeceği sözlerle tuzağa düşürmek amacıyla düzen kurdular. Hirolodes yanlılarıyla birlikte gönderdikleri kendi öğrencileri İsa'ya gelip, “Öğretmenimiz” dediler, “Senin dürüst biri olduğunu, Tanrı yolunu dürüstçe öğrettiğini, kimseyi kayırmadığını biliyoruz. Çünkü insanlar arasında ayırım yapmazsın. Peki, söyle bize, sence Sezar'a vergi vermek Kutsal Yasa'ya uygun mu, değil mi?” İsa onların kötü niyetlerini bildiğinden, “Ey ikiyüzlüler!” dedi. “Beni neden deniyorsunuz? Vergi öderken kullandığınız parayı gösterin bana!” O'na bir dinar getirdiler. İsa, “Bu resim, bu yazı kimin?” diye sordu. “Sezar'ın” dediler. O zaman

Hatta bazı yazarlar Hristiyanlığın doğuşunda dahi, dini çoğulculuğa meydan okumadığını ileri sürmüştür.⁴³³ Yine de Batı’da din-devlet ilişkileri ve hukuk çoğunlukla Tanrı’nın ve Sezarların birbirine üstün gelme kavgası etrafında şekillenmiştir.⁴³⁴

İHAM, dini inancın açığa vurulmasını konu alan davalarda, yukarıda kökenleri anlatılan forum internum-forum externum formülünü kullanarak inceleme yaptığından, söz konusu Müslüman veya Sih bireyler olduğunda hatalı ön kabullerde bulunmaktadır. Elbette İHAM’ın da tespit ettiği gibi, şer’i hukuk Avrupa demokratik toplumunun temel değerleri ile bağdaşmaz. Bu bakımdan, başörtülü bir öğretmenin, bu sembolü bir dini zorlama aracı olarak kullanma tehlikesinden küçükleri korumak gereklidir. Ancak kendisini Müslüman olarak niteleyen her birey, İslam’ı aynı biçimde yorumlamaz ve yaşamaz. Yine her Müslüman birey günlük hayatında dinini yayma motivasyonu ile hareket etmez.⁴³⁵ Dolayısıyla Mahkeme’nin, İslam’ın kategorik olarak demokrasinin temel değerleri ile bağdaşmadığı, buna bağlı olarak İslami başörtüsünün güçlü dışsal sembol olduğu; bu sembolü kullanan her kadın öğretmen veya öğrencinin laik, eşitlikçi ve çoğulcu eğitimi bertaraf edebileceği tespiti sorunlu ve indirgemeci bir gerekçelendirme.⁴³⁶ İkincisi, Mahkeme’nin dinleri ve dini kuralları herhangi bir biçimde yorumlamasına da ihtiyaç yoktur. Çünkü Mahkeme bireyin din ve inanç özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği hususunda bireyi veya bireyin mensup olduğu dini değil, devleti yargılar. Bunu yaparken de ön yargılarla değil, somut

İsa, “Öyleyse Sezar’ın hakkını Sezar’a, Tanrı’nın hakkını Tanrı’ya verin” dedi. Bu sözleri duyunca şaşkınlıkla, İsa’yı bırakıp gittiler.” Matta 22:15-22; Mar.12:13-17; Luk.20:20-26

⁴³³ Malcolm D. Evans, “Historical Analysis of Freedom of Religion or Belief as a Technique for Resolving Religious Conflict”, **Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook**, ed. Tore Lindholm vd., Dordrecht: Springer Netherlands, 2004, s. 2.

⁴³⁴ Robert, *Batı’da Din-Devlet İlişkileri: Fransa Örneği*, s. 13.

⁴³⁵ Mohammad Mazher Idriss, “Laïcité and the Banning of the ‘Hijab’ in France”, **Legal Studies**, C. 25, S. 2, 2005, s. 275.

⁴³⁶ Mohammad Fadel, “Muslim Reformists, Female Citizenship, and the Public Accommodation of Islam in Liberal Democracy”, **Politics and Religion**, C. 5, S. 1, 2012, ss. 5-7.

olayın koşullarıyla hareket etmelidir.⁴³⁷ Aksi halde kategorik yargılar, demokratik toplumda gereklilik araştırmasının önüne geçecektir.

4.3. Bir Dönüm Noktası Olarak Lautsi Kararı

Büyük Daire'nin *Lautsi v. İtalya* davasında vermiş olduğu karar öğretide oldukça fazla eleştiri almıştır. Bazı yazarlara göre İtalya, sınıflarda çarpmıha gerilmiş İsa figürü bulundurmamak suretiyle takdir marjını aşmış, Hristiyanlık dininin tarafını tutarak tarafsızlık ilkesini ihlal etmiştir. Bu bağlamda İHAM Büyük Daire'nin *Lautsi* davasında verdiği karar, öğretideki çoğunluk görüşe göre bir bakıma geriye gidiştir.⁴³⁸ Ancak bu çalışmada bu görüşün aksi iddia edilmektedir. Çünkü özetle, Mahkeme somut veriler ışığında vakayı incelemiştir; öğrencilerin herhangi bir dini zorlama veya endoktrinasyon etkisinde olduğuna ilişkin hiçbir veriyle karşılaşmamıştır. Bunun yanında İtalya'da diğer din veya inançlara mensup öğrencilerin dini giysileri ve uygulamalarına hoşgörü ile yaklaşıldığı ortadayken, ihlal bulunmadığı kararına ulaşılması din ve inanç özgürlüğünün korunması bakımından olumsuz bir vaziyet oluşturmamaktadır.

Kararı bir geriye gidiş olarak yorumlayanların ilk olarak, sekülerizm ve tarafsızlık kavramlarına benzer anlamlar yüklediği görülmektedir. Sekülerizm ve tarafsızlık aynı anlama gelmemekte, tam tersi, vakada İtalyan devlet okulu sınıflarındaki haç figürünün kaldırılması tarafsız bir tutum değil, seküler bir tutumdur.⁴³⁹ Bu agresif tutum, Avrupa sathındaki her devlete, dinle ilişkisinin nasıl ve ne şekilde olması

⁴³⁷ Romero Alicia Cebada, "The European Court of Human Rights and Religion: Between 'Christian' Neutrality and the Fear of Islam", **New Zealand Journal of Public and International Law**, C. 11, S. 1, 2013, s. 22.

⁴³⁸ Kristin Henrard, "Shifting Visions about Indoctrination and the Margin of Appreciation Left to States", **Religion & Human Rights**, C. 6, S. 3, 2011, ss. 249-51.

⁴³⁹ "İtalyan okullarında haçın varlığının tarihsel köklerine bakıldığında, haçın yüzyıllardır sessiz ve pasif bir şekilde durduğu yerden kaldırılması devlet tarafsızlığının bir tezahürü olamazdı. Bu sembolün kaldırılması, agnostisizm veya sekülerizmin aktif ve agresif bir biçimde benimsenmesi - sonuç olarak tarafsız olmaktan başka bir şey- olurdu. Bir sembolü her zaman durduğu yerde tutmak, inananların veya kültürel gelenekçilerin hoşgörüsüzlüğü değildir. Onu yerinden etmek, agnostikler ve sekülerler tarafından bir hoşgörüsüzlük eylemi olacaktır." İHAM (Büyük Daire), *Lautsi ve diğerleri v. İtalya*, Yargıç Bonello'nun mutabık görüşü, par. 2.10.

gerektiği ile ilgili bir direktif niteliğinde gözükecektir.⁴⁴⁰ Benzer şekilde Fransa’da uygulanan “burkini” yasakları da tarafsızlık kaygısı öne sürülerek yürürlüğe konulmuştur. Lakin bu tutum da -tıpkı Lautsi vakasındaki gibi- tarafsızlıkla ilgili değildir. Çünkü görünürde tarafsız olan kurallar, uygulamada çoğunlukla belli bir kesimi avantajlı veya dezavantajlı konuma düşürmek için uygulamaya konmaktadır.⁴⁴¹ İkincisi, Sözleşme taraf devletlere seküler olma borcunu yüklememektedir.⁴⁴² Sözleşme taraf devletlere, kişilerin din ve vicdan özgürlüğünü pozitif ve negatif yükümlülüklerle koruma borcu yüklemektedir. Bu korumanın ne şekilde yapılacağını ise ulusal makamların takdirine bırakmaktadır. Örneğin Fransa dinden arındırılmış katı bir seküler anlayışla bu mekanizmayı işletirken, İtalya, kilise ve devleti birbirinden koparmayarak, devlet okulu sınıflarında haç bulundurup; bir yandan diğer dinlere hoşgörü ile yaklaşmayı seçmiştir.⁴⁴³

Peki, devlet okulu sınıflarında dini sembol bulunmalı mıdır? Bu normatif soruya cevap verecek olan organ İHAM değildir. İHAM yalnızca somut veriler ışığında kişilerin din ve inanç özgürlüklerinin ihlal edilip edilmediğini denetler.⁴⁴⁴ Aksi halde Mahkeme, kendi yaratmış olduğu güçlü dışsal sembol-pasif sembol veya İslam-Hristiyanlık ikilemelerine sıkışmak zorunda kalacaktır. Bunu önlemek için tıpkı Büyük Daire’nin Lautsi kararında olduğu gibi somut olayın koşulları dikkate alınarak detaylı bir inceleme yapılmalıdır.⁴⁴⁵ Somut olayın koşulları gözetilerek inceleme yapıldığında, laiklik veya takdir marjı doktrininden kaynaklı sorunlar da kaybolmaya başlayacaktır.

⁴⁴⁰ Ian Leigh, Rex Ahdar, “Post-Secularism and the European Court of Human Rights: Or How God Never Really Went Away: Post-Secularism and the European Court of Human Rights”, **The Modern Law Review**, C. 75, S. 6, 2012, s. 1083.

⁴⁴¹ Eva Brems, Saïla Ouald Chaib, Katrijn Vanhees, “‘Burkini’ Bans in Belgian Municipal Swimming Pools: Banning as a Default Option”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 36, S. 4, 2018, s. 284.

⁴⁴² İHAM (Büyük Daire), Lautsi ve diğerleri v. İtalya, Yargıç Bonello’nun mutabık görüşü, par. 2.2.

⁴⁴³ Leigh, Ahdar, “Post-Secularism and the European Court of Human Rights”, s. 1095.

⁴⁴⁴ a.g.e., s. 1075.

⁴⁴⁵ a.g.e., ss. 1076-78.

Mahkeme tabii ki, tamamlayıcı ve ikincil bir koruma sunduğunu öne sürebilir. Bu bir seçimdir ve bu seçimin -bireylere sunduğu koruma dar olsa da- tutarlı olduğunu belirtmiştik. Fakat o halde Mahkeme'nin gerekçelendirmelerinde daha dikkatli olması gerekecektir. Aksi halde, güçlü dışsal sembol-pasif sembol ayrımı veya dinlerin kendisine ilişkin değerlendirmelerde bulunulması gibi tartışmalı noktalar ortaya çıkacaktır. Bu da Avrupa'nın asgari ortak değerlerine hitap eden bir mahkeme için istenmeyen bir durumdur.⁴⁴⁶ Fakat böyle bir durumda da dini kıyafet ve semboller yoluyla din veya inancın açığa vurulması korumadan tamamen yoksun kalacaktır.

Sonuç olarak kanımızca, İtalya, *Lautsi* vakasında takdir marjını aşmamıştır. Tam tersi bu karar, her ne kadar bireyin değil devletin özgürlüğünü koruyan bir karar olsa da ileri tarihlerde bireysel korumanın artacağına yönelik sinyaller vermiştir. Zira İHAM, bu kararda laiklik, tarafsızlık ve takdir marjı kavramlarının karmaşasından doğan problemlerin çözümü için önemli tespitler yapmıştır. Nitekim Mahkeme ilerleyen tarihlerde verdiği kararlarda bunu ortaya koymuştur.⁴⁴⁷ İHAM, başvurucular lehine karar verdiği *Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Hamidovic v. Bosna Hersek ve Lachiri v. Belçika* davalarında da somut olayın koşulları dahilinde daha detaylı bir inceleme yapmış; kamusal alanı özel alandan, kamu görevlisini sivillerden, devleti bireyden, sekülerizmi tarafsızlıktan ayırmayı başarmıştır. Bu bağlamda takdir marjı doktrininin, öğretilere öne sürülenin aksine *Lautsi* kararıyla genişlemediği, yalnızca hangi durumlarda geniş hangi durumlarda dar yorumlanacağına bir nebze yaklaşıldığı söylenebilir.

Takdir marjının genişlediğine yönelik yanılsamanın kaynağı yine İHAM'ın geçmiş tarihli kararlarıdır. Örneğin devlet okulunda dini eğitimden tamamen muaf tutulma isteğinin reddedildiği bir başvuruyu konu alan *Folgero ve diğerleri v. Norveç* davasında İHAM, devletin Sözleşme'nin eğitim hakkını düzenleyen 2.

⁴⁴⁶ Dominic McGoldrick, "A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for Its Application by the Human Rights Committee", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 65, S. 1, 2016, ss. 29-31.

⁴⁴⁷ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. Maher, "Eweida and Others", ss. 213-33.

maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.⁴⁴⁸ Mahkeme bu ilke kararını takiben Türkiye’de din kültürü ve ahlak bilgisi dersleri hakkında şikâyetçi olan Alevi başvuruçuların başvuruları hakkında yine benzer tespitlerde bulunmuştur.⁴⁴⁹ *Lautsi* kararı ise sayılan kararlardan ayrılmaktadır. Öncelikle bu kararlar Sözleşme’ye taraf devletlerin din ile ilişkisini düzenleyici nitelikte direktifler veren kararlar değildir. Dolayısıyla İHAM’dan, İtalya devletine dinle ilişkilerini ne şekilde düzenleyeceğine ilişkin direktif vermesi beklenemez. Hatta, bir taraf devletin anayasasında belli bir dine özel olarak yer vermesi dahi Sözleşme’nin ihlali anlamına gelmemektedir.⁴⁵⁰ Geçmişte de İHAM, azınlık hakları gibi kolektif haklar bakımından takdir marjını çoğu zaman daha dar tutmaktaydı. Konu bireysel şikâyetler olduğunda bu hak talepleri gerek başkalarının hak ve özgürlükleri gerekse kamu düzeni ile çakıştığından devlete tanınan takdir marjı genişlemekteydi.⁴⁵¹ Belirtilen kararlarda ise İHAM, devletlerin belirli bir dini azınlık grubuna endoktrinasyon uyguladığına yönelik somut ve yazılı verilere sahiptir. Bu davalarda öğrenciler oldukça taraflı ve spekülâtif bilgilere yer verilen müfredata sahip dersleri takip etmekle zorunlu tutulmaktadır. Ancak bir dini sembol söz konusu olduğunda bu durum yazılı metinlerden farklıdır. Sembol, belirli bir düşünceyi akla getirir, düşündürür. Buna rağmen bir sembole bakan her kişi farklı bir şey düşünebilir. Sembollerin asli anlamından giderek soyutlanmış tarihi arka planı da bulunabilir. Alevilik hakkında taraflı bilgilerin açıkça yer aldığı bir kitabın devlet tarafından zorunlu olarak okutulması hem daha agresif hem de devletin endoktrinasyon saikinin şüpheye yer bırakmaksızın mevcut olduğu bir fiildir. Devlet okullarında dini sembol bulunması ise her zaman dini zorlama bulunduğu anlamına gelmeyebilir. İşte bundan ötürü, taraflı bir dille yazılmış müfredatın azınlık dini gruplara zorla okutulmasına nazaran, devlet okulu sınıflarında dini sembol bulunmasını konu edinen davalarda devletin takdir marjının daha geniş olması haklı bir sebebe dayanmaktadır. Burada Mahkeme’nin

⁴⁴⁸ İHAM, *Folgerø ve diğerleri v. Norveç*.

⁴⁴⁹ İHAM, *Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye*, İHAM, *Mansur Yalçın ve diğerleri v. Türkiye*.

⁴⁵⁰ Christoph Grabenwarter, **European Convention on Human Rights: Commentary**, München: C.H. Beck, 2014, s. 235.

⁴⁵¹ Nicolas Bratza, “The ‘Precious Asset’: Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights”, **Ecclesiastical Law Journal**, C. 14, S. 2, 2012, s. 271.

incelemesi gereken husus, söz konusu dini sembolün ne şekilde kullanıldığı, çoğunluk dinine mensup olmayan öğrencilerin din ve inanç özgürlüğünün nasıl korunduğudur.⁴⁵²

Bu değerlendirme bölümünün başında, İHAM kararlarında tartışılan ve tartışmaktan kaçınılan hususların tespit edilip üzerinde durulacağı belirtilmişti. Bu yönde öncelikle laiklik ilkesi ele alınmıştır. Esasen, laiklik ilkesinin dini sembol ve kıyafetlere etkisi incelenirken diğer birçok tartışmalı nokta da kendini göstermektedir. Mahkeme'nin yapmış olduğu güçlü dışsal sembol ve pasif sembol ayrımı bunlardan birisidir. Bir diğeri, Mahkeme'nin forum internum ve forum externum ayrımı vesilesiyle dinleri kategorik olarak birbirinden ayırma hatasına düşmesidir. Laiklik tartışmalarına değinirken takdir marjı doktrininin ortaya çıkardığı sorunlar da göze çarpmaktadır. Dolayısıyla takdir marjı doktrinine *Lautsi* kararı bağlamında da tekrardan değinmek faydalı olacaktır.

Din ve devlet ilişkileri, her ülkenin tarihsel, ekonomik, sosyal ve kültürel arka planından ötürü oldukça değişkendir. Örneğin, Vatikan Devleti ile iç içe bulunan İtalya, 1795 yılından beri din ve devlet işlerinin ayrıldığı Fransa ve halkının çoğunluğu İslam dinini benimsemiş bir devlet olan Türkiye'nin aynı politikaları uygulaması beklenemez.⁴⁵³ Lakin bu devletlerin hepsi aynı sözleşmeye taraftır. İHAM da bu sebeple ulusal makamlara oldukça geniş bir takdir marjı bırakmaktadır.⁴⁵⁴

İHAM, dini sembol ve kıyafetler bakımından önüne gelen davalarda 2010 yılına kadar bir defa dahi ihlal kararı vermemiştir. *Ahmet Arslan ve Diğerleri v. Türkiye* davasında cübbe ve şalvar giyip Ankara'da şehir turu yapan Aczimendi tarikatı mensuplarının yaptırımla karşılaşması üzerine açılan davada ilk kez, Türkiye devletini haksız bulmuştur. O tarihe kadar görülen dini kıyafet ve sembollerle

⁴⁵² Leigh, Ahdar, "Post-Secularism and the European Court of Human Rights", s. 1096.

⁴⁵³ Nieuwenhuis, "State and Religion, a Multidimensional Relationship", ss. 155-57.

⁴⁵⁴ Murdoch, *Protecting the Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion under the European Convention on Human Rights*, ss. 41-43. Ayrıca bkz. İHAM, S.A.S. v. Fransa, par. 129-31.

ilgili 15 (on beş) davanın tamamında ihlal bulunmadığı kararını vermiştir. Mahkeme bu kararların nerdeyse tamamında takdir marjı doktrinine atıf yapmıştır.

Bu çalışmada daha önce Mahkeme'nin gerekçelendirmeleri sorunlu olsa da takdir marjı doktrini uygulamasının Mahkeme'nin tamamlayıcılık ve ikincillik ilkesi gereği tutarlı olduğu belirtilmişti. Bu doktrin, Mahkeme'yi politik tartışmalarla yıpratmamak adına da kullanışlıdır. Ancak bu uygulamanın Sözleşme'de yer alan hakların koruma alanını daralttığı hatta çoğu zaman ortadan kaldırdığı da vurgulanmaktadır.⁴⁵⁵ Mahkeme, önüne gelen vakanın somut koşullarını incelemeden, takdir marjı doktrinine dayanarak devletlere bir nevi dokunulmazlık sunmaktaydı.⁴⁵⁶ Özellikle inancı açığa vurmanın en görünür hallerinden olan dini sembol ve kıyafetler söz konusu olduğunda bu dokunulmazlık oldukça mutlak gözükmekteydi. Dini kıyafet veya sembolün kim tarafından, nerede, hangi biçimde ve hangi anlamda kullanıldığı Mahkeme için pek bir önem arz etmemekteydi.⁴⁵⁷ Fakat takdir marjı doktrinini tatbik ederken, hukukun doğası gereği özneler, mekânlar veya saik bakımından bazı ayrımlar yapmak gerekmektedir.⁴⁵⁸ Örneğin, başvurucunun kamu görevlisi mi yoksa sivil mi olduğu takdir marjının belirlenmesinde önemli bir kıstas olmalıdır. Veyahut, dini sembol ve kıyafetler kullanılan mekânın kamu binası mı devlet okulu sınıfı mı yoksa kamuya açık alan mı olduğu pek çok hususu değiştirebilir. Buna rağmen Mahkeme, dini sembol ve kıyafetlerle ilgili davalarda vakanın somut koşullarını incelemeden bireyleri değil insan haklarının bir öznesi olmayan devleti her durumda korumaktaydı.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ Monica Lugato, "The 'Margin of Appreciation' and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity", **Journal of Catholic Legal Studies**, C. 52, S. 1, 2013, s. 53.

⁴⁵⁶ Julie Ringelheim, "State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach", **Oxford Journal of Law and Religion**, 2017, s. 46.

⁴⁵⁷ Raffaella Nigro, "The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil", **Human Rights Review**, C. 11, S. 4, 2010, s. 561.

⁴⁵⁸ Lugato, "The 'Margin of Appreciation' and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity", s. 70.

⁴⁵⁹ Paolo Ronchi, "Crucifixes, Margin of Appreciation and Consensus: The Grand Chamber Ruling in *Lautsi v Italy*", **Ecclesiastical Law Journal**, C. 13, S. 3, 2011, s. 297.

İHAM Büyük Daire'nin yine devlet lehine vermiş olduğu *Lautsi* kararının, öğretide takdir marjını genişleten bir karar olarak yorumlansa da bunun tam tersi bir etkiye yol açtığını öne sürdüğümüzü tekrar etmek gerekir. *Lautsi* kararını takip eden yıllarda görülen *Eweida* davasında Mahkeme, özel iş yerini kamu hizmetinden ayırmış, Bayan Eweida'nın görevi başındayken haç takabilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁶⁰ Dolayısıyla bu kararda devletin takdir marjı oldukça daraltılmıştır. Devamında yerel mahkeme salonunda tanıklık yaparken takkesini çıkarmayı reddeden Bay Hamidovic'in Bosna Hersek devletini şikâyet ettiği davada İHAM yine başvuru lehine karar vermiştir. Çünkü İHAM'a göre kamu görevlilerinin aksine başvuru, devletin tarafsızlığını temsil eder bir pozisyonda değildir. Dolayısıyla kamu binalarında dini sembol ve kıyafetlerin kullanımının konu olduğu davalardan ayrı bir durum oluşmaktadır. Bunun yanında başvuru sahibinin takkeyi dini inancı dışında bir nedenle taktığına dair şüphe duyulacak bir neden de bulunmamaktadır.⁴⁶¹ Yani bu davada da devletin takdir marjı daralmıştır. *Hamidovic* davasına benzer bir örnek de *Lachiri* davasıdır. Duruşma salonunda başörtüsünü çıkarmayı reddeden Bayan Lachiri'nin haklı olduğuna hükmeden İHAM'a göre bir mahkeme salonu, örneğin bir işyerinin aksine kamusal bir parçasıdır ancak halka açık bir cadde veya meydan ile karşılaştırılabilecek kadar da kamuya açık değildir. Bu davada da İHAM, dini sembol ve kıyafet kullanma hakkına müdahale edilen birey ve bireyin bulunduğu mekân bakımından daha derinlikli bir ayrıma gitmiştir.⁴⁶² Devlete tanınan takdir marjı bu sebeple daraltılmıştır. *Lachiri* kararında dikkat çekici olan şey ise, ihlal kararının dini kamusal alandan olabildiğince dışlayan bir laiklik uygulamasına sahip Belçika hakkında verilmiş olmasıdır.

Sonuç olarak İHAM, dini sembol ve kıyafetlerin konu edildiği şikâyetleri *Lautsi* kararına kadar gerçek mânâda incelememiş ve başvuruları laiklik, takdir marjı

⁴⁶⁰ İHAM, *Eweida ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, par. 91-94.

⁴⁶¹ İHAM, *Hamidovic v. Bosna Hersek*, par. 40-41.

⁴⁶² Julie Ringelheim, "Lachiri v. Belgium: Headscarf Ban Imposed on a Civil Party in a Courtroom in Violation of Religious Freedom", **Strasbourg Observers**, 23.11.2018, <https://strasbourg.weichie.dev/2018/11/23/lachiri-v-belgium-headscarf-ban-imposed-on-a-civil-party-in-a-courtroom-in-violation-of-religious-freedom/>.

veya dinler arasındaki kategorik ayrımlara sığınarak reddetmiştir. *Lautsi* kararıyla bu kavramlar daha sağlam temellere oturmuş; takip eden yıllarda din ve inanç özgürlüğünün korunması bakımından umut doğuran kararlar verilmiştir.

SONUÇ

Bu çalışmada dini sembol ve kıyafetler hakkındaki İHAM kararları incelenmiş, bu kararlardaki sorunlar tespit edilmeye çalışılmış, bu sorunlar sınıflandırılmış ve öğretilerde yer alan görüşlerle birlikte değerlendirilmiştir. Bu sorunları tespit edebilmek için öncelikle Sözleşme'nin 9. maddesinin yapısı incelenmiştir.

Sözleşme'nin 9. maddesinde düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü iki boyuta ayrılmaktadır. Bunlardan ilki forum internum olarak adlandırılmaktadır. Bir din ya da inanca sahip olma veya bunları değiştirebilme hakkı forum internum kapsamına girmektedir. Forum internum hukuken sınırlanamaz, mutlaktır. Devletlerin bu konuda sistematik telkin ve endoktrinasyondan kaçınmak gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Hakkın ikinci boyutu forum externum, diğer bir deyişle din veya inancı açığa vurma özgürlüğüdür. Bu özgürlük yalnızca hukuken öngörülebilir, meşru bir amaç taşıyan ve demokratik toplumda gerekli bir müdahale ile sınırlandırılabilir.

İHAK'ın 1993 yılında verdiği *Karaduman* kararında, dini sembol ve kıyafetler giyilmesinin dini inançtan kaynaklandığı ancak “dini inancı açıklama eylemi” sayılamayacağı belirtilmiştir. Bu, dini sembol ve kıyafetlerin 9(2) madde korumasından yararlanamayacağı anlamına gelmekteydi. *Dahlab* ve devamında *Leyla Şahin* kararıyla Mahkeme bu kabulünü değiştirmiş ve dini giysilerin Sözleşme'nin 9(2) maddesinin güvencesinden yararlanabileceğini tespit etmiştir. Yani dini sembol ve kıyafetlerin giyilmesine yönelik bir müdahalenin hukuken öngörülebilir, meşru bir amaç taşıyan ve demokratik toplumda gerekli bir müdahale olması gerekmektedir. Bu gelişme bireylere sunulan korumanın genişleyeceği beklentisiyle beraber, pozitif bir ilerleme olarak gözükmekteydi. Fakat İHAM'ın yakın zamana kadar yapmış olduğu incelemelerin neredeyse hiçbirinde bu teste ciddi anlamda başvurulmamıştır. Öyle ki, İHAM'ın dini giysilere ilişkin vermiş olduğu ilk ihlal kararı 2010 yılındadır.⁴⁶³ Dolayısıyla, dini

⁴⁶³ İHAM, Ahmet Arslan ve diğerleri v. Türkiye.

sembol ve kıyafetler her ne kadar 9. maddenin kapsamında görülse dahi, uygulamada ölçülülük testinin sunduğu korumadan yararlanamamıştır.

Dini sembol ve kıyafetler kullanan bireylere sunulan korumanın darlığını -hatta yokluğunu- öncelikle, devletlerin laiklik endişeleriyle bağlantılı olarak, Mahkeme'nin devletlere din ile ilişkilerini düzenlemeleri için tayin ettiği takdir marjı doktrini ile izah etmek gerekmektedir. Buna göre gerek kamusal hayatın laik yapısını gerekse başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için yerel makamlara geniş bir takdir marjı tanınmaktadır. Öğretide takdir marjı doktrini, bireylere sunulan korumayı neredeyse tamamen ortadan kaldırması sebebiyle yoğun biçimde eleştirilmiş ve tutarsız hükümler doğurduğu öne sürülmüştür. Gerçekten de Mahkeme, *Dahlab* başvurusunda başörtüsünü küçük yaştaki çocukları etkileyen güçlü dışsal sembol olarak nitelerken, *Lautsi* kararında devlet okulu sınıflarında bulunan İsa figürlü haçın küçüklerin eğitim hakkını ihlal etmediğine hükmetmiştir. Bu çalışmada takdir marjı doktrininin tutarlı bir biçimde uygulandığı -öğretinin aksine- tespit edilmiştir. Çünkü Mahkeme, tamamlayıcı ve ikincil nitelikte bir koruma sunmaktadır. Mahkeme'nin devletlere tanıdığı takdir marjının nasıl kullanılacağını taraf devletler belirlemektedir. İHAM bu doktrini tutarlı olarak her davada aynı şekilde tatbik etmektedir. Fransa, devlet okullarındaki sınıflarında dini sembol ve kıyafetleri yasaklarken, İtalya haç bulunmasına karar verebilmektedir. Takdir marjının esas amacı da yeknesak bir Avrupa uygulaması bulunmayan ve her devletin kendine özgü koşullarıyla vücut bulan din-devlet ilişkilerine müdahale etmemektir. Dolayısıyla Mahkeme'nin takdir marjı doktrinine dayanarak farklı yönde kararlar vermesine sebep olan asıl etkenler siyasi, ekonomik, kültürel ve sosyal etkenlerdir. Lakin bu çalışmada, konunun hukuk sınırları içerisinde tartışılması hedeflendiğinden, sayılan etkenler değerlendirmeye tabi tutulmamıştır.

Öğretide öne sürülenin aksine, takdir marjı doktrininin tutarlı bir biçimde uygulandığına dikkat çekmiş olsak da bunun sorunsuz bir uygulama olduğunu söylemek güçtür. Öncelikle bu araç, dini sembol ve kıyafetler giyilmesini uygulamada madde kapsamından neredeyse çıkarmaktadır. Bu yetkinin varlığında

gereklilik incelemesi işlevini tamamen yitirmektedir. İkincisi, İHAM'ı dinler hakkında birtakım çelişkili teolojik çıkarımlar yapmaya sevk etmektedir. Bu bakımdan Mahkeme bazı kararlarında ⁴⁶⁴ özellikle İslam hakkında muhtelif çıkarımlarda bulunmuş; İslam'ın cinsiyet eşitliğiyle, demokrasiyle bağdaşmadığını vurgulamıştır. Yine, öğretilerde çokça eleştirilen güçlü dışsal sembol-pasif sembol ayrımı da bunlardan birisidir. Devletlere halihazırda geniş bir takdir marjı tanıyan İHAM'ın dinler hakkında teolojik yorumlar yapmasına lüzum olmadığını çalışmamızda belirtmiştik. Dini sembol ve kıyafetlere getirilen yasaklardan en çok Müslüman ve Sih başvuruçuların etkilenmesinin, İHAM'ı bu çıkarımlara iten bir başka sebep olduğu söylenebilir. Onun için çalışmanın devamında, devletlerin getirdiği ve İHAM'ın takdir marjı tanınmasıyla sağlamlaştırdığı, ilk bakışta oldukça yansız ve tarafsız gözükten yasaklardan neden en fazla Müslüman ve Sih başvuruçuların etkilendiği incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde forum internum ve forum externum ayırımından bahsedilmiştir. Bu kavramların 9. madde lafzında keskin bir ayırım olarak öngörülmediği ancak özellikle son yirmi yılda Mahkeme ve öğretinin yorumlarıyla ikili ve hiyerarşik bir ayırım olarak kuvvetle yerleştiği tespit edilmiştir. Devamında üçüncü ve dördüncü bölümde, bu ayırımın forum internumu tamamen belirsiz hale getirdiği, forum externum korumasını ise oldukça daralttığı öne sürülmüştür. Mekânı kamusal-özel diye ayırmayan, daha doğrusu kamusal alan ile özel alan arasında keskin bir sınır çekmeyen dinler ve kültürler bu bakımdan oldukça dezavantajlı konumda kalmaktadır. Hristiyanlık geçirdiği dönüşümlerle özel ve kamusal alanı ayırmış olsa da Sihizm ve İslam'ın böyle bir dönüşüm geçirmediği açıktır. Bu yüzden dini sembol ve kıyafetlere getirilen yasaklardan en çok bu dinlerin mensupları etkilenmektedir. Örneğin, Sih bir erkeğe türban takamayacağını veya Müslüman bir kadına başörtüsünü çıkarması gerektiğini söylemek o kişinin dışsal alanına değil doğrudan manevi iç dünyası olan forum internuma şiddetli bir müdahale oluşturacaktır.

⁴⁶⁴ İHAM, Dahlab v. İsviçre, par 13. (Kabul edilemezlik kararı).

Mahkeme'nin dinleri kategorik olarak sınıflandırmak yerine, her başvuruya somut vakanın koşullarını dikkate alarak yaklaşması gerekir. Mahkeme, bireyi ve bireyin mensup olduğu dini değil devleti yargıladığını unutmamalıdır. Bunun gerçekleşmesi için forum internum ve forum externum kavramlarının keskin biçimde ayrılan kavramlar olmadığı, birbirlerine bağlı ve yakın ilişkide oldukları kabul edilmelidir. Bu husus kabul edildiği takdirde özellikle bazı dinlerin, dışarı çıkarken evde bırakılan veya yalnızca kalpte yaşanan bir mefhum olmadığı görülebilecektir. Dolayısıyla İHAM, öğretmeni öğrenciden, ilkokulu üniversiteden, mahkeme salonunu işyerinden veya kamu görevlisini özel işçiden ayırabilecek hassasiyette bir inceleme yapabilecektir.

İlerleyen zamanlarda, Mahkeme'nin arzulanmış hassasiyete yaklaşan bir inceleme yapacağını öngörmekteyiz. Bu fikrimizi, *Lautsi* kararına dayandırmaktayız. Öğretide çoğunluk görüşü, İtalya'da devlet okulu sınıflarında haç bulunmasının devlet tarafsızlığı ve sekülerizm ile çeliştiğini, İtalya'nın takdir marjını aştığını ve küçük yaştaki çocukların bundan etkilenebileceğinden bahisle söz konusu vakada ihlal kararı verilmesi gerektiğini öne sürmektedir. Bu yazarlar anılan kararı içtihatla geriye gidiş olarak yorumlamışlardır.

İHAM, *Lautsi* kararında laiklik, tarafsızlık ve takdir marjı kavramlarının yarattığı sorunların çözümü için önemli tespitler yapmıştır. Bu kavramları birbirinden makul ölçüde ayırmayı başarmıştır. Buna göre, dini tarafsızlık elbette devletin görevidir. Fakat bu, devletin hiçbir dinle, diğer dinlere nazaran daha yakın ilişki kuramayacağı anlamına gelmez. Önemli olan diğer dinlere mensup bireylere de çoğulcu ve hoşgörülü bir toplum hayatı sunulabilmesidir. Sekülerizm yani devleti ve kamusal hayatı dinden arındırmak Sözleşme tarafından devletlere yüklenen bir yükümlülük değildir. Bir devletin, dinle ilişkilerini düzenlemede sekülerizmi rehber edinip edinmeyeceği konusunda takdir marjı bulunmaktadır. Bu bakımdan sekülerizm, dinler karşısında tarafsız bir tavır olmaktan çok dinin karşı tarafında bir fikir olarak, dini tarafsızlıkla aynı kavram değildir.

Son olarak Mahkeme, *Lautsi* kararında takdir marjı hususunda da olumlu bir ilerleme sunarak, bu doktrinin hangi durumlarda dar hangi durumlarda geniş yorumlanacağına dair işaretler vermiştir. Mahkeme'nin ilerleyen tarihli kararları bu tespitimizi doğrulamaktadır. İHAM, başvurucular lehine karar verdiği *Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, *Hamidovic v. Bosna Hersek* ve *Lachiri v. Belçika* davalarında somut olayın koşulları dahilinde daha detaylı bir inceleme yapmış; kamusal alanı özel alandan, kamu görevlisini sivillerden, devleti bireyden, sekülerizmi tarafsızlıktan ayırmayı başarmıştır. Dolayısıyla *Lautsi* kararının, 9. madde korumasını daraltan ve takdir marjını genişleten bir içtihat olmadığı, tam tersi bu kavramları doğru tanımlayan ve takip eden başvuruların daha detaylı bir gereklilik incelemesine tabi tutulmasını sağlayan bir karar olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak Büyük Daire'nin *Lautsi* kararı ile başlayan ve *Eweida* kararı ile güçlenen bu tutum, somut olayın koşullarına yönelik daha derinlikli bir inceleme yapılacağına ve bireylere sunulan korumanın günbegün artacağına ilişkin umut vermektedir. Yine de istikrarlı bir ilerlemenin var olduğunu görebilmek için İHAM'ın önümüzdeki yıllarda vereceği kararları beklemek daha gerçekçi olacaktır.⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ Nilgün Türk v. Almanya, 61347/16 başvurusu halen Mahkeme'nin önündedir. Başvurucu, Protestan bir vakfın işlettiği özel bir hastanede çalışmaktadır. Başörtüsü giydiği için işten çıkarılmasının din ve inanç özgürlüğüne haksız bir müdahale olduğunu öne sürmektedir.

KAYNAKÇA

- AHDAR Rex J., Ian LEIGH, **Religious Freedom in the Liberal State**, 2. bs, New York, NY: Oxford University Press, 2015.
- ASLAN Volkan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2, 2012, ss. 261-96.
- ATALAY Esra, “Vicdan Özgürlüğü”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 21-22, 1999.
- AYTEKİN İNCEOĞLU Asuman, “Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri”, **Nefret Suçlarıyla Mücadele Konferansları Konuşma Metinleri**, Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2011.
- , “Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun ‘Nefret Suçu’ Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 150, 2015.
- BELL Mark, “Leaving Religion at the Door? The European Court of Justice and Religious Symbols in the Workplace”, **Human Rights Law Review**, C. 17, S. 4, 2017, ss. 784-96.
- BENİTO Elizabeth Odio, “Study of the Current Dimensions of the Problems of Intolerance and of Discrimination on Grounds of Religion or Belief”, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/26, 1987.
- BENNOUNE Karima, “Secularism and Human Rights: A Contextual Analysis of Headscarves, Religious Expression, and Women’s Equality Under International Law”, **COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW**, C. 45, S. 367, 2007, s. 60.
- BLACK Henry Campbell, Joseph R. NOLAN, **Black’s Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern**, 6th ed., St. Paul, Minn: West Pub. Co, 1990.

BRATZA Nicolas, “The ‘Precious Asset’: Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights”, **Ecclesiastical Law Journal**, C. 14, S. 2, 2012, ss. 256-71.

BREMS Eva, **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 14: The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion**, Nijhoff, 2006.

———, “Diversity in the Classroom: The Headscarf Controversy in European Schools”, **Peace & Change**, C. 31, S. 1, 2006, ss. 117-31.

BREMS Eva, Saïla Ouald CHAIB, Katrijn VANHEES, “‘Burkini’ Bans in Belgian Municipal Swimming Pools: Banning as a Default Option”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 36, S. 4, 2018, ss. 270-89.

CEBADA Romero Alicia, “The European Court of Human Rights and Religion: Between ‘Christian’ Neutrality and the Fear of Islam”, **New Zealand Journal of Public and International Law**, C. 11, S. 1, 2013, ss. 75-101.

CHAHROKH Haleh, **Discrimination in the Name of Neutrality: Headscarf Bans for Teachers and Civil Servants in Germany**, Human Rights Watch, 2009.

CHOPER Jesse H., “Defining ‘Religion’ in The First Amendment”, **University of Illinois Law Review**, 1982, 579-613.

CLAPHAM Andrew, **Human Rights: A Very Short Introduction**, Oxford; New York: Oxford University Press, 2007.

CLARK Roger S., “The United Nations and Religious Freedom”, **New York University Journal of International Law and Politics**, C. 11, 1978.

CODE OF CANON LAW, “Code of Canon Law - Title VIII - The Power of Governance (Cann. 129-144)”, (19.12.2021), https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/eng/documents/cic_lib1-cann129-144_en.html.

CRAWFORD Robert G., **What is religion? introducing the study of religion**, London ; New York: Routledge, 2002.

ÇETİN Evra, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

ÇINAR Özgür Heval, **Conscientious Objection to Military Service in International Human Rights Law**, New York: Palgrave Macmillan US, 2013.

DANCHIN Peter, Louis BLOND, “Unlawful Religion? Modern Secular Power and the Legal Reasoning in the JFS Case”, **Maryland Journal of International Law**, C. 29, 2014, s. 419.

DANCHIN Peter G, “Of Prophets and Proselytes: Freedom of Religion and the Conflict of Rights in International Law”, **Harvard International Law Journal**, C. 49, 2008, ss. 249-321.

DAVIS Derek H., “The Evolution of Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief”, **Brigham Young University Law Review**, C. 2002, S. 2, 2002, ss. 217-36.

DEMİR Hande Seher, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü**, Adalet Yayınevi, 2011.

DICKSON Brice, “The United Nations and Freedom of Religion”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 44, S. 2, 1995, ss. 327-57.

DOĞAN İlyas, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Ankara: Astana Yayınları, 2019.

DOĞRU Osman, Atilla NALBANT, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.

DUYMAZ Erkan, “Dini sembol ve kıyafet sınırlamalarında iki farklı yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının devletlerin uluslararası yükümlülükleri bakımından tahlili”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 64, S. 4, 2015, ss. 1113-60.

ELVER Hilal, **The Headscarf Controversy: Secularism and Freedom of Religion**, New York: Oxford University Press, 2012.

EVANS Carolyn, “Chinese Law and the International Protection of Religious Freedom”, **Journal of Church and State**, C. 44, S. 4, 2002, ss. 749-74.

———, **Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights**, Oxford: Oxford University Press, 2001.

———, “Individual and Group Religious Freedom in the European Court of Human Rights: Cracks in the Intellectual Architecture”, **Journal of Law and Religion**, C. 26, S. 1, 2011, ss. 321-43.

———, “Religious Freedom in European Human Rights Law: The Search for a Guiding Conception.”, **Religion and International Law**, ed. Mark W. Janis, Carolyn Evans, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1999, ss. 385-400.

EVANS Malcolm D., “Historical Analysis of Freedom of Religion or Belief as a Technique for Resolving Religious Conflict”, **Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook**, ed. Tore Lindholm vd., Dordrecht: Springer Netherlands, 2004, ss. 1-19.

———, **Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas**, Council of Europe/Martinus Nijhoff, 2009.

———, **Religious Liberty and International Law in Europe**, 1. bs, Cambridge University Press, 1997.

EYRENCİ Öner vd., **İş Hukuku**, 10. Baskı., İstanbul: Beta, 2020.

FADEL Mohammad, “Muslim Reformists, Female Citizenship, and the Public Accommodation of Islam in Liberal Democracy”, **Politics and Religion**, C. 5, S. 1, 2012, ss. 2-35.

FERRARI Silvio, “Law and Religion in a Secular World: A European Perspective”, **Ecclesiastical Law Journal**, C. 14, S. 3, 2012, ss. 355-70.

GEMALMAZ Mehmet Semih, “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 7, S. 2, 2011, ss. 131-45.

GERELUK Dianne, **Symbolic Clothing in Schools: What Should Be Worn and Why**, London ; New York: Continuum, 2008.

GLARE P.G.W., (ed.), **Oxford Latin Dictionary**, Oxford University Press, 2012.

GLENDON Mary Ann, “Knowing the Universal Declaration of Human Rights”, **Notre Dame L. Rev.**, C. 44, 1998, ss. 1153-90.

GÖKCAN Hasan Tahsin, “Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 135, 2018, ss. 9-76.

GRABENWARTER Christoph, **European Convention on Human Rights: Commentary**, München: C.H. Beck, 2014.

GUNN T. Jeremy, “Definition of ‘Religion’ in International Law”, **Harvard Human Rights Journal**, S. 16, 2003, ss. 189-215.

HABERMAS Jürgen, **Kamusalığın Yapısal Dönüşümü: Burjuva Toplumunun Bir Kategorisi Üzerine**, İletişim Yayıncılık, 2010.

HARRIS David John vd., **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 2018.

HENRARD Kristin, “Shifting Visions about Indoctrination and the Margin of Appreciation Left to States”, **Religion & Human Rights**, C. 6, S. 3, 2011, ss. 245-51.

HOWARD Erica, “Banning Islamic Veils: Is Gender Equality a Valid Argument?”, **International Journal of Discrimination and the Law**, C. 12, S. 3, 2012, ss. 147-65.

———, **Law and the Wearing of Religious Symbols. European Bans on the Wearing of Religious Symbols in Education**, London/New York: Routledge, 2012.

———, **Religious Clothing and Symbols in Employment: A Legal Analysis of the Situation in the EU Member States.**, Luxembourg: European Commission, 2017.

Human Rights Watch, “Turkey: Academic Freedom in Higher Education, and Access to Higher Education for Women who Wear the Headscarf (Human Rights Watch Briefing Paper, June 2004)”, (17.03.2021), <https://www.hrw.org/legacy/backgrounder/eca/turkey/2004/index.htm>.

- HUNTER Ian, “Religious Freedom in Early Modern Germany: Theology, Philosophy, and Legal Casuistry”, **South Atlantic Quarterly**, C. 113, S. 1, 2014, ss. 37-62.
- HUNTINGTON Samuel P., “The Clash of Civilizations?”, **Foreign Affairs**, C. 72, S. 3, 1993, s. 22.
- IDRISS Mohammad Mazher, “Laïcité and the Banning of the ‘Hijab’ in France”, **Legal Studies**, C. 25, S. 2, 2005, ss. 260-95.
- İNCE İrfan, “Ridde”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, (26.11.2021), <https://islamansiklopedisi.org.tr/ridde>.
- JAMES John S., Frederick STROUD, **Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases**, 5th ed., Sweet & Maxwell, Limited, 1986.
- JONG Dennis DE, “The Legal Obligations of State and Non-State Actors in Respect of the Protection of Freedom of Thought, Conscience and Religion or Belief”, **Religion & Human Rights**, C. 3, S. 1, 2008, ss. 1-13.
- JOSEPH Sarah, Melissa CASTAN, **The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary**, Third edition., Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013.
- JUSS Satvinder Singh, “Kirpans, Law, and Religious Symbols in Schools”, **Journal of Church and State**, C. 55, S. 4, 2013, ss. 758-95.
- KABOĞLU İbrahim, “Din Özgürlüğü”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 46, S. 1, 1991, ss. 265-78.
- KARAN Ulaş, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, ed. Sibel İnceoğlu, 3. bs, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013, ss. 333-54.
- , **İfade Özgürlüğü**, Ankara: Avrupa Konseyi, 2018.

- KAUSHIK Paul, “Lachiri v Belgium and Bans on Wearing Islamic Dress in the Courtroom: An Emerging Trend”, **Ecclesiastical Law Journal**, C. 21, S. 1, 2019, ss. 48-53.
- KURU Ahmet T., **Pasif ve dışlayıcı laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye**, 1. baskı., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- LEIGH Ian, Rex AHDAR, “Post-Secularism and the European Court of Human Rights: Or How God Never Really Went Away: Post-Secularism and the European Court of Human Rights”, **The Modern Law Review**, C. 75, S. 6, 2012, ss. 1064-98.
- LERNER Natan, **Religion, Secular Beliefs and Human Rights: 25 Years after the 1981 Declaration**, Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- LEWIS Bernard, **The Multiple Identities of the Middle East**, New York: Schocken Books, 1999.
- LEWIS Tom, “What Not to Wear: Religious Rights, the European Court, and the Margin of Appreciation”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 56, S. 2, 2007, ss. 395-414.
- LINDKVIST Linde, **Religious Freedom and the Universal Declaration of Human Rights**, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- , “The Politics of Article 18: Religious Liberty in the Universal Declaration of Human Rights”, **Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development**, C. 4, S. 3, 2013, ss. 429-47.
- LIU Hin-Yan, “The Meaning of Religious Symbols after the Grand Chamber Judgment in Lautsi v. Italy”, **Religion & Human Rights**, C. 6, S. 3, 2011, ss. 253-57.

- LOUCAIDES Loukis G., “The Right to Freedom of Thought as Protected by the European Convention on Human Rights”, **Cyprus Human Rights Law Review**, S. 1, 2012, ss. 79-88.
- LUGATO Monica, “The ‘Margin of Appreciation’ and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity”, **Journal of Catholic Legal Studies**, C. 52, S. 1, 2013, ss. 49-70.
- MAHER Julie, “Eweida and Others: A New Era For Article 9?”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 63, S. 1, 2014, ss. 213-33.
- MANCINI Susanna, “The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty”, **European Constitutional Law Review**, C. 6, S. 1, 2010, ss. 6-27.
- , “The Power of Symbols and Symbols as Power: Secularism and Religion as Guarantors of Cultural Convergence”, **Cardozo Law Review**, C. 30, S. 6, 2009, ss. 2629-68.
- MCGOLDRICK Dominic, “A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for Its Application by the Human Rights Committee”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 65, S. 1, 2016, ss. 21-60.
- , “Religion in the European Public Square and in European Public Life--Crucifixes in the Classroom?”, **Human Rights Law Review**, C. 11, S. 3, 2011, ss. 451-502.
- MEDINA Cecilia, **The American Convention on Human Rights: Crucial Rights and Their Theory and Practice**, 2nd edition., Cambridge, United Kingdom: Intersentia, 2016.
- MILTON John, **Areopagitica, with a Commentary by Sir Richard C. Jebb and with Supplementary Material**, Cambridge at the University Press, 1918.

- MORSINK Johannes, **Inherent Human Rights: Philosophical Roots of the Universal Declaration**, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009.
- , **The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent**, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1999.
- MURDOCH Jim, **Protecting the Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, 2012.
- MUSALO Karen, “Claims for Protection Based on Religion or Belief: Analysis and Proposed Conclusions”, **International Journal of Refugee Law**, C. 16, S. 2, 2004, ss. 165-226.
- NIEUWENHUIS Aernout, “European Court of Human Rights: State and Religion, Schools and Scarves. An Analysis of the Margin of Appreciation as Used in the Case of Leyla Sahin v. Turkey, Decision of 29 June 2004, Application Number 44774/98.”, **European Constitutional Law Review**, C. 1, S. 3, 2005, ss. 495-510.
- , “State and Religion, a Multidimensional Relationship: Some Comparative Law Remarks”, **International Journal of Constitutional Law**, C. 10, S. 1, 2012, ss. 153-74.
- NIGRO Raffaella, “The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil”, **Human Rights Review**, C. 11, S. 4, 2010, ss. 531-64.
- NOWAK Manfred, **U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary**, 2nd Edition., N.P. Engel, 2005.
- ORTAYLI İlber, “Osmanlılarda Millet Sistemi”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, (12.01.2022), <https://islamansiklopedisi.org.tr/millet>.

- OSIANDER Andreas, “Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth”, **International Organization**, C. 55, S. 2, 2001, ss. 251-87.
- ÖKTEM Akif Emre, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Liberte, 2003.
- ÖZELER Neslihan, “İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Karşılaştırılması”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, C. 1, S. 2, 2017, ss. 43-62.
- ÖZENÇ Berke, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü**, Kitap Yayınevi, 2006.
- PARTSCH, Karl J., “Freedom of Conscience and Expression and Political Freedoms”, **The International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights**, ed. Louis Henkin, New York: Columbia University Press, 1981, s. .
- PERONI Lourdes, “Deconstructing ‘Legal’ Religion in Strasbourg”, **Oxford Journal of Law and Religion**, C. 3, S. 2, 2014, ss. 235-57.
- PETERS Edward N., **The 1917 Or Pio-Benedictine Code of Canon Law: In English Translation with Extensive Scholarly Apparatus**, Ignatius Press, 2001.
- PETKOFF Peter, “Forum Internum and Forum Externum in Canon Law and Public International Law with a Particular Reference to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **Religion and Human Rights**, C. 7, S. 3, 2012, ss. 183-214.
- PETTY Aaron R., “Religion, Conscience, and Belief in the European Court of Human Rights”, **The George Washington International Law Review**, C. 48, S. 4, 2016, ss. 807-51.

PEW RESEARCH CENTER, “Muslim Population Growth in Europe”, **Pew Research Center’s Religion & Public Life Project**, 2017, <https://www.pewforum.org/2017/11/29/europes-growing-muslim-population/>.

RİBEİRO Angelo Vidal D’Almeida, “Implementation of the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief”, U.N. Doc. E/CN.4/1990/46, 1990.

RINGELHEIM Julie, “Lachiri v. Belgium: Headscarf Ban Imposed on a Civil Party in a Courtroom in Violation of Religious Freedom”, **Strasbourg Observers**, 23.11.2018, <https://strasbourg.weichie.dev/2018/11/23/lachiri-v-belgium-headscarf-ban-imposed-on-a-civil-party-in-a-courtroom-in-violation-of-religious-freedom/>.

———, “State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach”, **Oxford Journal of Law and Religion**, 2017, 24-47.

ROBERT Jacques, **Batı’da Din-Devlet İlişkileri: Fransa Örneği**, çev. İzzet Er, İstanbul: İz Yayıncılık, 1998.

RONCHI Paolo, “Crucifixes, Margin of Appreciation and Consensus: The Grand Chamber Ruling in Lautsi v Italy”, **Ecclesiastical Law Journal**, C. 13, S. 3, 2011, ss. 287-97.

SAEED Abdullah, **Freedom of Religion, Apostasy and Islam**, Routledge, 2017.

SAYIN Kemal Efe, “Avrupa’da Burka Yasakları Üzerine Bir İnceleme”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 1, 2020, ss. 180-93.

SCHABAS William, **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, First edition., Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015.

- SCHEININ Martin, “Article 18”, **The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement**, ed. Gudmundur Alfredsson, Eide Asbjørn, 1st edition., The Hague ; Boston : Cambridge MA: Springer, 1999, s. .
- , “The Human Rights Committee and Freedom of Religion or Belief”, **Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook**, ed. Tore Lindholm vd., Dordrecht: Springer Netherlands, 2004, ss. 189-202.
- SMITH Steven D., **Religion and Human Rights: An Introduction**, ed. John Witte, M. Christian Green, New York: Oxford University Press, 2011.
- SSENYONJO Manisuli, **Economic, Social and Cultural Rights in International Law**, Oxford ; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009.
- STAHNKE Tad, “Proselytism and the Freedom to Change Religion in International Human Rights Law”, **Brigham Young University Law Review**, C. 1999, S. 1, 2001, ss. 251-354.
- SULLIVAN Donna J., “Advancing the Freedom of Religion or Belief Through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination”, **American Journal of International Law**, C. 82, S. 3, 1988, ss. 487-520.
- SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, 20. Baskı., İstanbul: Beta, 2020.
- ŞİRİN Tolga, Erkan DUYMAZ, Deniz YILDIZ, **Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016.
- TAHZİB Bahiyyih G., **Freedom of religion or belief: ensuring effective international legal protection**, The Hague ; Boston: M. Nijhoff, 1996.
- TANÖR Bülent, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 19. Baskı., İstanbul: Beta, 2019.

- TAYLOR Paul M., **Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- TEMPERMAN Jeroen, **State-Religion Relationships and Human Rights Law: Towards a Right to Religiously Neutral Governance**, Leiden; Boston, Mass.: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- TEZCAN Durmuş vd., **İnsan Hakları El Kitabı**, 6. Baskı., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- TOKUZLU Lami Bertan, “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, ed. Sibel İnceoğlu, 3. bs, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013, ss. 333-54.
- TULKENS Françoise, “Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights: A Precious Asset”, **Brigham Young University Law Review**, C. 14, S. 3, 2014, ss. 509-30.
- ÜNAL Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu**, Ankara: TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:69, 1995.
- VAN DER VYVER Johan D., “The Relationship of Freedom of Religion or Belief Norms to Other Human Rights”, **Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook**, ed. Tore Lindholm vd., Dordrecht: Springer Netherlands, 2004, ss. 85-123.
- VERMEULEN B.P., “Freedom of Thought, Conscience and Religion (Article 9)”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, ed. P. van Dijk vd., 4th edition, Antwerpen, 2006, ss. 751-71.
- WHITE Robin C. A., Clare OVEY, **The European Convention on Human Rights**, 5th edition., Oxford ; New York: Oxford University Press, 2010.

WITTE John Jr, **The Reformation of Rights: Law, Religion, and Human Rights in Early Modern Calvinism**, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

WOOD James E., “Religious Human Rights and a Democratic State”, **Journal of Church and State**, C. 46, S. 4, 2004, ss. 739-65.

ZUCCA Lorenzo, “Lautsi: A Commentary On A Decision by the ECtHR Grand Chamber”, **International Journal of Constitutional Law**, C. 11, S. 1, 2013, ss. 218-29.

Mahkeme Kararları

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi

BVerfGE 12, 45 - Kriegsdienstverweigerung I, 20.12.1960.

Avrupa Adalet Divanı

AAD, Asma Bougnaoui ve ADDH v. Micropole SA, Fransa, Case C 188/15.

AAD, Samira Achbita v. G4S Secure Solutions NV, Belçika, Case C 157/15.

AYM

AYM, B.S. Başvurusu, 2015/8491, 18.07.2018.

AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, T. 04.11.1986.

AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, T. 07.03.1989.

AYM, E. 1990/36 K.1991/8, Tarih: 09.04.1991.

AYM, E. 2008/16 K.2008/116, Tarih: 06.06.2008.

AYM, E.1989/1 K.1989/12, Tarih: 07.03.1989.

AYM, Esra Nur Özbey Başvurusu, 2013/7443, 20.05.2015.

AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, 2014/256, 25.06.2014.

BM İHK

BM İHK, Bikramjit Singh v. Fransa, 1852/2008, 01.11.2012.

BM İHK, Hebbadj v. Fransa, 2807/2016, 17.07.2018.

BM İHK, Ranjit Singh v. Fransa, 1876/2009, 15.12.2008.

BM İHK, Yaker v. Fransa, 2747/2016, 17.07.2018.

Danıştay

Danıştay, 1. Daire, E. 2020/3 K. 2020/198, 12.02.2020.

Danıştay, 8. Daire E. 2013/10721.

Danıştay, 8. Daire, E. 2012/11333, 16.07.2013. (Yürütmenin Durdurulması Kararı)

Danıştay, 8. Daire, E. 2012/5257, K. 2014/8567, 12.11.2014.

Danıştay, 8. Daire, E. 2013/413.

İHAK

İHAK, Abrahamsson v. İsveç, 12154/86, 02.10.1987.

İHAK, Arrowsmith v. Birleşik Krallık, 7050/75, 16.05.1977.

İHAK, Autio v. Finlandiya, 17086/90, 06.12.1991.

İHAK, Grandrath v. Almanya, 2299/64, 12.12.1966. (Komisyon raporu).

İHAK, Hazar ve Açık v. Türkiye, 16311/90 16312/90 16313/90, 11.10.1991.

İHAK, Iskcon ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 20490/92, 8.03.1994.

İHAK, Karaduman v. Türkiye, 16278/90, 03.05.1993 (Komisyon kabul edilemezlik kararı).

İHAK, Khan v. Birleşik Krallık, 11579/85, 07.07.1986.

İHAK, N. v. İsveç, 10410/83, 11.10.1984.

İHAK, V. v. Hollanda, 10678/83, 05.07.1984.

İHAK, Van den Dungen v. Hollanda, 22838/93, 22.02.1995.

İHAK, W v. Birleşik Krallık, 18187/91, 10.02.1993.

İHAK, X (Ross) v Birleşik Krallık, 10295/82, 14.10.1983.

İHAK, X v. Avusturya, 1747/62, 20.06.1963.

İHAK, X v. Birleşik Krallık, 6886/75, 18.05.1976.

İHAK, X v. Birleşik Krallık, 8160/78, 12.03.1981.

İHAK, X ve Scientoloji Kilisesi. v. İsveç, 7805/77, 05.05.1979 (Kabul edilemezlik kararı)

İHAK, X. v. Almanya, 7705/76, 05.07.1977.

İHAK, X. v. Almanya, 8741/79, 10.03.1981.

İHAK, X. v. Birleşik Krallık, 8231/78, 06.03.1982.

İHAM

İHAM (Büyük Daire), Bayatyan v. Ermenistan, 23459/03, 07.07.2011.

İHAM (Büyük Daire), Lautsi ve diğerleri v. İtalya, 30814/06, 18.03.2011.

İHAM (Büyük Daire), Leyla Şahin v. Türkiye, 44774/98, 10.11.2005.

İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014.

İHAM, Ahmet Arslan ve diğerleri v. Türkiye, 41135/98, 23.02.2010.

İHAM, Aktaş v. Fransa, 43563/08, 30.06.2009 (Kabul edilemezlik kararı).

İHAM, Association Les Temoins de Jehovah v. Fransa, 8916/05, 30.06.2011.

İHAM, Barik Edidi v. İspanya, 21780/13, 26/04/2016 (Kabul edilemezlik kararı).

İHAM, Bayrak v. Fransa, 14308/08, 30.06.2009 (Kabul edilemezlik kararı).

İHAM, Belcacemi ve Oussar v. Belçika, 37798/13, 11.07.2017.

İHAM, Buldu v. Türkiye, 14017/08, 03.06.2014.

İHAM, Buscarini ve diğerleri v. San Marino, 24645/94, 18.02.1999.

İHAM, Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık, 7511/76, 7743/76, 25.02.1982.

İHAM, Canea Katolik Kilisesi v. Yunanistan, 25528/94, 16.12.1997.

İHAM, Cha'are Shalom ve Tsedek v. Fransa, 27417/95, 27.06.2000.

İHAM, Chaplin v. Birleşik Krallık, 59842/10, 15.01.2013.

İHAM, Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Birleşik Krallık, 7552/09, 04.04.2014.

İHAM, Church of Scientology Moscow v. Rusya, 18147/02, 05.04.2007.

İHAM, Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı v. Türkiye, 32093/10, 02/12/2014.

İHAM, Çiftçi v. Türkiye, 71860/01, 17.06.2004.

İHAM, Dahlab v. İsviçre, 42393/98, 15.02.2001. (Kabul edilemezlik kararı).

İHAM, Dakir v. Belçika, 4619/12, 11.07.2017.

İHAM, de Wilde v. Hollanda, 9476/19, 09.11.2021.

İHAM, Dimitras ve diğerleri v. Yunanistan (no. 2), 34207/08 ve 6365/09, 03.11.2011.

İHAM, Doğan ve diğerleri v. Türkiye, 62649/10.

İHAM, Doğru v. Fransa, 27058/05, 04.12.2008.

İHAM, Ebrahimian v. Fransa, 64846/11, 26.11.2015.

İHAM, El Morsli v. Fransa, 15585/06, 04.03.2008. (Kabul edilemezlik kararı).

İHAM, Emine Araç v. Türkiye, 9907/02, 19.09.2006. (Kabul edilemezlik kararı).

İHAM, Enver Aydemir v. Türkiye, 26012/11, 02.06.2016.

İHAM, Erçep v. Türkiye, 43965/04, 22.11.2011.

İHAM, Eweida ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, 15.01.2013.

İHAM, Feti Demirtaş v. Türkiye, 5260/07, 17.01.2012.

İHAM, Folgerø ve Diğerleri v. Norveç, 15472/02, 29.06.2007.

İHAM, Francesco Sessa v. İtalya, 28790/08, 03.04.2012.

İHAM, Gamaleddyn v. Fransa, 18527/08, 30.06.2009 (Kabul edilemezlik kararı).

İHAM, Ghazal v. Fransa, 29134/08, 30.06.2009 (Kabul edilemezlik kararı).

İHAM, Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses ve 4 diğerleri v. Gürcistan, 71156/01, 03.08.2007.

İHAM, Grzelak v. Polonya, 7710/02, 15.06.2010.

İHAM, Güler ve Uğur v. Türkiye, 31706/10 ve 33088/10, 02.12.2014.

İHAM, Hamidovic v. Bosna Hersek, 57792/15, 05/12/2017.

İHAM, Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976.

İHAM, Hasan ve Chaush v. Bulgaristan, 30985/96, 26.10.2000.

İHAM, Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye, 1448/04, 09.10.2007.

İHAM, Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) ve diğerleri v. Bulgaristan, 412/03 ve 35677/04, 22.01.2009.

İHAM, Igors Dmitrijevs v. Letonya, 61638/00, 30.11.2006.

İHAM, Jakóbski v. Polonya, 18429/06, 07.12.2010.

İHAM, Jasvir Singh v. Fransa, 25463/08, 30.06.2009 (Kabul Edilemezlik Kararı).

İHAM, Jehovah's Witnesses of Moscow v. Rusya, 302/02, 10/06/2010.

İHAM, Kalaç v. Türkiye, 20704/92, 01.07.1997.
İHAM, Keegan v. İrlanda, 16969/90, 26.05.1994.
İHAM, Kervancı v. Fransa, 31645/04, 04.12.2008.
İHAM, Kıbrıs v. Türkiye, 25781/94, 10.05.2001.
İHAM, Kimlya ve diğerleri v. Rusya, 76836/01 ve 32782/03, 01.10.2009.
İHAM, Kokkinakis v. Yunanistan, 14307/88, 25.05.1993.
İHAM, Kosteski v. Makedonya eski Yugoslavya Cumhuriyeti, 55170/00, 13.04.2006.
İHAM, Köse ve 93 diğer başvuru v. Türkiye, 26625/02, 24.01.2006 (Kabul edilemezlik kararı).
İHAM, Kurtulmuş v. Türkiye, 65500/01, 24.01.2006. (Kabul edilemezlik kararı).
İHAM, Kuznetsov ve diğerleri v. Rusya, 184/02, 11.01.2007.
İHAM, Lachiri v. Belçika, 3413/09, 18/09/2018.
İHAM, Larissis ve diğerleri v. Yunanistan, 23372/94, 26377/94 ve 26378/94, 24.02.1998.
İHAM, Lautsi v. İtalya, 30814/06, 03.11.2009.
İHAM, Leela Förderkreis e.V. ve diğerleri v. Almanya, 58911/00, 06.11.2008.
İHAM, Mann Singh v. Fransa, 24479/07, 13.11.2008.
İHAM, Manoussakis ve diğerleri v. Yunanistan, 18748/91, 26.09.1996.
İHAM, Mansur Yalçın ve diğerleri v. Türkiye, 21163/11, 16.09.2014
İHAM, Masaev v. Moldova, 6303/05, 12.05.2009.
İHAM, Metropolitan Church of Bessarabia ve diğerleri v. Moldova, 45701/99, 13.12.2002.
İHAM, Norwood v. Birleşik Krallık, 23131/03, 16.11.2004. (Kabul edilemezlik kararı).
İHAM, Otto-Preminger-Institut v. Avusturya, 16969/90, 26.05.1994.
İHAM, Ouardiri v. İsviçre, 65840/09, 27.06.2011 (Kabul edilemezlik kararı).
İHAM, P. ve S. v. Polonya, 57375/08, 30.10.2012.
İHAM, Phull v. Fransa, 35753/03, 11.01.2005 (Kabul edilemezlik kararı).
İHAM, Pichon ve Sajou v. Fransa, 49853/99, 02.10.2001.
İHAM, Pretty v. Birleşik Krallık, 2346/02, 29.04.2002.

İHAM, Ranjit Singh v. Fransa, 27561/08, 30.06.2009 (Kabul edilemezlik kararı).
İHAM, Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, 41340/98 41342/98 41343/98
41344/98, 13.02.2003.
İHAM, Salonen v. Finlandiya, 27868/95, 02.07.1997.
İHAM, Savda v. Türkiye, 42730/05, 12.01.2012.
İHAM, Schieder v. Hollanda, 2158/12, 16.10.2012.
İHAM, Schüth v. Almanya, 1620/03, 23.09.2010.
İHAM, Sinan Işık v. Türkiye, 21924/05, 02.02.2010.
İHAM, Sodan v. Türkiye, 18650/05, 02.02.2016.
İHAM, Stedman v. Birleşik Krallık, 29107/95, 09.04.1997.
İHAM, Sunday Times v. Birleşik Krallık, 6538/74, 26.04.1979.
İHAM, Sviato-Mykhailivska Parafiya v. Ukrayna, 77703/01, 14.06.2007.
İHAM, Şerif v. Yunanistan, 38178/97, 14.12.1999.
İHAM, Tanyar ve Küçükergin v. Türkiye, 74242/01, 07.12.2006.
İHAM, Tarhan v. Türkiye, 9078/06, 17.07.2012.
İHAM, Ülke v Türkiye, 39437/98, 24.01.2006.
İHAM, Vogt v. Almanya, 17851/91, 02.09.1996.
İHAM, Yılmaz v. Türkiye, 36607/06, 04.06.2019.

TİHEK

TİHEK, R.A.-A.E. Başvurusu, 2019/3404

TİHEK, Re'sen İnceleme, Karar No: 2020/198

Yargıtay

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E.2013/19270, K:2013/22249, 16.12.2013

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2015/14396, K:2015/22303, 18.06.2015

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2016/32606, K.2017/21996, 21.12.2017

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2016/5475, K.2017/2968, 02.03.2017

Çevrimiçi Belgeler

<https://www.nvi.gov.tr/istanbul/biyometrik-fotograf-nasil-olmalidir>

<https://www.osym.gov.tr/TR,1116/2010-osys-yerlestirme-yuksekogretim-programlari-ve-kontenjanlari-kilavuzu.html>

<https://www.osym.gov.tr/TR,1092/2011-osys-yuksekogretim-programlari-ve-kontenjanlari-kilavuzu.html>

<https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/2015/20150706171524083.pdf>

Gazete Haberleri

<https://www.dw.com/tr/avrupada-örtünme-yasağı-olan-ülkeler/a-49861089>

<https://www.milliyet.com.tr/gundem/yok-ten-turban-talimati-1297388>

https://www.ntv.com.tr/turkiye/hsykdan-basortusu-karari,H_YFDRY_00uCbidl_YF0vA,

<https://www.theguardian.com/world/2009/nov/03/italy-classroom-crucifixes-human-rights>.