

Din ve Vicdan Özgürlüğü Görünümünde Takdir Marjı Doktrini (İdari Yargı İçtihatlarıyla)

Ezgi KIZILKAYA DOĞRU*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Doktor, Hâkim, ezgikizilkaya@hotmail.com, **ORCID:**0000-0003-2705-6189.

Makale geliş tarihi: 7 Mayıs 2024 **Makale kabul tarihi:** 19 Ağustos 2024

Atıf önerisi: Kızilkaya Doğru, Ezgi, “Din ve Vicdan Özgürlüğü Görünümünde Takdir Marjı Doktrini (İdari Yargı İçtihatlarıyla)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, Ekim 2024, s. 137-180. **DOI:** 10.30915/abd.1480219.

DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ GÖRÜNÜMLERİNDE TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ (İDARİ YARGI İÇTİHATLARIYLA)

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki hukuki normların iç hukuka yerleştirilmesi yani esasları yerleştirme aşaması ve süreç temelli denetim yöntemi ile ulusal otoritelerin sözleşme taahhütlerini yerine getirmesini sağlayabilmek amacıyla yaşanan belge doktrini doğrultusunda ikincillik ilkesini ve bu ilkenin işlevsel bir aracı olan takdir marjına içtihatlarında yer vermiştir.

İçtihadi bir kavram olan takdir marjı doktrini, 24.06.2013 tarihinde imzaya açılan, tüm devletlerin onaylaması ile 01.08.2021 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye değişiklik getiren 15 no.lu protokol ile Sözleşmede metinsel olarak yerini almıştır. Bu protokol ile Sözleşme ve ek protokollerde tanımlanan hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun ikincillik ilkesi gereğince öncelikle sözleşmeciler devletlere ait olduğu ve sözleşmeciler devletlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetleyici yargı yetkisine tabi olan takdir marjına sahip oldukları Sözleşme'nin önsözünün sonuna eklenmiştir.

Takdir marjı kavramı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlere Sözleşme'nin standartlarını uygularken kendi ulusal koşullarını dikkate almaya izin veren takdir ölçüsünü belirtmek için kullanılmaktadır. Sözleşmeciler devletin olgusal durumları değerlendirmede Sözleşmede yer alan hükümleri uygulamada sahip olduğu serbestiyi ifade etmektedir. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf 46 devlet bulunmaktadır. Sözleşmeciler devletlerin dilleri, dinleri, kültürleri, ideolojileri çeşitlilik içermektedir. Bu nedenle sözleşmeciler devletler, din ve inanç özgürlüğü gibi Avrupa konsensüsünün bulunmadığı konularda geniş bir takdir marjına sahiptir. Ancak ulusal makamların takdir marjının denetimi ulusal yargı makamları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetimi ile el ele yürümektedir.

Bu çalışmada birinci bölümde takdir marjı doktrinin terminolojisi, kapsamı ve ilişkili olduğu insan hakları ilkeleri ele alınacaktır. İkinci bölümde ise din ve vicdan özgürlüğü görünümüleri takdir marjı konusu kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'ye ilişkin başvurulardaki içtihatları, Anayasa Mahkemesi ve idari yargı içtihatları ile ele alınacaktır. Böylece ikincilik ilkesi doğrultusunda takdir marjı tanınan din ve vicdan özgürlüğünün görünümüne ilişkin başlıklarda sözleşmecî devlet olarak temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerde, ulusal yargı makamı olarak idari yargı içtihatlarının sözleşmecî devletin yani davalı idarenin taahhütlerini yerine getirip getirmediğini denetleme kriterlerini ortaya çıkarmak amaçlanmaktadır. Zira ikincilik ilkesi ve takdir marjı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ihlalleri önlemekte birincil yükümlülüğü sözleşmecî devletlerin ulusal makamlarına yüklemektedir. Bu nedenle takdir marjı kapsamında ulusal yargı makamı olarak idari yargı içtihatlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının denetimi ile el ele yürüyüp yürümediği ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: takdir marjı, ikincilik ilkesi, dinsel semboller, AİHS, içtihatlar.

THE MARGIN OF APPRECIATION AND VIEWS OF FREEDOM OF RELIGION AND THE CONSCIENCE (WITH ADMINISTRATIVE JURISPRUDENCE)

ABSTRACT

The European Court of Human Rights has included in its jurisprudence the principle of subsidiarity and the margin of appreciation, which is a functional tool of this principle, in line with the living document doctrine, in order to ensure that national authorities fulfill their contractual commitments through the placement of the legal norms in the European Convention on Human Rights into domestic law, that is, the stage of establishing the principles and the process-based control method.

The margin of appreciation doctrine, a jurisprudential concept, was introduced with protocol number 15. It is included textually in the contract. With this protocol, the Convention and protecting the rights and freedoms defined in the additional protocols by the principle of subsidiarity of responsibility, the contracting party must first belongs to the states and the contracting states have a margin of appreciation subject to the Court's supervisory jurisdiction. They are added to the end of the preamble of the Convention.

The concept of margin of appreciation indicates the degree of discretion that allows states parties to the European Convention on Human Rights to consider their national circumstances when applying the standards of the Convention. It refers to the contracting state's freedom to apply the provisions of the Convention in assessing factual situations. Because 46 states are party to the European Convention on Human Rights. The contracting states' languages, religions, cultures, and ideologies are diverse. Therefore, contracting states have a wide margin of appreciation on issues with no European consensus, such as freedom of religion and belief. However, the supervision of the margin of appreciation of national authorities goes hand in hand with the supervision of national judicial authorities and the European Court of Human Rights.

The terminology, scope, and related human rights principles of the margin of appreciation doctrine will be discussed in the first part of this study. The second part will discuss the issue of religious symbols and the margin

of appreciation within the scope of freedom of religion and conscience in the European Court of Human Rights jurisprudence regarding Turkey, the Constitutional Court, and administrative jurisdiction. Thus, it is aimed to reveal the criteria for monitoring whether the administrative jurisprudence, as the national judicial authority, fulfills the commitments of the contracting state, that is, the defendant administration, in the interventions made to fundamental rights and freedoms as a contracting state in matters related to religious symbols, which are granted a margin of appreciation in line with the principle of subsidiarity. Because the principle of subsidiarity and the margin of appreciation impose the primary obligation on the national authorities of the contracting states to prevent violations in the limitation of fundamental rights and freedoms, for this reason, within the scope of the margin of appreciation, it will be discussed whether administrative jurisprudence, as a national judicial authority, goes hand by hand with supervising the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

Keywords: margin of appreciation, principle of subsidiarity, religious symbols, european convention on human rights, jurisprudences.

GİRİŞ

Takdir marjı doktrini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almazken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından doğmuştur. İçtihat enstrümanlarının en tartışılabilirlerinden olan takdir marjı doktrin Mahkeme tarafından kavram olarak açıklanmamıştır^[1]. Takdir marjı kavramı, 24.06.2013 tarihinde imzaya açılan, tüm devletlerin onaylaması ile 01.08.2021 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye değişiklik getiren 15 No.lu Protokolle Sözleşmede yerini almıştır. Buna göre Sözleşme ve Protokollerinde yer alan hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğu ikincillik ilkesi uyarınca öncelikle sözleşmeciler devletlere aittir. Sözleşmeciler devletler bu yükümlülüklerini yerine getirirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetleyici yargı yetkisine tabi bir takdir marjına sahiptir. Takdir marjı kavramı Sözleşmenin önsözünde yerini alsa da kavramın tanımlanması hususunun değiştiği söylenemez. Zira Mahkeme tarafından ya da Sözleşmede takdir marjı kavramı henüz tanımlanmamıştır.

Takdir marjı kavramı, tanımının ve kapsamının belirsizliği nedeniyle ikincillik ilkesi gibi bir ilke olarak yer almaktansa Strazburg içtihatlarında ulusal makamların Sözleşmede yer alan yükümlülüklerini yerine getirirken manevra alanına atıf yapan bir doktrin olarak yer almaktadır^[2]. Takdir marjı doktrininin ise sözleşmeciler devletlerin uluslararası insan hakları sözleşmelerindeki hakların sınırlandırılması halinde sınırlamalara ilişkin seçecekleri yöntemlerde sahip olduğu serbestliği ifade ettiği söylenebilir^[3]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, takdir marjına ilişkin içtihatlarında sıklıkla ulusal makamların, yerel ihtiyaç ve koşullarla ilgili olarak uluslararası

[1] Andrew Legg, *The Margin of Appreciation In International Human Rights Law: Deference and Proportionally*, Oxford, Oxford University Press, 2012, s.15.

[2] Steven Reer, "The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin or Appreciation", *UCL Human Rights Review*, Sayı 3, 2010, s.2.

[3] Yutaka Arai, *The Margin of Appreciation Doctrine and The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp/Oxford/New York: Intersentia, 2002, s.2-3.

yargıca göre doğrudan bir demokratik meşruiyete ve daha iyi bir konuma sahip olduklarını vurgulamaktadır^[4].

Takdir marjı doktrini, 01.08.2021 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye değişiklik getiren 15 No.lu Protokolde “margin of appreciation/marge d’appréciation” olarak, 15 No.lu Protokolün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin internet sitesinde yer alan Türkçe çevirisinde takdir alanı^[5], Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Terimler Sözlüğünde^[6] takdir payı, Türkçe literatürde ise takdir alanı^[7], takdir marjı, takdir payı, takdir yetkisi^[8], takdir hakkı gibi kelimelerle ifade edilmektedir. Ulusal yayınlarda terim birliği bulunmamakla birlikte söz konusu doktrin takdir alanı, takdir marjı ve takdir payı ifadeleri kavramını karşılarken bu ifadelerden yargı organlarınca sıklıkla kullanılan takdir hakkı ve takdir yetkisi “margin of appreciation” kavramını karşılamamaktadır^[9].

15 No.lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin önsözüne içtihatlarında da yer aldığı şekilde “margin of appreciation/ marge d’appréciation” kavramı ile yazınsal görünümüne büründüğü göz önüne alındığında “margin” kelimesine karşılık gelen kelimenin “marj” olması ve bu kelimenin Türk Dil Kurumu tarafından da kabul edilmesi nedeniyle bu çalışmada Şirin’in de tercih ettiği gibi marj kelimesinin kullanılması tercih edilecektir.

-
- [4] Emre Birden, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Yükümlülükler Aykırı Tedbirler Alabilme Yetkisinin Sınırı Olarak Keyfilik Yasağı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 5, Sayı 10, 2016, s.420.
- [5] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin internet sitesinde yer alan Türkçe çevirisi, Erişim Tarihi:14.04.2024 https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, B.T: 05.05.2024.
- [6] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Terimler Sözlüğü, Erişim Tarihi:14.04.2024, <https://rm.coe.int/168070c41e>.
- [7] Sibel İncoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Ek Kitapları Serisi-4*, Avrupa Konseyi, 2018, s.23.
- [8] Ümit Kılıç, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Sınırlamanın Dar Yorumu İlkesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, 2020, s.599.
- [9] Tolga Şirin, “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2013, s.361.

I. TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından doğan takdir marjı doktrinin kapsamı insan hakları alanında sıklıkla sorun olarak görünmektedir. Sözleşme'nin uygulanmasında kendi rolünü ve Sözleşme'nin düzenlediği hakların içeriğini ve sözleşmecî devletlerin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin kapsamını tespit ederken takdir marjı doktrinine başvuran Mahkemenin özellikle politik çatışma alanlarında ya da din, ahlak gibi hassas alanlarda sözleşmecî devletlerin tepkisini çekmemek için başvurması bu doktrini inceleyen her yazarın haklı olarak doktrinin uygulanmasında açıklık olmamasından yakınmasına ve farklı sistemlerle konuyu ele almalarına neden olmaktadır^[10]. Hasan Tahsin Gökcan'a göre ikincillik ilkesi, devletlerin egemenlik yetkilerine saygı ilkesi ve Sözleşme hükümlerinin yerel gereklilikler dikkate alınarak uygulanması hususu takdir marjı doktrinin en önemli dayanaklarıdır. Tolga Şirin tarafından ise Sözleşme sisteminin devamını sağlama ihtiyacı, kendi kendini sınırlama ilkesi, yaşayan belge enstrümanı ve ortak Avrupa konsensüsünün olmadığı durumda kültürel göreceliliğe imkân tanıma ihtiyacı da takdir marjı doktrinine dayanak olarak gösterilebilir^[11].

A) AVRUPA KONSENSÜSÜ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi henüz öngörülebilir, belirli ve etkili bir Avrupa konsensüsü standardı oluşturamamıştır. Ancak içtihatlar incelendiğinde Avrupa konsensüsünün, Sözleşme sisteminin temelini oluşturan kolektif yaklaşımın gerektirdiği ortak zemini ve Sözleşme ile ulusal hukuk sistemleri arasındaki etkileşimi ifade ettiği söylenebilir^[12]. Avrupa konsensüsü kısaca bir konu hakkında Avrupa Konseyi üyesi devletlerde fikir birliği olarak tanımlanabilir. Mahkeme tam bir uzlaşma aramamaktadır. Belli yönde eğilimi yeterli görmektedir. Örneğin X, Y ve Z/Birleşik Krallık davasında sözleşmecî devletlerde cinsiyet değişikliğinin

[10] Ali Rıza Çoban, "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s.190.

[11] Şirin, *op.cit.*, s.379.

[12] Egemen Esen, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Ulusal Makamlarla İlişkisi: Sorumluluk Paylaşımı", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı*, 2020, s.301.

yasal olarak tanınması yönünde eğilim tespit ettiğini belirtmiştir^[13]. Bununla birlikte bir konu hakkında Avrupa konsensüsü mevcut ise uygulama veya mevzuatıyla konsensüs dışında kalan sözleşmeci devlete öğretide “kara koyun” denilmektedir^[14]. Sözleşmeci devletlerden uygulama veya mevzuatıyla farklı kaldığı için bir topluluk içerisinde farklılık olarak kara koyun simgesi taşıyan bu sözleşmeci devletin durumu o alanda Avrupa konsensüsü olmadığı anlamına gelmez.

AİHM, Sözleşme'nin yaşayan bir belge olması nedeniyle günün koşulları ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte insan haklarının korunması bakımından zamanla daha yüksek standartlara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, demokratik toplumların temel değerlerine aykırılığı değerlendirirken daha katı tutum sergilemektedir. Mahkeme, aslında bir bakıma sözleşmeci devletlerin Sözleşmeyi uygularken ne ölçüde takdir marjından yararlanabileceğini belirlemeyi amaçlamaktadır^[15]. Mahkeme önüne gelen başvuruya ilişkin konuda sözleşmeci devletler arasında ne ölçüde fikir birliği ya da ortak zemin olduğuna bakmaktadır. Avrupa konsensüsünün olmadığı durumlarda takdir marjı genişlemektedir. Bu durumda Mahkemenin Sözleşme'nin ihlal edilmediğini tespit etme ihtimali yükselmektedir. Öte yandan Avrupa konsensüsünün varlığı halinde ise takdir marjı daralacak ve bu defa Mahkemenin Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit etme ihtimali artacaktır^[16].

B) İKİNCİLLİK

İkincillik yani subsidiarite, kökeni Latince askeri bir terim olarak ihtiyat birliği gibi kavramlar için kullanılan temelde yardım etmek, desteklemek

[13] AİHM, X., *Y. ve Z./Birleşik Krallık*, No 21830/93, 22 Nisan 1997.

[14] Luzius Wildhaber, Arnaldu Hjartarson, Stephen Donnelly, “No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, Cilt 33, Sayı 7, 2013, s.260.

[15] Ali Bal, “Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve Aihm İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 2, 2019, s.68-69.

[16] Wildhaber, Hjartarson, Donnelly, *op.cit.*, s.250.

anlamına gelmektedir^[17]. İkincilik ilkesi ilk kez sözleşmecî devletlerin 2000 yılında Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın kabulü ile resmen insan hakları belgelerine taşınmıştır^[18]. Yakın dönemde daha da gelişerek takdir marjı doktrini ile birlikte 15 no.lu Ek protokolle yazınsal düzenlemeye kavuşmuştur. 15 no.lu Ek Protokolün ön sözünde sözleşmecî devletlerin, 18-19 Şubat 2010 tarihinde Interlaken'da, 26-27 Nisan 2011 tarihinde İzmir'de ve 19-20 Nisan 2012 tarihinde Brighton'da düzenlenen konferanslarda kabul edilen deklarasyonları dikkate alarak ve Mahkemenin Avrupa'da insan haklarının korunmasındaki egemen rolünü sürdürebilmesinin temini ihtiyacını değerlendirerek Mahkemenin denetleyici yargı yetkisine tabi bir takdir marjına sahip oldukları konusunda mutabık kaldıkları yer almaktadır. Böylece çalışmanın başında da belirtildiği üzere ikincilik ilkesi de takdir marjı doktrini ile birlikte normatif görünüme 15 no.lu protokolün 1. maddesi ile kavuşmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıci Robert Spano'ya göre Mahkeme ikincilik ilkesi çağına girmiştir. Spano, ikincilik ilkesinin ve takdir marjının sözleşmenin önsözüne eklenmesiyle birlikte son yıllarda Mahkeme için daha sağlam ve tutarlı bir ikincilik kavramı geliştirmesi için önemli bir teşvik yaratıldığını ileri sürmektedir^[19].

İkincilik ilkesi, AİHM içtihatlarında ilk defa 1968 yılında Belçika dil davası kararında karşımıza çıkmaktadır. Bu kararda Mahkeme, ikincilik ilkesi gereğince kendisini yetkili ulusal makamların yerine koyamayacağını ve ayrımcılığın keyfi gerekçelere dayanıp dayanmadığını incelerken toplum hayatına belirginlik kazandıran yasal ve toplumsal gerçekleri göz ardı edemeyeceğini belirtmiştir^[20]. Sözleşme tarafından tesis edilen koruma mekanizması insan haklarını koruyan ulusal sistemlere göre ikincil niteliktedir. Sözleşme, her bir sözleşmecî devlete içerdiği hak ve özgürlükleri ilk elden güvence altına alma görevini bırakmaktadır. Mahkeme ancak ikincil

[17] Ömer E. Egeligi, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2021, s.4.

[18] Derya Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini*, Ankara, Turhan Kitapevi, 2019, s.25.

[19] Robert Spano, "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review*, Cilt 14, Sayı 3, 2014, 490-491.

[20] AİHM, *Belçika Eğitim Dili Davası/Belçika*, No:1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, §. 10, 23 Temmuz 1968

olarak tüm iç hukuk yolları tüketildikten sonra müdahil olur^[21]. İkincilik ilkesi açısından iç hukuk yollarının tüketilmesi usuli bir boyuttur. İkincilik ilkesini gerçekleştirmek için esasa ilişkin boyut ise takdir marjı doktrini bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkemenin ikincil yetkisinin görünümü takdir marjı doktrinidir^[22]. Mahkeme sözleşmecî devletleri belli bir takdir marjından yararlandırırken ikincilliği sağlamaktadır. Bununla birlikte takdir marjı, sözleşmecî devletlerin yükümlülükleri ile egemenliklerini dengelemeye de araç olmaktadır^[23].

C) ORANTILILIK

Orantılılık, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvuru olan önlem ile ulaşılmak istenilen amaç arasında olması gereken ölçüdür. Başka bir ifadeyle orantılılık temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması ile elde edilecek genel yarar ile hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasından doğan kişisel zarar arasındaki denge olarak ifade edilebilir^[24]. Strazburg organları tutarlı bir şekilde orantılılık ilkesinin, bireyin temel hak ve hürriyetleri ile genel kamunun menfaati yani bu iki zıt çıkar arasındaki adil ve makul dengenin sağlanması için yapılacak hesaplamanın doğasında olduğunu savunmuştur^[25]. Hukukumuzda orantılılık kavramı, ölçülülük kavramının alt başlığı olarak karşımıza çıkmaktadır. 1982 Anayasası'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeyi bünyesinde barındırmaktadır. Elverişlilik, öngörülen müdahalenin amacı gerçekleştirmeye elverişli olması anlamına gelmektedir. Gereklilik, amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, orantılılık ise bireyin hakkına

[21] AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, No:5493/72, Ş. 48, 07 Aralık 1976.

[22] Matthew Saul, "The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments", *Human Rights Law Review*, Cilt 15, Sayı 4, 2015, s.749.

[23] Egemen Esen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2020, s.103.

[24] Doğru, *op.cit.*, s.12.

[25] Arai, *op.cit.*, s.14.

yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir^[26]. AİHM içtihatlarında elverişlilik açıkça bulunmasa da sınırlama ile seçilen aracın meşru amaçla orantılılığını incelemektedir^[27].

Temel hak ve özgürlüklerin sözleşmecî devletler tarafından sınırlandırılması halinde sınırlandırmanın temel hak ve hürriyetin ihlaline neden olup olmadığı hususunda orantılılık denetimi yapılmaktadır. Bu durumda orantılılığı çevreleyen mantıksal sorunlardan biri insanlar için optimal koruma seviyesinin nasıl belirleneceğidir. Koruma standardı uluslararası kuruluşlar tarafından önceden belirlenmişse cevap oldukça basit olabilir ancak uluslararası bir standardın olmadığı durumlarda cevap çok daha zordur. Takdir marjı doktrini tam da burada kendini göstermektedir^[28]. Bu nedenle uluslararası insan hakları hukukunda orantılılık ilkesinin doğru bir tasvirini sağlamanın anahtarı takdir marjı ile ilişkisinin anlaşılmasına bağlıdır^[29]. Bu yönüyle orantılılık, devletlerin takdir marjını aşırıp aşmadığının tespit edilmesinde Mahkemenin kullandığı bir araçtır^[30]. Bununla birlikte insan haklarının etkili korunması ilkesiyle yakın ilişki içerisindeki orantılılık ilkesi takdir marjının aşırı geniş kullanımına karşı en güçlü siperi oluşturmaktadır^[31].

[26] Anayasa Mahkemesi, 11 Nisan 2012 Tarih ve E.2011/111, K.2012/56 sayılı 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan ibarenin iptali istemine ilişkin kararı, 05 Mayıs 2016 Tarih E. 2016/16, K.2016/16 sayılı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 63. maddesiyle değiştirilen 143. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "verilecek ceza yarı oranında artırılır." ibaresinin iptali istemine ilişkin kararı.

[27] Esen, *op.cit.*, s.114.

[28] Enzo Cannizzaro, "Proportionality and Margin of Appreciation in the Whaling Case: Reconciling Antithetical Doctrines?" *The European Journal of International Law*, Sayı 4, 2016, s.1068.

[29] Legg, *op.cit.*, s.177.

[30] Erdoğan Keskin, "AİHM'nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, Sayı 3, 2020, s.1390.

[31] Dean Spielmann, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", *Cambridge Yearbook Legal Studies*, S.14, 2012, s.409.

Yutaka Arai Takahashi orantılılık ile takdir marjı arasındaki bağlantıyı madeni paranın iki yüzü olarak betimlemektedir^[32]. Çünkü takdir marjı ile orantılılık arasında ters ilişki söz konusudur. Yani orantılılık denetiminin yoğunlaştığı anda takdir marjı daralır, orantılılık denetiminin esnediği anda ise takdir marjı genişler.

Marjın dar olduğu anlarda Mahkemenin Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar verme olasılığı yüksektir. Jan K. bu durumu şöyle bir metaforla anlatmaktadır: Marj burada sıırıkla atlama yarışmasındaki sıırık gibi çalışır. Mahkeme çıtayı sözleşmeci devletin ihlalden kaçınması için aşması gereken belirli bir yüksekliğe koyar. Dar bir marj söz konusu ise zor bir sıırçrama, geniş bir marj söz konusu ise kolay bir sıırçrama olacağı açıktır^[33].

D) DEMOKRATİK TOPLUMDA GEREKLİLİK

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan hak ve özgürlüklere sözleşmeci devlet tarafından yapılan bir müdahale, zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca cevap veriyorsa ve özellikle, izlenen amaçla orantılıysa ve ulusal makamlarca müdahaleyi haklı kılmak için ileri sürülen gerekçeler ilgili ve yeterli ise, meşru amaç bakımından demokratik bir toplumda gerekli olarak görülebilecektir^[34].

Müdahalenin gerekli olup olmadığına ilişkin son değerlendirme Sözleşme'nin gereklerine uygunluğu ortaya çıkarmak için Mahkeme'nin incelemesine tabidir. Bu bağlamda yetkili ulusal makamlara bir takdir marjı bırakılmalıdır. Bu marjın aralığı değişmekle birlikte Sözleşme hakkının birey açısından önemi, müdahalenin niteliği ve müdahale ile izlenen amaç gibi bazı faktörlere dayanır^[35]. Tehlikede olan hakkın, bireye sıkı sıkı bağlı veya asli hakları etkili kullanması için önemli olduğu hallerde takdir marjı, daha dar olmaya eğilimlidir. Bir bireyin varlığı veya kimliğinin özellikle

[32] Arai, *op.cit.*, s.14.

[33] Jan Kratochvíl, "The Inflation of The Margin of Appreciation by The European Court Of Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Cilt 29, Sayı 3, 2011, s.329.

[34] AİHM, *Coster/Birleşik Krallık*, No:24876/94, § 104, 18 Aralık 2001.

[35] AİHM, *S.ve Marper/Birleşik Krallık*, No 3056204, §.101-102, 04 Aralık 2008.

mühim bir yönünün tehlikede olması halinde ise devlete tanınan takdir marjı sınırlanacaktır^[36].

II. TAKDİR MARJI, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÖRÜNÜMLERİ

A) DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğunu düzenlemektedir. Bu hakkın kapsamında din değiştirmenin, tek başına ya da toplu olarak, kamuya açık ya da kapalı olarak ibadet etmenin ve dinini veya inancını açıklamanın da bulunduğunu belirtmektedir. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün önemi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında demokratik bir toplumun temellerinden biri olarak sıkça vurgulanmıştır. Zira din özgürlüğü, inananların kimliklerini ve hayatlarını oluşturmada oldukça önemli bir faktördür^[37]. Vicdan özgürlüğü, herhangi bir durumda bireye düşünce aşılamanın ya da dayatmanın önlenmesi anlamına gelir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında düşünce ve vicdan bendine oranla din bendine daha çok başvuru yapıldığı söylenebilir^[38].

Düşünce, bireyin içsel yaşamında yani ruh dünyasında yer aldığı sürece düzenlenemez ve sınırlandırılmaz. Vicdan ve inanç da mutlak olmakla birlikte devlet tarafından dokunulamaz^[39]. Bu nedenle düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün iç boyutunda takdir marjından söz edilemez. Dış boyutunda ise topluca ya da tek başına, aleni ya da kapalı olarak inancını veya dinini dışa

[36] AİHM, *Sabanchiyeva/Rusya*, No:38450/05, §. 134, 06 Haziran 2013.

[37] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 9. Madde rehberi, *Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü*, Avrupa Konseyi, 2015.

[38] Sabahattin Nal, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı 4, 2002, s.69.

[39] Zeki Hafizoğulları, "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Tarafı Olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Laiklik, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 70, Sayı 1, (2012), s.165.

vurma özgürlüğünde^[40] ise sınırlandırma sebepleri bulunduğu takdir marjından söz edilebilir. Bir inancın 9. madde korumasından faydalanabilmesi için ciddi bağlılık ve önem seviyesi ve belirli bir ikna ediciliğe sahip olması gerekmektedir. Yani inanç, insan yaşamı ve davranışının önemli ve temel bir yönüne ilişkin olmalı ve Avrupa demokratik toplumunda korunmaya değer addedilmelidir^[41].

Dünyada birçok din ve bu dinlere bağlı çok sayıda mezhep bulunduğu demokratik bir toplum gereği herkesin inancına saygı gösterilmesini sağlamak için bu din veya inancı açıklama özgürlüğüne ve ibadete sınırlandırmalar getirilmesi mümkündür. Bu nedenle Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. fıkrası din veya inancı açıklama özgürlüğünün sınırlama sebeplerine yer vermektedir. Buna göre 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. AİHM, sözleşmeciler devletlere bu konuda bir takdir marjı tanımakla birlikte takdir marjı ile el ele yürüyen denetim ile din veya inanç açıklama özgürlüğüne getirilen müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemektedir. Burada ispat yükü sözleşmeciler devlet üzerindedir. Yani sözleşmeciler devletin din veya inanç açıklama özgürlüğüne takdir marjı kapsamında yaptığı bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli bir müdahale olduğunu ispatlayabilmesi gerekmektedir. Uygulamada bu ölçütlere göre yapılan sınırlandırmanın bir sosyal ihtiyacı karşılaması veya gidermesi gereklidir. AİHM çeşitli kararlarında sınırlandırma hususundaki bu ölçütlerin saptanması ve uygulanmasında devletin bir takdir marjı bulunduğunu da vurgulamaktadır. AİHM'e göre 9. maddenin ikinci fıkrasının belirlediği ölçüt ve koşulların delillerinin gerekçeleriyle gösterilmesi gerekmektedir. Zira sadece kanundaki sözcüklerin tekrar edilmesinin delil ya da gerekçe olduğundan söz edilemez^[42]. Bu müdahale acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermeli, güdülen meşru amaçla orantılı olmalı, ilgili ve yeterli nedenlerle gerekçelendirilmelidir.

[40] Osman Doğru, Atilla Nalbant, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, Cilt:1, Ankara, Avrupa Konseyi, 2012, s.121.

[41] AİHM, *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık*, No:7511/76, Ş. 36, 25 Şubat 1982.

[42] Sulhi Dönmezer, "Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü", *Erdem İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, Cilt 15, Sayı 42, 2005, s.3.

Gereklilik testi uygulanırken yani sözleşmeci devletlere tanınan takdir marjı değerlendirilirken bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olarak haklı gösterilip gösterilemediği hususu dikkate alınmalıdır. Toplumların içinde dinsel olguya bakış farklılıkları olduğu gerçeğini dikkate alan Mahkeme, demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesinde sözleşmeci devletlere geniş bir takdir marjı tanımaktadır^[43]. Mahkeme, sözleşmeci devlet tarafından ileri sürülen gerekçenin bazı kökten dinci akımların başka dinlere mensup olan veya dini vecibelerini yerine getirmeyen kişilere baskı uygulamasını engelleme ihtiyacına dayandığı hallerde de sözleşmeci devletlere takdir marjı tanımaktadır^[44]. Buradaki takdir marjının kaynağı bir dini yapıdan kaynaklanmamakta bilakis o yapının ülkede bir baskı tehdidi oluşturma ihtimalinden kaynaklanmaktadır.

Mahkeme, orantılılık incelemesi yaparken bir temel hak ve özgürlüğe müdahalenin gerekliliği ve içeriği hususunda sözleşmeci devletlere belirli bir takdir marjı tanımaktadır. Demokratik bir devlette, devlet ve dinler arasındaki ilişkilerde siyasi sorunlar oluştuğunda ulusal makamlara takdir marjı tanınması önemlidir. Zira AİHM, din veya inancı açıklama hakkına yönelik bir sınırlamanın gerekli olup olmadığı konusunda karar vermesi için sözleşmeci devletlere geniş bir takdir marjı tanımaktadır. Belirli bir konuda takdir marjının genişliğini belirlemek için Mahkeme, somut olaya özgü meselenin yanı sıra Sözleşme'nin 9. maddesinin kapsamına giren genel meseleyi, yani demokratik bir toplumun yaşaması için hayati önem taşıyan gerçek dinsel çoğulculuğu korumanın gerekliliğini de göz önünde bulundurmaktadır^[45]. Ancak bireylerin kendi kişisel otonomileri kapsamında aldıkları din güdümlü kararlar söz konusu olduğunda sözleşmeci devletin takdir marjı daralmaktadır.

[43] Bengü Merve Derin Türkoğlu, "İnanç Özgürlüğünün İç Boyutu", *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, Cilt:5, Sayı 8, 2022, s.128.

[44] AİHK, *Şeyma Karaduman/Türkiye*, No:16278/90, 03 Mayıs 1993.

[45] AİHM, *S.A.S/Fransa*, No:43835/11, Ş. 157, 01 Temmuz 2014.

B) DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNDE TAKDİR MARJİ GÖRÜNÜMLERİ

1- Genel Olarak

Farklı anlamları taşıma özelliğine sahip iletişim araçları din ve vicdan özgürlüğünün görünümüleri olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bu görünümeler bazı topluluklarda kutsal çağrıştırmakta bazı topluluklarda ise kimlik görünürlüğü şeklinde ortaya çıkarak kendilerinden her bahsedildiğinde farklı çağrışım yapma özelliğine sahiptir^[46]. Din ve vicdan özgürlüğü görünümüleri aslında tartışma alanına kamusal alan ile birlikte girmektedir. Kamusal alanda devlet otoritesinin yansımaları olarak dinsel bir simge kullanıldığında laik ve ideolojik arasındaki ilişki ivme kazanmaktadır. AİHM, kamusal alanlarda dini simgelerin kullanılması konusunda konsensüs olmadığını belirterek sözleşmeciler devletlere takdir marjı tanıırken diğer taraftan da demokratik toplumda gereklilik yorumunda diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması hususunu göz önüne almakta ve laiklik ilkesine bağlı kalmaktadır. Ancak bu konu hakkında sözleşmeciler devletler tarafından geliştirilen politikalar ulusal geleneklere bağlı olarak çeşitlilik gösterdiğinden takdir marjı doğal olarak genişlemektedir^[47].

2- Kıyafetler

Din ve vicdan özgürlüğünün dışsal boyutu kişinin düşüncesini, inancını ve dinini dışa vurma şeklidir^[48]. Dini hayatının başlıca bir ilkesi haline getiren bir kişi bu inancı namaz kılmak, topluca namaz kılmak, ayinlere katılmak gibi diğerlerinin yanı sıra dini semboller ve kıyafetler giyerek başkalarına iletebilir. İnsanlar başörtüsü takarak ya da buna benzer dini sembollerini vücutta kullanarak din ve inançlarını dışa vurmada bunları araç olarak kullanabilir^[49]. Başörtüsü takmanın bir ibadet şekli mi veya kültürel bir gereklilik mi ya

[46] Hayrettin Kurt, “İnanç Özgürlüğü Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımının Mukayeseli Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt17, Sayı 1-2, 2013, s.203.

[47] Ali Baltacı, “Avrupa Okullarında Dini Simgelerin Yasallığı”, *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, Sayı 21, 2017, s.45-80.

[48] AİHM, *Kokkinakis/Yunanistan*, No:14307/88, §. 17, 25 Mayıs 1993.

[49] Doğru, *op.cit.*, s.47.

da dini bir gereklilik mi olduğuna kişinin kendisi karar verecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Ranjit Singh/Fransa* başvurusunda verdiği kararda dinsel bir sembolün toplumda nasıl algılandığı konusunun ulusal makamların takdir marjında olduğunu belirtmiştir^[50]. Danıştay söz konusu içtihadı atıf yaptığı kararında başörtüsünün kuvvetli dış sembol veya pasif dış sembol olarak sayılmasının, toplumların yapısına göre nasıl algılandığına göre değişeceğini ve bu belirlemenin ulusal makamların takdir marjına bırakıldığını belirtmiştir^[51]. Aktif güçlü dış sembol, bireyleri bir dine inanmaya zorlamak ya da ikna edici yöntemlerle bir dini benimsetmeye çalışmak anlamına gelmektedir. Bu durumda inanmayan bireyler ise dışlanmaktadır. Pasif dış sembolün ise bir dine inanmaya zorlama ya da bir dini benimsemeye ikna etmeye çalışma gibi özelliği yoktur^[52].

Üniversite diploması üzerinde başörtülü bir fotoğraf kullanmak isteyen başvurucunun bu isteğinin reddedilmesi üzerine yapılan başvuruda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, kılık kıyafete ilişkin düzenlemelerin üniversitenin cumhuriyetçi, laik niteliğini koruma amacını güttüğünü, başvurucunun okula kayıt yaptırırken bu koşuldan haberdar olduğunu, sözleşmecî devletin takdir marjına sahip olduğunu ve 9. madde kapsamında bir müdahale oluşturmadığını belirtmiştir^[53].

Fransa'da kamuya açık yerlerde yüzün gizlenmesi için tasarlanmış giysilerin giyilmesi üzerindeki yasağa ilişkin yasal düzenleme hakkında yapılan başvuruda AİHM, birlikte yaşamının koşullarını güvenceye alma amacı taşımasından ötürü haklı olarak kabul edilebileceğini, Avrupa'da kamuya açık yerlerde peçe takılmasının yasaklanmasının gerekip gerekmediğine ilişkin bir konsensüs bulunmadığını, demokratik bir toplumda düşüncelerin çok farklılaşabileceği genel politikaya ilişkin meselelerde sözleşmecî devletin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. Bahse konu olayda davalı

[50] AİHM, *Ranjit Singh/Fransa*, No:27561/08, 30 Haziran 2009.

[51] Danıştay İkinci Dairesi, 02 Kasım 2017, E.2016/10078, K.2017/6692 sayılı kararı. (www.uyap.gov.tr)

[52] Ömer Sarıaslan, "Kamusal Alanda Dini Semboller: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Tarafsızlık adına Ayrımcılık", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 2, 2023, s.1061.

[53] AİHK, *Karaduman/Türkiye*, No:16278/90, 03 Mayıs 1993.

sözleşmeci devlete tanınan takdir marjının genişliği dikkate alındığında, Mahkeme ilgili yasağın taşınılan amaçla diğer anlamıyla başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasının bir parçası olarak birlikte yaşamının koşullarının sağlanmasıyla orantılı görerek sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir^[54]. Fransa'dan sonra Belçika da yüzü tamamen veya kısmen kapatan kıyafetlerin giyilmesini kamuya açık alanlarda yasaklamıştır. Söz konusu yasak burka yasağı olarak bilinmektedir. Bu konuda yapılan başvuruda Mahkeme, benzer şekilde demokratik toplumda birlikte yaşam sürdürebilmek için müdahalenin gerekli olduğunu ve sözleşmeci devletlerin ülkelerindeki yerel politik koşulları ve ihtiyaçları mahkemeden daha iyi bilebileceklerinden ötürü sözleşmeci devlete takdir marjı tanımıştır^[55]. Mahkemenin sözleşmeci devletler tarafından dini sembollere ilişkin getirilen sınırlamaları incelerken sözleşmeci devletlere geniş takdir marjı tanımakla birlikte işin esasına girmekten kaçınmakta ve defansif tutum sergilediği söylenebilir^[56].

Ehliyetteki fotoğrafın başının açık olması gerektiğine ilişkin düzenlemenin din ve vicdan özgürlüğüne müdahale ettiğinden bahisle yapılan başvuruda AİHM, ehliyet başvurusu sırasında sarıkların çıkarılmasının kamu güvenliği açısından gerekli olduğu ve süreklilik arz etmediğini dikkate alarak bu tür kontrollerin uygulanmasına ilişkin detaylı düzenlemelerin sözleşmeci devletin takdir marjında bulunduğu sonucuna varmıştır^[57].

Erkek bir görevli tarafından Marakeş'teki Fransa Baş konsolosluğunda yapılan kimlik kontrolünde başörtüsünü çıkarması istenilen başvurunun bunu reddetmesi nedeniyle kendisine Fransa vizesi verilmediği ve din özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruda AİHM, baş örtüsünün kamu güvenliği için kısa süre çıkarılması gerektiğinden bahisle sözleşmeci devletin takdir marjı alanında hareket ettiğini belirtmiştir^[58]. AİHM, başvurunun başörtüsünü sadece bir kadının önünde çıkarılması yönündeki talebinin reddini de sözleşmeci devletin takdir marjı kapsamında

[54] AİHM, *S.A.S/Fransa*, No:43835/11, §.155-157, 01 Temmuz 2014.

[55] AİHM, *Dakir/Belçika*, No:4619/12, §. 59-60, 11 Temmuz 2017.

[56] Doğru, *op.cit.*, s.176.

[57] AİHM, *Shingara Mann Singh/Fransa*, No:24479/07, 13 Kasım 2008.

[58] AİHM, *El Morsli/Fransa*, No:15585/06, §. 2, 04 Mart 2008.

görmekle birlikte orantısız da bulmamıştır. Mahkeme burada orantısız bir müdahale olmadığını belirtmişse de bir orantılılık gerekçesi de ortaya koyamamıştır. Zira burada sarığını kısa süreliğine çıkarmak istemeyen erkek ile başörtüsünü çıkarmak istemeyen kadın arasında oldukça fark bulunmaktadır. Şöyle ki kadınların dini inancı gereği başörtüsü kullanma sebebi karşı cinse haram olduğuna inandıkları saçlarını örtmek istemeleridir. Bu nedenle meselenin bir kadın görevli ile çözülebileceği göz önüne alındığında söz konusu müdahalenin orantılı olduğundan çok da söz edilemez. Burada orantılılığın takdir marjı ile el ele yürütüldüğünden bahsetmek pek de mümkün değildir. Takdir marjı orantılılık el ele yürütmesi gerekirken Erkan Duymaz bu durumu isabetli olarak takdir marjının adeta orantılılık ile etkisizleştirilmesi olarak nitelendirmiştir^[59]. Bu durum aynı zamanda takdir marjı doktrinine getirilen eleştirilerden biri olan AİHM'nin içtihatlarında takdir marjı arkasında çifte standart olup olmadığı eleştirisini akla getirmektedir.

Türkiye'de üniversitelerde uygulanan baş örtüsü yasağına ilişkin yapılan başvuruda AİHM, bir dinin veya inancın kamusal alanda dışa vurulması konusunda Avrupa konsensüsünün bulunmadığını ve bu nedenle dini sembol kullanımına ilişkin düzenlemelerin ülkeden ülkeye değişiklik göstermesi nedeniyle bu tür kuralların kapsamı ve biçimine ilişkin tercihin kaçınılmaz olarak sözleşmecî devletlerin takdir marjı içerisinde olduğunu belirtmiştir. Ancak buradaki takdir marjı da şüphesiz Mahkemenin denetimindedir. Mahkeme, takdir marjının denetiminde ulusal makamlar tarafından alınan önlemlerin haklı ve orantılı olup olmadığını incelemektedir. Mahkeme, bahse konu olayda takdir marjını sınırlarken demokratik bir toplum için gereklilik kapsamında kamu düzenini, başkalarının hak ve özgürlüklerini ve dini çoğulculuğu koruma hususlarını önemsemektedir^[60]. Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sınırlama nedenlerinin uygulanması esnasında, Mahkemenin her sözleşmecî devletin kendine özgü koşullarını, hukuk sistemleri arasındaki bazı temel farklılıkları göz önüne alması nedeniyle, benzer olaylarda farklı sonuçların ortaya çıkması mümkündür.

[59] Erkan Duymaz, "Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlili", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 64, Sayı 4, 2015, s.1140.

[60] AİHM, *Leyla Şahin/Türkiye*, No:44774/98, Ş. 110, 19 Kasım 2005.

Mahkeme burada Türkiye’de demokratik toplumun sürekliliğinin sağlanması açısından laiklik ilkesinin korunması amacıyla alınan tedbirin gerekli olduğuna ve Türkiye’nin takdir marjı içerisinde hareket ettiğini belirtmiştir. Zira laiklik ilkesi Türkiye’de anayasal sistemin temel değeridir^[61]. Anayasa Mahkemesi de kişinin dinini açıklama özgürlüğünün, laiklik ilkesinin Devlet’in demokratik değerlerinin garantörü olarak oynadığı rolün savunulması amacıyla sınırlanabileceğine karar vermiştir. Laiklik, özgürlük ve eşitlik prensiplerinin kesişme noktasıdır. Laiklik aynı zamanda bireylerin aşırı uçlardaki hareketlerce uygulanan dış baskılardan korunmasına da yardımcı olur. Devlet’in bağımsız hakem olma rolü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 9. madde kapsamındaki içtihatlarıyla da bağdaşmaktadır^[62].

11 ve 12 yaşlarında iki Müslüman kız çocuğunun Fransa’da, ortaokulda okurken başörtüsüyle beden eğitimi dersine girmelerine izin verilmemesine ve okuldan uzaklaştırılmalarına ilişkin yapılan başvurularda AİHM, sözleşmecî devlete bu konuda verilen geniş takdir marjı kapsamında yaklaşarak yarışan menfaatler arasında adil bir denge kurmaya çalışmıştır. Başörtüsü yasağının yalnızca beden eğitimi dersiyle sınırlı kalması nedeniyle demokratik bir toplumda gerekli olmadığından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir^[63]. Devlet okullarındaki dini sembol sınırlamaları konusunda Mahkeme’nin takdir marjı teorisine dayanarak orantılılık testini uygulamaktan kaçındığı ileri sürülebilir. Zira öğrencilerin başörtüsüne alternatif tekliflerinin okul yönetimi tarafından geri çevrilmesi orantılılık yorumunda değerlendirilmemiştir. Bu husus tamamen sözleşmecî devletlerin takdir marjına bırakılmıştır^[64]. Yani AİHM, dini sembol ve kıyafet kullanımı üzerindeki sınırlamalar söz konusu olduğunda sözleşmecî devletlere geniş bir takdir marjına bırakmakla birlikte takdir marjını denetlerken bu sınırlamaları katı bir şekilde incelememektedir.

Kamu çalışanlarının herhangi bir dini sembol taşıyarak veya dini kıyafet giyerek görevlerini yerine getirip getiremeyeceği konusunda AİHM’nin

[61] Şennur Ağırbaşı, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 101, 2012, s.99.

[62] Jim Murdoch, *Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 9. Maddesinin Uygulanmasına Dair Klavuz Kitap*, Avrupa Konseyi, 2007, s.37.

[63] AİHM, *Doğru/Fransa*, No:27058/05, §.72-77, 04 Aralık 2008.

[64] Duymaz, *op.cit.*, s.1156.

genel bir içtihadı yoktur. Bununla birlikte, ilkokul öğretmenleri, öğretim üyeleri^[65] ve sağlık çalışanlarını^[66] ilgilendiren kararları bulunmaktadır^[67]. İlkokul öğretmenin başörtüsü ile derse girememesine ilişkin başvuruda AİHM, başörtüsünü güçlü bir dini sembol olarak betimlemektedir. Zira AİHM'ye göre öğretmenin baş örtülü olması, demokratik toplumlarda bütün öğretmenlerin öğrencilerine aktarmakla yükümlü oldukları hoşgörü, başkalarına saygı ve bilhassa eşitlik ve ayrımcılık yapmama mesajıyla kolayca bağdaşmaz. Bu sembolün küçük yaştaki öğrenciler üzerinde baskı oluşturabileceğini, başvurucunun inancını açıklama özgürlüğü ile öğrencilerin din ve vicdan özgürlüğü arasında adil bir denge kurulduğunu, ulusal makamların kendilerine tanınan takdir marjı içerisinde kaldığını belirtmiştir^[68].

Din ve vicdan özgürlüğünün görünümü olarak kıyafetler başlığı takdir marjı doktrini ile birlikte bu aşamaya kadar AİHM içtihatlarıyla ele alınmıştır. Ancak konu idari yargı içtihatları kapsamında ele alınmadan önce idari yargı içtihatlarına AİHM içtihatları ile birlikte yön veren Anayasa Mahkemesi içtihatları ışığında da ele alınmalıdır. Anayasa'nın 24. maddesinde düzenlenen din ve vicdan özgürlüğü, herkesin din veya inancını açığa vurma özgürlüğünü, din ve inancını değiştirme özgürlüğünü, kişilerin diledikleri inanç ve kaniya sahip olmalarını, herhangi bir inanç ve kanaate sahip olmamalarını güvenceye almaktadır. Din özgürlüğü 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarındandır. Din özgürlüğünün korunabilmesi için çoğulculuk ve tarafsızlık anlayışı baz alınan bir demokrasi gereklidir. Zira çoğulcu bir tanıma siyaset sayesinde devletin herhangi bir dini ya da ideolojiyi benimsemesi mümkün olmaz. Böylece devlet toplumda herkese karşı eşit mesafede olmaya zorlanır. Çoğulculuk halinde herkes toplumsal ve siyasal yaşama kendi kimliğiyle katılabilir. Çoğulcu toplumda devletin yükümlülüğü insanların inançlarının ve kendi dünya görüşlerinin gereğine uygun olarak yaşamasını sağlamaktır.

[65] AİHM, *Kurtulmuş/Türkiye*, No:65500/01, 24 Ocak 2006.

[66] AİHM, *Chaplin/Birleşik Krallık*, No:59842/10, 15 Ocak 2013, *Ebrahimian v. Fransa*, B. No:64846/11, 26 Kasım 2015.

[67] Şirin, Duymaz, *op.cit.*, s.105.

[68] AİHM, *Dahlab/İsviçre*, No:42393/98, 15 Şubat 2001.

Din özgürlüğünü koruyan diğer bir anlayış ise laikliğin getirisi olan tarafsızlıktır^[69]. Laik devlet, bireylerin inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri çeşitliliği koruyarak inşa eder. Anayasa'nın 2. maddesinde gerekçesinde de tanımlandığı gibi laiklik, devletin niteliğinde hayat bulan, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmemesini, ibadetini yapabilmesini ve dini inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tâbi kılınmamasını sağlayan ve en önemlisi din ve vicdan hürriyetini teminat altına alan bir kavram olarak tanımlanabilir. Laiklik bünyesinde negatif yükümlülük olarak devlete bireylerin din özgürlüğüne zorunlu nedenler olmadıkça müdahale edilmemesi yükümlülüğünü ve pozitif yükümlülükler olarak da devletin din özgürlüğünün önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkanları sağlaması yükümlülüklerini barındırmaktadır^[70]. Sözleşmecî devletlerin laiklik ilkesine yaklaşımları hususunda geniş bir takdir marjı vardır. AİHM, din ve devlet arasında arasındaki bu tartışmalarda ulusal makamların rolünün önemini vurgulamaktadır^[71].

Dini inanç gereği başörtüsü kullanılması nedeniyle devlet memurluğundan çıkarılmanın din özgürlüğünü ihlal ettiğinden bahisle yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi, başvurucunun başörtüsü takmasının başkalarının inançlarına müdahale ettiğine ilişkin hususlarının derece mahkemeleri tarafından ortaya konulmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle başvurucunun din özgürlüğüne yapılan müdahalenin kamu düzeninin korunması için hangi zorunlu toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğinin anlaşılamadığına dikkat çekerek başvuruya konu müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olmadığına karar vermiştir^[72]. Anayasa Mahkemesi,

[69] Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, 25 Haziran 2014 tarih ve 2014/256 Başvuru Numaralı Tuğba Arslan Kararı, § 54, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/256>).

[70] Anayasa Mahkemesi, 20 Eylül 2012 tarih ve E.2012/65, K.2012/128 sayılı 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun bazı maddelerinin iptali istemine ilişkin kararı.

[71] Esen, *op.cit.*, s.163.

[72] Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 18 Temmuz 2018 tarih ve 2015/8491 Başvuru Numaralı B. S.kararı, § 102, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/8491>).

AİHM'den farklı bir çıkarıma varmıştır. AİHM, başörtüsüne ilişkin başvurularda Türkiye'de demokratik toplumun sürekliliğinin sağlanması açısından laiklik ilkesinin korunması amacıyla alınan tedbirin gerekli olduğunu ve Türkiye'nin takdir marjı içerisinde hareket ettiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi ise din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı hususunda kamu gücünü kullanan organların ve yargı makamlarının belli bir takdir marjı bulunduğunu kabul etmekle birlikte takdir marjının Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olduğunu belirtmiştir^[73]. Anayasa Mahkemesine göre laiklik ilkesinin korunması amacıyla din özgürlüğüne müdahalenin meşru bir neden olabilmesi için müdahaleye maruz kalan kişinin başkalarının inançlarına müdahale eden, baskıcı, tahrik edici, kendi inancını zorla dayatma amacı bulunmalı ya da toplumsal işleyişi tahrip ettiğinin, birtakım karışıklıklara ve düzensizliklere neden olduğunun delillendirilebilmesi gerekmektedir^[74]. Anayasa Mahkemesi, başörtüsü takarak dinin açıklanmasının yasaklanabilmesi için de benzer şekilde başkalarının hak ve özgürlüklerinden yararlanmalarını engelleyen çok önemli gerekçelere dayanılması gerektiğini belirtmiştir^[75]. Yasa koyucunun takdir marjı kapsamında din ve vicdan özgürlüğüne yaptığı müdahalelerin Anayasa Mahkemesi tarafından yine takdir marjı kapsamında yerel ihtiyaçlar ve koşullar göz önünde bulundurularak denetlendiği söylenebilir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, AİHM'den farklı olarak takdir marjı kapsamında din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahalenin bireyin salt başörtülü olmasının yeterli ve makul gerekçe olamayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, Türkiye'de demokratik toplumun sürekliliğinin sağlanması açısından laiklik ilkesinin korunması amacıyla gerekli olabilmesi için müdahaleye maruz kalan kişinin eylemlerinin diğer bireylerin temel hak ve özgürlüğünün ihlal edilmesine neden olduğunun delillendirilebilmesini aramaktadır.

[73] Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 20 Mayıs 2015 tarih ve 2013/7443 Başvuru Numaralı Esra Nur Özbey kararı, § 76, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7443>).

[74] Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, 25 Haziran 2014 tarih, 2014/256 Başvuru Numaralı Tuğba Arslan kararı, § 142, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/256>).

[75] Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, 22 Kasım 2018 tarih, 2015/269 Başvuru Numaralı Sara Akgül kararı, § 92, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/269>).

Çalışmanın bu kısmına kadar din ve vicdan özgürlüğünün bir görünümü olarak kıyafetler başlığı takdir marjı doktrini kapsamında AİHM içtihatları ve Anayasa Mahkemesi içtihatları ışığında ele alınmıştır. Din ve vicdan özgürlüğünün bir görünümü olarak kıyafetler konusu kamu görevlileri ve öğrenciler yönünden idari yargı içtihatlarına da konu olmaktadır. Danıştay, kamuda görev yapan kadın personelin kıyafetleri ile ilgili sınırlandırmanın kaldırılmasına ilişkin Yönetmelik değişikliğinin iptali istemiyle açılan davada AİHM'nin bu hususta sözleşmecî devletlere takdir marjı tanındığına dikkat çekmiştir. Danıştay'a göre bir sınırlamanın aksine din ve vicdan hürriyeti kapsamında devlete düşen pozitif yükümlülük gereği serbestlik getirilmiştir. Danıştay gerek iç hukukumuzda gerekse Uluslararası Sözleşmelere göre idareye tanınan takdir marjı alanında yapılan dava konusu düzenlemede, laiklik ilkesi ile temel hak ve hürriyetlerin kullanılması konusunda bir orantısızlık, kamu yararına ve hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır^[76]. Danıştayın buradaki yaklaşımı Anayasa Mahkemesi ile benzerlik göstermektedir. Danıştay, ulusal makamın takdir marjı çerçevesinde kamuda görev yapan kadın personelin kıyafetlerine ilişkin sınırlamanın kaldırılmasına yönelik düzenleme yaptığını belirtmiştir. Bu düzenlemenin de laiklik ilkesi ile kamu yararına ve hukuka aykırılık olmadığına karar vermiştir.

Bu konuda kamu görevlileri açısından bir diğer vaka ise Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu kadın çalışanların resmi üniformaları ile birlikte desensiz giysileri yüzlerini kapatmayacak şekilde takabileceğine ilişkin Yönetmelik değişikliğinin iptali istemiyle açılan davadır. Danıştay bu kararında AİHM'nin Singh/Fransa kararına atıfla başörtüsünün “kuvvetli dış sembol” veya “pasif dış sembol” olarak sayılması hususunun toplumların yapısına ve nasıl algılandığına göre değiştiğinden bahisle sözleşmecî devletlerin takdir marjı bulunduğu deyinmiştir. Buradan hareketle Danıştay, ülkemizde başörtüsünün tarihi, dini ve kültürel boyutuyla uzun yıllar toplumun büyük bir kısmında kabul gördüğü ve gündelik yaşamın bir parçası haline geldiğini belirterek toplum algımıza göre baş örtüsünün “pasif bir sembol” olarak görüldüğünü dile getirmiştir. Danıştay, ulusal makamın takdir marjı

[76] Danıştay İkinci Dairesi, 02 Kasım 2017 tarih ve E.2016/10078, K.2017/6692 sayılı kararı. (www.uyap.gov.tr) Söz konusu kararın azlık oyunda ise dava konusu düzenlemenin kamu hizmetlerinin sunumunda hizmetten yararlanan vatandaşların kamu personelinin tarafsızlığından şüpheye düşmesine neden olabileceği yönünde azlık oyu bulunmaktadır.

bağlamında yaptığı dava konusu düzenlemede laiklik ilkesi ile temel hak ve özgürlüklerin kullanılması konusunda hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir^[77]. Danıştay, baş örtüsünü pasif bir sembol olarak betimleyerek Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu kadın çalışanların başörtüsü kullanmasına serbestlik getiren bu düzenlemenin ulusal makamın takdir marjı çerçevesinde olduğunu belirtmiştir.

Din ve vicdan özgürlüğüne kıyafetler açısından yapılan müdahalelere ilişkin diğer düzenlemeler ise genellikle ulusal makamların idari işlemleri olarak karşımıza çıkmaktadır Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun fotoğraflı belgelerde başörtülü, sakallı gibi tanınmayı zorlaştırıcı fotoğrafların kabul edilmemesine ve kullanılmamasına ilişkin kararının iptali istemiyle açılan davada Danıştay, temel hak ve özgürlüğüne getirilen sınırlamanın ancak kanunla yapılabileceğinden bahisle dava konusu kuralın iptaline karar vermiştir^[78]. Yine Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Meslek Kurallarınının 20. maddesinde yer alan başları açık olarak ibaresinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği ve Kanunun amacını aşan nitelikte bir düzenleme yapıldığından bahisle iptal kararı vermiştir^[79]. Danıştay, müdahalenin kanunla yapıp yapılmadığı üzerinde durulmuştur. Zira müdahale kanunla düzenlenmediği sürece sözleşmeci devletin takdir marjından bahsedilemez. Din ve vicdan özgürlüğüne müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesine göre ancak kanunla yapılabileceği açık olmakla birlikte bu durum karşımıza şekli anlamda kanun ve maddi anlamda kanun kavramlarını çıkarmaktadır. AİHM'ye göre müdahale şekli anlamda bir kanuna dayanmak zorunda değildir. Anayasa Mahkemesine göre ise müdahale mutlaka yasama organı tarafından kanun olarak çıkarılan bir düzenlemeye dayanmalıdır^[80]. Buradan hareketle

[77] Danıştay İkinci Dairesi, 19 Kasım 2020 tarih ve E.2017/1671, K.2020/3436 sayılı kararı, (www.uyap.gov.tr).

[78] Danıştay Sekizinci Dairesi, 19 Şubat 2018 tarih ve E.2013/413, K.2018/886 sayılı kararı, (www.uyap.gov.tr).

[79] Danıştay Sekizinci Dairesi, 14 Haziran 2017 tarih ve E.2015/2467, K.2017/5306 sayılı kararı, (www.uyap.gov.tr).

[80] Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 06 Ekim 2015 tarih ve 2013/275 Başvuru Numaralı, Mustafa Aydın kararı, § 38, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/275>).

Danıştayın, Anayasa Mahkemesi'nin görüşünü benimsediği söylenebilir. Yani temel hak ve özgürlüklere müdahale eden idari düzenlemeler şekli anlamda kanun olmadıklarından kanunla müdahale şartını sağlamamakta bu nedenle de ulusal makamların takdir marjından söz edilememektedir.

3- Dinsel İşaretler

Dinsel işaretler, bireyin sosyal hayatında, iş ortamında veya girdiği her ortamda kullanılabileceğinden inanç özgürlüğü konusunda evrenseldir. Dini semboller farklı inançların dışı yansıma aracıdır. Bu nedenle dini sembol kullanan kişinin ya da kullanılan yerin inanç, kültür ve tarihi değerlerini barındırır. Dini sembollerin, bireyin özel hayatı dışında bir alanda mesela kamusal alanda kullanılması halinde ise devletin müdahalesi söz konusu olmaktadır^[81]. Bununla birlikte konu ile ilgili düzenleme yetkisinin kullanılmasında ve çeşitli dinler, ibadetler ve inançlarla ilişkisinde devlet, tarafsız olmalıdır^[82]. Bu zorunluluk dini inançların veya bu inançların açığa vurma araçlarının meşru olup olmadığını belirlemek konusunda bir takdir marjı tanınmadığı anlamına gelmektedir. Bu zorunluluk kapsamında sözleşmecî devlet, aynı gruba dahil olsalar bile karşı görüşe sahip toplulukların birbirlerine hoşgörü göstermelerini sağlamalıdır^[83]. Ancak bu tarafsızlığı temin edecek usulleri belirleme konusunda her bir sözleşmecî devlet bir takdir marjından yararlanmaktadır.

AİHM'ye göre Avrupa demokratik toplumunun mihenk taşları çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirliliktir^[84]. Bununla birlikte kişinin insan haklarına sırf insan olmaktan ötürü sahip olduğu anlayışını barındıran insan haklarının evrenselliği ile devletlerin kültürel ve politik değerlerinin çeşitliliği arasında sürekli bir çatışma vardır. Bu çatışmanın temelinde kültürel farklılıklar nedeniyle hiçbir ideoloji, din veya kültürün dünyadaki

[81] Hayrettin Kurt, "İnanç Özgürlüğü Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımının Mukayeseli Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1-2, 2013, s.202.

[82] AİHM, *Metropolitan Church of Bessarabia and Others/Moldova*, No:45701/99, § 116, 13 Aralık 2001.

[83] AİHM, *Manoussakis ve diğerleri/Yunanistan*, No:18748/91, § 44, 26 Eylül 1996.

[84] AİHM, *Kokkinakis/Yunanistan*, No:14307/88, § 39, 25 Mayıs 1993.

tüm insan hakları ihlallerine neden olan olayların çözümünde tek başına başarılı olamayacağı düşüncesi bulunmaktadır. Ancak takdir marjı doktrinin bu konuda kültürel farklılıkların dile getirilmesini sağlayarak dengeleyici olacağı iddia edilmektedir^[85].

Sözleşmeci devletler, kültürel farklılıklarına karşın insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik sözleşmelere attıkları her imza ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda egemenliklerinden kişi hak ve özgürlüğü lehine hukuk sistemlerinin izin verdiği oranda vazgeçmektedirler^[86]. Bu nedenle dini semboller konusunda sözleşmeci devlet tarafından ileri sürülen gerekçenin bazı köktendinci akımların başka dinlere mensup olan veya dini vecibelerini yerine getirmeyen kişilere baskı uygulamasını engelleme ihtiyacına dayandığı hallerde sözleşmeci devlet makamlarına belirli bir marjı tanınmaktadır^[87]. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü gibi hassas bir alanda AİHM içtihatlarıyla sözleşmeci devletlere tanınan bu takdir marjı AİHM denetimi ile el ele yürümektedir.

AİHM, bireylerin özellikle işverenleri tarafından boyunlarına görünür bir biçimde haç takmalarına getirilen sınırlamalara ilişkin olarak, iç hukukun dinlerini dışa vurma haklarını yeterince korumadığından bahisle yapılan başvuruda sağlıklı bir demokratik toplumun çoğulculuğu ve çeşitliliği hoş görmeye ve sürdürmeye ihtiyaç duyduğu ve dini hayatının merkezi ilkelerinden biri haline getirmiş bir birey için inancını başkalarına iletmenin önemli olduğu yorumunu yapmıştır. Haçın mütevazı bir haç olduğu ve başvurucunun profesyonel görünümüne zarar veremeyeceğini kaydetmiştir. Ulusal makamların, özellikle de mahkemelerin, özel bir şirketin çalışanları bakımından aldığı tedbirlerin orantılılığını değerlendirmeleri istendiğinde takdir marjı içinde hareket ettiklerini vurgulamıştır. Ancak şirketin çıkarlarına çok fazla önem verilerek dengenin başvurucu aleyhine bozulduğundan bahisle Sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir^[88]. AİHM benzer tutumunu sarık, şalvar ve cübbeler giyerek asaları ile şehir turu yapan aczimendi tarikatı mensubu başvurucuların dinlerini açığa vurmaları

[85] Doğru, *op.cit.*, s.41.

[86] Ağırbaşı, *op.cit.*, s.484.

[87] AİHK, *Şeyma Karaduman/Türkiye*, No:16278/90, 03 Mayıs 1995.

[88] AİHM, *Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, No:48420/10, § 89-95, 15 Ocak 2013.

nedeniyle mahkûm edildiklerinden bahisle yapılan başvuruda da ortaya koymuştur. AİHM, başvurucuların yalnızca dini bir törene katılmak amacıyla bir caminin önünde toplandığını, dini inançlarını yaymak için kamuya açık sokak ve meydanlarda yoldan geçen kişiler üzerinde uygunsuz bir baskı oluşturma arayışında olduklarını gösteren hiçbir delilin bulunmadığına dikkat çekerek Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir^[89]. Söz konusu kararda Yargıç Sajo mutabık görüşünde Türkiye'nin laik anayasal sistemine saygı göstermek ve her türlü yanlış anlaşılmayı önlemek için, bu kararın Türkiye'nin anayasal değerlerinin temelini oluşturan laiklik ilkesine ve uygulanabilir takdir marjına nasıl uygun olduğunu açıklamıştır. Yargıç Sajo'ya göre *“Laikliğe saygı gösterilmesi, yalnızca kamu düzeni gereksinimlerine uygun davranması istenen bireylerin değil, Devletin de bazı yükümlülükler üstlenmesini gerektirir. Bir Devletin kurucu değerlerini ve kamu düzeni gereksinimlerini ve bu düzeni korumaya yönelik araçları belirlemek tabii ki anayasal sistemin işidir. Bu takdir marjı çerçevesinde Devlet, laikliğin özel durumunda olduğu gibi, anayasal hedefleri hayata geçirmek için alınması gereken önlemleri Sözleşmeye uygun bir şekilde belirlemelidir. Belirli tarihsel koşullarda, Devletin takdir marjı dahilinde ulusal düzeyde özel önlemler alması haklı bulunabilir. Özellikle giyim tarzıyla dini inançları açığa vurma şeklini kısıtlayan geniş uygulamaları haklı gösteren bazı tarihsel ve özel koşullar mevcuttur. Bununla birlikte mevcut davada, ulusal makamlar ne kaçınılmaz bir sosyal ihtiyaç ve ne de başvuruların mahkûmiyetini haklı gösterecek özel yasa hükümlerini ortaya koymamaktadır. Oysa, Sözleşmeye taraf olan Devletler amaçlarına ulaşmak için genel olarak kabul görmüş nezaket kurallarına ve anayasal yorumlamalara uygun geniş bir takdir marjına sahiptir. Mevcut davada, ulusal mahkemeler ceza kanununu uygularken dini açığa vurma özgürlüğünü dikkate almamış ve Hükümet de demokratik bir toplumda mevcut davadaki bu mahkûmiyetin gerekli olduğunu ve kamu düzenini ne şekilde bozduğunu açıkça ortaya koyamamıştır. İşte gerekli olan bu incelemenin yapılmaması Sözleşme tarafından teminat altına alınan din özgürlüğü hakkının ihlaline sebep olmuştur.”*^[90] Yani sözleşmecî devlet takdir marjı kapsamında başvurucuların dini inançlarını açığa vurma özgürlüğüne yaptığı müdahaleyi yeterli gerekçeye dayandıramamıştır. Bu

[89] AİHM, *Ahmet Arslan ve Diğerleri/Türkiye*, No:41135/98, § 50, 23 Şubat 2010.

[90] Yargıç Sajo'nun bu karardaki mutabık görüşü kararın Türkçe çevirisinden derlenerek aktarılmıştır. Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22ite%22mid%22:%22001-120454%22>

açından bakıldığında somut vakada başvuruçuların dini inançlarını açığa vurmak için özel kıyafet giymelerinin kamu düzenini tehdit ettiğini ya da tehdit etme riski taşıdığını veya başkaları üzerinde baskı oluşturduğunu gösteren herhangi bir unsurun bulunmadığı belirtilerek bu hususun yeterli gerekçe ile ortaya konulmadığı üzerinde durulmuştur.

Ulusal geleneklerin farklılıkları nedeniyle sözleşmeci devletlerin politikalarının çeşitlilik göstermesi, diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması ya da nasıl korunacağı hakkında da görüş birliği olmaması ve bütün paydaşların çıkarları arasında adil bir denge kurulması nedeniyle gerekli olan takdir marjı, özellikle eğitim sisteminde dini simgelerin tartışılmasında da gündemi oluşturmaktadır^[91].

Bir ebeveyn, çocuklarının okuduğu sınıflardan haçların kaldırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddi üzerine iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM'ye bu haçların dünya görüşü olan laiklik ilkesine ters düştüğünden bahisle başvurmuştur. AİHM, nasıl Katolik inancına sahip olan ebeveynler çocuklarını yetiştirme ve eğitime hakkı kapsamında okullara haç asılmasını talep etmiyorlarsa başvurunun da haçların kaldırılmasını talep edemeyeceğini belirterek sözleşmeci devletin takdir marjı içerisinde hareket ettiğine karar vermiştir^[92]. Dini inanca ilişkin sembollerin kamusal alandaki görünürlüğü konusunda önceki kararlarda sözleşmeci devletlere daha dar takdir marjı tanınırken bu karar ile takdir marjı genişletilmiştir. Çünkü Mahkeme sözleşmeci devletler arasında devlet okullarında dinsel sembollerin kullanıp kullanılmayacağı konusunda Avrupa Konsensüsünün bulunmadığını belirtmiştir^[93].

Danıştayın da AİHM ile konuya benzer yaklaştığı söylenebilir. Şöyle ki, bir derneğin çocukları camiye götürmeye ilişkin bir projenin duyurulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan dava buna örnek gösterilebilir^[94].

[91] Baltacı, *op.cit.*, s.55.

[92] AİHM, *Lautsi ve Diğerleri/İtalya*, No:30814/06, § 63-77, 18 Mart 2011.

[93] Esen, *op.cit.*, s.164-165. Önceki dönem içtihatlar: AİHM, *Hasan Eylem Zengin*, No:1448/04, § 51, 52, 09 Ekim 2007, *Folgero ve Diğerleri/Norveç*, No:15472/02, § 84, 29 Haziran 2007.

[94] Danıştay İdari Dava Daireler Kurulu, 16 Şubat 2022 tarih ve E.2021/1877, K.2022/474 sayılı kararı. (www.uyap.gov.tr)

Danıştay bu kararında ilk olarak Milli Eğitim Temel Kanununda Anayasanın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar olarak yetiştirmenin Türk Milli Eğitiminin genel amacı olarak düzenlendiğine değinmiştir. Bununla birlikte Danıştay, bu amaç ve ilkelerin öğrencilere kazandırılması sırasında kullanılacak eğitim ve öğretim yöntemleri ve araçları yönünden anılan kanunda bir belirleme yapılmadığı için bu hususta davalı idareye takdir yetkisi tanındığına dikkat çekerek davalı idarenin takdir yetkisi çerçevesinde hareket ettiğinden bahisle davanın reddine karar vermiştir. Bahse konu kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ise oy çokluğuyla temyiz isteminin reddine karar vermiştir. Söz konusu kararın azlık oyu da ise küçüklerin din eğitimi ve öğretiminin bir parçası olarak din kültürü öğretmenlerinin eşliğinde kanuni temsilcilerinin isteğine bağlı olarak ibadet yerlerine götürülmelerinde bir aykırılık bulunmamakta ise de aynı işlevin bir dernek ya da tarikat tarafından yerine getirilmesinin milli eğitimin temel amaçlarıyla bağdaşmayacağı vurgulanmıştır. Eğitim ve öğretimin amaç ve ilkelerinin öğrencilere kazandırılması sırasında kullanılacak eğitim ve öğretim yöntemleri ve araçları yönünden sözleşmecî devletlerin takdir marjı bulunmaktadır. Bahse konu davada ulusal makam olan yasa koyucunun bu konuda bir belirleme yapmamasını Danıştay, yasama organının bu konuyu idarenin takdir yetkisine bırakması olarak değerlendirmiştir. Ancak AİHM'nin takdir marjına bıraktığı alanlarda temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleler yönünden denetim AİHM ile el ele yürüdüğü gibi sözleşmecî devletlerin takdir marjı kapsamında ulusal makam olan idarelerin işlem ya da eylemleri de idari yargı denetimindedir. Azlık oylarında da bu hususa değinilmiş olup, davaya konu işlemin bir dernek ya da tarikat tarafından yerine getirilmesinin yasama organı tarafından belirlenen milli eğitimin temel amaçlarıyla bağdaşmadığı tespitine yer verilmiştir. Burada bazı akımların başka dinlere mensup olan veya dini vecibelerini yerine getirmeyen öğrencilere baskı uygulamasını engelleme ihtiyacı sözleşmecî devlet makamlarının belirli bir marjı kapsamında pozitif yükümlülüklerini gündeme getirmektedir.

4- Dini Lider

Sözleşmecî devletin, bölünmüş bir dini topluluğun bir liderini kayıran şekilde ya da topluluğu kendi isteklerine aykırı bir şekilde tek bir liderlik altında toplanmaya zorlamak amacıyla hareket etmesi din özgürlüğü hakkına ilişkin bir müdahale anlamına gelmektedir. Bu müdahalenin din özgürlüğünü ihlal etmemesi için AİHM bu müdahalenin keyfi olmaması, yönetime kısıtlanmayan bir takdir yetkisi sağlayan yasal hükümlere dayandırılmaması ve gerekli açıklık ve öngörülebilirlik standartlarını karşılaması bakımından kanunla öngörülmüş olması gerektiğini belirtmektedir^[95].

Devletin dini cemaatlerin veya dinsel azınlık gruplarının din ve inançlarından kaynaklanan uygulama davranışlarına müdahalenin gerekliliğini ve orantılılığını değerlendirmede bir takdir marjı bulunmaktadır. Buna karşın bu takdir marjı hem hukuki durumu hem de hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik kararları kapsayacak şekilde denetime tabidir. Yargı organları ve kamu gücünü kullanan organlar aynı inancın mensupları arasında görülen somut olaydaki gibi farklılıkları din özgürlüğü bakımından tek başına çözümlenmek için yeterince donanımlı da değildir. Dolayısıyla devletin yapması gereken farklı grupların menfaatlerini uzlaştırmak için tedbirler almak ve girişimlerde bulunmaktır^[96].

Din ve vicdan özgürlüğünün görünümü olarak dini liderin seçimi ve seçim usullerini belirleyen mevzuat düzenlemeleri idari yargıda dava konusu edilmektedir. Bu hususta Türkiye Ermenileri Patriğinin seçimine ilişkin esasların düzenlenmesine yönelik 2019 Yılı Patrik Seçim Talimatnamesi'nin patrik Adayı Olabilme Şartları başlıklı 25. maddesinin 1. fıkrasının b) ve (c) bentleri, Patrik Adaylarının Belirlenmesi başlıklı 23. maddesi ve 29. maddesinin son paragrafının iptali istemiyle açılan davada verilen karar ele alınabilir. Davacılar bu düzenlemenin episkoposların adaylığının kısıtlayarak gerek adayların ve gerekse seçmenlerin seçme ve seçilme özgürlüğü ile din ve vicdan özgürlüğünü ihlal eder mahiyette olduğu ileri sürülmüştür. Danıştay, İstanbul Ermeni Patrikliği Makamı için yapılacak seçimin dünya genelinde yaşayan Ermenileri kapsamadığını, yalnızca Türkiye'de yaşayan

[95] AİHM, *Hasan ve Chauş/Bulgaristan*, No:30985/96, §.82-83, 26 Kasım 2000.

[96] Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 20 Mayıs 2015 tarih ve 2013/7443 Başvuru Numaralı Esra Nur Özbey kararı, §. 76, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7443>).

Ermeni cemaatine mahsus olduğunu belirtmiştir. Patrik seçilecek kişinin görev yapacağı patrikhanede bir silsileyi takip ederek episkoposluk unvanını kazanmasının ve 1863 tarihli Nizamname'nin 1. maddesinde ifade edildiği üzere Ermeni cemaatinin başkanı olmasının yanı sıra Türk (Osmanlı) devletinin kanunlarının uygulayıcısı olan Patriğin, ülkemizin sosyal, idari yapısını bilmesinin gerek Türk toplumu ve devleti gerekse Türkiye'de yaşayan Ermeni cemaati ile ilişkilerinin sağlıklı olması bakımından önem arz ettiği dikkate alındığında adayların "İstanbul Ermeni Patrikhanesine mahsus episkoposlar" arasından belirleneceğini öngören düzenlemenin din özgürlüğüne, kamu yararı amacına ve hizmet gereklerine uygun olduğuna karar vermiştir^[97].

Sözleşmeci devletler özellikle hassas bir alan olan dini cemaatlerle ilişkilerinde geniş bir takdir marjına sahiptir. Ancak demokratik bir toplumda devlet, ilkesel olarak dinî cemaatlerin dinî liderlerini nasıl seçeceklerine ve kendilerini nasıl yöneteceklerine karışamaz. Bununla birlikte dinî cemaatlerin liderlerini seçmesine ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda kamu gücünü kullanan organların karşılaşacakları ilk zorluk, söz konusu uygulama davranışının gerçekten var olup olmadığı ve statüsünün ne olduğunun tespitinde ortaya çıkmaktadır. İkinci zorluk ise dinsel kuralların veya o topluluğun geleneğine ait kuralların neler olduğunun tespit edilmesidir. Dinî liderlerin seçilmesi ve seçilmiş belirli bir dinî liderin yönetiminde bir cemaat hayatının inancın uygulaması kapsamında kaldığı konusunda bir kuşku yoktur^[98].

5- Beslenme

Dinler arasında hangi hayvanların yenebileceği ve ne şekilde kesilerek yenebileceği arasında farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin bazı Yahudi toplulukları yalnızca ciğerlerinde tüm yapışmalardan arınmış olduğu tespit edilen bir hayvanın etini yani pürüzsüz anlamına gelen glatt eti

[97] Danıştay 10. Dairesi, 30 Mayıs 2023 tarih, E.2019/11710, K.2023/2882 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr)

[98] Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, 22 Mayıs 2019 tarih ve 2014/17354 Başvuru Numaralı Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan kararı, § 101, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/17354>

yemektedir^[99]. Olağan kaşruttan daha katı talimatlara göre kesilen glatt et yemek isteğinde bulunan bir Fransız ortodoks yahudi dini derneğın, kurban kesme ritüelini gerçekleştirmek amacıyla kendi hayvan kesicilerini yetkilendirme konusunda gerekli izin verilmesinin ulusal makamlarca reddedildiğinden bahisle yapılan başvuruda AİHM, bu müdahalenin sözleşmecı devletlerin takdir marjı kapsamında orantısız bir müdahale olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, başvuran dernek ve üyelerinin söz konusu eti temin edebilmeleri nedeniyle, Sözleşme'nin 9. maddesi anlamında din özgürlüğü hakkının kişisel olarak kurban kesme ritüelini gerçekleştirme ve sertifikalandırma sürecine katılma hakkını kapsamadığını belirtmiştir^[100].

İslam dininde Hanefi mezhebine göre etinin yenilmesi helâl olan bir hayvanın dine uygun olarak kesilmesi için besmele çekilerek nefes borusu, yemek borusu ve bunların yanlarında yer alan iki damarın kesilmesi gerekir^[101]. Bayılma veya sersemletme, seri kesim, sulu yolum gibi yöntemlerin dine uygunluğu hep tartışılmaktadır. Batı ülkelerinde hayvan kesiminde farklı usuller uygulanmakla birlikte hayvana eziyet etmeden canını almak amaçlanmaktadır. Belçika'nın Flaman ve Valon bölgelerinde helal kesime izin verilmeyen ve hayvanların önceden bayılmadan kesilmesini yasaklanmasına ilişkin başvuruda AİHM, din özgürlüğüne yapılan söz konusu müdahalede hayvan refahının korunması amacıyla ulusal makamların takdir marjını aşmadıklarına karar vermiştir^[102]. Mahkeme, devlet ve din arasındaki ilişkilerle ilgili olan ve konsensüsün bulunmadığı mevcut davadaki gibi durumlarda müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirilirken ulusal makamlara geniş bir takdir marjı tanınması gerektiği kanaatinde-dir. Mahkeme, başvuru-cuların dini inançlarına uygun et elde etmenin zorlaşacağına ilişkin şikayetleri yönünden ise orantılılık incelemesi yaparak diğer bölgelerden veya ülkelerden gelen etlere erişimin mümkün olduğunu kaydetmiştir. Dolayısıyla Mahkeme ulusal makamların kendilerine tanınan takdir marjını aşmadıkları ve orantılı bir tedbir aldıkları sonucuna

[99] <https://www.kosheralliance.org/tr/kosher/kosher-guideline/>

[100] AİHM, *Cha-are Shalom ve Tsedek/Fransa*, No:27417/95, Ş. 82-84, 27 Haziran 2000.

[101] Mustafa Boran, "Kurban İbadeti ve Bazı Güncel Meseleler", *Helal ve Etik Araştırmaları Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2020, s.73.

[102] Mustafa Tayar, Merve Doğan, "Helal Kesim", *Akademik Platform Helal Yaşam Dergisi*, 1, S.2, (2019) s.68.

varmıştır. Bu durumda AIHM'nin dini kesim usullerine göre beslenme ritüelini tamamen sözleşmecî devletlerin takdir marjına bıraktığı söylenebilir.

Hukukumuzda hayvanların kesilmesi 5119 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre hayvanların kesilmesi dini kuralların gerektirdiği özel koşullar dikkate alınarak hayvanı korkutmadan, ürkütmeden, en az acı verecek şekilde, hijyenik kurallara uyularak ve usulüne uygun olarak bir anda yapılacağı düzenlenmiştir. Kurban Hizmetlerinin Diyanet İşleri Başkanlığınca Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin hayvanların kesimi başlıklı 21. maddesinde de hayvanların kesimi, kurban kesim yerlerinde kurbanını kendisi kesmek isteyen ehil kişilerce veya kasaplığı meslek edinmiş ya da kurban kesim elemanı yetiştirme ve geliştirme kursu bitirme belgesine sahip kişiler tarafından, dini kuralların gerektirdiği özel koşullar dikkate alınarak, korkutmadan, ürkütmeden, en az acı verecek şekilde, temizlik kurallarına uyularak ve usulüne uygun olarak bir anda yapılacağı düzenlenmiştir. Dini kuralların gerektirdiği özel koşullar kapsamında Müslüman toplumlarda kesimden önce bayıltmaya izin verilip verilmeyeceği sorusu tartışma konusu olmaya devam etmektedir^[103]. Kanatlı hayvan kesimlerinde elektrikle bayıltma yönteminde bazen elektrik şokuna dayanamayan hayvanların kalbinin durduğu ve neticede öldüğü, yüksek voltaj sebebiyle hayvanlarda kas kasılmalarına, kemik ve kanat kırıklarına, deride renk bozukluklarına ve etlerde kanamalara rastlanabildiği bu nedenle de İslam Fıkıh Akademisi^[104], kesimden önce tavukların elektrikle bayıltılması işleminin caiz olmadığına karar vermiştir. Başka bir Fıkıh uzmanı Hüsâmeddin Afâne ise tavukların ölümüne yol açmadığı sürece elektrikle bayıltmanın caiz olacağı yönünde fetva vermiştir^[105]. Bununla birlikte Hanefî mezhebine göre hayvan bayıltılırsa kesim esnasında canlı olduğu

[103] Cemalettin Sarıçoban, Hasan Yetim, "Helal ve Sağlıklı Et ve Et Ürünleri Üretimi", *Helal ve Etik Araştırma Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2020, s.60

[104] Uluslararası İslam Fıkıh Akademisi 1981 yılında İslam İş Birliği Teşkilatına (İslam Konferansı Teşkilatı) bağlı olarak kurulmuştur. Amacı, İslam hukuku alanındaki çalışmalara yardımcı olmak, modern hayatın ortaya çıkardığı problemlere İslam hukukuna uygun çözümler üretmektir. Bknz: <https://zakat.unhcr.org/blog/tr/fetva/uluslararasi-islam-fikhi-akademisi-suudi-arabistan>.

[105] Yahya Şenol, "Kur'an'a göre Hayvansal Gıdalarda Helallik Ölçüleri", Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013, s.283.

sürece damarları çabucak kesilirse yenilmesi caizdir^[106]. Din İşleri Yüksek Kurulu tarafından kurbanın bilinen klasik yöntemle kesilmesinin asıl olduğu ancak kurbanı fazla eziyet vermemek amacıyla kesim esnasında hayvanın elektrik şoku, narkoz veya benzeri bir yöntemle bayıltılarak kesilmesinin caiz olduğu belirtilmiştir. Ancak hayvanın bayıldıktan sonra ölmeden boğazından kesilmesi gerekir^[107]. Görüldüğü üzere hayvanların kesilmeden önce bayılmasına ilişkin yöntemler ve kesim zamanına ilişkin durum İslam inancı içerisinde kendi içerisinde farklı yaklaşımlar barındırmaktadır. Bu nedenle Din İşleri Yüksek Kurulu tarafından alınan karara ya da bu karar doğrultusunda helal et sertifikası verilen iş yerlerine ilişkin işlemlerde ya da mevzuatsal düzenlemelerde Danıştay ya da idari yargı derece mahkemelerinin nasıl karar vereceği ulusal yargı makamlarının takdir marjı kapsamına ilişkin bir tartışma olacaktır. İş bu çalışma tarihi itibarıyla idari yargıda bu yönde bir yargılama konusu tespit edilememiştir.

6- Kutsal Günler

Sözleşmeci devletlerin her birinde farklı dinlere mensup insanlar yaşamakta ve farklı dinler için farklı günler kutsal sayılmaktadır. Dini inançları gereği insanlar bu günlerde ibadet etmek isteyebilir. Dini inanç gereği kutsal sayılan gün ya da günlerin ve bugünün ya da günlerin tatil olup olmayacağı hususunda bir konsensüs bulunmadığından bu hususta sözleşmeci devletlerin takdir marjı bulunduğu söylenebilir. AİHM, bir seyahat acentesinde müdür yardımcısı olarak çalışan Hristiyan bir başvurucunun pazar günleri çalışmayı reddetmesinden dolayı işten çıkartılmasına ilişkin başvuruda^[108] ve kamu elektrik şirketinde çalışan Müslüman başvurucunun dini bayram kutlaması için izinli olmadan işe gitmemesi nedeniyle işten çıkartılmasına ilişkin başvuruda^[109] 9. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. AİHM'in bu yaklaşımı zorunlu çalışma halleri hariç olmak üzere temelde bireylerin çalışma saatlerini işe girmeden önce bilmelerine ve dini gereklilikleri arasında

[106] Vehbe Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, c.4, s.467.

[107] Din İşleri Yüksek Kurulu'nun 24.02.2010 tarihli kararı. *Mecma'u'l-Fıkh, Karârât ve Tevsiyât*, 28 Haziran-3 Temmuz 1997 tarihli Karar, s:314-318.

[108] AİHM, *Stedman/Birleşik Krallık*, No:29107/95, 09 Nisan 1997.

[109] AİHM, *X/Birleşik Krallık*, B No:8160/78, 12 Mart 1981.

çatışma olması halinde işten ayrılabilmelerinin mümkün olduğu ön kabulüne dayanmaktadır^[110].

08/01/2016 tarih ve 29587 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Cuma İzni” konulu 2016/1 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile Cuma Namazı saatinin mesai saatine denk gelmesi halinde, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlardan isteyenlere mesai kaybına neden olmaksızın izin verileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, tüm kamu görevlilerini kapsayan bir mesai düzenlemesi yapılmadığı, çalışma saatleri konusunda mevcut düzende bir değişikliğe gidilmediği, hiçbir kamu görevlisine doğrudan izin verilmediği gibi Genelge ile öngörülen izni kullanmak istemeyen kamu personeli açısından bir hak kaybına da sebep olunmadığı, mesai saatlerinin değiştirilmediği ve öğle tatilinde bir kısıtlamaya gidilmediğini tespit etmiştir. Sadece cuma namazının mesai saatlerine denk geldiği zamanlarda ve namaz vaktiyle sınırlı olarak izin verilmesi hususunda, kamu görevlilerinden isteyenlere imkan tanıyan ancak diğerleri açısından herhangi bir kısıtlama ya da yükümlülük getirmeyen bir düzenleme yapıldığını belirtmiştir^[111]. Danıştay, Sözleşmeciler devletlerin takdir marjı kapsamında kalan kutsal gün ve saatlerin tatil olup olmayacağı hususunda ulusal makamın, Cuma namazı saatinin mesai saatine denk gelmesi halinde kamu kurumu çalışanlarından isteyenlere mesai kaybına neden olmaksızın izin verilmesine ilişkin düzenlemesinin dini inanç hürriyeti kapsamında kamu yararı, hizmet gerekleri ve üst hukuk normlarına aykırı olmadığına karar vermiştir.

Ülkemizde 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanununun 2. maddesinde Ramazan ve Kurban bayramlarının dini bayram olduğu ve bu günlerin tatil olduğu, 4. maddesinde hafta tatilinin pazar günü olduğu düzenlenmektedir. Farklı dinlerin kutsal günlerine ilişkin düzenleme ise bulunmamaktadır. Cuma gününün zaman zaman pazar günü yerine tatil edilmesi hususu tartışılabilir ancak Sözleşmeciler devletler takdir marjı kapsamında bu hususta düzenleme yapmak zorunda değildir. Ancak kanunda Ramazan ve Kurban bayramlarının tatil olduğunun düzenlenmesi

[110] Şirin, Duymaz, *op. cit.*, s.93.

[111] Danıştay On ikinci Dairesi, 17 Mart 2022 tarih, E.2018/4526, K.2022/1243 sayılı kararı. (www.uyap.gov.tr)

nedeniyle diğer dinlerin kutsal günlerinin de o inanca mensup kişilere tatil olmasının düzenlenmesi isabetli olacaktır.

SONUÇ

AİHM içtihatlarından doğan takdir marjı doktrini, tanımı ve kapsamı açısından kaygan ve ele avuca sığmaz niteliği nedeniyle oldukça gri ve Avrupa Konsensüsünün bulunmadığı alanlarda görülen insan hakları açısından bıçak sırtı bir manevra aracıdır. AİHM tarafından henüz öngörülebilir, belirli ve etkili bir Avrupa konsensüsü standardı da oluşturulamamıştır. Takdir marjı kavramının ikincillik ilkesi ile birlikte hatta ikincillik ilkesini gerçekleştirme aracı olarak 01.08.2021 tarihinde yürürlüğe giren 15 no.lu protokol ile sözleşmenin önsözünde yerini alması da bu durumu değiştirdiği söylenemez.

Sözleşmeci devletlerin birbirinden farklı inançlara sahip bireylerden oluşması nedeniyle Avrupa konsensüsünün bulunmadığı bir alan olan din ve vicdan özgürlüğü bu duruma meselenin hassasiyetinin de eklenmesiyle birlikte takdir marjının en geniş olduğu alanlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Din ve vicdan özgürlüğünün görünümüleri olan kıyafetler, dinsel semboller, dini lider, beslenme ve kutsal günler açısından AİHM içtihatları incelendiğinde sözleşmeci devletlere AİHM denetimi ile el ele yürüyen geniş takdir marjı tanındığı söylenebilir. Yani sözleşmeci devletlerin takdir marjı kapsamında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerinde hak ihlaline neden olup olmadığı AİHM tarafından denetlenmektedir. AİHM bu denetlemeyi ulusal mahkeme kararları üzerinden yapmaktadır. Bu nedenle çalışmada din ve vicdan özgürlüğünün görünümüleri olan kıyafetler başlığı altında AİHM'nin, Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın baş örtüsü yasaklarına ilişkin içtihatlarına yer verilmiştir. Baş örtüsünü yasaklamaya ilişkin düzenlemeler AİHM tarafından orantılılık denetimi yapılmaksızın doğrudan sözleşmeci devletlerin takdir marjında görülmüştür. Ancak bu konuda Anayasa Mahkemesi ve idari yargı içtihatlarının AİHM'den farklılık içerdiği sonucuna varılmıştır. Şöyle ki AİHM, baş örtüsü yasaklarına ilişkin düzenlemeleri Türkiye'ye ilişkin başvurularda laiklik ilkesi ışığında demokratik toplumda gerekli bularak sözleşmeci devletlerin takdir marjında görmektedir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay ise AİHM'den farklı olarak Türkiye'de demokratik toplumun sürekliliğinin sağlanması açısından laiklik ilkesinin korunması amacıyla gerekli olabilmesi için müdahaleye maruz kalan kişinin eylemlerinin diğer

bireylerin temel hak ve özgürlüğünün ihlal edilmesine neden olduğunun delillendirilebilmesini aramaktadır. AİHM, baş örtüsünü güçlü bir dinsel sembol olarak nitelendirirken Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, takdir marjı kapsamında pasif bir dinsel sembol olarak görmektedir. Aktif veya pasif sembol nitelendirmesinin önem arz ettiği diğer bir konu ise çalışmada ele alınan din ve vicdan özgürlüğünün diğer görünümü olan haç vb. dinsel işaretlerdir. AİHM'nin Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık ve Ahmet Arslan ve diğerleri/Türkiye kararları göz önüne alındığında haç, sarık vb. dinsel işaretlerde pasif sembol yaklaşımının ağır bastığı söylenebilir. Danıştayın da benzer yaklaşımı benimsediği sonucuna varılmıştır.

Çalışmada ele alınan din ve vicdan özgürlüğünün görünümleri olarak dini lidere ve kutsal günlere ilişkin hususlarda sözleşmecî devletlere tanınan takdir marjı kapsamında ulusal idari yargı içtihatlarının sözleşmecî devletin yani davalı idarenin taahhütlerini yerine getirip getirmediğini denetleme kriterlerini ortaya çıkararak AİHM denetimi ile el ele yürüdüğü söylenebilir. Beslenme başlığı altında ele alınan konuda ise henüz idari yargı içtihadına rastlanılmamıştır.

Sonuç olarak takdir marjı tanınan din ve vicdan özgürlüğünün görünümlerine ilişkin konularda ulusal yargı makamı olarak idari yargı mahkemelerinin, sözleşmecî devletin yani davalı idarenin Sözleşmeye ilişkin taahhütlerini yerine getirip getirmediğini denetleme kriterlerinin odak noktası uluslararası hukukla uyumlulaşma, anayasa ile teminat altına alınan ilkeler ile bu alanda pozitif adımların eşit şekilde atılıp atılmadığı olmalıdır. Böylece sözleşmecî devlet olarak ikincillik ilkesi gereğince Sözleşme ve Protokollerinde yer alan hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğu yerine getirmiş olacak, temel hak ve özgürlüklerin ihlali kaynağında giderilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

- Ağırbaşı, Şennur, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 101, 2012, s. 83-102.
- Arai, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp/Oxford/ New York: Intersentia, 2002.
- Bal, Ali, “Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AİHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 2, 2019, s.55-112.
- Baltacı, Ali, “Avrupa Okullarında Dini Simgelerin Yasallığı”, *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, Cilt 21, Sayı 1, 2017, s. 45-80.
- Birden, Emre, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Yükümlülöklere Aykırı Tedbirler Alabilme Yetkisinin Sınırı Olarak Keyfîlik Yasağı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 5, Sayı 10, 2016, s. 409-475.
- Boran, Mustafa, “Kurban İbadeti ve Bazı Güncel Meseleler”, *Helal ve Etik Araştırmaları Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2020.
- Cannizzaro, Enzo, “Proportionality and Margin of Appreciation in the Whaling Case: Reconciling Antithetical Doctrines?”, *The European Journal of International Law*, Cilt 27, Sayı 4, 2016, s. 1061-1069.
- Çoban, Ali Rıza, Strazbourg’da Herküllere İhtiyacımız var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s. 187-224.
- Doğru, Derya, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019
- Doğru, Osman, Nalbant Atilla, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt:1*, Ankara, Avrupa Konseyi, 2012.
- Dönmezer, Sulhi, “Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü”, *Erdem İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, Cilt 15, Sayı 42, 2005, s. 1-30.
- Duymaz, Erkan, “Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları

Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlili”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 64, Sayı 4, 2015, s. 1113-1160.

Egeliği, Ömer E., *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı, On iki Levha Yayınları, On iki Levha Yayınları*, 2021.

Esen, Egemen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, On iki Levha Yayınları, 2020.

Esen, Egemen, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Ulusal Makamlarla İlişkisi: Sorumluluk Paylaşımı”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı*, Cilt 3, 2020, s.285-346.

Gökcan, Hasan Tahsin, “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 135, 2018, s. 9-76.

Hafizoğulları, Zeki, “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Tarafı Olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Laiklik, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2012, s. 163-175.

İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Ek Kitapları Serisi-4*, Avrupa Konseyi, 2018.

Keskin, Erdoğan, “AİHM’nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, Sayı 3, 2020, s. 1379-1414.

Kılınç, Ümit, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Sınırlamanın Dar Yorumu İlkesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, 2020, s. 599-623.

Kratochvil, Jan, “The Inflation of The Margin of Appreciation by The European Court Of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Cilt 29, Sayı 3, 2011, s. 324-357.

Kurt, Hayrettin, “İnanç Özgürlüğü Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımının Mukayeseli Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s. 201-232.

- Legg, Andrew, *The Margin of Appreciation In International Human Rights Law: Deference and Proportionally*, Oxford University Press, 2012.
- Murdoch, Jim, *Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin Uygulanmasına Dair Klavuz, AIHS İnsan Haklar El Kitabı*, Avrupa Konseyi, 2007.
- Nal, Sabahattin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı 4, 2002, s. 65-93.
- Reer, Steven, "The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin or Appreciation", *UCL Human Rights Review*, Cilt 3, 2010, s.1-14.
- Sarıaslan, Ömer, "Kamusal Alanda Dini Semboller: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Tarafsızlık adına Ayrımcılık", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, sayı 2, 2023, s.1061.
- Saul, Matthew, "The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments", *Human Rights Law Review*, Cilt 15, Sayı 4, 2015, s.745-774.
- Spano, Robert, "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review*, Cilt 14, Sayı 3, 2014, s. 487-502.
- Spielmann, Dean, "Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?", *Cambridge Yearbook Legal Studies*, Sayı 14, 2012, s. 381-418.
- Şenol, Yahya, "Kur'an'a göre Hayvansal Gıdalarda Helallik Ölçüleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.283.
- Şirin, Tolga, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2013, s.359-399.
- Şirin, Tolga ve Duymaz Erkan, *Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri*, Türkiye Barolar Birliği yayınları, 2016.
- Tayar, Mustafa, Doğan Merve ve Helal Kesim, *Akademik Platform Helal Yaşam Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2019, s.62-76.

Türkoğlu Derin Merve Bengü, İnanç Özgürlüğünün İç Boyutu, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, Cilt 5, Sayı 8, 2022, s.121-142.

Wildhaber Luzius, Hjartarson Arnaldur, Donnelly Stephen, “No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, Cilt 33, Sayı 7, 2013

Zuhayli Vehbe, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, Cilt 4, 1994.

AIHM KARARLARI

Ahmet Arslan ve Diğerleri/Türkiye, B. No:41135/98, K.T:23.02.2010

Belçika Eğitim Dili Davası/Belçika, B. No:2126/64 K.T: 23.07.1968

Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık, B. No:7511/76, K.T:25.02.1982

Cha-are Shalom ve Tsedek/Fransa, B. No:27417/95, K.T:27.06.2000

Chaplin/Birleşik Krallık, B. No:59842/10, K.T:15.01.2013

Dahlab/İsviçre, B. No:42393/98, K.T: 15.02.2001

Dakir v. Belçika, B. No: 4619/12, K.T:11.07.2017

Doğru/Fransa, B. No:27058/05, K.T:04.12.2008

Ebrahimian v. Fransa, B. No:64846/11, K.T:26.11.2015

Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B. No:48420/10, K.T:15.01.2013

El Morsli/Fransa, B. No:15585/06, K.T:04.03.2008

Handyside/Birleşik Krallık, B. No:5493/72, K.T:07.12.1976

Kervancı/Fransa, B. No:31645/04, K.T:04.12.2008

Kokkinakis/Yunanistan, B. No:14307/88, K.T:25.05.1993

Kurtulmuş/Türkiye, B. No:65500/01, K.T:24.01.2006

Leyla Şahin/Türkiye, B. No:44774/98, K.T:19.11.2005

Lautsi ve Diğerleri/İtalya, B. No:30814/06, K.T:18.03.2011

Mann Singh/Fransa, B. No:24479/07, K.T:11.06.2007

Manoussakis ve diğerleri/Yunanistan, B. No:18748/91, K.T:26.09.1996

Metropolitan Church of Bessarabia and Others/Moldova, B. No:45701/99,
K.T:13.12.2001

Moskova Yehova Şahitleri/Rusya, B. No:302/02, K.T:10.06.2010

Ranjit Singh, B. No:27561/08, K.T:30.06.2009

S.A.S/Fransa, B. No:43835/11, K.T:01.07.2014

Stedman/Birleşik Krallık, B. No:29107/95, K.T:09.04.1997

Şeyma Karaduman/Türkiye, B. No:16278/90, K.T:03.05.1995

X/Birleşik Krallık, B. No:8160/78, K.T:12.03.1981

X., Y. ve Z./Birleşik Krallık, B. No:21830/93, K.T:22.04.1997

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

B. S., B. No:2015/8491, K.T:18.07.2018

E:2012/65, K:2012/128, K.T:20.09.2012

Esra Nur Özbey, B. No:2013/7443, K.T:20.05.2015

Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan, B. No:2014/17354,
K.T:22.05.2019

Tuğba Arslan, B. No:2014/256, K.T:25.06.2014

Sara Akgül, B. No:2015/269, K.T:22.11.2018

E:2011/111, K:2012/56, K.T:11.04.2012, E:2016/16, K:2016/37,
K.T:05.05.2016.