

LAUTSİ VE DİĞERLERİ/İTALYA KARARI : HANGİ DİN, HANGİ LAİKLİK?

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN TAKDİR YETKİSİ TEORİSİ İLE DEVLETİN DİNLERE KARŞI TARAFSIZLIĞI PRENSİBİ ÜZERİNE

L'arrêt *Lautsi et autres c. Italie* : Quelle Religion ? Quelle Laïcité ? Sur la Théorie de la Marge d'Appréciation et le Principe de la Neutralité de l'État.

Dr. Ümit KILINÇ*

Résumé

Le présent article a été rédigé à partir de la réflexion de l'auteur portant sur la conclusion de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011. Deux questions principales y sont posées : la présence du crucifix dans les salles de classe dans les écoles publiques où des enfants mineurs sont scolarisés, méconnaît-t-elle le principe de neutralité de l'État à l'égard des croyances religieuses ? Cette question relève-t-elle de la marge d'appréciation de l'État ? Les réponses données par la Cour à ces deux questions, que l'auteur estime critiquables, sont examinées de manière détaillée dans le présent article. Selon l'auteur, compte tenu de la jurisprudence de la Cour en la matière, l'arrêt *Lautsi* est discutable et critiquable quant à la théorie de la marge d'appréciation et au principe de neutralité de l'État. Cependant, il est difficile d'affirmer en conclusion que la Cour, qui ne condamne pas l'État italien pour l'apposition du crucifix dans les salles de classe, favorise la religion chrétienne par rapport aux autres religions.

Mots Clés: Cour Européenne des Droits de l'Homme , Lautsi , Refah , Leyla Şahin , Laïcité , Neutralité de l'Etat à l'égard des Religions , Marge d'Appréciation , Liberté de Religion et de Conscience .

Özet

Şözkonusu makale, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Dairesi tarafından 18 mart 2011 tarihinde verilen *Lautsi ve diğerleri/İtalya* kararından yola çıkılarak hazırlanmıştır. Bu davada, Mahkeme'ye iki temel soru yöneltilmiştir: devlet okullarında ergin olmayan çocukların ders gördüğü sınıflarda Hristiyanlık dinini simgeleyen haçın asılı bulundurulması devletin dinlere karşı tarafsızlığı prensibinin

* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Hukukçu

ihlali sonucunu doğurur mu? Bu durum, devletin takdir yetkisi kapsamına mı girmektedir? Bu iki soruya Mahkeme'nin verdiği cevaplar bu makalede eleştirel açıdan ve detaylı bir şekilde incelenmiştir. Yazara göre, Mahkeme'nin bu konudaki içtihatları gözönüne alındığında, *Lautsi* kararı, takdir yetkisi teorisi ve devletin dinlere karşı tarafsızlığı prensibi yönünden tartışılabilir ve eleştirilebilir. Ancak, sonuç olarak, bu davada, sınıflarda haç bulundurulmasından dolayı İtalyan Devleti'ni mahkum etmemekle, Mahkeme'nin Hristiyanlık dinine diğer dinlere oranla daha fazla önem verdiği sonucuna varmak mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Lautsi, Refah, Leyla Şahin, Laiklik, Devletin Dinlere Karşı Tarafsızlığı Prensibi , Takdir yetkisi , Din ve Vicdan Özgürlüğü

GİRİŞ

18 mart 2011 tarihinde, İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Dairesi tartışmaya açık bir karara imza attı. Mahkeme, devlet okullarının duvarlarında bulunan haç¹ ile ilgili olarak İtalyan bir başvurucunun kendi ve reşit olmayan iki oğlu adına açmış olduğu davada, İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edilmediğine karar verdi². Bu makalede, verilen bu kararın devletlerin takdir yetkisi teorisine ilişkin yerleşik içtihatlarla ve devletlerin dinlere karşı tarafsızlığı ilkesine uygun olup olmadığı ile ne oranda uyumlu olduğu incelenecektir.

Başvurucu Lautsi'nin on bir ve on üç yaşlarında olan iki oğlu devlet okullarında okumaktadır. 2002 senesinin Nisan ayında, başvurucunun eşi, sınıftaki tüm dini sembollerin, özellikle de duvarlardaki haçların kaldırılmasını talep eder. Bu talep okul konseyi tarafından reddedilir. Bu karara karşı başvuru, laiklik prensibinin ihlal edildiği gerekçesiyle, Vénétie İdare Mahkemesi'ne başvurur. Bu arada, Milli Eğitim Bakanlığı bir genelge yayınlar ve tüm sınıflarda haç bulundurulması için gerekli tüm tedbirlerin alınmasını ister. Ayrıca Bakanlık, davaya müdahil olur ve sınıflarda haç bulundurulmasının 1922, 1924 ve 1928 tarihli genelgeler ile krallık kararnamelerine dayandığını iddia eder. Bu kararname ve genelgelerde, haç sınıflarda olması gereken taşınır mallar arasında sayılmış ve kralın portresiyle birlikte, haçın sınıfların duvarlarına asılması gerektiği belirtilmiştir.

¹ Sıradan haç (*croix*) ile üzerinde çarmıha gerili İsa figürünün olduğu haç (*crucifix*) arasında fark bulunmaktadır. *Lautsi* davasında söz konusu olan, üzerinde çarmıha gerili İsa figürünün olduğu haçtır.

² Büyük Daire kararı için bkz, AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, 18 Mart 2011 tarihli karar, n° 30814/06. Bu çalışmada, İnsan Hakları Komisyonu ve İnsan Hakları Mahkemesi'nin tüm kararları, Mahkeme'nin resmi İnternet sitesinden (www.echr.coe.int) faydalanılarak bulunmuştur.

İdare Mahkemesi, sorunu Anayasa Mahkemesi önüne getirir. Ancak Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlerin yasa değerinde olmadığı gerekçesiyle anayasaya uygunluk denetimi yapmayı reddeder ve yapılan talebin kabul edilemez olduğu sonucuna varır. Akabinde, İdare Mahkemesi, bu durumun devletin laiklik prensibinin ihlali sonucunu doğurmayacağı gerekçesiyle, başvurunun davasının reddine karar verir. İdare Mahkemesi, haçın sadece dini bir sembol olmadığını, aynı zamanda tarihi ve kültürel bir değer olma özelliği taşıdığı ve « İtalyan milletinin kimliksel bir değeri » olduğunu altını çizer. İdare Mahkemesi, haçın aynı zamanda, özgürlük, eşitlik, insan onuru, dini tolerans ve laik devlet prensiplerinin oluşturduğu değerler sisteminin bir parçası olduğunu ifade eder. Bunlarla birlikte, anayasal özgürlüklerin birçok kökeni olduğunu ve bunlardan en inkâr edilemez olanın Hristiyanlık dini olduğunu; dolayısıyla, laiklik adına Hristiyanlık dinini temsil eden bir sembolün devlet kurumlarından çıkarılmasının paradoksal olacağını ifade eder. Sonuç olarak, İdare Mahkemesi, sınıfın duvarlarına haç asılmasının kimseyi dışlamadığını, kimse üzerinde dini bir baskı yaratmadığını, ancak İtalyan tarihini, kültürünü ve değerlerini öğrencilere öğretme amacıyla olduğunu belirtir.

Dava, başvurunun temyizi üzerine İtalyan Danıştay'ı önüne gelir. Danıştay, İdare Mahkemesi gibi ama farklı gerekçelerle, haçın devlet okullarında sınıfların duvarlarına asılmasının laiklik prensibine aykırı olmadığına karar verir. Danıştay'a göre, haçın sınıflarda bulundurulması eğitimsel bir amaçtan öteye gitmemekte, dinin temelinde ve İtalyan toplumunun karakteristik özellikleri arasında olan hoşgörü, karşılıklı saygı, insani değerlerin ve hakların tanınması, manevi bilincin otoriteye karşı bağımsızlığı, yardımlaşma ve ayrımcılık yasağı kavramlarının ifadesi olarak kabul edilmelidir.

Başvurucu, iç hukukta bir sonuç elde edemeyince, sorunu Strazburg Mahkemesi önüne taşır. 3 Kasım 2009 tarihinde davayı karara bağlayan İkinci Daire, oybirliğiyle davanın kabul edilebilirliği ve 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesiyle birlikte Sözleşme'nin 9. maddesinin İtalyan Hükümeti tarafından ihlal edildiği sonucuna varır³. İkinci Daire kararında, devletin laik karakterine, dinlere karşı tarafsızlığı ve eşit mesafede durması prensibi esas alınmıştır. Bu karar ile ilgili doktrindeki görüşler çeşitlilik arz etmektedir. Yazarların büyük bir kısmı, devlet

³ İkinci Daire kararı için, bkz, AİHM, *Lautsi/İtalya*, 3 Kasım 2009 tarihli karar, n° 30814/06.

okullarında haç bulundurulmasının Sözleşme'ye aykırı bulunmasının İtalyan sınırlarını aşır, birçok Avrupa ülkesini etkileyeceğini kabul etmekle birlikte, İkinci Daire tarafından verilen bu kararın yerinde ve içtihatlarla tamamen uygun olduğunu ifade etmektedirler⁴. Diğer taraftan, bazı yazarlar ise, İkinci Dairenin devletlerin takdir yetkisini, tarihi ve kültürel özelliklerini dikkate almamasını, Sözleşme metninde olmamasına rağmen devletin laik karakterde olması gerektiğini dayatmasını ve bu nedenlerle Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermesini eleştirmişlerdir⁵.

Hükümetin talebi üzerine dava İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Dairesi önüne gelir. Büyük Daire, 18 Mart 2011 tarihinde, İkinci Dairenin kararını « bozarak », Sözleşme'nin hiç bir hükmünün ihlal edilmediğine karar verir. On yedi yargıç tarafından verilen bu karar, yukarıda belirtildiği üzere, iki yönden incelenecektir. Öncelikle, karara temel olarak gösterilen devletin takdir yetkisi teorisinin (*marge d'appréciation/margin of appreciation*) uygulanması açısından (**Bölüm I**) ve sonrasında Mahkeme'nin içtihatlarıyla oluşturduğu devletin dinlere karşı tarafsızlığı prensibi yönünden ele alınacaktır (**Bölüm II**).

I. BÖLÜM: TAKDİR YETKİSİ TEORİSİNİN UYGULANMASINDAKİ SORUNLAR

İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı ve doktrinde yazılanlar ışığında takdir yetkisi teorisinin temellerinin (A) ve bu teorinin *Lautsi* kararına ne şekilde uygulandığının irdelenmesinde fayda bulunmaktadır (B).

⁴ Clément Benelbaz, « CEDH et interdiction des crucifix dans les écoles », **Droit administratif : revue mensuelle du JurisClasseur**, vol. 49, n° 1, Ocak 2010, s. 21-23 ; Petr Muzny, « Quand la Cour EDH fait une croix sur la croix », **Recueil Dalloz**, 185. sene, n° 43, 10 Aralık 2009, s. 2872-2873 ; Peggy Ducoulombier, « La Cour poursuit la défense du principe de laïcité : CourEDH, Lautsi c. Italie, 3 novembre 2009 », **L'Europe des Libertés**, 10. sene, n° 31, Ocak 2010, s. 21-22 ; Carlo Panara, « Lautsi v. Italy : the display of religious symbols by the State », **European public law**, vol. 17, n° 1, Mart 2011, s. 163-165 ve Gérard Gonzalez, « L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'homme », **Revue trimestrielle des droits de l'homme**, 21. sene, n° 82 (Nisan 2010), s. 469 ve s. 476.

⁵ Christian Walter, « Introductory note of the European Court of Human Rights », **International legal materials**, vol. 49, no. 1, 2010, s. 32-33; Joseph Halevi Horowitz Weiler, « Lautsi : crucifix in the classroom redux », **European journal of international law**, vol. 21 no. 1, Şubat 2010, s. 1; Zoé Luca, « Case of Lautsi v Italy : religious symbols in public schools and the (lack of) margin of appreciation », **Maastricht journal of European and comparative law**, vol. 17, no. 1, 2010, s. 98-99.

A. Takdir yetkisi teorisinin temelleri

Handyside/Birleşik Krallık kararının verildiği 7 Aralık 1976 tarihinden beri⁶, İnsan Hakları Mahkemesi⁷ Devlet'in takdir yetkisi, genelde Sözleşme'nin 2, 3, 4 ve 7. maddeleri⁸ dışında kalan diğer hükümler ile ilgili davalarda sistematik bir şekilde uygulamaktadır⁹. Devlet'in takdir yetkisi kavramı, Sözleşme hukukunun temel esaslarından biri olan ikincililik prensibinin (*principle of subsidiarity/principe de subsidiarité*) bir sonucudur. Bu prensibe göre, Sözleşme ile kurulan denetim mekanizması iç hukuk sistemine göre ikincil bir konumdadır. Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması öncelikle ilgili devlete ve organlarına aittir¹⁰. Zaten bu nedenle, Sözleşme'nin 35. maddesi, İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmadan önce, etkin tüm iç

⁶ Vassilis Chiridarıs'a göre, İnsan Hakları Mahkemesi, *De Wilde Ooms et Versyp/Belçika* (18 Haziran 1971 tarihli karar, n° 2832/66; n° 2835/66 ve n° 2899/66) kararında ilk defa zımnî olarak devletlerin takdir yetkisi kavramını kullanmıştır (Vassilis Chiridarıs, « Criticizing Strasbourg, Lord Hoffmann, the limits of interpretation, the "margin of appreciation", and the problems faced by the European Court of Human Rights », European Court of Human Rights, *Athens Bar Association*, 2010, s. 243). Buna karşın, Mahkeme yargıçlarından Dean Spielmann'a göre, Mahkeme, açıkça ilk defa takdir yetkisi kavramını *İrlanda/Birleşik Krallık* (18 Ocak 1978 tarihli karar, n° 5310/71) davasında kullanmıştır (Dean Spielmann, « En jouant sur les marges: la Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale: abandon ou subsidiarité du contrôle européen ? », Institut Grand-Ducal, *Actes de la Section des sciences morales et politiques*, vol. 13, 2010, s. 209).

⁷ İnsan Hakları Komisyonu takdir yetkisi kavramını ilk defa, *Yunanistan/Birleşik Krallık* davasında (n° 299/57), 8 Temmuz 1959 tarihli raporunda kullanmıştır (Vassilis Chiridarıs, *a.g.e.*, s. 242).

⁸ Takdir yetkisi kavramının Sözleşme'nin 5. ve 6. maddesi ile ilgili davalarda uygulanması sık rastlanan bir durum değildir. Sözleşme'nin 5. maddesi ile ilgili olarak, *Winterwerp/Hollanda* (24 Ekim 1979 tarihli karar, n° 6301/73, § 40) kararı örnek olarak gösterilebilir. Bu davada, İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 5 § 1 e) fıkrasında ifade edilen « akıl hastası » kavramının belirlenmesinde, devletlerin takdir yetkileri olduğunu belirtmiştir. Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında ise, mahkemeye ulaşma hakkı konusunda devletlerin geniş takdir yetkileri olduğu ifade edilmiştir. Bu konuda, Türkiye'yi ilgilendirmesi bakımından, birçok karar arasından, *Bakan/Türkiye* (12 Haziran 2007 tarihli karar, n° 50939/99, § 66) kararı örnek olarak gösterilebilir.

⁹ Takdir yetkisi kavramının İnsan Hakları Sözleşmesi'ne madde madde uygulaması konusunda, bkz, Yutaka Arai-Takahashi, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia/Oxford, New York, 2002; Clare Ovey, « The margin of appreciation and Article 8 of the Convention », *Human Rights Law Journal*, vol. 19, no.1, s. 10-12; Soren C. Prebensen, « The margin of appreciation and Article 9, 10 and 11 of the Convention », *Human Rights Law Journal*, vol. 19, no.1, s. 13-17; Jeroen Schokkenbroek, « The prohibition of discrimination in Article 14 of the Convention and the margin of appreciation », *Human Rights Law Journal*, vol. 19, no.1, s. 20-23; Michael O'Boyle, « The margin of appreciation and derogation under Article 15: ritual incantation or principle? », *Human Rights Law Journal*, vol. 19, no.1, s. 23-29; Yves Winisdoerffer, « Margin of appreciation and Article 1 of Protocol no.1 », *Human Rights Law Journal*, Vol.19, no.1, s. 18-20.

¹⁰ AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976 tarihli karar, n° 5493/72, § 48.

hukuk yollarının tüketilmesini şart koşturmaktadır. Sözleşme'nin 13 maddesi, Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesinden dolayı ulusal otoriteler önünde etkili bir başvuru yolunun olmasını zorunlu kılmaktadır. Mahkeme içtihatlarına göre ikincililik prensibinin bir başka tezahürü, davaların olayları ve aktörleri ile doğrudan doğruya ilişki içerisinde olmasından dolayı, ulusal hakim ulusal hakimden daha iyi bir konumda olmasıdır. Bu çerçevede, uluslararası hakim kendini ulusal hakim yerine koyup karar verememektedir; aksi takdirde, Mahkeme, birçok kararında altını çizdiği gibi, Sözleşme ile öngörülen denetim mekanizmasının ikincililik karakterini hiçe saymış olur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin rolü iç hukukta verilen bir kararın veya yapılan bir eylemin Sözleşme'ye uygunluk denetimini yapmakla sınırlıdır. İkincililik prensibi, aynı zamanda bir ulusal hukuk sisteminin Sözleşme ile kurulan mekanizmadan « otonom » olma özelliğinin kabulü anlamına da gelmektedir¹¹. Bütün bunların yanında, ikincililik prensibi ve bunun bir sonucu olan devletin takdir yetkisi İnsan Hakları Mahkemesi'nin, üye ülkelerin ulusal hukuk sistemlerine olan saygısının da bir sonucudur. Bazı yazarlar, takdir yetkisi teorisi, Strazburg Mahkemesi ile ulusal yargı organları arasında « güçler ayrılığı » prensibinin bir gereği olduğunu ve her iki sistem arasında bir denge gütmeye amacında olduğunu savunmaktadırlar¹². Mahkeme, bakacağı davalarda kendine bir esneklik payı bırakmaktadır ve üye devletlerin egemenlik haklarına saygı duyduğunu bu şekilde göstermektedir¹³.

Ancak, içtihadı göre, devletlere tanınan takdir yetkisi sınırsız değildir. Ulusal makamların bu yetkileri aşım aşım adıklarına karar verme yetkisi İnsan Hakları Mahkemesi'ne aittir¹⁴. Yapılan bu kontrol, sadece sınırlanan hak veya özgürlüğün gerekliliği ile sınırlı değil, aynı zamanda

¹¹ Frédéric Sudre vd, **Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme**, 5. ed., Puf, Paris 2009, s. 76.

¹² Yutaka Arai, « The margin of appreciation doctrine in the jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights », **Netherlands Quarterly of Human Rights**, 1998, s. 60-61 ve Jeroen Schokkenbroek, « The basis, nature and application of the margin-of-appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights », General Report, **Human Rights Law Journal**, Vol.19, no.1, s. 35.

¹³ R. St.J. MacDonald, « The Margin of Appreciation », in **The European system for the protection of human rights**, Hz. R.St.J. Macdonald, F. Matscher ve H. Petzold, Dordrecht-Boston-London, Nijhoff, 1993, s. 122-123.

¹⁴ Birçok karar arasından, bkz, AİHM, *Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç*, 20 Mayıs 1999 tarihli karar, n° 21980/93, § 58.

söz konusu müdahalenin ortaya çıkardığı sonuçları da kapsamaktadır¹⁵. *Sunday Times* kararında, Mahkeme, devletlerin, bireylere tanınan hak ve özgürlükleri sınırlarken kendilerine tanınan takdir yetkileri içinde hareket edip etmediklerini belirlemek için, bazı kriterler koymuştur. Buna göre, hak ve özgürlüğe getirilen sınırlamanın zorunluğunu tespit etmek için « zorlayıcı bir toplumsal gereksinimin » (*besoin social impérieux/pressing social need*) varlığı zorunludur. Ayrıca Mahkeme, takdir yetkisinin aşılmaması konusunu incelerken, sadece ulusal makamların iyiniyetli olup olmadıklarını ve gerekli ehemmiyeti gösterip göstermediklerini incelemekle kalmayıp, aynı zamanda hak ve özgürlüğü sınırlamak için iç hukukta öne sürülen gerekçelerin « yerinde » ve « yeterli » olup olmadığına da bakar¹⁶. Son olarak da, yapılan sınırlamanın izlenen meşru amaç ile orantılılığı; bir diğer ifadeyle, kamu yararı ile kişisel yarar arasındaki dengenin kurulup kurulmadığı soruna eğilir. Orantılılık prensibi, bu yönüyle, takdir yetkisi incelemesinde merkezi bir rol oynamaktadır¹⁷.

Kısacası, Sözleşme'ye uygunluk kontrolünün sıkı olup olmaması, devletin takdir yetkisinin genişliği ile alakalıdır. Takdir yetkisi dar olursa, yapılacak denetim kontrolü sıkı olur. Buna karşın, takdir yetkisinin geniş olması durumunda ise İnsan Hakları Mahkemesi'nin yapacağı Sözleşme'ye uygunluk denetimi daha az sıkı olur. Bu nedenle, takdir yetkisi kavramı Sözleşme hukukunda büyük bir önem arz etmektedir, çünkü Mahkeme'nin önüne gelen davada izleyeceği yol haritasını gösterir. Takdir yetkisi geniş olduğu zaman davaya konu hak ve özgürlüğün alanı dar, buna karşın, takdir yetkisinin dar olarak kabul edildiği durumlarda, korunan hak ve özgürlüğün alanı daha geniş kabul edilmektedir.

Devletlerin takdir yetkilerinin genişliği veya darlığı korunan hak ve hürriyetin niteliğine, getirilen sınırlamanın ağırlığına, sınırlamada kullanılan meşru amaca ve Mahkeme'nin çözmeye çalıştığı konu hakkında diğer Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında bir konsensüs¹⁸

¹⁵ Bu konuda prensip kararı olarak bkz, AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, a.g.k., § 48.

¹⁶ AİHM, *Sunday Times/Birleşik Krallık*, 26 Nisan 1979 tarihli karar, n° 6538/74, § 65.

¹⁷ Frédéric Sudre vd, a.g.e., s. 80.

¹⁸ Konsensüs, bir kısım İnsan Hakları Mahkemesi üyeleri tarafından hazırlanan bir raporda « bir gruba ait üyeler arasında genel bir anlaşma (zımnî veya şekli) » olarak tanımlanmıştır. Bu rapora göre konsensüs kavramı ilk defa *Tyrer/Birleşik Krallık* (25 Nisan 1978 tarihli karar, n° 5856/72) kararında uygulanmıştır ve ulusal sistemler ile Strazburg'ta oluşturulan kontrol mekanizması arasında bir denge gözetme amacındadır (Anatoly Kovler, Vladimiro Zagrebelsky, Lech Garlicki, Dean Spielmann, Renata Jaeger et Roderick Liddell, « Le rôle du consensus dans

olup olmadığına göre değişir¹⁹. Gerçekten de, Sözleşme ve ek Protokoller ile korunan her hak ve özgürlük için devletin takdir yetkisi değişmektedir. Örneğin, Sözleşme'nin 10 veya 11. maddesi ile korunan haklarda, 1 Nolu Protokol'ün 2. veya 3. maddesi ile korunan haklara oranla devlet'in takdir yetkisi daha dardır. Ayrıca, kişinin özel yaşamına müdahale yapılan durumlarda devlet'in takdir yetkisi çok dardır. Bu konuda, Profesör Sudre, bireyin cinsel kimliğinden ve ilişkisinden dolayı kınanması²⁰, kişisel bilgilerin gizliliği²¹ ve aile bireyleri arasındaki bağların korunması²² ile ilgili davaları örnek olarak göstermektedir. Bunun yanında, İnsan Hakları Mahkemesi, demokrasinin işleyişinde büyük rol oynamasından dolayı, basın özgürlüğü²³, güncel ve toplumun genel sorunlarına ilişkin yapılan toplantı ve gösteri yürüyüşleri²⁴ ile siyasi partilerin örgütlenmesi ve çalışmaları²⁵ ile ilgili davalarda, yine Devlet'in takdir yetkisinin dar olduğunun altını çizer²⁶. Buna karşın, ekonomik ve sosyal hayatın düzenlenmesi ile ilgili kararların alınmasında²⁷, imar ve çevre düzenlenmesi ile ilgili konularda²⁸ devletlerin takdir yetkisinin daha geniş olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca, üçüncü kişilerin haklarının söz konusu olduğu durumlarda²⁹, devletin takdir yetkisi geniştir³⁰.

Bazen de Sözleşme'nin aynı maddesi ile ilgili olmakla birlikte, farklı konularda devletin takdir yetkisinin boyutu değişebilmektedir. Örneğin, 10. madde ile ilgili olarak, basın mensuplarının ve politikacıların hükümetin politikalarıyla ilgili eleştirilerinin söz konusu olduğu

le système de la Convention européenne des droits de l'homme », note préparée par le comité d'organisation, in **Dialogue entre juges**, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2008, s. 17 ve 18).

¹⁹ Birçok karar arasından, bkz, AİHM, *Dickson/Birleşik Krallık*, 4 Aralık 2007 tarihli karar, n° 44362/04, § 77.

²⁰ Örnek olarak, bkz, AİHM, *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 22 Ekim 1981 tarihli karar, n° 7525/76, § 52 ; *Norris/İrlanda*, 26 Ekim 1988 tarihli karar, n° 8225/78, § 46 ve *Modinos/Kıbrıs*, 22 Nisan 1993 tarihli karar, n° 15070/89, § 25.

²¹ Örnek olarak, bkz, AİHM, *Z./Finlandiya*, 25 Şubat 1997 tarihli karar, n° 22009/93, § 95 ve *L. L./Fransa*, 10 Ekim 2006 tarihli karar, n° 7508/02, § 44.

²² Bkz, AİHM, *Kutzner/Almanya*, 26 Şubat 2002 tarihli karar, n° 46544/99, § 67.

²³ Birçok karar arasından, bkz, AİHM, *Dink/Türkiye*, 14 Eylül 2010 tarihli karar, n° 2668/07, n° 6102/08, n° 30079/08, n° 7072/09 ve n° 7124/09, §§ 133-135.

²⁴ Örnek olarak, bkz, AİHM, *Oya Ataman/Türkiye*, 5 Aralık 2006 tarihli karar, n° 74552/01, § 41.

²⁵ Birçok karar arasından, bkz, AİHM, *Parti Communiste Unifié de Turquie (TBKP) ve diğerleri/Türkiye*, 30 Ocak 1998 tarihli karar, n° 19392/92, § 46 ve *Parti de la liberté et de la démocratie (Özdep)/Türkiye*, 8 Aralık 1998 tarihli karar, n° 23885/94, § 44.

²⁶ Frédéric Sudre vd, **a.g.e.**, s. 80 et 81.

²⁷ AİHM, *James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1996 tarihli karar, n° 8793/79, § 46.

²⁸ AİHM, *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, 22 Eylül 1982 tarihli karar, n° 7151/75 ve n° 7152/75, § 69.

²⁹ Örnek olarak, bkz, AİHM, *Odièvre/Fransa*, 13 Şubat 2003 tarihli karar, n° 42326/98, § 46.

³⁰ Frédéric Sudre vd, **a.g.e.**, s. 81.

davalarda³¹ takdir yetkisi dar kabul edilmektedir. Buna karşın, ticari, reklam ve haksız rekabet ile ilgili³² yapılan ifadelere dayanan davalarda, devletin takdir yetkisi geniş kabul edilmektedir. Dolayısıyla haber alma özgürlüğü ve politik konularda ifade hürriyetinin alanı ticari konulara oranla daha geniştir.

Bunlarla birlikte, bir hürriyetin sınırlanmasında izlenen meşru amaç da, devletin takdir yetkisi üzerinde etkili olmaktadır. Örnek olarak, ifade özgürlüğü ile ilgili davalarda, 10. maddenin 2. fıkrasına göre izlenen meşru amacın « ahlak » olması durumunda, takdir yetkisi çok geniştir³³. Son olarak, takdir yetkisinin boyutu, çözülmesi gereken konu hakkında üye devletlerin iç hukuklarında ve idari pratiklerinde bir konsensüs olup olmamasına göre değişir. Bunun tespitinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaptığı karşılaştırmalı hukuk araştırmasına dayanmaktadır. Prensipte, konsensüsün olmadığı durumlarda takdir yetkileri genişlemekte³⁴, buna karşın konsensüsün olduğu durumlarda ise

³¹ AİHM, *Castells/İspanya*, 23 Nisan 1992 tarihli karar, n° 11798/85, § 42-43 ve *İncal/Türkiye*, 9 Haziran 1998 tarihli karar, n° 22678/93, §§ 46 ve 54.

³² AİHM, *Mark Intern Verlag GMBH ve Klaus Beermann/Almanya*, 20 Kasım 1989 tarihli karar, n° 10572/83, § 33, *Casado Coca/İspanya*, 24 Şubat 1994 tarihli karar, n° 15450/89, § 50 ve *Hertel/İsviçre*, 25 Ağustos 1998 tarihli karar, n° 25181/94, § 47.

³³ AİHM, *Otto-Preminger-Institut/Avusturya*, 20 Eylül 1994 tarihli karar, n° 13470/87, § 50.

³⁴ İnsan Hakları Mahkemesi'nin devletlerin takdir yetkilerini belirlerken, konsensüse başvurması eleştirilmektedir. Bazı yazarlar, konsensüsü belirlemek için Mahkeme'nin belli kriterler koymamasını ve bu yönüyle bu kavramın belirsiz olmasını eleştirmektedirler. Bu konuda, sıkça sorulan soruların başında, konsensüsün varlığına karar verirken, tüm üye ülkelerin tümünün mü veyahut çoğunluğunun mu dikkate alınması gerektiği ile ilgilidir. Çoğunluk aradığımız zaman, bu çoğunluğun miktarı ne kadar olacak sorusu ayrıca sorulması gereken bir başka sorudur. Ayrıca, Mahkeme, bazı davalarda karşılaştırmalı iç hukuk incelemesi sonucunda üye devletler arasında konsensüs olup olmadığına karar verirken- örneğin *Dudgeon/Birleşik Krallık* kararı (a.g.k.)- bazı davalarda ise uluslararası hukuktaki gelişmelere dayanarak, bu yönüyle bir konsensüsün oluşmaya başladığına karar verebilmiştir-örneğin *Demir ve Baykara/Türkiye* kararı- (12 Kasım 2008 tarihli karar, n° 34503/97). Konsensüs kavramının *statu quo*'yu ve çoğunluğun iradesini korumaya yönelik olduğunu ve içtihatların ilerlemesine engel teşkil ettiğini savunanlar da bulunmaktadır. Bunların yanında, İnsan Hakları Mahkemesi'nin konsensüsün varlığını araştırırken, varılan konsensüsün nedenlerini sorgulamadığı da yöneltilebilir eleştiriler arasında yer almaktadır. Bir de, azınlık hakları söz konusu olduğu zaman, çoğunluğun iradesine dayanarak konsensüsün oluşup oluşmadığına karar verilmesi tehlikeli olarak kabul edilmektedir. Son olarak, « hakkın özü » söz konusu olduğu zaman konsensüs kavramına ve dolayısıyla devletlerin takdir yetkisi doktrinine başvurmanın gereksiz olduğunu, çünkü her halukarda bu çekirdek haklara müdahaleleri engellemek gerektiği de dile getirilmiştir (John L. Murray, « Consensus: concordance ou hégémonie de la majorité », in *Dialogue entre juges*, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2008, s. 52-56; Paul Martens, « Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen », in *Dialogue entre juges*, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2008, s. 86-91 ve Péter Paczolay, « Consensus et discrétion : évolution ou érosion de la protection des droits de l'homme », in *Dialogue entre juges*, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2008, s. 122).

devletlere tanınan takdir yetkisi daralmaktadır³⁵. Konsensüs kavramına başvurulmasının nedeni Sözleşme ile kurulan denetim sisteminin tüm devletlerin iradesine dayanması olarak açıklanabilir³⁶.

Bu prensipler ışığında, takdir yetkisi teorisinin *Lautsi* kararında uygulanmasına bakmakta fayda bulunmaktadır.

B. Takdir yetkisi teorisinin uygulanmasındaki uyumsuzluk

Lautsi davasında, yukarıda belirtildiği gibi, İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Dairesi, kararını İtalyan devletinin takdir yetkisine dayandırmıştır. Kararda, takdir yetkisi kavramı, yaklaşık olarak her paragrafta sistematik bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bu davada, Sözleşme'nin iki maddesinin ihlal edildiği iddiası söz konusudur: Sözleşme'nin 9 maddesi ve 2 Nolu Protokol'ün 2. maddesi. İkinci Daire, 1 Mart 2010 tarihli kararında, davayı 2 Nolu Protokol'ün 2. maddesi ile birlikte Sözleşme'nin 9 maddesi üzerinden yapmış ve bu hükümlerden birine diğerine oranla daha fazla değer biçmiştir. Sonuç olarak her iki hükmün birlikte ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Buna karşın, Büyük Daire kararında dikkati çeken konu, Mahkeme'nin Sözleşme'ye uygunluk denetimini her iki madde üzerinden yapmak yerine, 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesi üzerinden yapması ve bu davada eğitim hakkına oranla din ve vicdan özgürlüğüne daha az değer biçmesidir³⁷. Halbuki başvuru, sınıflarda haçın bulundurulmasının kendi vicdan özgürlüğüne aykırı olduğundan ve çocuklarının laik eğitim görme haklarının ihlal edildiğinden şikayet etmektedir. Büyük Daireye göre, çocukların anne-babaların dini inançlarına göre eğitim hakkı ile uyumsuzlukların 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesi altında incelenmesi gerekmektedir. Büyük Daire

³⁵ Bu konuda, ilginç birkaç Büyük Daire kararı örnek olarak gösterilebilir. Bkz. AİHM, *Odièvre/Fransa*, a.g.k., *Vo/Fransa*, 8 Temmuz 2004 tarihli karar, n° 53924/00 ve *Evans/Birleşik Krallık*, 10 Nisan 2007 tarihli karar, n° 6339/05.

³⁶ Péter Paczolay, a.g.e., s. 108.

³⁷ İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Dairesi ve 2. Dairesi arasındaki bu farklı inceleme ilk bakışta gözlerden kaçmaktadır, çünkü karar metninde kullanılan başlıklar birbirine benzerlikler taşımaktadır. Gerçekten de 2. Daire kendi kararında « Birlikte incelenen 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesi ve Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlali iddiası üzerine » ibaresini kullanmış olmasına rağmen, Büyük Daire kararında « 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesi ve Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlali iddiası üzerine » ifadesi kullanılmıştır. Ancak her iki karar metninin okunmasından, Daire ve Büyük Daire arasındaki inceleme farklılığı gözlerden kaçmamaktadır. 2. Dairenin kararında her iki hüküm beraber incelenmiş, buna karşın, Büyük Daire kararında, her ne kadar yukarıda belirtilen başlık konulmuş olsa bile, Sözleşme'ye uygunluk denetimi eğitim hakkı üzerinden yapılmıştır. Bu konuda, 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesinin ihlal edilmediğini ve Sözleşme'nin 9. maddesi ile ilgili çözümlenecek farklı bir sorun olmadığını belirten Büyük Daire kararının 70. paragrafının okunmasında fayda vardır.

bu konuda *Folgerø ve diğerleri/Norveç*³⁸ kararına atıfta bulunmuştur. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bu davada konu, *Folgerø ve diğerleri/Norveç* ve aynı şekilde *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*³⁹ kararından farklı olarak, devlet okullarında verilen derslerin niteliği ve bu derslerin başvuruçunun dini inançlarına aykırılığı sorunu değildir. *Lautsi* davasında söz konusu olan sorun, küçük yaştaki çocukların bir devlet okulunda Hristiyanlık dinini simgeleyen haçın bulundurulmasının anne-babaların din ve vicdan özgürlüğüne, çocukların ailenin kendi dini inanışlarına göre eğitim almasını sağlama özgürlüğüne ve devletin dinlere karşı tarafsızlığı ilkesine aykırı olup olmadığıdır.

Devletlerin takdir yetkisinin, din ve inanç özgürlüğüne göre, eğitim hakkı konusunda geniş olduğunu hatırlatmakta fayda var. *Lautsi* davasında, sorun sadece eğitim hakkı sorunu değil, aynı zamanda din ve vicdan özgürlüğü sorunudur. Kaldı ki, *Leyla Şahin* kararında Mahkeme, davayı din ve vicdan özgürlüğü bağlamında incelemiştir⁴⁰. Ancak, Büyük Daire *Lautsi* kararında, davayı Sözleşme'nin 9. maddesi altında incelemekten çok, 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesi altında inceleme yoluna girmesi, devlete daha geniş takdir yetkisi verdiği anlamına gelmektedir. Halbuki, Büyük Daire, İkinci Daire gibi konuyu Sözleşme'nin 9 maddesi ile birlikte 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesi ile inceleme yoluna girseydi, varılan sonuç Mahkeme'nin 2. Dairesi'nin varacağı sonuçtan farklı olmayabilir ve Sözleşme'nin ihlaline karar verilebilirdi. Dolayısıyla, Büyük Dairenin davayı eğitim hakkına çekmesi ve din ve vicdan özgürlüğü hakkını geri planda tutması, bir anlamda, İtalyan Devletine bu davada daha fazla takdir yetkisi tanınması anlamına gelmektedir.

Lautsi davasında dikkati çeken bir başka konu, devletin takdir yetkisinin kapsamının belirlenmesinde, Büyük Dairenin, « konsensüs » meselesini değişik bir şekilde uygulamasıdır. Hatırlanacağı üzere, konsensüs olmayan konularda devletler geniş bir takdir yetkisinden faydalandıkları halde, konsensüsün olduğu durumlarda bu yetkileri dar olarak kabul edilmektedir. *Lautsi* davasında, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin çoğunda, devlet okullarında haç bulundurulması yasal anlamda düzenlenmemiştir. 47 ülke arasından, haçın açıkça yasaklanmadığı üç devlet bulunmaktadır: Makedonya, Fransa ve Gürcistan. Buna karşın İtalya dışında, haçın sınıflarda bulundurulması, mevzuatta açıkça sadece

³⁸ AİHM, *Folgerø ve diğerleri/Norveç*, 29 Haziran 2007 tarihli karar, n° 15472/02.

³⁹ AİHM, *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, 9 Ekim 2007 tarihli karar, n° 1448/04.

⁴⁰ AİHM, *Leyla Şahin/Türkiye*, 10 Kasım 2005 tarihli karar, n° 44774/98.

Avusturya, Polonya, Almanya'nın ve İsviçre'nin bazı bölgelerinde söz konusudur. Öte yandan, İspanya, Yunanistan, İrlanda, Malta, San Marino ve Romanya'da, mevzuatta herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen, devlet okullarında haç bulundurulmaktadır.

Ancak, İsviçre Federal Mahkemesi, ilkokullarda sınıfların duvarlarına haç asılmasını öngören bir tüzüğün Anayasa'da belirtilen devletin dini inançlara karşı tarafsızlığı ilkesi ile uyumsuz olduğuna karar vererek söz konusu tüzüğü iptal etmiştir. Aynı şekilde, Almanya Anayasa Mahkemesi, Bavyera eyaletinde yürürlüğe giren benzer bir tüzüğün devletin dinlere karşı tarafsızlığı ilkesini ve din özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Yine Polonya Anayasa Mahkemesi aynı sonuca, Eğitim Bakanlığı'nın devlet okullarında sınıflarda haç bulundurulması ile ilgili kararında varmıştır. Romanya Yüksek Mahkemesi ve İspanya Yüksek Mahkemesi de benzer gerekçelerle, Devlet okullarının laik karakteri üzerinde durmuşlardır. Ayrıca, dikkat edilmesi gereken bir başka konu, İtalyan yüksek yargı organları arasında da haçın devlet okullarında bulundurulmasının laiklik ilkesine aykırı olup olmadığı tartışmalıdır. Gerçekten de yukarıda belirtilen Danıştay'ın pozisyonundan farklı olarak, İtalyan Yargıtay'ının da haçın sınıflarda bulundurulmasının devletin laiklik prensibine ve devletin dinlere karşı tarafsız olması ilkesine aykırı olduğuna ilişkin kararı olduğunu hatırlatmakta fayda bulunmaktadır⁴¹.

Görüldüğü üzere, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerdeki eğilim⁴², konsensüs, devlet okullarında sınıflara haç asılmaması yönündedir. Bu durum Büyük Daire kararına muhalefet şerhi yazan Yargıç Malinverdi ve Kalaydjieva'nın dikkatinden kaçmamıştır⁴³. Gerçekten de, haçın sınıflarda serbest bırakılmasına müsaade eden Polonya, Almanya ve İsviçre'nin Yüksek Mahkemeleri bunun devletin tarafsızlığı prensibinin ihlali olduğunun altını çizmişlerdir. Bununla birlikte, herhangi yasal bir düzenleme olmamasına rağmen haçın sınıflarda bulundurulduğu İspanya ve Romanya'da, Yüksek Mahkemeler, devlet okullarının laik karaktere sahip olması gerektiğini belirtmişlerdir. Haçın sınıflarda

⁴¹ AİHM, *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, a.g.k., §§ 26-28.

⁴² İnsan Hakları Mahkemesi, bazı kararlarında, üye devletler arasında konsensüse yönelik eğilime dayanarak Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna vardığı davalar bulunmaktadır. Bu konuda, bkz, *Marckx/Belçika* (13 Haziran 1979 tarihli karar, n° 6833/74) ve *Dudgeon/Birleşik Krallık* (a.g.k.).

⁴³ Bkz, Yargıç Malinverdi ve Kalaydjieva'nın karşı oy yazıları (AİHM *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, a.g.k.).

bulundurulmasına müsaade eden beş (Avusturya, Yunanistan, İrlanda, Malta, San Marino ve İtalya) Avrupa Konseyi üyesi kalmaktadır. Sonuç olarak, 47 üye ülke arasında, konsensüs, daha çok haçın sınıflarda bulundurulmaması konusunda kendini göstermektedir. Dolayısıyla, takdir yetkisinin konsensüsün dikkate alınarak uygulanması konusunda, Büyük Dairenin İtalya devleti lehine takdir yetkisinin geniş olmasına karar vermesi, prensip olarak Mahkeme içtihatlarıyla uyumlu görünmemektedir. Tam tersine, Büyük Daire, *Lautsi* davasında, İtalyan Devletine kısıtlı bir takdir yetkisi tanınması ve hürriyet alanını daha geniş tutması gerekirdi⁴⁴.

Takdir yetkisi teorisi ve bunun tutarsız bir şekilde uygulanması, doktrinde eleştirilerin odağı olmuştur. Gerçekten birçok yazar, İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kullanılan takdir yetkisi teorisinin muğlak ve bu konuda Mahkeme içtihadının kendi içinde tutarsız olduğunun altını çizmektedir⁴⁵. Bazılarına göre, ne Sözleşme metninden ne de Sözleşme hazırlık çalışmalarından çıkan takdir yetkisi kavramının⁴⁶ İnsan Hakları Mahkemesi'nin karar alma yetkisini sınırladığını ifade etmektedirler⁴⁷. Ayrıca, devletlere bazı hakların sınırlandırılmasında takdir yetkisi verilmesi, Sözleşme ile korunan evrensel değerlerdeki bazı haklar için tehlike arz edebilmekte ve bu hakların sınırlandırılmasında uluslararası standartların düşmesine neden olabilmektedir⁴⁸.

Eleştiriler doktrin ile sınırlı kalmamaktadır. Mahkeme içinden de birçok yargıç, gerek karşı ve gerekse ayrık oy yazılarında takdir yetkisi teorisini

⁴⁴ Bu konuda, konsensüs olmadığı halde devletin takdir yetkisinin dar olarak kabul edildiği davalar bulunmaktadır. Bunların başında *Christin Goodwin/Birleşik Krallık* (11 Temmuz 2007 tarihli karar, n° 28957/95, § 85) ve *Hirst/Birleşik Krallık (n° 2)* (6 Ekim 2005 tarihli karar, n° 74025/01, §§ 33 ve 82) kararları gelmektedir. Buna karşın bazı davalarda, üye ülkeler arasında konsensüs olmasına rağmen devletlere geniş takdir yetkisi tanınan davalar bulunmaktadır. Örnek olarak, bkz., *AlHM, Yumak ve Sadak/Türkiye*, 8 Temmuz 2008 tarihli karar, n° 10226/03, §§ 128-132 ve § 147 ve *Odièvre/Fransa, a.g.k.*, §§ 46-48.

⁴⁵ Frédéric Sudre *vd*, **a.g.e.**, s.83; Nicolas Lavender, «The problem of the margin of appreciation», **European Human Rights Law Review**, 1997, n° 4, s. 380; José Antonio Pastor Ridruejo, «Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des Droits de l'Homme», in **Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte**, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21 Januar 2005, Hz. Jürgen Bröhmer *vd.* - Köln; Berlin; München: Carl Heymanns, 2005, s. 1079 ve R. St.J. MacDonald, **a.g.e.**, s. 85.

⁴⁶ Steven Greer, **La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme**, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2000, s. 7.

⁴⁷ Eva Brems, «The margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights», **Heidelberg journal of international law**, 1996, s. 312.

⁴⁸ Paul Mahoney, «Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism?», **Human Rights Law Journal**, vol. 19, no.1, s. 5.

eleştirmişlerdir. Bu konuda, en sert eleştiri, *Z./Finlandiya* kararında, Yargıç De Meyer'den gelmiştir. Yargıç, sistematik olarak kullanılan takdir yetkisi kavramının göreceli olduğunu ve Mahkeme'nin öne sürdüğü gerekçeler arasından çıkarılması gerektiğini savunmaktadır. İnsan hakları söz konusu olduğu zaman, devletlere bu hakları çiğneme konusunda takdir yetkisinin verilemeyeceğini iddia etmektedir. Yine insan hakları konusunda, devletlerin aşamayacağı sınırın açık ve mümkün olduğu kadar net olması gerektiğinin altını çizmektedir. Bu sınırı belirlemenin devletlere değil Mahkeme'ye ait olduğunu ifade etmektedir. Yargıç De Meyer, prensipte yanlış ve pratikte gereksiz bulunduğu takdir yetkisi teorisinden vazgeçmenin aciliyetini ve gerekliliğini belirtir⁴⁹. Aynı şekilde, İnsan Hakları Mahkemesi'nde *ad hoc* hakim olarak görev yapmış Yargıç Martens, takdir yetkisi teorisinin, Sözleşme'ye uygunluk kriterleri arasından, en sert eleştirilen kavram olduğunu ifade eder⁵⁰. Mahkeme yargıçlarından Spielmann de eleştirilere katılmakta ve takdir yetkisi kavramının zayıflıklar içerdiğini, kapsamının belirsiz olduğunu ve tutarsız uygulandığını kabul etmektedir⁵¹.

Kanaatimizce, takdir yetkisi teorisinin Sözleşme metninde açıkça belirtilmemesi kullanılmayacağı anlamına gelmemektedir. Üye ülkelerin sosyal, politik ve ekonomik farklılıklarını göz önünde bulunduran, ikincilik prensibine göre iç hukuk yargı organlarına ve kararlarına saygıyı sağlayan bir başka kriter ile yeri doldurulmadan, takdir yetkisi teorisinden vazgeçmek mümkün değildir. Sözleşme'ye uygunluk denetimi sırasında, devletlere bazı konularda sınırlı da olsa takdir yetkisi tanımak, Mahkeme'nin üye ülkeler gözünde meşruiyetini de sağlamlaştırmaktadır. Bu yönüyle, Sözleşme ile kurulan denetim mekanizmasının üye ülkelerin ortak iradesine dayandığını unutmamak gerekmektedir. Takdir yetkisi teorisinin kullanılmasından vazgeçilmesi beraberinde bazı tehlikeleri de getirmektedir. Örnek olarak, uluslararası hakim, ulusal hakimin davanın olayları ve aktörleri ile muhatap olmasını dikkate almadan karar vermek zorunda kalacaktır. Bu durum başlı başına Sözleşme'nin temeli sayılan ikincilik prensibine aykırılık teşkil edecektir.

Ancak, takdir yetkisi teorisi ile ilgili tek sorun kesin ölçütlerle kapsamının belirlenememesidir, bunun sonucu olarak da, kararlarda

⁴⁹ Yargıç De Meyer'in *Z./Finlandiya* (a.g.k.) kararındaki karşı oy yazısı.

⁵⁰ Paul Martens, a.g.e., s. 86.

⁵¹ Dean Spielmann, a.g.e., s. 242.

tutarlı bir şekilde uygulanmamasıdır. *Lautsi* kararı da bu bakımdan örnek teşkil etmektedir. Halbuki, bu davada, İnsan Hakları Mahkemesi'nin İkinci Dairesi, haklı olarak, konuya, dinlere karşı tarafsız olması ve eşit mesafede durması ilkesi yönünden yaklaşmıştır.

II. BÖLÜM: DEVLETİN DİNLERE KARŞI TARAFSIZLIĞI PRENSİBİ İLE İLGİLİ SORUNLAR

Lautsi davasında, üzerinde durulması gereken bir başka sorun, Mahkeme'nin kararını devletlerin geniş takdir yetkisine dayandırırken, içtihatlarında altını çizdiği devletin dinlere ve felsefi inançlara karşı tarafsızlığı ilkesini göz ardı edip etmediği sorundur (A). Bununla birlikte, dini sembol olmaları nedeniyle haç ve başörtüsü konusunda Mahkeme'nin pozisyonunu incelemekte fayda bulunmaktadır (B).

A. Devletin dinlere ve felsefi inançlara karşı tarafsızlığı ilkesinin göz ardı edilmesi

Kararın gerekçelerine baktığımızda, Büyük Daire, sorunun eğitim/öğretim programından veya bunun uygulanmasından kaynaklanmadığını altını çizmektedir. Bununla birlikte, devletlerin pozitif yükümlülükleri, sadece eğitim/öğretim programları veya bunların uygulamasıyla sınırlı olmadığını, bu pozitif yükümlülüklerin aynı zamanda, sağlıklı bir eğitim ortamının yaratılması ve birlikte verilen eğitimin anne-babaların dini inançlarına uygun yapılması hususlarını da içerdiğini belirtmektedir. Sınıflarda haçın bulundurulması da, bu bağlam içerisinde ele alınması gerekmektedir.

Büyük Daire, haçın her şeyden önce bir dini sembol olduğunu kabul etmekle birlikte, haçın sınıfların duvarlarında asılı durmasının, öğrenciler üzerinde etkisi olduğunu gösteren herhangi bir belirti olmadığını ifade etmiştir. Bu konuda, başvurucunun çocuklarının dinlere karşı tarafsız bir eğitim ortamında yetiştirilmesi konusundaki kaygılarını anladığını ancak, bunun başlı başına 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmak için yeterli olmadığını belirtmiştir. Ayrıca, haçın devlet okullarında, sınıflarda asılı bulundurulması, her ne kadar ülkede baskın olan dinin eğitim ortamındaki varlığını gösterse de, bunun savunmacı devletin dini konuda propaganda yaptığı veya telkinde bulunduğu (*endoctrination/endoctrinement*) şeklinde anlaşılamayacağını söylemiştir. Bu konuda, Mahkeme *Folgerø ve diğerleri/Norveç* ve *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye* kararına atıfta bulunmuştur. Bu gerekçelere ek olarak,

Büyük Daire, haçın « pasif » bir sembol olduğunun gözden uzak tutulmaması gereken bir husus olduğunu ve bu yönüyle, öğrenciler üzerinde dini içerikli konuşmalara ve bu tür aktivitelere katılmaya oranla daha az etkisi olduğunu belirtmiştir. Son olarak, Mahkeme, İtalya'da okullarda, başörtüsü dahil dini sembollerin takılmasının serbest olmasının gözden uzak tutulmaması gereken bir nokta olduğunun altını çizmiştir.

Bu gerekçeleri İnsan Hakları Mahkemesi'nin geçmişte verdiği kararlar ışığında incelediğimizde, *Lautsi* kararının yerleşik içtihatlarla uyumlu olmadığı ve Mahkeme'nin kendi içtihatları ile oluşturduğu Devletin dinlere karşı tarafsızlığı prensibine⁵² aykırı olduğu sonucuna varmak mümkündür⁵³.

Gerçekten de Türkiye ile ilgili birçok davada, İnsan Hakları Mahkemesi, devletin dinlere karşı tarafsız olması gerektiğinin altını çizmiştir. İlk davalarda, dinlere karşı tarafsız olma yükümlülüğünden dolayı, devletin, egemenlik gücünün bir bölümünü kullanan memurlarını ve ordu mensuplarını dini hareketlere katılmalarından dolayı görevlerinden alabileceğine ve bu yönüyle Sözleşme'ye aykırılık bulunmadığına karar vermiştir⁵⁴. Hatırlanacağı üzere, yine devletin laik karakteri gereği, İnsan Hakları Komisyonu, başörtüsü fotoğraf vermediği için başvurucuya diplomasının verilmemesini Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır⁵⁵. *Leyla Şahin* kararında, Mahkeme, sadece din ve vicdan özgürlüğü konusunda tarafsız olan devletin, demokratik toplumda dini barışı ve toleransı güvence altına alabileceğini vurgulamıştır⁵⁶. Tarafsız olma ve dinlere eşit mesafede durma yükümlülüğü, dini gruplar arasında meydana gelen tansiyonun giderilmesi ile sınırlı değildir, aynı zamanda bu grupların birbirlerine karşı tolerans göstermesi için devletin gerekli tedbirleri almasını da içermektedir⁵⁷.

⁵² Bu konuda, bkz, AİHM, *Eglise métropolitaine de Bessarabie ve diğerleri/Moldovya*, 13 Aralık 2001 tarihli karar, n° 45701/99, § 123 ve *Hassan ve Tchaouch/Bulgaristan*, 26 Ekim 2000 tarihli karar, n° 30985/96, § 78.

⁵³ Aynı bağlamda, bkz, Olivier Bachelet, « Crucifix dans les salles de classe : pas de condamnation de l'Italie », *Recueil Dalloz*, 187. sene, n° 14, Nisan 2011, s. 949.

⁵⁴ AİHM, *Kalaç/Türkiye*, 1 Temmuz 1997 tarihli karar, n° 20704/92.

⁵⁵ AİHK, (İnsan Hakları Komisyonu), *Karaduman/Türkiye*, 3 Mayıs 1993 tarihli kabuledilemezlik kararı, n° 16278/90.

⁵⁶ AİHM, *Leyla Şahin/Türkiye*, a.g.k., § 107.

⁵⁷ AİHM, *Şerif/Yunanistan*, 14 Aralık 1999 tarihli karar, n° 38178/98, § 53; *Dogru/Fransa*, 4 Aralık 2008 tarihli karar, n° 27058/05, § 62 ve *Kervancı/Fransa*, 4 Aralık 2008 tarihli karar, n° 31645/04, § 62.

Devletin dinlere karşı tarafsız olması gerekliliğine, Türkiye dışında başka ülkeler ile ilgili davalarda da rastlamak mümkündür. İnsan Hakları Mahkemesi, *Eglise Metropolitaine de Bessarabie ve diğerleri/Moldovya* kararında, savunmacı devleti, başvuru kilisenin başka bir kiliseye bağlı olması gerektiği gerekçesiyle, tüzel kişilik kazanma talebini reddederken dinlere karşı tarafsız olma yükümlülüğünü yerine getirmediğinden dolayı mahkum etmiştir⁵⁸. Bunun yanında, *Hassan ve Tchaouch* kararında, ülkedeki Müslüman azınlığa dini temsilci tayin etmeye kalkışması ve böylece kendi temsilcilerini seçme hakkından mahrum bırakmasından dolayı, Bulgaristan Devleti'nin, din ve dini inançlara karşı tarafsız olma yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır⁵⁹.

Lautsi olayında, devletin dinlere karşı tarafsız olma ve dinlere aynı mesafede durma yükümlülüklerini yerine getirdiğini söylemek zordur. Bu yönüyle, *Lautsi* kararında Mahkeme, İtalyan devletini belli bir dinin simgesini okullarda bulundurmasından dolayı Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar vererek, kanaatimizce, kendi oluşturmuş olduğu devletin dinlere ve felsefi inançlara karşı tarafsızlığı prensibini dikkate almamıştır. Daha da önemlisi, İkinci Daire kararına temel teşkil eden bu prensibe, Büyük Daire kararında değinilmemiş ve sınıflarda haç bulundurulmasının devletin dinlere karşı tarafsızlığı ilkesinin ihlali olup olmadığı sorusuna cevap verilmemiştir.

Lautsi kararının düşündüğü bir başka konu da, Mahkeme'nin başörtüsüne ve haça dini sembol olarak farklı yorum getirmesidir.

B. Dini sembol olarak başörtüsü ve haç: « güçlü bir dış sembol » ve « pasif sembol » ayrımı

Lautsi kararında, Büyük Daire, haçın başörtüsü gibi, dini bir sembol olduğunu kabul etmektedir. Hatırlanacağı üzere, *Dahlab/İsviçre* kabuledilemezlik kararında ve daha sonra *Leyla Şahin/Türkiye* kararında, İnsan Hakları Mahkemesi türbanı « güçlü bir dış sembol » olarak nitelendirmişti. *Lautsi/İtalya* kararında Mahkeme, haçın « pasif » bir sembol olduğunun altını çizmiştir. Kullanılan her iki kavram arasındaki farklılık açıktır: başörtüsü için kullanılan ifade negatif olmasına karşın haç için kullanılan kavram tamamen pozitifdir. Mahkeme ayrıca, başörtüsü takmanın, demokratik bir toplumda bütün öğretmenlerin öğrencilerine aktarması gereken hoşgörü, başkalarına saygı ve hepsinin

⁵⁸ AİHM, a.g.k., § 123 ve § 130.

⁵⁹ AİHM, *Hassan ve Tchaouch/Bulgaristan*, a.g.k., § 78. ve § 89.

ötesinde eşitlik ve fark gözetmeme mesajı ile kolaylıkla bağdaştırılmayacağını kaydetmiştir⁶⁰. *Leyla Şahin/Türkiye* kararında hatırlanacağı üzere, Mahkeme başörtüsünün iki yönü üzerinde durmuştur: ilk olarak başörtüsünün dinen zorunlu olmasının ötesinde, siyasal İslam'ın bir sembolü haline geldiğini ve bunun kadınlar üzerindeki baskı yaratabilme ihtimalini dikkate almıştır⁶¹. Dolayısıyla, İnsan Hakları Mahkemesi, başörtüsünün üniversitelerde yasaklanması konusunda devlete geniş takdir yetkisi tanırken, kadınlar arasındaki eşitliğin sağlanması ve kadınların korunması ile dinin siyasallaşmasının önüne geçme zorunluluğu üzerinde durmuştur⁶².

Olaya başka bir açıdan yaklaşılabilir. Büyük Daire, *Leyla Şahin* kararında, üniversitelere başörtüsü ile girmenin yasaklanmasını Sözleşme'ye uygun bulduğu halde, *Lautsi* kararında ilkokulların sınıflarına daimi bir şekilde haç asılmasını hoşgörmektedir. Bunun pratik sonucu olarak, üniversitelere başörtüsü girememekte, buna karşın haç ilkokullarda, sınıflarda asılı durabilmektedir. Sınıflara haç asılması, devletin dinlere karşı tarafsızlığını ihlal etmiyorsa, üniversite çağına gelmiş gençlerin, başörtüsü ile yüksek öğretim kurumlarına girmesi de bu prensibi ihlal etmiyor olmalıdır. Bu yönüyle, ilkokulda okuyan çocuklar açısından her gün sınıfın duvarlarında Hristiyanlık dinini temsil eden haçın bulundurulmasına müsamaha gösterilmesi, buna karşın üniversite öğrencilerine başörtüsü ile derslere katılmalarının yasaklanmasını Sözleşme'ye uygun görmek çelişki arz etmektedir.

Lautsi davasında, İnsan Hakları Mahkemesi'nin İkinci Dairesi tarafından verilen kararda ise, haklı olarak, din özgürlüğünün sadece dini eğitim ve hizmetlerle sınırlanamayacağı, ama bu özgürlüğün aynı zamanda dini sembollerini de içerdiği belirtilmiştir. Sözleşme'nin 9. maddesi ile korunan din ve vicdan özgürlüğü, dini bir sembolün okullarında devlet eliyle bulundurulması durumunda daha fazla önem arz etmektedir. İkinci Daire, dini semboller arasında bir ayrıma girmeyerek, başörtüsü için daha önce Mahkeme'nin kullandığı ifadeyi haç için de kullanarak, « güçlü bir dış sembol » nitelemesini kullanmıştır⁶³.

⁶⁰ AİHM, *Dahlabšviçre*, 15 Şubat 2001 tarihli kabuledilmezlik kararı, n° 42393/98.

⁶¹ AİHM, *Leyla Şahin/Türkiye*, a.g.k., § 115.

⁶² Bu konuda, kanaatimizce yerinde olan, Yargıç Tulkens'in *Leyla Şahin/Türkiye* davasındaki, karşı oy yazısına bakmakta fayda var.

⁶³ AİHM, *Lautsi/İtalya*, a.g.k. (Daire kararı), § 54.

Lautsi kararı *Köse ve diğerleri/Türkiye*⁶⁴ kabuledilmezlik kararı ile de karşılaştırılabilir. İmam-Hatip okullarına (Kuran dersleri dışında) başörtüsü ile girilmesinin yasaklanmasına ilişkin olan bu davada, bu yasağın dayanağı olan hükümlerin devlet okullarının dinlere ve dini inançlara karşı tarafsızlığını güvence altına alma ve öğrencileri dini bir baskı riskinden koruma amacını taşıdığını belirtmiştir. Bu kararın en önemli özelliği, Mahkeme'nin devlet okullarının laik karakterinin ve belli bir dini temsil eden sembollerden arınmasının eğitim ve öğretim ortamı için gerekliliğinin altını çizmesidir. Mahkeme aynı ifadeleri *Aktas/Fransa*⁶⁵ kabuledilmezlik kararında tekrar etmiştir. Ancak, ne yazık ki, devlet okullarının laik karakterde olması ve belli bir dini temsil eden sembollerden arınmasının gerekliliği, Büyük Dairenin *Lautsi* kararında gözardı edilmiştir.

Dini sembollerin öğrenciler üzerindeki etkisi meselesine gelince, *Dahlab/İsviçre* kararında, hatırlanacağı üzere, türban takan ilkökul öğretmeninin öğrenciler üzerindeki etkisinden dolayı, davanın kabuledilemez bulunduğuna karar verilmişti⁶⁶. Buna karşın, *Lautsi* davasında haçın sınıflarda daimi bir şekilde asılı durmasının ilkökul öğrencileri üzerinde bir etkisinin olmadığına karar verilmesi, kanaatimizce, tartışmaya açıktır. Eğer başörtüsünün, *Dahlab* kararında belirtildiği gibi, küçük yaştaki çocuklar üzerinde bir etkisi varsa, aynı etki, haçın sınıflarda bulundurulması için de geçerlidir. Daha da önemlisi, haçın kamu otoriteleri tarafından devlet okullarında asılması, öğrencilerin gözünde bu dini simgenin eğitimin bir parçası olduğu, bu dinin devlet tarafından desteklendiği ve başka dinlere inanan ailelerden gelen çocuklar üzerinde azınlıkta kalma ve dışlanma hissi uyandırdığı göz ardı edilmeyecek bir başka husustur.

Ayrıca söz konusu İtalyan davasında, Büyük Daire, haçın sınıfın duvarlarında asılı durmasının, devletin belli bir dinin propagandasını yapma, bu yönde öğrencilere telkinde bulunma veya bir dini aşılama aracı olarak kabul etmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bu konuda, yukarıda belirtildiği üzere, Mahkeme *Folgerø ve diğerleri/Norveç* ve *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye* kararına atıfta bulunmaktadır. Ancak dikkat edileceği üzere, *Lautsi* davası, bu davalardan tamamen farklıdır, çünkü Büyük Dairenin de kabul ettiği gibi,

⁶⁴ AİHM, *Köse ve diğerleri/Türkiye*, 26 Ocak 2006 tarihli kabuledilmezlik kararı, n° 26625/02.

⁶⁵ AİHM, *Aktas/Fransa*, 30 Haziran 2009 tarihli kabuledilmezlik kararı, n° 43563/08.

⁶⁶ AİHM, *Dahlab/İsviçre*, a.g.k.

bu iki kararda söz konusu olan, devlet okullarında verilen derslerin niteliği ve içeriğinin başvuruçunun dini inançlarına aykırılığı sorunudur. Buna karşın, sınıflarda haçın bulundurulmasının devletin sağlıklı bir eğitim ortamının yaratılması ve bu ortamın anne-babaların dini inançlarına uygun yapılması bağlamında ele almak gerekmektedir. Dolayısıyla, devletin, dinlere karşı tarafsız olması ilkesinden hareketle belli bir dini simgeleyen bir sembolün devlet okullarında duvarlara asılmasından kaçınması gerekmektedir.

Önemli bir başka nokta, dini sembolün kimin tarafından kullanıldığı veya asılı bulundurulduğu ile ilgilidir. *Lautsi* kararında, *Dahlab* ve *Leyla Şahin* kararlarından farklı olarak, dini sembolün devlet kurumlarında bulundurulması, bireylerden değil, doğrudan devletten kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle, dini sembol olan haç, okullara devlet tarafından asılmaktadır, buna karşı başvurusu bireyler tarafından yapılmaktadır. Halbuki, devletin, bir dinin diğer dinlere oranla farklı bir statüden faydalanmaması konusunda ve, görüntüde de olsa, bir dine diğer dinlere oranla daha yakın durmaması konusunda pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu konuda, *Lautsi* kararında Yargıçlar Malinverdi ve Kalaydjieva'nın karşı oy yazıları ilginçtir. Azınlıkta kalan bu hakimler, haklı olarak, Sözleşme'nin 9. maddesi ile birlikte 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesinin devlete, toleransın ve karşılıklı saygının olduğu bir ortamı yaratma borcu yüklediğinin altını çizmektedirler. Çoğunluk dinine ait sembolün sınıflarda asılı bulundurulması konusunda devletin bu yükümlülüğünü yerine getirdiğini söylemek güçtür. Aynı Yargıçlar, pozitif yükümlülükler söz konusu olduğu zaman, *-Lautsi* davasında olduğu gibi- devletlerin takdir yetkilerinin çok dar olması gerektiğini belirtmişlerdir⁶⁷.

Büyük Daire, *Lautsi* davasında, İtalyan Devleti'nin takdir yetkisinin genişliğine kanaat getirirken haçın sınıflarda bulundurulmasının devletin dini, kültürel ve geleneksel kimliğinden ileri geldiği gibi bir argümana dayanabilmiştir. Ayrıca dinin toplumdaki yeri konusunda ve eğitim ve öğretim konularında devletlerin tercihlerine saygı duyulması gerekçesiyle, ulusal makamların geniş takdir yetkileri olduğunu belirtmiştir⁶⁸. Oysa, azınlıkta kalan Yargıçlara ve İkinci Daireye göre haçın sınıflarda asılı halde bulundurulmasının, savunmacı devletin tarihi

⁶⁷ Bkz, Yargıç Malinverdi ve Kalaydjieva'nın karşı oy yazıları (AİHM, *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, a.g.k).

⁶⁸ AİHM, *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, a.g.k, § 69.

ve kültürel değerlerinin ötesine gitmektedir. Gerçekten de, bu konuda İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Buscarini ve diğerleri/San Marino* kararına bakmakta fayda bulunmaktadır. Bu başvuru, seçilmiş milletvekillerinin geleneksel ve kültürel yönü olan ve aynı zamanda dini karakteri bulunan yemin metnini mecliste okumaya zorlanmalarına ilişkindir. Bu davada Büyük Daire, savunmacı hükümetin öne sürdüğü metnin geleneksel ve kültürel yönünün olması, bu metnin dini yönünü ortadan kaldırmadığını belirtmiş ve bu metni okumaya zorlanan başvuru milletvekilleri açısından Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁹.

İkinci Daire kararında, İnsan Hakları Mahkemesi, eğitim ortamının herkese açık olması, çocukların dininden, sosyal durumundan ve etnik kökeninden bağımsız olması gerektiğinin altını çizmektedir. Okulun dinin misyonerlik yoluyla yayılmasını sağlayacak aktivitelerin yeri olmadığını, tam tersine değişik dinlerin ve felsefi inançların bulunduğu ve karşılıklı saygının geliştiği bir yer olması gerektiğini belirtmiştir. Devletlerin okullarda yapılan eğitimin objektif, eleştirel ve çoğulcu olması konusunda pozitif yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir. Kaldı ki, Sözleşme'ye ek 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesi devletlere, çocuğa ailenin dini ve felsefi inançlarına aykırı eğitim vermeyi yasaklamaktadır. Eğitim konusunda devletin dinlere karşı tarafsızlığı prensibi, okullarda verilen eğitimin çoğulcu olmasını garanti altına almaktadır⁷⁰.

Olaya laiklik prensibi açısından baktığımız zaman da, *Lautsi* kararının, yine yerleşik içtihatlarla uygun olmadığı sonucuna varabiliriz. Gerçekten de *Refah Partisi* ve *Leyla Şahin* kararlarında, İnsan Hakları Mahkemesi, laiklik prensibinin Türkiye'de hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan haklarına saygı prensiplerinin temeli olduğunu ve bu prensibe aykırı olan bir tutum ve davranışların Sözleşme'nin 9 ve 11 maddeleri ile öngörülen korumadan yararlanamayacağına karar vermiştir⁷¹. Sözleşme'nin temeli sayılan demokratik toplum ancak kamusal alan ile dinsel alan ayrımının yapıldığı ortamda hayat bulabilir ve ancak laik bir ortamda bireysel hak ve özgürlükler güvence altına alınabilir⁷². Laiklik prensibini sadece din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması olarak görmek mümkün değildir.

⁶⁹ AİHM, *Buscarini ve diğerleri/San Marino*, 18 Şubat 1999 tarihli karar, n° 24645/94, §§ 36-41.

⁷⁰ AİHM, *Lautsi/İtalya*, a.g.k., (Daire kararı), § 47.

⁷¹ AİHM, *Leyla Şahin/Türkiye*, a.g.k., § 114 ve *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 13 Şubat 2003 tarihli karar, n° 41340/98, n° 41342/98, n° 41343/98 ve n° 41344/98, § 93.

⁷² Michel Levinet, « Société démocratique et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in **Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme**, Hz. G. Gonzalez, Bruxelles, Bruylant, 2006, s. 109.

Bu prensip aynı zamanda bireyler arasındaki eşitliği ve devletin dinlere karşı aynı mesafede olmasını sağlamakla birlikte dini azınlıkları ve çoğunluğun dininden farklı düşünenleri de korumayı amaçlamaktadır. Türkiye ve Fransa⁷³ ile ilgili davalarda laiklik prensibine saygı aynı zamanda Sözleşme ile korunan haklara saygı ile aynı anlama geldiği halde, söz konusu İtalyan kararında bu nokta dikkate alınmamıştır. Büyük Daire kararında, Türkiye ve Fransa gibi laik olan İtalya için, laiklik prensibinin bu ülke için öneminden çok, haçın İtalyan toplumundaki yeri, tarihi ve kültürel yönüne vurgu yapılmıştır. *Lautsi* davasında, diğer davalarda demokratik toplum kavramı ile eşdeğer olarak kullanılan laiklik prensibi ve bu prensibin toplum ve devlet işleyişi için önemi, ne yazık ki, Büyük Daire tarafından adeta unutulmuş veya, en azından, arka planda tutulmuştur.

Uygulanışı ülkeden ülkeye değişse bile, laiklik, bütün Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerce kabul edilmektedir. Sözleşme ile korunan hak ve özgürlükler kaynağını, dinden ve ilahi güçlerden almaz, tam tersine tüm üye ülkelerce kabul edilen ortak, politik ve kültürel bir mirastan ve bu mirasın oluşturduğu dinamikten alır. Devletin tüm dinlere eşit mesafede durması gelişen eşitlik prensibinin de bir sonucudur. Gerçekten de, kamu gücünü kullananların, dinlere karşı tarafsız ve eşit mesafede durmaları zorunluluğu, dini ve felsefi inancı ne olursa olsun, bireyler arasında eşitliği sağlama amacı güder. Bu yönüyle devletin laik yapısı, çoğunluk dinine inananların gözünde devlet tarafından « kayırılmadığı » duygusu hakim olmasını sağlar ve dini azınlıklar için de dışlanmamışlık ve çoğunluk ile eşit muamele görme hissi uyandırır.

Yargıçlar Malineverdi ve Kalaydjieva'nın ifade ettiği gibi, günümüz toplumunun çoğulcu ve çok kültürlü yapısı, devletin din ve vicdan özgürlüğü ile eğitim ve öğretim konularında tamamen tarafsız olması ve dinlere eşit mesafede durmasını gerektirmektedir. Devletin tarafsızlığı kendini sadece eğitim programlarının içeriğinden değil, aynı zamanda eğitim sisteminin ve ortamının düzenlenmesinde de göstermesi gerekmektedir. Bu tarafsızlık, eğitimin devlet eliyle yapıldığı zaman daha fazla önem arz etmektedir. Devletin, eğitim ve öğretim alanında belli bir dinin simgelerini kullanmaktan kaçınması, demokratik, çoğulcu toplumun ve dini azınlıkların veya çoğunluk dini gibi düşünmeyenlerin korunmasının da bir gereğidir.

⁷³ AİHM, *Dogru/Fransa*, a.g.k., § 72 ; *Kervancı/Fransa*, a.g.k., § 72 ve *Aktas/Fransa*, a.g.k., n° 43563/08.

SONUÇ

Lautsi kararında, İnsan Hakları Mahkeme'nin Büyük Dairesi, ilkokullarda haçın bulundurulmasını Sözleşme'ye aykırı bulmayarak « tutucu » bir karara imza atmıştır. Mahkeme'nin İkinci Dairesinin haçın sınıflarda bulundurulmasının laiklik prensibine ve devletin dinlere karşı tarafsız olması ilkesine aykırı olduğuna ilişkin kararı, kanaatimizce, Mahkeme'nin genel içtihatlarına daha uygundur.

Ancak, *Lautsi* kararının olumlu tarafı, İnsan Hakları Mahkemesi'nin, başörtüsü için kullandığı ağır ifadeleri- başörtüsü takmanın tolerans, üçüncü kişilerin hakları ve ayrımcılık yasağı prensibi ile uyumsuz olduğu⁷⁴- haç için kullanılmaktan kaçınmasıdır. Kanaatimizce, uluslararası bir mahkemenin, dini simgeler hakkında, bireylerin dini hassasiyetlerini dikkate alarak bu tür ifadelerden kaçınması önemlidir.

Son olarak, her ne kadar *Lautsi* kararı, takdir yetkisi teorisi ve devletin dinlere karşı tarafsızlığı ilkesi yönünden eleştirilebilirse de, bu kararla, İnsan Hakları Mahkemesi'nin, dinler arasında bir ayrıma gittiğini söylemek imkânsızdır. Başka bir deyişle, İslam dinini temsil eden başörtüsü ile Hristiyanlık dininin sembolü olan haç için söyledikleri, bu iki dine farklı bir şekilde yaklaştığı anlamına gelmemektedir. Mahkeme'nin içtihatlarından da bu durum gözlemlenebilmektedir. Gerçekten de, Mahkeme, Müslümanlara karşı yapılan nefret söylemlerinin⁷⁵ ve İslam dininin peygamberine yapılan küfür niteliğindeki ifadelerin⁷⁶ ifade özgürlüğünden faydalanamayacağını ifade etmiştir. Buna karşın, üniversitelerde başörtüsünün takılmasının⁷⁷ ve şeriatı demokratik yollarla getirmeyi⁷⁸ savunmanın 10. maddenin koruması altında olduğuna karar vermiştir. Örnekler daha da çoğaltılabilir⁷⁹. Dolayısıyla, İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında İslam ve Hristiyanlık dinleri arasında bir ayrıma gittiği sonucuna varmak mümkün değildir. Sadece, dini semboller konusunda ilgili devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.

⁷⁴ AİHM, *Dahlab/İsviçre*, a.g.k.

⁷⁵ AİHM, *Norwood/Birleşik Krallık*, 16 Kasım 2001 tarihli kabuledilmezlik kararı, n° 23131/03.

⁷⁶ AİHM, *İ. A./Türkiye*, 10 Kasım 2005 tarihli karar, n° 42571/98, §§ 29-32.

⁷⁷ AİHM, *Güzel/Türkiye (n° 2)*, 27 Temmuz 2006 tarihli karar, n° 65849/01, §§ 25-29.

⁷⁸ AİHM, *Gündüz/Türkiye*, 4 Aralık 2001 tarihli karar, n° 35071/97, §§ 46-57.

⁷⁹ Örnek olarak, bkz, AİHM, *Hassan ve Tchaouch/Bulgaristan*, a.g.k. ve *Şerif/Yunanistan*, a.g.k.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- Frédéric Sudre *vd*, **Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme**, 5^e ed., Puf, Paris, 2009.
- Steven Greer, **La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme**, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2000.
- Yutaka Arai-Takahashi, **The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR**, Intersentia/Oxford, New York, 2002.

MAKALELER

- Anatoly Kovler, Vladimiro Zagrebelsky, Lech Garlicki, Dean Spielmann, Renata Jaeger et Roderick Liddell, « Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme », note préparée par le comité d'organisation, in **Dialogue entre juges**, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2008, s. 17 ve 28.
- Carlo Panara, « Lautsi v. Italy: the display of religious symbols by the State », **European public law**, vol. 17, n° 1, Mart 2011, s. 139-168.
- Christian Walter, « Introductory note of the European Court of Human Rights », **International legal materials**, vol. 49, no. 1, 2010, s. 32-33.
- Clare Ovey, « The margin of appreciation and Article 8 of the Convention », **Human Rights Law Journal**, vol. 19, no.1, s. 10-12.
- Clément Benelbaz, « CEDH et interdiction des crucifix dans les écoles », **Droit administratif : revue mensuelle du JurisClasseur**, vol. 49, n° 1, Ocak 2010, s. 21-23.
- Dean Spielmann, « En jouant sur les marges: la Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale: abandon ou subsidiarité du contrôle européen ? », Institut Grand-Ducal, **Actes de la Section des sciences morales et politiques**, vol. 13, 2010, s. 203-255.
- Eva Brems, « The margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights », **Heidelberg journal of international law**, 1996, s. 240-314.

- Gérard Gonzalez, « L'école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l'homme », **Revue trimestrielle des droits de l'homme**, 21. sene, n° 82, Nisan 2010, s. 467-484.
- Jeroen Schokkenbroek, « The prohibition of discrimination in Article 14 of the Convention and the margin of appreciation », **Human Rights Law Journal**, vol. 19, no.1, s. 20-23.
- Jeroen Schokkenbroek, « The basis, nature and application of the margin-of-appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights », General Report, **Human Rights Law Journal**, Vol.19, no. 1, s. 30-36.
- John L. Murray, « Consensus: concordance ou hégémonie de la majorité », in **Dialogue entre juges**, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2008, s. 37-72.
- José Antonio Pastor Ridruejo, « Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des Droits de l'Homme », in **Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte**, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21 Januar 2005, Hz. Jürgen Bröhmer *vd.* - Köln ; Berlin ; München : Carl Heymanns, 2005, s. 1077-1083.
- Joseph Halevi Horowitz Weiler, « Lautsi : crucifix in the classroom redux », **European journal of international law**, vol. 21 no. 1, Şubat 2010, s. 1-5.
- Ludwig Adamovich, « Marge d'appréciation du législateur et principe de proportionnalité dans l'appréciation des "restrictions prévues par la loi" au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme », **Revue trimestrielle des droits de l'homme**, 1991, s. 291-300.
- Mackay of Clashfern, « The margin of appreciation and the need for balance », in **Protection des droits de l'homme : la perspective européenne**, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Hz. Paul Mahoney *vd.*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 2000, s. 837-843.
- Michael O'Boyle, « The margin of appreciation and derogation under Article 15: ritual incantation or principle? », **Human Rights Law Journal**, vol. 19, no.1, s. 23-29.
- Michel Levinet, « Société démocratique et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in **Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme**, Hz. G. Gonzalez, Bruxelles, Bruylant, 2006, s. 81-114.

- Nicolas Lavender, « The problem of the margin of appreciation », **European Human Rights Law Review**, 1997, n° 4, s. 380-390.
- Olivier Bachelet, « Crucifix dans les salles de classe : pas de condamnation de l'Italie », **Recueil Dalloz**, 187. sene, n° 14, Nisan 2011, s. 949.
- Paul Mahoney, « Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism? », **Human Rights Law Journal**, vol. 19, no.1, s. 1-6.
- Paul Martens, « Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen », in **Dialogue entre juges**, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2008, s. 81-99.
- Peggy Ducoulombier, « La Cour poursuit la défense du principe de laïcité : CourEDH, Lautsi c. Italie, 3 novembre 2009 », **L'Europe des Libertés**, 10. sene, n° 31, Ocak 2010, s. 21-22.
- Péter Paczolay, « Consensus et discrétion : évolution ou érosion de la protection des droits de l'homme », in **Dialogue entre juges**, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2008, s. 107-124.
- Petr Muzny, « Quand la Cour EDH fait une croix sur la croix », **Recueil Dalloz**, 185. sene, n° 43, 10 Aralık 2009, s. 2872-2873.
- R. St. J. MacDonald, « The Margin of Appreciation », in **The European system for the protection of human rights**, Hz. R.St.J. Macdonald, F. Matscher ve H. Petzold,.Dordrecht-Boston-London, Nijhoff, 1993, s. 83-124.
- Soren C. Prebensen, « The margin of appreciation and Article 9, 10 and 11 of the Convention », **Human Rights Law Journal**, vol. 19, no.1, s. 13-17.
- Thomas A. O'Donnell, « The margin of appreciation doctrine: standards in the jurisprudence of the European Court of Human Rights », **Human Rights Quarterly**, vol. 4, no. 4, 1982, s. 474-496.
- Vassilis Chirdaris, « Criticizing Strasbourg, Lord Hoffmann, the limits of interpretation, the "margin of appreciation", and the problems faced by the European Court of Human Rights », European Court of Human Rights, Athens Bar Association, 2010, s. 241-263.

- Yutaka Arai, « The margin of appreciation doctrine in the jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights », **Netherlands Quarterly of Human Rights**, 1998, s. 60-61.
- Yves Winisdoerffer, « Margin of appreciation and Article 1 of Protocol no.1 », **Human Rights Law Journal**, Vol.19, no.1, s. 18-20.
- Zoé Luca, « Case of Lautsi v Italy : religious symbols in public schools and the (lack of) margin of appreciation », **Maastricht journal of European and comparative law**, vol. 17, no. 1, 2010, s. 98-104.

KARARLAR

➤ **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu**

- *Yunanistan/Birleşik Krallık*, 8 Temmuz 1959 tarihli rapor, n° 299/57.
- *Karaduman/Türkiye*, 3 Mayıs 1993 tarihli kabuledilemezlik kararı, n° 16278/90.

➤ **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**

- *De Wilde Ooms et Versyp/Belçika*, 18 Haziran 1971 tarihli karar, n° 2832/66; n° 2835/66 ve n° 2899/66.
- *Handyside/Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976 tarihli karar, n° 5493/72.
- *İrlanda/Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978 tarihli karar, n° 5310/71.
- *Tyrrer/Birleşik Krallık*, 25 Nisan 1978 tarihli karar, n° 5856/72.
- *Sunday Times/Birleşik Krallık*, 26 Nisan 1979 tarihli karar, n° 6538/74.
- *Marckx/Belçika*, 13 Haziran 1979 tarihli karar, n° 6833/74.
- *Winterwerp/Hollanda*, 24 Ekim 1979 tarihli karar, n° 6301/73.

- *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 22 Ekim 1981 tarihli karar, n° 7525/76.
- *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, 22 Eylül 1982 tarihli karar, n° 7151/75 ve n° 7152/75.
- *Norris/İrlanda*, 26 Ekim 1988 tarihli karar, n° 8225/78.
- *Mark Intern Verlag GMBH ve Klaus Beermann/Almanya*, 20 Kasım 1989 tarihli karar, n° 10572/83.
- *Castells/İspanya*, 23 Nisan 1992 tarihli karar, n° 11798/85.
- *Modinos/Kıbrıs*, 22 Nisan 1993 tarihli karar, n° 15070/89.
- *James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1996 tarihli karar, n° 8793/79.
- *Casado Coca/İspanya*, 24 Şubat 1994 tarihli karar, n° 15450/89.
- *Otto-Preminger-Institut/Avusturya*, 20 Eylül 1994 tarihli karar, n° 13470/87.
- *Z./Finlandiya*, 25 Şubat 1997 tarihli karar, n° 22009/93.
- *Kalaç/Türkiye*, 1 Temmuz 1997 tarihli karar, n° 20704/92.
- *Parti Communiste Unifié de Turquie (TBKP) ve diğerleri/Türkiye*, 30 Ocak 1998 tarihli karar, n° 19392/92.
- *İncal/Türkiye*, 9 Haziran 1998 tarihli karar, n° 22678/93.
- *Hertel/İsviçre*, 25 Ağustos 1998 tarihli karar, n° 25181/94.
- *Parti de la liberté et de la démocratie (Özdep)/Türkiye*, 8 Aralık 1998 tarihli karar, n° 23885/94.
- *Buscarini ve diğerleri/San Marino*, 18 Şubat 1999 tarihli karar, n° 24645/94.
- *Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç*, 20 Mayıs 1999 tarihli karar, n° 21980/93.
- *Şerif/Yunanistan*, 14 Aralık 1999 tarihli karar, n° 38178/98.
- *Hassan ve Tchaouch/Bulgaristan*, 26 Ekim 2000 tarihli karar, n° 30985/96.

- *Dahlabİsviçre*, 15 Şubat 2001 tarihli kabuledilmezlik kararı, n° 42393/98.
- *Norwood/Birleşik Krallık*, 16 Kasım 2001 tarihli kabuledilmezlik kararı, n° 23131/03.
- *Gündüz/Türkiye*, 4 Aralık 2001 tarihli karar, n° 35071/97.
- *Eglise métropolitaine de Bessarabie ve diğerleri/Moldovya*, 13 Aralık 2001 tarihli karar, n° 45701/99.
- *Kutzner/Almanya*, 26 Şubat 2002 tarihli karar, n° 46544/99.
- *Odièvre/Fransa*, 13 Şubat 2003 tarihli karar, n° 42326/98.
- *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 13 Şubat 2003 tarihli karar, n° 41340/98, n° 41342/98, n° 41343/98 ve n° 41344/98.
- *Vo/Fransa*, 8 Temmuz 2004 tarihli karar, n° 53924/00.
- *Hirst/Birleşik Krallık (n° 2)*, 6 Ekim 2005 tarihli karar, n° 74025/01.
- *İ. A./Türkiye*, 10 Kasım 2005 tarihli karar, n° 42571/98.
- *Leyla Şahin/Türkiye*, 10 Kasım 2005 tarihli karar, n° 44774/98.
- *Köse ve diğerleri/Türkiye*, 26 Ocak 2006 tarihli kabuledilmezlik kararı, n° 26625/02.
- *Güzel/Türkiye (n° 2)*, 27 Temmuz 2006 tarihli karar, n° 65849/01.
- *L.L./Fransa*, 10 Ekim 2006 tarihli karar, n° 7508/02.
- *Oya Ataman/Türkiye*, 5 Aralık 2006 tarihli karar, n° 74552/01.
- *Evans/Birleşik Krallık*, 10 Nisan 2007 tarihli karar, n° 6339/05.
- *Bakan/Türkiye*, 12 Haziran 2007 tarihli karar, n° 50939/99.
- *Folgerø ve diğerleri/Norveç*, 29 Haziran 2007 tarihli karar, n° 15472/02.
- *Christin Goodwin/Birleşik Krallık*, 11 Temmuz 2007 tarihli karar, n° 28957/95.

- *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, 9 Ekim 2007 tarihli karar, n° 1448/04.
- *Dickson/Birleşik Krallık*, 4 Aralık 2007 tarihli karar, n° 44362/04.
- *Yumak ve Sadak/Türkiye*, 8 Temmuz 2008 tarihli karar, n° 10226/03.
- *Demir ve Baykara/Türkiye*, 12 Kasım 2008 tarihli kararı, n° 34503/97.
- *Dođru/Fransa*, 4 Aralık 2008 tarihli karar, n° 27058/05.
- *Kervancı/Fransa*, 4 Aralık 2008 tarihli karar, n° 31645/04.
- *Aktas/Fransa*, 30 Haziran 2009 tarihli kabuledilmezlik kararı, n° 43563/08.
- *Lautsi/İtalya*, 3 Kasım 2009 tarihli karar, n° 30814/06.
- *Dink/Türkiye*, 14 Eylül 2010 tarihli karar, n° 2668/07, n° 6102/08, n° 30079/08, n° 7072/09 ve n° 7124/09.
- *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, 18 Mart 2001 tarihli karar, n° 30814/06.