

BUKET TURAN

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

md.9

“DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ”

PRATİK NO: 11

İÇİNDEKİLER

KAYNAKÇA

KISALTMALAR

BİRİNCİ BÖLÜM

A.GENEL OLARAK	2
1- Sözleşmenin Kapsamı ve Özellikleri	3
2- Sözleşmenin Uygulanmasındaki Kriterler.....	5
3- Din ve Vicdan Özgürlüğü Tartışmaları.....	6
4- Din Özgürlüğünün Hukuki Rejimi	8
B.AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ 9.MADDE DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ.....	9
1- Kavram Olarak Düşünce, Din ve Vicdan	11
2- Din ve İnançın Açıklanması.....	13
3- Din ve İnançın Sınırlanırılabilirdiği Koşullar	20
a- Yasa ile Öngörme Koşulu	20
b- Meşru Olma Koşulu.....	21
c- Demokratik Toplum Olma Koşulu ve Gereklilik.....	21
d- Ayrımcı Olmama Koşulu.....	22
4- Dini Sembollere İlişkin Örnekler.....	24
5- Vicdani Ret.....	26
C.PRATİK OLAY.....	30
1- Pratik Çalışma.....	30
2- Olayın Çözümü.....	31
a- Ret Yönünde Verilen Karar.....	32
b- Kabul Yönünde Verilen Karar.....	33

KAYNAKÇA

Prof. Dr. Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Hukuk Yayınları,

Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük - Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 2007

Enver Bozkurt – Selim Kanat, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru El Kitabı, Asil Yayın Dağıtım, 2004

Mehmet Cengiz Uzun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Din Özgürlüğü, Yüksek Lisans Tezi, 2006 (Tez Danışmanı, Prof. Dr. A. Işıl Karakaş)

Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Oğuz Sancakdar – Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, 2011

<http://tr.wikipedia.org/wiki/Din>

<http://www.diyamet.gov.tr/turkish/biliyormuyuz/biliyormuyuzoku.asp?id=27&harf=D>

http://www.nedirnedemek.com/inan%C3%A7_nedir

K I S A L T M A L A R

A.İ.H.S.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
A.B.	: Avrupa Birliği
A.K.	: Avrupa Konseyi
A.P.	: Avrupa Parlamentosu
B.M.	: Birleşmiş Milletler
p.	: Paragraf
s.	: Sayfa
vd.	: Ve Devamı

A. GENEL OLARAK

İnsanların doğuştan vazgeçilemez ve devredilemez nitelikte haklara sahip olduğu ve bu hakların devletten önce geldiği kaçınılmazdır. Bu durum II. Dünya Savaşı'ndan sonra yeniden canlanmış ve devletin görevinin bu temel hakları toplumun değişen yapısına göre geliştirerek iyileştirmek olduğu şeklindeki eski doğal hukuk anlayışı hakim olmuştur. Tüm toplumlarda insan hakları anayasal bir hak olup, bu haklar anayasalar ile güvence altına alınırken uluslararası platformda da uluslararası hukuk aracılığı ile korunan en önemli haklardandır. Yaşanan savaşlardan sonra özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra insan haklarına yapılan saldırının önlenmesi amacıyla ve yeniden bu savaşların yaşanmasını engellemek amacıyla güvencelere ihtiyaç duyulmuştur.

Tarih boyunca yaşanan savaşlar ve sonrasında toplumların değişen yapısı gereği en temel hak olan insan haklarının korunması amacıyla oluşturulmaya çalışılan ve belirlenen ilk anlayış 1949 yılında Avrupa Konseyinin kurulması ile gerçekleşmiştir. Avrupa Konseyi ile birlikte kişi özgürlüğü, siyasal özgürlük ve hukukun üstünlüğü kavramları daha çok önem kazanmıştır. Konseyin amacı, bu temel hakları, kendisine üye devletlerarasında geliştirmek ve hukuki bütünleşmeyi sağlamaktır. Konsey, temel haklara ilişkin bu kavramları birçok tavsiye kararı ve sözleşmeler ile yazılı hale getirmiştir. Bu sözleşmelerden ilk ve en önemlisi olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 Kasım 1950 tarihinde aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 15 ülke ile birlikte Roma'da imzalamıştır. 1953 yılında yürürlüğe giren sözleşme, Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanmıştır.

Dünyadaki mevcut sözleşmelerin yanında insan hakları alanında yapılan bu sözleşme en temel, gelişmiş ve etkili olanıdır. Ayrıca birden fazla ülkenin sözleşmeyi imzalaması ile dünya üzerinde en çok uygulanan ve toplumlar tarafından korunan haklar sözleşmesi haline gelmiştir. Bu hali de önem kazanan sözleşme Konseye üye olmayan diğer bazı ülkeler Amerika ve Afrika gibi örnek teşkil etmiş, bu ülkelerin kendi bölgesel sözleşmelerinin temelini oluşturmuştur.

Avrupa Konseyine üye birçok devletin katılımı ile imzalanarak yürürlük bulan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve sözleşme ile korunması planlanan temel haklar meşru hale gelmiş ve sözleşme ile birlikte etkili bir güvence sistemi oluşturulmuştur. Bundan sonra insan hakları artık kavramsal bir olgu olmaktan çıkmış, bireylerin bu yöndeki haklarını aramaları açısından uluslararası hukukta söz sahibi olmasını sağlamıştır. Haklarının ihlal edildiğini iddia eden birey devlet karşısında artık haklarını uluslararası hukuk düzeyinde aramaya başlamış ve uluslararası hukuk alanında söz sahibi olmuştur. Bu yönüyle insan hakları kavramı sadece doktrinde yer alan pasif niteliğinden çıkmış, uluslararası hukukta bireyin aktif hale gelmesini sağlamıştır. Bu durum birey-toplum, toplum-devlet, birey-devlet ilişkilerinin gelişmesinde de önemli rol oynamıştır.

1. Sözleşmenin Kapsamı ve Özellikleri

Zaman içerisinde toplum yapısına göre ek sözleşme ve protokollerle desteklenen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3 bölüm ve 59 maddeden oluşmaktaydı. Sözleşmenin birinci bölümünde “hak ve özgürlükler”, ikinci bölümünde hakların ihlal edilmesiyle birlikte tespit ve denetimi yapacak, yaptırıma bağlayacak “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuruluş ve Çalışma Usulü” ve son bölümde de çeşitli hükümler yer almaktadır. Sözleşmenin ilk maddesi amir hüküm olup, taraf ülkelerin kesin ve kati olarak bu sözleşmeyi tanıdığını ifade eder. Böylelikle sözleşmeyi kabul eden taraf ülkeler sayılan hak ve yükümlülükleri güvence altına almayı kabul etmişlerdir.

AİHS’in diğer sözleşmelerden farklı olarak uluslararası hukuka yapmış olduğu katkı şu şekilde özetlenebilir:

- Birey artık uluslararası hukukta hak arayabilecek şekilde söz sahibi olmuş, yani uluslararası hukukun süjesi haline gelmiştir. Bu durum sözleşmenin bel kemiğidir. İç hukukta hakkını arayan ancak yine de bir ihlal olduğunu iddia eden birey, ihlalin önlenmesini talep etmek amacıyla artık uluslararası hukukta sözleşme tarafından öngörülen başvuru ve yöntemlerle bu ihlalin önlenmesi için direkt talepte bulunabilir.

- AİHS uygulanması açısından vatandaşlık unsuru önemli değildir. Yani sözleşme ile korunan haklar sadece üye devletlerin vatandaşları tarafından değil ayrıca yabancılar ve vatansızların da temel haklarının sözleşme ile koruma altına alındığı ifade edilmektedir.

- Yine diğer tüm sözleşmelerde esas alınan “karşılıklılık” unsurunun da AİHS’de önemi yoktur. Sözleşmeden doğan yükümlülükler nesnel olup, karşılıklılık esasına dayanmaz.

- AİHS, bu hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini denetleyen yargısal bir denetim mekanizması öngörmüştür. Mahkeme (Divan) bu ihlalleri inceleyerek başvuruçunun hak kaybının olup olmadığını tespit edecek ve hak ihlalinin söz konusu olduğu hallerde yaptırım uygulayabilecektir.

- AİHS ile birlikte insan hakları kavramı devletlerin içişleri alanından çıkartılarak uluslararası alana taşınmış ve uluslararası koruma getirilmiştir. Böylelikle devletlerin hak ihlalinin meydana geldiği durumlarda uluslararası alanda yargılanmasının yolu açılmıştır. Ayrıca devletler sadece yargılanmayıp, ihlal edilen haklar bakımından hesap vermek, tazminat ödemek ve ihlallerin yaşanmaması için gerekli tedbirleri almak zorunda kalmaktadır.

- AİHS’in sağladığı güvence ikincil nitelikte güvencedir. Öncelikli olarak insan haklarının korunması iç hukukla sağlanmalıdır. Bireyler sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerden faydalanabilmek için öncelikle iç hukuk yollarını tüketmelidir.

- AİHS’in diğer bir özelliği iç hukuku etkilemektedir. AİHS iç hukuktaki sözleşmeye aykırı yasarın, sözleşmeye uygun duruma getirilmesi gereğini doğurmuştur. Böylelikle ulusal hukuku etkileyen ortak kurallar koyan bir belgedir.

- Sözleşme, taraf devletlerin imzaladığı diğer uluslar arası sözleşmelerin uygulanmasına engel değildir. Böylece bireyler, ulusal mahkemelerde AİHS hükümlerinin uygulanmasını talep edebilecekleri gibi, o devletin taraf olduğu ve daha geniş haklar sağlayan diğer sözleşme hükümlerinin uygulanmasını da isteyebilirler.

- AİHS, temel hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmını belirtmekle kalmamış, bu hak ve özgürlükler için bazı sınırlamalar da getirmiştir. Ancak Sözleşme, hiçbir devlete olağanüstü durumlarda bile yaşam hakkına saygı yükümlülüğünden, işkence ve kölelik yasağından sıyrılma, suç ve cezaların kanuniliğinden vazgeçme fırsatı tanımamıştır. Olağanüstü durumlarda bile devletler, bu hak ve özgürlüklere saygı göstermek zorundadır. Ayrıca Sözleşme, kanunla değiştirilemez. Sözleşme, kendi koyduğu kurallara göre değiştirilebilir ve kaldırılabilir. Devletler Sözleşme’yi tek taraflı değiştiremezler. Sözleşme, devletlerin çekince koyma hakkını da sınırlandırmıştır. Buna göre, Sözleşme’ye genel nitelikte çekince konulamaz, çekince açıkça madde belirtilmek suretiyle yerine getirilebilir.

2. Sözleşmenin Uygulanmasındaki Kriterler

Temel hak ve Özgürlükler konusunda ortak bir Avrupa standardı oluşturmaya çalışan AİHS, bunu yaparken devletlerin kendi iç hukuk sistemlerini demokratik ilkelere bağlı olarak sözleşme ile uyumlu şekle sokmalarına ve ortak hukuk değerlerini olabildiğince kesin ve katı ilkelere oturtmaktan kaçınmaktadır. Yani ortak hukuk oluşturulmaya çalışırken daha esnek yapıda kriterler getirilmektedir. Kaldı ki bu kriterler ülkelerin tarihsel ve geleneksel yapılarına uygun bir payda da yapılmaktadır. Sözleşme ile belirlenen kriterler soyut kriterler olup, somut olaylar karşısında uygulama sürecini üç payda da toplayabiliriz.

Yaşanan bir olay karşısında öncelikli olarak uygulanacak normun tespit edilmesi gerekir. Hangi normun uygulanacağı tespit edildikten sonra da bu normun anlamını yitirmeyecek şekilde yorumlanması şarttır. Normların yorumlanması, kapsamının belirlenmesi ve sınırlarının çizilmesi karşılaşılan olayın çözümü açısından çok büyük önem arz etmektedir. Zaten biçimsel olarak yapılan bu düzenlemeler, olaylar karşısında yorumlandığı zaman aktif hale gelecek ve uygulanabilir olacaktır. Yorum yapılırken de bireysel olarak karşılaşılan olayın yanında yoruma yönelik kriterler dikkate alınmalıdır. Aksi takdirde her olay karşısında kişiye özel yapılacak geniş yorumlar sözleşmenin ifadesine aykırı olmakla birlikte, birçok başka sorunların çıkmasına sebep olacak, böylelikle madde anlamını da yitirecektir.

Uygulanacak normun tespiti ve yorumundan sonra değerlendirilmesi gereken diğer önemli bir nokta da bu normu ileri sürme kabiliyetine haiz kişileri belirlemek şarttır. Bu konudaki hak sahibi olma kavramı önemlidir. Aksi halde hak sahibi olmayan kişi hakkının sözleşme kapsamında ihlal edildiğini ileri süremeyecektir. Yalnızca hak sahibi kişiler haklarının ihlal edildiği gerekçesi ile sözleşme organları önünde hakkını arayabilir. Başvuran kişilerin hak sahibi olduğu hususunun tespitinden sonra da inceleme yapılmadan önce bir hakkın ihlal edilip edilmediğini belirlemek gerekir. Bundan sonra sözleşme organları müdahalenin meşruiyetini sorgulayacaktır. Ayrıca hak ihlali olmadığı takdirde sözleşmeye dayanarak talepte bulunmak mümkün değildir.

3. Din ve Vicdan Özgürlüğü Tartışmaları

Laiklik ilkesinin sıkı bir savunucusu olan Fransa'da Meclis ve Senato 2004 yılında kamu kurum ve kuruluşlarında, okullarda, kolejlerde, kamu liselerinde dinsel aidiyeti belirleyen her türlü kılık kıyafetin ve inancı belirten işaretlerin kullanımını düzenleyen 228 sayılı kanunu kabul etmiştir. Kanunun Eğitime ilişkin ilk maddesi "Okullarda, Kolejlerde, kamu liselerinde belirli bir dine aidiyeti açık olarak gösteren işaretlerin takılması veya kıyafetlerin giyilmesi yasaktır." Hükümünü eklemiştir. Yapılan bu düzenlemeden sonra medyada, kamuoyunda ve akademik çevrelerde yapılan düzenleme ve buna bağlı olarak laiklik ve din özgürlüğü kavramları yeniden tartışılmaya başlanmıştır. Yapılan kanunu tehlikeli ve gereksiz bulan kişiler din özgürlüğünün olabildiğince geniş yaşanmasını savunurken, tartışmaların karşı tarafından ise devletin dinsel tarafsızlığını savunanlar ve bu sebeple yapılan düzenlemenin anlamlı olduğunu ifade eden bir grup vardı. Fransa'da süregelen bu tartışmalar laiklik ilkesinin sıkı savunucusu olan Avrupa Konseyi ve AİHS'e taraf olan diğer ülkeler gibi Türkiye'nin de dikkatini çekmiştir. Türkiye'de de yükseköğretim kurumlarında yer alan türban yasağı, vatandaşların kimliklerinde yer alan din hanesi, zorunlu eğitim seviyesinde verilen din dersleri ve zorunlu askerlik hizmetine karşı vicdani ret hakkı gibi temel ve diğer konularla da Türkiye'nin gündeminde tartışılmaya başlanmıştır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bu en temel konular hakların tartışılmasından ziyade siyasi malzeme haline gelmiş, özellikle Türkiye'nin Avrupa Birliğine giriş sürecinde ülkemiz bakımından daha çok tartışılmaya başlanmıştır.

Din özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının doğru belirlenmesi ve gerekli mevzuatın doğru şekilde düzenlenmesi için başta AİHS olmak üzere Türkiye'nin taraf olduğu diğer uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler tam anlamıyla yerine getirilmelidir. Bu anlamda 2004 yılında Anayasa'ya 90. madde ile eklenen "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." Hükümü bu konudaki uluslararası standartları iç hukuk açısından belirleyici konuma getirmiştir.

Türk Hukukunun monist sistemi benimsediği dikkate alındığında uluslararası sözleşme hükümlerinin kendi kendine uygulanabilir ve yeterli olduğu, iç hukukta doğrudan uygulanabileceği görülmektedir. Böylelikle 2004 yılında getirilen düzenleme sayesinde

karşılaşılabilecek sorunlarda Anayasa yargısına başvurmadan uluslararası sözleşme hükümlerine atıf yapmak kaydıyla sorunların çözümlene imkanı getirilmiştir. Artık din özgürlüğüne yönelik olarak iç hukuka göre uluslararası sözleşmeler daha çok önem kazanmıştır.

Türkiye'nin de aralarında bulunduğu AİHS'ye üye devletlerde din özgürlüğü temel insan hakları hukuku içerisinde önemli bir yer edinmiştir. Öncelikle bireylerin ve sonrasında toplumsal yaşamın en hassas noktası olan din özgürlüğü sadece inan kişiler bakımından değil herhangi bir inanca sahip olmayan inançsız kişiler bakımından da önemlidir. Bu sebeple din özgürlüğünün yapılan düzenlemeler ile koruma altına alınan ilk ve önemli temel haklardan olduğunun kabul edilmesi olağandır.

AİHS gibi bağlayıcı olmamakla birlikte din ve vicdan özgürlüğü Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı ile 10 Aralık 1948 tarihli "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi"nin de de düzenlenmiştir. Söz konusu bildirmede insan haklarını ilgilendiren çeşitli konulara yer verilirken yapılan sözleşmelerde din özgürlüğüne de eşitli şekillerde yer verilmiştir. Evrensel nitelikte kabul edilen sözleşmelerin yanı sıra bu kapsamda düzenlenen bölgesel nitelikteki düzenlemelerde de doğrudan ya da dolaylı olarak din özgürlüğüne atıf yapıldığı görülmektedir.

AİHS 9.madde tarafından korunan ve somut olaylar sonrasında verilen mahkeme kararları ile de oluşan içtihatlarla geliştirilen ve şekli belirlenen maddenin Türk Hukukunun Avrupa değerleri ile uyumlu hale gelmesinde önem arz eder. Avrupa Birliğine giriş sürecinde Türkiye'nin 1982 Anayasasında yapmış olduğu değişiklikler A.B. metinlerinden çok Sözleşme uyarınca yapılması da bu önemi net bir şekilde ifade etmektedir. Ülkemizde 2001 ve 2004 yıllarında yapılan değişikliklerin daha çok Sözleşmeye uygun yapıldığı açıktır.

Din özgürlüğünün sınırlarının ve kapsamının belirlenmesinde kesin bir ayrıma gitmek oldukça güçtür. Bu konuda kesin yargıya varmak daha sonra oluşabilecek diğer hususları ve çözümleri gözden kaçırmak demek olacaktır. Çünkü din konusu kesin sınırları olmayan ve somut olarak ifade edilebilecek bir kavram değildir. Bireylerin bu konudaki inançları

doğrultusunda her hususunda özgürlük olarak adlandırılması da çeşitli sorunları ortaya çıkaracağı kesindir. Bu sebeple AİHS madde 9 'da düzenlenen din ve vicdan özgürlüğü kavramını kendine has dinamikleri ile sözleşmede öngörülen şekilde bu konuda oluşan içtihatlar birlikte değerlendirmek gerekir.

4. Din Özgürlüğünün Hukuki Rejimi

Kişilerin öncelikle bireysel, üçüncü kişilerle ve sonra toplumla ve devletle olan ilişkilerinde insan hakları hukuku hassas dengeler üzerindedir. Bu haklar devletlerin hem iç hukukunda hem de uluslararası hukuk alanında ne kadar açık ve net şekilde ortaya konulursa konsun değişen hayata ve düşünce yapılarına göre sözleşmedeki düzenlemeler uygulamada işlevsiz kalabilmektedir.

Din konusunda yazılmış tüm metinler özgürlüklere değinildiğinde yazarlarında olabildiğince geniş çerçeveler çizdiğini görmekteyiz. Aksi çok eleştiri alabileceği gibi yazılan metinlerde de yine de tam ifade edilemeyen her kesimi kapmayan ifadelerde dikkat çekmektedir. Ne kadar geniş bir çerçeve çizilirse çizilsin din özgürlüğüne getirilen yaklaşımların kendine has bazı eksiklikleri kabul edilmelidir. Ne kadar geniş takdir yetkisi kullanılırsa kullanılsın din konusundaki özgürlük kavramını metin ile bağlı uygulayıcılara bırakmakta tehlikelidir.

Öncelikle bireysel çalışmanın bu ilk bölümü metin ile sınırlandırılarak içtihatlarla da değinmek suretiyle maddenin yorumu ile sözleşme altında din kavramı ve özgürlüğünün içeriği, aynı zamanda 9.maddenin ikinci fıkrası ile getirilen özgürlüklere yönelik devlete tanınan haklar ve getirilen sınırlandırmalar ve devletin müdahalesinin ifade edilmesi gerekir.

B. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

9. MADDE: “DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ”

“Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir.

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

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

Din ve vicdan özgürlüğü gibi manevi değerleri yüksek olan ve geçmişten günümüze kadar sürekli olarak tüm ülkelerce tartışılan bir konuda çıkan ihtilafları doğru çözümlenebilmek için maddeyi doğru anlamlandırmak gerekir. Öncelikle bu maddenin hazırlanışında amaçlanan ve korunması gereken hakkın ne olduğu ve yapılan düzenlemeye göre yaşanacak herhangi bir sorunda nasıl uygulanması gerektiği, hangi koşullarda kimlerin hak sahibi olabileceği konusu önem arz etmektedir. Bu sebeple maddeyi üç ayrı bölümde incelemek her zaman en doğru ne kesin sonuç olmasa da doğruya yakın en temel çözüm olacaktır.

- Maddenin ilk fıkrasında “ Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir.” Demekle genel ve mutlak bir haktan bahsedildiği çok açıktır. Birinci fıkranın ilk cümlesi bu hali ile düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün sınırlandırılmaz mutlak bir hak olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca bu hak devlet müdahalesine de konu olamayacağı açıktır. Burada ifade edilmek istenen asıl konu bu özgürlüğün kişisel ve içsel olduğudur. Yani birey istediği inanca sahip olabileceği gibi diğer kişiler ya da devlet tarafından bu inanca yönelik herhangi bir sınırlama getirmek mümkün değildir. Kişilerin kendi tercihleri dini inancı ve o inancın gereğini yaşama şeklini belirler. Kişi artık herhangi bir dine mensup olmaya, inancını açıklamaya ya da başka inançları kabul etmek zorunda bırakılmayacaktır.

- Birinci fıkranın ilk cümlesi her ne kadar içsel ve kişisel bir hak tanısa da maddenin devam eden cümlesinde bu hakkın toplu bir hak olabileceği de açıkça düzenlenmiştir. Birinci fıkranın devam eden cümlesinde “*Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir*” demekle bireylerin bu hakkı tek başına veya topluca, inancının gerektirdiği şekilde açıkça, yine inancı gereği bu inancı gösterecek özel uygulama yöntemleri ile açıklama özgürlüğüne sahiptir. Yani aynı inanca mensup bir grup, topluluk ya da ülke olarak bu inancı dilediği gibi ifade edebilecektir. Maddeden anlaşılan odur ki aslında bu hak toplu bir haktır.

Birinci fıkrada mutlak hak olarak kabul edilen ve özgürlükleri ifade eden ikili ayırmadan sonra maddenin ikinci fıkrası da bu hakka ilişkin kısıtlamaları ifade eder. Bu madde ile tanınan özgürlük her ne kadar bireysel ve içsel olarak sınırsız olsa da, bu hakkın açıklanmasında bazı sınırlamalar mevcuttur. İçsel olarak yaşandığında asla sınırlama getirilmesi mümkün olmayan bu hak, dış dünyaya yansıdığına, açıklandığında etki yaratan bir hal alır. Bu sebeple de toplum içerisinde kamusal denetime tabi olur. İkinci fıkra da kamusal denetime tabi olan açıklama şeklinin nasıl olacağını, getirilebilecek kısıtlamaların nasıl ve hangi yollarla yapılabileceğini düzenlemektedir. Hakkın sınırlandırılması ancak ikinci fıkrada öngörülen şekilde yapılabilecektir. Bu konuda devlette dahil olmak üzere asla keyfi uygulamalar söz konusu olamaz. Bu sebeple ikinci fıkra sınırlandırmanın, kanunilik, gereklilik, orantılılık ve ayrımcılık yapmama koşullarına uygun olarak yapılabileceğini ifade eder. Ayrıca bu konuda ispat yükünü de devlete bırakmıştır. Devlet meşru müdahalede bulunduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Ancak bu şekilde sözleşmeyi ihlal etmiş sayılmaz. Meşru müdahalenin olmadığı kısıtlamalarda devlet sorumludur ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde kapsamında sorumludur.

Devletin bu madde kapsamında bazı yükümlülükleri vardır. Öncelikli olarak sözleşme ile getirilen bu hakkın fiilen kullanılmasını sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlü olan devlet bu özgürlüğe saygı gösterilmesini sağlamakla yükümlüdür.

Devlet bu yükümlülüğünü yerine getirirken bununla ilgili gerekli tedbirleri almanın yanında, özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemek zorundadır. Kabul edilen ve sözleşme ile öngörülen sınırlar içerisinde birey bu hakkını özgürce kullanabilmelidir. Devlet bireyin bu hakkı kullanmasına bu önüyle sahip çıkmak zorundadır.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün düzenlendiği 9.madde ile bu hakların kullanılmasına verilen önem ayrıca maddenin ihlali sonunda yargı kararları ile oluşturulan içtihatlardan da görüleceği üzere din ve vicdan özgürlüğünün toplumdaki çoğulculuk açısından önemlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince oluşturulan içtihatlardan da bu durum açıkça görülmektedir. Verilen kararlarda; *“Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü “demokratik toplum”un temellerinden biridir. Dinsel açıdan bu özgürlük, inananların hayata bakışlarını ve kişiliklerini oluşturan çok hayati bir unsur olmasının yanısıra, ateistler, agnostikler, kuşkucular veya konuyla hiç ilgilenmeyen diğer kimseler açısından da önemli bir kazanımdır. Demokratik bir toplumun esaslı ve ayrılmaz bir parçası olan ve yüzyıllar boyu büyük bedeller ödenerek kazanılmış olan çoğulculuk bu özgürlüğe bağlıdır.”* Diyerek bu durum açıkça ifade edilmiştir. Mahkemenin verdiği diğer bir çok karardan da bu durum açıkça görülmektedir. Örneğin, *Kokkinanis-Yunanistan; Buscarini ve diğerleri-San Marino* kararları gibi.

1. Kavram Olarak Düşünce Din ve Vicdan,

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yapılan düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlarla oluşan içtihatlar doğrultusunda din, düşünce ve vicdan kelimeleri bireylerin kendilerince oluşturdukları fikir ve tercih olmayıp, belli düzeyde ciddiyet, bütünlük ve öneme sahip olmalıdır.

Din, Düşünce ve İnanç özgürlüğüne ilişkin kavramlar çok geniş olup, kesin ve net olarak bir yargıya varmak ve sınırlandırmak ne yazık ki mümkün olmamıştır. Madde metni de verilen yargı kararları da bu durumu açıkça göstermektedir. Ayrıca AİHM de din veya inancın ne olduğunu tam anlamıyla kesin yargıya varacak derecede açıklamaktan kaçınmıştır. İchtihatlar aracılığıyla mahkemenin Budizm gibi temel inanç sistemlerinin yanı sıra Yehova Şahitliği, Pasifizm, Druidizm gibi inanç sistemleri de korunmuştur. Mahkeme bir tek idealizm ve

başkalarını düşünen sitemleri korumamıştır. Kaldı ki bu sistemler her ne kadar inanca dayalı olsa da burada dini inanç sistemi söz konusu değildir. Bu sebeple bu inançlar AİHM tarafından korunmamıştır. Temel inanç sistemleri ve diğer inanca dayalı yerleşik hale gelen sistemler AİHM tarafından korunurken ayrıca dini ve vicdani inançları değiştirme ve herhangi bir dine tabi olmama yani ateizm de sözleşme tarafından korunmuştur.

İnancın değerlendirilmesinde 9. Madde kapsamında öngörülen kriterlerin olması gerekir. Kudret, ciddiyet, bütünlük ve önem kriterlerini yerine getirenlerin 9. Madde altında inançları değerlendirilir. Bu kriterleri taşıyan inançların doğruluğu, şekli, yararı, faydası devlet tarafından tartışılmaz. Aksi devletin tarafsızlığına aykırı olacaktır. Oluşan içtihatlarla göre dini inançların gösterilme ya da yaşanma şeklinin meşru olup olmadığını belirleme konusunda devletin yetkisi ve takdir hakkı yoktur. Bu yönüyle devlet bireylerin inançlarını nasıl dışa vurduğunu, nasıl yaşadığını ya da yaşamaması gerektiği konusunda herhangi bir şekil öngöremez, bireylere bu konuda madde ile öngörülen koşullar dışında kısıtlama yasaklama getiremez. Bu konuda devletin laiklik ilkesine bağlı kalarak hareket etmesi gerekir. Bu bağlamda 9 madde kapsamında kudret, ciddiyet, bütünlük ve önem arz eden din veya inancı şöyle tarif edebiliriz.

Din, insanların Tanrı'ya inanış ve bağlantı biçimlerini gösteren yollardan her biri.¹ Din, genellikle doğaüstü, kutsal ve ahlaki öğeler taşıyan, çeşitli ayin, uygulama, değer ve kurumlara sahip inançlar ve ibadetler bütünüdür.² Hür iradeleriyle inanan akıl sahibi insanları, en iyiye, en doğruya, en güzele ve ebedî mutluluğa ulaştıran ilahî kanunlar bütünüdür.³ Gibi çeşitli şekillerde genel bir tanım yapılmaktadır.

İnanç, Bir düşünceye gönülden bağlı bulunma
Örnek: Otuz yıl boyu, Türk tiyatrosunun, Türk oyunları ile kalkınacağına inancını bir gün yitirmedi. H. Taner; Birine duyulan güven, inanma duygusu; İnanılan şey, görüş, öğreti

¹ Hukuk Sözlüğü, Prof. Dr. Ejder Yılmaz, 215s. Din nedir?

² <http://tr.wikipedia.org/wiki/Din> Din nedir?

³ <http://www.diyenet.gov.tr/turkish/biliyormuyuz/biliyormuyuzoku.asp?id=27&harf=D> Din nedir?

Örnek: Kendi getirdikleri inançtan başka her şeye kapalıdır zevkleri. N. Ataç; Tanrı'ya, bir dine inanma, iman, itikat⁴ şeklinde tanımlanabilir.

Geniş kapsamlı verilen tanımlar doğrultusunda din ve inanç özgürlüğünü 9. Madde kapsamında koruma alanı olarak değerlendirebiliriz. İş bu din ve inancın yine ancak ve ancak 9/2. Kapsamında yasal düzenlemeler ile sınırlandırması gerekir. Aksi halde din ve inanç hürriyetine müdahaleden bahsedilir.

2. Din ve İnancın Açıklanması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde din ve inanç özgürlüğünün açıklanmasını garanti altına alır. Bu şekli ile bireyler inançlarını dilediği gibi ifade edebilecektir. İnançların ifade edilmesinin yanında kendi dinini yayma çabası da dini açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirildiği için bireyin bu konudaki çalışmaları da inanç açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirilir. Bu konuda diğer kişiler tarafından ya da bireyin tabi olduğu devlet tarafından kısıtlama getirmek mümkün değildir. Buna örnek olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vermiş olduğu bazı kararlar vardır. Kokkinakis - Yunanistan davası bu durumun güzel bir örneğidir. Bu davada Yehova Şahidi olan başvuru Kokkinakis, Ortodoks bir rahibin eşini kendi inancına inandırmak için bazı kitaplar vermesi üzerine gözaltına alınmıştır. Başvuru, Yunan yasalarına göre “başka bir dine geçmeye teşvik etmek” suçundan dolayı mahkum edildikten sonra temyiz başvurularının da reddedilmesi ile AİHM’e başvurmuştur. AİHM önüne gelen bu dava da aşırıya kaçılmamak kaydıyla cezayı başvurusunun dinini ve inançlarını açıklama özgürlüğüne ihlal olduğunu belirtmiştir. Burada aşırıya kaçılmaması hususunda AİHM, bu tarz bir propagandanın düşünce özgürlüğüne saygı ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Sonuç olarak mahkeme; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9.madde kapsamında dini yayma faaliyetinin korunduğu kanaatine vararak bu maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁴ http://www.nedirnedemek.com/inan%C3%A7_nedir inanç nedir?

AİHS 9.maddenin koruduğu diğer bir husus yukarıda ifade edildiği gibi bir dine mensup olmama veya kurallarına uymama hakkını da içeriyor. Buscarini ve Diğerleri – San Marino davasında, iki milletvekilinin ancak İncil üzerine yemin etmeleri halinde görev yapabilecekleri aksi halde, yemin etmeden parlamentoda görev yapamayacakları belirtilmiştir. Yapılan başvuru üzerine AİHM, parlamentodaki sandalyeleri yitirme tehdidi altında bir dine bağlı olarak yemin etme ve ancak bu şekilde görev yapabilme hususunun 9.maddeyi ihlal ettiğini belirtmiştir. Bir dine bağlı olarak yemin edilmesini zorunlu kılan düzenlemenin yasa ile getirilmediği ve meşru bir amaca yönelik olmadığı için bu durumun 9.maddenin 2.fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir.

Sözleşme bireylerin dini inançlarını aşırıya kaçmamak kaydıyla yaymalarına imkan verirken, ayrıca bir dine bağlı olmama veya kurallarına uymamayı da serbest bırakmıştır. Aşırıya kaçmamak kaydıyla dini yayma ve bireyin kendi dinine inandırmaya çalışmasını her ne kadar serbest bıraksa da bazı istisnalar mevcuttur. Şöyle ki;

Mahkeme, bir dini yayma ve başka kişileri bu dine geçirme konusunda önüne gelen bir davada verdiği diğer bir kararda 9.maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Yani bu koruma her zaman söz konusu değildir. İctihatlarla belirlenen düzenlemelerden de açıkça görüleceği gibi bu konu her zaman koruma altına alınmamaktadır. Larissis ve Diğerleri ile Yunanistan arasında AİHM’de görülen davada AİHM, başvurucunun sivil bir kişi olmadığı, üst düzey bir asker olduğu ve kendi rütbesinden alt rütbelerde olan kişiler bakımından Larissis’in dini yayma konusundaki fiillerinin iradi olmayacağı, baskı altında olacağı gerekçesi ile 9.maddenin ihlal edilmediğini ileri sürerek başvurucunun başvurusunu reddetmiştir.

Diğer yandan sözleşmenin 9.maddesi bir din ya da inançtan kaynaklanan her eylemi dinin dışı vurumu olarak kabul etmemektedir. Bireysel olarak bu yönde yapılan eylemler gerçek anlamıyla inancı ifade etmiyorsa, burada o eylemi yaparken kişinin saikin ne olduğu ya da hangi etki ile bu eylemi yaptığı önemli değildir. Bu sebeple de gerçekten inancı göstermeyen, ifade etmeyen eylemler 9.maddenin koruması altında değildir. Bu yönde AİHM tarafından verilen kararlar incelendiğinde durum daha açık şekilde görülecektir. AİHM önüne gelen

Arrowsmith – Birleşik Krallık Davasında, Birleşik Krallık ordusunun Kuzey İrlanda'daki eylemleri ile ilgili olarak başvurucunun dış dünyada yansıyan eyleminin inancın gerekliliği ya da inanca dayalı bir eylem olmadığı gerekçesiyle kabul edilemez bir başvuru olarak değerlendirmiştir. Başvurucu pasifist inancı gereği silahlı kuvvetler mensuplarına broşürler dağıtmış ve konu AİHM'e gelmiştir. AİHM her ne kadar pasifizm bir inanç olarak kabul edilse de, başvurucunun eyleminin inancı gereği olmadığı neticesine vararak, başvurucunun eylemi bu inancın dışavurumu olarak değerlendirilmemiştir.

Yine X ve Scientoloji Kilisesi ile İsveç arasında AİHM'e taşınan davada da mahkeme kilisenin ruhun durumunu ölçmeye yarar bir aletin dini içerik ve bu duygularla yüceltildiği reklamlarla ilgili olarak dini bir inancın açıklanması olarak nitelendirilmeyeceğini belirtmiştir.

Mahkeme Pichon ve Sajous-Fransa Davasında da; inançları gereği doğum kontrol hapı satan başvurucunun başvurusu ile ilgili olarak da, din ve inançlar gerekçe gösterilerek eylemlerin meşrulaştırılmayacağı gerekçesiyle davayı reddetmiş ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme, her eylemin din ve inanç kapsamında yapılan eylem olarak değerlendirilmeyeceğini ifade etmiştir. Kaldı ki, bireylerin her davranışının din ve inanç kapsamında değerlendirilmesi toplumda kaos ortamına sebep olabileceği gibi, haksız eylemlerin din ve inanç özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Mahkeme yorumu sınırsız gibi görünen bu madde dolayısıyla verdiği kararlar sonrasında oluşan içtihatlarla bu gibi durumların önünü kesmektedir.

Sözleşmenin uygulanması ile birlikte iç hukukta hakkını arayan fakat ihlal olduğunu düşünen başvurucular birçok konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine din ve inanç özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürerek başvuruda bulunmuştur. Başvurucular yaptıkları her eylemin dini açıklama ve inanç özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve bu sebeple eylemleri dolayısıyla mahkum edilmelerinin adil olmadığını ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme yukarıda ifade edildiği gibi öncelikle sözleşmenin özüne uygun şekilde yapılan yorumlar ve sözleşmenin yapılması sırasında ifade edilmek ve korunmak istenen değerler doğrultusunda yine de açık kalan hususlar bakımından içtihatlar oluşturarak bu başvuruların önünü kesmeye çalışmaktadır. Yapılan başvuruların önünü kesmekten kasıt, sınırsız bir yorumla her konuda

bu maddenin ihlal edilemeyeceği, bireylerin kendi eylemlerini haklı çıkarmak adına bu madde arkasında saklanmasını önlemek içindir. Makul yapılan yorumlar ve maddenin getirdiği sınırlamalar dahilinde din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden başvurucların eylemleri ve başvuruları bu şekilde daha doğru değerlendirilmektedir.

Yine AİHM'e yapılan bir başka başvuruda, kendi inanç ve görüşleri nedeniyle yaşadığı ülkedeki emeklilik sistemine dahil olmak istemeyen başvuruclarının iddiası AİHM tarafından kabul edilmemiştir. V – Hollanda Davası olarak AİHM önüne gelen davada başvuruclarının bu iddiası emeklilik sisteminin tüm çalışanlara tarafsız ve eşit şekilde uygulandığı ülkelerin emeklilik sistemi ile din ve inanç arasında bir bağ kurulamayacağı, inancı gereği eşit olarak uygulanan emeklilik sisteminin kendisine uygulanmasını istemediği başvuruyu reddetmiştir.

Bu konuda verilebilecek bir başka örnek ise; inancı gereği ülkesinde yapılan milli bayramlarda askerlerin olması nedeniyle bayramlara katılmanın zorunlu tutulmasına tepki gösteren Yehova şahidi olan öğrencilerin başvurusudur. AİHM bu konuda da başvuruclarının inanç sistemine ciddi bir müdahale olmadığı gerekçesi ile başvuruyu reddetmiştir.

AİHM karşısına gelen başvuruların, başvuru konusu edilen eylemlerin dışavurum olup olmadığını belirlerken iki temel kriter belirlenmiştir. Öncelikli olarak bu eylemlerin inancın bir gereği, gerekli bir parçası olup olmadığı hususu belirlenmektedir. İkinci olarak da bu eylemin genel şekilde uygulanma biçimi olup olmadığının tespit edilmesidir. Din ve inanç konusunda kesin kriterler belirlemek ve bu kriterlerin o din bakımında kesin olarak uygulanması gerekir aksi halde o dinin parçası olmanın ya da inanmanın mümkün olmayacağı gibi kesin ve net veriler söylemek ne yazık ki mümkün değildir. Her din de ya da inançta değişen durumlar olduğu gibi, o dinin ya da inancın zaman içinde farklılaştığı da görülmüştür. Tarih boyunca dinin alt mezheplerinde bile o mezhebe sahip kişilerin farklı uygulamalar, tavır ve davranışlar ile dini ortaya koyduğu inancını dilediği gibi yaşadığı gibi belli eylemlerinde o dinin ya da inancın yaşanmasında gerekli olduğu açıktır. Bu konuda net çizgiler çekilmesi ya da kriterler getirilmesi bireylerin inançlarını dilediği gibi yaşamasını kısıtlama olabileceği gibi, hakkının ihlal edilmesi durumunda da ihlalin tespiti açısından sorunlar yaşanacaktır. Bu sebeple mahkeme önüne gelen davalarda bu dışavurumun tespitini yaparken yukarıdaki

kriterleri değerlendirmektedir. Ayrıca mahkeme önüne gelen başvurularda ihlali tespit ederken ilgililerin talepleri ile kanaatleri arasında zorunluluk ve samimiyet ilişkisini de değerlendirmekte ve bu şekilde karar vermektedir.

Bu konuda mahkeme önüne gelen X ve- Birleşik Krallık davasında; Budist bir mahkumun kendi inancı gereği başka kişilerle iletişime geçmesi gerektiği için dini bir dergide makalelerinin yayınlanmasının engellenemeyeceğini ifade etmiş ve hakkının ihlal edildiğini düşünerek AİHM'e başvurmuştur. AİHM ise; başvurucunun dini olan Budizm de inancın yerine getirilmesinde böyle bir zorunluluk bulunmadığı gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Yukarıda ifade edilen gibi mahkeme burada o dinin gereği olarak inancın açıklanmasında ya da yaşanmasında bir zorunluluk olup olmadığını tespit etmiş ve zorunluluk olmadığı gerekçesi ile başvurucunun başvurusunu samimi bulmadığı için reddetmiştir.

Din, vicdan ve inanç özgürlüğünün hangi koşullarda ihlal edildiğinin tespit edilmesi, ihlalin ne zaman gerçekleştiği ve bu konuda ne zaman hangi koşullarda başvuru yapılabileceği hususunu maddenin özü ve anlatmak istediği ihlal gerekçeleri ile en iyi mahkeme tarafından verilmiş kararlar ile anlaşılmaktadır. Bu sebeple bireysel çalışmanın bir çok bölümünde verilen kararlar ile din ve inanç özgürlüğünün hangi hallerde ihlal edildiği ve mahkemenin bu konudaki ihlallere olan bakış açısı önemlidir. Pratik olayda verilen örnek dava gibi bir başka dava Konttinen – Finlandiya arasında mahkeme önüne gelen davada AİHM, 9. Maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Konttinen – Finlandiya arasında 9.maddenin ihlal edildiğini ifade eden başvurucunun karşılaştığı olay şu şekildedir. Başvurucu, Devlet Demiryollarında çalışan bir devlet memurudur. Başvurucu Advent Kilisesine katılmaya karar verir ve bu dinin inancı gereği Cuma gün batımı ile Cumartesi sabah günleri çalışılmamalıdır. Bu sebeple başvurucu inancı gereği bazı günler işe gitmediği gerekçesi ile işini aksattığı ve iş saatlerine itaat etmediği gerekçesi ile ceza almıştır. Cezaya rağmen işini aksatmaya devam eden başvurucunun iş akdi feshedilir ve iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra AİHM önüne gelen davada başvurucu iş akdinin inancı gereği feshedilemeyeceğini belirtmiştir. İç hukukta yapılan yargılamada feshin hukuka uygun olduğuna hükmedilmiştir. AİHM önüne gelen davada feshin iş akdine

aykırı davranmak suretiyle gerçekleştiğini, başvurucunun inancı gereği iş akdinin feshedilmediğini, iş saatlerine riayetsiz davranan başvurucunun sözleşmesini feshedilmesinin 9.maddeye aykırılık kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Burada AİHM konuya ilişkin şikayetin, şikayete konu eylemin dini saiklerle dahi olsa dini inancı dışı vurma kapsamında işe gelmemenin haksız olduğunu, inancı gereği başvurucunun işini aksatmayacağı başka bir işe geçme özgürlüğünün olduğunu altını özellikle çizmiştir. Bu sebeple de yapılan başvuru reddedilmiştir. Burada mahkeme aslında keyfiliğinde önüne geçmiştir. Başvurucular ya da bireyler inancı gereği bir işi yapmaktan kaçınabilir. Bu kaçınmayı da sözleşmenin feshedilmesinde dini inancı ileri sürerek meşru hale getirmeye çalışmıştır. Kişiyeye özel iş koşulları oluşturulamayacağı gibi, kişinin inancının gerekliliklerini yerine getirememesi durumunda da alternatif başka işlerde görev alabileceği belirtilmiştir. Kaldı ki, inanç gereği yapılması gerekenler dolayısıyla mahkeme de iş koşullarının değiştirilemeyeceği kanaatindedir. Bu sebeple de inancın yaşanmasında iş koşulları ileri sürülerek 9.maddenin ihlal edildiği ileri sürülmemelidir.

AİHS 9.maddenin güvence altına aldığı bir başka durum ise, kamusal alanda din ve inanç saikiyle davranma özgürlüğüdür. Kamusal alanda din ve inanç saikiyle davranma konusunda Türkiye’de bir çok kez AİHM’de yargılanmıştır. Bu davalara örnek olarak Tepeli – Türkiye Davası, Yanaşık – Türkiye Davası ve Kalaç – Türkiye Davası verilebilir.

Kalaç – Türkiye Davasında; dini inancı gereği Askeri hakim olan başvurucunun bu sebeple ordudan ihraç edildiğini ve inancı gereği ihraç edilmesinin 9.maddeye aykırılık teşkil ettiğini beyan etmiştir. İç hukukta yapıla yargılamada başvurucunun köktendinci fikirleri benimsemiş olduğu, tavır ve davranışlarının da her ne kadar inancı gereği olsa da yasadışı olduğu gerekçesi ile emekliliğine karar verilmiş ve ordudan bu şekilde ihraç edilmiştir. AİHM önüne gelen davada; başvurucunun bu mesleği seçerken özgür olduğunu ve mesleğin gereği olarak zorunlu disiplin sistemine uymayı mesleği seçmesiyle kabul ettiğini belirtmiştir. Başvurucunun inancının kısıtlanmasından çok bu olayda askerlik mesleğinin doğal yapısı gereği devletlerin silahlı kuvvetleri bünyesinde herhangi bir davranışı özellikle de mesleğin icrası sırasında görevin gereklerini yansıtan bir yerleşik düzeni tehdit eden tutumları yasaklayan disiplin kurları koyabileceğini belirtmiştir. Bu çerçevede de başvurucunun dini inancı temel eylemlerini yerine getirebildiği bu konuda bir kısıtlama getirilmediği ancak

başvurucunun başvurusunun zorunlu ve samimi bir başvuru olmadığını dolayısıyla da 9.maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Gerçekten de dosyada yer alan bilgiler ışığında İslam dinine sahip olan başvurucunun beş vakit namazını kıldığı, orucunu tuttuğu ve bu konuda kendisine haksız olarak inancını yaşadığı gerekçesi ile bir sınırlama getirilmediği açıktır. Nitekim, AİHM önüne gelen dava dini inancın açıklanmasından ötürü değil, mesleğin yerine getirilmesine askeri disiplin içindeki aykırı davranışlar olduğu içindir.

Türkiye’de günümüzde bile hala tartışma konusu olan, dönem dönem siyasi malzeme haline de getirilen ve sıkça yaşanan bir başka tartışma konusu olan türban meselesinde de Türkiye AİHM önünde yargılanmıştır. Türban kullanımının dini inancı açıklama ve dışavurma olduğu ve bu sebeple de kısıtlama ya da yasaklamayı kanunla dahi getirilemeyeceği aksi halde Türkiye’nin de taraf olduğu AİHS 9.maddenin ihlal edileceği bir çok kesim tarafından ifade edilmiş ve bu konuda bir çok dava AİHM önüne getirilmiştir.

Karaduman – Türkiye ve Bulut – Türkiye davalarında, başvurucular üniversite mezunu olup, mezuniyet belgelerinde kullanılacak fotoğrafın başı açık fotoğraf olması mecburiyetinin inancı açıklama özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Başvuruya ilişkin kararda üniversite eğitimi için laik bir üniversiteyi seçen başvurucuların üniversitelerin bu konudaki kararlarını ve düzenlemelerini baştan kabul etmiş sayılacağı belirtilmiştir. Bu sebeple de; çekilen fotoğrafın kimlik tespiti amaçlı olduğu ve inancın açıklanmasında müdahale oluşturmayacağı gerekçesi ile kabul edilemezlik kararı verilmiştir. Kararda, farklı inanışlardaki öğrencilerin birlikte olmalarını sağlamak amacıyla dini özgürlüklere sınırlamalar getirilebileceği, farklı dinlere sahip kişilerin, dini inancı fazla olan kişilerin yanında olması ve bu kişilerin inançlarını sınırsızca ifade etmeleri diğerleri üzerinde baskı oluşturabileceği hususu üzerinde de durulmuştur.

Tüm kararların yanında dini ve inancı açıklama özgürlüğünün sınırlandırılabilir olduğu hallerde vardır. Sınırlamanın nasıl olacağının iyi tespit edilmesi gerekir. Bu konuda maddenin 2. Fıkrası önem kazanmaktadır. Çünkü din ve inancın sınırlandırılmasına ilişkin sözleşmenin 9.maddesinin 2.fıkrası öngörülmüştür.

3. Din ve İnançın Sınırlandırılabilirdiği Koşullar

AİHS 9.maddenin 2.fıkrası din, vicdan ve inanç özgürlüğüne nasıl meşru kısıtlama getirilebileceğini düzenler. Madde ile güvence altına alınan haklar ve bu haklara bir müdahale olduğunda değerlendirilmesi gereken kriterler vardır.

Buna göre sınırlamanın;

- Yasa tarafından öngörülüp görülmediği,
- Madde metninde belirtilen meşru amaçlardan olup olmadığı,
- Demokratik toplumlarda gerekli olup olmadığı,
- Uygulanma şekli bakımından ayrımcı olmaması,

Hususları irdelenmelidir.

a- Yasa ile öngörülme koşulu: yasa ile öngörülmüş olmak deyimini ile ifade edilmek istenen, karşı çıkılan tedbirin o ülkenin iç hukukunda ve üstünde de AİHS ve diğer bazı yazılı olarak kendi uygulamalarına yönelik meşru şekilde devletin yasama organı tarafından çıkartılan yasalarda bulunması demektir. Ayrıca yasa ile öngörme sadece yazılı olarak hazırlanmış kanunlar ile değil aynı zamanda ülkelerin kendi iç hukuklarında uygulama ile verdikleri kararlar doğrultusunda geliştirdikleri içtihatlarla öngörülmüş olması demektir. Yani yetkili mahkemeler tarafından verilen kararlarda emsal oldukları gerekçesi ile yasa ile öngörme kapsamında değerlendirilir. Böylelikle yasalar ilgili kişiler tarafından erişilebilir ve öngörülebilir olmaktadır.

b- Meşru Olması koşulu: AİHS 9/2.maddesinde meşru olma koşulu açıkça düzenlenmiştir. Din veya inanç özgürlüğünün meşru olması ancak kamu güvenliği, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması aşamasında sınırlandırılabilir. Aksi halde meşru olmaktan bahsedilemez. Yani sınırlandırma sadece meşru bir amaca yönelik olursa geçerli olacaktır.

c- Demokratik Toplum olma ve gereklilik konusu; Devletin olaylara müdahale edebilmesi için her zaman bazı nedenleri olması koşulu yeterli değildir. Bu hususta bazı nedenlerden öte müdahale için gereklilik koşulu önemlidir. Bireyin temel haklarının korunmasında adil denge çok önemlidir. Devlet bu adil dengeyi sağlarken gerekli olma koşulunu göz önüne almalıdır. Gereklilikten kasıt; normal, makul, kabul edilebilir olması ifade edilmektedir. Ayrıca mahkeme yapılacak müdahalenin orantılı olması gerektiğini vurgular. Her ne kadar orantılı olma hususu açıkça sözleşmede belirlenmemiş olsa da AİHM hukukunda ve uygulamalarda büyük öneme sahiptir. Meşru amaca ulaşmak için yapılacak her müdahale orantılı olmadı takdirde haksız olacaktır. Eylemin önlenmesi amacıyla alınacak tedbir ve yapılacak müdahale orantılı olmak zorundadır. Makul orantı yoksa sözleşmeye aykırılık oluşur. Ayrıca yapılan müdahalede bu yönüyle meşru olmayacaktır. AİHM bir çok kararında orantılılık ilkesinin üzerinde durmuştur.

Gereklilik kriteri altında orantılı olma ilkesi dışında değerlendirilen diğer ilkeler ise; hoşgörü, açık fikirlilik ve çoğulculuktur. Bu ilkeler zaten demokratik toplum olmanın temel ilkeleridir. Çoğulcu olmayan, belli bir kesimi ifade eden görüşler yetersiz kalacak sadece belli bir kesime hitap ederek ayrımcılığa neden olacaktır. Ancak bu demek değildir ki ülkelerin büyük çoğunlukları tarafından kabul edilen din ve inanç sistemlerine karşı hoşgörü olacağı, o ülkede yaşayan azınlıklara ve haklarına yönelik kısıtlamalar getirileceği demek değildir. Azınlık mensuplarına da adil ve düzgün muamele yapılmalı ve onların da hakları koruma altına alınmalıdır. Burada sağlanacak denge çok önemlidir.

Çoğulcu ve ileri demokrasilerde farklı fikirlerin olması gerektiği kaçınılmazdır. Bu tarz farklı görüşlere sahip bireyler ya da gruplar arasında o devletin devamını ve ideallerini devam ettirmek adına azı tavizler verildiği de tarih boyunca görülmüştür. Bu tür karşıt grupların varlığı halinde Devlet herhangi bir grubun düşünce yapısına uygun davranarak diğer kişi ya da grupları devre dışı bırakmak yerine devamlılığı sağlamak ve devletin gelişiminin önünü açmak adına farklı fikirlere karşı hoşgörülü olarak yaklaşmak zorundadır. Herkesin de bu görüşlere hoşgörülü olarak yaklaşmasını

sağlamak için gerekli tedbirleri almalıdır. Aksi halde çoğulcu ve demokratik bir toplumdaki bahsedilemeyeceği gibi

ayrımcılık söz konusu olabilir. AİHM bu konuya ilişkin verdiği kararlarda bu kriterlerin uygulanması gerektiğinden bahseder.

İfade edilen bu tespitlerin yanında, yukarıda incelenen Kokkinakis ile Yunanistan arasında olan ve AİHM önüne taşınan davadan da görüleceği gibi AİHM, farklı inanca sahip grupların çıkarlarının ve herkesin inanç özgürlüğünün korunması için din ve vicdan özgürlüğüne sınırlamalar getirilebileceğini de belirtmiştir.

- d- **Ayrımcı Olmaması**; AİHS 9.maddenin 2.fıkrası ile getirilen sınırlamanın ayrımcı olmadığı hususunda din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin ve kişinin inancı gereği dini sembollerin rahatça kullanılabildiği çeşitli kararlar incelendiğinde daha rahat anlaşılacaktır.

İnanç özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin X-Hollanda arasında görülen ve AİHM'e gelen davada başvuru, inancı gereği zorunlu motorlu taşıt mali sorumluluk sigortası yaptırmak istemediğinden bahisle, bu şekilde sigorta yaptırmamanın Tanrı'ya karşı gelme olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca her şeyin Tanrıdan geldiğini sigortayı yaptırmaması dolayısıyla başına gelebilecek her şeyi kabul ettiğini beyan etmiş ve bu sigortanın zorunlu olmasını 9.maddeye aykırılık oluşturduğunu beyan etmiştir. Mahkeme önüne gelen davada sözleşmenin 9/2.maddesinde yer alan sınırlandırma nedenlerine dayanarak başvuru, demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla bu tür kısıtlamalar yapılabileceği gerekçesi ile başvurunun kabul edilemez bulmuştur.

Yine X.v Birleşik Krallık arasında AİHM önüne gelen davada başvuru motosiklet kullanırken inancı gereği taktığı başörtüsünü çıkartamayacağını ve motosiklet kullanırken kask takmanın zorunlu olmasının inancına aykırılık oluşturduğunu ileri sürerek başvuruda bulunmuştur. AİHM yine sözleşmenin

9/2.maddesine yer alan sınırlandırma nedenleri dolayısıyla bu durumun kişinin sağlığının korunması amacıyla yapıldığını, dini inancı açıklama hususunda kasıtlı bir engelleme olmadığını, kamu düzeni ve sağlığı açısından yapılan müdahalenin haklı olduğu kararına vararak başvuruyu kabul etmemiştir.

Sınırlandırmaya ilişkin sözleşmede öngörülen hususların gerçekleşmesi gerekir. Aksi halde devlet sınırlandırma gerekçeleri olmadan keyfi olarak din ve inancın açıklanma şekli bakımından sınırlama getiremeyecektir. Bu hali zaten sınırlandırmanın meşru olmasından söz edilemez.

Hassan ve Tchaouch ile Bulgaristan arasında mahkeme önüne gelen davada AİHM, yasal dayanaktan yoksun sınırlandırma yapılamayacağı gerekçesi ile 9. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Yaşanan olayda Bulgaristan'da yaşayan Müslümanlar tarafından müftü seçilen başvuruçunun keyfi şekilde görevlerine son verilmesi üzerine inancı açıklamasının kısıtlandığını düşünen başvuruçunun talebi lehin sonuçlanmıştır. Ancak verilen kararda, dini toplulukların evrensel düzeyde örgütlenmiş topluluklar olduğu, 9.madde yanında sözleşmenin 11.maddesinde yer alan örgütlenme özgürlüğü kapsamında da değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur. Ayrıca dini toplulukların faaliyetlerini barışçıl şekilde sürme hakkı bulunduğu ve devletin keyfi müdahalesine uğramaksızın bu faaliyetleri sürdürmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu toplulukların özerk biçimde var olması çoğulculuk ilkesinin ve dolayısıyla 9.madde tarafından sağlanan korumanın merkezinde yer aldığı belirtilmiştir. Böylece AİHM, devletin yasal dayanaktan yoksun olarak dini bir topluluğun örgütlenmesine müdahale etmesi sözleşmenin 9.maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

4. Dini Sembollere İlişkin Örnekler

Dini sembollerin kullanılmasında ayrımcı olmama hususu da aşağıdaki kararlarla daha net şekilde ortaya konulmuştur. Ayrıca dini sembollerin kullanılmasında Türkiye'de AİHM önünde yargılanmıştır. Leyla Şahin tarafından AİHM önüne götürülen davada başvuruçucu Leyla Şahin, yükseköğretim kurumlarında türban takılmasına getirilen yasağın, din ve inanç özgürlüğü ve inancı açıklama özgürlüğüne aykırı olduğunu ve 9.madde kapsamında hakkının ihlal edildiğini beyan etmiştir. Ayrıca bu taleple bağlı kalarak sadece 9.maddenin değil

sözleşmenin 8,10,14 ve 1.Protokolün 2.maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Yapılan başvuruya göre mahkeme, din ve inançların uygulanmasında Devletin tarafsız olması gerektiğini vurgulamıştır. Demokratik bir toplumda kamu düzeni, dini uyum ve hoşgörüye devletin yardımcı olması gerektiğini belirtmiştir. Diğer birçok kararında olduğu gibi, örneğin Otto – Preminger – Institute – Avusturya, dini bir inancın toplumdaki etkisinin zamana ve koşullara göre değişkenlik göstereceğinin altını çizmiştir. Bu sebeple ilgili düzenlemelere ilişkin seçimin söz konusu devlete bırakılması gereğinin altını çizmiştir.

Dini sembollerin açıklanmasına ilişkin eylemlerde başvuruçuların orantılılık ilkesinden ve inancın açıklanmasına ilişkin samimiyetten uzak talepleri AİHM tarafından gerekli koşulları taşımadığı gerekçesi ile her zaman reddedilmiştir. Bu kavramları bireysel olarak yorumlamanın ötesinde içtihatlar ile oluşmuş hali ile incelemek ve değerlendirmek genel hükümler oluşması açısından önemlidir. Zira keyfi yorumlamalarla inancı açıklama özgürlüğü sınırsız bir hal alacak ve uygulamada bir çok zorlukla karşılaşılacaktır.

Ayrıca din ve inanç özgürlüğü ve bu inancın dışı vurumu, ifade şeklini değerlendirirken bireyin yaşadığı inancın genel kuralları ile değerlendirilmesinin yanında içinde yaşadığı toplum ve o toplum tarafından o inanca yönelik benimsenmiş eylemlerde değerlendirmeye alınmalıdır. Maddenin 2.fıkrasında yer alan sınırlandırma koşullarının ne derece doğru uygulandığı ancak bu şekilde ortaya konabilecektir.

AİHM önüne gelen Dahlab ile İsviçre arasında görülen davada; inancı gereği başörtüsü kullanan ve kamuda öğretmen olarak çalışan başvuruçunun, görevini yerine getirirken başörtüsü takması o ülkenin devlet okullarında laiklik ilkesi ile bağdaşmayan bu eylemi sonucu yasaklanmış, iç hukukta yapılan başvurular da reddedilmiştir. AİHM bu başvuruya istinaden ve daha öncesinde oluşmuş içtihatları ile verdiği tutarlı kararlarında öğretmenin kamu okulunda çalıştığı için görevini yerine getirirken devleti temsil ettiği yani devletin egemenlik yetkisini kullandığını belirtmiştir. Mesleğin icrası sırasında daha üstün bir yarar varken kişinin inancını açıklama dışı vurma özgürlüğünün kısıtlanmasından bahsetmek ne yazık ki mümkün değildir. Çünkü devleti temsil eden bir kamu görevlisinin diğer kişilerin ve olayda da öğrencilerin hislerini rencide edebileceği hususu daha önemlidir. Ayrıca toplumda

benimsenen okullarda dinsel tarafsızlık ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır. Başörtü burada güçlü bir dış sembol olarak kabul edilmiştir. Ayrıca öğrencilerine hoşgörülü davranma, başkalarına saygılı olma, eşitlik ve fark gözetmeme mesajı vermesi gereken öğretmenlerin tavır ve eylemlerinin de bu mesajlar ile bağdaşmayacağı da açıktır. AİHM burada kamu düzenini ve sağlığını korumaya ilişkin sınırlandırma maddesi gereği orantılı ve demokratik toplumda gerekli bir tedbir olduğu için başvurucunun başvurusunu kabul etmemiştir.

Sözleşmenin 9.maddesinin 2.fikrasında öngörülen kısıtlama nedenleri ile AİHM, demokratik toplumlarda Devletin kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığı ile başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı duyulması ve korunması amaçları ile uyumlu olmadığı takdirde İslam dininin getirdiği başörtüsü takma eylemine kısıtlamalar getirme yetkisine sahip olmuştur. Bu durum yukarıdaki kararlardan açıkça görülmektedir. AİHM, İslam dininin en fazla yaşandığı ülkelerden ve sözleşmeye de taraf olan Türkiye’de kendi dini sembollerini aşırı derecede yaşayan ve bu aşırılığın siyasi boyutlara ulaştığını gözden kaçırmamıştır. Dininin gerekliliklerini icra etmeyen veya başka dine mensup kişilere baskı yapılmasını önlemek amacıyla kamuda özellikle eğitim yapılan kurumlarda ve üniversitelerde türban takılmasına ilişkin alınan önlemlerin sözleşmenin 9/2.maddesi uyarınca meşru olduğunu tespit etmiştir. AİHM, Anayasa Mahkemesi içtihatlarına da atıf yaparak laiklik ilkesinin özgürlük ve eşitlik ilkesinin temel bir unsuru olduğunu belirtmiştir.

Yukarıdaki kararlardan anlaşılacağı üzere; laiklik ilkesinin korunması için bu müdahalelerin gerekli olduğuna karar verilmiştir. Ayrıca yapılan müdahalenin amaçla doğru orantılı olduğunu ve kamu düzenini korumak, başkalarının haklarına saygı göstermek ve korumak, eşitlik, özgürlüklere zarar vermemek ve laiklik ilkelerini güvence altına almak adına 9.maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

5. Vicdani Ret

Türkiye’de hemen hemen her zaman gündemde olan ve sürekli tartışılan bir başka konu olan, askerlik görevini yerine getirmekten kaçınma konusu da vicdani ret kapsamında ve 9.maddeye aykırı olduğu gerekçesi ile AİHM önüne getirilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bütününe bakıldığında görülecektir ki; temel hak ve özgürlükler alanında tarih boyunca en yüksek derecede bu haklara koruma getirilmiştir. Bireyi hem düşünsel hem de yaşamsal alanda özgürlüğünün korunması bu sözleşme ile güvence altına alınmıştır. Ayrıca sözleşmenin uygulanması açısından ve taraf ülkelerin sayısı bakımından daha geniş kesime hitap etmiş ve aykırılık halinde taraf ülkelerin sorumluluğunu doğurmuştur.

Vicdani ret kavramı ilk olarak 19.yy'da ortaya atılmış ve 20.yy'ın başlarında dünyada yaşanan savaşlar özellikle I. ve II. Dünya Savaşları zamanında tartışılan bir kavram olmuştur. Günümüzde de Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa Parlamentosu tarafından korunan ve kabul edilen temel bir hak olarak kabul edilmiştir.

Vicdani Ret; bir kişinin politik görüşleri, inançları, inancı dolayısıyla mensup olduğu dinin gereklilikleri ve toplumca kabul edilmiş ahlaki değerler doğrultusunda zorunlu askerliği reddetmesidir. Sözleşmeye taraf olan ve olmayan birçok ülkede, o ülkenin uygulamalarında askerlik görevinin yerine getirilmesi isteğe bağlı olmadan zorunlu kılınmıştır. Yaşadığı ülkenin kurallarına göre belli yaşa gelen erkek ya da kadın kişilerin o ülkenin korunmasında aktif rolü askerlik görevinin yerine getirilmesi suretiyle aldığı açıktır. Ancak kişiler düşünce ve inanç yapıları gereği ülke çıkarlarını korumak adına askerlik mesleği dolayısıyla ülkenin güvenliği tehdit altında olsa bile bir başka kişiyi öldürmeyi ahlaki bulmadığı gerekçesi ile reddeder. Ayrıca sadece bu yönüyle değil, belli bir kurum, yapı ya da baskı altında olmayı hiyerarşik sistemler içinde olmayı da reddetmektedir. Bu durumu ideolojik bulanlarda kendi gerekçeleri ile askerlikten kaçınmak istemişlerdir.

Bazı ülkelerde yukarıda ifade edilen düşünce ve görüş yapısına sahip olan kişilerin bu görevi yerine getirmekten kaçınmasına olanak sağlayan vicdani ret kabul edilirken, bu kişiler devlet bazında kamu görevi yaparak zorunlu hizmete katılmaktadır. Bazı ülkelerde ise daha katı sistem ve uygulamalar olduğu için vicdani ret kabul edilemez bulunmuştur. Ükelere göre bu konuda farklılık gösteren uygulamalar mevcuttur. Ülkemizde de zorunlu olarak askerlik yapmak istemeyen kişiler AIHS'in ihlal edildiği gerekçesi ile çoğu zaman AIHM'e başvurmuştur.

Vicdani ret konusunun iyi anlaşılabilmesi için sözleşmenin sadece 9. Maddesinin ihlal edildiği hususunu tartışmak yeterli olmayacaktır. Sözleşmenin 4. Maddesinde yer alan düzenlemeye göre; *“Devlet, kişiyi ahlaki ve dini inançlarına aykırı bir işi kabule zorlayamaz”* ifadesinden yola çıkarak ve yine aynı maddenin 3.fıkrasının b bendinde yer alan *“askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde, bu inanca sahip kimselere sorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet zorla çalıştırma veya zorunlu çalışmadan sayılmaz”* ifadelerinin birlikte değerlendirilmesi daha doğru olacaktır.

Bu maddeler ile anlatılmak istenen öncelikle, sözleşmeye taraf ülkelerin bu hakkı meşru sayma zorunluluğu bulunduğudır. Bu madde ile zorunlu askerlik hizmetine karşılık olarak, bu görevi yerine getirmekten kaçınan kişilerin alternatif kamu hizmetlerine yönlendirilmesinin daha uygun olduğu ifade edilmekte ve ülkeleri bu yönde uygulamalar yapmaya davet etmektedir. Avrupa Konseyine üye devletlerden zorunlu askerlik hizmeti öngören Azerbaycan ve Türkiye de ise askerlik hizmetine alternatif uygulamaları yoktur. Bu sebeple de AİHM’e bir çok başvuru yapılmaktadır.

Vicdani Ret kavramına yukarıdaki maddelerin değerlendirilmesi ile çıkarılacak ikinci sonuç ise; sözleşmenin 4/3 maddesinin b bendi kapsamında; askerlik hizmetinin yerine getirilmesine alternatif hizmet etme imkanı sunulan durumlarda bireyin 9.maddeye dayanarak bir hizmetten muaf tutulma imkanının tanınaması hususudur.

Vicdani Ret konusunda başvuru ile Federal Almanya Cumhuriyeti arasında AİHM önüne gelen davada; mahkeme, vicdani retçi olmanın yapılması öngörülen alternatif kamu hizmetinden muaf tutulma hakkı içermeyeceği ifade edilmiştir.

AİHM, şimdiye kadar zorunlu askerlik görevinin yerine getirilmesi ve vicdani ret konusunda 9.maddeye aykırılık olduğu yönünde bir karar verilmemiştir. Mahkeme, vicdani retçilere

yönelik yapılan uygulamaların, yaptırımların orantılı olup olmadığı konusunda inceleme yapmıştır.

Askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddeden Thlimmenos ile Yunanistan arasında görülen davada, başvuru itaatsizlikten dolayı mahkum edilmiştir. Daha sonra yeminli mali müşavir olarak işe başlamak isteyen başvuru, hakkında mahkumiyet kararı olduğu için atanamamış, sözleşmenin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14 ve 9.maddelerinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Mahkeme, her ne kadar meslek özgürlüğü hakkının sözleşme tarafından garanti altına alınmadığını belirtse de, önüne gelen davadaki şikayet konusunun meslek mensubu olmaya ilişkin sabıkalı olmama kuralı değil, yasanın uygulanmasında inançları nedeniyle işlenen suçlardan mahkum olan kişiler ile diğer suçlardan mahkum olan kişiler arasında bir fark gözetilmemesi olduğuna işaret etmiştir. Bu sebeple mahkeme, şikayet edilen olgunun tespitinden sonra şikayetin 9.madde kapsamına girdiğini kabul etmiştir. İnancı gereği vicdani retçi başvuru bu sebeple mahkum edilmesi sonrasında başvurduğu mesleğe kabul edilmemesinin de ikinci bir ceza olacağı ve orantısız olduğu sonucuna varmıştır.

Türkiye’de de zorunlu askerlik hizmetinin yerine getirilmesi konusunda AİHM’e birçok başvuru yapılmıştır. Osman Murat Ülkenin AİHM’e yaptığı başvuru ve olay şu şekildedir. Başvuru zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmekten kaçınmış ve bu sebeple “emre itaatsizlik” ve “toplumu askerlik hizmetinden soğutmak” suçu sebebiyle sekiz kez mahkum olmuştur. Bu mahkumiyet askeri hapisanelerde yaklaşık iki yıl ceza alması ile sonuçlanmıştır. Mahkeme verdiği kararda; hakkında ve aleyhine birçok dava olan başvuru, hüküm giydiği birikmiş sonuçları ve devam eden davalardan dolayı da bu mahkumiyetin ömür boyu devam etme riskine istinaden, askerlik hizmetinin yerine getirmek istememesinin bu sonuçlar ile orantısız olduğu kanaatine varmıştır. Ayrıca hakkında bu kadar çok dava açılması, yargılanması ve mahkumiyet ile sonuçlanmasının başvuru düşünsel kişiliğini bastıracağı, kişi üzerinde korku, stres, alçalma duygusu ile birlikte ayrıca hiçlik duygusu uyandırdığını ve bu durumun onur kırıcı muamele olduğunu ortaya koymuştur. Demokratik toplumlarda cezalandırma rejimlerine uygun olmayan bu kararların sözleşmenin 3.maddesindeki işkence yasağını ihlal ettiğine karar vermiş, ayrıca 9.madde kapsamında yapılan şikayetin değerlendirilmesine gerek görmemiştir.

AİHM tarafından Türkiye'nin vicdani ret konusunda mahkum edildiği davada Yehova Şahidi inancına sahip olan Yunus Erçep'in vicdani ret hakkını reddettiği gerekçesi ile sözleşmenin 9.maddesinin ihlal edildiğine karar verildi. Yunus Erçep, 1982 yılında vaftiz olarak Yehova Şahidi oldu. Bu inanca sahip kişilerin askerlik yapamayacağı, savaşa ve siyasete katılamayacağı ve kan bağışında bulunamayacağı bilinmektedir. Başvurucu ile ilgili askerlik yapmadığı gerekçesi ile 1998 yılında hakkında yirmi beşe yakın dava açılmış, başvurucu askeri mahkemelerde yargılanarak mahkum edilmiştir. Düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile AİHM'e başvuran Yunus Erçep'in haklı olduğuna karar veren mahkeme sadece 9.maddenin ihlal edilmediğini aynı zamanda adil yargılanma hakkına ilişkin sözleşmenin 6.maddesinin de ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu sebeple de Türkiye başvurusunun hem maddi hem manevi hakları zedelendiği gerekçesi ile tazminata hükmedilmiştir. AİHM bu kararın gerekçesinde ise; Türkiye'deki askeri hizmet sisteminin vicdani retçiler açısından sorunlu olduğunu, adil olmadığını açıkça belirtmiştir.

Türkiye'de vicdani ret konusunda yapılan birçok tartışmada bu konunun sözleşmenin 9.maddesi kapsamında değerlendirilmesinin doğru olduğunu, Türkiye'nin de bu konuda AİHM tarafından verilen içtihatlarla göre uygulama getirmesi gerektiği ve aslında vicdani ret kavramının Türkiye'de de uygulanmak zorunda olduğunu ifade etmektedirler. Vicdani ret, vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden hukukçular, yazarlar ve diğer tartışmacılar Temmuz 2011 yılında Vahan Bayatyan ile Ermenistan arasında görülen ve Ermenistan'ın mahkum edildiği davanın Türkiye için de diğer tüm ülkeler için emsal teşkil ettiğini belirtiyorlar.

Bayatyan ile Ermenistan arasında AİHM önüne götürülen davada AİHM ilk defa burada vicdani retçilerin haklarını 9.madde kapsamında yorumladı. Türkiye'de bu konuda her ne kadar alınmış kesin bir karar olmasa da vicdani ret konusunun uygulanması için gerekli alt yapının oluşturulması gerekmektedir. Kaldı ki son dönemlerde yapılan araştırmalarda AİHM önüne Türkiye aleyhine giden davalarda vicdani ret konusunda yapılan şikayetlerde artış olduğu ifade edilmektedir.

C. PRATİK OLAY

1. Olay

Başvuran, 30 Kasım 2007 tarihinde, çalışmakta olduğu Devlet Opera ve Bale Müdürlüğü'ndeki işine, müdürünün yoğun iş yükü nedeniyle hiçbir çalışanın bir ay süre ile izin alamayacağı yönündeki talimatına rağmen, gitmemiştir. Gerekçe olarak da, Hıristiyan dini bayramını kutladığını belirtmiş ve yasalar uyarınca Hıristiyan vatandaşlar için bu bayramın resmi tatil olduğunu ifade etmiştir.

Bu olaydan sonra işyeri disiplin kurulu, izin almaksızın işe gelmemesinin disiplin kurallarına aykırı olduğundan bahisle, ceza olarak, başvuranın maaşından dört ay boyunca yüzde on oranında kesintisi yapılmasını kararlaştırmıştır.

12 Aralık 2007'te Esra bu kararı bir üst kurulun önüne götürerek, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın, 30 Kasım 2007 tarihinin, Hıristiyan vatandaşlar için resmi tatil olduğuna ilişkin bir kararını sunmuştur. İşe gelmeyeceği konusundaki da müdürüne bir gün öncesinden bilgi verdiğini ifade etmiştir. 16 Ocak 2008 tarihinde üst kurul, başvuranın, hiçbir çalışanın bir ay süre ile izin kullanamayacağı yönündeki iş yeri talimatına karşı geldiği gerekçesiyle, önceki kararı tasdik etmiştir.

Başvuran 1 Şubat 2008'da, Ankara İdare Mahkemesi'ne başvurarak inanç özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bu bağlamda, özellikle, kendisinin sadece Hıristiyan dini bayramını kutladığı için ceza aldığını ve işe gelmemesinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın kararı uyarınca meşru olduğunu ifade etmiştir. Ankara İdare Mahkemesi'ndeki duruşmada başvuran, dini inançlarının kişiler için bir içsel olgu olduğunu, bunu dışa vurmaya zorlanamayacağını ve ayrıca da kiliseye gitmediğini buna da kendisinin karar vereceğini belirtmiştir.

24 Ekim 2008 tarihinde, yerel mahkeme, başvuranın gerçekten Hıristiyan inanca sahip olduğuna ilişkin inandırıcı kanıtlar sunamadığı gerekçesiyle başvuranın davasını reddetmiştir.

14 Mart 2009 tarihinde, başvuranın temyizi üzerine, Danıştay ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Danıştay, dinin bireyler açısından içsel bir husus olduğunun doğru

olduğunu belirtmiştir. Ancak, mevcut davada başvuranın işe gelmemesini meşru kılması gerektiğini ve bunun için de onun, dini inancını açığa vurmasının önem taşıdığını ifade etmiştir. Bu sebeple ilk derece mahkemesinin, başvurucunun ayrıca Müslüman dini bayramlarını da kutladığını göz önünde tutarak, Hıristiyan olduğunu ispat edememesi gerekçesiyle açmış olduğu davayı reddetmesini yerinde bulmuştur.

Şikâyet: Başvuran, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi altındaki haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

2. Olayın Çözümü

Olayda, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup, Hristiyan olan bir işçinin kendi dini inancı gereği resmi tatil olarak kabul ettikleri 30 Kasım günü bir ay işe gitmeyerek dini inancını yerine getirmek istemiştir. Sicil amirleri tarafından bir ay boyunca işe gelmeyen işçinin aylık maaşından dört ay boyunca yüzde on ücret kesmek suretiyle disiplin cezası uygulanmıştır. Başvurucu, bu kararın haksız olduğunu ileri sürerek disiplin üst kuruluna başvurmuş, buradan aldığı ret cevabı üzerine olayın yargıya intikal ettirmiştir. İlk derece mahkemesi davacının davasını ispat edemediğini, idarenin uyguladığı disiplin cezasının yerinde olduğu gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Temyiz üzerine Danıştay tarafından davacının temyiz gerekçeleri reddedilerek, başvuru AİHM'e taşınmıştır.

Temyiz mahkemesinin vermiş olduğu kararda davacının Hristiyan inancına mensup bir kişi olduğunu ispatlayamadığını, kendi dini bayramını kutlarken aynı zamanda İslam Dinine göre bayram sayılan günleri de kutlamasını ret gerekçesi olarak ileri sürmüştür. Yüksek mahkemenin ret gerekçesinde ortaya koyduğu husus; öncelikle davacının hangi dine mensup olduğunu ispatlaması gerektiği yönündedir. Yine kendi inancı gereği kutsal günlerini kutlarken bir başka dinin kutsal günlerini kutlama hakkını kendisine vermeyeceğini ortaya koymuştur.

Türkiye'de iç hukuk yollarını tüketen başvuru, AİHS 9.madde kapsamında din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğinden bahisle davayı AİHM'e getirmiştir.

a- Ret Yönünde Verilen Karar

Türkiye’de Devlet Opera ve Bale Müdürlüğünde çalışan başvuruçunun dini inanç ve kutsal günlerini gerekçe göstererek işine bir ay boyunca gitmemesi ve bu şekilde idari yaptırıma maruz kalması yargı yolu ile de taleplerinin reddedilmiş olması karşısında AİHM önüne gelen davanın çözümünde mahkeme;

İş aksattığı gerekçesi ile idari üstlerinden hakkında yapılan disiplin soruşturması nedeniyle maaşından ücret kesmek suretiyle verilen cezanın 9.maddeye aykırılık teşkil etmediğini, konuya ilişkin şikayetin, şikayete konu eylemin dini saiklerle dahi olsa dini inancı dışı vurma kapsamında işe gelmemenin haksız olduğunu, inancı gereği başvuruçunun işini aksatmayacağı başka bir işe geçme özgürlüğünün olduğu gerekçesi ile davayı reddedebilecektir. Ayrıca AİHM dayandığı bu gerekçeler ile bireylerin keyfi hareketlerinin de önüne geçmeyi hedeflemiştir. Bireyler inancı gereği bir işi yapmaktan kaçınmak isteyebileceklerdir. Bu kaçınmayı da 9.madde kapsamında meşru hale getirecekleri muhakkaktır. Bu sebeple kişiye özel iş koşulları oluşturulamayacağı gibi kişilerin başka iş yerinde çalışma özgürlüğü vurgulanmıştır. AİHM tarafından verilen bir çok karar da bu yöndedir.

Olayda da başvuruçu, hem iç hukukta hem de AİHM’e yaptığı başvuruda aslında gerçekten hangi dine mensup olduğunu ispatlayamamıştır. Başvuruçu hem İslam Dininin kutsal bayramlarını kutluyor, hem de ifadesinde belirttiği gibi Hıristiyan Dinine ait bayramlarda işe gitmemeyi meşru kılmaya çalışmaktadır. AİHM’in yerleşik içtihatlarından açıkça anlaşılacağı üzere bireyler öncelikle inançları gereği yaptığı eylemler dolayısıyla hak kaybına uğradıklarını iddia etseler de önce hangi dine mensup olduğunun tespit edilerek bir hak kaybının söz konusu olup olmadığı değerlendirilebilecektir. Olayda başvuruçunun nasıl ve hangi sebeplerle hak kaybına uğradığı sadece kendi iddiasına dayanarak tespit edilemez. Kaldı ki, olayda yaptırımın iş akdinin feshedilmesi ile değil basit bir para cezası ile uygulanmış olduğu açıktır. Başvuruçunun işçi olması nedeniyle kendi dini inanç ve anlayışına göre bir başka işi tercih edebilme hakkı söz konusu iken kamu güvenliği ve bütünlüğünü ayrıca çalışma düzenini ciddi oranda aksatacağı gibi hususlar göz önüne alındığında başvuruçunun 9.madde kapsamında dini inanç ve hürriyetinin kısıtlanmadığı sonuç ve

kanaatine varılmıştır. İş bu sebeple başvuruçunun başvurusunun reddine karar verilmesi gerekir.

b- Kabul Yönünde Verilen Karar

Başvuruçunun Hıristiyan dinine mensup olduğu iddiasıyla çalışmış olduğu iş yerinde dininin öngördüğü kutsal günleri kutlama amacıyla bir ay boyunca işine gitmediği 9.madde kapsamında bunun din, vicdan ve inanç özgürlüğü kapsamında olması gerektiğini belirtmiş ve bir ay boyunca işine gitmemiştir. Şikâyetli devletin başvuruçunun hakkında işe gelmemesi nedeniyle idari yaptırım uygulamış başvuruçunun itirazı üzerine üst kurul tarafından idari yaptırım onaylanmıştır.

Başvuruçunun olayı yargıya taşınması neticesinde iç tüketim yollarının kullanıldığı ve başvurusunun reddedildiği görülmüştür. Ön incelemeden sonra yapılan inceleme üzerine başvuruçunun Hıristiyan dinine mensup olduğu Hıristiyanlarca da 30 Kasım'ın bayram ve dini – kutsal bir gün olduğu bir gerçektir. Türkiye Cumhuriyeti mevzuatında ve başvuruçunun çalışmış olduğu kurumun bağlı olduğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından da 30 Kasım'ın bayram olarak kabul edildiği anlaşılmıştır. Bu karar ve kabul karşısında başvuruçunun kendi kutsal günlerini 9. Madde kapsamında kutlaması gerektiği ve bunun idari yaptırımla engellenmesinin iş bu maddeyi ihlal olduğu kanaatine varılmalıdır.

Stj. Av. Buket TURAN
Sicil No: 41737