



AİHM Kararlarında Din Özgürlüğü ve Leyla Şahin Kararı

Av. Halim YILMAZ



Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), uluslararası alanda bireysel başvuru imkanı veren etkili bir uluslararası hukuk mekanizması olarak, verdiği kararlar ile üye ülkeleri etkilemiş, Türkiye'nin de son 15 yıldaki gelişmelerine damga vurmuştur.

1950 Yılında imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin amacı, İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunmasını ve 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ifade edilen hakların pratiğe geçirilmesini sağlamaktır.

Mahkeme yargıçlarının üye ülkelerce gösterilenlerin arasından seçilmesi, devletlerce kurulan bir yapı olduğundan zaman zaman siyasi kararlar vermesi, vb. konularda eleştirilse de; oluşturduğu içtihatlarla, insan hak ve özgürlükleri konusunda bireysel ihlalleri tespit ederek üye ülkeleri mahkum etmesi ve üye ülkelerin insan hakları uygulamalarında iyileştirmelerin ve ilerlemelerin sağlanmasına çok önemli katkılarda bulunduğu bilinmektedir.

1998 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvurusu yasağı nedeniyle başvuran İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi öğrencisi Leyla ŞAHİN'in davası sonuçlandı. Mahkeme, 29 Haziran 2004 gününü açıkladığı kararda, Leyla ŞAHİN'in başvurusunu reddetti.¹ Mahkeme uzun gerekçesinde başvurusunun yasaklanmasının, din özgürlüğüne kısıtlamalar getirilmesinin, başkalarının hak ve özgürlüklerini, kamu düzeni ve kamu güvenliğini korumak için meşru bir amaca sahip olduğunu ve "*demokratik toplumda zorunlu*" bir tedbir olduğunu belirtti.

Türkiye'nin kanayan yarısı haline gelen ve binlerce öğrencinin başta inanç özgürlüğü ve eğitim hakkını çiğneyen başörtüsü yasağı uygulamasına karşı, AİHM tarafından başvurunun reddedilmesi birçok tepkiyi ve tartışmayı da beraberinde getirmiştir.

Kararda "laiklik" ilkesine vurgu yapılarak, toplumun büyük çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu bir ülkede bir dinin uygulamasının diğerleri üzerinde baskı oluşturabileceği, daha önce kıyafete ilişkin kuralların bulunduğu ve bazı makamların bunları uygulamamasının mevzuatı ortadan kaldırmayacağı, türbanını dini simge olarak gören bazı hareketlerin varlığının dikkate alınması gerektiği, ulusal yetkililerin yerel koşulları daha iyi değerlendirebileceği ifade edilmiştir. Kararın hüküm kısmında, Türk Anayasa Mahkemesinin gerekçelerine atıf yapılmıştır.

Kararın en önemli yanı, başörtüsünün dini inanç gereği takıldığı ve okula alınmamanın din ve vicdan hürriyetini ihlal ettiğinin kabul edilmesi, fakat bu ihlalin demokratik bir toplumda zorunlu/gerekli kabul edilebileceğinin belirtilmiş olmasıdır.

Kararda göze çarpan ilk sorun, kararda esas alınan teorik kriterlerin, somut olayla uyumluluk arzmemesidir. İleri sürülen red sebeplerinin, gerçekte dava konusu olayda (veya benzer olaylarda) olmadığı açıktır.

AİHM KARARLARINDA DİN ÖZGÜRLÜĞÜ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), din ve inanç özgürlüğünü 9. madde ile koruma altına almıştır. 9. Madde "*Düşünce, vicdan*

¹ Leyla Şahin-Türkiye, Başvuru No: 44774/98, 29.06.2004 tarihli karar.

ve din özgürlüğü” başlığını taşımaktadır. Başlığından da anlaşılabilceği gibi koruma altına alınan, birlikte veya ayrı ayrı düşünce, vicdan ve din özgürlüğüdür.

Sözleşmenin 9. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

Madde-9: 1) Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, aleni veya özel olarak ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2) Dinini veya inançlarını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeni, sağlığı veya ahlakının ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli tedbir olarak ve yasayla sınırlandırılabilir.

Mahkeme'nin ifadesiyle,

“9. maddede korunan şekliyle düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşmedeki anlamında ‘demokratik toplumun’ temel taşlarından biridir. Dinsel boyutu bakımından bu özgürlük müminlerin kimliği ve hayat görüşlerine dair en asal unsurlar arasında yer aldığı gibi; tanrıtanımazlar, agnostikler, şüpheciler ya da kayıtsızlar için de değerli bir kazanımdır. (Burada söz konusu olan husus) demokratik toplumun —yüzyıllar süren savaşım sonu güçlülükle sağladığı— ayrılmaz varlık koşulu olan çoğulculuktur.”²

Maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi herkese genel bir hak olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olma hakkını tanımlar. Bu hak mutlak olup hiçbir sınırlamaya tabi tutulamaz. Yani kısıtlama halini düzenleyen ikinci fıkra hükmünden tamamen bağımsızdır. Devletler bu hakka mutlak olarak saygı göstermek durumundadırlar. Bu şekilde bireyler istedikleri inanca sahip olabilecek ve bunu açıklanmaya zorlanmayacaklar³, serbest iradeyi etkileyecek yollarla bir inanç kabul ettiremeyecek veya inançlarından vazgeçirilemeyeceklerdir.

² Kokkinakis-Yunanistan, s. 32; Otto Preminger Institut-Avusturya, s. 47. Akt.: Feyyaz Gölcüklü-Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. bası, Ankara: 2002, s. 346.

³ X-Almanya, s. 32. Akt.: Gölcüklü-Gözübüyük, s. 346.

Maddenin ikinci fıkrasındaki meşru kısıtlama gerekçesi olabilecek durumlar, maddenin birinci fıkrasının tümü için değil sadece “din ve inançlarını açıklama” hakkı konusundadır.⁴

Maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi bir hakkı tanıırken ikinci cümlesinde ise hakkın içeriğinin neler olduğu belirtiliyor. Buna göre;

- Din veya inancı değiştirmek değiştirme özgürlüğü,
- Dinini ya da inancını tek başına veya topluca, aleni yahut özel şekilde ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yoluyla açığa vurma hak ve özgürlüğü bu hakkın bir parçasıdır.

Mahkemeye göre, din özgürlüğü her şeyden önce iç aleme dahil olmakla birlikte, bunun zorunlu bir diğer gereğinin dinini açığa vurma olduğunu, söz ve eylem halinde açığa vurmanın dini inançların varlığı ile bağlantılı bir olgu olduğunu belirtmektedir.⁵

AİHS’de genel olarak din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. madde dışında başta ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, özel hayatın korunması, eğitim hakkı, ayrımcılık yasağını düzenleyen (8, 10, 11, 14 ile Ek 1. Protokol 2. madde gibi) maddeler din ve inanç özgürlüğünü güvenceleyen dolaylı maddeler olarak sayılabilir.

Mahkeme bizzat din ve vicdan özgürlüğüne değil, fakat din ve inançları açığa vurma hakkına (özgürlüğüne) getirilebilecek sınırlamaların meşruluk kriterlerini göstermiştir. 9. Madde de yer alan din veya inancı açığa vurma hakkına getirilebilecek sınırlamalar için Mahkeme; 8, 10 ve 11 maddeler için de öngörülen kriterlere göre değerlendirme yapmaktadır:

- Müdahale (sınırlama) meşru bir amaç taşımakta mıdır?
- Bu müdahale yasal olarak öngörülümüş müdür?
- Müdahale demokratik toplum düzeni için zorunlu ve ölçülü müdür?

⁴ Kokkinakis-Yunanistan, s. 33. Akt.: Gölcüklü-Gözübüyük, s. 346.

⁵ Kokkinakis-Yunanistan, s. 31.

Mahkemenin din ve inanç özgürlüğü konusundaki ilk kapsamlı kararı, 1993 tarihli Kokkinakis-Yunanistan kararıdır. Bu karar da yukarıdaki kriterler çerçevesinde Yunanistan'ın aleyhine sonuçlanmıştır.

AIHM, 9. maddenin içerdiği hakları kısaca “kanaatlere sahip olmak” ve bunları “açığa vurma” (göstermek/izhar etmek) şeklinde ele almaktadır.⁶ 9. Maddenin birinci fıkrasında yer alan hakkın kullanılmasında bu şekilde ayırımı gidilmesi hem Sözleşme pratiğinin somut önemi hem de hakkın içsel ve dışsal iki boyuta sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bunun sonucunda, içsel boyutun *mutlak* olması, dışsal görünüm olan “açığa vurma” hakkının ise maddenin 2. fıkrası çerçevesinde devletçe sınırlanabilmesi özelliği taşımaktadır. Gerçekten de, birinci fıkranın ilk cümlesindeki düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün “içsel” görünümü (*forum internum*) olan şahsi kanaatler ve dini inanç alanı⁷ mutlak niteliktedir, dolayısıyla hiçbir sınırlamaya tabi tutulamaz.

9. Maddede yer alan özgürlüklerin düzenlenmesi bakımından önemli bir sorun hangi eylemlerin içsel alanla ilgili olduğu, daha da önemlisi konumuzu teşkil etmesi bakımından *hangi fiil ve davranışların ‘din ve inancını açıklamaya özgürlüğü’ (dışavurma/tezahür) sayılacağı sorundur.*

Mahkeme *Arrowsmith/Birleşik Krallık* kararında şu tespiti yapmaktadır:

“9. Maddenin ilk paragrafında kullanılan **pratiques-practice** terimi din veya inanç saikiyle ya da etkisiyle yapılan her eylemi kapsamaz. ... Bireylerin eylemleri, söz konusu inancı gerçekten ifade etmiyorlarsa, bu inanç saikiyle ya da etkisiyle yapılsalar bile 9. maddenin koruması altında sayılmazlar.”⁸

Mahkeme, bu formülü tekrarladığı başka birçok kararında,

- “kamusal alanda inanç kuralları gereğince davranma hakkını 9. maddenin her zaman güvence altına almadığını”⁹,
- “9. maddedeki ‘uygulama’ sözcüğü, bir din veya inancın motive ettiği veya etkilediği her türlü eylemi kapsamadığını”¹⁰

belirtmektedir. Mahkemenin bu tespitleri şu ayırımı doğurmaktadır:

İnancı ifade eden (inancın tezahürünü/dışavurumunu oluşturan) eylemler.

İnanç saikli (etkili) eylemler.

Aradaki sınır tam olarak belirgin olmamakla birlikte Mahkeme bazı kararlarında bu ayırımı ipuçlarını vermekte, örneğin *Arrowsmith* kararında

“Pasifizm fikrini genel olarak açıklayıp duyuran ve şiddet karşıtı eylemleri kabul etmeyi teşvik eden kamu bildirimleri, pasifizm kanaatinin normal ve kabul gören tezahürleri sayılabılır”

diyerek pasifizmi açıklayan broşürlerin dağıtılmasını pasifist inancın bir tezahürü saymıştır.¹¹

Mahkeme, başvuru konusu edilen eylemlerin “açığa vurma” olup olmadığını incelerken iki temel ölçüt olarak;

Bu eylemlerin bir din veya inancın **zorunlu ifadeleri** olup olmadığına ve,

Bu eylemler ile din ve inancın **samimi biçimde dışavurumu** sayılıp sayılmayacağına göre ele almaktadır.

Değerlendirme kriteri olarak “zorunlu ifade” kriteri ancak yerleşik, yaygın ve bilinen dinler için kolayca uygulanabilecekken, bu tür özelliklere sahip olmayan dinler için neredeyse imkansız olacaktır.¹² Mahkeme önüne gelen vakalarda ilgililerin talepleri ile kanaatleri arasında zorunluluk ve samimiyet ilişkisini tespit

⁶ Johnston ve diğerleri-Birleşik Krallık, s. 63. Akt.: Arif Emre Öktem, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yay., Ankara: 2000, s. 318.

⁷ X-Birleşik Krallık (10358/83), s. 153. Akt.: Öktem, s. 318.

⁸ Arrowsmith-Birleşik Krallık, s. 49.

⁹ X...-Birleşik Krallık (10358/83), s. 153; X./Hollanda (10678/83) s. 270. Goy'dan Aktaran: Öktem, dipnot: 981, s. 324.

¹⁰ Karaduman-Türkiye, s. 93. Akt.: Osman Doğru, *İnsan Hakları Kararları Derlemesi*, C. 3, İstanbul Barosusu Yay., İstanbul: 2000 s. 354.

¹¹ Arrowsmith-Birleşik Krallık, s. 49. Akt.: Öktem, s. 325.

¹² Relegious Freedom Evans, s. 307-308'den akt.: Öktem, s. 325.

etmeye çalışmış ve buna göre karar vermiştir.¹³

Mahkeme, İngiltere’de bir ilkokulda görevli öğretmenin Cuma namazına gitme talebine ilişkin davada, başvuru sahibinin, hala sürmekte olan iş sözleşmesini ihlal ederek okul zamanında camiye gitmesini İslam dini açısından zorunlu olduğunu ikna edici biçimde ispatlayamadığından başvurusunu reddetmiştir.¹⁴

Karaduman/Türkiye davasında, üniversiteden mezun olan bayan öğrencinin mezuniyet belgesine (diplomaya) yapıştırılacak fotoğrafın başı açık fotoğraf olması mecburiyeti nedeniyle başörtüsüz fotoğraf çekilmesini reddetme eylemini dini inanç saikli olsa da bunun inancın tezahürü sayılamayacağını, diplomaya yapıştırılan fotoğrafın amacının dini inançları izhar etmek değil, kişinin teşhis edilmesi amaçlı olduğunu belirterek, üniversitenin diploma için başı açık fotoğraf mecburiyeti kuralı koymasında, 9. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Yanaşık/Türkiye kararında ise Mahkeme, inancı açığa vurma olduğu öne sürülen eylemlerin “inançların zorunlu ifadesi” ve “genel kabul gören biçimiyle din ya da kanaatin uygulama görünümlerini oluşturan ibadet ve dindarlık eylemleri gibi kişisel inançla yakından ilintili eylemler” olup olmadıklarını sorgulamıştır.¹⁵ Mahkemenin askeri öğrencilerin ibadetlerini askeri hayatın gerekleri çerçevesinde yerine getirebileceklerini belirtmesi ilginç bulunmuştur.¹⁶

AIHM KARARLARINDA DİNİ İNANCI AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI

Sözleşme, din ve inanç özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamaları 9. maddenin 2. fıkrasında belirtilen; 8, 10 ve 11. maddeler için de öngörülen genel sınırlama sebepleri olarak

¹³ Öktem, s. 332.

¹⁴ X.-Birleşik Krallık (8160/78), s. 27. Akt.: Arif Emre Öktem, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yay., Ankara: 2000, s. 327-328.

¹⁵ Yanaşık-Türkiye, s. 99-102. Akt.: Öktem, s. 328.

¹⁶ Öktem, s. 328.

saymıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, inancı açığa vurmaya ilişkin olmayan faaliyetler, inanç özgürlüğünün içsel boyutunu ilgilendiren hususlar sınırlanamamaktadır. Bu bakımdan Mahkeme, sınırların ancak açığa vurmaya ilişkin olabileceğini belirtmiştir.¹⁷ Sözleşmenin bu düzenlemesi inanç özgürlüğünü diğer özgürlüklere nazaran daha imtiyazlı bir konumda ele aldığı görülmektedir.

İnanç özgürlüğüne tanınan bu üstün konuma rağmen, 15. maddedeki “*olağanüstü dönemlerde dahi sınırlanamayacak haklar*” kategorisinde yer almamıştır. Buna karşılık, BM Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme (4. madde) ile Türk (1982) Anayasası (15. madde) olağanüstü durumlarda dahi sınırlanamayacak haklar arasında sayılmıştır.

9. maddeye göre

“Dinini veya inançlarını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeni, sağlığı veya ahlakının ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli tedbir olarak ve yasayla sınırlanabilir.”

Mahkeme, uygulamada 8, 9, 10 ve 11. maddelerde birbirine benzeyen sınırlama sebeplerini ele aldığı dört kritere göre soruları cevaplandırıp ihlal olup olmadığına karar vermektedir:

Müdahale: Şikayet konusu hakka bir müdahalenin var mıdır?

Kanunilik: Bu müdahale kanun tarafından öngörülmüş müdür?

Meşru amaç: Kanunen öngörülen müdahale meşru bir amaca yönelik midir?

Zorunluluk: Bu üç kriterin varlığı halinde, hakka müdahale demokratik toplum düzeni içinde ölçülü ve gerekli midir?

AIHM’NİN DİN ÖZGÜRLÜĞÜNE BAKIŞI

AIHM’nin, din ve inanç özgürlüğüne ilişkin kararları son on yılı kapsamaktadır. Din ve inanç özgürlüğüne ilişkin başvurular, doğal olarak, daha çok azınlıkta kalan kişilerin men-

¹⁷ Kokkinakis-Yunanistan, s. 33. Akt.: Öktem, s. 337.

sup olduğu din ve inanç özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin başvurulardır. Bunlar Museviler, Sikhler, Müslümanlar ve Yehova Şahitleri gibi Avrupa'da azınlıkta kalan dinlerin mensuplarıdır. Yehova Şahitlerinin Yunanistan'a karşı; Müslümanların Yunanistan, Bulgaristan, İngiltere, Türkiye ve İsviçre'ye karşı; Musevilerin Fransa'ya karşı, Uzakdoğu dinlerine mensup olanların (Sikh ve Budizm gibi) İngiltere ve Avusturya'ya karşı başvuruları dikkat çekmektedir. Bunların yanında Ateistlerin veya Felsefi bir düşünceye mensup olanların da başvuruları, zorunlu din dersi ile ilgili başvurular, kilise vergilendirmesi ile ilgili başvurular da ilginç özellikler taşımaktadır.

Mahkeme uygulamasında, din ve inanç özgürlüğüne ilişkin başvuruları incelerken genellikle;

- Başvurucuların dini inançları gereği olan "dinsel" norm ile "hukuksal" normlar arasında bir "adil denge" kurmaya çalıştığı söylenebilir.
- Din ve inanç özgürlüğünde içsel ve dışsal boyutların farklı olduğunu göz önüne alarak, içsel boyuttaki inanç alanının mutlak olduğunu, dışsal boyuttaki açıklama özgürlüğünün ise sınırlandırılabilirliğini kabul etmiştir.
- Dini açıklama özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin başvuruları, genel sınırlama sebeplerine (müdahalenin varlığı, yasallık, meşru amaç ve demokratik toplumda zorunluluk kriterlerine) göre ele almıştır.

Mahkeme uygulaması laik karakterli olmakla birlikte, devletlerin laik olmasını zorunlu görmemekte, buna karşılık farklı inançların korunmasının ve temsilinin, inancı açıklama ve yayma özgürlüğünün önemli olduğunun altını çizmekte, devletin 'resmi din' empoze edemeyeceğini, devletin sistematik dini telkin uygulamasının Sözleşmeye aykırı olduğunu, fakat belli bir din hakkında bilgiler veren derslerin dini telkin sayılmayacağını kabul etmektedir.

AIHM İÇTİHADINA ELEŞTİRİLER

Mahkemenin din ve inanç özgürlüğüne ilişkin kararları tartışmalar yaratmıştır. Özellikle Mahkemenin çok uzun bir sürede, 1993 yılındaki Kokkinakis kararına kadar geçen zaman içinde din özgürlüğüyle ilgili esasa

ilişkin bir karar vermemiş olması Mahkemenin/Sözleşmenin bu özgürlüğü çok önemli görmediği düşüncelerini akla getirebilmektedir.¹⁸ Mahkeme içtihatları göz önüne alındığında, din ve inanç özgürlüğüne ilişkin kararlara getirilen eleştiriler şunlardır:

Mahkeme, genellikle hükümet tezlerini kabul etmiştir

Hem kabul edilemez başvurularda, hem de mahkumiyet kararı verdiği başvurularda hükümetlerin ileri sürdüğü tezleri kabul ederek, kararın verilmesinde başvuru ile aleyhine başvuru arasında dengersizlik olduğu izlenimi vermektedir. (Örneğin *Kokkinakis-Yunanistan*, *Yanaşık-Türkiye* davaları.)

Bazı dinler imtiyazlı sayılmıştır

Dinlerin tarihi konumu göz önüne alınarak genel olarak bilinen, yerleşik, devlet dini olan dinler imtiyazlı sayılmıştır. Yaygın dinler veya bir ülkedeki nüfus çoğunluğunun mensup olduğu dinler, az bilinen dinler veya (felsefi) inançlara göre daha çok koruma görebilmektedir (*Otto Preminger Institut/Avusturya*, *Wingrove/Birleşik Krallık*). Ayrıca, *Darby/İsviçre* ve *Jean ve Bertha Gottesmann/İsviçre* kararlarında kilisenin vergi toplamasında Sözleşmeye aykırılık görülmemiştir.¹⁹

Hukuki mevzuatın Sözleşmeye aykırılığı gözden kaçırılmıştır

Mahkeme, iç hukukta ihlal nedeni olan mevzuatın Sözleşmeye açıkça aykırı olduğu hususuna girmekten kaçınmıştır (*Kokkinakis-Yunanistan*, *Hassan ve Tchaouch-Bulgaristan*).

İç hukuktaki ayrımcılık Sözleşmeye aykırı görülmemiştir

Mahkeme iç hukuktaki din özgürlüğüne ilişkin ayrımcılıkları Sözleşmeye aykırı bulmabilmektedir (*X/Birleşik Krallık*: İngiltere'de

¹⁸ Öktem, s. 448.

¹⁹ Öktem, s. 452.

dine küfür için ceza davası yoluna gidebilmenin sadece Hıristiyanlık dini için geçerli olması, *Şeytan Ayetleri* kitabı yazarının İslam dinine hakaret ettiği gerekçesiyle ceza davası açtırmak için şikayet yolunun kapalı olması ile ilgili başvuruda Mahkeme ayrımcılık olmadığına karar vermiştir).

Din mensupları arasında ayrımcılık yapılmıştır

Mahkeme inanç özgürlüğüne ilişkin kararlarda İslam dini mensuplarının aleyhinde olacak şekilde tartışmalı ve çelişkili kararlar vermiştir. Mahkeme *Prais/EC Council* davasında, Musevi başvuruçunun Cumartesi günü sınav yapılmasına ilişkin iddiasını haklı bulmuş ve devletin kamusal alan düzenlemelerinin başvuruçunun inancının gereğini yerine getirmesine engel olmaması gerektiğini belirtmiş; buna karşılık *X/Birleşik Krallık* davasında okul saatinde Cuma namazına giden Müslüman öğretmene işverenin izin vermemesine ilişkin başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.²⁰ Bir de Mahkeme, yerleşik ve nüfusun çoğunluğunun mensup olduğu dini imtiyazlı kabul etmesine (*Wingrove ve Otto Preminger Institut* kararlarına) karşılık *Karaduman-Türkiye* kararında buna ters bir bakış açısıyla azınlıkta kalan inançları çoğunluk dinine mensup olanların baskısından korumak için yasaklamanın meşru amaç güttüğünü belirtmiştir. Mahkeme, *Karaduman* ve *Dahlab* kararlarında başvuruçuların dini bir emri yerine getirmesini, dini emri yerine getirmedikleri takdirde vicdani açıdan zor durumda kalacakları hususuna, yani içsel boyutu [forum internum] ele almadan karar vermiştir.

Başvurular siyasi gerekçelerle reddedilmiştir

Türkiye ile ilgili kararlarda; hemen hepsinde hükümet tezi kabul edilmiş, hükümet tezindeki siyasi boyut, karar gerekçelerinde kullanmıştır. Din özgürlüğü ile ilgili kararlarda (YAŞ kararıyla ordudan atılanlar —*Yanaşık-*

Türkiye, Kalaç-Türkiye—, üniversitede başörtüsü ile ilgili —*Karaduman-Türkiye*— ve *Refah Partisi-Türkiye*) Mahkeme, müdahale ve sınırlandırmanın sözleşmeye aykırı olmadığına karar verirken hükümetin ileri sürdüğü siyasi sebepleri, kabul edilmezlik kararının gerekçesinde kullanmıştır. *Leyla Şahin-Türkiye* kararı bu işin adeta tuzu biberi olmuştur. Bireysel hak ve özgürlüklerin, Anayasa Mahkemesi kararlarındaki gerekçelerin aynen alıntılanarak, yani siyasi gerekçelerle başvurunun reddedilmesi, geniş tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

LEYLA ŞAHİN-TÜRKİYE KARARI

AİHM'in başörtülü üniversite öğrencisi Leyla ŞAHİN'in başvurusunu reddetmesi kararı²¹ kamuoyunda tartışma ve eleştirilere sebep oldu. Yerli ve yabancı kamuoyunda birkaç istisna hariç, bu konu üzerinde kafa yoran uzmanlar için hayal kırıklığı oldu.

Mahkeme her ne kadar Türk Anayasa Mahkemesinin gerekçelerine dayanmışsa da, davacının dini inancı gereği başını örttüğünü ve okula alınmamasında din ve vicdan özgürlüğünü ihlal edildiğini kabul etmektedir. Yani, başvuruçunun başörtüsünü dini inancı gereği örttüğünü, fakat yasaklamayla inanç özgürlüğünün ihlal edildiğini kabul etmektedir.

AİHM açısından sorun bu hakkın kısıtlanıp kısıtlanmayacağı sorunudur. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi başörtüsünün dini inanç gereği takıldığını kabul etmemektedir. Yani hakkın varlığını kabul etmemektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararına dayanan fakat inanç özgürlüğünün ihlalinin varlığını kabul eden AİHM kararı ile başörtüsünün inanç özgürlüğü olduğunu kabul etmeyen Anayasa Mahkemesi kararı arasındaki çelişki iç hukuk açısından açıklanmaya muhtaçtır.

Çünkü, inanç özgürlüğünün varlığının kabulü halinde, AİHS'e göre sınırlama yapılabilirken, Türk Anayasasına göre (m. 15), "din ve inanç özgürlüğü" "olağanüstü hallerde" dahi sınırlanamayacak/dokunulamayacak çekirdek

²⁰ Fatma Benli, "Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi", *Birikimler I*, Da-nışman Yay., İstanbul: 2003, s. 71.

²¹ Leyla Şahin-Türkiye, 44774/98, 29.06.2004 tarihli kararı.

haklardandır. Bu durumda inanç özgürlüğünün bir parçası olan İslâmi başörtüsü takmak yasaklanamayacaktır.

İnanç özgürlüğünü kabul eden AİHM kararı ışığında, açıklanması gereken bir diğer husus da, AİHS'e göre hakların sınırlanması yasa ile düzenlenmelidir. Bu anlamda düzenleyici işlemler, yönetmelik, genelge vs. hususlar da yasa olarak ele alınmaktadır ve dava konusu olayda üniversitenin başörtüsünü yasaklayan yönetmeliği her ne kadar AİHS kapsamında yasa olarak değerlendirilmekte ise de Türk Anayasasında bir hakkın sınırlanmasının ancak kanun ile olabileceği vurgulanmıştır. AİHM kararının inanç özgürlüğünün ihlali niteliği karşısında, iç hukukta bu hakkın kanunla değil yönetmelikle sınırlandırılmış olması anayasaya aykırılık teşkil ettiği hususu da açıklanmaya muhtaçtır.

AİHM'in Leyla ŞAHİN kararına yönelik eleştiriler ise özetle şöyle sıralanabilir;

Mahkeme siyasi bir karar vermiştir

Mahkeme Refah Partisi kararında olduğu gibi siyasi karar vermiştir.²² Bu karar, önceki mahkeme içtihatları ile ele alındığında çelişki arz etmektedir. Türkiye'de, laik üniversite dışında okuma tercihi olmadığı halde, AİHM'nin davacının laik üniversiteye gitmesini ve kurallarını uygulama mecburiyetini vurgulaması anlamsızdır. Laik üniversite dışında alternatif bir üniversite veya eğitim imkanı olmayan başörtülü öğrencinin eğitim hakkı yok sayılmıştır.

Karar gerekçesi olan "demokratik toplumda zorunluluk" kuralı açıklanamamıştır

Kararda, başörtüsünü yasağı uygulamasının, "demokratik toplumda zorunlu" bir uygulama olduğunu ikna edici bir biçimde açıklanamamıştır. Kaldı ki, yasağın uygulanmaya başladığı 1998 yılından önce, öğrencilerin başörtülü olması bir sorun teşkil etmiyordu.

Başvuru sadece din özgürlüğü yönünden incelenmiştir

Başvuruyu sadece din özgürlüğü yönünden incelemesi, buna karşılık özellikle eğitim hakkı, özel hayatın korunması ve düşünce ve ifade özgürlüğü yönünden inceleme yapılmamış olması önemli eksikliklerdir.

Gerekçe temelsiz ve soyut bir iddia olarak kalmıştır

Kararın temel gerekçesini oluşturan "başkalarının hak ve özgürlüğünü koruma, başı açık öğrenciler üzerinde baskı yaratabileceği" gerekçesi temelsiz ve soyut bir iddidir. Çünkü, bunu haklı çıkarabilecek hiçbir veri veya olaya rastlanmamıştır. Buna karşılık varsayım dayanan muhtemel bir tehlike için, somut bir hakkın çiğnenmesine göz yumulmuştur. Özgürlükler, korkulara dayalı ihtimallere kurban edilemez.²³

Devletin bireylere baskısı yerine, bireylerin kamuya baskısı esas alınmıştır

Türkiye'deki üniversitelerde (ve bütün eğitim kurumlarında) başörtüsü yasağı, başı açık olanlara yönelik bir baskı değil, devletin (kamu otoritesini kullananların) bireylerin din, düşünce ve kıyafet tercihi üzerine baskısından kaynaklanmaktadır.

Karar, Türkiye'deki yaşamı dikkate almadan verilmiştir

Türkiye'de başörtüsü takanların başı açık olanlara baskı yaratması iddiası tirajikomiktir. Çünkü, toplum çoğunluğu Müslüman olduğu için evde, sokakta hemen her yerde, kadınların çoğunluğu dini veya kültürel sebeplerle başlarını örterler.

²² Mustafa Erdoğan, "AİHM: Özgürlüğe Evet Ama İslamsız Olursa!", *Tercüman*, 01.07.2004.

²³ Vahap Coşkun, "AİHM Meşruyetini Tehlikeye Attı", *Zaman*, 06.07.2004.

Karar, uluslararası kuruluşların raporlarıyla çelişmektedir

AİHM'nin kararının açıklandığı gün, AİHM'in raporlarına sık sık atıf yaptığı HRW (Human Rights Watch-İnsan Hakları İzleme Örgütü) kamuoyuna açıkladığı ayrıntılı raporuyla, başörtüsü yasağı nedeniyle binlerce kadının eğitim hakkından mahrum kaldığını, yüzlencesinin eğitim kurumlarındaki görevlerini son verildiğini açık bir şekilde ortaya koymuştur.

Sonuç olarak AİHM'in, Müslümanların başvurularında hep devletler lehine karar vermesi, kendi meşruiyetini ve adalet anlayışını tartışılır hale getirmiştir. Her ne kadar, çözümün Türkiye içerisinde olması gerektiğini belirtmişse de aslında AİHM'in bu kararı, Türkiye'yi "bu kadar demokrasi size yeter" anlayışında da olduğu için Türkiye'ye bir çeşit aşağılama olduğu da söylenebilir. Söz konusu kararlar, bazı aktivistleri, "çözüm eğer Türkiye içinde olacak olsa, AİHM'in varlığının amacı nedir" sorusuna yöneliyor ve "başvuruların gereksiz zaman ve emek kaybı olabileceği" görüşüne sevk edebiliyor. Hak arama bilincinin yitirilmesi sonucunu doğuracak böylesi bir anlayışa hizmet etme ihtimali olsa da, AİHM bir hak arama yeridir ve öylece değerlendirilmelidir.

SONUÇ YERİNE

AB ve 28 Şubat

AİHM, Avrupa Birliği'nin (AB) doğrudan organı olmamakla birlikte, AİHS kapsamında verdiği kararlarla, Bakanlar Komitesi ve AB üyelerinin tümünün AİHS'e taraf olması dikkate alındığında çok yakın ilişki içindedir. Türkiye'nin Avrupa Birliğine başvurduğu 1987'den bugüne kadar hazırlanan ve Türkiye'nin siyasal rejimi ile ilgili bütün belgelerde, antidemokratik devlet politikaları ve insan hakları ihlallerinin, en önemli problemlerden birini teşkil ettiği sürekli olarak ve ağırlıklı bahsedilmiştir. 1980'lerin sonundan başlayan Kürt sorunu çerçevesinde ülkenin bir bölgedeki çatışma ortamı, PKK ile mücadele vs nedenlerle sık sık gerçekleşen insan hakları ihlallerinin bunda en önemli rolü oynadığı

kuşkusuzdur. Buna karşılık, 1997'deki "28 Şubat Postmodern Darbesi" sonrası İslamcılara/dindar vatandaşlara karşı artan baskılar, yasaklar, mahrumiyetler kısacası zulmün (ya da insan hakları ihlallerinin) boyutları yerli ve yabancı gözlemciler tarafından bilinmediği herhalde iddia edilemez.

28 Şubat 1997 Milli Güvenlik Kurulu toplantısından sonra yaşanan süreçte, üniversitelerde, liselerde (imam-hatip liseleri dahil) ayrıca kadın memurlar içinde devlet dairelerinde giydikleri başörtüsü yasaklanmış ve bu yasaklar çok katı bir şekilde uygulanmıştır. On binlerce kız öğrenci (ve aileleri) mağdur olmuştur. Kur'an Kurslarına yapılan baskı(n)lar ve kapatmalar, sırf kılık-kıyafeti nedeniyle gözaltına alınanlar, dindar olmaları (veya eşlerinin başörtülü olması) nedeniyle ordudan atılanlar, benzeri nedenlerle sürgün olarak atılması yapılanlar vs. ile toplumun bir kesimine "Topyekun Savaş" ilan edilmiştir.

Türkiye'deki insan hakları ihlallerinden endişe duyduğunu sürekli olarak tekrar eden AB, bunca baskı ve infial yaratan olaylara rağmen bu ihlalleri gündemine yeterince yansıtamadı. Halkın önemli bir kısmının maruz kaldığı yasaklardan ve topyekun savaştan, doğrudan veya dolaylı olarak hiç bahsedilmemiş, tepkisiz kalınmıştır.

Kürt Sorunu'ndan, namus cinayetlerine, Aleviler'in maruz kaldığı olumsuz durumlardan, F tipi cezaevlerine, Heybeliada Ruhban Okulu ve azınlık vakıflarının gayrimenkul sorunundan Çingeneler hakkındaki ayrımcı yasalara kadar birçok konuda ve çoğu zaman da haklı olarak, sorunları belirten ve bu konuda Türkiye'nin yapması gerekenleri açık bir şekilde ortaya koyan AB, konu Türkiye'deki dindar insanlara geldiğinde görmezden gelen tavır sergilediği gözlemlenmektedir. Bu nedenle ki, 28 Şubat 1997 sonrasında AB, Türkiye'deki durumla ilgili, İlerleme Raporları ve Katılım Ortaklığı Belgesi ile bunların yanında, Avrupa Parlamentosu tarafından hazırlanan raporlar, bildirimler ve tartışmalarda Türkiye nüfusunun önemli bir çoğunluğunu teşkil eden dindar Müslümanların mağduriyetlerine değinmemiştir.²⁴

²⁴ Amine Hilal Usul, "AB Belgelerinde Neden Başörtüsü Yok?", *Liberal Düşünce* dergisi.

Peki bu çifte standardın sebepleri ne olabilir?

Kanaatimizce, AB'nin mağduriyet karşısında farklı tepkiler vermesinin (ya da tepki vermemesinin) önemli nedenlerinin biri, AB'nin (Batı'nın) duyduğu İslamofobi (İslam korkusu) olması ihtimalidir. 11 Eylül sonrası iyiden iyiye yükselen Batı'nın İslam'a karşı duyduğu "korkular" ve "önyargılar" olduğunu söylemek herhalde mümkündür. Batının "İslam Korkusu", batı-karşıtı olabileceğini düşündüğü her türlü "*İslâmi yönetim*" modellerine veya bu fikri savunur gibi görünen oluşumlara endişe ile bakmaktadır. Hatta bu grupların demokratik yollarla iktidara gelme ihtimalleri varsa baskıcı, otoriteryen ama dost (!) rejimlerin bu gruplara uygulamış olduğu bastırma, sindirme ve hatta yok etme politikaları görmezlikten gelmekte, üç maymunu oynamaktadır.²⁵

Sonuçta, Batılı güçler, Müslüman ülkelerde "İslâmi yükselmeyi" önlemek için, demokratikleşmeyi feda etmektedirler. AB'nin bu tavrında, "İslâmi" grupların, partilerin, veya kişilerin iktidarı ele geçirince demokrasiyi "zorla kaçıracaklarını" da düşünmektedir. AB, Türkiye'deki İslâmi/dindar/muhafazakar oluşumlara belli bir önyargı (belki de korku ve endişe) ile bakmakta bunların anti-batıcı olabileceğini ve uzun vadede kendi menfaatine zarar vereceğini hesaplamaktadır.²⁶

Sorunun bir diğer cevabı da, bu çifte standardın ikinci nedeni yani "anlatılma sorunu" (ya da anlatamama) olabilir. AB belgelerinde İslâmi kesimlerin seslerinin yankı bulmamış olması bir ölçüde, yeterince veya uygun bir şekilde ulaşılamamış olmasından da kaynaklanıyor. Çünkü, haklı olmak, baskıya uğramak, mağdurların kendini her zaman kolaylıkla veya anlatabileceği, karşı tarafın da bunun otomatik olarak anlayacağı anlamına gelmez.²⁷ Örgütlü ve profesyonel olarak yapılmayan mücadelelerde, haklı olursa dahi, neticesiz kalınabilmektedir. Bu nedenle, dindar vatandaşların haklarını aramak için örgütlenememesi, sonuçta haklı davalarını dünyaya

duyuramamaları da sorunun önemli bir parçasıdır.

Sonuç olarak, Batı dünyası, insan hakları konusunda inandırıcı olmak istiyorsa bu tutarsız tavrını mutlaka terk etmeli²⁸; bunun yansıra Türkiye'deki dindar kesimler de, Batı'nın savunduğu fakat sık sık ihlal ettiği insani değerler ile içinde barındırdığı yabancı düşmanlığını, ahlaki erozyon ve sebep olduğu sömürgecilik, çevre kirliliği, açlık vs. sorunlarını hatırlatmalıdır. ■

Kaynakça

- Arif Emre Öktem; *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yay., Ankara: 2000.
- Fatma Benli; "Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi", *Birikimler I*, Danışman Yay., İstanbul: 2003.
- Feyyaz Gölcüklü-Şeref Gözübüyük; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. bası, Ankara: 2002.
- Mustafa Erdoğan; "AİHM: Özgürlüğe Evet Ama İslamsız Olursa!", *Tercüman* gazetesi, 01.07.2004.
- Osman Doğru; *İnsan hakları Kararları Derlemesi*, C. 3, İstanbul Barosu Yay., İstanbul: 2000.
- Vahap Coşkun; "AİHM Meşruyetini Tehlikeye Attı", *Zaman* gazetesi, 06.07.2004.

²⁵ Usul, a.g.m.

²⁶ Usul, a.g.m.

²⁷ Usul, a.g.m.

²⁸ Usul, a.g.m.