Jim Murdoch

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında **Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması**

Funded by the European Union

EUROPEAN UNION

COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Implemented by the Council of Europe

Avrupa Konseyi insan hakları el kitapları

Jim Murdoch

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması

Avrupa Konseyi insan hakları el kitapları

Türkçeye Çeviren: Av. Serkan Cengiz

Avrupa Konseyi
Strazburg, 2012

Jim Murdoch Glasgow Üniversitesi'nde kamu hukuku kürsüsü profesörü ve ayrıca Hukuk Fakültesi'nin önceki dekanıdır. İlgi duyduğu araştırma alanları iç hukuk ve Avrupa insan hakları hukukudur. Avrupa Konseyi'nin merkez ve doğu Avrupa ülkelerine yönelik düzenlediği seminer programlarına düzenli olarak katılmakta olup yargısal nitelikte olmayan insan hakları uygulama mekanizmaları özel ilgi alanıdır.

Bu kitapta yer alan değerlendirmeler yazarların kişisel fikirleridir. Söz konusu değerlendirmelerden, bu değerlendirmelerde sözü edilen hukukî belgeler üzerinde Avrupa Birliğine veya Avrupa Konseyine üye devletlerin yönetimlerini, Avrupa Birliğinin veya Avrupa Konseyinin yasal organlarını ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini veya Avrupa Konseyinin uluslararası sözleşmelerine dayanılarak tesis edilmiş herhangi bir kurumu bağlayıcı nitelikte resmî yorumlar yapıldığı anlamı çıkarılmamalıdır.

Avrupa Konseyi
İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü
F-67075 Strasbourg Cedex
www.coe.int/justice

© Avrupa Konseyi, 2012
Cover illustration © rolffimages – Fotolia.com

1. Baskı, Şubat 2012
Avrupa Konseyi'nde basılmıştır

Türkçe Baskı: Şen Matbaa, Ocak 2013
Özveren Sk. No: 25/A-B Demirtepe - Ankara
Tel: 0.312 229 64 54 • www.senmatbaa.com

İçindekiler

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. Maddesi 5

Önsöz 6

Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü: Uluslararası ve Bölgesel Standartlar 9

Sözleşme'nin 9. Maddesinin Yorumu: Genel Hususlar 12

Giriş 12

9. Maddenin Uygulanması: Anahtar Meselelere İlişkin Kontrol Listesi 13

Soru 1: Şikayet 9. Maddenin Kapsamına Girmekte midir? 14

"Düşünce, Vicdan ve Din" Özgürlüğünden Ne Kastedilmektedir? 16

İç Dünya (forum internum) 18

Din veya İnancın Açığa Vurulması 22

9. Maddenin Kolektif Yönü 24

9. Maddenin Kolektif Yönü ve "Mağdurluk" Statüsünün Tanınması 25

9. Madde Kapsamının Sınırları 27

Soru 2: 9. Madde Haklarına Herhangi Bir Müdahale Var Mı? 28

Pozitif Yükümlülükler 29

Düşünce, Vicdan, Din Özgürlüğü ve İstihdam 31

Dini İbadetlerin Tanınması 35

Soru 3: Din ve İnancın Açığa Vurulmasının / İfade Edilmesinin Sınırlandırılmasının Meşru Bir Amacı Var mıdır? 37

Soru 4. Din veya İnancın "Açığa Vurulmasına/İfade Edilmesine" Dair Sınırlama "Yasa Tarafından mı Düzenlenmiştir"? 39

Soru 5. Din veya İnancın "Ortaya Konulmasına/İfade Edilmesine" İlişkin Sınırlama "Demokratik Bir Toplumda Gerekli midir"? 42

Gereklilik ve Oranlılık, "Demokratik Toplumun" Mahiyeti 42

Takdir Yetkisi 44

9. Madde Kapsamındaki Düşünce, Kanaat ve İnanç Özgürlüğünün Farklı Yönleri 46

Bireysel İnancın Dışa Vurumu / İfade Edilmesine Yönelik "Müdahaleler": Zorunlu Askerlik Hizmetinin Reddi 46

Bireysel İnancın "Açığa Vurulmasına/İfade Edilmesine" Müdahaleler: Proselitizm 48

Bireysel İnancın "Açığa Vurulmasına / İfade Edilmesine" Müdahaleler: Dini Sembollerin Giyilmesine İlişkin Yaptırımlar 52

Bireysel İnanca Müdahaleler: "Kilise Vergisi" Ödeme Yükümlülüğü 54

İnancın Bireysel "Ortaya Konulması / İfade Edilmesi": Mahpuslar ve Dini İnanç 56

Devletin yansızlık yükümlülüğü: Dini inançların tanınması ve sair ...57

Devlet Yansızlığının Gerekleri: İbadet Yerlerinin Kontrolü 63

Devletin Yansız Kalma Yükümlülüğü: Bir Dini Cemaatin Mensupları Arasındaki Çekişmelere Müdahale Edilmesi 64

Vicdan veya İnancın Özgürce İfade Edilmesine Etkileri Olan İlgili Diğer Sözleşme Garantileri 68

Dini İnançlar ve Eğitim: 1 nolu Protokol'ün 2. Maddesi 68

Düşünce, Vicdan, İnanç ve İfade Özgürlüğü: Madde 10 71

Tıbbi Tedavi Meseleleri: Madde 8....75

Dini Yapıların Kararlarının Devlet Tarafından Tanınması: Madde 6 75

Din veya İnanç Temelli Ayrımcılık 76

Madde 14....77

12 nolu Protokol....83

Sonuç....84

İndeks 88

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. Maddesi

Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması

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.

Önsöz

Bu kitap Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("Strazburg Mahkemesi") ve lağvedilen Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") tarafından yorumlanan ve özellikle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. Maddesi tarafından garanti altına alınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün mahiyeti ve kapsamını incelemektedir.[1]

Sözleşme garantilerinin uygulanabilmesi açısından temel sorumluluk ulusal düzeydeki sorumluluktur. Bu nedenle amaç, Sözleşme'nin ulusal hukukta ve uygulamada hayata geçmesi bağlamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi içtihatlarını anlama ihtiyacı içersinde olan yargıçlara, ilgili devlet görevlilerine ve avukatlara kısa ama öz bir rehber sunmaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bulunan ölçütler ve beklentiler Avrupa boyunca uygulanabilir. Buna karşın koruma ağının doğasında bulunan ikincillik olgusu, kategorik olarak, yerel karar vericinin ve her şeyden öte yerel yargıcın ulusal hukukta ve uygulamada bu hakları etkin kılmasını gerektirmektedir. Bu çalışma konuyla ilgili kati bir bilimsel inceleme olmaktan ziyade sadece konuya ilişkin giriş niteliğinde bir çalışma olabilir. Dahası işbu çalışma ulusal hukukun Sözleşme'ye ne kadar ağırlık vermesi gerektiği hususundaki tartışmaların kapsamını da genişletmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ister üst bir hukuk normu olarak isterse de ulusal hukukta basit bir ikna edici güç olarak addedilsin, en nihayetinde önemlidir. Buna karşın Sözleşme ister ulusal hukukun üstünde olsun isterse de olmasın, bir yerel yargıç veya kamu görevlisi tarafından, ulusal düzeyde görülen ilgili davalara ilişkin karar verme sürecinde dikkate alınması gereken anahtar hususları belirli bir kesinlikle ifade edebilmek hala olanaklıdır.

9. Madde içtihatları Sözleşme'nin diğer hükümleri kaynaklı içtihatlardan farklı olarak sayıca çok olmasa da, sıklıkla bazı karmaşıklıklar ihtiva etmektedir. Bu kararların çoğunluğunu yakın zamanda verilmiş olanlar oluşturmaktadır.[2] Bir diğer

1 Okunabilirlik açısından metin içersinde davaların sadece isimlerine atıfta bulunulmakta, adı geçen kararlara ilişkin ayrıntılı atıflar ise 88. sayfada bulunan dava indeksinde verilmektedir. Mahkeme'nin tüm kararları, önemli karar seçkileri ve raporlar http://hudoc.echr.coe.int / adresinden erişilebilen HUDOC bilgi bankası tarafından yayınlanmaktadır.

2 1959–2010 yılları arasında 35 kararda 9. Maddenin ihlal edildiğine hükmedilmiştir (Yunanistan 9, Rusya 5, Bulgaristan 4, Letonya 3, Moldova 3, Türkiye 3, Avusturya 1, Gürcistan 1, Polonya 1, San Marino 1, İsviçre 1): Avrupa Mahkemesi *Yıllık Rapor* 2010 (2011), s.157–158. 9. Maddenin ihlal edildiğini tespit eden ilk karar olan *Kokkinakis / Yunanistan* kararı, aşağıda s. 38'de ele alınmıştır, 1993 yılında verilmiştir.

ifadeyle düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğünün bazı yönleri Mahkeme tarafından hala ele alınmayı beklemektedir. Dolayısıyla Mahkeme konunun tüm yönlerine dair kati yorumunu ortaya koyma fırsatına henüz kavuşmamıştır. Buna karşın bazı önemli kararlar söz konusu garantinin öneminin ortaya konulmasına, doğası ve uygulamasının aydınlatılmasına yardımcı olmaktadır. Madde hükmü bireyin inanç sistemi ile sahip olduğu inançların hem özel hem de kamusal alanda tek başına veya başkalarıyla birlikte ifade edilmesi hakkının korunmasını amaçlar. Konuyla ilgili Mahkeme içtihatları devlet makamlarının düşünceye, inanca veya dine müdahale edecek her türlü eylemden uzak durmasını gerektirmekle kalmayıp aynı zamanda belirli durumlarda bu özgürlüğü desteklemek ve korumak amacıyla bir takım pozitif tedbirler almak durumunda olduklarını ortaya koymaktadır. 9. Madde kapsamında ortaya çıkabilecek meselelerin kapsamı hayli geniştir: Örneğin kamusal alanlarda dini sembollerin teşhiri yasaklanmalı mıdır? Ceza hukuku, başkalarına kendi dinini benimsetme (proselitizm) teşebbüsünü hangi aşamada yasaklamalıdır? Askerlik hizmetini yapmaktan bağışık tutulmanın kabulüne dair herhangi bir yükümlülük mevcut mudur? Kamu görevlileri veya demokratik olarak seçilmiş temsilcilerden bağlılık andı içmeleri istenebilir mi? Veya minarelerin inşasının veya türbanın giyilmesinin yasaklanması olanaklı mıdır? Bu sorular siyasal tartışma içinde azımsanmayacak sıklıkta ortaya çıkmakta, çıkabilmektedir. Söz konusu bu sorular ulusal hukuk sistemleri içinde görülen yargılamalarda da gündeme gelebilmektedirler ve bu soruların ulusal mahkemelerce çözümlenmesi insan hakları kuralları kaynaklı beklentiler hususunda berrak bir farkındalık bilgisini gerektirmektedir.

İçtihatlar içinde bulunan bazı anahtar davaların tartışılması, Sözleşme metninin en nihayetinde söz konusu garantinin anlaşılması açısından bir başlangıç noktası olduğunun ortaya konulmasına yardımcı olacaktır. Konuyla ilgili içtihatların farkında olmak can alıcı bir öneme haizdir. Kıta Avrupa'sı geleneğinden gelen avukatlar açısından, bu husus bir takım ilave açıklamalar gerektirebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önceki başkanlarından birisinin de ifade ettiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("Strazburg Mahkemesi") "ılımlı bir emsal karar öğretisi" kullanmaktadır.[3] "Emsal karar öğretisi" hukuki kesinlik ve yasa önünde eşitlik ilkelerinin bir gereğidir. Dahası söz konusu bu öğreti Sözleşme'nin, toplumun değer ve özlemleri bağlamında meydana gelen değişimleri yansıtmaya devam etmesinin sağlanması zorunluluğu nedeniyle de "ılımlıdır." Bu nedenle Sözleşme "yaşayan bir enstrümandır".[4] Mahkeme kararlarının incelenmesi iş bu içtihat hukukunun dayanakları olan temel değerlerin önemini ayrıca ortaya koyar. Dayanak teşkil eden bu temel değerler, Mahkeme'nin ulusal mahkemeler ve karar vericiler tarafından

3 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Yıllık rapor,* 2005, s. 27.

4 "Yaşayan enstrüman" kavramının kullanılışı için, bkz *Bayatyan / Ermenistan* [BD], aşağıda s. 47'de ele alınmıştır.

izlenmesi gereken prensipleri fırsat bulduğunda ayrıntılı olarak ortaya koyduğu (kabuledilebilirlik veya ilam) kararlarında sıklıkla görülebilmektedir. Dolayısıyla, Strazburg Mahkemesi içtihatlarının önemli bir öngörebilme yönü de bulunmaktadır. Özellikle ulusal makamlar açısından hazırda bir yol gösterici emsal kararın bulunmayabileceği durumlarda, içtihatlara dayanak teşkil eden mantıksal temeli ve prensip olması gerekeni ortaya koyabilir, çıkarım yapılmasına neden olabilir.

Son iki husus. İlki bu el kitabı ağırlıklı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. Maddesini ele almaktadır. Hal böyle olmakla birlikte vicdan ve inançla ilgili meseleler Sözleşme'de başka maddeler kapsamında da gündeme gelebilir. Dolayısıyla düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğü üzerinde önemli etkisi olan ilgili bazı garantilere yapılan küçük referanslar zaruri olarak değerlendirmeye alınmıştır. Özellikle ve tartışmadan da açık bir şekilde görüleceğe üzere, 9. Madde gerek lafız olarak gerekse de yorumunun dayanağını teşkil eden 10.maddenin garanti altına aldığı ifade özgürlüğü ve 11.maddenin garanti altına aldığı örgütlenme özgürlüğü ile yakından ilişkilidir.[5] Ebeveynlerin felsefi ve dini inançlarının çocuklarına sağlanan eğitimde dikkate alınmasını gerektiren 1 nolu Protokol'ün 2.maddesi gibi bazı maddelerde çalışmaya katkı sunmaktadır. İkinci olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında devletin sorumluluğunun kapsamını tartışırken söz konusu bu yükümlülüklerin ulusal düzeyde bir şekilde değişikliğe tabi tutulup tutulmayacağı hususunun dikkate alınması ihtiyacıdır. Özellikle, 57.madde her bir devlete Sözleşme'yi imzaladığında veya onaya ilişkin belgeyi teslim ettiğinde Sözleşme'nin herhangi bir hükmü açısından, toprakları dahilindeki herhangi bir düzenlemenin söz konusu Sözleşme hükmüyle uyumsuz olmamasını temin etmek şartıyla, çekince koymasına müsaade etmektedir.

Bu açıklamaları takip edecek şey, konuyla ilgili ana içtihatlara dair temel bir giriştir. 9. Madde (ve ilgili garantiler) çalışmasını baş döndürücü yapan şey, davaların olaylarından ziyade Mahkeme tarafından zaman içerisinde geliştirilen ve güçlendirilen yorum ilkeleridir. Pek çok davanın nevi şahsına münhasır mahiyeti Avrupa'nın zengin kültürel dokusu ile dini, tarihi ve kültürel farklılığı açısından derin bir anlayışı ortaya koymaktadır. Hal böyle olmakla birlikte Mahkeme, giderek laikleşen ama buna karşın aynı zamanda çok inançlı hale gelen bir toplumun ortaya koyduğu taleplerle uyum içerisinde ve bu taleplere yanıt verilmesine yardımcı olacak birleşik değerler dizininin Kıta üzerinde etkili olmasını amaçlamıştır. Dolayısıyla kamuoyuna yapılan çağrı çoğulculuğa ve hoşgörüye değer verilmesi ve saygı gösterilmesi çağrısıdır. Vicdan özgürlüğü hakkı her daim mevcut ve basit bir hak olarak addedilemez.

5 *Young, James ve Webster / Birleşik Krallık*, para.57: "kişisel düşüncenin 9 ve 10.maddeler tarafından düşünce, vicdan, din ve ifade özgürlüğü bağlamında korunması, 11.madde tarafından garanti altına alınan örgütlenme özgürlüğünün amaçlarından da birisidir".

Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü: Uluslararası ve Bölgesel Standartlar

Dini özgürlükler ile vicdani kanaat ve inanca saygı gösterilmesi hususundaki garantilere, liberal demokratik toplumların anayasal düzenlemeleriyle, uluslararası ve bölgesel insan hakları enstrümanlarında kaçınılmaz olarak rastlanmaktadır. Söz konusu garantiler bir dereceye kadar bu enstrümanları düzenlemekle görevli olanların kaygılarını yansıtmaktadır. Bu duruma dair her birisi belli belirsiz farklı vurgular ihtiva eden çok sayıda örnek mevcuttur. Özellikle de 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Evrensel Bildirgesi'nin 18.maddesi şöyledir:

> "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."

Daha kapsamlı bir lafız 1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (eğitime yapılan atfı ihtiva etmesine rağmen dini inancın değiştirilmesi hakkını açıkça tanımayan) 18.maddesindedir:

"1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kendi seçimiyle bir dini veya inancı benimseme özgürlüğü ile bireysel veya diğerleriyle birlikte kamusal veya özel alanda öğretme, uygulama, ibadet ve törenlerle açığa vurma özgürlüğünü ihtiva eder.

2. Hiç kimse kendi seçimine dayanan bir dini inanca sahip olma veya benimseme özgürlüğüne zarar verecek bir baskıya tabi tutulamaz.

3. Bir kimsenin dini veya inancını açığa vurma özgürlüğü sadece yasa tarafından emredilen ve kamu güvenliği, düzeni, sağlığı veya ahlakının veya başkalarının temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından zorunlu olan sınırlamalara tabi tutulabilir.

4. İşbu Sözleşme'ye Taraf Devletler ebeveynlerin, uygulanabileceği durumlarda vasilerin, kendi inançlarıyla uyum içersinde olan din ve ahlak eğitiminin çocuklarına verilmesini isteme özgürlüğüne saygı göstermeyi taahhüt ederler."

Bu garantiler bölgesel düzeydeki diğer enstrümanlarda da bulunmaktadır. Örneğin İnsan Haklarına Dair Amerika Kıtası Sözleşmesi'nin 12.maddesi uyarınca vicdan ve din özgürlüğü,

> "Kişinin dinini veya inancını devam ettirme veya değiştirme özgürlüğü ile kişinin dini inancını veya inançlarını bireysel yahut başkalarıyla birlikte kamusal veya özel alanda açıkça ifade etme veya yayma özgürlüğünü"

ihtiva eder.

İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı'nın 8.maddesi,

> "Vicdan özgürlüğü dinin ifade edilmesi ile özgür bir şekilde icrasını garanti altına alır."

hükmü ile

> "Hiç kimse yasaya ve kamu düzenine uygun olmak kaydıyla, bu özgürlükleri sınırlayan tedbirlere maruz bırakılamaz."

hükmünü ihtiva eder.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düşünce, vicdan, din veya inanç özgürlüğünün korunmasına dair anahtar garantiler iki hükümde bulunmaktadır. Bunlardan ilki Sözleşme'nin 9. Maddesidir:

> "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 dini ve inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.
>
> 2.Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık ve ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gereken sınırlamalara tabi tutulabilir."

İkincisi ise eğitim hakkı bağlamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 nolu Protokolü'nün 2.maddesidir:

> "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"

Düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğü her ne kadar çoğunlukla diğer haklarla birlikte yararlanılan bir hak olsa da esas olarak bireysel hak olarak görülmektedir. Elbette bir topluluğun kendini tanımlama duygusu hatırı sayılır oranda belirli bir dini inanca sahip olma halini de içine alabilir. Ulusal, bölgesel ve uluslararası enstrümanlar bu olguyu yansıtmaktadırlar. Her ne kadar bazı Avrupa devletleri açıkça laiklik (veya **laïcité)** temelinde kurulmuş ve dolayısıyla da devlet

kurumları ve temsilcileri ile dini kurumları birbirinden ayırmış olsalar da pek çok ulusal anayasa özellikle bir Hıristiyan mezhebini devletin kilisesinin mezhebi olarak kabul etmiştir.[6]Böylesi bir durum, bireysel inançlar ve diğer dinler için yeterli alan ve olanaklar sağlanmadıkça din özgürlüğü ile bağdaşmayacaktır. [7]

Avrupa düzeyinde grup kimliği ile dini inanç arasındaki farkındalık bağı azınlık mensuplarının haklarının korunması üzerine yapılan vurguda görülmektedir. Özellikle Ulusal Azınlıkların Korunmasına Dair Çerçeve Sözleşme'nin Giriş Kısmı

> "Çoğulcu ve gerçek bir demokratik toplum ulusal azınlığa mensup olan her bir bireyin etnik, kültürel, dilsel ve dini kimliğine saygı duymakla kalmayıp, onlara bu kimliği ifade edebilecekleri, muhafaza edebilecekleri ve geliştirebilecekleri uygun koşullar yaratmalıdır."

olgusunu kabul eder. Bir diğer ifadeyle kültürel farklılıklar ayrışmadan ziyade bir zenginlik meselesi olarak görülmelidir.[8] Sonuç olarak Sözleşen Devletler

> "Ulusal azınlığa mensup olan kişilerin kültürlerini muhafaza etme ve geliştirmelerini, ayrıca dinleri, dilleri gelenekleri ve kültürel mirasları gibi kimliklerinin temel yapıtaşlarını koruyabilmeleri için gerekli olan koşulları geliştirmeyi taahhüt ederler. [9]

Aşağıda da ele alınacağı üzere Çerçeve Sözleşme çoğulculuk ve hoşgörünün Avrupa'daki demokratik toplumun temel yapı taşı olduğu ön kabulünü tekrarlar. Diğer Avrupa Konseyi girişimleri bu değerleri geliştirmeyi amaçlamaktadır. Özellikle Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (IHKAK) ırk, dil, din, milliyet, ulusal ve etnik kökene dayanan ön yargı ve ayrımcılıkla savaşarak ırkçılık, yabancı düşmanlığı, anti-semitizm ve hoşgörüsüzlüğe karşı mücadele etmeyi amaç edinmiştir.[10]Çok dinli olan ve pek çok farklılık barındıran bir Avrupa düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün hayata geçirilmesinin korunmasına özel bir ihtimam gösterilmesini gerektirmektedir.

6 Örneğin, İskandinavya ülkelerinde Devlet Kilisesi anayasal bir prensip olarak mevcuttur. Birleşik Krallık'ta, İskoçya Kilisesi ve İngiltere Kilisesi'de tanınmaktadır (buna karşın her birisine ilişkin tanınma süreci radikal anlamda birbirinden farklıdır).

7 Bkz. ayrıca aşağıda s.57.

8 ETS no. 157 (1995). 31 Ekim 2011 tarihinde, anlaşma Andorrai Belçika, Fransa, Yunanistan, İzlanda, Lüksemburg, Monako ve Türkiye hariç olmaküzere tüm Avrupa Konseyi devletleri tarafından kabul edilmiştir.

9 Çerçeve Sözleşme, madde 5 (1). 1998 yılında yürürlüğe girdi, bkz. ayrıca, madde 8: "Taraflar ulusal bir azınlığa mensup olan herkesin din ve inancını açığa vurma, dini kurum, organizasyon ve dernekler kurma hakkına sahip olduğunu tanımayı taahhüt ederler."

10 Komisyon kültürler arası anlayış ve saygının geliştirilmesini amaçlarken aynı zamanda genel temalara dair politika tavsiyelerinde bulunabilir ve en iyi uygulama örneklerini yayabilir. Komisyon ayrıca bugünün kaygılarına dair açıklamalar yayınlayabilir. Bkz. örneğin İsviçre'de minarelerin inşasına izin verilmemesi: doc CRI (2009) 32, para 33.

Sözleşme'nin 9. Maddesinin Yorumu: Genel Hususlar

Giriş

Son yıllarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. Maddesinin ihlal edildiği yakınmasını ihtiva eden başvuruların hem sayıları artmış hem de içerikleri karmaşıklaşmıştır. Yıllara göre karşılaştırıldığında, son yıllara kadar, gerek Strazburg Mahkemesi'nin gerekse de eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun 9. Madde içtihatları sınırlı sayıdaydı. Konuyla ilgili içtihatlar cezaevlerindeki din özgürlüğü veya inanca saygı ile istihdama bağlı sözleşmesel yükümlülükler arasındaki çatışmalar gibi konuları kapsamaktaydı. Karşılaştırmalı olarak ele alındığında inancın topluluk olarak ifade edilmesini/dışa vurulmasını konu alan sadece birkaç başvuru olmuştu. Bu durum, dini ve felsefi hoşgörü ve farklılıklara saygının uzun yıllar önce tesis edilmiş olması veya en azından aktif bir şekilde amaçlanan hedefler olması nedeniyle, muhtemelen o dönemdeki Avrupa Konseyi üyesi devletlerin pek çoğundaki düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğüne gösterilen yüksek düzeydeki saygının bir göstergesiydi. Sonuç olarak 9. Madde üzerine yorum yapanlar açısından bu garantinin mahiyetini belirleyen ilke ve değerlerin görünür kılınması oldukça güçtür. Hal böyle olmakla birlikte geçtiğimiz yıllar içersinde Strazburg Mahkemesi çok farklı ve geniş bir alanı kapsayan meseleleri içeren ve sayıları her geçen gün artan anahtar davalarda 9. Maddenin mahiyetini ve kapsamını incelemeye davet edilmiştir. Bu sürecin sonucu olarak ortaya çıkan (kabuledilebilirlik veya ilam niteliğindeki) kararlar Avrupa toplumunda dini ve felsefi inancın oynadığı merkezi rolün tekrar ifade edilmesine, anahtar değerler olan çoğulculuk ve hoşgörünün vurgulanmasına imkan vermiştir.

9. Madde gerek lafız gerekse de değerler olarak Sözleşme'deki diğer komşu garantilerle yakınlık içersinde olup, bu garantileri bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla gerek lafız gerekse de mahiyet açısından 10. ve 11.madde bağlamında ifade özgürlüğü ile toplanma ve örgütlenme özgürlüğü arasında açık bir bağ bulunmaktadır. Her ne kadar Strazburg Mahkemesi pek çok kez, bir başvuru tarafından ortaya konulan pek çok meselenin, 10.maddenin[11] kapsamına giren ifade özgürlüğü veya 11.maddenin[12] kapsamına giren örgütlenme özgürlüğü bağlamında ele alınması durumunda daha kolay çözülebileceği sonucuna ulaşmış ise de bireyin demokratik bir toplum yaşamına dahil olma hakkının ihlal edildiğini iddia eden pek çok başvuruda 9. Maddeye atıfta bulunulabilir.

11 Örneğin, *Feldek / Slovakya*; *Van den Dungen / Hollanda.*

12 Örneğin, *Refah Partisi ve Diğerleri / Türkiye* [BD].

9. Madde ayrıca, 8.madde'nin bir gereği olan özel yaşama saygı gösterilmesi hakkıyla iç içe olan bir takım değerleri de kapsamaktadır. Madde ayrıca, 1 nolu Protokol'ün 2.maddesi bağlamında ebeveynlerin, çocuklarının eğitimleri sırasında kendi felsefi ve dini inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkıyla da yakın bir ilişki içersindedir. Bu garantilerin her birisi bireyin kimlik gelişiminin beslenmesi ve korunmasına destek olunması bağlamında önem arz etmektedir. Tekrar olsa da, bir başvurucu tarafından 9. Madde bağlamında ileri sürülen bir meselenin değinmiş olduğumuz diğer Sözleşme hükümlerden birisi bağlamında ele alınması daha uygun olacaktır.[13] Ek olarak, inanç ve vicdanın uygulamaya ilişkin çeşitli görünümleri dini topluluğun medeni haklarının[14] tespiti bağlamında mahkemeye erişim hakkını ilgilendirdiği hallerde 6.madde veya mülkiyet hakkının tartışma konusu olduğu hallerde 1 nolu Protokol'ün 1.maddesi gibi diğer haklar kapsamında da ortaya çıkabilirler.[15] Sonuç olarak belirli bir davanın çözümünde 9. Maddenin **lex specialis** (özel kural) olup olmadığının tespitine özel bir önem verilmek zorundadır.

9. Maddenin Uygulanması: Anahtar Meselelere İlişkin Kontrol Listesi

Söz konusu garanti mutlak değildir. 9. Maddenin ilk paragrafı düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü koruma altına alırken ikinci paragrafı vicdan ve inancın açığa vurulmasına getirilebilecek sınırlamaların haklı görülebileceğini kabul etmektedir. Birinci paragraf İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi metninden esinlenmiştir; ikinci paragraf ise ağırlıklı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin çeşitli yerlerinde ve en bariz olarak 8, 10 ve 11.maddelerinde bulunan ve birbiri ile yarışma içersinde olan değişik mülahazalara karşı bireysel hakları dengelemek için kullanılan formülü kopyalamaktadır (bu yaklaşım yukarıda belirtildiği üzere Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18.maddesinde de görülmektedir).

Madde lafzının bir sonucu olarak beş anahtar sorunun ele alınması gerekmektedir:

- ✧ söz konusu garantinin kapsamı nedir?
- ✧ garanti altına alınmış olan hakka herhangi bir müdahale olmuş mudur?
- ✧ söz konusu müdahalenin meşru bir amacı var mıdır?
- ✧ müdahale "yasaya uygun olarak mı" yapılmıştır?
- ✧ müdahale "demokratik bir toplumda gerekli midir"?

Diğer bir ifadeyle ilk olarak madde 9'un uygulanır olup olmadığı, şayet bu mümkünse söz konusu garantiye bir müdahalenin olup olmadığının tespiti zorunludur. İkinci olarak (ikinci paragrafın ışığında) madde hükmünün *ihlal edilip edilmediğini tespit etmek için müdahalenin gerekçesi incelenecektir (Strazburg Mahkemesi'ne yapılacak bir başvurunun kabuledilebilir olarak ilan edilmesinin zorunlu olduğu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından sağlanan mekanizmayı kullanmayı arzu eden bir kişinin iç hukuk yollarının tüketilmesi dahil çok sayıda kabuledilebilirlik en-*

13 Örneğin, *Hoffman / Avusturya,* s.81'de ele alınmıştır.
14 Örneğin, *Canea Catholic Church / Yunanistan.*
15 *Holy Monasteries / Yunanistan.*

gelini aşmak zorunda olduğu hatırlanmalıdır. Her ne kadar aşağıda başvuru yapmayı amaçlayan kilise veya dini derneklerin ne zaman ve hangi kapsamda "mağdur" olarak değerlendirileceği meselesine kısaca değinilmiş olsa da kabuledilebilirlik gerekleri ağırlıklı olarak bu çalışmanın konusu dışında kalmaktadır).[16]

Bu beş sorunun halihazırda mevcut olan 9. Madde içtihatlarına atıfta bulunularak ele alınması gerekmektedir. Bu testlerin genel uygulamasına ilişkin tartışma, madde hükmü ile diğer Sözleşme garantilerinin etkileşimine dair bir anlayışı ortaya koyacağı gibi, Strazburg Mahkemesinin yorum açısından başvurduğu yaklaşımın anahtar yönlerine dair bir değerlendirme imkanı da sağlayacaktır. Sonrasında söz konusu garanti tarafından sağlanan korumanın daha özel yönleri ele alınmaktadır (mahpusların hakları, dini örgütlenmelerin ve ibadet yerlerinin ulusal hukukta kaydı ve kıyafete ilişkin düzenlemeler bunlara dahildir). İçtihat ve tartışma, ağırlıklı olarak dini inanç üzerinde odaklansa da, aynı prensiplerin dini inanca dayanmayan felsefi inançlar bakımından da geçerli olduğunun hatırlanması can alıcı önem taşımaktadır.

Soru 1: Şikayet 9. Maddenin Kapsamına Girmekte midir?

Madde hükmü sadece özel veya kişisel inancın değil ayrıca söz konusu kanaat veya inancın gerek bireysel gerekse de diğerleriyle birlikte ortaya konulmasını da kapsamaktadır. Dolayısıyla 9. Madde hem iç hem de dışa dönük bir takım hususlar içermekte, dışa dönük olan taraf inancın özel veya kamusal alanda icra edilmesini kapsayabilmektedir.

Dolayısıyla bireylerin dini mahiyetteki ant içme[17] veya dini bir törene katılma[18] gibi inançlarına aykırı bir takım eylem veya uygulamalara zorlanması 9. Madde altında bir takım meselelerin ortaya çıkmasına neden olacaktır. Tam tersi yönde, kamusal alanlarda dini kıyafetlerin giyilmesinin[19] veya belirli bir inancı benimsemeleri hususunda insanları ikna etme faaliyetlerinin[20] yasaklanması gibi inanç tarafından emredilen bireysel eylem veya davranışa getirilen yasaklama da işbu garanti kapsamına girmektedir. İbadet yerleri kurulması[21], dini grupların ulusal hukuk tarafından tanınması/kaydedilmesinin reddi[22] gibi üyelerin birlikte ibadet etme özgürlüğü hakkı üzerine getirilen sınırlamalar veya bir cemaatin mensuplarının bir araya gelerek ibadet etmelerini engelleyecek şekilde seyahat özgürlüğüne getirilen sınırlamalar[23] işbu garantinin kapsamına girecektir. Devlet makamları, dini grupların faaliyetlerine hukuka aykırı müdahalelerden kaçınmak durumundadır. Aksi durum 9. Madde bağlamında bir takım

16 Bkz. aşağıda s.25.

17 *Buscarini ve Diğerleri / San Marino*, para.34–41 ve 34.

18 *Valsamis / Yunanistan*, para.21-37 (9. Madde haklarına müdahale yok), aşağıda s.28'de ele alındı.

19 *Ahmet Arslan ve Diğerleri / Türkiye*, para.44-52.

20 *Kokkinakis / Yunanistan*, para.31-33.

21 *Manoussakis ve Diğerleri / Yunanistan*, para.36-53

22 Bkz. aşağıda s.57.

23 *Kıbrıs / Türkiye* [BD], para.242–246.

meselelerin ortaya çıkmasına neden olacaktır.[24] Dolayısıyla söz konusu garantinin temel odağı, özel ve kişisel inanç ile bunların bireysel olarak veya bir arada ortaya konulmasıdır. Buna karşın 9. Madde lafzında geçen "icra etme" kavramı din veya inanç kaynaklı veya ondan esinlenen her türlü eylemi kapsamaz.[25] Cenazenin, kişinin arzularına uygun olarak imha edilmesi muhtemelen düşünce, vicdan veya din özgürlüğünden ziyade 8.madde altında aile ve özel yaşama saygı hakkının kapsamına girmektedir.[26]Bir vergi mükellefinin ödemiş olduğu vergilerin belirli bir amaca yönelik harcanmasını talep edebilmesi[27] veya düşünce özgürlüğünün hayata geçirilmesi bağlamında belirli bir dinin kullanımına müsaade edilmesi hususlarında devleti bağıtlayan herhangi bir yükümlülük söz konusu değildir.[28] Madde hükmü; boşanmanın mümkün olmaması[29], vergi mevzuatının uygulanmasında ayrımcı muameleye tabi tutulduğunun iddia edilmesi[30] veya bir dini kurumun maddi kaynaktan yoksun bırakılması[31] gibi meseleleri içine almamaktadır.

Hal böyle olmakla birlikte bir devletin 9. Madde kapsamındaki temel yükümlülüklerinin sınırlarını genişletmesi ve din ve vicdan özgürlüğünün daha geniş kapsamı içine girecek *ek* bir takım haklar yaratması durumunda, bu haklar ulusal hukukun ayrımcı uygulanmasının önlenmesi bağlamında, 9. Maddeyle bağlantılı olarak 14.madde tarafından korunacaktır[32]. Bu husus aşağıda ele alınmıştır[33]. 9. Madde tarafından sağlanan koruma, esas olarak Avrupa Devletlerinin kendi egemenlik alanlarında sağlamaları gereken bir hususdur. Dolayısıyla bir kişinin başka bir ülkeye sınır dışı edilme tehlikesi

24 Bkz. aşağıda s.64.

25 *Cserjés / Macaristan* (kabuledilebilirlik hakkında karar).

26 *X / Almanya* (1981) (buna karşın mesele 8.madde kapsamına da girebilir). *Sabanchiyeva ve Diğerleri / Rusya* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (terörist olduğu iddia edilen öldürülen kişilerin cenazelerinin verilmesi talebinin reddi: Tek başlarına ve 14.madde ile bağlantılı olarak 3, 8 ve 9. maddeler altında kabul edilebilir).

27 *C. / Birleşik Krallık* (dini bir grup olan Quaker üyesi, ödemiş olduğu verginin askeri amaçlarla kullanılmasına karşı çıkmıştır; Komisyon 9. Maddenin kamusal alanda inanç tarafından emredilen şekilde davranma (vergi ödemeyi reddetme) hakkını her daim garanti altına almadığını belirtmiştir; ve *Fernández ve Caballero García / İspanya* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (kilise üyelerinin kazançlarına tahakkuk eden gelir vergilerinin bir kısmını kiliselerine tahsis edememelerine rağmen aynı durumun Roman Katolik Kilisesi mensupları için mümkün olması 9. Maddenin 14.maddeyle birlikte ihlaline neden olmamıştır: Ortak bir Avrupa uygulamasının mevcut olmadığı böylesi bir meselede devletin belirli bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir.

28 *Leeuw-St Pierre Sakinleri / Belçika*.

29 *Johnston ve Diğerleri / İrlanda*, para.62-63 (meseleler 8, 12 ve 14.maddeler altında ele alınmıştır).

30 *Darby / İsveç*, para.28-35 (başvuru 14.madde ile birlikte 1 nolu Protokol'ün 1.maddesi altında ele alınmıştır; Mahkeme bir devlette belirli bir kilisenin tanınmasının söz konusu olması ve kilisenin gönüllü üyeliği gerektirmesi durumunda herhangi bir 9. Madde meselesinin ortaya çıkmayacağını belirtmiştir (para.35)).

31 *Holy Monasteries / Yunanistan*, para.86-87 (yakınmanın tanrısal ibadetin amaçlanmasını konu edinmemesi dolayısıyla meseleler 1 nolu Protokol'ün 1.maddesi altında ele alınmıştır).

32 *Savez Crkava "Riječ Žlvota" ve Diğerleri / Hırvatistan,* para. 55-59 ve 85-93 (kiliseler tarafından gerçekleştirilen dini evliliklerin medeni evliliklerle eşdeğer kabul edilmesi ve ayrıca devlet okullarında dini eğitim verilmesine müsaade edilmesi açısından kiliseler arasında eşitlikçi bir ölçütün mevcut olmayışı: her ne kadar bu haklar Sözleşme'den kaynaklanmasa da, ayrımcı muameleye tabi tutulmama hakkına uygun değildir. Sözleşme'nin 14.maddesinin 9. Maddeyle bağlantılı olarak ihlali).

33 Bkz s.77.

altında olması ve sınır dışı edilmesi veya kovulması durumunda din özgürlüğüne yönelik gerçek bir riskin mevcut olduğunun iddia edildiği durumlarda, söz konusu maddeden sınırlı bir yardım alabilmek mümkündür[34]. Diğer yandan, göçmen kontrolünün normal koşullarda Sözleşme garantileri kapsamının dışında kalan bir mesele olmasına rağmen, ülkede ikamet eden bir yabancının dini inançlarına dayanarak ülkeye girişine müsaade edilmemesi bazı davalarda 9. Madde altında bir takım meselelerin ortaya çıkmasına neden olabilir[35].

"Düşünce, Vicdan ve Din" Özgürlüğünden Ne Kastedilmektedir?

"Düşünce, vicdan ve din" kavramlarının kullanımı 9. Madde bağlamında potansiyel olarak geniş bir alanı içine almaktadır. Buna karşın içtihatlar, uygulamada bir ölçüde daha dar bir yaklaşımın benimsendiğini ortaya koymaktadır. Örneğin, bir azınlık grubuna mensup olma "kararı" (ve netice olarak grubun kültürel kimliğinin korunmasının amaçlanması)[36] bir 9. Madde meselesinin ortaya çıkmasına neden olmaz. "İnanç" ile "kanaat" aynı şey değildir. Kişisel inançların, 9. Madde kapsamına girebilmeleri için iki ölçütün gereğini yerine getirmeleri gerekmektedir. Bunlardan ilki, inancın belirli bir tutarlılık, ciddiyet, uyum ve önem derecesine ulaşmış olması; ikincisi ise insan onuruna saygıyla uyumlu bir inanç olarak değerlendiriliyor olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, inancın insan yaşamı ve davranışlarının ağırlıklı ve esaslı yönüyle ilişkili olması ve ayrıca Avrupa demokratik toplumunda korunmaya değer olan hususlardan birisi olarak telakki edilmesi gerekmektedir[37]. Yardımlı intihar[38] veya dil tercihleri[39] ya da ölümden sonra naaşın imhası hususlarına[40] dair inançlar madde hükmünün anlamı kapsamında bir "inanç" içermemektedir. Diğer yandan pasifizm[41], ateizm[42], veganizm[43] 9. Maddenin kapsadığı değer sistemleridir. Komünizm gibi siyasal bir ideoloji de bu kapsamdadır[44]. Hal böyle olmakla birlikte düşüncelerin dile getirilmesi veya vicdani kanaatin ifade edilmesine ilişkin müdahaleler sıklıkla, 10.maddenin garanti altına aldığı ifade özgürlüğü veya 11.maddenin garanti altına aldığı

34 *Z ve T / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (Pakistan'a aide edilmekle karşı karşıya kalan Pakistanlılar: Her ne kadar Mahkeme sınır dışı etme işlemlerini konu alan davalarda istisnai de olsa 9. Maddenin ilgili olabileceğini belirtse de her şeye rağmen 3.madde sorumluluğunu gerektirmeyecek olan böylesi koşulları öngörmek güç olmuştur).Bakınız ayrıca *Al-Nashif ve Diğerleri / Bulgaristan,* gerekli izne sahip olmaksızın İslam dinini öğrettiği gerekçesiyle sınır dışı etme: sınır dışı etmenin 8.madde ihlali oluşturması ışığında 9. Madde altında ele alınmasına gerek yoktur).

35 *Nolan ve K / Rusya*, para.61-75 (Birleşik Kilise üyesi olarak faaliyette bulunduğu gerekçesiyle oturma iznine sahip bir yabancının sınır dışı edilmesi). Bakınız ayrıca *Perry / Letonya*, para.51-66, aşağıda s.41'de ele alınmıştır; ve *El Majjaoui ve Stichting Touba Moskee Hollanda* (kayıttan düşürme) [BD], para.27-35 (imamlık pozisyonu için çalışma izninin reddi, başvurunun sunulmasından sonra imamlık pozisyonu başvurusunun kabul edilmesi nedeniyle başvuru kayıttan düşürülmüştür).

36 *Sidiropoulos ve Diğerleri / Yunanistan*, para.41.

37 *Campbell ve Cosans / Birleşik Krallık*, para.36.

38 *Pretty / Birleşik Krallık*.

39 *Beçika Dil Davası*, Konuyla İlgili Hukuk, para.6.

40 *X / Almanya* (1981) (fakat mesele 8.madde kapsamına girmektedir).

41 *Arrowsmith / Birleşik Krallık*.

42 *Angelini / İsveç*.

43 *C.W. / Birleşik Krallık*.

44 *Hazar, Hazar ve Acik / Türkiye*.

örgütlenme özgürlüğü kapsamına giren meseleler olarak ele alınacaktır[45].

İçtihatların çoğunluğu dini inançlara odaklanmıştır. İnanç veya dini inanç niteliğine haiz olmayan hususların da 9. Madde tarafından korunacağının başlangıçta belirtilmesi önem arz etmektedir:

> "9. Madde tarafından korunduğu üzere düşünce, vicdan ve din özgürlüğü Sözleşme bağlamında "demokratik bir toplumun" temellerinden birisidir. Bu husus, dini düzlemde inananların kimliğini ve onların yaşam algısını oluşturan en yaşamsal unsurlardan birisidir. Buna karşın düşünce, vicdan ve din özgürlüğü; ateistler, agnostikler, kuşkucular veya kayıtsızlar açısından çok kıymetli bir değerdir. Yüzyıllar içersinde kazanılmış olan çoğulculuk, demokratik toplumdan ayrı tutulamaz ve ona bağlıdır. Her ne kadar din özgürlüğü esas olarak bireysel vicdan meselesi olsa da, diğer hususların yanı sıra, aynı zamanda kişinin dinini açığa vurma özgürlüğünü de içinde barındırır. Söz ve hareketlere tanık olunması hususu dini inançların mevcudiyeti ile uyumludur. 9. Maddeye göre kişinin dinini açığa vurma özgürlüğü sadece toplum içinde diğerleriyle birlikte "kamusal alanda" ve kişinin kendi dini inancını paylaşanlarla birlikte icra edilebilir olmakla kalmayıp ayrıca "tek başına" veya "özel alanda" da icra edilebilirdir. Bunlara ek olarak dinin açığa vurulması/ifade edilmesi özgürlüğü ilkesel olarak kişinin komşusunu, örneğin öğretme yoluyla, ikna etme hakkını da içine almaktadır. Bu hususların gereğinin yerine getirilmemesi halinde 9. Madde tarafından korunan "kişinin din veya inancını değiştirme özgürlüğü" ibaresi kuvvetle muhtemel ölü bir cümle olmaktan öteye gidemeyecektir.[46]"

"Din" ile neyin kastedildiği hususunda kati bir yorum oluşturulmasının zaruri olmadığına hükmedilmiştir. Gerçekten de Mahkeme,

> "bir inançlar bütününün veya ilgili ifade ediliş biçimlerinin *soyut* olarak bir "din" olduğuna karar vermek Mahkeme'nin görevi değildir"[47]

değerlendirmesiyle bu durumu özellikle ortaya koymuştur.

Örneğin *Kimlya ve Diğerleri / Rusya* davasında, Scientology Kilisesi'nin bir din olarak tanınıp tanınmayacağı meselesi gündeme gelmiştir. Söz konusu yapının dini mahiyetine dair Avrupa konsensüsü olmaması nedeniyle; Mahkeme, ikincillik rolünün doğası gereği hassas bir tutum benimseyerek ulusal makamlar tarafından benimsenen yaklaşıma rahatlıkla yaslanabilir. İşbu davada başlangıçta dini faaliyet göstermeyen bir hükmü şahıs olarak tesis edilen Scientology Merkezi, faaliyetlerinin dini mahiyeti gerekçe gösterilerek kapatılmıştır. Bu gerekçenin söz konusu merkez üzerinde baskı kurmak amacıyla kullanılmış olması, 9. Maddenin yakınmalar

45 Bkz. örneğin *Vogt / Almanya*.

46 *Kokkinakis / Yunanistan, para*.31.

47 *Kimlya ve Diğerleri / Rusya*, para.79.

açısından uygulanabilir olduğu hususunda Mahkeme'de bir kanaat oluşturması için yeterli olmuştur.[48] Gerçekten de "ana akım" din olarak değerlendirilebilenler, işbu maddenin koruması kapsamına giren inanç sistemleri olarak derhal kabul görmektedirler.[49] Benzer şekilde bu inançlara ilişkin azınlık varyasyonlarda bu koruma kapsamındadırlar.[50]Duridizm[51] gibi eski inançlar ile Yehova Şahitleri[52], Moon Tarikatı[53], Osho Hareketi[54] ve İlahi Işık Merkezi[55] gibi nispeten yeni dini hareketlerde bu kapsam içindedirler. Buna karşın Wicca Hareketi, ilk davaların birisinde ele alınan ve henüz karara bağlanmamış gibi gözüken bir "dini" ihtiva etmektedir. Dolayısıyla mesele bağlamında bir kuşku halinin söz konusu olması durumunda, bir başvurucudan söz konusu "dini" gerçekten ispatlaması beklenmektedir.[56]

İç Dünya (forum internum)

En temelde 9. Madde düşünce ve vicdani kanaate sahip olunmasına, bir dini inanca mensup olunmasına, bunların geliştirilmesine, olgunlaştırılmasına ve hatta değiştirilmesine müsaade ederek bireyin, devlet tarafından aşılanmasına (indoktrinasyon) engel olmayı amaçlamaktadır. Tüm bunlar sıklıkla atıfta bulunulan "*iç dünya*" kavramıyla ilgilidir.[57] Örneğin,

> belirli bir siyasal partiye oy verme niyeti, temel olarak bir seçmenin "*iç dünyasına*" münhasır bir mesele olup mevcudiyeti oy verme eylemiyle açığa vurulmadığı sürece varlığının ispat edilmesi veya çürütülmesi mümkün değildir.[58]

9. Madde lafzı, düşünceye sahip olma veya düşünceyi değiştirme haklarının mutlak haklar olduğuna dikkat çekmektedir. Maddenin ikinci paragrafı, "kişinin dinini veya inançlarını açığa vurma özgürlüğünün" bazı hallerde ulusal hukuk tarafından sınırlandırılabilmesine olanak sağlar. Dolayısıyla madde lafzının açıkça ortaya koyduğu husus, inancın açığa vurulmasını ihtiva etmeyen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü durumlarının devlet müdahalesine tabi tutulamayacağıdır. Mutlak olarak bireyin (varsa) inancını terk edebilmesi veya mensubu olduğu cemaatten ayrılabilmesi gerekmektedir.[59]Her halükarda savaş ve ulusal seferberlik halleri de[60]dahil devletin, inanç sahibi olma veya değiştirme hakkının özünü engellemeye çalışabileceği durumları ön-

48 *Kimlya ve Diğerleri / Rusya,* para.79-81.
49 Bkz. *ISKCON ve diğer 8 başvuru / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar).
50 *Cha'are Shalom Ve Tsedek / Fransa* [BD].
51 *Chappell / Birleşik Krallık.*
52 *Kokkinakis / Yunanistan.*
53 *X / Avusturya* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (1981)
54 *Leela Förderkreis e.V. ve Diğerleri / Almanya*
55 *Omkarananda ve the Divine Light Zentrum / İsviçre*
56 *X / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (1977)
57 *Van den Dungen / Hollanda.*
58 *Georgian Labour Party / Gürcistan,* para.120.
59 Bkz. *Darby / İsveç,* yukarıda s.15'de belirtildi.
60 Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15.maddesi Sözleşen bir Devlete "ulusun varlığını tehdit eden savaş veya diğer olağanüstü durumlarda" "ancak durumun gerektirdiği ölçüde" ve uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla Sözleşme yükümlülüklerini azaltan bir takım tedbirler almasına müsaade etmektedir.

görebilmek güç olabilir. Her ne kadar içtihatlar içindeki tek vaka, bir mezhebe üye olan kişilerin edinmiş oldukları inançlarından kurtulmaları için bir takım eylemlere teşebbüs eden üçüncü şahısların hukuka aykırı olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılmasını konu alsa da, böylesi bir durum tamamıyla ihtimal dışı değildir. Mahkeme söz konusu davada bir 5.madde ihlali olduğunu tespit etmiş ve davanın 9. Madde kapsamındaki herhangi bir kavram altında ele alınmasının gerekli olmadığına hükmetmiştir.[61]

"Hiç kimse düşüncelerini, bir dine veya inanca olan bağlılığını açıklamaya zorlanamaz" hükmü nedeniyle bir kişinin inançlarını açıklamaya zorlanması garantinin bu yönünü zayıflatacaktır. [62] Dolayısıyla mahkemelerde yürütülen yargılamalar sırasında resmi bir beyanda bulunmak isteyen kişinin dini inançlarını açığa vuracak bir andı içmeye zorlanması 9. Madde ile bağdaşmaz. [63] Meseleye geri dönersek, dini inancın veya eğilimin ifade edilmesinin amaçlanması, böyle bir bilgiye sahip olunması halinde devletin güttüğü hangi meşru amacın gereğinin yerine getirileceği sorununun ortaya çıkmasına neden olacaktır.[64] Dolayısıyla kimlik kartlarında dini inancın ifşa edilmesi zorunluluğu, kişinin dinini ifşa etmeye zorlanmama hakkıyla bağdaşmamaktadır.[65]Bu karşın böyle bir ifşa gerekliliğini haklılaştıran iki ayrı durum söz konusu olabilir. Bunlardan ilki, devletin kamu hizmetinde görev almak isteyen adaylardan sahip oldukları değer ve inançlarını, söz konusu kamu göreviyle bağdaşmayan bir düşünceye sahip olup olmadıklarını öğrenme gerekçesiyle, ifşa etmelerini isteyebilmesidir. [66] Bu durum, karşı reaksiyon olarak kişinin bir göreve inancı nedeniyle tayin edilmemesi ve dolayısıyla 10.madde kapsamında bir ifade özgürlüğü müdahalesini ortaya çıkarması nedeniyle kafi bir gerekçedir. Örneğin *Lombardi Vallauri / İtalya* davasında 20 yıldır öğretim üyesi olarak bir mezhep üniversitesinde görev yapan başvurucunun sözleşmesi, üniversitenin dini görüşleriyle bağdaşmayan görüşlere sahip olması nedeniyle yenilenmemiştir. Gerek üniversite ve gerekse de ulusal mahkemeler tarafından başvurucunun görüşlerinin üniversitenin menfaatlerini nasıl etkilediği hususunda bir açıklama getirilememiş olması nedeniyle bir 10.madde ihlali tespit edilmiştir. [67] İkinci olarak ulusal hukukta mevcut olan inanç temelli bir ayrıcalıktan yararlanmak isteyen kişiden inançlarını inandırıcı bir şekilde ifşa etmesi istenebilir. Bu durum örneğin, ulusal hukuk tarafından tanındığı hallerde askerlik hizmetini yerine getirme yükümlülüğüne karşı yapılan vicdani red başvuruları bakımından

61 *Riera Blume ve Diğerleri / İspanya*, para.31-35.
62 İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum 22, Madde 18, CCPR/C/21/Rev. 1/Add (1993), para. 3 (MSHS'nin 18.maddesi bakımında).
63 *Dimitras ve Diğerleri / Yunanistan*, para.76-78; benzer için bkz. *Alexandridis / Yunanistan*, para.33-41.
64 Harris, O'Boyle ve Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (2nd ed., 2009), s. 429.
65 *Sinan Işik / Türkiye*, para.37-53 ("din" konusunda bilgi içeren ama buna karşın ilgili hanenin boş bırakılabildiği kimlik belgeleri).
66 *Vogt / Almanya,* para.41-68 (10. ve 11.maddeler altında ele alınmıştır).
67 *Lombardi Vallauri / İtalya,* para.43-56.

söz konusu olabilir.[68] Diğer durumlarda da ortaya çıkabilir. *Kosteski / Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti* davasında başvurucu dini bir tatilde iş yerine gitmediği gerekçesiyle cezalandırılmıştır. Strazburg Mahkemesinin değerlendirmesi şöyledir:

> Başvurucu inancını ispatlamaya zorlanmış olması nedeniyle inancının dahili yönüne müdahale edildiği yakınmasında bulunmuştur. Mahkeme, başvurucunun maruz kaldığı disiplin cezasına itiraz etmesi üzerine verilen ulusal mahkeme kararlarının, başvurucunun Müslüman olduğu iddiasını samimi bir şekilde ispatlamadığını tam tersine başvurucunun İslam inancının gereğini yerine getirdiğine dair hiçbir harici işaretin olmadığını ve başvurucunun cemaat halinde yapılan ibadetlere katılmadığını belirterek başvurucunun iddiasıyla tezat bir tutum içersinde olduğunu açık bir şekilde ortaya koyduğunu hatırlatmaktadır. Her ne kadar davada resmedilen yurttaşının iç dünyası ve kişisel inançları açısından karar verici olan devlet olgusu tamamıyla kabul edilmez olsa ve geçmişteki meşum mezalimleri hatırlatsa da Mahkeme işbu bu davada, başvurucunun Müslümanların belirli günlerde tatil yapabilmesine imkan veren ulusal hukuk tarafından sağlanan özel bir haktan yararlanmayı amaçladığını gözlemlemektedir… İstihdam bağlamında işçi ve işveren arasında özel bir takım yükümlülükler ve haklar ihtiva eden hizmet sözleşmelerinin bulunması durumunda Mahkeme işçinin izinsiz veya makul bir gerekçe olmaksızın gelmemesinin bir işveren tarafından disiplin meselesi olarak değerlendirilmesi durumunda herhangi bir anormalliğin olmayacağını belirtmiştir. İşçinin belirli bir bağışıklığa dayanmak istediği durumlarda herkese tanınmayan bu bağışıklığın, bir ayrıcalık veya hak sahipliğini ilgilendirdiği hallerde belirli bir ispat yükümlülüğünün getirilmesi baskıcı olmadığı gibi vicdan özgürlüğü ile temel bir çatışma içersinde değildir…[69]

Buna karşın "herkese tanınmayan ayrıcalık veya hak sahipliği" kıstası bu prensibin sınırlı olarak uygulanmasını gerektirir. Örneğin çocuklarına verilen eğitim sırasında felsefi kanaatlerinin dikkate alınmasını isteyen ebeveynler bakımından eğitim makamları, bu kapsamdaki ebeveynlerin inançlarına dair çok etraflı bir değerlendirme yapmayabilirler. Bu mesele çocuklarına verilen eğitimin belirli yönlerine itiraz etmelerine imkan veren ulusal düzenleme ve uygulamaların 1 nolu Protokol'ün 2.maddesi bağlamında yetersiz olarak tespit edildiği *Folgerø ve Diğerleri / Norveç* davasında ele alınmıştır:

> … Ebeveynlerin taleplerine dair makul gerekçeler sunması, kısmen bağışık tutulmanın ön koşuludur. Mahkeme kişinin dini ve vicdani kanaati hakkındaki bilginin özel yaşamın en mahrem yönlerini ilgilendirdiğini gözlemlemektedir.

68 Bkz. *N. / İsveç ve* Raninen / *Finlandiya*. Daha fazla ayrıntı için bkz aşağıda s.46.

69 *Kosteski / Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti*, para.39.

> … Ebeveynlerin dini inanç ve vicdani kanaatlerine dair okul yetkililerine ayrıntılı olarak bilgi vermekle yükümlü tutulması Sözleşme'nin 8 ve 9. Maddesini ihlal edebilir. Makul gerekçeler sunmanın doğasında ebeveynlerin dini inançları ve felsefi kanaatlerinin mahrem yönlerini okul yetkililerine ifşa etmeye zorlanma hissiyatı da bulunmaktadır. Başka bir dinin icrası veya başka bir yaşam felsefesinin kabulü anlamına geldiğini düşündükleri eğitim müfredatının belirlenmesi bağlamında ebeveynler açısından yukarıda belirtilen zorlama riski mevcut olacaktır. Buna ek olarak muaf tutulma talebinin makul olup olmadığı meselesi göründüğü kadarıyla muhtemel bir çatışma zeminidir ve böyle bir durumda ebeveynler bağışık tutulma talebinden kolaylıkla imtina edebilirler. [70]

Her ne kadar 9. Madde lafzında bir dine veya inanca sahip olunmasına ilişkin baskının yasaklanmasına dair açık bir atıfta bulunulmamış ise de (Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18.maddesinden farklı olarak) bireylerin vicdani kanaatlerine veya inançlarına aykırı davranmalarının istendiği durumlarda 9. Madde meseleleri ortaya çıkabilir. Örneğin *Buscarini ve Diğerleri / San Marino* davasında, Parlamentoya seçilen iki kişiden görevlerine başlayabilmeleri için İncil üzerine yemin etmeleri istenmiştir (Kutsal ayetler üzerine yemin ederim ki Cumhuriyet Anayasasına her daim sadık ve bağlı kalacağım). Sorumlu devlet söz konusu lafzın kullanılmasının dini değil tarihi ve sosyal bir dayanağı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, Komisyon'un görüşünü benimseyerek "toplum içersindeki farklı görüşlerin parlamentoda temsil edilmesi misyonunun hayata geçirilmesi açısından, belirli bir dizi inanca bağlı olduğunun açıklanması ön şartının çelişki meydana getireceğini belirterek söz konusu şartın uygulanmasının "demokratik bir toplumda gerekli" olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. [71] Benzer bir şekilde ulusal hukuk, bireyin kiliseden ayrılma ve dolayısıyla da Kiliseyi destekleme yükümlülüğünden muaf tutulma hakkını tanımaksızın, vergilendirme yoluyla belirli bir dini kurumun desteklenmesini zorunlu kılamaz. [72] Buna karşın, söz konusu bu prensip özellikle kamusal alan kapsamına giren diğer yasal yükümlülüklere genişletilemez. Dolayısıyla vergi mükellefleri ödemelerinin belirli amaçlara tahsis edilmemesini talep edemeyebilirler.[73]

Baskıya ve indoktrinasyona karşı koruma başka şekillerde de söz konusu olabilir. Örneğin ulusal hukuk dini inancın bazı durumlarda değiştirilmesini teşvik etmek veya değiştirmeye zorlamak olarak adlandırabileceğimiz uygun olmayan dini etkileme faaliyetlerine karşı dezavantajlı olduğunu düşündüğü (reşit olmama hali ile kişinin özel durumları ve sair) bireyleri korumayı amaçlayabilir. [74] Dahası belirtildiği üzere

70 Folgerø ve Diğerleri / Norveç [BD], para.98.

71 Buscarini ve Diğerleri / San Marino, para.34-41, 39.

72 Darby / İsveç, yukarıda ele alındı, s.15.

73 C. / Birleşik Krallık.

74 Kokkinakis / Yunanistan, s. 49.

1 nolu Protokol'ün 2.maddesine uygun olarak eğitimin sağlandığı durumlarda ebeveynlerin felsefi ve dini inançlarına devletin saygı göstermesi zorunludur. Ancak bu şekilde bir ebeveyn çocuğunun okulda aşılanmasına engel olabilir. [75]

Din veya İnancın Açığa Vurulması

9. Madde inancın iç yönüyle (*forum internum*) ilgili olan hareketleri/eylemleri de korumaktadır.[76] Madde lafzında kişinin tek başına veya başkalarıyla birlikte özel veya kamusal alanda öğretme, uygulama, ibadet ve törenler sırasında inancını açığa vurma özgürlüğüne yapılan atıf işbu garanti tarafından sağlanan korumanın dahili unsurunun, inancın "açığa vurulması/ifade edilmesi" olduğunu ortaya koymaktadır. Örneğin bu minvaldeki sözlere ve hareketlere şahit olunması, din ve inancın mevcudiyetinin bir göstergesidir.[77] Buna karşın bu tür düşünce, vicdani kanaat veya dini inanç "dışa vurumlarının/ifadelerinin" 10.maddenin içerdiği ifade özgürlüğü kapsamına giren düşünce ve vicdani kanaat açıklamalarından bazı zamanlarda ayırt edilememesi nedeniyle hangi garantinin uygulanmasının gerekli olduğu hususuna özel bir önem verilmelidir.

Açığa vurma/ifade etme, (dini, inancı veya felsefeyi) kabul edenler açısından emredildiği veya zorunlu olduğu şekliyle bir faaliyetin icrasını ihtiva etmektedir. Belirtildiği üzere birinci paragrafın kaleme alınış biçimi "ibadet, öğretme, uygulama ve tören" yoluyla yapılan "açığa vurmalara/ifadelere" atıfta bulunmaktadır. Bir din veya inancın "açığa vurulmasından" neyin kastedildiğinin anlaşılması dikkatli bir analizi gerektirebilir. Komisyon'un ilk davalarından birisi olan *Arrowsmith / Birleşik Krallık* davasında belirttiği üzere "söz konusu kavram bir din veya inançtan kaynaklanan, ondan esinlenen her bir hareketi kapsamaz."[78] İçtihatlar açık bir şekilde ortaya koymaktadır ki dine kazandırma/davet, dini cemaatin yaşamına genel katılım ve dini kurallara uygun olarak hayvanların kesilmesi gibi meseleler bu kavram tarafından kolaylıkla kapsanmaktadır. Buna karşın bir dinin veya inancın ifade edilmesi açısından merkezi önemde bir faaliyet ile yine din veya inanç tarafından *teşvik edilen* veya onlardan *esinlenen* basit bir hareket/eylem arasında bir ayrım yapılması gerekmektedir. *Arrowsmith* davasında pasifist olan bir başvurucu askerlere broşür dağıtmaktan mahkum olmuştur. Broşürler siyasi meselelere dair şiddet içermeyen bir takım yöntemlerin geliştirilmesinden ziyade ülkenin bir kısmında hakim olan toplumsal huzursuzluğa dair hükümet politikalarını eleştirmektedir. Komisyon pasifizm düşünce-

75 *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen / Danimarka,* aşağıda s.69 ele alındı. Bakınız ayrıca *Angeleni / İsveç ve C.J. J.J ve E.J. / Polonya* (kabuledilebilirlik hakkında karar). Bkz. ayrıca aşağıda s.68.

76 *C.J., J.J ve E.J./ Polanya* (kabuledilebilirlik hakkında karar).

77 *Kokkinakis / Yunanistan*.

78 *Arrowsmith / Birleşik Krallık.*

sini duyuran kamuoyuna yönelik her türlü açıklamanın ve şiddet içermeyen bir inancın kabulünün teşvik edilmesinin normal ve benimsenen pasifist inancın dışa vurumu olarak telakki edileceğini, buna karşın mesele konusu el ilanlarının başvurucunun kendi pasifist değerlerini değil hükümet politikasına ilişkin eleştirilerini içerdiğini, dolayısıyla her ne kadar pasifizm inancından kaynaklansa da broşür dağıtmanın 9. Madde kapsamında bir "inancın" dışa vurumu olarak telakki edilemeyeceğini belirtmiştir.[79] Benzer şekilde bir sağlık kurumunun dışında kürtaj karşıtı broşür dağıtılmasında esas olarak kadınları kürtaj olmamaları hususunda ikna etmenin amaçlanmış olması nedeniyle, bu eylemde dini veya felsefi inançları ihtiva eden bir eylem olarak telakki edilmeyecektir.[80] Dolayısıyla "ifade etme/açığa vurma" kavramı ile neyin kastedildiğinin tespitine ihtiyaç bulunmaktadır. Buna karşın bu tür davalarda bahsi geçen türden materyallerin dağıtılması hakkına yapılan müdahale 10.maddenin garanti altına aldığı meselelerin ortaya çıkmasına neden olacaktır.

"İbadet, öğretme, uygulama ve törenin" bir inanç tarafından emredilip emredilmediğinin veya yalnızca tavsiye edilip edilmediğinin tespiti her daim kolay olmayabilir. Belirli bir günde çalışmayı reddetme, işyerinde bulunmama hali öylesi bir durumdan esinlenmiş olsa da, bir dini inancın açığa vurulması olarak telakki edilemez.[81] Yahudi hukuku bakımından eski eşe evliliğin bittiğini ortaya koyan "mektubun" verilmemesi[82] veya çocukların isimlerinin seçimi bir inanç ifadesini içermemektedir (buna karşın bu mesele 9. Madde çerçevesinde "düşünce" kavramının kapsamı içine girebilir)[83]. İnancın açığa vurulması hakkına yönelik açık müdahaleler içeren vakıalar özel alandan ziyade kamusal alanda söz konusu olan "açığa vurma/ifadeleri" içine alma eğilimindedir (örneğin başkalarının dinini değiştirme eylemlerine teşebbüs etme veya üniversitede dini semboller giyme nedeniyle bir takım yaptırımlara maruz kalma). Hal böyle olmakla birlikte bireyin vicdani kanaatine atfedilen kamusal alandaki her türlü davranışın, eylemin doğrudan bu hükmün kapsamına girmeyeceğinin farkında olunması can alıcı bir önem taşımaktadır.[84]Bu tür davaların pek çoğu içtihatların bu yönüne ilişkin merkezi bir ikileme işaret etmektedir. Belirli bir davranışın, vicdani kanaat veya inanç ifadesi mi yoksa bir esinlenmemi olduğunun tespiti, bireyin inancına dolayısıyla da "*iç dünyasına"* dair çok özel bir incelemeyi gerektirmektedir. *Arrowsmith* yaklaşımında belirli bir geri gidiş veya gevşeme bariz bir şekilde ortaya konulmuştur: Örneğin okullarda dini inançlara dair bariz sembollerin giyilmesinin dini inan-

79 *Arrowsmith / Birleşik Krallık,* para.71-72.
80 *Van den Dungen / Hollanda*. Bkz. ayrıca *Knudsen / Norveç* (kabuledilebilirlik hakkında karar).
81 *X / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (1981); ve *Kosteski / "Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti",* para.38.
82 *D / Fransa* (1983).
83 *Salonen / Finlandiya.*
84 *Van den Dungen / Hollanda*.

cın açığa vurulma özgürlüğüne yapılan bir müdahale olarak anlaşılması gerektiği hususunda bir kabul bulunmaktadır. [85] Bu yaklaşım ilahiyat meselelerinin iç içe geçmesinin yaratacağı güçlükten de kaçınmaktadır.

9. Maddenin Kolektif Yönü

İç dünyayla veya bireyin düşünce, vicdani kanaat veya dini ni ifade etmesiyle ilgili garantiyi oluşturan unsurlar kadar 9. Madde ayrıca, inancın "ifade edilmesini / dışa vurumunu" "tek başına veya diğerleriyle birlikte grup halinde" özel ve kamusal alanlarda gerçekleştirilebilir olmasını, maddenin birinci paragrafı tarafından açıkça düzenlenmiş olması nedeniyle, inancın diğerleriyle birlikte özel ve kamusal alanda açığa vurulmasını / ifade edilmesini de korumaktadır. Kolektif ifadenin / dışa vurumun en bariz şekli diğeriyle birlikte yapılan ibadettir. Bahsi geçen yükümlülükler bağlamında 9. Maddenin yorumlanmasında veya belirli bir meselenin ele alınması açısından hangi maddenin en uygun olacağının tespitinde, Sözleşme'nin diğer hükümleri konuyla ilgili olabilir. Örneğin ibadet yerlerine erişim veya dinin/inancın mensubu olanların dini faaliyet veya törenlere katılımları üzerine getirilen sınırlamalar 9. Madde mülahazalarının[86] ortaya çıkmasına neden olacaktır. Dolayısıyla bu tür davalarda 9. Maddenin, 11.madde tarafından sağlanan koruma ışığında yorumlanması gerekmektedir. Ayrıca dini bir topluluğun menfaatlerini koruyabilmesi amacıyla mahkemeye erişim hakkının sağlanmasının zorunlu olması hasebiyle 6.madde can alıcı öneme haiz olabilir. Bu hükümler arasında yakın ilişki Mahkeme tarafından *Metropolitan Church of Bessarabia / Moldova* davasında belirtilmiştir:

> ...Dini toplulukların geleneksel olarak organize yapılar şeklinde mevcut olması nedeniyle 9. Maddenin, topluluk yaşamını haksız Devlet müdahalesine karşı koruyan Sözleşme'nin 11.maddesi ışığında yorumlanması gerekmektedir. Bu bağlamdan bakıldığında, kişinin dinini başkalarıyla birlikte toplu olarak açığa vurmasını da içine alan din özgürlüğüne dair inananların hakları, inananların Devletin keyfi müdahalesi olmaksızın, özgürce bir arada bulunmasına müsaade edecek bir beklentiyi de içine almaktadır. Gerçekten de, dini cemaatlerin özerk mevcudiyetleri demokratik bir toplumdaki çoğulculuk açısından vazgeçilmezdir ve bu nedenle bu mesele 9. Madde tarafından sağlanan korumanın kalbinde bulunmaktadır.

Ek olarak, kişinin özellikle de dini bir grup tarafından paylaşılan inancı ifşa etme hakkını gerçekleştirme yollarından birisi grubun, üyelerin ve grup malvarlığının yar-

85 Bkz. *Aktas / Fransa* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (çeşitli dini sembolleri giymemeyi reddetme nedeniyle okuldan atılma). Bkz. ayrıca aşağıda s. 52.

86 *Kıbrıs / Türkiye* [BD],para.241-247 (dini inançlar bağlamında ibadet yerlerine erişim ve tören düzenleme imkanını engellenmesi de dahil olmak üzere seyahat özgürlüğüne getirilen sınırlamalar).

gısal korunmasının sağlanması halidir. Böylelikle 9. Madde sadece 11.madde ışığında değil aynı zamanda 6.madde ışığında da ele alınmış olacaktır. [87]

Düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğünün kolektif yönüne sağlanan koruma her şeyden öte devlet yetkilerinin dini grupların iç örgütlenmesine müdahale etmeye teşebbüs ettiği davalarda söz konusu olmaktadır. Konuyla ilgili davalar aşağıda ele alınmaktadır.[88]

"Bir kilisenin birbiriyle benzeşik veya en azından temelde benzer görüşlere dayanan bir dini topluluk olması" ve dolayısıyla da "dinini ifade etme / açığa vurma, ibadet, eğitim, uygulama ve ayinlerini planlama ve gerçekleştirme hakkı bağlamında korunması ve bu meselelerle bağlantılı girişimde bulunma ve yeknesaklığı sağlama hakkına sahip olması nedeniyle 9. Maddenin bireysel ve kolektif yönlerinin çatışma içinde olabileceği durumlarda, bireyselden ziyada kolektif inanç açığa vurumlarının ağır basmasının kabulü genellikle uygun olacaktır." Sonuç olarak, ruhban sınıfına mensup olan bir din görevlisinin kilisesinin standart uygulamasına aykırı olacak şekilde kendi bireysel inançlarını açığa vurma hakkının olduğunu iddia etmesi güçlük arz edecektir.[89](Her halükarda yakınılan işlem/eylem dini bir yapının eylem/işleminden ziyade devlet yetkisinin kullanımını ihtiva eden bir eylem/işlem olmalıdır. Dolayısıyla meselenin toplu ibadetin ne şekilde yapılacağı gibi bir meseleyle ilgili olması durumunda, bu meselenin hükümet ajanı olmayan bir yapının[90] iç kilise idaresine ilişkin almış olduğu karara ilişkin olması nedeniyle bir devlet sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu durum dini yapının iç hukuk tarafından, kurulu özel kilise statüsünden yararlandığı durumlar için de geçerlidir) [91].

9. Maddenin Kolektif Yönü ve "Mağdurluk" Statüsünün Tanınması

9. Maddenin kolektif yönüne, Sözleşme'nin 34.maddesi bağlamında bir kilisenin veya diğer bir dini yapının "mağdurluk" statüsünü ortaya koyabileceğinin kabulü ile vurgu yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, kabuledilebilirlik ölçütlerinin yerine getirilmesi amacıyla, bir kilisenin, üyeleri namına temsilci sıfatıyla itiraz ettiğini ortaya koyabildiği bir durumda, söz konusu kiliseye dine inanca yapılan müdahaleye ilişkin itiraz hakkının tanınması mümkün olabilir.[92] Buna karşın temsilcilik statüsü ticari bir yapıya teşmil edilemez. *Kustannus OY, Vapaa ajattelija AB ve Diğerleri / Finlandiya* davasında birinci başvurucu bir limited şirket, ikincisi tescil edilmiş bir şemsiye dernek (Özgür Düşünenlere dair), üçüncüsü ise başvurucu şirketin müdürü ve başvurucu derneğin şubelerinden birisinin üyesidir. Başvurucu şirket ağırlıklı olarak fel-

87 *Metropolitan Church of Bessarabia / Moldova*, para.118.
88 Bkz. s.64.
89 *X / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (1981). Bkz ayrıca *Knudsen / Norveç* (kabuledilebilirlik hakkında karar).
90 *Finska församlingen i Stockholm ve Teuvo Hautaniemi / İsveç*.
91 *X / Danimarka* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (1976).
92 Bkz. örneğin, *X ve Church of Scientology / İsveç* (kabuledilebilirlik hakkında karar); ve *Canea Catholic Church / Yunanistan*, para.31.

sefi hareketin amaçlarını yansıtan ve bu amaçları yayan kitap yayınlamak ve satmak maksadıyla kurulmuştur. Şirket, kilise vergisi ödemeye mecbur bırakılmış ve bu yaklaşım şirketin dini bir topluluk veya kamu yararı güden bir organizasyondan ziyade ticari bir şirket olması dolayısıyla ulusal mahkemeler tarafından onaylanmıştır. Komisyon başvurunun 9. Madde haklarının ihlal edildiği yakınmasını konu alan kısmı hakkında, temelsiz olduğu gerekçesiyle kabuledilmezlik kararı verirken aşağıdaki gerekçeyi ifade etmiştir:

> Komisyon 9. Maddenin birinci paragrafının ikinci ayağı uyarınca genel olarak din özgürlüğü hakkının, *diğerleri arasında* kamusal veya özel alanda olsun tek başına veya "diğerleriyle birlikte grup olarak" bir dini veya "inancı" açığa vurmayı/ifade etmeyi ihtiva ettiğini hatırlatmaktadır. Bu nedenle Komisyon, başvurucu derneğin prensip olarak 9. Maddenin 1.paragrafında belirtilen haklara sahip ve bu hakları kullanmaya ehil olduğunu değerlendirme dışı bırakmaz. Buna karşın Komisyon önündeki işbu davadaki mesele, sadece başvurucu şirketin kilise faaliyetlerine yönelik belirli bir vergiyi ödeme yükümlülüğüyle ilgilidir. Faaliyet biçiminin şirket olarak örgütlenmesi "bağımsız düşünenlerin (free thinkers) faaliyetlerinin bir kısmının gerçekleştirebilmesi amacıyla başvurucu dernek ve onun şubelerinin bilinçli bir tercihidir. Buna karşın ulusal hukuk nedeniyle başvurucu, sınırlı sorumluluğu olan bir şirket olarak tescil edilmiştir. Dolayısıyla bu şirketin, faaliyet amaçlarından ve ondan toplanan vergi gelirlerinin nihai yararlanıcısından bağımsız olarak ulusal hukuk uyarınca alelade bir şirket gibi vergi ödemesi gerekmektedir. Sonuç olarak başvurucu derneğin kendi adı altında, şirketin ticari faaliyetlerini sürdürmesinin engellenmiş olacağı hususu ispatlanamamıştır.[93]

Ayrıca bir derneğe, üyelerinin temsilcisi olma statüsünün tanınması sadece dini inancın kapsamının genişlediği görüntüsü yaratmaktadır. Aynı şeyin düşünce ve vicdani kanaate müdahale iddiaları açısından geçerli değildir. *Verein "Kontakt-Information-Therapie" ve Hagen / Avusturya* davalarında başvurucu dernek uyuşturucu rehabilitasyon merkezleri işleten, kar amacı gütmeyen özel bir organizasyondur. Başvurunun konusu tedavi uzmanlarına, hastaları hakkında bilgi ifşa etme yükümlülüğü getirilmesidir. Bu yükümlülük başvurucu şirket tarafından vicdani kanaat kavramı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Komisyon'a göre başvurunun *ratione personae (şahıs itibarıyla yetki)* ilkesi uyarınca reddedilmesi gerekmektedir:

> Başvurucu dernek, Sözleşme haklarından mahrum bırakıldığını iddia etmektedir. Dahası esas olarak dayanılan haklardan (Sözleşme'nin 9. Maddesi uyarınca vicdan özgürlüğü, aşağılayıcı muameleye ve muameleye maruz bırakılmama hakkı, madde 3), doğaları gereği özel bir dernek gibi bir tüzel kişinin yararlanması mümkün değildir. 9. Maddenin ilgili olduğu kadarıyla Komisyon, bu

93 *Kustannus OY, Vapaa ajattelija AB ve Diğerleri / Finlandiya*

bağlamda vicdani kanaat ile kilise gibi bir tüzel kişi tarafından da yararlanılan din özgürlüğü arasında bir ayrım yapılmasının gerekli olduğu kanaatindedir.[94]

9. Madde Kapsamının Sınırları

9. Maddenin sınırları çok genişletilemez. Örneğin boşanmanın mümkün olmaması[95], kadınlara kürtaj olmamalarını salık veren bilginin dağıtımı[96], bir siyasal partinin seçimdeki şansını artırmak amacıyla gerçekleştirilen toplu konut satılması olayında, bir politikacının görevini bilinçli olarak kötüye kullanması durumunun mevcut olup olmadığının tespiti madde kapsamına girmez.[97] Yardımlı intihar, dini veya felsefi inanç olarak nitelenemese de bu husus Strazburg Mahkemesi tarafından *Pretty / Birleşik Krallık* davasında 8.madde altında tartışılmış ve daha uygun olan kişisel özerklik ilkesine bağlılık inancı olarak değerlendirilmiştir:

> Mahkeme, başvurucunun yardımlı intihar hususundaki görüşlerinin samimiyeti hususunda herhangi bir kuşku duymamaktadır. Buna karşın Mahkeme tüm düşünce ve vicdani kanaatlerin, Sözleşme'nin 9. Maddesi tarafından korunduğu şekliyle inanç olarak kabul edilemeyeceğini gözlemlemektedir. Başvurucunun iddiaları birinci paragrafın ikinci cümlesinde tanımlanan ibadet, öğretme, uygulama veya tören yoluyla bir din veya inancın açığa vurulma biçimini ihtiva etmemektedir. Başvurucunun görüşlerinin kişisel özerklik inancına bağlılığını yansıttığı kadarıyla talebi, Sözleşme'nin 8.maddesi altında ileri sürülen bir yakınmanın yeniden ifade edilmesidir.[98]

Daha öncede vurgulandığı üzere bir şikayetin başka bir Sözleşme hükmü altında ele alınmasının daha uygun olup olmayacağının belirlenmesi ayrıca bir zaruret olacaktır. Örneğin bir dini organizasyonun maddi kaynaktan yoksun bırakılmasının 9. Madde kapsamına giren bir mesele değil de 1 nolu Protokol'ün 1.maddesi altında, mülkiyetin korunması bağlamında bir mesele ihtiva ettiğine hükmedilmiştir.[99] Benzer şekilde kişinin, tescilli olmadığı gerekçesiyle kilise vergisi ödemekten muaf tutulma talebinin reddine karşı yaptığı şikayetinin dini inanç veya vicdani kanaat meselesinden ziyade Sözleşme garantilerinin yararlanılmasında ayrımcılık yasağıyla bağlantılı olarak mülkiyet hakkı çerçevesinde ele alınması daha uygun olabilir.[100] İslam hukuku tarafından izin verilen küçük yaştaki kızla yapılan evliliğin tanınması talebine dair verilen red kararının inancın ortaya konulmasına müdahale teşkil ettiği iddiası 9. Maddenin değil de 12.maddenin kapsamına giren bir mesele olarak değerlendirilmiştir.[101]

94 *Verein "Kontakt-Information-Therapie"ve Hagen / Avusturya* (kabuledilebilirlik hakkında karar).
95 *Johnston ve Diğerleri / İrlanda*, para.63.
96 *Van den Dungen / Hollanda* (kabuledilebilirlik hakkında karar).
97 *Porter / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar).
98 *Pretty / Birleşik Krallık*, para.82.
99 *Holy Monasteries / Yunanistan*.
100 *Darby / İsveç*, para.30-34, Bkz. ayrıca yukarıda s.15.
101 *Khan / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar).

Soru 2: 9. Madde Haklarına Herhangi Bir Müdahale Var Mı?

Meselenin 9. Madde kapsamında ortaya konulmasıyla birlikte, başvurucunun 9. Madde haklarına bir müdahalenin mevcut olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere "müdahale", "ihlalden" farklı bir kavramdır. Kişinin haklarına bir müdahale olduğunun tespiti ikinci paragrafta düzenlenen, müdahalenin belirli koşullarda haklı veya haksız olup olmadığına yönelik değerlendirmenin yapılmasına imkan verecektir. Kişinin haklarına müdahale normal şartlarda bir devlet görevlisi tarafından alınan bir tedbiri/eylemi ihtiva edecektir. Devlet görevlileri bakımından pozitif yükümlülüğün kabul edildiği durumlarda "müdahale" ayrıca gereken tedbirin/eylemin alınmaması/yapılmamasını da ihtiva edecektir (Yukarıda tartışıldığı üzere itiraz edilen eylemin dini bir yapıdan ziyade *devletin* eylemi olması can alıcı bir önem taşır. Kilisenin iç yönetimine ilişkin meseleler, söz konusu devlet tarafından tanınmış olan bir kilise dahi olsa bir devlet yetkisinin kullanımını ihtiva etmez.[102] Buna karşın mesele konusu itiraz edilen eylemin dini organizasyon tarafından yapıldığı durumlarda, yerel mahkemelerden kararlarında Sözleşme kaynaklı beklentileri yansıtmaları beklenebilir. Bu mesele aşağıda ele alınmıştır[103]). Ayrıca prensipte devlet görevlilerinden din ve inançlar hususunda tarafsız bir tutum sergilemeleri beklenmektedir.[104] Böyle bir durum çoğulcu demokratik toplumun vazgeçilmez bir unsurudur. Dini inançlara veya söz konusu inançların ifade edilme biçimlerinin meşruluğuna yapılan her türlü müdahale 9. Madde ile bağdaşmaz:

> Buna karşın çok istisnai vakalarda, Sözleşme tarafından garanti edildiği şekliyle din özgürlüğü, dini inançların veya bu inançları ifade etmek üzere kullanılan yöntemlerin meşru olup olmadığının değerlendirilmesine dair takdir yetkisinin devlete bahşedilmesini kabul etmemiştir.[105]

Bireyin veya dini bir organizasyonun haklarına bir "müdahale" olup olmadığının tespiti uygulamada güç olmayabilir. Başkalarını kendi din veya inancına kazandırma (proselitizm)[106] veya dini kıyafetler giyme gerekçesiyle bireylere uygulanan yaptırımlar[107], ibadet yerlerine girmenin engellenmesi, cemaat üyelerinin dini törenlere katılmalarının sınırlanması[108] veya bir kiliseye dair gerekli resmi tescilin yapılmaması[109] "müdahale" anlamına gelecektir. Dini bir organizasyonun "mezhep" olarak nitelenmesinin söz konusu organizasyon açısın-

102 Bkz. yukarıda s.25.
103 Bkz. s.33
104 *Ivanova / Bulgaristan*, aşağıda s.33 ele alınmıştır.
105 *Hasan ve Chaush / Bulgaristan* [BD], para.78.
106 *Kokkinakis/ Yunanistan,* bkz. aşağıda s.49 ele alınmıştır.
107 Daha fazla ayrıntı için bkz. aşağıda s.48.
108 *Cyprus / Türkiye* [BD], para.241-247 (ibadet yerlerine erişimde dahil olmak üzere seyahate getirilen sınırlamalar dini vecibelerin yerine getirilebilmesine engel olmuştur).
109 Aşağıda s.58 de ele alındı.

dan olumsuz bir etkisinin olacağı kabulünden hareket etmek uygun olacaktır.[110]Buna karşın devlet makamları ile açık ve samimi bir şekilde vicdani kanaate sahip olan bireyler arasındaki her türlü çatışma 9. Madde haklarına bir "müdahale" olduğu sonucunun çıkarılmasına olanak vermez. Konuyla ilgili *Valsamis / Yunanistan* ve *Efstratiou / Yunanistan* davalarında Yehova Şahidi olan lise öğrencileri ülkelerine ilişkin ulusal gün geçit törenine bu tür etkinliklerin sahip oldukları (veya ailelerinin sahip olduğu) inançla yani sıkı sıkıya bağlı oldukları pasifizmle bağdaşmadığı gerekçesiyle katılmamışlardır. Strazburg Mahkemesi bu tür geçit törenlerinin doğasında insan hakları ve demokrasinin halk tarafından kutlanması olduğunu gözlemleyerek askeri personelin katılımını da dikkate almasına rağmen, bu yürüyüşlerin başvuruculların pasifist inançlarına bir saldırı olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.[111] Bu tür davalar, bir "müdahalenin" meydana gelip gelmediğinin tespiti sırasında ortaya çıkabilecek, olay temelli güçlükleri resmetmektedir: İşbu davada muhalefet şerhi yazan yargıçlar bireyin dini inancı bağlamında önem arz eden, dayanışmayı sembolik bir şekilde ortaya koymayı amaçlayan kitlesel bir etkinliğe katılımın "demokratik bir toplumda gerekli" olduğu kanaatini destekleyecek hiç bir gerekçe gösterememişlerdir.

110 *Leela Förderkreis e.V.ve Diğerleri / Almanya*, para.84, daha ayrıntılı olarak s.58'de ele alındı.

111 *Valsamis / Yunanistan*, para.37-38; ve *Efstratiou / Yunanistan*, para.38-39.

Pozitif Yükümlülükler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1.maddesi uyarınca Sözleşen taraflar "egemenlik alanları içinde bulunan herkese" Sözleşme ve Protokolleri'nin ihtiva ettiği hak ve özgürlükleri *sağlamayı* taahhüt etmektedir. Sonuç olarak devlet öncelikle korunan haklara müdahale etmekten kaçınan "negatif/olumsuz" bir yükümlülük altındadır. Örneğin 9. Maddede kullanılan dil bu olumsuz yükümlülüğü yansıtmaktadır. İlgili kısım şöyledir: Kişinin dinini ve inançlarını ifade etmesi… gibi sınırlamalara tabi tutulabilir. Buna karşın hakları güvence altına alan asıl yükümlülük devletlerin haklara müdahaleden uzak durma yükümlülüğüyle sınırlı değildir: Söz konusu asıl yükümlülük devleti aktif adımlar atma yükümlülüğü altına da sokmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bulunan yükümlülükler uygulanabilir ve etkili olmak zorundadır. Bundan dolayı Strazburg içtihadı, kişilerin haklarını korumak amacıyla devlete belirli eylemleri yerine getirme sorumluluğu tevdi eden "pozitif yükümlülükler" fikrini ihtiva etmektedir.

Pozitif yükümlülüklere dair içtihadın itici gücü olan temel prensip, çoğulculuk ve karşılıklı hoşgörü ruhu içersinde mevcut olan ve devletin sağlamakla yükümlü olduğu din özgürlüğüdür. Örneğin dini toplumlar içindeki iç çatışmaların çözülmesi amacıyla, devlet makamlarının "tarafsız uzlaşma" faaliyeti icra etmesi gerekli olabilir. [112] Yerel planlamaların

112 *Supreme Holy Council of the Muslim Community / Bulgaristan*.

inanç mensuplarına inançlarının emrettiği şekilde beslenmelerine imkan vermesi söz konusu olabilir. Buna karşın söz konusu bu yükümlülük, etin dini kurallara göre hazırlanması amacıyla ilgili tesislere girilmesine müsaade etmekten ziyade söz konusu gıda maddelerine makul bir erişim sağlanmasıyla sınırlandırılabilir. [113] Resmi makamların ayrıca dini inanç mensuplarını din temelli saldırılardan korumak amacıyla uygun şekilde tertibat almaları, bu mahiyette saldırıların meydana gelmesi durumunda ise delillerin toplanması ve korunması için gerekli tedbirleri almaları, gerçeklerin ortaya çıkarılması için gerekli tüm yolları tespit etmeleri, din kaynaklı şiddetin emaresi olabilecek şüpheli olayları ihmal etmeksizin tarafsız, nesnel ve tamamı gerekçelendirilmiş karar vermeleri gerekmektedir.[114] Buna karşın bir işçinin dini törenlere[115] katılmasına imkan verecek düzenlemelerin/ayarlamaların yapılması için adımlar atılması, her ne kadar davaların çoğunda işverene tevdi edilen yük (böylesi bir yükümlülüğün işveren bakımından kabul edildiği durumlara münhasır olarak) zahmetli olsa da genellikle bir zaruret olarak değerlendirilmeyecektir.

113 *Cha'are Shalom Ve Tsedek / Fransa* [BD], bkz. aşağıda s.35'de ele alınmıştır.

114 *97 members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses ve Diğer 4 başvuru / Gürcistan*, para.38-142 (Ortodoks mezhebine mensup olanların grup olarak Yehova Şahitlerine fiziksel şiddet ve dini eserlerini yok edecek şekilde saldırmaları, polisin müdahale etme veya olayı araştırmakta ve ceza davasının açılmasında isteksiz olması: 14.maddenin 3. ve 9. Maddelerle bağlantılı olarak ihlali).

115 Aşağıda s.31'de ele alınmıştır.

Dolayısıyla düşünce, vicdan veya dinin korunmasına dair pozitif bir yükümlülüğün mevcut olup olmadığı her daim belirgin değildir. Strazburg Mahkemesi genel olarak pozitif bir yükümlülüğün mevcut olup olmadığına karar verirken, "toplumun genel menfaatiyle, konuyla ilgili kişi ve kişilerin çatışan menfaatleri arasında sağlanması gereken adil dengeyi göz önüne alacaktır".[116] Ayrıca Strazburg Mahkemesi gerekli tedbirlerin alınması "*yükümlülüğü*" ile inanca dair korumanın geliştirilmesi maksadıyla ulusal düzeyde gerçekleştiren devlet eyleminin onaylanması arasında açık bir ayrım yapmamıştır. Diğer bir ifade ile inancın desteklenmesi amacıyla alınan ulusal tedbirlerin Strazburg Mahkemesi tarafından tasvip edilmesi ile inancın korunmasına dair tedbirlerin alınmamış olduğu ve bir müdahalenin tespit edildiği davalar arasında önemli bir ayrımın var olduğu görülmektedir.

Eylemin zorunlu veya ihtiyari olup olmadığı her daim koşullara bağlı olacaktır. Cemaat üyeleri arasındaki çatışmayı çözmek amacıyla bir dini cemaatin dahili nizamına aktif bir şekilde müdahale edilmesi, 9. Madde altında ortaya çıkabilecek pozitif bir yükümlülüğün yerine getirilmesi mahiyetinde olabilir. Sadece rakip konumdaki farklı dini hizipler arasındaki çekişmelere dair "tarafsız uzlaşmanın" söz konusu olduğu durumlarda, *Supreme Holy Council of the Muslim Community / Bulgaristan* davasının açıkça ortaya koyduğu üzere, 9. Madde

116 Örneğin, *Dubowska ve Skup / Polonya.*

haklarına herhangi bir müdahale söz konusu olmayacaktır. Buna karşın "tarafsız uzlaşmanın" sınırlarını aşan eylemlerin 9. Madde haklarına bir müdahale ihtiva edecek olması nedeniyle böylesi bir müdahalenin mahiyeti dikkatle değerlendirilmelidir. Bu dava, Müslüman cemaati içerisinde olan ve siyasal ve kişisel mahiyetteki çatışmaların neden olduğu çok eskilere dayanan ve halen devam etmekte olan bölünmelere yanıt olarak sorumlu hükümet tarafından gerçekleştirilen eylemlerle ilgilidir. Esas olarak mesele cemaat liderliğinde meydana gelen değişimin, uygunsuz devlet baskısının mı yoksa cemaatin özgür iradesinin mi bir sonucu olup olmadığıdır:

> Hükümet, inanç grupları arasında barışçıl ilişkilerin ve dini hoşgörünün sağlanmasının anayasal bir görev olması nedeniyle resmi makamların muhalif gruplar arasında sadece uzlaştırıcılık yaptığını ve birleşme sürecine yardımcı olduklarını iddia etmiştir. Mahkeme, devletlerin böyle bir görevi olduğunu ve görevin yerine getirmesi için uzlaştırma faaliyetinde bulunulmasının muhtemel olduğunu kabul etmiştir. Her ne kadar devlet görevlileri işbu hassas alanda ihtiyatlı olmak zorunda olsalar da, prensip olarak inanç grupları arasındaki tarafsız uzlaştırma faaliyeti Sözleşmenin 9. Maddesi altında inananların haklarına bir devlet müdahalesi anlamına gelecektir.

Mahkeme, işbu davada her ne kadar devlet görevlileri birbirine rakip iki ayrı liderliğin arzularına aykırı olarak tek bir liderlik ihdasını mecbur kılacak adımlar atsa da, bölünmüş toplumun aktif bir şekilde birleştirilmesinin amaçlandığını tespit etmiştir. Bu durum "tarafsız uzlaştırmanın" ötesine gitmiş ve dolayısıyla da 9. Madde haklarına bir müdahale teşkil etmiştir.[117] Bu tür davalar ayrıca din özgürlüğü ile örgütlenme özgürlüğü arasındaki karşılıklı etkileşimi de ortaya koymaktadır: 11.madde ışığında yorumlandığında 9. Madde

> böylesi bir toplumun barışçıl olarak faaliyetine müsaade edileceği ve keyfi devlet müdahalesinden bağışık olacağı beklentisini de içine alır. [118]

Düşünce, Vicdan, Din Özgürlüğü ve İstihdam

İstihdam alanında 9. Madde tarafından sağlanan koruma bir derece sınırlandırılmıştır. Strazburg Mahkemesi, çalışanının belirli bir zamanda ve belirli bir şekilde ibadet etmesine izin verme gibi dini yükümlülüklere icabet edilmesini organize ederek inancın ifade edilmesini kolaylaştırma hususunda işverenin herhangi bir girişimde bulunma pozitif yükümlülüğü altında olduğunu kabul etme açısından isteksiz olduğunu ortaya koymuştur. Çalışanlar, çalışma saatlerini düzenleyen kurallara uymak zorundadırlar. Dolayısıyla dini vecibelerin icrası nedeniyle işe gidilmediği gerekçesiyle işten çıkarma durumu 9. Madde kapsamına giren bir meselenin

117 *Supreme Holy Council of the Muslim Community / Bulgaristan,* para.76-86 ve para.79 ve 80, aşağıda s.65'de daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

118 *Supreme Holy Council of the Muslim Community / Bulgaristan,* para.73.

ortaya çıkmasına neden olmaz. [119] Bu yaklaşımın dayanağı istihdamın isteğe bağlı olmasıdır. Prensip olarak işinden ayrılan bir çalışan zorunlu olduğunu düşündüğü her türlü dini ibadete katılabilir. Bu husus kamusal alandaki istihdamı da içine almaktadır. *Kalaç / Türkiye* davasında Strazburg Mahkemesi, bir silahlı kuvvetler mensubunun askeri yaşamının zorunlulukları nedeniyle dini inançlarını ifade edebilmesine getirilen sınırlamaları gönüllü olarak kabul etmiş olduğunu belirtmiştir (her halükarda Mahkeme işbu davada, başvurucunun dini ibadetlerini yapmaktan alıkonulmasından memnun olmamıştır):

> Başvurucu askerlik mesleğini seçerek, sivillere uygulanması mümkün olmayan, ama Silahlı Kuvvetler mensuplarının bazı hak ve özgürlüklerinin kısıtlanma ihtimaline niteliği gereği olanak veren askeri disiplin sistemini kendi iradesiyle kabul etmiştir. Devletler orduları için şu veya bu şekilde davranmayı yasaklayan, özellikle de askeri hizmetin gereklerini yansıtan, kurulu bir düzene aykırı mahiyetteki bir tutumu yasaklayan disiplin düzenlemelerini benimseyebilirler.
>
> Başvurucunun, askeri hayatın gerektirdiği sınırlar içersinde, bir Müslüman'ın dini ibadetinin normal şeklini oluşturan yükümlülüklerini yerine getirilebildiği hususunda herhangi bir itirazı vaki değildir. Başvurucunun özellikle günde beş vakit namaz kılması ve Ramazan ayında oruç tutması, Cuma namazlarını camide kılması gibi diğer dini yükümlülüklerini yerine getirmesine izin verilmemiştir. Yüksek Askeri Şura'nın kararı, başvurucunun dini görüş ve inançlarına veya dini yükümlülüklerini yerine getirmesine değil, hal ve tavırlarına dayandırılmıştır. Türk makamlarına göre bu tutum, askeri disiplini bozmuş ve laiklik ilkesini ihlal etmiştir. Dolayısıyla emekliliğe sevk kararına neden olan başvurucunun dinini açığa vurma biçimi olmadığından, Mahkeme kararın, Sözleşme'nin 9. Maddesinde güvence altına alınan hakka yönelik bir müdahale olmadığı sonucuna varmıştır. [120]

Kısaca önemli ağırlığı olduğu kabul edilen belirli bir takım öncelikler olmadıkça, sözleşmesel veya diğer yükümlülükler ile kişisel inanç ya da prensip arasındaki bağdaşmazlık normal koşullarda 9. Madde altında bir meselenin ortaya çıkmasına neden olmaz. Dolayısıyla mesleki görevlerin kasden yerine getirilmemesinin sonucu olarak, başvurulan işlem/yaptırımın bireyin haklarına müdahale teşkil etmesi söz konusu olamaz. [121] Gerçektende bazı kamu görevleriyle bağ-

119 *Konttinen / Finlandiya* (kabuledilebilirlik hakkında karar). Bkz. ayrıca *Stedman / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar). Bkz. ayrıca *Jehovah's Witnesses of Moscow / Rusya*, para.170-182 (dini bir derneğin tekrar tescil edilmesi talebinin reddi ve kısmen de istihdam yerlerini kendilerinin belirleyeceği güvencesi verilmesine rağmen müritlere inançları nedeniyle getirilen sınırlamalar nedeniyle derneğin feshi: ihlal, Mahkeme ayrıca gönüllü, yarı-zamanlı çalışmanın veya misyonerlik faaliyetlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olmadığını belirtti).

120 *Kalaç / Türkiye,* para.28-31.

121 *Cserjés / Macaristan* (kabuledilebilirlik hakkında karar).

lantılı olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğü bakımından iki ilave kısıtlama daha geçerlidir. İlki, "dini inançların icrasının nötr ve tarafsız düzenleyicisi olarak egemenlik gücünün bir kısmını kullanmakla yükümlü olan devlet, hali hazırdaki veya gelecekteki memurlarının" dini hareket/faaliyetlerden uzak durmalarına karar verebilir. [122] İkinci olarak devlet, memur adaylarında bulunması gereken değer ve inançları belirlemek isteyebilir veya icra ettikleri görevle bağdaşmayan düşüncelere sahip oldukları gerekçesiyle memurlarının görevlerine son verebilir. [123] Buna karşın bazı çekinceler söz konusu olabilir. Böylesi bir eylem/işlem 10.madde altında ifade özgürlüğünde olduğu gibi diğer Sözleşme haklarına yapılan haksız müdahalelerle sonuçlanabilir. [124] Keza inanç temelinde, dolaylı bir ayrımcılığa da neden olabilir.[125] Dahası devlet tarafsız kalmak zorundadır. *İvanova / Bulgaristan* davasında, devlet tarafından tescil edilmeyen/tanınmayan ve faaliyetlerini gizli olarak sürdüren ve sürekli resmi makamların ve medyanın taciziyle karşı karşıya kalan Evangelikal Kilisesi cemaatine mensup olduğu gerekçesiyle başvurucunun okuldaki yardımcı öğretmenlik görevine son verilmiştir. Mahkeme bu davada bir 9. Madde ihlalinin mevcut olduğuna karar vermiştir. Başvurucuya istifa etmesi için hatırı sayılır bir baskı yapılmış fakat en nihayetinde okulun ihtiyaç duyduğu yardımcı öğretmenin üniversite diplomasına sahip olması gerektiği sözde şartını taşımadığı gerekçesiyle işine son verilmiştir. Buna karşın Mahkeme, işten çıkarmanın gerçek sebebinin Evangelikal cemaati mensuplarına yönelik hoşgörüsüzlük politikasının uygulanması olduğu sonucuna varmış ve konuyla ilgili garantinin ihlal edildiğini tespit etmiştir. [126]

Strazburg Mahkemesi, dini dernekler tarafından istihdam edilen bireylerin işten çıkarılmasını konu alan davaları da ele almıştır. Uygulanan genel prensip şöyledir: Tescil edilmiş/tanınmış bir kilisenin görevlisi olan din adamından sadece dini görevler değil aynı zamanda laik mahiyette görevler icra etmesi de beklenir. Bu kişi, laik mahiyetteki görevleriyle kişisel inançlarının çatışması durumunda herhangi bir şikayette bulunamaz. Onun görevinden/makamından feragat etmesi vicdan özgürlüğünün nihai garantisini oluşturacaktır. [127] Buna karşın kilisenin savunduğu inançlarla bağdaşmayan eylemler içersinde olduğu gerekçesiyle dini organizasyondaki işine son verilen birey açısından diğer Sözleşme garantileri uygulanabilir ve 8.madde bağlamında özel hayat ve aile ya-

122 Refah Partisi ve Diğerleri / Türkiye [BD],para.94.
123 Vogt / Almanya, para.41-68 (10 ve 11.maddeler altında sonuçlandırılmıştır).
124 Bkz *Lombardi Vallauri / İtalya,* yukarıda s.19'da ele alınmıştır.
125 Thlimmenos / Yunanistan [BD],aşağıda s.81'de ele alınmıştır.
126 Ivanova / Bulgaristan, para.81-86.
127 Knudsen / Norveç (kabuledilebilirlik hakkında karar). Bkz. ayrıca *Rommelfanger / Almanya* (kabuledilebilirk hakkında karar) (Roman Katolik Hastanesi tarafından istihdam edilen bir doktorun kürtaj konusunda Kilise'nin görüşleriyle uyum içersinde olmayan düşünceler ifade etmesi nedeniyle işine son verilmesi: 10.madde altında kabuledilemez); ve *Siebenhaar / Almanya,* para.36-48 (Katolik Kilisesi bünyesindeki kreşte yardımcı öğretmen olarak istihdam edilen kişiye din uygun olmayan faaliyetlerin istihdam içinde uygun olmayacağının açıkça belirtilmesi: 9. Madde ihlal edilmemiştir).

şamı saygı hakkının gereğinin yerine getirilmesi bağlamında devlet makamlarının üzerlerine düşen pozitif yükümlülüğü gerçekleştirip gerçekleştirmediklerine dair dikkatli bir değerlendirmeye gerek görülebilir. Bu noktada yerel mahkemelerden, Sözleşme garantilerinin "uygulanabilir ve etkin" olmasını sağlamaları, bu hususları değerlendirmelerine yansıtmaları beklenmektedir. Örgütlenme ve toplanma özgürlüğüne ilişkin 11.madde koruması ışığında değerlendirilen 9. Madde bağlamında dini toplulukların özerkliği, aşırı devlet müdahalesine karşı korunmakta ise de, her halükarda ulusal mahkeme ve makamlar iş akdinin sonlandırılmasına ilişkin değerlendirme sırasında 8.madde bağlamında Sözleşme beklentilerinin, özellikle dini bir organizasyon tarafından işine son verilen ve yeni bir iş bulma fırsatı sınırlı olan bir çalışan varsa, dikkate alınmasını sağlamak zorundadırlar (*Obst / Almanya* ve *Schüth / Almanya* davaları bu hususu yansıtmaktadır). *Obst* davasında Mormon Kilisesi Avrupa Halkla İlişkiler Direktörü itiraf ettiği zina sebebiyle işini kaybetmiştir. *Schüth* davasında Roman Katolik Kilisesi orgcusu ve koro hocası olan başvurucunun işine, karısından ayrılmasını müteakiben yeni partnerinden çocuk beklediklerinin öğrenilmesi üzerine, son verilmiştir. *Obst* davasında, Mahkeme, yerel iş mahkemesinin "başvurucunun işine son verilmesi yaptığı zinayı itiraf etmesi nedeniyle kendi kararına dayanmaktadır. Bu durum kilisenin inandırıcılığının korunmasını amaçlayan zorunlu bir tedbir olarak değerlendirilebilir" hükmüyle hemfikirdir. Başvurucunun evlilik sadakatinin istihdam sözleşmesi bağlamında işvereni açısından önemli olduğu ve dolayısıyla görevinin gerektirdiği yüksek sadakat yükümlülüğü ışığında evlilik dışı ilişkilerin işiyle bağdaşmaz olduğunu bilmesi gerekmektedir. Bu davada yerel mahkemeler daha hafif bir yaptırımın uygulanabilirliğini ve başvurucunun başka bir iş bulabilme ihtimalini de dikkate almışlardır.[128] Buna karşın *Schüth* davasında Mahkeme işveren olarak kilisenin menfaatleri ile başvurucunun özel hayat ve aile yaşamına saygı hakkı arasında uygun bir dengeyi kuramadığı gerekçesiyle bir 8.madde ihlali tespit etmiştir. Şayet işten çıkarma gerçekleşmemiş olsaydı, kilisenin güvenilirliğinin tehlikeye düşeceği şeklindeki kanaati tekrar eder nitelikte olan ve başvurucunun *fiili* aile yaşamını ortaya koyan yerel mahkeme kararlarına değinmek gereksizdir. Her ne kadar yerel mahkemeler tartışma konusu görevin, görevi kötüye kullanma halinin istihdamın devamıyla tamamen bağdaşmayan durumlardan birisi olmadığını kabul etseler de Kilisenin güvenirliği zarar görmüştür (görevleri örneğin danışmanlık veya din öğretimi olan çalışanlarda olduğu gibi). Kiliseye karşı sadakat yükümlülüğü gerektirmesi nedeniyle hizmet sözleşmesi belirli bir derecede başvurucunun özel hayatına saygı hakkını sınırlandırmış olsa da, böyle bir sözleşme ayrılma veya boşanma durumunda bir inziva yaşamının taahhüdünü ihtiva eder nitelikte değerlendirilemez. Ayrıca bu

128 Obst / Almanya, para.39-53.

durumda başvurucunun alternatif istihdam bulma şansının sınırlı olduğu değerlendirmesi yapılmıştır. [129]

Dini İbadetlerin Tanınması

Dini cemaatlerin ibadet özgürlüğünden yararlanabilmelerinin ya da dini öğretim veya diğer törenlerle inançlarını "ifade etmelerinin" sağlanmasına dair bazı durumlarda pozitif yükümlülük söz konusu olabilir. Her davanın olaylarının dikkatle incelenmesi gerekmektedir. Örneğin bir dini cemaatin dini gereklere göre kesilmiş hayvan etine ulaşmasının sağlanamaması 9. Madde müdahalesi ihtiva edebilir. Buna karşın *Cha'are Shalom Ve Tsedek / Fransa* kararında önem arz eden mesele dini kurallara uygun hayvan kesiminin gerçekleştirilmesi için resmi makam izninin verilmesinden ziyade bu şeklide kesilmiş ete erişimdir. İşbu davada dini bir cemaat, üyelerinin ultra-ortodoks inançlarına uygun olarak tüketim yapabilmesi amacıyla hayvan kesimi için izin istemiş, buna karşın bu izin talebi reddedilmiştir. Buna rağmen bir diğer Yahudi organizasyonu diğer derneklerinkinden çok az farklılık içeren dini kurallara göre hayvan kesimi yapabilme hususunda izin alabilmiştir. Başvurucu dernek bu duruma işaret ederek Sözleşme'nin hem 9 hem de 14.maddesinin (9. Maddesiyle bağlantılı olarak) ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dini ibadetin ehemmiyetli bir yönü olan hayvanın dini kurallara göre kesiminin, ki buradaki amaç Yahudilerin dini kurallara göre kesilmiş hayvanlardan elde edilmiş olan ete erişimlerini sağlamaktır, dini bir gereklilik olduğu hususunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır:

> Başvurucu dernek, dini kurallara göre yapılan kesimin Sözleşme tarafından korunan ve 9. Maddenin anlamı çerçevesinde, kişinin dini kurallara göre inancını ifade etmesi olarak isimlendirebileceğimiz bir hakkı ihtiva ettiğinin kabul edilmesinin zorunlu olması nedeniyle, Fransız makamlarının izin talebini reddetmesine karşı Sözleşme'nin 9. Maddesine dayanabilir…
>
> İlk olarak Mahkeme, Fransız hukukunun hayvanların kurban edilmeden önce şoklanması prensibine yönelik istisnayı tesis ederek, devlete yönelik din özgürlüğüne etkin bir şekilde saygının sağlanmasını amaçlayan pozitif taahhüdü hayata geçirdiğini belirtmektedir. İç hukuk, söz konusu hakkı sınırlamaktan uzaktır, aksine bu hakkı sağlamayı ve özgürce uygulanmasını temin etmeyi amaçlamaktadır. Mahkeme ayrıca dine uygun hayvan kesimi uygulamasını düzenlemeyi amaçlayan istisnai nitelikteki kuralların, sadece dini kurumlar tarafından yetkilendirilmiş kasapların bu işi gerçekleştirebilmesine müsaade ettiğini, bu hususun da kişinin dini inancını ifade etme özgürlüğüne bir müdahalenin söz konusu olduğuna dair bir sonucun çıkarılmasına imkan vermediğini belirt-

129 Schüth / Almanya, para.53-75.

miştir. Mahkeme, aynı Hükümet gibi, belirli bir düzen içerisinde olmayan hayvan kesiminden ve hayvan kesiminin sağlığa uygunluk koşulları şüpheli olan şartlarda gerçekleştirilmesinden kaçınmanın kamu yararına uygun olduğunu, dolayısıyla şayet dini gereklilikler nedeniyle bir hayvan kesimi gerçekleştirilecekse söz konusu kesimin mezbahalarda kamu görevlilerinin denetiminde yapılmasının tercih edilir olduğunu belirtmiştir…

Buna karşın aynı dini inanca sahip olduğunu ifade eden başka bir dini organizasyon, dini kurallara göre hayvan kesimi yapabilmesinin onaylanması amacıyla bir başvuru yaptığında, kullanmayı planladığı hayvan kesim biçiminin 9. Madde tarafından korunan, kişinin dinini ifade etme özgürlüğünün icrası olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Mahkemenin kanaatine göre, dini kurallara göre hayvan kesiminin gerçekleştirilmesinin hukuka aykırılığının Ultra-Ortodoks Yahudilerin, uygulanması gerektiğini düşündükleri dini kurallara uygun olarak kurban edilen hayvanlardan elde edilen ete erişimlerini imkansız kılması durumunda kişinin dini inancını ifade etme özgürlüğüne bir müdahale söz konusu olacaktır. Buna karşın bu davada böylesi bir durum söz konusu değildir.

İşbu davada başvurucu dini dernek, başka bir dini dernek tarafından kullanılan yönteme benzer ama tamamıyla benzerlik içermeyen hayvan kesimi yapabilmek amacıyla resmi makamlara başvurularda bulunmuş, buna karşın başvuruları reddedilmiştir. Strazburg Mahkemesi, red kararının 9. Madde açısından bir "müdahale" niteliğinde olmadığına hükmetmiştir: İlk olarak dini gruptan kesim yapacak kişiler tarafından kullanılacak olan yöntem, hayvanın öldürülmesinden sonraki incelemesinin kapsamı dışında, diğer grubun kesim şeklinin aynısının tıpkısıdır. İkinci olarak, başvurucu derneğin inançlarıyla uyumlu bir şekilde hazırlanmış olan et, komşu ülkedeki tedarikçilerden de temin edilebilir. Bu gerekçelere dayanarak Mahkeme, dernek mensuplarının uygun olarak değerlendirilen bir biçimde kesilmiş olan hayvan etine erişiminin imkansız hale getirilmemiş olması nedeniyle başvurucu derneğin haklarına bir müdahalenin mevcut olmadığına karar vermiştir (her halükarda 9. Madde haklarına bir müdahalenin mevcut olması durumunda bile Mahkeme, dernekler arasındaki farklı muamelenin meşru amacın gereğinden kaynaklanması ve kullanılan yöntemler ile gerçekleştirilmesi istenilen amaç arasında makul bir oranlılık ilişkisi olması nedeniyle garantiye dair herhangi bir ihlalin olmadığına hükmedecekti).[130] Belki de işbu Mahkeme kararı, dini çoğulculuğa saygının sağlanması bakımından devletin pozitif yükümlülüğünün kapsamı meselesine tam olarak yanıt vermemektedir. Örneğin bir devletin hayvanların esenliği gerekçesiyle dini hayvan kesiminin yasaklanmasını uygun olarak değerlendirip değerlendirmeyeceği, şayet böyle bir

130 Cha'are Shalom Ve Tsedek Fransa [BD], para.74, para.76-78, para.80 ve para.81.

yasağın olması halinde etin diğer ülkelerden ithalini kolaylaştırmak zorunda olup olmadığı, kararda açıkça ortaya konulmamaktadır. Strazburg Mahkemesi içtihatlarındaki, toplum içindeki dini farklılıklardan kaynaklanan her türlü gerginliğe, çoğulculuğun ortadan kaldırılması ile değil ve fakat bireyler ve gruplar arasındaki karşılıklı hoşgörü ve anlayışın teşvik edilmesiyle yanıt verilmesi yönündeki ısrarı açıktır. Buna karşın, çoğulculuk dini grupların taleplerinin tanınması ve korunmasında ısrar edebilmelerine imkan veren mutlak bir hakkı ihtiva etmemektedir: Çoğulculuğun sürdürülmesi, onun aktif bir şekilde geliştirilmesinden ayırt edilebilir gözükmektedir.

Soru 3: Din ve İnancın Açığa Vurulmasının / İfade Edilmesinin Sınırlandırılmasının Meşru Bir Amacı Var mıdır?

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü mutlak değildir. Belirtildiği üzere 9. Maddenin 2.paragrafı devletin bazı durumlarda düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne "müdahale" edebilmesine olanak sağlamaktadır. Ele alındığı üzere, öncelikle yakınılan kararın 9. Madde kapsamına girip girmediğinin, düşünce, vicdan ve dinin "ifade edilmesini" içerip içermediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Sonrasında, garantiye bir "müdahalenin" olup olmadığı hususunda değerlendirme yapılması zorunlu olacaktır ve en sonunda Mahkeme 9. Maddenin ihlal edilip edilmediği hususunu değerlendirecektir.

"Müdahalenin" tespit edilmesiyle birlikte, devlet bunun haklı olduğunu ortaya koyma yükümlülüğü altında olacaktır. Bu husus üç teste atıf yapılarak değerlendirilecektir: Bunlar müdahalenin "meşru bir amaç güdüp gütmediği", müdahalenin "yasayla emredilip emredilmediği", ve müdahalenin "demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığıdır".Bu testlerin ilki son derece açıktır. 2.paragrafta liste halinde düzenlenmiş olan devlet menfaatlerinden bir veya daha fazlasının durumu kapsadığının ortaya konulması gerekmektedir. Kabul edilmiş olan bu meşru menfaatler – "kamu düzeni, sağlığı ve ahlakının korunması veya başkalarının hak ve özgürlükleri için kamu güvenliği- hali hazırdaki lafızları ile 8, 10 ve 11.maddeler tarafından kabul edilmiş olan menfaatlerden daha dardır (özellikle 9. Maddede ulusal güvenlik bir gerekçe olarak kabul edilmemiştir). Buna karşın, söz konusu müdahalenin listede belirtilen gerekçelerden bir veya daha fazlasına dayanmış olduğunun en nihayetinde ortaya konulmasının olanaklı olması nedeniyle normal koşullarda adı geçen bu test davalı devlet açısından herhangi bir güçlüğe neden olmayacaktır. Prensip olarak devlet, dayanmak istediği özel amacı ortaya koymak durumundadır. Uygulamada meşru bir amacı olduğu iddia edilen müdahale, kolaylıkla söz konusu garantiye dair listelenen amaçlardan birinin kapsamına giren bir müdahale olarak değerlendirilecektir. Bu nedenle *Şerif / Yunanistan* davasında "bilinen bir dinin" müftüsünün görevlerini gasp etme gerekçesiyle verilen mahkumiyet kararı

kamu düzenini koruma meşru amacını ihtiva eden bir "müdahale" olarak kabul edilmiştir.[131] Buna karşın *Kokkinakis / Yunanistan* kararında, Strazburg Mahkemesi başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla proselitizmin yasaklanmasını derhal kabul etmiştir.[132]*Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri / Moldova* davasında Strazburg Mahkemesi, davalı devletin dini bir cemaatin tescil edilmesi talebinin reddinin 2.paragrafta belirtilen bazı menfaatlerin yerine getirilmesini amaçladığı savunmasını şöyle değerlendirmiştir:

> Başvurucular tarafından yapılan izin başvurusuna onay verilmemesi, kamu düzeni ve güvenliğini korumayı amaçlamıştır. Topraklarının kontrolü geçmişte müteaddit defalar Romanyalılardan Ruslara, Ruslardan Romanyalılara geçmiş olan Moldova Devleti, etnik ve dil olarak zengin bir nüfusa sahiptir. Dolayısıyla 1991 yılından bu yana bağımsız olan genç Moldava Cumhuriyeti, varlığını devam ettirebilmek için dayanabileceği bir kaç güce sahiptir. İstikrara destek olan faktörlerden birisi din olup nüfusunun çoğunluğu Ortodoks Hıristiyan'dır. Sonuç olarak, Moskova Patrikhanesi'nin himayesinde olan Moldova Ortodoks Kilisesi'nin tanınması tüm nüfusun bu kilise çatısı altında bir araya gelebilmesini sağlamıştır. Başvurucu, kilisenin tanınması durumunda, bu bağın kaybedilmesi muhtemel olacak ve Ortodoks Hıristiyan nüfus çok sayıda kilise arasında dağılacaktır. Dahası Bükreş Patrikhanesi'nin himayesinde olan başvurucu kilisenin arkasında siyasal güçler faaliyette olup, Kilise Besarabya ile Romanya'nın tekrardan birleşmesi için Romanya menfaatlerine uygun olarak, eldiven içindeki el gibi faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla başvurucu kilisenin tanınması toplum içindeki eski Rus-Romanya rekabetini yeniden canlandıracak ve sonuç olarak Moldova'nın sosyal istikrarı ve hatta toprak bütünlüğünü tehlikeye sokacaktır.
>
> Başvurucular yakınmış oldukları önlemin kamu düzenini ve kamu güvenliğini korumayı amaçladığını reddetmemişlerdir. Başvurucular, Hükümetin başvurucu kilisenin kamu düzenine ve kamu güvenliğine tehdit oluşturduğunu ortaya koyamadığını iddia etmişlerdir.
>
> Mahkeme, görünüşte dini amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla faaliyet gösteren bir hareket veya derneğin, söz konusu faaliyetlerinin nüfus veya kamu güvenliğine zarar vereceğinin teyidi açısından devletlerin hak sahibi olduğu kanaatindedir. Davanın özel şartlarını göz önüne alarak Mahkeme, şikayet edilen müdahalenin 9. Maddenin 2.paragrafında belirtilen kamu düzeni ve güvenliğinin korunması meşru amacını taşıdığı kanaatindedir. [133]

Her ne kadar bu husus müdahalenin "meşru bir amaçla" ya-

131 *Serif / Yunanistan*, para.49-54.

132 *Kokkinakis / Yunanistan*, para.44.

133 *Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri / Moldova*, para.111-113.

pıldığının ortaya konulması testinin çok da zorunlu bir test olmadığı görüntüsünü verse de, bir davalı devletin bazı durumlarda güçlükler yaşaması, ihtimal dışı bir durum değildir. [134] Birinci test kapsamında bir müdahalenin amacı veya gayesi, müdahalenin "demokratik toplumda zorunlu olması" üçüncü test bağlamında "zorunlu toplumsal ihtiyaç" değerlendirmesinden farklıdır.

Soru 4. Din veya İnancın "Açığa Vurulmasına/ İfade Edilmesine" Dair Sınırlama "Yasa Tarafından mı Düzenlenmiştir"?

Bir sonraki aşamada devlet, müdahalenin "yasayla düzenlenmiş" olduğunu ortaya koymak zorundadır. Bu kavram yasal kesinliğin kıymetini ifade eder ve keyfi veya öngörülemeyen devlet müdahalesinden korku duymaksızın belirli bir çerçevede hareket edebilme ışığında daha geniş tanımlanabilir. Dolayısıyla, itiraz edilen tedbirin iç hukukta bir dayanağının olması, hem etkin bir şekilde erişilebilir hem de öngörülebilir olması, ayrıca yasanın keyfi uygulanmasına karşı yeterli koruma içermesi gerekmektedir. Bu meseleler 9. Madde içtihatlarında sadece zaman zaman belirgin olmuştur. Strazburg Mahkemesi, müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunun ortaya konulamadığı kanaatinde ise müdahalenin "yasayla düzenlenmiş" olup olmadığı hususunda net bir yanıt vermekten kaçınabilir [135] (9. Madde haklarına ilişkin müdahalenin cezai bir yaptırım olması durumunda, başvurucu *nullum crimen, nulla poena sine lege* (suç ve cezaların kanuniliği) ilkesini garanti altına alan, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiğini rahatlıkla ileri sürebilir. Böyle durumlarda Strazburg Mahkemesi'nin 7. ve 9. Maddeler altında ortaya konulan meseleleri benzer bir yaklaşımla ele alması kuvvetle muhtemeldir[136]).

Uygulanacak testin klasik formülasyonu, ifade özgürlüğünü içeren bir davada tespit edilmekte ise de söz konusu bu test 9. Madde davaları bakımından aynı şekilde uygulanabilirdir:

> Mahkemenin kanaatine göre, aşağıda belirtilenler "yasayla düzenlenmiş olma" ifadesinden çıkan gereklerden ikisidir: İlk olarak yasa yeterince erişilebilir olmalıdır: bir yurttaş, belirli bir davaya uygulanabilen hukuk kurallarının şartları çerçevesinde yeterli öngörüye sahip olabilmelidir. İkinci olarak bir norm, yurttaşın tutum ve davranışını belirlemesine imkan verecek yeterli kesinlikte düzenlenmedikçe "yasa" olarak telakki edilemez. Yurttaş, ihtiyaç halinde uygun bir tavsiyeyle, mevcut olan şartlar çerçevesinde makul bir seviyede olmak kaydıyla, belirli bir eylemin/hareketin gerektirebileceği sonuçları öngörebilmek zorundadır.

134 *Bayatyan / Ermenistan* [BD], para.112-128 (bireyin askeri hizmeti yerine getirmeyi reddetmesi nedeniyle hapsedilmesi kamu düzeni ve başkalarının haklarının korunması içindir iddiası: alternatif kamu hizmeti tesis edilmesi sözünün verilmesi ve yeni vicdani retçilerin mahkum edilmesinden bilinçli olarak kaçınılması nedeniyle hükümetin iddiaları ikna edici değildir).

135 Örneğin, *Supreme Holy Council of the Muslim Community / Bulgaristan*, para.90.

136 Bkz, örneğin, *Kokkinakis / Yunanistan*, para.32-35; ve *Larissis ve Diğerleri / Yunanistan*, para.39-45.

Strazburg Mahkemesi tarafından eklenen nitelik seviyesi şöyledir:

> Mutlak bir şekilde bahsi geçen sonuçların öngörülebilir olmasına gerek yoktur: tecrübe bunun ulaşılamaz olduğunu göstermektedir. Tekrar etmek gerekirse, her ne kadar kesinlik fazlasıyla istenilen bir durum olsa ve beraberinde aşırı bir katılık getirebilirse de, yasa değişen koşullara ayak uydurmak zorundadır. Dolayısıyla pek çok yasa, az veya çok, kaçınılmaz olarak belirsiz bir takım kavramlarla ifade edilecek, yorumları ve uygulamaları bir takım pratik sorunlara neden olacaktır. [137]

Bu testin 9. Madde içtihatlarındaki uygulamasına dair bazı örnekler, neleri gerektirdiğinin ortaya konulmasına yardımcı olabilir. *Kokkinakis / Yunanistan* davasında başvurucular "proselitizm" kavramının ulusal hukukta yetersiz bir şekilde tanımlandığını ve dolayısıyla da her türlü dini konuşma veya iletişimin yasak kapsamına girmesine neden olduğunu ve ayrıca bireyin hareketlerini düzenleyebilmesini imkansız hale getirdiğini iddia etmişlerdir. Pek çok yasal düzenleme lafzının mutlak kesinliğe ulaşamayacağının aşikar olduğunu belirten Mahkeme, yasa hükmünün tamamlayıcısı olan yerleşik ve yayınlanmış ulusal içtihatların mevcudiyetinin işbu davada "yasayla düzenlenmiş olma" testinin gereklerini karşılamaya yeterli olduğu şeklindeki hükümet görüşleriyle mutabıktır.[138]

Diğer taraftan *Hasan ve Chaush / Bulgaristan* davasında, testin gereğinin yerine getirilmediğine hükmedilmiştir. İşbu davada dini lider tayinine ilişkin bir uyuşmazlıkta ilgili hükümet birimi, cemaat içerisindeki bir grubun menfaatlerine uygun olarak hareket etmiştir. Davada, ulusal mevzuattaki eksiklikler Strazburg Mahkemesi'nin bir 9. Madde ihlali olduğu sonucuna varmasına neden olmuştur:

> Ulusal hukukun "yasayla düzenlenmiş olma" şartının gereğini yerine getirebilmesi için Sözleşme tarafından korunan hakların, resmi makamların keyfi müdahalesine karşı hukuki korumasını sağlaması gerekmektedir. Temel hakları etkileyen meselelerde idareye tanınan hukuki takdir yetkisinin sınırsız güç olarak ifade edilmesi, Sözleşme tarafından korunan demokratik bir toplumun temel prensiplerinden olan hukukun üstünlüğüne aykırı olacaktır. Sonuç olarak yasal düzenleme, yetkili makamlara bahşedilen takdir yetkisinin kapsamını ve kullanılma biçimini yeterli açıklıkta ifade etmek zorundadır. Ulusal yasanın taşıması gereken kesinlik seviyesi (ki yasa her durumu kapsayamaz), mesele konusu enstrümanın mahiyetine, kapsaması istenilen alana, kişilerin sayısına ve durumlarına bağlıdır.

137 Sunday Times / Birleşik Krallık (no.1), para.49.

*138 Kokkinakis / Yunanistan, para.*37-41. Bkz ayrıca *Larissis ve Diğerleri / Yunanistan, para.*40-42.

> Mahkeme işbu davada Bakanlar Kurulu ve Dini Mezhepler Müdürlüğünün, dini mezhepleri tescil etme ve iç çatışmaların veya meşru liderlik hususunda birbiriyle çatışan taleplerin olması halinde liderleri değiştirme hususunda iç hukukun esasa dair herhangi bir ölçüt getirmediğini belirtmektedir. Ayrıca, bağımsız bir yapı önünde çelişmeli yargılama, idareye bırakılan takdir yetkisinin keyfi kullanımına karşı usulü bir güvence içermemektedir ve dahası ulusal hukuk ve Müdürlüğün bahsi geçen kararı, karardan doğrudan etkilenenlere tebliğ edilmemiştir. Bu eylemler gerekçelendirilmemiştir ve her ne kadar birinci başvurucunun Baş Müftü görevinden alınmasını amaçlamış ve en nihayetinde bunu gerçekleştirmiş ise de birinci başvurucudan bahsetmemiş olması nedeniyle muğlaktır.

Esasa dair ölçütlerdeki ve usulü garantilerdeki bu eksiklikler, müdahalenin "keyfi olduğu ve idareye sınırsız bir takdir yetkisi veren yasal hükümlere dayandığı ve gerekli olan açıklık ve öngörülebilirlik standartlarını taşımadığı" anlamına gelmektedir. [139]

Diğer davalar bu gerekçe temelinde ihlallerin tespit edilmesine neden olmuştur. Örneğin *Perry / Letonya* davasında yabancı bir Evangelikal rahibin oturma izni yenilendiğinde görevini yapmasına getirilen yasak, Letonya hukukunda o dönem yürürlükte olan hiç bir hükme dayanmamaktadır ve "yasayla düzenlenmemiştir". [140] *Kuznetsov ve Diğerleri / Rusya* davasında tamamıyla barışçıl olan dini bir toplantıya, her ne kadar bahsi geçen çoğulculuk kavramı devlet müdahalesini gerektiren bazı durumların müsebbibi olsa da, Bölgesel İnsan Hakları Komisyonu Başkanı, iki polis ve bir sivil tarafından son verilmiştir. Strazburg Mahkemesi'nin kanaatine göre "hukuka uygun olarak kiralanmış bir binada gerçekleştirilen dini bir etkinliğin dağıtılması açık bir şekilde hukuki dayanaktan yoksundur." Ayrıca "Komisyon Başkanı iyi niyetle hareket etmemiş ve Devlet görevlilerinin, başvurucuların dini cemaatine karşı tarafsız ve yansızlık görevini ihlal etmiştir" [141].*Svyato-Mykhaylivska Parafiya / Ukrayna* davasında, Rus Ortodoks Kilisesi himayesinden Ukrayna Ortodoks Kilisesi himayesine geçmeye yönelik, dini organizasyonun karar verici organı tarafından alınan karar neticesinde gerçekleşen tüzük değişikliklerinin tescil edilmemesi, erişilebilir olmasına rağmen yeterli şekilde "öngörülebilir" olmayan ulusal hukuka dayanmaktadır. Bu durum başka bir sonucun daha ortaya çıkmasına neden olmuştur: "Tescil makamının kararlarının keyfiliğine karşı güvencelerin mevcut olmayışı, tutarlılığın ve yasanın öngörülebilirliğinin olmaması, yerel mahkemelerin yürütmüş olduğu incelemeler sonucunda farklı bir sonuca varılmasına engel olmuştur". Bu koşullarda bir 9. Madde ihlali meydana gelmiştir. [142]

139 Hasan ve Chaush / Bulgaristan [BD], para.84–85. Bkz ayrıca *Bayatyan / Ermenistan* [BD], para.112–128 (yoklama kaçağı olma nedeniyle mahkum edilip edilmemesi meselesi tartışmaya açık bırakılmıştır).

140 Perry / Letonya, para.51-66.

141 Kuznetsov ve Diğerleri / Rusya, para.69-75.

142 Svyato-Mykhaylivska Parafiya / Ukrayna, para.121-152.

Soru 5. Din veya İnancın "Ortaya Konulmasına/ İfade Edilmesine" İlişkin Sınırlama "Demokratik Bir Toplumda Gerekli midir?

Düşünce, vicdan ve inancını ifade etme özgürlüğünün bazı gerekli zamanlarda kamu düzeni, sağlığı ve ahlakının veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması kısaca kamu güvenliğinin gerektirmesi durumunda zorunlu bir sınırlamaya tabi tutulacağı hususu açıktır. Buna karşın 9. Madde haklarına ilişkin müdahalelerin *bazı özel şartlarda* "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunun ortaya konulup konulamayacağı sıklıkla güçlük arz etmektedir.

Bu beşinci ve son testin uygulanmasında, yakınılan müdahale:

- ✧ zorunlu bir toplumsal ihtiyaca yanıt vermek,
- ✧ izlenen meşru amaçla orantılı olmak ve
- ✧ konuyla ilgili ve yeterli gerekçelerle haklılaştırılmış olmak zorundadır

Bir kez daha tekrar edersek, testin gereğinin yerine getirildiğinin ortaya konulması davalı devletin yükümlülüğüdür. Strazburg Mahkemesi ise ulusal düzeyde alınan ve 9. Madde haklarına müdahale teşkil eden kararın prensip olarak haklı ve ölçülü olup olmadığını belirlemek zorundadır. Buna karşın Strazburg Mahkemesi'nin ulusal saptamaları denetlemek açısından çok iyi bir konumda olmaması nedeniyle bu hususta değerlendirmeler sırasında sıklıkla güçlükler ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, ulusal karar vericiler açısından belirli bir "takdir yetkisini" tanıyabilir. Bu durum Strazburg Mahkemesi'nin yaptığı incelemenin sıkılığını hafifletir. Bu hususun daha ayrıntılı olarak incelenmesi için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yorumunda bazı genel kavramların uygulanabilirliğine dair bazı genel nitelikteki tartışmalar zorunluluk arz etmektedir.

Gereklilik ve Oranlılık ve "Demokratik Toplumun" Mahiyeti

"Gereklilik" kavramı, açık veya zımnen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bazı maddelerinde geçse de değişik bağlamlarda belli belirsiz farklı yan anlamlar içermektedir. Prensip olarak medeni ve siyasi mahiyetteki hakları garanti altına alan ve geniş olarak ifade edilen sınırlamalara tabi tutulan bu maddeler (9. Madde gibi) ile açıkça bir sınırlamaya tabi tutulmayan veya sadece çok sıkı bir sınırlamaya tabi tutulan (esas olarak fiziksel bütünlük ve insan onurunu konu almaktadırlar) haklar arasında geniş bir ayrım yapılabilir. Herhangi bir müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığına karar verirken "gerekli" kelimesi ile " demokratik bir toplumda" kelimelerinin her ikisinin de akılda tutulması önem arz etmektedir. Örneğin Strazburg Mahkemesi 10.madde bağlamında şunu ifade etmiştir:

> Her ne kadar "gerekli" sıfatı, işbu madde hükmünün anlamı çerçevesinde "vazgeçilmez" ile eşanlamlı değilse de, "kabuledilebilir", "olağan", "yararlı", veya "arzulanan" gibi ifadelerin esnekliğine de sahip değildir ve dahası bir "zorunlu toplumsal ihtiyacın" varlığını zımnen içerir.[143]

Bir müdahalenin haklı ve dolayısıyla da oranlı olduğunu ispat yükü, bir kez daha devlete düşmektedir. Diğer Sözleşme haklarına dair devlet müdahalesinin gerekliliğinin anlaşılması sırasında, diğer uluslararası veya Avrupa standart ve uygulamalarının dikkate alınması konuyla ilgili olabilir. Dolayısıyla, Strazburg Mahkemesi bu alanda Dünya Kiliseler Konseyi gibi kuruluşların raporlarına atıflar yapmıştır. [144]

Gerekli olan haklılık standardı, uygulamada belirli bağlamlara dayanmaktadır. Prensip olarak "zorunlu toplumsal ihtiyacın" daha güçlü olması halinde müdahaleyi haklılaştırmak daha az güç olacaktır. Örneğin ulusal güvenlik prensipte güçlü bir mülahazadır. Buna karşın yalnız başına böyle bir mülahazanın mevcudiyeti/iddia edilmesi, devleti böyle bir iddiaya dayanmak için haklı bir gerekçeyi ortaya koymaktan bağışık tutamaz.[145]Benzer şekilde kamu güvenliği zorlayıcı bir ihtiyaç olarak görünmektedir. Dolayısıyla tüm motosiklet sürücülerine uygulanacak olan kask giyme zorunluluğuna ilişkin yasal şarta, Sihler tarafından itiraz edildiğinde kamu güvenliği kolaylıkla haklı gerekçe olarak kabul edilecektir.[146]

Her halükarda gereklilik testinin uygulanması sırasında, bir müdahalenin *demokratik bir toplumda* gerekli olup olmayacağı meselesinin de ayrıca değerlendirmeye alınması zorunludur. Bu kavramın kritik önemi 9. Madde içtihatlarında açıktır. Strazburg Mahkemesi çoğulculuğu, hoşgörüyü ve açık fikirliliği temel yapı taşları olarak tanımlarken Avrupa "demokratik toplumunun" özelliklerini de ortaya koymuştur. Örneğin *Kokkinakis / Yunanistan* kararında Mahkeme şunu ifade etmiştir:

> 9. Madde tarafından korunduğu üzere düşünce, vicdan ve din özgürlüğü Sözleşme çerçevesinde "demokratik bir toplumun" temellerindendir. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü dini boyutuyla inananların kimliğini ve yaşam algılayışlarını tanımlayan en can alıcı unsurlardan birisidir ve aynı zamanda ateistler, agnostikler, kuşkucular ve ilgisizler açısından da çok kıymetli bir değerdir. Yüzyıllar içersinde çok büyük bedellerle kazanılmış olan çoğulculuk, demokratik bir toplumdan ayrılamaz ve ona bağlıdır.[147]

Dolayısıyla bu tür değerler, beyanat yoluyla taciz niteliğindeki saldırılara karşı dini inanç sahiplerinin korunmasının devlet görevlileri tarafından gerekli görülebileceği sonucu-

143 *Handyside / Birleşik Krallık*, para.48.
144 *Kokkinakis / Yunanistan*, aşağıda s.49.
145 Bkz *Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri / Moldova*, yukarıda ele alınan s.38.
146 *X / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (1978).
147 *Kokkinakis / Yunanistan*, para.31.

nun ortaya çıkmasına neden olabilir (aşağıda ele alınan *Otto-Preminger-Institut* davasında olduğu gibi).[148] 9. Madde sezilen bir düzensizlik tehlikesi, çoğulculuğun altını oymasından ziyade, her ne kadar bahsi geçen aynı çoğulculuk kavramı devlet müdahalesini gerektiren bazı durumların müsebbibi olsa da, onu geliştiren bir takım yöntemlerle yanıt verilmesini de gerektirebilir.

Takdir Yetkisi

Bir tedbirin gerekli ve orantılı olduğunun tespiti sadece mekanik bir uygulama değildir. Tüm olayların öğrenilmesinden sonra geriye kalan "müdahale demokratik bir toplumda gerekli midir" sorusuna yanıt vermek zorunda olan ve sadeleştirilemez nitelikte olan bir değer yargısıdır. Buna karşın Strazburg Mahkemesi düzeyinde 9. Madde haklarına yapılacak bir müdahalenin zorunluluğuna dair her türlü değerlendirme, Sözleşme haklarının uygulanabilirliğinin ve etkinliğinin sağlanmasına ilişkin esas sorumluluğun ulusal makamlara ait olması nedeniyle, Strazburg'da tesis edilen koruma sisteminin tamamlayıcılığı meselesiyle yakından ilişkilidir. Bu sonuca göre, Strazburg Mahkemesi ulusal karar vericilere belirli bir "takdir marjı" verebilir. Bu yaklaşımın hayata geçmesi bazı zamanlarda güç olabilir ve ayrıca bir tartışmanın ortaya çıkmasına da neden olabilir. Strazburg Mahkemesi'nin, ulusal makamlar tarafından verilen kararın devletin Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülükleri ile uygun düşüp düşmediğinin belirlenmesinde belirli bir kısıtlamayı kabul etmesi, Mahkeme'nin insan haklarının korunmasındaki ikincillik rolünü yerine getirmesinin temel yollarından birisidir. Bu husus demokrasilerin (Sözleşme tarafından belirlenen sınırlarla da olsa) kendilerine en yakışan insan hakları muhtevası ve uygulamasını seçme hakkının teslimidir.

Açıktır ki, bu anlayışın fazla genişletilmesi durumunda Strazburg Mahkemesi sorumluluklarından feragat ettiği gerekçesiyle eleştirilebilir. İfade özgürlüğüne ilişkin temel kararlardan birisi olan *Handyside / Birleşik Krallık* kararında Mahkeme şunu belirtmiştir:

> … Sözleşen Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini temin etmekle görevli olan Mahkeme, bir "sınırlama" veya "ceza"nın [Sözleşme garantisiyle] bağdaşır olup olmadığına dair nihai bir hüküm verme yetkisine sahiptir. Ulusal takdir marjı Avrupa denetimiyle ele ele yürümektedir. Bu denetim hem yakınılan tedbirin amacıyla hem de bunun "gerekliliğiyle" ilgilidir. Denetim sadece ulusal mevzuatı değil, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş de olsa, bu mevzuatın dayandığı mahkeme kararlarını da kapsar… Buradan çıkan sonuca göre Mahkeme'nin görevi, herhangi bir biçimde yetkili ulusal mahkemelerin yerini

148 Bkz, s.73.

> almak değil, fakat ulusal mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların ilgili garantiye uygunluğunu denetlemektir.[149]

Mahkeme'nin ulusal makamların değerlendirmelerini denetlerken nihai kararı kendisinin alması ve kabul edilen her türlü takdir yetkisinin sınırlı olduğunu vurgulamak için büyük bir gayret içinde olması nedeniyle, takdir marjı Strazburg Mahkemesi'nin denetim görevinin inkarı demek değildir. Dini inanca dair saldırıları ilgilendiren ifade özgürlüğüyle bağlantılı olarak, Strazburg Mahkemesi takdir marjının genişliğinin yaklaşıma, özellikle de mesele konusu ifadeye ve sınırlamanın gerekçesine bağlı olduğunu açıklamıştır.

> Siyasal beyanat veya kamu yararını ilgilendiren meselelere ilişkin sınırlamalara Sözleşme'nin 10.maddesinin 2.paragrafında çok az yer verilmiş ise de, ahlak veya öncelikle de din çerçevesinde kişisel kanaatleri tehdit edebilecek meseleleri ilgilendiren ifade özgürlüğü alanını düzenlerken, Sözleşen Devletler genel olarak daha geniş bir takdir marjına sahiptirler. Ayrıca, ahlak alanında olduğu gibi, belki de daha geniş bir düzeyde, dini kanaatlere yönelik saldırılarla bağlantılı olarak diğerlerinin haklarının korunması gerekleri hususunda tek tip bir Avrupa anlayışı mevcut değildir. Belirli bir dini inanıştan olan kişiler açısından neyin hatırı sayılır bir saldırı anlamına geleceği, özellikle sürekli çoğalan inanış ve mezheplerle biçimlenen çağımızda, zamana ve yere göre değişecektir. Ülkelerinin yaşamsal dinamikleri ile doğrudan ve süreklilik arz eden bir iletişim içerisinde olmaları nedeniyle devlet makamları, diğerlerinin haklarıyla ilgili yükümlülüklerin kesin mahiyetine ve ayrıca en derin hissiyatları ve kanaatleri ciddi olarak saldırıya uğrayacak kişileri bu tür materyallerden korumayı amaçlayan bir "kısıtlamanın" gerekliliğine dair kanaat belirtme hususunda uluslararası bir yargıca nazaran çok daha iyi bir konumdadır. [150]

Strazburg Mahkemesi bu nedenle din alanındaki karar verme sürecindeki denetim yetkisinin sınırlı olduğunu kabul etmektedir. Bu husus açık bir şekilde ortadadır. Ulusal düzeydeki durumun tarihi, kültürel ve siyasal hassasiyetleri yansıtması olasıdır ve bu tür çekişmeleri çözümlemek açısından uluslararası bir forum pek de iyi bir konumda değildir[151]. Elbette bu tür mülahazalar, ulusal mahkemelerin Strazburg Mahkemesi'nden daha fazla bilgiye ve potansiyel olarak daha fazla meşruiyete sahip olacağı ulusal seviyede söz konusu olamaz. Yerel mahkemeler, özellikle Sözleşme tarafından garanti altına alınan özgürlüklerin ulusal seviyede uygulanacağı bağlamı tespit etmek durumundadır.

149 *Handyside / Birleşik Krallık,* para.49-50.

150 *Wingrove / Almanya*, para.58.

151 Bkz. ayrıca, örneğin, *Murphy / İrlanda,* aşağıda s.71'de ele alınmıştır.

9. Madde Kapsamındaki Düşünce, Kanaat ve İnanç Özgürlüğünün Farklı Yönleri

Strazburg Mahkemesi'nin 9. Madde davalarına ilişkin içtihatları, bu testlerin uygulamalarını ortaya koymaktadır. Mahkeme içtihatları; ayrıca ve sıklıkla resmi husumet realitesini, gizli veya açık ayrımcılığı veya keyfi karar vermeyi içeren durumlarda devlet yansızlığına, çoğulculuğa ve hoşgörüye ilişkin beklentiye vurgu yapmaktadır. El kitabının bu kısmı, bu garanti ve esas olarak da müdahalelerin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunun ortaya konulup konulmayacağı konusu bağlamında ortaya çıkan ana meselelere değinecektir. Vurgulandığı üzere hem bireysel hem de kolektif olarak düşünce, kanaat veya din özgürlüğünden yararlanmanın bazı yönleri Strazburg içtihatlarında hala test edilememiştir.

Bireysel İnancın Dışa Vurumu / İfade Edilmesine Yönelik "Müdahaleler": Zorunlu Askerlik Hizmetinin Reddi

9. Maddenin genel nitelikteki medeni veya yasal yükümlülüklerden bağışık tutulma hallerinin kabul edilmesine yönelik devlet makamlarına yüklediği pozitif yükümlülüğün kapsamı, son zamanlara kadar bir takım kuşkulara açıktı. "Askeri nitelikteki bir hizmete" dair açık bir düzenleme içeren, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.4/3b hükmü ışığında her ne kadar askeri hizmet yükümlülüğünü hala muhafaza eden tüm Avrupa devletleri alternatif kamu hizmetine yönelmiş ise de, 9. Maddenin ulusal hukuk tarafından kabul edilmedikçe[152] zorunlu askerlik hizmetine dair vicdani red hakkını kendi içinde ihtiva etmediği uzun zamandır düşünülmekteydi[153]. Bireyi temel dini inançlarına aykırı hareket etmeye zorlayabileceği durumlarda, 9. Maddenin devleti böyle bir alternatif hizmeti kabul etmeye zorlayıp zorlamayacağı açık değildir[154]. Kesin olarak, zorunlu askerlik hizmeti gerekliğinin yerine getirilmesine ilişkin yaptırımların ayrımcı bir şekilde uygulandığının veya Sözleşme'nin 3.maddesi bağlamında alçaltıcı muameleye neden olduğunun[155] ileri sürülebildiği

152 *Johansen / Norveç* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (Madde 4 /3-b, devletlerin, vicdani retçilere yönelik alternatif kamu hizmeti sağlamasını gerektirmez).

153 Bkz. Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararları No. R (87) 8 ve Rec. (2010) 4.

154 *X / Almanya* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (1977).

155 Örneğin, *Thlimmenos / Yunanistan* [BD]. Bkz. ayrıca *Tsirlis ve Kouloumpas / Yunanistan,* (5.maddenin ihlali, buna karşın 9. Madde meselesine değinilmemiştir); buna karşın 7 Mart 1996 tarihli Komisyon Raporu (9. Maddeyle bağlantılı olarak 14.maddenin ihlali görüşü). Bkz. ayrıca *Autio / Finlandiya* (askerlik hizmetine karşı gelenler açısından daha uzun bir kamu hizmetinin düzenlenmesi devletin takdir marjının kapsamındadır: kabuledilemez).

bazı durumlarda zorunlu askerlik hizmetinin diğer Sözleşme mülahazalarına neden olabileceği kabul edilmiştir. Örneğin *Ülke / Türkiye* kararında Strazburg Mahkemesi inançları nedeniyle orduda görev yapmayı reddettiği gerekçesiyle müteaddit defalar cezalandırılmış olan barış aktivisti başvurucunun, süreklilik arz eden, teorik anlamda hayatının geri kalan kısmı boyunca sürebilecek birbirinin ardı sıra gelen "kovuşturmalar" ve "hapis cezaları" nedeniyle 3.maddeyi[156] ihlal eden bir muameleye tabi tutulduğuna hükmetmiştir. Bu muamele hapsedilmenin doğasında bulunan ve kaçınılmaz olan küçük düşürmenin sınırlarını aşmıştır. Dolayısıyla müteaddit mahkumiyet ve mahpusluklar, uzun erimli, kümülatif ve önceden planlanmış etkileri temelinde "insanlık dışı" olarak telakki edilmiştir. Vicdani retçilere dair herhangi bir düzenleme içermeyen ulusal hukukun, kişinin inançları nedeniyle askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesinden kaynaklanacak durumlara dair uygun çözümler içermediği aşikardır. [157]

Konuyla ilgili başvurular Strazburg'a gitmeye devam etmiş, bunlardan bazıları dostane çözümle sona ermiştir[158]. *Bayatyan / Ermenistan* davasında Büyük Daire alternatif kamu hizmetine müsaade edilmemesinin bugün itibariyle 9. Maddeyi ihlal edebileceğine hükmetmiştir. Başvurucu, askerlik yapmayı reddettiği gerekçesiyle 30 ay hapis cezasına mahkum edilen bir Yehova Şahididir. Bakaya kalması nedeniyle yapılan yargılama sırasında alternatif kamu hizmeti yapma önerisini müteaddit defalar dile getirmiştir. Buna karşın Ermenistan'ın Avrupa Konseyi'ne girerken verdiği taahhüde dayanan, kamu hizmetine olanak veren yeni yasa, başvurucunun şartlı tahliyesinden ve 10 ay cezaevinde tutulmasından sonra yürürlüğe girmiştir. Büyük Daire, Avrupa devletleri ve uluslararası antlaşmalara dair hukuk ve uygulamanın evrimi ışığında, 9. Maddenin, 4.maddenin 3.fıkrasının b bendi ile bağlantılı olarak okunmasına gerek olmadığına hükmetmiştir. Sözleşme "yaşayan bir enstrümandır" ve bu tür gelişmeleri yansıtmak zorundadır. Her ne kadar 9. Maddede vicdani red hakkına doğrudan bir atıfta bulunulmamış ise de,

> ....Mahkeme orduda hizmet etme yükümlülüğü ile kişinin vicdani veya köklü ve samimi bir şekilde sahip olduğu dini veya diğer inançları arasındaki ciddi veya bağdaşmaz nitelikteki çatışmaya dayanan askeri hizmete karşı olmanın 9. Madde garantilerinin dikkatini çekecek yeterli tutarlılık, ciddiyet, bütünlük ve ehemmiyet ihtiva eden bir vicdani kanaat veya inanç oluşturduğu görüşündedir...
>
> İşbu davada başvurucu, gerekleri arasında silahsız bile olsa ordu da hizmet vermeye karşı durulmasını emreden Yehova Şahitleri mensubudur. Mahkeme bu nedenle başvurucunun askerlik hizmetine karşı olmasının samimi olarak sahip olduğu ve askerlik hizmeti yapma yükümlü-

156 *Taştan / Türkiye*, para.27-31(20 yaşındaki gençlerle aynı fiziksel aktiviteleri yapmaya zorlanan 71 yaşındaki kişinin askerlik hizmeti yükümlülüğü alçaltıcı muamele teşkil eder).

157 *Ülke / Türkiye*, para.61 ve 62.

158 Örneğin, *Stefanov / Bulgaristan* (dostane çözüm).

lüğüyle ciddi ve bağdaşmaz bir çatışma içinde olan dini inançlarından kaynaklandığı hususunda kuşkulanılmasını gerektirecek herhangi bir hususun mevcut olmadığı kanaatindedir.

Başvurucunun durumunun, "genel vergi yükümlülüğü gibi kendi içinde hiçbir vicdani kanaat tezahürü içermeyen" yükümlülük hallerinden ayrıştırılması gerekmektedir. Yoklama kaçağı olmak, başvurucunun dini inançlarının "açığa vurulmasıdır." Dolayısıyla bakaya kaldığı gerekçesiyle mahkum edilmesi, başvurucunun dinini açığa vurma özgürlüğüne yapılan bir müdahaledir. Kişinin din özgürlüğü hakkına müdahale edebilmek için ikna edici ve zorlayıcı bir takım gerekçelerin mevcut olması gerekmektedir. Ayrıca zorunlu askeri hizmetinin hala mevcut olduğu hemen hemen tüm Avrupa devletleri, askerlik hizmetine alternatif kamu hizmeti ihdas etmiştir.

Olay zamanında mevcut olan sistem, vicdani kanaat temelli hiçbir istisnaya müsaade etmeyen, aynı başvurucuda olduğu gibi askeri hizmeti reddedenleri cezalandıran, vicdani retçiler açısından ciddi etkileri olan bir yükümlülük getirmekteydi… Vicdani kanaat ve inançlarına dair her hangi bir hoşgörünün gösterilmediği koşullarda başvurucunun cezai yaptırıma tabi tutulması demokratik toplumda gerekli bir tedbir olarak telakki edilemez. Avrupa devletlerinin ağırlıklı çoğunluğunun tecrübelerinin ortaya koyduğu üzere, çatışan menfaatleri içine alabilen etkin ve işleyen alternatiflerin var olduğu, dikkate alınması hala gerekli olan bir durumdur.

Mahkeme ayrıca çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülüğün "demokratik bir toplumun" kalite göstergeleri olduğunu vurgulamaktadır. Her ne kadar bireysel menfaatler zaman zaman grup menfaatlerinden sonra gelse de, demokrasi en basit ifadeyle çoğunluğun görüşlerinin daima baskın olması demek değildir. Azınlığa mensup olan kişilere adil ve uygun bir şekilde davranılmasını sağlayacak ve hakim pozisyonun her türlü kötüye kullanımını engelleyecek bir dengenin tesisi zorunludur. Dolayısıyla devletin saygı yükümlülüğü çerçevesinde bir dini azınlığa, vicdani kanaatlerinin dikte ettiği şekilde topluma hizmet etme fırsatını tanınması, Hükümetin iddia ettiği haksız eşitsizlik veya ayrımcılık yaratmaktan ziyade, bütünsel ve istikrarlı bir çoğulculuğu tesis edebilir, toplumda harmoni ve hoşgörüyü geliştirebilir. [159]

Bireysel İnancın "Açığa Vurulmasına/İfade Edilmesine" Müdahaleler: Proselitizm

9. Maddenin 1.paragrafı, inancın kabul edilen "açığa vurulma/ifade edilme" biçimlerinden birisi olarak, özellikle "öğretime" atıfta bulunmaktadır. Kişinin inançlarının geçerliliğine dair diğerlerini ikna etmeye teşebbüs etme hakkı, madde metninde geçen "kişinin dinini veya inancını değiştirme"

159 Bayatyan /Ermenistan [BD], para.124 ve 126.

hakkına yapılan gönderme ile de zımnen desteklenmektedir. Dolayısıyla bireyleri başka bir din benimsemeleri için ikna ederek proselitize etme hakkı 9. Maddenin açıkça kapsamına girmektedir. Buna karşın bu hak mutlak değildir ve kamu düzeni mülahazalarına veya istismara açık bireylerin uygun olmayan sömürüye karşı korunma amacına dayanıldığının devlet tarafından ortaya konulabildiği durumlarda sınırlandırılabilir. İçtihatlar "uygun" veya uygun olmayan proselitizm arasında bir ayrım yapmaktadır. Bu ayrım, Avrupa Konseyi kurumları tarafından alınan diğer tedbirlerde de görülmektedir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin "dini, ezoterik veya ruhani nitelikteki gruplar adına gerçekleştirilen yasadışı ibadetlere" karşı ulusal eylem çağrısı yapan mezheplerin yasadışı faaliyetleri, bu tür mezheplere dair devletler arasında bilgi tedariki ve alışverişi, gençleri korumak amacıyla okul müfredatında din tarihi ve felsefesinin önemine yer verilmesi konularında hükümler içeren 1412 sayılı tavsiye kararı bunlardan birisidir.

Kokkinakis / Yunanistan davasında bir Yehova Şahidi, hem Yunan Anayasası hem de kanunları tarafından özel olarak yasaklanan bir suç olan proselitizm gerekçesiyle hapis cezasına mahkum edilmiştir. Strazburg Mahkemesi, diğerlerini din değiştirmeleri için ikna etme hakkının, garanti kapsamına dahil edildiğini başlangıçta kabul etmiştir. Böyle bir hakkın tanınmaması, kişinin 9. Madde tarafından korunan inanç veya dinini değiştirme özgürlüğünün kuvvetle muhtemel ölü bir metin olarak kalmasına neden olacaktır. Yasağın, kanun tarafından düzenlenmiş olduğunu ve diğerlerinin haklarını koruma amacı taşıdığını belirten Strazburg Mahkemesi, belirli şartlar çerçevesinde müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli olduğu" şartının ileri sürülmesini kabul etmeyebilir. Mahkemenin kanaatine göre, "Hıristiyan Şahidi Tutumu" veya Evangelikalizm ve uygunsuz etki ve hatta güç içeren "uygun olmayan proselitizm" arasında bir ayrım yapılması zorunludur:

> Hıristiyan Şahidi Tutumu gerçek Evangalikalizme karşılık gelmektedir ve Dünya Kiliseler Konseyi'nin talimatıyla 1956 yılında hazırlanan rapor, her bir Hıristiyan ve her bir kilisenin temel misyonunu ve sorumluluğunu tarif etmiştir. Evangelikalizm, Hıristiyan Şahidi Tutumu'nun deforme edilmiş veya bozulmuş halini temsil eder. Aynı rapora göre, Evangelikalizm bir kilise için yeni üye kazanmak amacıyla maddi veya sosyal avantajlar teklif ederek veya ihtiyaç içinde olan insanlar üzerinde uygun olmayan baskı yöntemleriyle faaliyet gösterebilir. Evangalikalizm, şiddet veya beyin yıkamanın kullanılmasını dahi gerektirebilir. Daha genel ifadeyle Evangalikalizm diğerlerinin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne saygı ile bağdaşmaz.

Buna karşın ulusal mahkemelerin mahkumiyete dair gerekçeleri belirtememesi, mahkumiyete dair zorunlu bir toplumsal ihtiyaç olduğunun ortaya konulmasının imkansız olduğu anlamına gelir. Ulusal mahkemeler başvurucunun diğerlerini ikna etmeye çalışırken kullandığı yöntemlerin neden uygun-

suz olduğunu ifade etmektense, sadece konuyla ilgili yasal hükmü tekrar ederek başvurucunun cezai sorumluluğunu incelemiştir:

> Konuyla ilgili yasal hükmün dikkatle incelenmesi, Yunan yasa koyucusu tarafından benimsenen, konuyla ilgili ölçütlerin uygunsuz proselitizmi cezalandırmayı amaçlamış olmasının yukarıda bahsedilenlerle bağdaşır nitelikte olduğunu göstermektedir. Mahkeme bu durumu iş bu davada soyut bir şekilde tanımlamak zorunda değildir. Buna karşın Mahkeme, Yunan mahkemelerinin başvurucunun sorumluluğunu sadece yasanın lafzını tekrar ifade etmekle oluşturduklarını ve sanığın hangi yolla uygunsuz biçimde komşusunu ikna etmeye teşebbüs ettiğini yeterli şekilde belirtmediklerine dikkat etmektedir. Yunan mahkemeleri tarafından ortaya konan olaylar, varılan sonucu desteklememektedir. Dolayısıyla başvurucunun mahkumiyetinin, davanın şartları içersinde, zorunlu toplumsal ihtiyaca dayandığı ortaya konulamamıştır. İtiraza konu yaptırım, hedeflenen meşru amaçla orantılı veya sonuç olarak diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli gözükmemektedir. [160]

Tam tersine *Larisis ve Diğerleri / Yunanistan* davasında komutaları altındaki üç havacıya yönelik uyguladıkları proselitizm nedeniyle cezalandırılan Pentekostal mezhebi mensubu kıdemli subayların mahkumiyeti, askeri hiyerarşinin can alıcı doğası ışığında 9. Maddeye aykırı olarak değerlendirilmemiştir. Mahkeme, askeri hiyerarşi yapısının potansiyel olarak üstü tarafından başlatılan bir sohbetten uzak durmayı arzu eden astın taciz edilmesi riskini içerdiğini kabul etmektedir. Mahkeme, davalı hükümetin kıdemli subayların astları üzerindeki etkilerini kötüye kullandığı ve mahkumiyetlerinin silahlı kuvvetlerin etkin faaliyetini ve saygınlığını koruma ihtiyacıyla ve askerlerin ideolojik baskıdan korunması amacıyla haklılaştırıldığı savunmasını iş bu davada kabul etmiştir:

> Mahkeme, Sözleşme'nin prensipte sivillere olduğu kadar silahlı kuvvetler mensuplarına da uygulandığının yerleşik bir uygulama olduğunu belirtmektedir. Buna karşın Sözleşme kurallarının işbu dava gibi davalarda yorumlanması ve uygulanması sırasında, askeri yaşamın özellikleri ve bu özelliklerin silahlı kuvvetler mensuplarının durumlarına etkilerinin dikkate alınması bir gerekliliktir. Bu bağlamda, Mahkeme silahlı kuvvetlerdeki yaşamın temel özelliği olan hiyerarşinin, bir astın üst rütbeden birisinin yaklaşımlarını terslemesini veya bir üst rütbe tarafından başlatılan bir sohbetten uzak durmasını güçleştirebileceğini, askeri personel arasındaki ilişkilerin her yönüne sirayet edebileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla kişinin almakta veya reddetmekte özgür olduğu, sivil hayatta masum bir fikir alışverişi olarak görülebilecek bir durum askeri yaşamın sınırları içersinde bir taciz veya görevin kötüye kullanılması biçiminde, uygun olmayan bir baskının tazyiki olarak değerlendirilebilir. Eşit olmayan rütbeler arasındaki din veya diğer hassas meseleler hakkındaki

160 *Kokkinakis / Yunanistan,* para.48-49.

> her konuşmanın bu kategori kapsamına girmeyeceğinin dikkate alınması bir zarurettir. Hal böyle olmakla birlikte, şartların gerektirmesi durumunda devletlerin, silahlı kuvvetlerdeki düşük rütbelilerin hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla özel bir takım tedbirler alması haklı görülebilir.

Her ne kadar bir tehdit veya teşvik yapılmamış ise de ulusal mahkemeler gerçekten de, havacıların din hakkındaki sohbetlere katılma zorunluluğu hissettiklerini veya üstlerinin katılmaları yönündeki ısrarlı çabalarıyla rahatsız edildiklerini ortaya koyan delillere sahiptir. Dolayısıyla havacıların, üstlerinin belirli derecedeki baskısına maruz kalmış ve belli ölçüde de takiye yapmak durumunda kalmış oldukları hususu açıktır. Sonuçta Mahkeme, bu davada 9. Madde ihlalinin mevcut olmadığına hükmetmiştir:

> … Mahkeme, başvurucuların dini inançlarını işlemek amacıyla uyguladıkları uygunsuz baskıya karşı, alt rütbedeki havacıları korumak amacıyla Yunan makamlarının bir takım tedbirlere başvurmasının prensip olarak haklı olduğu kanaatindedir. Takip eden üç yıl içersinde başvurucuların tekrar suç işlememeleri halinde mahkumiyetlerin uygulanabilir olmayacağı gerekçesiyle alınan tedbirlerin özellikle aşırı olmadığını ve cezalandırıcı olmaktan ziyade önleyici olduğunu belirtmektedir… Davanın tüm şartları çerçevesinde Mahkeme söz konusu tedbirlerin orantılı olduğu kanaatindedir.

Diğer taraftan Strazburg Mahkemesi, davalı hükümetin aynı davasında dile getirdiği sivillere yönelik "proselitizmin" kovuşturulmasının, her ne kadar söz konusu durumun kişisel ve psikolojik sorunlardan muzdarip bireylerin uygunsuz şekilde kullanılmasını içeren bir olayda yaşandığı iddia edilse de, "demokratik toplumda bir gereklilik" olduğu iddialarını kabul etmemiştir. Söz konusu bu sivillerin başvuruculara dinlerini değiştirmeye çabaladıkları zamanda havacılara uygulanan aynı tür baskı ve tazyike maruz kalmamaları "belirleyici önemdedir". Stres nedeniyle evliliği sona eren sivilin psikolojik durumunun "başvuruculara Evangelikal faaliyetlerinden korunmasına dair her hangi bir özel korumayı gerektirdiği veya başvuruculara söz konusu sivile karşı uygun olmayan baskı uyguladıkları ispatlanamamıştır. Bu durum söz konusu sivilin en nihayetinde Pentekostal Kilisesiyle tüm bağlarını kesme kararı almasıyla da ortaya konulmuştur.[161]"Bu davalar, devletlerin bazı durumlarda bireylerin, inançlarının geçerliliğine dair diğerlerini ikna etmeye çabalama hakkını yasaklamak amacıyla tedbirler alabileceğini ortaya koymaktadır. Buna karşın yasaklanan bu hak, o inancın takipçileri tarafından sıklıkla temel kutsal görev olarak sınıflandırılmaktadır. Bu davalar ayrıca proselitize etme hakkına yapılacak her türlü müdahalenin, meselenin koşulları çerçevesinde gerekli olduğunun ortaya konulması mecburiyetini açıkça ifade eder.

161 Larissis ve Diğerleri / Yunanistan, para.50, 54 ve 59.

Bireysel İnancın "Açığa Vurulmasına / İfade Edilmesine" Müdahaleler: Dini Sembollerin Giyilmesine İlişkin Yaptırımlar

Dini sembollerin giyilmesine ilişkin yasaklamalar, Strazburg Mahkemesi'ne 9. Madde altında gönderilen yakınmaların bir kısmının konusunu teşkil etmiştir. Bu davalar dikkatli bir değerlendirmeyi gerektirebilir. Dini kıyafet veya diğer belli belirsiz dini inanç emarelerinin giyilmesine getirilen kısıtlamaların 9. Madde hakları çerçevesinde dini inançların açığa vurulmasına / ifade edilmesine müdahale teşkil edeceği bu gün itibarıyla kabul edilmektedir.[162] Dolayısıyla konuyla ilgili değerlendirmeler yasağın gerekçesi olarak gösterilen hususlara odaklanmıştır. Buna karşın bu alanda, Strazburg Mahkemesi'nin devlet tarafından ileri sürülen gerekçenin kamu güvenliği[163] veya bazı köktenci dini hareketlerin diğer dinlere mensup olanlar veya dini inancına göre ibadet etmeyenler üzerinde baskı kurmalarının önlenmesi ihtiyacı olması durumlarında, devlet görevlileri açısından belirli bir "takdir marjını" kabul etmesi muhtemeldir.[164] Dolayısıyla *Dahlab / İsviçre* davasında küçük çocukların sınıfında öğretmen olan kişinin İslami başörtüsü giymesine izin verilmemesi, onun başörtüsü giymesinin ortaya koyduğu "güçlü harici sembol" ışığında haklı olarak değerlendirilmiştir: Dini bir kural tarafından kadınlara yüklendiği ve cinsiyet eşitliği prensibi ile bağdaşması hayli güç olduğu görülen, bu kıyafetin giyilmesi bir tür proselitize etkiye sahip olmakla kalmayıp, ayrıca demokratik toplumdaki tüm öğretmenlerin öğrencilerine aktarmaları gereken hoşgörü, diğerlerine saygı, eşitlik ve ayrımcılık yapmama mesajıyla da kolay kolay bağdaşmayacaktır.[165] Benzer şekilde dersler sırasında çeşitli dini sembollerini (Müslüman başörtüleri, Sih keski veya türbanları) çıkarmayı reddettikleri gerekçesiyle tasdiknameleri verilen öğrencilere ilişkin *Aktaş / Fransa* davası, kabuledilemez olarak ilan edilmiştir. Strazburg Mahkemesi kararında öğrencilerin inançlarını ifade etme/açığa vurma haklarına yapılan müdahalenin diğerlerinin haklarını ve özgürlüklerini ve kamu düzenini koruma meşru amaçlarıyla orantılı olduğunu, her halükarda, okuldan atmanın hiçbir şekilde dini inançlara itirazdan kaynaklanmadığını ve söz konusu yasağın anayasal bir prensip olan laikliği korumayı amaçlamış olduğunu tespit etmiştir.[166]

Bu mesele Büyük Daire tarafından *Leyla Şahin / Türkiye* davasında kısmen ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu davada başvurucu üniversitede İslami başörtüsü giymesine getirilen yasaklama ve derslere girmesine izin verilmemesinin 9. Mad-

162 *Aktas / Fransa* (kabuledilebilirlik hakkında karar).

163 *Phull / Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar) (havaalanı güvenlik kontrolü sırasında türbanın çıkarılması zorunluluğu: kabuledilmezlik).

164 *Karaduman / Türkiye* (bir üniversite öğrencisinin başörtüsüyle resmi fotoğraf çektirmemesi, başı açık fotoğraf çektirme zarureti). *Köse ve 93 Diğer Başvurucu / Türkiye* ((kabuledilebilirlik hakkında karar) (dini ağırlıklı okullarda başörtüsü giyme yasağı, tüm öğrenciler için inançlarından bağışık olarak geçerli olan bir yükümlülük: kabuledilemez); *Kurtulmuş / Türkiye* (kabuledilebilirlik hakkında karar). (üniversite profesörünün başörtüsü giymesine izin verilmemesi); *Dogru / Fransa, para.*47-78 (bir grup kız öğrencinin beden eğitimi ve fiziksel egzersiz derslerinde dini kıyafetlerini çıkarmayı reddetmesi nedeniyle okuldan uzaklaştırılmaları: ihlal yok); ve benzer şekilde, *Kervanci / Fransa*, para.46-78.

165 *Dahlab / İsviçre* (kabuledilebilirlik hakkında karar).

166 *Aktas / Fransa* (kabuledilebilirlik hakkında karar).

de altındaki haklarını ihlal ettiği yakınmasında bulunmuştur. Strazburg Mahkemesi başvurucunun dinini açığa vurma/ifade etme hakkına müdahale edilmiş olduğu temelinden hareket etmiş ve ayrıca müdahalenin esas olarak diğerlerinin hak ve özgürlüklerini ve kamu düzeninin korunması meşru amaçlarını hedeflediğini kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca müdahalenin "yasayla düzenlenmiş" olduğu hususunda tatmin olmuştur. Sonuç olarak can alıcı mesele, müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığıdır. Çoğunluk kararıyla Mahkeme sorumlu Devletin bu tür davalardaki "takdir marjını" dikkate alarak mesele konusu müdahalenin prensip olarak haklı bir gerekçeye dayandığına ve hedeflenen amaçlarla orantılı olduğuna hükmetmiştir:

> Demokratik bir toplumda kanaatlerin hatırı sayılır derecede farklılaşabileceği devlet ve dinler arasındaki ilişkilere dair meselelerin tartışma konusu olduğu durumlarda ulusal karar verici organa özel bir önem verilmek zorundadır. Bu husus özellikle eğitim kurumlarında dini sembollerin giyilmesinin düzenlenmesi sırasında meseleye dair, ulusal makamlar tarafından benimsenen yaklaşımların farklılığı ışığında ayrı bir önem kazanmaktadır. Dinin toplumdaki önemine dair tüm Avrupa'da geçerli olacak tek tip bir anlayışın ifade edilmesi olanaklı değildir. Dini inancın kamusal olarak ifade edilmesinin anlamı ve önemi zaman ve şartlara göre değişecektir. Netice olarak bu alandaki kurallar ulusların geleneklerine, kamu düzenini ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacının gerektirdiği yükümlülüklere göre ülkeden ülkeye değişecektir. Sonuç olarak bu tür düzenlemeler, ve bunların biçim ve mahiyetine dair tercihler, kaçınılmaz olarak ilgili ulusal şartlara bağlı olması nedeniyle, bir noktaya kadar ilgili devlete bırakılmak zorundadır.

Türk Anayasasının kalbinde bulunan eşitlik ve laiklik prensipleri iş bu davada önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi, kişinin dinini ifade etme özgürlüğünün ülkedeki demokratik değerlerin garantörü olarak laiklik ilkesi tarafından oynanan rolün savunulması amacıyla sınırlandırılabileceğine hükmetmiştir: Laiklik, özgürlük ve eşitliğin buluşma noktasıdır ve zorunlu olarak din ve vicdan özgürlüğünü gerektirir. Kamu görevlilerinin, tarafsız arabuluculardan biri olarak görevlerini yerine getirmelerini temin ederek, belirli bir dini tercih etmelerine mani olur. Ayrıca laiklik bireyin radikal hareketler kaynaklı, harici baskılardan korunmasına yardımcı olur. Devletin bağımsız bir arabulucu olarak bu rolü, Strazburg Mahkemesi'nin 9. Madde altındaki içtihatları ile tutarlıdır.

Strazburg Mahkemesi ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin dayanağını oluşturan anahtar niteliğindeki cinsiyet eşitliği prensibiyle tutarlı bir değer olan Türk anayasal sistemdeki kadın haklarının korunması hususuna yapılan vurgudan etkilenmiştir. İslami başörtüsü giyilmesine dair yasak sorununa dair yapılan her türlü inceleme, zorunlu dini bir

yükümlülük olarak sunulduğunda veya algılandığında, böylesi güçlü bir sembolün onu giymeyenler üzerinde yaratabileceği etkiyi dikkate almak zorundadır. Nüfusun çoğunluğu İslam dinine inanan Türkiye gibi bir ülkede bu durum daha bir önem arz etmektedir. Toplum, bir bütün olarak kendi dini sembollerini ve dini emirler üzerine kurulu toplum şeklini işlemeye çalışan Türkiye'deki radikal hareketlerin arka planı ışığında Büyük Daire, üniversitelerde dini sembollerin giyilmesi yasağını oluşturan laiklik prensibinin üstün öneminden tatmin olmuştur. Çoğulculuk, diğerlerinin haklarına saygı, özellikle de kadın ve erkeğin yasa önündeki eşitliği değerlerinin uygulamada öğretildiği ve uygulandığı bağlamda, üniversite binalarında başörtüsü gibi dini kıyafetlerin giyilmesine izin verilmesinin kamu görevlilerince bu değerlere aykırı olarak değerlendirilmesi anlaşılabilirdir. Bu nedenle, bu dini sembolün geçtiğimiz yıllarda ülkede kazandığı siyasal önem nedeniyle başörtüsü giyilmesine getirilen sınırlamaların zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenebilir. 9. Maddenin her daim dini inancın gerektirdiği şekilde davranma hakkını garanti etmediğini ve böyle davranan kişiler açısından haklı olduğu ortaya konulmuş olan kuralları dikkate almama imkanı vermediğini ifade ederek, Strazburg Mahkemesi ayrıca her halükarda Türk üniversitelerindeki dini kuralları uygulayan Müslüman öğrencilerin eğitim kurumları tarafından getirilen sınırlamalar dahilinde İslam inancının mutat usullerine uygun olarak dinlerini ifade etmede/açığa vurmakta özgür olduklarını belirtmiştir.

Başvurucu ayrıca 1 nolu Protokol'ün 2.maddesi bağlamında başvurucunun eğitim hakkına bir müdahale olup olmadığı meselesini ihtiva etmektedir. 9. Madde altında başvurunun ele alınması açısından uygulanan gerekçeyi kıyasen uygulayan "Büyük Daire" İslami başörtüsü giyme yasağı nedeniyle çeşitli ders veya sınavlara girmenin müsaade edilmemesinin öngörülebilir olduğunu, meşru amaçları hedeflediğini ve kullanılan yöntemlerin orantılı olduğunu ayrıca kabul etmiştir. Mesele konusu yaptırımlar, öğrencilerin dini kuralları yerine getirmesini hiçbir şekilde engellememiş ve gerçektende üniversite yetkilileri başörtüsü giyen öğrencileri geri çevirmekten kaçınmak amacıyla isabetli bir yöntem ararken, aynı zamanda diğerlerinin haklarını ve eğitim sisteminin menfaatini korumuşlardır. [167]

Bireysel İnanca Müdahaleler: "Kilise Vergisi" Ödeme Yükümlülüğü

9. Maddenin 1.fıkrası, bireyin kendi arzusu hilafına dini faaliyetlere, dolaylı ve zorla dahil edilmesine karşı bir koruma ihtiva eder. Örneğin böyle bir durum kilise vergisi ödenmesi yükümlülüğünde söz konusu olabilir. Devletler, herhangi bir kiliseye mensup olmayan kişilerin dini inançlarına saygı göstermek ve dolayısıyla bu kişilerin dini faaliyetleri nedeniyle kiliselere katkıda bulunma yükümlülüğünden muaf tutulmalarını sağlamak zorundadır[168] (buna karşın belirtildiği

167 Leyla Şahin / Türkiye [BD], para.104-162 ve para.109.
168 Darby / İsveç, Komisyon görüşü, para.51. bkz. yukarıda s.15.

üzere, bu durumun kişinin resmi makamlara yapmış olduğu genel nitelikteki vergi ödemelerinin, belirli amaçlara tahsis edilmemesi gerektiği argümanından ayrılması gerekmektedir [169]). Bu sonuç çerçevesinde devletler, kilise vergilerinin etkin şekilde toplanmasının sağlanması amacıyla, kişilerin dini inançlarını ve dini inançlarındaki değişiklikleri bildirmelerini zorunlu tutabilir. [170]

Her halükarda, tahakkuk ettirilen kilise vergisinin kısmen de olsa laik faaliyetlerin masraflarına yönelik olup olmadığının dikkate alınması gerekli olacaktır. *Bruno / İsveç* davasında Strazburg Mahkemesi kamusal görevlerin yerine getirilmesi amacına matuf vergilendirmeyle, salt dini inanç kaynaklı hizmetlere ilişkin vergilendirme arasında bir ayrım yapmıştır. Yasa, kilise vergisinin çoğunluğundan muaf tutulmaya imkan vermiştir. Buna karşın yasa, definlerin gerçekleştirilmesi, tarihi kilise binalarının ve mülklerinin bakımı, önceki nesillere ilişkin kayıtların korunması gibi toplumun yararına olan ve dini mahiyette olmayan görevlerin masrafını karşılayacak bir vergi ödeme yükümlülüğünü hala ihtiva etmektedir. Strazburg Mahkemesi öncelikle devlet görevlilerinin bu tür sorumlulukların yerine getirilmesinin belirlenmesi açısından geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu onaylamış ve dolayısıyla da başvurucunun söz konusu bu faaliyetlerin dini kurumlardan ziyade laik kamu idaresinin olağan sorumluluğu olduğu şeklindeki değerlendirmelerini kabul etmemiştir:

> Mahkeme definlerin gerçekleştirilmesi, tarihi değeri olan kilise mülk ve binalarının bakımı, önceki nesillerin kayıtlarının korunması gibi faaliyetlerin dini mahiyette olmayan ve bir bütün olarak toplumun yararına yürütülen faaliyetler olarak değerlendirilmesi gerektiği şeklindeki hükümet savunmalarıyla hemfikirdir. Bu görevleri gerçekleştirme sorumluluğunun kime verilmesi ve kim tarafından finanse edilmesi gerektiği kararının devlete bırakılması zorunludur. Her ne kadar bireyin din özgürlüğü hakkına saygı göstermek zorunluluğu altında olsa da, devlet bu tür kararları verirken geniş bir takdir yetkisine sahiptir.

Hal böyle olmakla birlikte Strazburg Mahkemesi garantinin esas olarak dini nitelikte olan amaçlara vergilendirme yoluyla katkı sunma zorlamasına karşı güvenceler gerektirdiği hususuna vurgu yapmıştır. Böyle bir durumda kilise üyesi olmayan bireyler tarafından ödenebilecek toplam kilise vergisi oranının, kilisenin medeni yükümlülüklerinin maliyetleri ile orantılı olduğu ortaya konulabilir ve dolayısıyla başvurucunun, kilisenin dini faaliyetlerine zorla katkı sunduğu söylenmeyebilir. Dini kurumlardan ziyade kamu kurumlarının, harcamaları izlemeleri ve ödenebilecek vergiyi belirlemeleri ayrıca önem arz etmektedir:

> İsveç Kilisesi mensubu olmayan başvurucu, kilise vergisinin tamamını ödemek zorunda olmayıp sadece tamamı üzerinden %25'lik kısmını kilise üyesi olmayan kişilerin, kilisenin dini mahiyette olmayan faaliyetlerine katkı sun-

169 C. / Birleşik Krallık.
170 Örneğin bkz. *Gottesmann / İsviçre.*

> masası amacıyla, vergi olarak ödemektedir. İndirilmiş vergi oranı, kilisenin toplam harcamalarının yaklaşık %20'sine tekabül eden cenaze defin masraflarını gösteren İsveç Kilisesi ekonomi araştırması temelinde belirlenmiştir. Dolayısıyla, başvurucu tarafından İsveç Kilisesi'ne ödenen vergi, medeni sorumluluklarının maliyetleriyle orantılıdır. Bu nedenle başvurucunun kilisenin dini faaliyetlerine katkı sunmaya zorlandığı söylenemez.
>
> Dahası İsveç Kilisesi'nin mesele konusu görevleri yerine getirmekle görevlendirilmiş olması, Sözleşme'nin 9. Maddesinin kendi içinde ihlali olarak değerlendirilemez. Bu bağlamda kilisenin önceki nesillerin kayıtlarını yıllardır tutmakla görevli olduğu ve dolayısıyla kilisenin bu kayıtları devlet arşivlerine nihai olarak devredinceye kadar muhafaza ettiği hususu dikkate alınmalıdır. Ayrıca definlerin gerçekleştirilmesi ve eski kilise mülklerinin bakımı görevleri ülke içinde yerleşik olan kiliseye verilebilir. Mahkeme ayrıca kiliseye mensup olmayan kişilerin vergi ödemelerinin ve kilisenin medeni faaliyetlerinin yerine getirilmesinin vergi görevlileri ve ilçe idare kurulu da dahil olmak üzere kamu makamları tarafından denetlendiğini dikkate almaktadır.

Strazburg Mahkemesi bu nedenle "kiliseye üye olmayan kişi vergisi" ödenmesi yükümlülüğünün başvurucunun din özgürlüğü hakkını ihlal etmediğine karar vermiş ve başvurunun bu kısmının açıkça temelsiz olduğuna hükmetmiştir.[171]

171 *Bruno / İsveç* (kabuledilebilirlik hakkında karar).

İnancın Bireysel "Ortaya Konulması / İfade Edilmesi": Mahpuslar ve Dini İnanç

Cezaevi yetkililerinden mahpusların dini törenlere katılmalarına müsaade ederek, özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilerin dini ihtiyaçlarını kabul etmeleri beklenecektir. Dolayısıyla bir dinin veya inancın özel bir diyeti (orucu) emretmesi durumunda bu hususa, akıl dışı veya gereksiz bir külfet ihtiva etmemesi şartıyla, resmi makamlar tarafından saygı duyulmalıdır. Bu prensip Budist bir mahpusun inançlarının emrettiği şekilde etsiz yemek verilmesi talebinin reddedildiği *Jakóbski / Polonya* davasında tekrarlanmıştır ve bu durumun bir 9. Madde ihlali oluşturduğuna hükmedilmiştir.[172]Ayrıca mahpusların dini ibadetlere katılmalarına veya ruhani rehberliğe başvurmalarına imkan verecek gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. Konuyla ilgili davalardan *Poltoratskiy / Ukrayna* ve *Kuznetsov / Ukrayna* davalarında idam edilmeyi bekleyen mahpuslar diğer mahpusların yararlanabildiği rahip ziyareti veya dini ayinlere katılma imkanlarının kendilerine tanınmadığı hususlarında şikayetçi olmuşlardır. Başvurucular konuyla ilgili cezaevi talimatnamesinin, Sözleşmenin anlamı çerçevesinde gereken niteliği taşımaması, bir diğer ifadeyle söz konusu müdahalelerin yasaya uygun olmaması nedeniyle başarılı olmuşlardır.[173] Buna karşın cezaevi güvenliğinin ve düzeninin sağlanmasının devletin meşru bir menfaati oldu-

172 *Jakóbski / Polonya, para.42–55*. Bkz ayrıca *X / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (Mart 1976).

173 *Poltoratskiy / Ukrayna* ve *Kuznetsov / Ukrayna*.

ğu kolaylıkla kabul görecektir. Örneğin, 9. Madde, cezaevi elbisesi giymenin veya çalışmaya zorlanmanın inançlarını ihlal ettiği iddiasında bulunan mahpuslara dair özel bir statünün tanınması amacıyla kullanılamaz.[174]Ayrıca bahsi geçen düzen ve güvenlik gereklerine yanıt verirken kamu makamları açısından oldukça geniş bir takdir marjının olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, mahpusların kimliklerinin tespit edilebilmesi ihtiyacı, bir mahpusun sakal uzatmasına müsaade edilmemesini gerektirebilir. Buna karşın mahpusların bir duacılar zinciri oluşturma[175] veya dövüş sanatlarına ilişkin bilgiler içeren kitap taleplerinin reddi, bunların dini inanca uygun ibadet açısından vazgeçilmez olduğunun ortaya konulduğu hallerde bile, haklı görülebilir. [176]

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kaynaklı bahsi geçen devlet yükümlülükleri ayrıca Avrupa Cezaevi Kuralları'nda da yansıtılmaktadır. Mahpusların onurlarına saygılı maddi ve manevi koşullarda barındırılmalarını, ayrımcı olmayan, dini inançlarını tanıyan, sağlık ve öz saygının devamına imkan veren muameleye tabi tutulmalarını sağlamayı amaçlayan bu kurallar bağlayıcı değildir. Dolayısıyla kurallar

> "Cezaevi rejiminin, mümkün olduğu kadarıyla dini ibadetlerini yapabilmelerine, inançları yaşamalarına, din ve inançların tanınan resmi temsilcileri tarafından yürütülen toplantı veya ayinlere katılabilmelerine, din ve inançların temsilcilerinin kendilerini ziyaret etmelerine ve din ve inançlarıyla ilgili kitap veya edebi eser bulundurabilmelerine müsaade edilmesini gerektirmektedir.

Buna karşın,

> Mahpuslar bir dine veya inanca göre ibadet etmeye, dini ayin veya toplantılara katılmaya, dini törenlerde bulunmaya, herhangi bir din veya inanç temsilcisinin ziyaretini kabule mecbur tutulmayabilir."[177]

Mahkeme, bu kurallara kararlarında değinebilir.[178]

Devletin yansızlık yükümlülüğü: Dini inançların tanınması ve sair

11.madde genel olarak kolektif eylemi geliştirmek amacıyla bireylerin bir araya gelme hakkını korumaktadır. 9. Madde, 11.maddeyle birlikte okunduğunda sonuçta, dini dernek/birliklerin kurulması bağlamında, ciddi bir endişe ortaya çıkmaktadır:

> Dini cemaatlerin geleneksel olarak, organize yapılar şeklinde mevcut olması nedeniyle, 9. Madde, örgütlü yaşamı haksız devlet müdahalesine karşı koruyan Sözleşme'nin 11.maddesi ışığında yorumlanmak zorundadır. Bu açıdan bakıldığında kişinin dinini diğerleriyle birlikte ifade etme/açığa vurma hakkını da içeren inananların din öz-

174 *McFeeley ve Diğerleri / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar).
175 *X / Avusturya* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (1965).
176 *X / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (Mayıs 1976).
177 Avrupa Cezaevi Kuralları, Tavsiye Karar (2006) 2, Kurallar 29 (2)-(3).
178 Kurallar 29 (2)-(3), *Jakóbski / Polonya* kararında bahsedilen, 7 Aralık 2010.

> gürlüğü hakkı, inananların devletin keyfi müdahalesi olmaksızın özgür bir şekilde örgütlenmesine müsaade edileceği beklentisini de içine almaktadır. Gerçektende dini cemaatlerin özerk mevcudiyeti, çoğulcu bir demokrasi için vazgeçilmezdir ve dolayısıyla bu mesele 9. Madde tarafından sağlanan korumanın merkezindedir.[179]

İnancın toplu olarak açığa vurulması/ifade edilmesine ilişkin 9. Madde garantileri ile örgütlenme özgürlüğüne ilişkin 11. madde koruması, 14.maddenin düzenlediği Sözleşme garantilerinden yararlanmada, ayrımcılık yasağıyla birlikte ele alındığında, resmi tescil başvurusunun reddedilmesine dair meselelerin çözümünde hatırı sayılır bir önem arz etmektedir. Vergiden muaf tutulma veya ulusal hukukta ön kayıt veya devlet tesciline bağlı olabilecek vakıf statüsünün tanınması gibi avantajlardan yararlanma açısından bu husus gerekli olabilir. Belirli dini topluluklara avantajlar sağlayan düzenlemeler prensipte, "farklı muamele açısından objektif ve makul bir gerekçenin bulunması ve bu tür avantajlardan yararlanmak isteyen diğer kiliselerle benzer anlaşmaların mevcut olması şartıyla" Sözleşme gereklerini ihlal etmez.[180] Buna karşın ulusal hukuk daha ileriye gidebilir ve dini bir yapının etkin bir şekilde faaliyet gösterebilmesine izin verilmesi için tüzel kişilik statüsünün edinilmesini resmi tanıma açısından zaruri görebilir. Resmi tanımanın, faaliyet gösterme açısından zorunlu olması halinde dini topluluğa gösterilen salt devlet hoşgörüsünün yeterli kabul edilmesi olası değildir.[181] Söz konusu gerekliliklere dair risk, bunların azınlık inançlarının yayılmasını kısıtlama amacıyla ayrımcı bir şekilde kullanılabilmesidir.[182]

Diğer taraftan devletin yansızlığı şartı, resmi makamları dini yapı veya derneklerin faaliyetlerinin kamu düzenine zarar verip vermediği veya tehdit edip etmediği değerlendirmesini yapma imkanından yoksun bırakmaz.[183] Hoşgörü her bir dini topluluğun tescil edilme/tanınma veya vergiden muaf tutulma gibi imtiyazlardan yararlandırılmak zorunda olduğu anlamına gelmez. Gerçektende bazı davalarda kamu görevlileri zararlı olarak değerlendirilen derneklere/yapılara karşı harekete geçme pozitif yükümlülüğü altında olabilirler.

Leela Förderkreis e.V. ve diğerleri / Almanya davasında "Osho Hareketi" mensupları, dini organizasyonlarının "gençlik mezhebi", "gençlik dini", "mezhep" ve "deli-mezhebi" olarak sınıflandırılmasının, inançlarını aşağıladığını ve devletin dini meselelere dair yansızlık yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Strazburg Mahkemesi, başvurucu derneklerin hareketini tanımlarken kullanılan kavramların onlar açısından olumsuz sonuçlar doğurabileceği gerekçesiyle (ve fakat bu sonuçların mahiyet ve kapsamını araştırma ihtiyacı

179 Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri / Moldova, para.18.

180 Alujer Fernández ve Caballero García / İspanya (kabuledilebilirlik hakkında karar).

181 Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri / Moldova, para.29.

182 Ulusal Azınlıkların Korunmasına Dair Çerçeve Sözleşme, madde 8: "ulusal bir azınlığa mensup olan herkesin dinini veya inancını ifade etme / açığa vurma, dini kurum, organizasyon ve dernek kurma hakkına sahip" olduğunun kabul edilmesi.

183 Manoussakis ve Diğerleri / Yunanistan, para.40; *Leela Förderkreis e.V. ve Diğerleri / Almanya,* para.93.

duymaksızın) ve böylesi bir yaftalamanın 9. Madde haklarına bir "müdahale" içerdiği karinesi temelinde değerlendirme yaparak en nihayetinde garantinin ihlal edildiğine hükmetmiştir:

> Mahkeme, devletlerin derneğin dini amaçlarını gerçekleştirirken halka veya kamu güvenliğine zararlı faaliyet yürütüp yürütmediğini denetleme hususunda hak sahibi olduğunu tekrarlamaktadır.
>
> …Mahkeme davada geçen zaman diliminde, sayıları gittikçe artan yeni dini ve ideolojik hareketlerin, genel önemi olan meseleleri ortaya koyarak Alman toplumunda çatışma ve gerginlik yarattığını belirtmektedir. Mahkeme dosyasında bulunan itiraz edilen ifadeler ve diğer materyaller, Alman Hükümeti'nin söz konusu zamanda yararlı olarak değerlendirmiş olduğu izahatları iyi bir zamanlamayla halka temin ederek, alevlenmiş kamusal bir meselenin söndürülmesini amaçladığını ve çok sayıdaki yeni dini hareketleri ve bunların genç insanlar üzerindeki çekimlerini rahatsız edici bularak bu görüngüye karşı yurttaşlarını uyarmaya çalıştığını ortaya koymaktadır. Kamu görevlileri gerekli durumlarda halkın kendi kendisini gözetebilmesini, kendilerini ve diğerlerini salt bilgi yoksunluğu sebebiyle zor duruma düşürmemesini arzu etmiştir.
>
> Mahkeme, devlet kaynaklı böylesi güçlü ve önleyici bir müdahalenin, Sözleşen Tarafların, Sözleşme'nin 1.maddesi uyarınca egemenlikleri içinde bulunan kişilerin hak ve özgürlüklerinin sağlanmasına dair üstlendikleri pozitif yükümlülükleriyle de uyumlu olduğu kanaatindedir. Bu yükümlülükler, devlet görevlilerine atfedilebilir eylem ve ihmaller sonucunda ortaya çıkabilecek veya kamusal mahallerde meydana gelebilecek herhangi bir müdahale ile ilgili olmakla kalmayıp ayrıca devlete ait olmayan yapılar içersinde bulunan özel kişilere atfedilebilir bir müdahaleyle de ilgilidir.
>
> Mesele konusu hükümet faaliyetinin incelenmesi ortaya koymaktadır ki, söz konusu müdahale başvurucu derneklerin din veya inancını açığa vurma/ifade etme özgürlüğüne dair bir yasaklama teşkil etmez. [Ulusal mahkemeler] tartışma konusu ifadeleri dikkatle incelemiş, "yıkıcı" ve "uydurma-din" sıfatlarının kullanılmasını ve hareketin mensuplarının dini yansızlık prensibini ihlal etmek üzere manipüle edildiklerinin iddia edilmesini yasaklamıştır. Geri kalan diğer kavramlar özellikle de başvurucu derneklerin alaycı bir vurguyla "mezhepler", "gençlik mezhepleri" veya "deli-mezhepleri" şeklinde adlandırılması, söz konusu zaman zarfında fazlasıyla ayrımcı bir şekilde kullanılmıştır. Mahkeme ayrıca hükümetin "sözde mezhepler ve deli-kültlere" dair uzman raporunun ihtiva ettiği tavsiyeyi müteakiben gerçekleşen bilgi kampanyası sırasında "mezhep" kavramını kullanmaktan kaçındığını tespit etmektedir… Bu şartlar çerçevesinde Mahkeme,

> hükümetin söz konusu zamanda ifade edilen beyanatlarının demokratik bir devletin kamu yararı olarak değerlendirebileceği sınırların aşılmasını gerektirmediği kanaatindedir.
>
> Bu şartlar çerçevesinde ve "ulusal makamlara tanınan takdir marjı dikkate alınarak", söz konusu müdahale, haklı ve hedeflenen amaçlarla orantılı olarak değerlendirilmiştir. [184]

Dolayısıyla, devletin tescil yükümlülüğü getirmesi; kendi içinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile bağdaşmaz nitelikte değildir. Buna karşın devlet, katı bir şekilde yansızlık konumunu devam ettirmeli ve tescili reddetme hususunda uygun gerekçeleri olduğunu ortaya koyabilmelidir. Hal böyle olmakla birlikte tescil sürecinin başıboş takdir yetkisine karşı korunması ve keyfi karar verilmesinden kaçınılması zorunludur.[185] Devlet farklı inançların meşruluğunu karşılaştırmalı olarak değerlendirirken her zaman dikkatli hareket etmek durumundadır.[186] *Regionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas ve Diğerleri / Avusturya* davasında bir 9. Madde ihlali tespit edilmiştir. Yaklaşık 20 yıldır, yerel makamlar Yehova Şahitlerini tescil etmeyi reddetmişlerdir. Davalı devlet, hukuki kişiliğin en nihayetinde tanındığını ve her halükarda hiç bir kişinin ibadetinin engellenmemiş olduğunu ve ayrıca Yehova Şahitleri mensuplarının ulusal hukukta tüzel kişiliği olan bir dernek kurabileceklerini belirterek başvurucuların haklarına her hangi bir müdahalenin söz konusu olmadığını iddia etmiştir. Mahkeme ikna olmamıştır:

> Tanınma talebinin yapılmasıyla hukuki kişiliğin kabul edilmesi arasında geçen süre hatırı sayılır bir süredir. Dolayısıyla bu sürecin salt idari bir talebin ele alınmasına ilişkin değerlendirmenin bekleme periyodu olarak kabul edilip edilmeyeceği sorgulanmaya açıktır. Diğer taraftan bu süre zarfında birinci başvurucu hukuki kişiliğe sahip değildir ve bu nedenle hukuki statüsünün bulunmaması kaynaklı tüm sonuçlarla karşı karşıya kalmıştır [Hukuki kişilik birinci başvurucunun kendi adına mülk edinmesine ve bunları idare etmesine, Mahkemeler ve resmi makamlar önünde hareket edebilmesine, ibadet yerleri tesis edebilmesine, inançlarını yayabilmesine ve dini materyalleri basma ve dağıtmasına izin verecektir].
>
> …Bu zaman zarfında Yehova Şahitlerinin topluluk yaşamına hiç bir müdahalenin bildirilmemiş olması ve birinci başvurucunun hukuki kişilikten yoksun olmasının yardımcı derneklerin faaliyeti ile kısmen telafi edilebileceği (ki bu husus başvurucular tarafından ifade edilmiştir) kati bir husus değildir.
>
> Bu hakkın önemi ışığında Mahkeme, tüm devlet makamları açısından, zamanı makul kısalıkta tutma yükümlülüğünün mevcut olduğu kanaatindedir. Bu süre zarfında

184 Leela Förderkreis e.V. ve Diğerleri / Almanya, para.84-101.
185 Supreme Holy Council of the Muslim Community / Bulgaristan, para.33.
186 Hasan ve Chaush / Bulgaristan [BD], para.84-89 ve 78.

> başvurucu, Sözleşmenin 9. Maddesi çerçevesinde hukuki kişiliğin tesis edilmesini beklemiştir. Mahkeme bu bekleme süresi zarfında birinci başvurucunun hukuki kişiliğe sahip olmamasının bir ölçüde hukuki kişiliğe sahip olan yardımcı derneklerin tesisi ile telafi edilebileceği kanaatindedir. Görüldüğü kadarıyla kamu makamları bu tür derneklere müdahale etmemiştir. Buna karşın özerk olarak mevcut olma hakkının 9. Maddedeki garantilerin kalbinde/merkezinde yer alması nedeniyle bahsi geçen bu durumlar birinci başvurucuya sürekli mahiyette bir hukuki kişilik verilmemesinin gerekçesi olmaz. [187]

Bir devletin, bir topluluğu tescil etmeme gerekçesi olarak ulusal güvenliğe veya toprak bütünlüğüne dayanmak istediği hallerde bile bu tür gerekçelerin uygun şekilde ele alınması gerekmektedir. Muğlak spekülasyonlar yeterli olmaz. *Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri / Moldova* davasında başvuruculların dini amaçlarla bir araya gelmesi yasaklanmış ve başvuruculara tacize karşı veya kilisenin mallarına ilişkin herhangi bir koruma sağlanmamıştır. Davalı hükümet iş bu davanın özel şartları çerçevesinde tescilin hem Ortodoks Kilisesi'nin ve hem de bir bütün olarak toplumun istikrarsızlığına sebep olabileceğini, çünkü meselenin Rus ve Romanya Patrikhaneleri arasındaki bir çekişmeyle ilgili olduğunu ileri sürmüştür. Dahası, davalı hükümete göre tescil, toprak bütünlüğü ve devletin bağımsızlığı üzerinde olumsuz bir etki yaratabilir. (Gerginliğin sebebini ortadan kaldırarak çoğulculuğu bertaraf etmektense) devletin yansız hareket etme yükümlülüğü ve yarışan gruplar arasında karşılıklı hoşgörünün teşvik edilmesindeki rolünü tekrarlayarak, Strazburg Mahkemesi "dini inançların veya dini inançların ifade edilme şekillerinin meşruluğuna dair" devlet değerlendirmesinin 9. Maddenin kapsamı dışında olduğunu bir kez daha vurgulamıştır. Ayrıca, örgütlenme özgürlüğüne ilişkin haksız devlet müdahalesine karşı 9. Maddenin 11.maddeyle birlikte okunması gerekmektedir: ve

> Bu açıdan bakıldığında kişinin dinini, topluluk içinde diğerleri ile birlikte açığa vurma/ifade etme hakkını içeren inananların din özgürlüğü hakkı, inananların özgür bir biçimde keyfi devlet müdahalesi olmaksızın bir araya gelmelerine müsaade edileceği beklentisini içine almaktadır.

Başvurucu Kilise'nin yeni bir mezhep olmadığı görüşünü kabul ederek ve onun tescil edilmesini daha önce tanınmış olan başka bir dini kurumun rızasına bağlayarak, yansızlık ve tarafsızlık yükümlülüğünün gereği yerine getirilmemiştir. Mahkeme, söz konusu Kilisenin, Moldova kamu politikalarına veya devletin ifade etmiş olduğu dini amaçlara aykırı siyasi faaliyetler içinde bulunması veya devlet tescilinin ulusal güvenlik ve toprak bütünlüğü açısından tehlike arz edebileceğini gösterir her hangi bir delilin bulunmaması sebeple-

187 *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas ve Diğerleri / Avusturya,* para.87-99 (Yehova Şahitlerini tanımak için hatırı sayılır bir zaman geçmiştir: 9. Maddeyle bağlantılı olarak 14.maddenin ihlali).

riyle ikna olmamıştır. [188] Benzer şekilde *Jehovah's Witnesses of Moscow / Rusya* davasında, dini bir derneğin tescil edilmemesi ve sonrasında feshedilmesinin konuyla ilgili kafi gerekçelerin ortaya konulmaksızın gerçekleştirilmiş olduğuna hükmedilmiştir. Devlet makamlarınca organizasyonun aileleri ayrılmaya zorladığı ve, üyelerini intihara veya tıbbi tedaviyi kabul etmemeye teşvik ettiği, üyelerinin Yehova Şahidi olmayan ebeveyn ve çocuklarının haklarını ihlal ettiğini, üyelerini yasal yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hususunda teşvik ettiği iddia edilmiştir. Buna karşın söz konusu bu iddialara karşılık gelen bir vaka tespit edilememiştir. Gerçektende üyelere getirilen sınırlamalar, diğer dinlerin kendi mensuplarının özel yaşamlarına getirmiş olduğu benzer sınırlamalardan temel olarak farklılaşmamaktadır. Her halükarda hayati tehlike durumlarında bile kan alış verişinden uzak durmanın teşvik edilmesi, ulusal hukukun hastalara tıbbi tedaviyi seçme özgürlüğü tanımış olması dolayısıyla, böylesi uzak erimli bir yaptırıma haklılık kazandıramaz. [189]

Dini cemaatin tescilinin reddi, beraberinde söz konusu cemaatin mahkemelerde haklarını koruyamama sonucunu da getirebilir. Kiliseler mülk de edinebilirler ve onların bu haklarına yapılacak herhangi bir müdahale prensipte 1 nolu Protokol'ün 1.maddesinin kapsamına giren sorunların ortaya çıkmasına neden olabilir. [190] *Canea Catholic Church / Yunanistan* davasında ulusal mahkemelerin, başvurucu kilisenin gerekli hukuki kişiliğe sahip olmadığı gerekçesiyle tescil talebinin reddi kararına yapılan itiraz reddedilmiştir. Böyle bir kararın etkisi, Kilise'yi şu anda ve gelecekte mülkle ilişkili her türlü çekişmenin mahkemeler tarafından ele alınmasını talep etme hakkından yoksun bırakacaktır.[191] *Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri / Moldova* davasında Strazburg Mahkemesi ayrıca 9. Maddenin, 6.madde ve dini topluluğun, üyelerinin ve mülklerinin korunmasını amaçlayan adil yargıya erişim garantileri ışığında okunmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Hükümet'in kiliseye ve kilise cemaatinden olanlara hoşgörünün gösterildiği iddiası gerçek bir tanımanın yerini tutamaz. Çünkü tanıma, ulusal hukukta gözdağı eylemlerine karşı cemaate/kiliseye tek başına bir takım haklar verebilmektedir. Dolayısıyla kilisenin tanınmaması, başvuruculara 9. Madde altındaki haklarının, demokratik bir toplumda gerekli olarak değerlendirilmeyecek şekilde kısıtlanması ile sonuçlanmıştır.[192] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesi çerçevesinde, bir topluluğun medeni hak ve yükümlülüklerinin tespit edilebilmesi için mahkemeye erişim hakkının mevcudiyeti zorunludur.

188 *Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri / Moldova*, para.101-142. Bkz. ayrıca *Pentidis ve Diğerleri / Yunanistan*, para.46 ve *Moscow Branch of the Salvation Army / Rusya*, para.71-74.

189 *Jehovah's Witnesses of Moscow / Rusya*, para.70-182 (fesih 11.madde ile birlikte okunduğunda bir 9. Madde ihlalini gerektirmiştir ve tescilin yapılmaması 9. Madde ışığında okunduğunda 11.madde ihlali içermektedir).Bkz. ayrıca *Church of Scientology Moscow / Rusya*, para.94-98 (9. Maddeyle bağlantılı olarak 11.maddenin ihlali).

190 Bkz. örneğin, *Holy Monasteries / Yunanistan,* para.54-66.

191 *Canea Catholic Church / Yunanistan*, para.40-42.

192 *Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri / Moldova*, para.101-142 (insani yardımında içinde bulunduğu varlıklar). Bkz. ayrıca *Pentidis ve Diğerleri / Yunanistan*, para.46.

Devlet Yansızlığının Gerekleri: İbadet Yerlerinin Kontrolü

Dini organizasyonların devlet tarafından kontrolü, aynı zamanda dini liderlerin girişlerine getirilen sınırlamalar[193] ve önemli olarak değerlendirilen ibadet yerlerine getirilen giriş sınırlamaları gibi bir takım tedbirler ihtiva edebilir. [194] Yinelemek gerekirse, bu tür tedbirlerin mantık dayanağını oluşturan meşru mülahazaların belirli bir inancın engellenmesi veya belirli bir dine avantaj sağlaması gizli amaçlarıyla kullanılmamasının temini için özen gösterilmesi gerekmektedir. Kontrolün planlanması, kamu yararının gerektirdiği diğer tedbir örneklerini ortaya koyar. Buna karşın, bunlar kötü niyetli olarak uygulanabilirler. Örneğin, *Manoussakis ve Diğerleri / Yunanistan* davasında ulusal hukuk, dini organizasyonların ibadet yerleri kullanabilmesi için resmi onay almalarını zorunlu tutmuştur. Yehova Şahitleri böyle bir izin almada muvaffak olamamışlar ve sonrasında izinsiz ibadet yeri faaliyeti nedeniyle mahkum edilmişlerdir. Strazburg Mahkemesi; ulusal makamların, bir dini dernek tarafından yürütülen faaliyetlerin diğerlerine potansiyel olarak zararlı olup olmadığının tespitini amaçlayan tedbirler alma hakkına sahip olduklarını kabul etmektedir. Buna karşın bu kabul, devlete, ne inançların ne de bu inançların ifade edilme biçimlerinin meşruluğunu tespit edebilmesine imkan veremez. İş bu davada başvurunun muhtevası konuyla ilgilidir:

> Sözleşme tarafından garanti altına alınan din özgürlüğü hakkı, devlet açısından dini inançların veya inançların ifade edilmesi için kullanılan yöntemlerin meşru olup olmadığının tespitine dair her türlü takdir yetkisini kapsam dışında tutmuştur. Dolayısıyla Mahkeme ulusal hukuka dayanan ruhsat yükümlülüğünün, Bakana söz konusu düzenlemelerde belirtilen resmi şartların gereğinin yerine getirilip getirilmediğini doğrulama imkanını vermeyi amaçlaması kayıt ve şartıyla, Sözleşme'nin 9. Maddesiyle uyumlu olacağı görüşünü benimsemektedir.
>
> Delillerden ve başvurucular tarafından atıfta bulunulan pek çok diğer davadan ve hükümetin itiraz etmemesinden anlaşıldığı kadarıyla devlet, ulusal hukukun sağladığı imkanları kullanarak Yehova Şahitleri gibi Ortodoks mezhebi dışındaki bazı dini inançlara ilişkin ibadetler açısından sıkı ve hatta yasaklayıcı bir takım şartlar getirmeye teşebbüs etmiştir. Bu alandaki içtihatların çokluğu, idari ve dini makamların Ortodoks Kilisesi dışındaki inanç faaliyetlerini kısıtlamak amacıyla bu hükümleri kullanma eğiliminde olduğunu göstermektedir.

193 Bkz. *El Majjaoui ve Stichting Touba Moskee / Hollanda* (kabuledilebilirlik hakkında karar) (Avrupa Birliği dışından gelen olası bir imama çalışma izni verilmemesi: kabuledilebilir; fakat iznin başvurudan sonra verilmesi nedeniyle başvurudan Büyük Daire lehine vazgeçilmesi sonrasında başvuruya ilişkin verilen kayıtta düşürme kararı; ve *Nolan ve K / Rusya*, para.61-79 (gizli servisin emri nedeniyle Birleşme Kilisesi misyoneri ve oğluna ülkeye tekrar giriş yapma izni verilmemesi: 9. Madde ihlali, meselenin 9. Maddeyle bağlantılı olarak 14.madde altında ele alınmasına gerek olmaması).

194 *Chappell / Birleşik Krallık, Logan / Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik hakkında karar).

Strazburg Mahkemesinin başvuruya ilişkin kararını ilan ettiği zamanda iznin hala beklenmekte olduğu ve söz konusu iznin sadece devlet görevlileri tarafından değil aynı zamanda Piskopos tarafından da verilecek olması önem arz etmektedir. Mahkeme, mahkumiyetin orantılı bir karşılık olarak ifade edilemeyeceğine hükmetmiştir.[195] Katı bir yansızlık konumu gerekmektedir ve dolayısıyla devlet tarafından tanınmış olan başka bir dini makamın sürece dahil olması uygun olmayacaktır.

Çok katı (ve hatta yasaklayıcı) şartların belirli bir inancın takipçilerine yönelik uygulandığı durumların, bir başvurucunun objektif ve yansız bir şekilde alınmış olan planlama kararlarının sonuçlarını değiştirmeye çalıştığı durumlarla karşıtlık içermesi kuvvetle muhtemeldir. *Vergos / Yunanistan* davasında başvurucunun kendisine ait olan arazi üzerine toplum için ibadet yeri inşa etme talebi, arazi kullanım planının bu tür binaların inşasına müsaade etmemesi ve her halükarda başvurucunun söz konusu dini cemaatin kasabadaki tek üyesi olması gerekçesiyle reddedilmiştir. Sonuç olarak, planlama yetkilileri ibadethane inşasına izin vermek amacıyla planın değiştirilmesini gerektirecek herhangi bir sosyal ihtiyacın mevcut olmadığına karar vermişlerdir. Bu müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunu tespit eden Strazburg Mahkemesi, yerel makamların mantıklı bir planlamada başvurucunun dinini ifade etme özgürlüğünü kamu yararı bağlamında tartarken, uygulamış oldukları ölçütün keyfi olarak kabul edilemeyeceğini kabul etmiştir. Kasaba ve ülke planlaması meselelerinde bir devletin takdir marjını dikkate alarak ve komşu kasabada söz konusu dini cemaatin bölgedeki ihtiyaçlarına cevap veren bir dua evinin mevcut olduğu düşünüldüğünde, dini cemaatin tek üyesinin ibadet ihtiyacına kamu yararına nazaran öncelik verilmemelidir. [196]

Devletin Yansız Kalma Yükümlülüğü: Bir Dini Cemaatin Mensupları Arasındaki Çekişmelere Müdahale Edilmesi

Dini bir topluluğun/cemaatin üyeleri arasındaki çekişmelere devlet makamlarının müdahalesini konu alan davalar din ve örgütlenme özgürlüğü arasındaki etkileşimi ortaya koymaktadır. 9. Madde, 11.madde ışığında yorumlandığında;

> "böyle bir topluluğun/cemaatin barışçıl bir şekilde keyfi devlet müdahalesi olmaksızın faaliyet göstermesine müsaade edileceği beklentisini ihtiva etmektedir ve dolayısıyla bölünmüş bir toplulukta belirli bir lider veya gruba

195 *Manoussakis ve Diğerleri / Yunanistan*, para.44-53, 48. Bkz ayrıca *Khristiansko Sdruzhenie "Svideteli na Iehova" (Christian Association Jehovah's Witnesses) / Bulgaristan* (özel ve kamusal alanlardaki toplantıların dağıtılmasından sonraki gözaltılar ve el koymalar sonrasında derneğin tescilinin askıya alınması 6, 9-11 ve 14.maddeler bağlamında kabuledilebilir olarak ilan edilmiştir), (9 Mart 1998) (en nihayetinde dostane çözüme varılmıştır); *Institute of French Priests ve Diğerleri / Türkiye* (dostane çözüm) (Türk mahkemelerinin Enstitü'ye ait olan bir araziyi söz konusu kurumun mülkünün bir kısmını spor faaliyetlerine tahsis etmesi dolayısıyla artık dini bir kurum olarak muamele edilemeyeceği gerekçesiyle devlet adına tescil etmesi: Kurumu temsil eden rahipler yararına ömür boyu kiracılığın tesis edilmesi sonrasında dostane çözüme varılmıştır).

196 *Vergos / Yunanistan*, para.36-43.

> avantaj sağlanması veya topluluğun tamamı veya bir kısmının onların rızası hilafına tek bir lider altında birleşmeye zorlanması din özgürlüğünü ihlal edecektir." [197]

Her halükarda, belirli bir derece gerginlik kaçınılmazdır.[198] Devlet müdahalesinin sonucundan memnun olmayan cemaat üyelerinin haklarına bir müdahale olup olmadığının tespitinde, yeni bir dini organizasyon kurmakta özgür olmaları hususunun her hangi bir önemi bulunmamaktadır.[199] Cemaat içindeki gruplar arasındaki çekişmelere müdahale etmenin, diğerlerinin haklarını koruma veya düzensizliği önleme meşru amaçlarını hedefleyen müdahale olarak algılanması kuvvetle muhtemeldir. Dahası bireylerin menfaatlerini ve inançlarını korumak üzere bazı düzenlemeler gerekli olabilir. Buna karşın dini cemaatlerin / toplulukların özerkliğinin çok sayıda dini veya aynı dinin çeşitli mezheplerinin bir arada var olduğu çoğulcu demokrasinin temel unsurlarından biri olması nedeniyle devlet makamları, nötr ve tarafsız kalma yükümlülüğü altındadır ve görevlerini icra ederken özel bir ihtimam göstermek zorundadırlar.[200]

Supreme Holy Council of the Muslim Community / Bulgaristan davasında Strazburg Mahkemesi'ne Müslüman toplumu içinde uzun süredir devam etmekte olan çatışmalara yönelik devlet makamlarının girişimleri kaynaklı müdahalenin "demokratik bir toplumda" gerekli olup olmadığını tespit etme çağrısı yapılmıştır. Mahkeme müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunun ortaya konulmadığına karar vermiştir:

> Mahkeme, dini cemaatlerin / toplulukların özerk varlığının çoğulcu bir demokratik toplum için kaçınılmaz olduğunu tekrarlamaktadır. Demokratik bir toplumda bir arada bulunan çeşitli dinler ve dini cemaatlerin menfaatlerini uzlaştırabilmek için harekete geçmesi gerekli olabilirse de, devlet düzenleyici görevinin icrası sırasında çeşitli din, mezhep ve inançlarla ilişkilerinde nötr ve tarafsız kalmak yükümlülüğüne sahiptir. Burada önem arz eden mesele, çoğulculuğun ve demokrasinin gerektiği şekilde işlemesinin korunmasıdır. Çoğulculuğun temel özelliklerinden birisi de ülkenin problemlerinin, sıkıntı verdiği zamanlarda bile, diyalog yoluyla çözümlenmesine imkan vermesidir.
>
> İş bu davada konuyla ilgili hukuk, uygulama ve resmi makamların işlemleri iki rakip liderlikten birinin arzusu hilafına bölünmüş cemaati tek bir liderliğe sahip olmaya zorlama etkisi yaratmıştır. Sonuç olarak gruplardan birisinin lideri tercih edilmiş diğeri dışarıda bırakılmıştır. Neticede bu durum dışarıda bırakılan grubu, onu destekleyen cemaatin işlerini ve değerlerini özerk bir şekilde idare etmekten mahrum bırakmıştır. … Hükümet iş bu davada, bölünmüş cemaati tek bir liderlik altında toplan-

197 *Supreme Holy Council of the Muslim Community / Bulgaristan* para.73.
198 *Agga / Yunanistan (no. 2),* para.56-61.
199 *Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) ve Diğerleri / Bulgaristan*, para.122-160.
200 *Miroïubovs ve Diğerleri / Letonya,* para.82-96.

> maya zorlamadan, hukukiliğin yeniden tesisi ve adaletsizliğin giderilmesi amaçlarının diğer yöntemlerle neden sağlanamadığını açıklamamıştır.

Dolayısıyla bu tedbirlerin gerekli olduğu hususu ispatlanmamıştır. İş bu davada, cemaat / topluluk içindeki çatışmaların devam etmiş olması nedeniyle söz konusu tedbirlerin her halükarda başarılı olmaması önem arz etmektedir. Her ne kadar resmi makamlar böylesi şartlar içersinde hangi tedbirin alınacağına karar verirken belirli bir "takdir marjına" sahip olsalar da, iş bu davada bahsedilen marjı aşmışlardır. [201]

Dini toplulukların birleşik bir liderlik altında toplanmalarının veya kalmalarının sağlanması için devlet makamlarının almış olduğu tedbirlerin, itiraz durumunda, haklı olduğunun ifade edilmesi güç olacaktır. Resmi makamların çoğulculuğu ve hoşgörüyü geliştirme sorumluluğu, etkili ruhani liderliğin sağlanmasının önemi veya iyi yönetilmesine dayanan her türlü argümana açıkça baskın gelecektir. *Şerif / Yunanistan* davasında başvurucu Müslüman dini lider (müftü) olarak seçilmiş ve makamının görevlerini icra etmeye başlamıştır. Buna karşın başvurucu görevlerini icra edebilmek için gerekli devlet onayını almamıştır. Neticede gerekli resmi tanımayı temin etmiş olan bir diğer müftünün yetkisini korumak amacıyla, başvurucu hakkında "bilinen bir din" görevlisinin (müftüsünün) yetkilerini gasp ettiği gerekçesiyle ceza davası açılmıştır. Strazburg Mahkemesi neticede verilen mahkumiyet kararının kamu düzenini koruma meşru amacı taşıdığına hükmetmiştir. Buna karşın Mahkeme, bu mahkumiyete dair zorunlu bir toplumsal ihtiyacın olduğu hususunda ikna edilememiştir. Hiçbir yerel huzursuzluk vakası meydana gelmemiştir. Davalı devletin söz konusu çekişmenin devletlerarası diplomatik bir sıkıntıya neden olabileceği iddiası ise uzak bir olasılıktan öteye gitmemiştir. Her şeye rağmen böylesi koşullarda davalı devletin faaliyeti, çoğulculuğu ortadan kaldırmaktansa onu geliştirmek olmalıydı:

> Her ne kadar dini veya diğer nitelikteki bir toplumun bölünmüş olması, gerginliğin ortaya çıkmasına meydan verebilirse de, Mahkeme böyle bir durumu çoğulculuğun kaçınılmaz sonuçlarından birisi olarak görmektedir. Bu tür durumlarda resmi makamların sorumluluğu, çoğulculuğu elimine ederek gerginlik sebebini ortadan kaldırmak değil, yarışan grupların birbirlerine hoşgörü gösterebilmelerini sağlamaktır.[202]

Agga / Yunanistan (no. 2) davasında benzer bir durum ortaya çıkmıştır. İş bu davada başvurucu, cami cemaati tarafından müftülük görevine seçilmiştir. Bu sonuç, devlet görevlileri tarafından iptal edilmiş ve başvurucu yerine başka bir müftü atanmıştır. Başvurucu, görevi bırakmayı reddetmiş ve sonuç olarak aynı *Şerif* davasında olduğu gibi, "bilinen bir din" görevlisinin yetkilerini gasp etme suçundan mahkum

201 *Supreme Holy Council of the Muslim Community / Bulgaristan*, para.93-99, para.93-95.

202 *Serif /Yunanistan*, para.49-54.

edilmiştir. Bir kez daha kabul edilmiştir ki müdahale, kamu düzeninin korunması olarak ifade edebileceğimiz yasayla emredilmiş bir yarara dayandırılmıştır. Cezai yaptırımlar uygulanması, ayrıca öngörülebilirdir. Buna karşın Strazburg Mahkemesi bir kez daha müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğu hususunda tatmin olmamıştır. Müdahale için herhangi bir zorunlu toplumsal ihtiyaç da mevcut değildir. Mahkeme'nin kanaatine göre "bir kişinin kendisini, özgür iradeleriyle onu takip edecek bir grubun dini lideri olarak gösterdiği gerekçesiyle cezalandırılması, demokratik bir toplumdaki dini çoğulculuğun gerekleriyle bağdaşır olarak değerlendirilemez". Her ne kadar ulusal yasa tarafından dini liderlerin bazı yargısal ve idari nitelikteki devlet sorumluluklarını yerine getirme hakkı olduğu kabul edilse de (ve dolayısıyla da hukuki ilişkiler dini görevlilerin eylemlerinden etkilenebilir ve kamu yararı, bireylerin sapmaya karşı korunması tedbirlerini haklılaştırabilir), görülmekte olan bu davada başvurucunun herhangi bir zaman zarfında söz konusu görevleri yerine getirmeye teşebbüs ettiğine dair hiç bir emare yoktur. Ayrıca gerginliğin, çoğulculuğun kaçınılmaz bir sonucu olması nedeniyle, bir demokraside, dini bir topluluğun/cemaatin belirli bir lidere diğerine nazaran avantaj sağlanarak birleşik bir liderlik altında toplanmasının amaçlanması devlet tarafından asla bir zaruret olarak telakki edilmemelidir.[203]

203 Agga / Yunanistan (no. 2), para.56-61.

Vicdan veya İnancın Özgürce İfade Edilmesine Etkileri Olan İlgili Diğer Sözleşme Garantileri

Kısacada olsa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin diğer hükümleri kapsamında ortaya çıkan din ve inançla ilgili mülahazaların ele alınması ayrıca uygun olacaktır. 6 ve 11.maddeler gibi hükümlerin önemi, din özgürlüğünü, kolektif yönü açısından da vurgulamış olmalarıdır. Diğer garantiler düşünce, vicdan ve din özgürlüğünden yararlanılması hususunda bazı etkilere sahiptir. Özellikle 1 nolu Protokol çerçevesinde kamusal eğitimin sağlanması sırasında ebeveyn hakları bağlamında bazı meseleler ortaya çıkabilir. Keza dini topluluklara ilişkin ifade özgürlüğü sınırlamaları 10.madde kapsamında zaman zaman ortaya çıkabilir. Ayrıca Sözleşme haklarından yararlanmada, 14.maddenin düzenlediği ayrımcılık yasağının öneminin vurgulanması da gereklidir. Bu meseleleri izleyecek tartışma, söz konusu bu ilave meselelere yönelik sadece temel bir giriş bilgisi sağlayabilir.

Dini İnançlar ve Eğitim: 1 nolu Protokol'ün 2. Maddesi

Ebeveynlerin dini inançlarına, çocuklarına sağlanan eğitim sırasında saygı gösterilmesine dair meseleler, Sözleşme'nin 1 nolu Protokolü'nün 2.maddesi kapsamında ortaya çıkabilir. Bunlar ilk olarak "hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz" ve sonrasında da "eğitim ve öğretimle ilişkili olarak üstlenmiş olduğu her türlü faaliyetin icrasında devlet, bu tür eğitim ve öğretimin ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatleri ile uygunluk içerisinde olmasını temin edecek, ebeveyn hakkına saygı gösterecektir" hükümleridir. Dini ve felsefi kanaatlere saygı hakkı, çocuğun bizzat kendisine[204] veya herhangi bir okula veya dini derneğe[205] değil de çocuğun ebeveynlerine ait olan dini ve felsefi inançlardır. Buna karşın ebeveynlerin "kanaatine" saygı duyma yükümlülüğü, çocuğun eğitim alma hakkına arızi mahiyettedir. Dolayısıyla madde hükmü bir çocuğun okuldan ziyade evde eğitilmesine izin verilmesi bir yana[206], çocuğun cumartesi günleri dini gerekçelerle okula gelmekten genel olarak bağışık tutulma imkanı verilmesi

204 Eriksson / İsveç, para.93.

205 Ingrid Jordebo Foundation of Christian Schools ve Ingrid Jordebo / İsveç (kabuledilebilirlik hakkında karar).

206 Konrad ve Diğerleri / Almanya (kabuledilebilirlik hakkında karar) (cinsel eğitim nedeniyle özel veya devlet okulu eğitimine karşı çıkan Hıristiyan ebeveynlerin çocuklarına evlerinde eğitim verme hakkı tanınmaması, uydurma hikayelere dair ders çalışmaları, öğrenciler arasındaki şiddet: kabuledilemez.

yönlü bir ebeveyn arzusunun tanınmasını zorunlu kılacak şekilde okunamaz. [207]

Bu hüküm bağlamında "öğretim veya eğitim özellikle bilgi aktarımına ve entelektüel gelişmeye" göndermede bulunurken, "eğitim" "her hangi bir toplumda yetişkinlerin kendi inanç, kültür ve diğer değerlerini gençlere aktarma çabasına ilişkin tüm sürece" göndermede bulunmaktadır. "Saygı", basit bir kabulden hatta bir ebeveynin görüşlerinin dikkate alınmasından daha fazla bir anlam taşımakta, devlet açısından bazı pozitif yükümlülükler ihtiva etmektedir. [208] "Dini ve felsefi kanaatler inançtan daha geniştir. Dolayısıyla disiplin yaptırımları sadece içsel bir mesele olduğu gerekçesiyle reddedilemez. *Campbell ve Cosans / Birleşik Krallık* davasında veliler, fiziksel ceza uygulamasına karşı çıkmışlardır. Strazburg Mahkemesi, başvuruculaların görüşlerinin "insan yaşamı ve davranışlarının ağırlıklı ve temel yönüyle, yani insanın bütünlüğüyle ilişkili olan felsefi kanaat testinin gereğini yerine getirdiğini" ve dolayısıyla da devletin bu kanaatlere saygı duymamasının "disiplin cezası verilmesinin, okulun öğrencilerinin zihinsel kapasite ve karakterlerinin gelişimi ve güçlendirilmesini de içine alan kuruluş amacını gerçekleştirmek amacıyla uygulanan sürecin iç parçası olması nedeniyle" garantiyi ihlal ettiğini kabul etmiştir. [209]

Müfredat oluşturma ve aktarmada bu tür "felsefi kanaatler" mevzuatın içeriğine karar verilmesi ve aktarılması bağlamında pekala gündeme gelebilir. Buna karşın dini veya felsefi nitelikteki bilgilerde dahil olmak üzere bazı gerçek bilginin sağlanmasındaki devlet menfaatleri bu alandaki ebeveyn mülahazalarına baskın gelebilecek okul müfredatının bir kısmını oluşturmaktadır.[210] Ayrıca Büyük Daire'nin *Lautsi ve Diğerleri / İtalya* kararında vurgulamış olduğu üzere eğitim ve öğretim düzenlemeleri gerçekten de tarihsel geleneği ve baskın dini inancı yansıtabilir. Her ne kadar İtalya'daki çoğunluk dinine "hakim bir görünürlük" verse de sınıflarda Haç'ın bulunması zorunluluğu, Haç'ın temel olarak pasif bir sembol olması, etkisinin öğretici bir konuşma veya dini bir faaliyete katılmayla karşılaştırılamayacak olması nedeniyle kendi içinde bir indoktrinasyon olarak ifade edilemez. Bu sonuç müfredatın Hıristiyanlık hakkında her hangi bir zorunlu eğitim içermemesi ve diğer inançların anlaşılmasının sağlanması ve diğer inançlara hoşgörünün geliştirilmesine yönelik açık bir takım gayretlerin mevcudiyeti ile de desteklenmiştir. [211]

Garantinin özü "kamusal eğitimde çoğulculuğun ve hoşgörünün korunması ve ulusal makamlar açısından indoktrinasyonun yasaklanmasıdır. *Kjeldsen, Busk, Madsen ve Pedersen / Danimarka* davasında ebeveynler çocuklarına cinsel eğitim

207 Martins Casimiro ve Cerveira Ferreira / Luksembourg (kabuledilebirlik hakkında karar).
208 Campbell ve Cosans / Birleşik Krallık, para.33 ve 37; *Valsamis / Yunanistan*, para.27.
209 Campbell ve Cosans / Birleşik Krallık, para.33 ve 37 ve 36.
210 Sluijs / Bekçika.
211 Lautsi ve Diğerleri / İtalya [BD], para.62-77 ve 71 (1 nolu Protokol'ün 2.maddesi ihlali mevcut değildir ve 9. Madde altında farklı bir mesele ayrıca ortaya çıkmamıştır).

verilmesine karşı çıkmışlardır.[212] Devletin öğrencilerin ve ebeveynlerinin çatışma içersinde olan menfaatlerine dair çözüm yöntemini de içeren kararın (judgment) ilgili kısmında, Strazburg Mahkemesi doğrudan veya dolaylı dini veya felsefi nitelikteki bilginin verilmesi ile bir ebeveynin görüşlerine saygı duymayan belirli bir değer veya felsefeyi yüceltmeyi amaçlayan öğretim arasında bir ayrım yapmıştır. Söz konusu bu hüküm ebeveynlere böylesi bir eğitim veya öğretimin okul müfredatına dahil edilmesine imkan vermemelidir. Aksi takdirde her türlü kurumsal öğretim, pek çok okul konusunun "bazı felsefi karmaşıklık veya bunların yansımalarını" içermesi nedeniyle uygulanamama riskiyle karşı karşıya kalacaktır. Buna karşın bir okul, öğretim veya talimat yöntemleriyle sağlanan eğitimin "nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir biçimde" bilgi ve malumatın verilmesini temin etmek zorundadır. Buradaki anahtar garanti, ebeveynlerin dini veya felsefi kanaatlerine saygı göstermediği şeklinde algılanabilecek aşılama gayesine sahip devlete karşı olmaktır. Bu kabul ışığında "bahsedilen bu sınırın aşılmaması bir zorunluluktur". [213]

Böyle bir durumun ortaya çıkıp çıkmadığı dikkatli bir değerlendirmeyi gerektirebilir. *Folgerø ve Diğerleri / Norveç* davasında Büyük Daire (çok az bir çoğunlukla da olsa) ilk okullarda din ve felsefe öğretimi için yeni düzenleme ihdasının ebeveynlerin haklarına saygı göstermediğine hükmetmiştir. Yeni müfredat, her ne kadar derslerde diğer inançların da işlenmesini kapsasa da, Hıristiyan dinine dair bilgiye daha fazla vurgu yapılmasını gerektirmiştir. Ebeveynlerin bu derslerden çocuklarını alma hakkı sınırlandırılmıştır: geçmişte bir ebeveyn, çocuğunu Hıristiyanlık hakkındaki derslerden alabilmekteydi. Mahkemenin çoğunluğu açısından Hıristiyanlık hakkındaki bilgiye yapılan vurgu, Hıristiyanlığın ülkenin tarihi ve geleneğinde oynadığı rolün önemi ışığında itiraz edilebilir değildir. Buna karşın müfredatın bir Hıristiyan ve ahlaklı çocuk yetiştirmeye yardımcı olmayı amaçlaması, her ne kadar çocuğun ailesiyle iş birliği içersinde olunsa da Hıristiyanlık ile diğer inanç ve dinler arasındaki ayrımın sadece niceliksel değil ayrıca niteliksel olduğunu da göstermektedir. Bu durum müfredatın ifade edilen parçalanmaya yanıt verecek, çoğulculuk ve anlayışı geliştirme amaçlarının sorgulanmasına neden olmuştur. Bu koşullar altında devlet ebeveynlerin kanaatlerinin yeterince korunmasını sağlamak zorundadır. Mahkeme'nin çoğunluğu, bu düzenlemelerin 1 nolu Protokol'ün 2.maddesinin gereklerini yerine getirdiği hususunda tatmin edilememiştir. Ebeveynlerin öğretimin hangi yönlerinin kendi inançlarıyla bağdaşmaz olduğunu belirleme ve bunları bildirebilmeleri için ders planları hakkında önceden bilgilendirilme ihtiyacı içinde olmaları ve öğretimden çekilmeye ilişkin her türlü talebin makul gerekçelerle desteklenmesi şartı, ebeveynlerin kabul edilemez bir ölçüde kendi dini veya felsefi kanaatlerini ifşa etmeye zorlanmaları

212 *W. ve D.M., M. ve H.I./ Birleşik Krallık*. Bkz. ayrıca *C.J., J.J ve E.J. / Polonya* ve *Bernard ve Diğerleri / Lüksemburg*.

213 *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen / Danimarka*, para.53.

riskini de taşıyacaktır. Tüm bunlar konuyla ilgili düzenlemelerin oldukça karmaşık ve ebeveynleri bağışık tutabilecek nitelikte olduğu sonucunu desteklemektedir. [214]

Eğitim meseleleri 9. Madde çerçevesinde ortaya çıkabilir. Buna karşın 1 nolu Protokol'ün 2.maddesi altındaki içtihatların başvuruların değerlendirilmesindeki etkisi açıktır. Her hangi bir indoktrinasyon itirazı olmaksızın ahlak ve sosyal eğitime katılma şartı 9. Madde haklarına bir müdahale teşkil etmez.[215] Dahası, başvurucuların oğullarının dini gerekçelerle Cumartesi günleri okula gitmekten bağışık tutulması talebinin reddi (Yedinci Gün Adventistleri), inancın ifade edilmesine/açığa vurulmasına bir müdahale olarak telakki edilebilirse de, ebeveynlerin dini kanaatlerinin dikkate alınması hakkına baskın gelen bir hak olan çocuğun eğitim hakkını olumsuz şekilde etkileyecek genel nitelikte bir muaf tutulma talebi kabul edilemez. [216]

Düşünce, Vicdan, İnanç ve İfade Özgürlüğü: Madde 10

Düşünce, vicdan ve dinin değişik yönlerini içeren ifade özgürlüğüne dair hangi sınırlamaların ve bunların kapsamlarının 10.maddenin ifade özgürlüğü garantisiyle bağdaşır olup olmadığı bazı davalarda ele alınmıştır. Açık bir inanç "ifadesini" içermedikçe bu hakkın diğerlerini ikna etmeye çalışan grup veya bireylerce kullanılması hususu, sıklıkla 10.madde garantileri altında daha kolay değerlendirilebilir.[217] Örneğin, seçim zamanında harcanabilecek para miktarına ilişkin kısıtlama, ifade özgürlüğünün orantısız sınırlandırılması mahiyetinde olduğu gerekçesiyle bir kürtaj karşıtı tarafından itiraza konu edilmiş ve itiraz reddedilmiştir.[218] Ayrıca temel olarak ticari nitelikte olan ifade, halkın yanlış yönlendirici iddialardan korunması için gerekli olduğu gerekçesiyle sınırlandırılabilir. [219]

Dini reklamı içeren daha karmaşık bir dava ise *Murphy / İrlanda* davasıdır. Bu davada başvurucu dini bir reklamın televizyonda gösterilmesine izin verilmesi talebinin reddine, Sözleşme'nin 9 ve 10.maddeleri altında itiraz etmiştir. Her ne kadar başvurucu diğerlerinin dini hassasiyetlerini gücendirecek dini ifadelerin kısıtlanmasına, 10.maddenin müsaade ettiğini kabul etse de, bir bireyin dini inancıyla bağdaşmayan dini bir görüşe maruz bırakılmaktan korunmamış olduğunu iddia etmiştir. Strazburg Mahkemesi reddin temel olarak başvurucunun ifade biçimlerinin düzenlenmesiyle ilişkili olduğunu, dini inancının açığa vurulmasıyla ilgili olmadığını belirterek davayı 10.madde kavramları ışığında ele almıştır. Devlet makamları özel, kişisel kanaatleri gücendirebilme et-

214 *Folgerø ve Diğerleri / Norveç* [BD], para.85-102. Bkz. ayrıca *Hasan ve Eylem Zengin / Türkiye,* para.58-77 (din kültürü ve ahlak derslerinin nesnellik ve çoğulculuk ölçütlerini taşımaması ve dersten bağışık tutulma olanağını ihtiva etmemesi: ihlal).

215 *Bernard ve Diğerleri / Lüksemburg*.

216 *Martins Casimiro ve Cerveira Ferreira / Lüksemburg* (kabuledilebilirlik hakkında karar).

217 Bkz. *Arrowsmith / Birleşik Krallık* tartışması, yukarıda s. 22.

218 *Bowman / Birleşik Krallık,* para.35-47.

219 *X ve Church of Scientology / İsveç*.

kisine haiz meselelerle ilgili ne zaman düzenleme yapılma ihtiyacı olduğuna karar verme hususunda uluslararası bir mahkemeden daha iyi bir konumdadırlar. Bu "takdir marjı", dine dair özgür ifadenin sınırlandırılması açısından özellikle uygundur.

> Belirli bir dini inanıştan olan kişiler açısından neyin hatırı sayılır bir gücendirmeye neden olacağı, özellikle de inançlar ve mezheplerin her geçen gün çoğalmasıyla karakterize edilen bir çağda, zamana ve yere göre önemli şekilde değişecektir.

Sonuç olarak, Mahkeme her türlü dini reklamın İrlanda toplumundaki belirli dini hassasiyetler açısından gücendirici olarak değerlendirilebileceği şeklindeki davalı devlet gerekçelerinin haklı olduğunu kabul etmiştir. Ulusal mahkemeler, dinin toplum içinde bölücü bir mesele olduğunu, İrlanda toplumunda dini inanca sahip olmanın belirli bir kiliseye mensup olma şeklinde yaşandığını ve dolayısıyla da farklı bir kilisenin dini reklamlarının gücendirici ve proselitize faaliyete izin verme olarak telakki edilebileceğini ve devlet yetkililerinin, İrlanda vatandaşlarının bu meselelere dair reklamların evlerinde gösterilmesinden gücenecekleri görüşünü benimseme hakkı olduğunu vurgulamıştır. Strazburg Mahkemesi açısından da yasağın "daha çabuk, istilacı ve etkili" iletişim yollarından birisi olan görsel-işitsel medyayı ilgilendirmesi önem arz etmiştir. Başvurucu yerel ve ulusal gazeteler aracılığıyla reklam faaliyetine devam edebilir, herhangi bir vatandaş gibi dini meselelere ilişkin programlara, halk toplantılarına ve diğer etkinliklere de katılabilirdi. Bu nedenlerle 10.madde altında, dini reklamların televizyon yoluyla yayınlanmasına geniş kapsamlı yasak getirilmesi açısından "konuyla fazlasıyla ilgili gerekçeler mevcuttu". [220] Bu tür davalardan açıktır ki, ifadenin söylendiği bağlam özel bir ağırlığa sahiptir. İşbu davada iletişim kanalı televizyondur. Bu davayı "takdir marjının" özellikle geniş olduğu davalardan birisi olarak sınıflandırmak doğru olabilir. Uluslararası bir mahkeme özellikle hassas kararlara ilişkin ulusal değerlendirme sürecine müdahale etmekten kaçınmak için özel bir çaba içersinde olmalıdır. Diğer taraftan Mahkeme kararının, çoğulculuk değerlerini ve açık görüşlülüğü zoraki yücelttiği ileri sürülebilir.

Konuyla ilgili bir diğer mesele, devlet makamlarının dini inanç sahiplerini ibadet etme veya dinlerini yayma hususunda cesaretlerini kıracak, aşağılayıcı veya gücendirici materyallerin gösterilmesini engelleyerek veya cezalandırarak belirli bir dini inanç mensuplarının dini hassasiyetlerini korumak amacıyla ifade özgürlüğüne ilişkin alabilecekleri tedbirlerin kapsamıdır. Her şeyin ötesinde ifade özgürlüğüne dair 10.madde garantisinin kapsamı, "gücendirecek, şok edecek veya rahatsız edecek" [221] fikirleri içine almaktadır ve her halükarda çoğulcu toplumun devamı, bir inancın müritlerinin aynı zamanda inançlarının eleştirilebileceğini, inançlarına

220 Murphy / İrlanda, para.65-82 ve para. 67.
221 Handyside / Birleşik Krallık, para.49.

doğrudan meydan okuyacak fikirlerin yayılmasını kabul etmelerini de gerektirebilir. Toplum içindeki bir gruba karşı kötü bir niyetin oluşmasını amaçlayan ve ihtimal olarak böyle bir duruma sebep olacak ve "nefret söylemi" olarak bilinen saldırgan söylemlerin, hakların kötüye kullanılmasını özellikle yasaklayan Sözleşme'nin 17.maddesi ışığında, koruma kapsamında olabilmesi mümkün değildir. Hal böyle olmakla birlikte saldırgan söylem ile sadece popüler olmayan söylem arasında ayrım yapmak mümkün olmayabilir. Bireyler veya organizasyonlar tarafından yürütülen taciz kampanyaları, devlet sorumluluğunun ortaya çıkmasına neden olabilir. [222] Buna karşın bireyler, kamu yararını ilgilendiren meselelerin açıkça tartışılmasının beklendiği siyasal tartışma düzleminde, faaliyetlerinin olası zararlı niteliğine dair dini grupları eleştirmekte serbesttir. [223] Strazburg Mahkemesi, dini inanç müritlerinin 9. Madde tarafından garanti altına alınan haklarının barışçıl kullanılmasının, saygı gösterilmesi gereken nesneler/objeler bağlamında, diğerleri açısından gereksiz şekilde suçlayıcı veya bayağı gelebilecek ifadenin yayılmasına karşı, devletin harekete geçmesinin gerekçesi olabileceğini kabul etmiştir. Çoğulculuk amacının, benimsenen yöntemlere kurban gitmemesinin sınırının dikkatli bir şekilde çizimine ihtiyaç duyulacaktır. Örneğin *Otto-Preminger-Institut / Avusturya* davasında resmi makamlar Roman Katoliklerin inançlarıyla alay eden bir filme el koymuşlar, sonrasında müsaderesine karar vermişlerdir. Mahkeme, 10.maddenin ifade özgürlüğü garantisini yorumlarken, resmi makamların dini inanç mensuplarının, "dinen saygı gösterilmesi gereken nesnelerin kışkırtıcı bir şekilde resmedilmesine" karşı, "özellikle de bunun demokratik bir toplumun özelliklerinden birisi olması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetli ihlalini oluşturduğunda" ulusal makamların harekete geçmeyi, gerekli görebileceğini teyid etmiştir. 9 ve 10.maddeler arasındaki ilişki, meselenin özünü teşkil etmektedir:

> Dini bir çoğunluğa veya azınlığa mensup olup olmamadan bağışık olarak, dinini ifade etme özgürlüğünden yararlanmak isteyen kişilerin her türlü eleştiriden muaf olmaları beklenemez. Bu kişiler dini inançlarının diğerleri tarafından reddedilmesine, hatta diğerleri tarafından, inançlarına düşman doktrinlerin propagandasının yapılmasına hoşgörü göstermek hatta bu durumu kabullenmek zorundadırlar. Buna karşın dini inanç veya doktrinlere muhalefet edilmesi veya bunların reddedilmesi usulü, devletin 9. Madde altında korunan haklarından barışçıl yararlanma hakkının sağlanması olarak ifade edebileceğimiz sorumluluğu da içine alan bir meseledir. Gerçekten de uç davalarda dini inançlara karşı çıkma veya reddetmeye dair bir takım yöntemlerin etkisi, bu inanç sahiplerinin inanma ve ibadet etme özgürlüğünden yararlanmalarının engellenmesine neden olabilir. [224]

222 *Church of Scientology / İsveç* (kabuledilebirlik hakkında karar).
223 *Jerusalem / Avusturya,* para.38-47.
224 *Otto-Preminger-Institut / Avusturya*, para.56 ve 57.

Benzer şekilde *Wingrove / Birleşik Krallık* davasında Strazburg Mahkemesi ulusal makamlarca dine küfür mahiyetinde telakki edilen bir video yayınına ruhsat verilmemesi yakınmasını, söz konusu ifade özgürlüğü müdahalesinin Hıristiyan haklarının korunması açısından makul olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.[225] Bu husus, orantısızca saldırgan olan ifadeye karşı devletin harekete geçebileceği önermesini desteklemektedir. Her iki davada da önemli olan, kanaatlerin mahiyetinden ziyade onların ifade edilme biçimidir. Sosyal açıklamalar[226] ve dini liderlerin oynadığı role dair tarihsel hadiselerin tartışılmasını[227] içeren diğer davalar ifadeye tanınan daha geniş bir koruma ile sonuçlanmıştır. Buna karşın yukarıda ele alınmış olan ve başka bir dinin veya dini inanç yorumunun var olduğunun, bir onaylamadan ziyade hakaret olabileceğinin kabul edilmesinin güç olduğu tartışmasını ihtiva eden *Murphy / İrlanda* davası, ifade özgürlüğüne müdahaleyi destekler gözükmektedir.[228] Dini bir topluluğun hassasiyetleri açısından rahatsız edici, şok edici, gücendirici olarak telakki edilen her türlü ifadenin, 10.madde tarafından sağlanan korumanın kapsamı dışında tutulmasına gerek yoktur. [229] Prensip olarak 9. Madde tarafından sağlanan her türlü korumanın, "hoşgörü ruhunun kötü niyetli olarak ihlal ediği vakalarda" sınırlandırılması uygun gözükmektedir. Örneğin *Klein / Slovakya* davasında, Slovakya Roman Katolik Kilisesi'nin en yüksek temsilcisine hakaret ettiği ve bu hakaretle de yurttaşların Katolik inançlarını rencide ettiği gerekçesiyle bir gazetecinin mahkum edilmesinin 10.madde bağlamında ihlal teşkil ettiğine karar verilmiştir. Gazeteci, dine sövgü ve cinsel çağrışımlar içerdiği gerekçesiyle, Kardinalin filmin dağıtıma sokulmasını engelleme çabalarını eleştiren bir makale yazmıştır. Makale ayrıca, Kardinalin eski komünist rejimle işbirliği yaptığı iddialarını da zımnen içermektedir. Buna karşın, her ne kadar söz konusu kanaat sert bir şekilde kaleme alınmış ise de, makale sınırlı bir dağıtımı olan haftalık bir dergide yayınlanmış ve ağırlıklı olarak Kardinale ilişkin olup,

225 *Wingrove / Birleşik Krallık*, para.60. Bkz. ayrıca *I.A. / Türkiye*, para.21-32 (Muhammed Peygambere hakaret ihtiva eden bir saldırıyı da içeren felsefi ve ilahiyat meselelerini inceleyen eserin yayınlanması dolayısıyla dine küfür nedeniyle sert olmayan bir cezaya mahkum edilme: 10.madde ihlali yoktur, her ne kadar Türkiye'de laikliğe çok sıkı bir bağlılık var ise de söz konusu çalışma, ibadet eden Müslümanlar açısından haksız ve taciz edici bir saldırı mahiyetindedir).

226 Bkz. *Vereinigung Bildender Künstler / Avusturya*, para.26-39 (ve para.8: mesele konusu tablo bir kolaj olup "Rahibe Terasa, bir Avusturya Kardinali…ve Avusturya Özgürlük Partisinin önceki Başkanı gibi kamusal şahsiyetleri cinsel pozisyonlar da göstermektedir" ve para.33'de: "hiciv artistik bir ifade ve sosyal yorum biçimidir ve doğasında olan abartma, gerçeğin saptırılması doğal olarak tahrik ve ajite etmeyi amaçlar").

227 *Giniewski / Fransa*, para.43-56 (Katolik öğretisini ele alan bir mektubu ve Roman Katolik Kilisesi'nin Yahudi soykırımındaki rolünü eleştirme amacıyla yayınlanan bir makale de Hıristiyanlara hakaret edildiği gerekçesiyle mahkumiyet: makalenin su götürmez bir meseleye dair bir gazeteci ve bir tarihçi tarafından yazılmış olması ve dini inanca saldırmayı amaçlamaması ve fakat Papa'nın konumuna münhasıran yazılmış olması nedeniyle: ihlal).

228 Bkz. yukarıda s.71.

229 Bkz. *Church of Scientology ve 128 üyesi / İsveç* (kabuledilebilirlik hakkında karar); *Paturel / Fransa*, para.31-51 (mezhepsel niteliği olmayan bir derneğe de üye olan Yehova Şahitleri üyesinin hakaret nedeniyle mahkumiyeti: suçlayıcı nitelikte olan paragrafların sadece olaylara dayalı tahminden ziyade gerçek temellere dayanan kanaat içermesi nedeniyle 10.madde ihlali); ve *Aydın Tatlav / Türkiye*, para. 21-31 (İslam inancına saldırgan bir hakaret oluşturmasa da dinin aşırı eleştirilmesi; müeyyideler 10.madde ihlali oluşturmaktadır.).

inananların dinlerini ifade etme veya ibadet etme haklarına uygunsuz bir şekilde müdahale etmemiş, onların dini inançlarının mahiyetlerini yermemiştir. [230]

Tıbbi Tedavi Meseleleri: Madde 8

Ulusal mahkemeler zaman zaman kanaat veya inanç gerekçesiyle tıbbi tedaviye ilişkin itirazların zorunlu olarak dikkate alındığı davalarla karşılaşmaktadır (örneğin kan naklini gerektiren usullere karşı). Pek çok hukuk sistemi, karar verme açısından yeterli düzeyde akıl sağlığı olmayan yetişkinlerin, yaşam riskinin söz konusu olabileceği durumlarda tedavi almamayı seçme hakkını da ihtiva eden, tıbbi tedaviye ilişkin mutlak hakkı tanımakta ve bu hakka saygı göstermektedir. Benzer şekilde özerklik veya kendi kaderini tayin etme prensibi, 8.madde tarafından tanınmaktadır. "Tıbbi tedavi alanında belirli bir tedavinin kabul edilmemesi kaçınılmaz olarak ölümcül bir sonuca meydan verebilir. Dahası zihinsel olarak ehil bir yetişkin hastanın onayı olmaksızın tıbbi tedavi uygulanması, Sözleşme'nin 8.maddesinin 1.paragrafı tarafından korunan hakları ilgilendirebilecek şekilde kişinin fiziksel bütünlüğüne müdahale teşkil edecektir."[231] Bu kapsamda, kişisel inanç veya vicdani kanaate dayanan bireyin karar verme hakkı ihlal edilmemiş gözükmektedir. 8.madde ayrıca çocukların yetiştirilmesi ve tıbbi tedavileri hususunda karar verme hakkı da dahil olmak üzere, ebeveyn sorumluluğunun icrasını da içine almaktadır. [232] İçtihatlarda bu meseleye dair çok az değerlendirme bulunsa da, ilke bu yetkinin çocukların refahı ve esenliğinin korunması açısından uygun sınırlamalara tabi tutulması gerektiğine işaret eder gözükmektedir. Özellikle yaşama yönelik bir tehdidin veya telafi eder nitelikte mülahazaların olması (özellikle yaşamı korumak isteyen devletin pozitif sorumluluğu) konuyla fazlasıyla ilgilidir. Sağlık durumları nedeniyle uygunsuz tazyike karşı zarar görebilir duruma gelen veya tedavilerine dair karar alabilecek tam fiil ehliyetine sahip olmadığı değerlendirmesi yapılabilecek yetişkinlere yönelik devlet müdahalesi bağlamında aynı durum söz konusu olabilir. [233]

Dini Yapıların Kararlarının Devlet Tarafından Tanınması: Madde 6

Zaman zaman Strazburg Mahkemesi, 6. maddenin adil yargılanma garantisi kapsamında dini kurumların kararlarının uygulanması konularını ihtiva eden meseleleri ele almaya davet edilebilir. Bu tür meseleleri çözümlerken Mahkeme genel yorum ilkelerini uygulayacaktır. *Pellegrini / İtalya* da-

230 *Klein / Slovakya*, para.45-55.

231 *Pretty / Birleşik Krallık,* para.83.

232 Bkz *Nielsen / Danimarka,* para.61: "bu anlamda aile yaşamı ve özellikle de ebeveynlerin çocukları üzerindeki velayet haklarını kullanırken, ebeveyn sorumluluklarına gereken dikkatin gösterilmesi Sözleşme ve özellikle de 8.madde tarafından kabul edilmektedir. Gerçekten de ebeveyn haklarının kullanımı aile yaşamının temel unsurlarından birisidir."

233 *Kokkinakis / Yunanistan,* yukarıda s.49'da ele alınmıştır ve *Keenan* / Birleşik Krallık, para.88-101. Fakat *Riera Blume ve Diğerleri / İspanya,* para.31-35, (bir 5. madde ihlalinin tespit edilmiş olması nedeniyle "tekrar programlama muamelesinin" 9. Madde ihlali içermesi).

vasında başvurucu, İtalyan mahkemeleri tarafından hukuki sonuç doğurduğu kabul edilen Vatikan Mahkemesi'nin vermiş olduğu evliliğin iptali kararına ilişkin yargılamaya itiraz etmiştir. Anahtar mesele, ilamın uygulanma yetkisinin tanınmasından önce, kilise yargılaması sırasında, 6.madde garantilerinin sağlanıp sağlanmadığının ulusal mahkemelerce gerektiği şekilde doğrulanmış olup olmadığıdır. Dini mahkeme kararının uygulanma yetkisinin verilmesi öncesinde, İtalyan Mahkemelerinin başvurucunun dini yargılamalar sırasında adil yargılanma hakkına sahip olmasını temin etmediklerinin Strazburg Mahkemesi tarafından tespit edilmiş olması nedeniyle, Sözleşme'yi uygulamamış olan bir ülkenin mahkemeleri tarafından verilmiş olan bir ilamın uygulanmasına dair yetkinin talep edildiği bir durumda bir inceleme yapılması zorunludur. Dolayısıyla 6.madde ihlali mevcuttur. [234]

Din veya İnanç Temelli Ayrımcılık

Düşünce, vicdan ve dini inanca dair koruma diğer iki hüküm tarafından desteklenmektedir. İlk olarak Sözleşme'nin 14.maddesi, ayrımcı muameleyi yasaklayan gerekçelerden birisine örnek olarak dini inanca açıkça atıfta bulunmaktadır:

> Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi bir başka duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeden sağlanmalıdır.

İkinci olarak 12 nolu Protokol "Hukuken sağlanmış olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler ulusal ve sosyal köken, ulusal azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiç bir ayrımcılık yapılmadan sağlanır" hükmüyle daha *genel* bir ayrımcılık yasağı tesis eder.

14.maddedeki ayrımcılık yasağı, sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından "tesis edilen haklar ve özgürlükler" açısından geçerli olması nedeniyle açıkça sınırlıdır. Dolayısıyla 12 nolu Protokol işbu düzenlemeyi onaylamış olan ülkelerdeki ayrımcı muameleye karşı ek bir koruma sağlamaktadır. Her iki düzenleme de (diğerlerinin yanı sıra), dini inanç gerekçesiyle bireysel haklardan etkin bir şekilde yararlanılmasının engellenmesi girişimlerini önlemeye çalışmaktadır. Bu hükümlerin önemi, bir uluslararası hukuki enstrüman da özel olarak kabul edilmiştir: "insanlar arasında din veya inanca dayalı ayrım, insan onuru açısından hakaret ve Birleşmiş Milletler Şartı'nın ilkeleri açısından ise reddiye anlamına gelir.[235] 14.madde ve 12 nolu Protokol'ün uygulanacağı bağlam, temel değerlere saygı duymayan ideolojileri yaymaya çalışanlar açısından bir takım hukuki sonuçlar doğurabilir. Dini köktenciliğin canlanması, çoğulculuk ve ulusal makam-

234 *Pellegrini / İtalya*, para.40-48.

235 Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Birleşmiş Milletler Şartı 1981, Madde. 3.

lara uygun karşılık verme çağrısı yapan toplum hoşgörüsüne bir tehdit oluşturabilir. Güvenlik ve İnsan Yönlerine Dair Kopenhag Konferansı (1990)", açık ve net bir şekilde totalitarizmi, ırk ve etnik köken kaynaklı nefreti, anti-semitizmi, yabancı düşmanlığını, dini veya ideolojik gerekçelerle kişilere yönelik ayrımcılık ve zulmü kınamaktadır."

Madde 14

Lafzından da açık olduğu üzere, 14. madde herhangi bir müstakil veya esasa dair hak tesis etmekten ziyade diğer hükümler tarafından tesis edilmiş olan esasa dair haklara uygulanacak olan bir prensibi ihtiva eder: Bunun anlamı işbu hükmün sadece, Sözleşme veya onun Protokolleri'nin içerdiği esasa dair garantilerle bağlantılı olarak kullanılabileceğidir. Buna karşın hak ihlali oluşturmadığı düşünülen bir müdahalenin, 14.madde ile birlikte ele alındığında, bir hak ihlali oluşturması söz konusu olabileceğinden 14.madde temel bir öneme haizdir. Bu noktada korumanın kapsamı ilk göründüğünden daha geniş olabilir. *Savez Crkava "Riječ Života" ve Diğerleri / Hırvatistan* davasında Reform Kiliseleri (ç.n. Kalvinist doktrin tarafından şekillenen bir grup Protestan mezhebidir) diğer dinlere karşıt olarak, medeni evlilikle eşdeğer olduğu kabul edilen kendi dini törenlerine uygun olarak dini nikah kıyamadıkları, kendilerine devlet okullarında dini eğitim verme imkanının tanınmadığı yakınmasında bulunmuşlardır. Davalı devlet, 9. Maddenin dini evliliklerin tanınması veya devlet okullarında dini eğitim verilmesine müsaade edilmesini gerektiren herhangi bir yükümlülüğün mevcut olmadığını iddia etmiştir. Her ne kadar Mahkeme, savunmaların bu kısmıyla mutabakat içersinde olsa da en nihayetinde farklı bir sonuca varmıştır:

> Mahkeme 9. Maddenin birinci paragrafı da dahil olmak üzere Sözleşme'nin devletler üzerinde dini evliliklerin medeni / resmi evliliklerle eşdeğer kabul edilmesi sonucunu doğuracak bir yükümlülük tesis edecek şekilde yorumlanamayacağını tekrarlamaktadır. Keza Sözleşme'nin 9. Maddesinin birinci paragrafı tarafından korunan, öğretimde dini ifade etme / açığa vurma hakkı, Mahkeme'nin kanaatine göre, devletlerin kamuya ait okullarda veya bakımevlerinde dini eğitime izin verme yükümlülüğünü gerektirebilir.
>
> Hal böyle olmakla birlikte Mahkeme, dini bir törenin gerçekleştirilmesi mahiyetinde olan dini evlilik kutlamasının ve dini öğretimin, Sözleşme'nin 9. Maddesinin 1.paragrafı çerçevesinde dinin açığa vurulması/ifade edilmesi olduğunu belirtir. Mahkeme ayrıca Hırvatistan'ın, bazı dini toplulukların devlet okullarında ve bakımevlerinde dini eğitim vermesine müsaade ettiğini ve bunların dini nikah kıymasını tanıdığına dikkat çeker. Mahkeme bununla bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14.maddesi tarafından garanti altına alınan ayrımcılık yasağının, devletin gönüllü olarak sağlamaya karar verdiği, Sözleşme'nin geniş

anlamda kapsamına giren, ek haklara da uygulanacağını tekrarlamaktadır. Sonuç olarak bu tür hakları tesis ederek Sözleşme'nin 9. Maddesi altındaki yükümlülüklerinin ötesine giden devlet, bu hakların uygulanması sırasında 14.maddenin anlamı çerçevesinde ayrımcılığı engelleyen birtakım tedbirlere başvurur. Mahkeme, her ne kadar Hırvatistan, Sözleşme'nin 9. Maddesi altında devlet okulları ve bakımevlerinde dini eğitime izin verme veya dini evlilikleri tanıma yükümlülüğü altında değilse de, işbu davanın olaylarının en nihayetinde bu maddenin geniş kapsamı içine girdiği düşüncesindedir. Sonuç olarak Sözleşme'nin 14.maddesi, 9. Maddeyle bağlantılı olarak okunduğunda, işbu davaya uygulanabilirdir.[236]

Bir başvurucu ilk olarak kendi durumuyla karşılaştırılabilir bir durumun mevcut olduğunu ispatlamak zorundadır: Bunun anlamı, bir başvurucuya konu ile ilgili emsaller ışığında farklı bir şekilde davranılmış olmasıdır. İnsani inançlar taşıyan, elde etmiş olduğu bilgiyi diğerlerinin hizmetinde kullanmayı arzulayan bir kişinin durumu, örneğin bir dini makam sahibinin durumuyla, benzer değildir.[237] Ayrımcılığa dair yasak gerekçeleri listesi "herhangi bir başka duruma dayalı" ifadesiyle nitelenmiş olup tahdidi değil sadece örnekleyicidir. Ayrımcı muamele, örneğin coğrafi yerden ziyade normal koşullarda kişisel özelliklere dayanmak zorundadır. "Statü" bir bireyin kimliği veya kişiliği ile bağlantılı olan veya bunların doğasında bulunan bir özelliğe bağlı olmak zorunda değildir (cinsiyet veya ırk gibi) [238].Buna karşın 14.maddenin lafzının özellikle "din, politik veya diğer kanaatlere" dayanan muamele farklılıklarına atıfta bulunması nedeniyle bu mesele 9. Madde kapsamına giren muamele farklılıkları ile bağlantılı olarak güçlük arz etmeyecektir. Her ne kadar uygulamada ayrımcılık vakasını, böyle bir ayrımcılık mevcut olsa bile, ilk bakışta ispat etmek güç olabilirse de (örneğin dolaylı ayrımcılık oluşturmak amacıyla ayrımcı olmayan bir kuralın ayrımcı bir biçimde uygulanması) Strazburg Mahkemesi geçenlerde D.H. ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti davasında konuyla ilgili kişilerin "haklarının etkin korunmasını" garanti altına almak üzere ayrımcılık alanında "daha gevşek ispat kurallarının" uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Bu dava, Roman okul çocuklarının ayrı sınıflara yerleştirilmesiyle ilgilidir. Buna karşın benzer kaygılar dini inanç temelli ayrımlar açısından da ortaya çıkabilecektir. Mahkeme

belirli bir sonuca ulaşmak için gerekli olan ikna seviyesinin ve bununla bağlantılı olarak, ispat yükünün yer değiştirmesinin özü itibariyle iddianın doğası, özel nitelikteki olaylarıyla ve risk altındaki Sözleşme hakkı ile bağlantılı olduğunu,

ve dolayısıyla

236 Savez Crkava "Riječ Života" ve Diğerleri / Hırvatistan, para.56-58.
237 Peters / Hollanda.
238 Clift / Birleşik Krallık, para.55-62.

> bir tedbirin veya uygulamanın bir grup veya kişi üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, kritik inceleme sırasında ortaya çıkan dayanılabilir ve önem arz eden istatistiklerin, başvurucunun sunması gereken *prima facie* delil oluşturma açısından yeterli olacağı kanaatindedir.

Bu noktada Roman çocukların %50 sinden fazlasının, Roman olmayan çocukların %2 sinden daha azıyla karşılaştırıldığında, daha az becerikli çocuklara yönelik okullara yerleştirildiğini ortaya koyan istatistikler, yerleştirmenin dayanağını oluşturan eğitim testlerinin Roman çocuklara karşı önyargılı olduğunu göstermektedir.[239]

Konuyla ilgili bir karşılaştırma ölçütü tespit edilecekse muameledeki farklılığın objektif olarak haklı olduğunun gösterilmesi zorunludur. Bunun ortaya konulması sorumluluğu devlete düşer. Dolayısıyla muameledeki bir farklılık 14.maddenin anlamı çerçevesinde otomatik olarak ayrımcı değildir. Buna karşın muamelenin meşru amaç gütmemesi veya kullanılan yöntemle gerçekleştirilmesi istenen amaç arasında makul bir oranlılık ilişkisi yok ise ayrımcı olduğu değerlendirilecektir. İçtihatlara ilişkin kısa bir inceleme, bu testin uygulanışını ortaya koymaktadır. *Alujer Fernández ve Caballero García / İspanya* davasında vergi mükellefleri kazançlarının bir kısmını, kendi dini topluluklarını desteklemek amacıyla tahsis edemediklerini, bunun ayrımcı bir muamele oluşturduğu yakınmasında bulunmuşlardır. Strazburg Mahkemesi

> Din özgürlüğü, kiliselere diğer vergi mükelleflerine nazaran farklı bir vergi statüsü verilmesini gerektirmez şeklinde karar vermiştir.

Buna karşın bu tür düzenleme veya antlaşmaların mevcut olduğu durumlarda bunlar

> Muamelede farklılığa dair nesnel ve makul bir gerekçenin ve benzer antlaşmaların istekli diğer kiliselerle yapılabilir olması şartıyla Sözleşme'nin 9 ve 14.maddelerinin gereklerini prensipte ihlal etmeyecektir.

Bu davada mesele konusu kiliselerin hiçbir zaman bu tür antlaşmalar yapmayı veya bu tür düzenlemeleri istememiş olmaları nedeniyle başvuru açıkça dayanaktan yoksun bulunarak reddedilmiştir.[240] Dini gruplar arasında, birtakım ayrıcalıkların verilmesi sonucuna neden olan, özel hukuki statünün resmi tanınması temelinde bir muamele farklılığı, hukuki statünün verilmesine ilişkin ölçütleri tesis eden çerçevenin uygulamada olması ve ayrıca bu çerçevenin her bir dini gruba bu statünün edinilmesi açısından adil başvuru fırsatı vermesi şartıyla kendi içinde Sözleşme ile bağdaşmaz değildir.[241] *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas ve Diğerleri / Avusturya* davasında bahsi geçen sonuncu şartın gereğinin

239 D.H. ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti, para.185-195.

240 Alujer Fernández ve Caballero García / İspanya, (kabuledilebilirlik hakkında karar).

241 Koppi / Avusturya, para.33.

yerine getirildiğine karar verilmiştir. Resmi makamlar Yehova Şahitlerine yaklaşık 20 yıldır tüzel kişilik statüsü vermeyi reddetmişlerdir. Mahkeme 14.maddenin 9. Maddeyle bağlantılı olarak ihlal edildiğine hükmetmiştir:

> Mahkeme 14.maddenin "gruplar arasındaki olaylara dayanan eşitsizlikleri" giderme amacıyla, bir üye devlete, gruplara farklı muamele etme hususunda yasaklama getirmediğini tekrarlamaktadır. Gerçekten de bazı şartlarda farklı muamele ile eşitsizliğin giderilememesi kendi içinde bu maddenin ihlalini içerebilir. Buna karşın muamelede farklılık, eğer nesnel ve makul bir gerekçe yok ise ayrımcıdır. Bir diğer ifadeyle muamele, meşru bir amaç gütmüyorsa veya kullanılan yöntemler ile gerçekleştirilmesi istenen amaçlar arasında makul bir oranlılık ilişkisi yoksa muamele ayrımcıdır. Sözleşen devletler benzer durumların farklı muameleyi haklılaştırıp haklılaştırmadığının ve bunun kapsamının değerlendirilmesinde takdir marjına sahiptir. Mahkeme hali hazırda hukuki kişiliğe sahip dini bir derneğin, kamu hukuku kuruluşu olarak daha güçlü bir statüye sahip olması için belirli bir bekleme süresine tabi tutulmasının, Devletin dini özgürlük alanındaki düzenleyici gücünün icrası sırasında ve farklı dini mezhepler ve inançlarla ilişkilerinde, nötr ve tarafsız kalma yükümlülüğüne sahip olması nedeniyle, hassas meseleler ortaya çıkaracağını belirtir.
>
> Mahkeme bu bekleme süresinin yeni kurulan ve bilinmeyen dini gruplarda, yani istisnai şartlarda gerekli olabileceğini kabul etmektedir. Buna karşın bahsi geçen bekleme süresi uluslararası düzeyde eskiden beri mevcut olan ve ülke içinde de uzun zaman önce kurulmuş olan dini gruplar açısından çokta haklı gözükmemektedir. Yetkili makamlar Yehova Şahitleri olayında benzer bir durumdan haberdardırlar. Resmi makamlar böyle bir grup açısından söz konusu kuruluşun konuyla ilgili yasanın gereklerini daha kısa olarak değerlendirilebilecek bir sürede yerine getirip getirmediğini doğrulayabilir olmalıdırlar. Ayrıca başvuruculaların bahsettiği başka bir dini topluluk örneği, Avusturya Devleti'nin, bu alandaki politikasını izlerken temel enstrüman olan, bekleme süresi açısından başvurucunun eşit temelde değerlendirmediğini ortaya koymaktadır.[242]

Dolayısıyla dine, inanca veya kanaate dayanan ayrımcı muamele iddialarına ilişkin karar verilirken özel bir ihtimam gerekmektedir. Uygulamada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aynı noktaya işaret eden, esasa dair bir garantinin ihlal edildiğini hali hazırda tespit etmiş olması halinde ayrımcılık açısından 14.madde altında bir değerlendirme yapmayı genellikle reddedecektir. Mahkeme bir 14.madde iddiasını ele almak durumunda ise bu takdirde şikayetin ele alınacağı en uygun esasa dair garantinin belirlenmesi de ayrıca gerekli olacaktır. Mahkeme içtihatları, din veya inanç temelli ayrım-

242 *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas ve Diğerleri / Avusturya,* para.96-98.

cılığın 9. Madde ile bağlantılı değil ve fakat başka bir esasa dair hükümle ele alınmasının daha uygun olacağına işaret etmektedir.

Bazı davalar dini inanca göndermede bulunarak velayet ve çocukla şahsi münasebet meselelerinin çözümüne ilişkindir. Örneğin *Hoffman / Avusturya* davasında başvurucuya Yehova Şahitleriyle bağlantılı olduğu gerekçesiyle çocuğunun velayeti verilmemiştir. Strazburg Mahkemesi, ulusal mahkemenin kararını dini farklılık gerekçesine dayandırmasının kabul edilemez olduğuna hükmetmiş ve davayı aile yaşamının bir yönü olan çocuğun velayetinin tayini ile ilgili olması nedeniyle, 8 ve 14.maddeler altında incelemiştir. *Palau-Martinez / Fransa* davasında bir evliliğin sona ermesine müteakip çocukların bakımına dair verilen karar açısından benzer şekilde 14.maddeyle bağlantılı olarak 8.madde ihlali tespit edilmiştir. Değerlendirme, Yehova Şahitleri inancına ilişkin genellemeye ve bu inanç tarafından "çocuk yetiştirme hususunda zorunlu kılınan prensiplerin katı analizine" dayandırılmıştır. Her ne kadar bu husus konuyla ilgili bir faktör olsa da "başvurucunun dininin çocukların yetiştirilmesi ve günlük yaşamlarına etkisini ortaya koyan doğrudan ve somut delillerin yokluğunda ve başvurucunun bir sosyal araştırma raporu talebinin reddi ışığında yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemez.[243] Her iki davada, belirli bir dinin uygulamalarına dair hukuki bilginin velayet davalarında kullanılmasını, tamamen göz ardı etmemektedir. Buna karşın bu davalar bu tür mülahazaların dikkatli bir şekilde uygulanması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Kilisenin menfaatlerini korumak amacıyla dava açabilme ehliyetinin ulusal hukuk tarafından sınırlanması durumunda ve diğer dini kurumlar açısından herhangi bir sınırlamanın bulunmadığı durumlarda 6.madde, mahkemeye erişim garantisi altında bir mesele ortaya koyabilir. *Canea Catholic Church / Yunanistan* davasında başvurucu kilise mülkiyet haklarını korumak amacıyla dava açamazken, Ortodoks Kilisesi ve Yahudi toplumu dava açabilmektedir. Meselenin esas olarak medeni hakların tespiti bağlamında mahkemeye erişim hakkını ilgilendirmesi ve bu ayrımcı muameleye dair nesnel ve makul bir gerekçenin bulunmaması nedeniyle Strazburg Mahkemesi 14.maddeyle bağlantılı olarak 6.maddenin 1.fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir.[244]

Dini inançlar, istihdamda ayrımcı muamele mülahazalarını da içerebilir ve 9. Madde (tek başına) veya 14.maddeyle birlikte 9. Madde altında birtakım meseleleri ortaya koyabilirler. *Thlimmenos / Yunanistan* davası, mahkûmiyeti sebebiyle mali müşavirliğe kabul edilmeyen bir kişiyle ilgilidir. Mesele konusu mahkûmiyet başvurucunun genel seferberlik sırasında bir Yehova Şahidi olarak dini inançları nedeniyle askeri üniforma giymeyi reddetmesinden kaynaklanmıştır. Strazburg Mahkemesi, her ne kadar mesleğe giriş Sözleşme tarafından korunmasa da, yakınmayı dini özgürlüğün icrasına dayanan

243 Palau-Martinez / Fransa, para.29-43, 38 ve 42.

244 Canea Catholic Church / Yunanistan, para.43-47.

ayrımcılık temelinde ele almıştır. Her ne kadar devletler bazı suçlu kategorilerini çeşitli mesleklerin dışında bırakabilirlerse de, işbu davadaki mahkûmiyet herhangi bir sahtekârlık veya alçaklığa işaret etmemektedir. Bu nedenle başvurucuya yapılan muamele meşru bir amaca sahip değildir ve hatırı sayılır hapis cezası süresine ek olarak orantısız bir yaptırım mahiyetindedir. Dolayısıyla 9. Maddeyle bağlantılı olarak bir 14.madde ihlali tespit edilmiştir. Strazburg Mahkemesi bu kararda bulunan anahtar bir paragrafta devletlerin bazı durumlarda bireylere farklı davranma pozitif yükümlülüğü altında olduklarına dikkat çekmiştir: Bunun anlamı farklı şekilde muamele edilmesi gereken bireylerin aynı muameleye maruz bırakılması halinde de ayrımcılığın söz konusu olabilmesidir.

> Mahkeme bu güne kadar şuna dikkat çekmiştir: Sözleşme'nin 14. maddesi (Sözleşme tarafından garanti edilen haklardan yararlanmada ayrımcılık yapılmaması), devletlerin benzer durumda olan kişileri objektif ve makul bir haklılık olmaksızın farklı bir muameleye tabi tutması halinde ihlal edilir. Buna karşın Mahkeme şu hususa da dikkat çeker: 14. maddede belirtilen söz konusu ayrımcılık yasağı maddenin tek yüzü değildir. Bunun yanı sıra, Sözleşme tarafından garanti edilen haklardan yaralanmada ayrımcılık yapılmaması hakkı, devletlerin, durumları önemli ölçüde farklı olan kişileri makul ve objektif bir haklılık olmaksızın, farklı bir muameleye tabi tutmaması halinde de ihlal edilmiş olur.
>
> Mahkeme şu hususu göz önünde tutmaktadır: Prensip olarak devletler bazı suçluları, sözleşmeli muhasebecilik görevine atamamakta meşru bir menfaate sahiptir. Mahkeme şu noktayı da göz önüne almaktadır: Diğer ciddi suçlardan kaynaklanan mahkûmiyetlerden farklı olarak, dini veya felsefi nedenlerle askeri üniforma giymeyi reddetmekten kaynaklanan bir mahkûmiyet, söz konusu suçlunun mesleki becerisini engelleyecek olası bir haysiyetsizlik ya da ahlaki bir düşüklüğe sahip olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle başvurucunun mesleğe uygun olmadığı gerekçesiyle dışarıda bırakılması isabetsizdir…
>
> Yetkililerin, mevcut yasa uyarınca başvurucunun ilgili göreve atanmasını reddetmekten başka bir seçim şanslarının olmadığı bir gerçektir. …Görülmekte olan davada Mahkeme şu hususu göz önüne alır: Başvurucunun Sözleşme'nin 9. maddesinde belirtilen haklardan yararlanması sırasında ayrımcılığa tabi tutulmaması hakkının ihlal edilmesine neden olan yasayı yürürlüğe koyan ilgili devlettir. İlgili devlet, ağır bir suçtan mahkûm olmuş kişileri sözleşmeli muhasebecilik görevinden yasaklayan konuyla ilgili yasada gereken istisnai durumları düzenlemeyerek sorumlu olmuştur.[245]

245 *Thlimmenos / Yunanistan* [BD], para.39-49 ve para.44, 47 ve 48.

12 nolu Protokol

12 nolu Protokol'ün potansiyel olarak geniş bir kapsamı olduğu açıktır. Ülke içinde bulunan üç baskın azınlık gruplarıyla (bu etnik grupların kimliği ağırlıklı olarak dini inançlarına dayanmaktadır) ilişkili olan, kişilerin parlamento veya cumhurbaşkanlığı seçimlerine katılmalarını sınırlandıran anayasal düzenlemeleri ilgilendiren ve (12 nolu Protokol açısından) konuyla ilgili ilk dava niteliğinde olan *Sejdić ve Finci / Bosna Hersek* davasında 1 nolu Protokol'ün 3.maddesiyle (parlamento seçimleri açısından), 14.maddenin ve 12 nolu Protokol'ün (cumhurbaşkanlığı seçimleri açısından) ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Bu düzenlemeler, ülkedeki düşmanlığı hemen hemen sona erdiren Dayton Antlaşması'ndan kaynaklanmaktadır. [246]

Protokol'e ilişkin ikinci karar olan *Savez Crkava "Riječ Života" ve Diğerleri / Hırvatistan* davasında Reform Kiliselerinin devlet okullarında dini eğitim verememeleri ve devlet tarafından tanınan dini evlilik gerçekleştirememelerinin, 9. Maddeyle bağlantılı olarak 14.maddeyi ihlal ettiğine karar verilmiş, bu hüküm yakınmanın 12 nolu Protokol altında ele alınmaması için Mahkeme'ye imkan vermiştir. Buna karşın karar Protokol'ün uygulanabilirliğinin tartışılmasına da fırsat vermiştir. Karar metni ayrımcılık yasağının "yasayla düzenlenen her hakla" sınırlandırılmamış olduğunu, buna karşın aynı zamanda kamu makamı kaynaklı ayrımcılık yasağını da kapsadığını belirtmektedir. Kararda ayrıca açıklayıcı rapora yapılan açık atıfla, dört kategoride toplanan davaların işbu hükmün kapsamına girebileceği belirtilmektedir:

i. özel olarak bir kişiye ulusal hukuk tarafından her hangi bir haktan yararlanılması imkanının verilmesi;

ii. ulusal hukuk uyarınca bir kamu makamına yönelik açık bir yükümlülükten kaynaklanan bir haktan yararlanılması. Bunun anlamı bir kamu makamının ulusal hukuk uyarınca belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü altında olmasıdır;

iii. bir kamu makamı tarafından takdir yetkisinin kullanılması (örneğin, bazı sübvansiyonların tahsisi);

iv. kamu makamının her türlü diğer eylemi veya ihmali (örneğin kolluk güçlerinin bir isyanı bastırma sırasındaki tutumları).[247]

246 *Sejdić ve Finci / Bosna Hersek* [BD], para.42-56.

247 *Savez Crkava "Riječ Života" ve Diğerleri / Hırvatistan*, para.103-115 (dini makamlarla anlaşmalar yapıp yapmama kararları bir takdir yetkisi meselesidir ve "ulusal hukuk tarafından özel olarak onlara bahşedilen hakları" ilgilendirmemektedir. Buna karşın mesele, açıklayıcı raporda belirtilen üçüncü kategorinin kapsamına girmektedir. Ayrımlar net bir şekilde belirlenmemiştir ve "ulusal hukuk sistemlerinde hangi davanın hangi kategori altında ele alınacağına dair farklı yaklaşımlar söz konusu olabilir".

Sonuç

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hayati önem taşıyan bir insan hakkıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (ve lağvedilen Avrupa İnsan Hakları Komisyonu) içtihatları, 9. Maddenin özünde bulunan değerlerin önemini güçlü bir şekilde tekrar dile getirmektedir. Altta yatan ilke ve ideallerin gerektiği şekilde anlaşılması kritik önem arz eder: özellikle düşünce, vicdan ve din özgürlüğü çoğulculuk nosyonu ve demokratik tartışmanın sürdürülmesi ve geliştirilmesine yardım eden kavramlar olarak görülmek zorundadır. Maddenin iki yüzü (bireysel ve kolektif) can alıcı önem taşımaktadır. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü,

> Sözleşme çerçevesinde "demokratik bir toplumun" temellerinden birisidir. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü dini boyutuyla inananların kimliğini ve yaşam algılayışlarını tanımlayan en can alıcı unsurlardan birisidir ve aynı zamanda ateistler, agnostikler, kuşkucular ve ilgisizler açısından da çok kıymetli bir değerdir. Yüzyıllar içersinde çok büyük bedellerle kazanılmış olan çoğulculuk, demokratik bir toplumdan ayrılamaz ve ona bağlıdır.[248]

Ayrıca,

> dini cemaatlerin / toplulukların özerk varlığı çoğulcu bir demokratik toplum için kaçınılmazdır… Burada önem arz eden mesele çoğulculuğun ve demokrasinin gerektiği şekilde işlemesinin korunmasıdır. Çoğulculuğun temel özelliklerinden birisi de bir ülkenin problemlerinin, sıkıntı verdiği zamanlarda bile, diyalog yoluyla çözümlenmesine imkan vermesidir.[249]

Diğer bir ifadeyle kişisel inancın korunması, diğerlerinin inançlarına karşılıklı hoşgörü ve saygı gösterilmesini geliştirmek zorundadır. Dolayısıyla, bir devletin sahip olduğu yükümlülükler 9. Madde haklarına salt müdahaleden kaçınılmasının ötesine gitmektedir. Madde hükmü, hakkın etkin bir hak olabilmesi için ulusal makamlara olumlu eylemde bulunma çağrısı da yapabilir. Diğer taraftan çoğulculuğun menfaatleri ayı zamanda dini inanç sahiplerinin tüm eleştirilere karşı korunmayı beklememelerini ve,

> diğerleri tarafından dini inançlarının reddedilmesini, hatta diğerleri tarafından inançlarına düşman doktrinlerin propagandasının yapılmasını kabul etme ve bunlara hoşgörü göstermek zorunda olduklarını emreder.[250]

248 Kokkinakis / Yunanistan, para.31.

249 Supreme Holy Council of the Muslim Community / Bulgaristan para.93.

250 Otto-Preminger-Institut / Avusturya, para.47.

Yarışan mülahazaların uzlaştırılması 9. Maddenin gerektirdiği temel görevdir. Bu süreç, Strazburg'da bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iyi oluşturulmuş bir kontrol listesi kullanarak icra ettiği denetime tabidir. Özellikle bir müdahalenin hukuka uygun olması için, devletin menfaatlerinin gereği olması ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Sözü edilen son yön (demokratik bir toplumda gerekli olma), uygulanmasında en çok güçlüğün yaşandığı ölçüttür. Testin uygulanması düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün liberal bir toplumda oynadığı can alıcı rolün gerektiği şekilde anlaşılmasını ve bir birey için dini ve felsefi kanaatlerin öneminin kabulünü gerektirmektedir. Diğer yandan uluslararası bir mahkeme böylesi bir değerlendirmeyi yapmak için yerel makamlar gibi iyi bir konumda olmayabilir. Dolayısıyla yerel karar vericiler açısından söz konusu olan "takdir marjı" Strazburg Mahkemesi'nin pek çok kararında bağlantılı bir kavram olarak yer almaktadır. Bu husus, uluslararası bir mahkeme açısından uygun bir ihtiyat öğretisi olsa da, aynı öğretinin ulusal düzeyde de (ihtiyata gerekçe oluşturacak şekilde) baskın olmasını gerektirecek bir anlamı ihtiva etmez. Birey ve toplumun tamamı açısından temel önem arz eden, bir hakka müdahale için ileri sürülen gerekçelerin titiz bir şekilde incelenmesi, daha kapsayıcı, ahlaki ve ruhi evrende insanın aydınlanması ve bireyin toplumdaki yerinin anlaşılması için gerekli olan çoğulculuk ve farklılıkların korunmasına yardımcı olacaktır.

Düşünce, vicdan ve dine saygı duyulması prensibinin bugün itibarıyla demokratik toplumun önkoşulu olduğu söylenebilir. Buna karşın bu hakkın Avrupa'da tesis edilme yöntemi hatırı sayılır şekilde değişmektedir. Standart bir Avrupa uygulama planı mevcut değildir. Ulusal düzeyde zengin Avrupa tarih örgüsünü, ulusal kimliği ve bireysel inancı yansıtan zengin bir anayasal ve diğer düzenlemeler çeşitliliği bulunmaktadır. Bazı devletlerde laiklik anayasal bir prensiptir. Diğerlerinde ise belirli bir din, devlet tarafından tanınmış kilise statüsünde de olabilir. Buna karşın böylesi bir tanımanın ne anlama geldiği değişkendir. Bazı yerlerde dini topluluklar / cemaatler, vergi avantajları sağlanması veya vakıf statüsünün bahşedilmesi yoluyla bir takım mali avantajlardan yararlanabilir. Devlet ve din arasındaki ilişki genel olarak yerel adeti ve uygulanabilir önlemleri yansıtacaktır. Azınlıkta kalan inançlarla ilgili olduğu kadarıyla dini hoşgörü yüzyıllardır Avrupa devletlerinde uygulanagelen siyasi bir prensiptir. Buna karşın her bir toplumda, azınlık topluluklarının üyeleri hala kendilerini din sebebiyle marjinalleşmiş hissetmektedirler. Strazburg Mahkemesi'nin, 9. Madde ve ilgili garantilerin yorumuna ne şekilde yaklaştığı, büyük çoğunlukla mevcut sorununun ne olduğuna bağlıdır. Mahkeme, hukuki statünün tanınmaması, bunun sonuçları (mahkemeye erişim hakkının tanınmaması, mülklerin korunmasına dair talepte bulunamama buna dahildir) ve dini veya felsefi (örneğin dini günlere icabet etmek veya proselitizm yapma yükümlülüğü) yükümlülük olduğu düşünülen meselelerle, daha fazla ilgilenmek ister görüntüsü

vermektedir. "İşyeri yeri" son zamanlara kadar kıyasen daha az korumadan yararlanmıştır. Buna karşın okul sınıfı daha dikkatli bir şekilde ele alınmıştır. İç Dünya (*forum internum*) geniş kapsamda kutsaldır. Buna rağmen kamusal alan (biraz sınırlayıcı olan), neyin "inancın ifadesi" olarak kabul edileceği testi ve ayrıca birbirine aynı güçle karşı koyan menfaatlerin dikkate alınması ihtiyacı ışığında daha az kutsaldır. Her ne kadar istemeyen bir izleyici için televizyonu kapatmak, başkalarını dinlerinden döndürmeye çalışanlarla yüz yüze kalmaktan daha kolay olsa da, bir devlet için dini televizyon reklamlarının sınırlandırılması, kapı kapı dolaşarak vaaz veren Evangelikallerin sınırlandırılmasından daha kolaydır.

İçtihatlarda tutarlılığın bulunmayışı, bazı tedbirlere ilişkin ulusal düzenlemelerin bariz farklılığı nedeniyle muhtemelen kaçınılmazdır. Avrupa uygarlığını biçimlendiren dini ve felsefi hareketler, bu uygarlığın insanlarının entelektüel ve ruhani yaşamı açısından gerçektende görülebilirdir. Bu ruhani ve entelektüel yaşam, Avrupa Kıtasının coğrafi özelliklerini biçimlendiren temel güçler kadar devasa etkiye sahip olmuştur. Uzun bir süre Hıristiyanlık alemiyle (Christendom) eşsesli olan Avrupa (Europe); farklı zamanlarda, farklı ölçülerde Yahudilik ve İslam da dahil olmak üzere diğer inançlardan etkilenmiştir. Bunun karşılığında hem Kant, Hume, Aristo ve Plato gibi filozofların, hem de din ve felsefe alanındaki ana değişimleri vurgulayan Rönesans, Reform ve Aydınlanma'nın kıtanın fikir ve felsefe tarihine katkıları hatırı sayılır olmuştur. Eğer Avrupa geniş kapsamda bir inançlar, değer sistemleri ve düsturlar oluşumuysa, bu oluşum belirli temel özgürlükler, özellikle de düşünce, ifade ve örgütlenme özgürlüğü yoluyla yüzyıllar içersinde inşa edilmiştir. Tüm bunlara rağmen bu entelektüel faaliyetin sonuçları daima pozitif olmamıştır. Bugün itibariyle çoğulculuk, hoşgörü, inanç ve laikliğin Avrupa toplumunda genel olarak bir arada bulunduğu söylenebilir. Buna karşın her zaman böyle olmamıştır. Din, milliyetçilik ve grup kimliği belki çok yakın bir şekilde iç içe geçmiştir: Farklı zamanlarda ve farklı biçimlerde dini hoşgörüsüzlük Avrupa'yı kavurmuştur. Son zamanlarda belirli siyasi doktrinlerle bir arada olan aşırılık, ciddi ve sistemli insan hakları ihlallerine sebep olmuştur. Tarih dersleri bu temel özgürlüklerin hem yaşamsal olduğunu hem de zaman zaman sınırlamaya tabi tutulacağını ortaya koymaktadır.

Geçmişten alınan dersler, çağımızın önemli meselelerinin en iyi şekilde nasıl ele alınacağı hususunda yardımcı olmaktadır. Her ne kadar Avrupa 20.yüzyılın sonuna doğru gittikçe artan bir şekilde laik bir toplum haline gelse de, köktencilik 21. yüzyılda yükselen bir görüngü olmuştur. Din geçmişte, Avrupa boyunca bir süreliğine uyuyan güç olmuştur. Buna karşın bugün itibariyle tekrar ortaya çıkmaktadır. Ulusal kurumlar düzenli olarak eğitim, tıbbi tedavi, planlama kontrolleri ve devlet istihdamını da içine alan çok farklı meselelerde, gittikçe artan inanç farklılıklarına karşılık verme yükümlülüğü altındadırlar. Özellikle dini manifestolar vadeden siyasi

partilerin ortaya çıkmasının yarattığı günümüz sorunları, güvenlik mülahazalarıyla kısmen tetiklenen dini hoşgörüsüzlükteki artış ve dini sembolleri sergileyen toplumsal kaygılar, toplumun bütünlüğü üzerinde bir etki yaratabilir ve tüm bunlar devletin yanıtlarının uygunluğunun değerlendirilmesini gerektirir.

Ulusal düzenlemelerdeki bu değişkenlik, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları prizmasından kuvvetle muhtemel görülebilir. Buna karşın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bir dizi katı yükümlülükler getirmemektedir: Sözleşme sadece bazı asgari standartlar ortaya koymaktadır. Kilise ve devleti düzenleyen anayasal düzenlemelerdeki farklılıklar ve dini gelenekler (bunların her daim Sözleşme beklentileriyle bağdaşır olmalarını sağlayarak) kıtanın görünümünün bir parçasını oluşturmaya devam edecektir. Bu farklılığa Strazburg Mahkemesi tarafından saygı gösterilmektedir ve din ve inancın tarihsel ve siyasal bağlamı sıklıkla Mahkeme'nin kararlarında yansıtılacaktır. Avrupa, yerel anayasal düzeyde, devlet ve din arasındaki sorunun çözümünde ortak bir yaklaşıma sahip değildir. Öte yandan, bugün itibariyle Avrupa'nın sahip olduğu şey düşünce, vicdan ve dine saygı taleplerinin ileri sürülmesinde dini dernekler gibi grupların ve bireylerin konumlarını güçlendiren bir dizi bağlayıcı hukuki garantidir.

Dava endeksi

Davalar karar tarihi veya, uygun olan durumlarda, hüküm tarihi ile birlikte belirtilmiştir. Metinde her ikisine birden atıfta bulunulması durumunda her iki tarih de endekse girilmiştir. Kitabın yazılma tarihi itibariyle henüz kesinleşmemiş davalar yıldızla işaretlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için lütfen HUDOC çevrimiçi veri tabanına bakınız, http://hudoc.echr.coe.int/.

A, B

Agga - Yunanistan (no. 2), 17 Ekim 2002

Ahmet Arslan ve diğerleri - Türkiye, 23 Şubat 2010

Aktas - Fransa (karar), 30 Haziran 2009

Alexveridis - Yunanistan, 21 Şubat 2008

Al-Nashif ve diğerleri - Bulgaristan, 20 Haziran 2002

Alujer Fernveez ve Caballero Garcia - İspanya (karar), 14 Haziran 2001

Angeleni - İsveç (karar) 3 Aralık 1986

Arrowsmith - Birleşik Krallık (karar),16 Mayıs 1977

Autio - Finlandiya (karar) 6 Aralık 1991

Aydın Tatlav - Türkiye, 2 Mayıs 2006

Bayatyan - Ermenistan (GC), 7 Temmuz 2011

Belgian Linguistic case, 23 Temmuz 1968

Bernard ve diğerleri - Lüksemburg (karar), 8 Eylül 1993

Bowman - Birleşik Krallık, 19 Şubat 1998

Bruno - İsveç (karar), 28 Ağustos 2001

Buscarini ve diğerleri - San Marino, 18 Şubat 1999

C

C. - Birleşik Krallık (karar), 15 Aralık 1983

C.J., J.J ve E.J. - Polonya (karar), 16 Ocak 1996

C.W. - Birleşik Krallık (karar), 10 Şubat 1993

Campbell ve Cosans – Birleşik Krallık, 25 Şubat 1982

Canea Catholic Church - Yunanistan, 16 Aralık 1997

Cha'are Shalom Ve Tsedek - Fransa (GC), 27 Haziran 2000

Chappell - Birleşik Krallık, (karar), 14 Temmuz 1987

Church of Scientology ve 128 üyesi - İsveç (karar) 14 Temmuz 1980

Church of Scientology Moskova - Rusya, 5 Nisan 2007

Clift - Birleşik Krallık, 13 Temmuz 2010

Cserjes - Macaristan (karar), 5 Nisan 2001

Kıbrıs - Türkiye (GC), 10 Mayıs 2001

D

D. - Fransa (karar), 6 Aralık 1983

D.H. ve diğerleri - Çek Cumhuriyeti, 13 Kasım 2007

Dahlab - İsviçre (karar), 15 Şubat 2001

Darby - İsveç, 23 Ekim 1990

Dimitras ve diğerleri - Yunanistan, 3 Haziran 2010

Dogru - Fransa, 4 Aralık 2008

Dubowska ve Skup - Polonya (karar), 18 Nisan 1997

E, F, G

Efstratiou - Yunanistan, 18 Aralık 1996

El Majjaoui ve Stichting Touba Moskee - Hollanda, karar 14 Şubat 2006, hüküm (GC) 20 Aralık 2007

Eriksson - İsveç, 22 Haziran 1989

Feldek - Slovakya, 12 Temmuz 2001

Finska forsamlingen i Stockholm ve Teuvo Hautaniemi - İsveç (karar), 11 Nisan 1996

Folgero ve diğerleri - Norveç (GC), 29 Haziran 2007

Gürcistan İşçi Partisi - Gürcistan, 8 Temmuz 2008

Giniewski - Fransa, 31 Ocak 2006

Gottesmann - İsviçre (karar), 4 Aralık 1984

H

Hveyside - Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976

Hasan ve Chaush - Bulgaristan (GC), 26 Ekim 2000

Hasan ve Eylem Zengin - Türkiye, 9 Ekim 2007

Hazar, Hazar ve Acik - Türkiye (karar), 10 Aralık 1992

Hoffman - Avusturya, 23 Haziran 1993

Holy Monasteries - Yunanistan, 9 Aralık 1994

Holy Synod of the Bulgaristann Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) ve Diğerleri - Bulgaristan, 22 Ocak 2009

I, J

I.A. - Türkiye, 13 Eylül 2005

Ingrid Jordebo Foundation of Christian Schools ve Ingrid Jordebo – İsveç (karar) 6 Mart 1987

Inhabitants of Leeuw-St Pierre – Belçika (karar), 16 Aralık 1968

Institute of French Priests ve diğerleri - Türkiye (dostane çözüm), 14 Aralık 2000

ISKCON ve 8 diğeri – Birleşik Krallık (karar), 8 Mart 1994

Ivanova - Bulgaristan, 12 Nisan 2007

Jakobski - Polonya, 7 Aralık 2010

Jehovah's Witnesses of Moscow - Rusya, 10 Haziran 2010

Jerusalem - Avusturya, 27 Şubat 2001

Johansen - Norveç (karar), 14 Ekim 1985

Johnston ve diğerleri - İrlanda, 18 Aralık 1986

K

Kalac - Türkiye, 1 Temmuz 1997

Karaduman - Türkiye (karar), 3 Mayıs 1993

Keenan - Birleşik Krallık, 3 Nisan 2001

Kervanci - Fransa, 4 Aralık 2008

Khan - Birleşik Krallık (karar), 7 Temmuz 1986

Khristiansko Sdruzhenie "Svideteli na Iehova" (Christian Association Jehovah's Witnesses) - Bulgaristan, 3 Temmuz 1997

Kimlya ve diğerleri - Rusya, 1 Ekim 2009

Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen - Danimarka, 7 Aralık 1976

Klein - Slovakya, 31 Ekim 2006

Knudsen - Norveç (karar), 8 Mart 1985

Kokkinakis - Yunanistan, 25 Mayıs 1993

Konrad ve diğerleri - Almanya (karar), 11 Eylül 2006

Konttinen - Finlandiya (karar), 3 Aralık 1996

Koppi - Avusturya, 10 Aralık 2009

Kose ve 93 diğeri - Türkiye (karar), 24 Ocak 2006

Kosteski - "Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti", 13 Nisan 2006

Kurtulmuş - Türkiye (karar), 24 Ocak 2006

Kustannus OY, Vapaa ajattelija AB ve Diğerleri - Finlandiya (karar), 15 Nisan 1996

Kuznetsov ve diğerleri - Rusya, 11 Ocak 2007

Kuznetso- - Ukrayna, 29 Nisan 2003

L

Larissis ve diğerleri - Yunanistan, 24 Şubat 1998

Lautsi ve diğerleri - İtalya, 18 Mart 2001

Leela Forderkreis e. ve diğerleri - Almanya, 6 Kasım 2008

Leyla Şahin - Türkiye (GC), 10 Kasım 2005

Logan - Birleşik Krallık (karar), 6 Eylül 1996

Lombardi Vallauri - İtalya, 20 Ekim 2009

M, N, O

Manoussakis ve diğerleri - Yunanistan, 26 Eylül 1996

Martins Casimiro ve Cerveira Ferreira - Lüksemburg (karar), 27 Nisan 1999

McFeeley ve diğerleri - Birleşik Krallık (karar), 15 Mayıs 1980

Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri - Moldova, 13 Aralık 2001

Miroiubovs ve diğerleri - Letonya, 15 Eylül 2009

Moscow Branch of the Salvation Army - Rusya, 5 Ekim 2006

Murphy - İrlanda, 10 Temmuz 2003

N. - İsveç (karar), 11 Ekim 1984

Nielsen - Danimarka, 28 Kasım 1988

the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses 97 üyesi ve 4 diğeri - Gürcistan, 3 Mayıs 2007

Nolan ve K - Rusya, 12 Şubat 2009

Obst - Almanya, 23 Eylül 2010

Omkaranvea ve the Divine Light Zentrum- İsviçre (karar) 19 Mart 1981

Otto-Preminger-Institut - Avusturya, 20 Eylül 1994

P, Q, R

Palau-Martinez - Fransa, 16 Aralık 2003

Paturel - Fransa, 22 Aralık 2005

Pellegrini - İtalya, 20 Temmuz 2001

Pentidis ve diğerleri - Yunanistan, 9 Haziran 1997

Perry - Letonya, 8 Kasım 2007

Peters - Hollanda, 30 Kasım 1994

Phull - Fransa (karar), 11 Ocak 2005

Poltoratskiy - Ukrayna, 29 Nisan 2003

Porter - Birleşik Krallık (karar), 8 Nisan 2003

Pretty - Birleşik Krallık, 29 Nisan 2002

Raninen - Finlandiya (karar), 7 Mart 1996

Refah Partisi (the Welfare Party) ve diğerleri - Türkiye (GC), 13 Şubat 2003

Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas ve diğerleri - Avusturya, 31 Temmuz 2008

Riera Blume ve diğerleri - İspanya, 14 Ekim 1999

Rommelfanger - Almanya (karar), 6 Eylül 1989

S

Sabanchiyeva ve diğerleri - Rusya (karar), 6 Kasım 2008

Salonen - Finlandiya (karar), 2 Temmuz 1997

Savez Crkava "Riječ Života" ve diğerleri - Hırvatistan, 9 Aralık 2010

Schuth - Almanya, 23 Eylül 2010

Sejdić ve Finci - Bosnia ve Herzegovina (GC), 22 Aralık 2009

Serif - Yunanistan, 14 Aralık 1999

Sidiropoulos ve diğerleri - Yunanistan, 10 Temmuz 1998

Siebenhaar - Almanya, 3 Şubat 2011

Sinan Işik - Türkiye, 2 Şubat 2010

Sluijs - Belçika, 9 Eylül 1992

Stedman - Birleşik Krallık (karar) 9 Nisan 1997

Stefano- - Bulgaristan (dostane çözüm), 3 Mayıs 2001

Sunday Times - Birleşik Krallık (no.1), 26 Nisan 1979

Supreme Holy Council of the Muslim Community - Bulgaristan, 16 Aralık 2004

Svyato-Mykhaylivska Parafiya - Ukrayna, 14 Haziran 2007

T, U, V

Taştan - Türkiye, 4 Mart 2008

Thlimmenos - Yunanistan (GC), 6 Nisan 2000

Tsirlis ve Kouloumpas - Yunanistan, 29 Mayıs 1997

Ulke - Türkiye, 24 Ocak 2006

Valsamis - Yunanistan, 18 Aralık 1996

Van den Dungen - Hollanda (karar) 22 Şubat 1995

Verein "Kontakt-Information-Therapie" (KIT) ve Siegfried Hagen - Avusturya (karar), 12 Ekim 1988

Vereinigung Bildender Kunstler - Avusturya, 25 Ocak 2007

Vergos - Yunanistan, 24 Haziran 2004

Vogt - Almanya, 26 Eylül 1995

W, X, Y, Z

W. ve D.M., M. ve H.I. – Birleşik Krallık (karar) 6 Mart 1984

Wingrove - Birleşik Krallık, 25 Kasım 1996

X ve Church of Scientology - İsveç, (karar), 5 Mayıs 1979

X - Avusturya (karar), 15 Şubat 1965

X - Avusturya (karar), 15 Ekim 1981

X - Danimarka (karar), 8 Mart 1976

X - Almanya (karar), 10 Mart 1981

X - Almanya (karar), 5 Temmuz 1977

X - Birleşik Krallık (karar) 5 Mart 1976

X - Birleşik Krallık (karar), 12 Temmuz 1978

X - Birleşik Krallık (karar), 12 Mart 1981

X - Birleşik Krallık (karar), 18 Mayıs 1976

X - Birleşik Krallık (karar), 4 Ekim 1977

Young, James ve Webster – Birleşik Krallık, 13 Ağustos 1981

Z ve T - Birleşik Krallık (karar) 28 Şubat 2006

Avrupa Konseyi
İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü
Genel Müdürlüğü
F-67075 Strasbourg Cedex

www.coe.int/justice

Jim Murdoch Glasgow Üniversitesi'nde kamu hukuku kürsüsü profesörü ve ayrıca Hukuk Fakültesi'nin önceki dekanıdır. İlgi duyduğu araştırma alanları iç hukuk ve Avrupa insan hakları hukukudur. Avrupa Konseyi'nin merkez ve doğu Avrupa ülkelerine yönelik düzenlediği seminer programlarına düzenli olarak katılmakta olup yargısal nitelikte olmayan insan hakları uygulama mekanizmaları özel ilgi alanıdır.

Bu kitap Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Birliği ile Avrupa Konseyinin Ortak Programı olan "Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi" kapsamında basılmıştır. Projenin ihale makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.