

## **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı<sup>1</sup>**

1982 Anayasasının 10. maddesi eşitlik başlığını taşımaktadır. Maddenin bütününe bakıldığında Anayasasının eşitlik ilkesini güvencelemek üzere getirdiği formüller kanun önünde eşitlik, ayrımcılık yasağı, ayrıcalık yasağı ve haklardan eşit yararlanma olarak formüle edilebilir<sup>2</sup>. 2004 değişikliği ile kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğu ve devletin kadın-erkek eşitliğinin sağlanması konusunda pozitif yükümlülüğünü vurgulayan bir ifade de anayasaya eklenmiştir<sup>3</sup>. Eşitlik hem genel esaslar kısmında yer alması sebebiyle anayasanın tümüne hakim bir ilke, hem de devlete tüm işlemlerinde uygun davranma yükümlülüğü getiren ve bireyler bakımından da “hak” olarak ifade edilebilecek bir kavramdır<sup>4</sup>.

Anayasadaki düzenlemenin yanı sıra İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi(İHAS) madde 14 sözleşmede yer alan hakların ayrımcılığa uğramadan kullanımını garanti eden bir düzenlemeye yer vermektedir. Ancak metnin ifadesinden de anlaşılacağı üzere madde ayrımcılık yasağı konusunda genel bir hüküm getirmemekte, sadece sözleşmede belirlenen haklar ve özgürlüklerin kullanımında eşitliği garanti etmektedir. Bu durumda sözleşmede tanınmayan bir hak ile ilgili veya somut eşitsizlikler maddenin kapsamı içinde olmayacaktır.

Sözleşmedeki bu zafiyeti kapatmak üzere ek 12 No lu protokol kabul edilmiştir. Protokol, m. 14. maddenin alanını genişleterek ulusal hukuk kapsamındaki haklar da dahil olmak üzere herhangi bir hakkın kullanımında eşit muameleyi garanti etmektedir. Ancak 12 No lu protokol 04/11/2000 de imzaya açılmış, 01/04/2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>5</sup>. Protokolü Türkiye dahil 18 üye imzalamış, 20 üye ise onaylamıştır<sup>6</sup>. Onaylayan devletler arasında Türkiye yoktur.

2010 anayasa değişikliği ile getirilen ek düzenlemeye göre:

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”

Anayasa değişikliğinde “taraf olunup olunmadığı” ayırımı yapılmadan sözleşmeye gönderme yapan ifade 6212 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Kanununun<sup>7</sup> 45. Maddesinde “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin” ifadesi ile sadece taraf olunan protokollerle sınırlanmıştır<sup>8</sup>. Bu gelişmenin sonucu olarak bireysel başvuruda bulunanlar anayasada çok daha geniş biçimde tanınan eşitlik kavramının korumasından değil, sözleşmenin 14. Maddesinin getirdiği dar korumadan yararlanabileceklerdir. Çok genel anlamı ile anayasal hakların hayata geçirilmesi amacını taşıyan bireysel başvurunun, Türkiye için anlamının İHAM a gidilmesi önünde filtre anlamına geldiği bu örnek bakımından yanlış değildir.

Söz konusu hüküm çerçevesinde her ayırım veya farklı muamele ayrımcılık yasağı oluşturmamaktadır<sup>9</sup>. Buna göre farklı muamele eğer objektif ve haklı bir sebebe dayanıyorsa, yani meşru bir amaç hedeflenmişse; kullanılan araçlar yani sınırlama ile amaç arasında orantılı makul bir ilişki varsa ayrımcılık yasağı ihlal edilmemiştir.

İHAM kararlarında kapsamı dar olan 14. Maddenin alanının genişletildiği görülmektedir. Buna göre; maddi bir hak ile bağlantılı olarak ele alınan ayrımcılık yasağı hakkın kendisi ihlal edilmemiş olsa bile mahkeme tarafından incelenebilmektedir<sup>10</sup>. Ayrıca Mahkeme sözleşmede korunan haklar kategorisini geniş değerlendirdiği için bu haklarla birlikte ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmesi de mümkündür<sup>11</sup>. Bu çerçevede ayrımcılık yasağının birlikte değerlendirildiği madde bakımından da bu genişlik söz konusu olabilmektedir. E. B. – Fransa başvurusunda<sup>12</sup> İHAM eşcinsel başvurusunun evlat edinme başvurusunun kabul edilmemesi ihlal olarak değerlendirmiştir. İHAS da tanınan özel bir hak ile bağlantılı olmasa da (evlat edinme hakkı) bu alanda ayrımcılık yapıldığını kabul etmiştir. Ancak tüm bu geniş yorumlara rağmen Sözleşmenin 14. Maddesinin koruma alanı dardır.

Bu sebeple ayrımcılık yasağının bağımsız bir hak olarak korunması için 12. Protokol kabul edilmiştir. 12. Protokol koruması açıklayıcı rapora göre şu durumlar bakımından önem taşımaktadır<sup>13</sup>:

“1- Ulusal yasalar uyarınca bir şahsa verilen herhangi bir hakkın kullanılması

2- Ulusal hukuk çerçevesinde bir kamu otoritesinin açık bir yükümlülüğünden, yani bir kamu otoritesinin ulusal hukukta belirli bir şekilde davranmak zorunluluğunda olduğu durumlarda elde edilebilecek bir hakkın kullanılması;

3-Bir kamusal otorite tarafından takdir yetkisinin kullanılması (örneğin, belirli sübvansiyonların verilmesi);

4- Bir kamu otoritesi tarafından yapılan herhangi bir eylem veya ihmalle (örneğin, bir isyan kontrolü sırasında kolluk kuvvetlerinin davranışları).”

6212 sayılı Kanununun 45. Maddesi çerçevesinde bireysel başvurular bakımından ek 12 nolu protokol uygulanamayacaktır.

Anayasa Mahkemesinin (başlangıçtan 4 Ağustos 2016 tarihine kadar) bireysel başvurulara ilişkin istatistiklerinde 13.920 eşitlik ilkesi-ayrımcılık yasağı başvurusu bulunmaktadır ve bu rakam toplam başvuruların %11 ine denk gelmektedir. Bu başvurular arasında ihlal kararı verilen sadece 4 başvuru bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurularda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin kararları açısından yapılabilecek tesbitler şunlardır:

Anayasa mahkemesi anayasadaki eşitlik korumasına bireysel başvuru kararlarında yer vermemektedir. Aksine sadece anayasa ve sözleşme kapsamındaki haklar için ayrımcılık yasağı sözkonusu olmaktadır<sup>14</sup>. Anayasa Mahkemesi eşitlik konusunda bireysel başvuru kararlarında anayasadaki geniş korumayı değil, sözleşmenin 14. Maddesindeki dar korumayı tercih etmiştir.

Anayasa mahkemesine göre, “Ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, ihlal iddiasının, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı sorularına cevap verebilmesi gerekir<sup>15</sup>”

Anayasa Mahkemesi, ilgili temel hak ve özgürlük ihlal edilmemiş olsa da o hakla ilgili bir konuda sergilenen ayrımcı tutumun, ihlal olarak nitelendirilebileceği kanaatindedir<sup>16</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre eşitlik konusunda hukuki iddialarını delillendirme yükümlülüğü başvuruya düşmektedir<sup>17</sup>. Anayasa Mahkemesi bu yükümlülüğü Anayasa Mahkemesi içtüzüğü'nün 59. Maddesinden çıkarmıştır. Eğer iddia delillendirilmiyor anayasa mahkemesi ikna edilemiyorsa mahkemeye göre başvuru açıkça dayanaktan yoksundur: İHAM kararlarına göre uygulama farkı başvuru tarafından gösterildikten sonra bu farkın haklı bir gerekçesinin olup olmadığını kanıtlama görevi hükümetindir<sup>18</sup>.

Delillendirme konusunda Türkiye'ye karşı Opuz<sup>19</sup> kararı da hatırlanmalıdır. İHAM aile içi şiddet mağdurlarının büyük çoğunlukla kadınlar olduklarını ve kadına karşı şiddet olaylarının en fazla mağdurun bulunduğu ilde yaşandığını ve adli makamların vakalar karşısında pasif tutumunun reddedilemez istatistiklerle ortaya çıktığını ifade ederek, bu deliller ışığında Türkiye'nin 14. Maddeyi de ihlal ettiğine karar vermiştir.

İHAM Fedorchenko and Lozenko / Ukrayna<sup>20</sup> kararında da Roman kökenlilerin yaşadığı evin kundaklanması sonucu yaşanan ölümlerin ardından olayın ırkçı saiklerle yapıma ihtimalinin araştırılmamasını da ayrımcılık yasağının ihlali olarak görmüştür. Bekos ve Koutropoulos / Yunanistan<sup>21</sup> kararında polis vahşetinin ardında yetkililerin ayrımcılığın söz konusu olayda rol oynamış olup olamayacağı hususunu soruşturmak için olası tüm adımları atma görevini yerine getirmediği için ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa mahkemesinin ayrımcı muamelenin delillendirilmesinde verdiği nadir ihlal kararlarından biri olan Tuba Aslan kararı öğreticidir<sup>22</sup>:

“Somut olayda, başvuruçunun dini inançlarının bir gereği olarak kullandığı başörtüsü ile duruşmalara katılmasının engellenmesinde makul ve nesnel bir temel gösterilmediği gibi başvuruçunun taktığı başörtüsünün başkalarının hak ve özgürlüklerini yararlanmalarına engel ve toplumsal çatışma ve gerilimlerin kaynağı olduğu yönünde hiçbir iddia ve somut olgulara dayalı veri de ortaya konulabilmiş değildir”

Başvuruçuların iddialarının delillendirilmesi yanında ihlalin ayrımcı saiklerle gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırma görevinin devlete ait olduğu da belirtilmelidir.

Anayasa mahkemesine göre, ayrımcılık iddiasının ciddiye alınabilmesi için başvuruçunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. ayrımcı bir nedene dayandığını “makul delillerle” ortaya koyması gerekir<sup>23</sup>.

Anayasa Mahkemesi, kardeşinin eşcinsel olduğu için öldürüldüğü ve katile haksız tahrik indirimi uygulandığı, eşcinsellerin ayrımcılığa karşı korunmada zayıf kaldıkları iddiasıyla yapılan bireysel başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir<sup>24</sup>.

İHAM Gerger kararında ayrımcılık yasağı sebebiyle ihlale karar vermemekle beraber “belirlenen ceza politikasının bireyleri ayrımcı bir şekilde etkilemesi halinde” 14. Maddenin ihlalinin söz konusu olabileceğini belirtmiştir<sup>25</sup>. Anayasa mahkemesi “farklı suç türleri arasında” ayırım yapılmasının kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir<sup>26</sup>.

Eşitlik ilkesi çerçevesinde Devletin pozitif yükümlülüğü açısından İHAM Çam/Türkiye kararı <sup>27</sup>önemlidir. Görme engeli nedeniyle sağlık raporu alamadığı için konservatuara alınmayan başvuru konusunda devletin engele dayalı ayrımcılığı önlemek için makul düzenlemeler yapmamasını da ihlal kapsamında görmüştür. Ayrıca mahkemeye göre ulusal makamlar görme engelini ne kadar eğitime engel olacağı ve başvuru pedagojik ihtiyaçları bakımından da yükümlülüklerini yerine getirmediği ve sadece görme engeline dayanarak başvurucuya makul, haklı sebepler ortaya konulmadan ayrımcılık yapıldığı sonucuna varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi <sup>28</sup> engelli olması nedeniyle terfi ettirilmediğini ve yükselme sınavı hakkında bilgi edinme başvurusunda bulunması nedeniyle il dışına tayin edildiğini ve bu sebeple emekli olmak durumunda kaldığını iddia eden başvuru çalışması hakkı sözleşmede korunmadığından konu yönünden başvurusunu reddetmiştir.

Sonuç olarak, söylenmesi gereken ilk husus Türkiye'nin 12. Protokolü onaylayarak eşitliğin bağımsız bir hak olarak uygulanmasını sağlamasıdır. Zaten kendi anayasasında güvence altına aldığı bir hakkın sınırlı olarak bireysel başvuru konusu olması anlaşılabilir değildir.

İkinci olarak, anayasa mahkemesinin ayrımcılık yasağına ilişkin kararlarında en azından İHAM ın kararlarında da yer alan geniş yorumu tercih etmesidir. Bu yönde anayasa mahkemesinin kararları olmakla beraber sayısı sınırlıdır.

Ayrımcılığın delillendirilmesi öncelikle başvuru yükümlülüğüdür. Ancak Opuz kararında olduğu gibi ayrımcılık alanında açık ihlallerin yaşandığı örneklerin görmezden gelinmesi mümkün değildir.

Nihayet devletin ayrımcılığı ortadan kaldırması bakımından üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmesi beklenir. Unutulmamalıdır ki insan haklarının güvencelenmesi öncelikle bir iç hukuk sorunudur. Uluslararası alandaki güvenceler ikincil ve asgari standartlar olmaktadır. Bu sebeple iç hukuka ilişkin insan hakları güvencelerinin artık İHAM standartlarına ulaşmasını hatta aşmasını beklemek olağanüstü bir beklenti değildir.

---

<sup>1</sup> Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi

<sup>2</sup> A. Merih Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yayınlanmamış doktora tezi, 1989, Ankara, s. 158.

<sup>3</sup> Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

<sup>4</sup> Aynı yönde Tuğba Arslan, B. No. 2014/256, 25/6/2014.

<sup>5</sup> Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması

1. Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. 46 47 2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.

- 
- <sup>6</sup>[http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p\\_auth=uOEAOlWV,\(7.2.2017\)](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=uOEAOlWV,(7.2.2017)). Türkiye protokolü 18.04.2001 tarihinde imzalamış, ancak henüz onaylamamıştır.
- <sup>7</sup> Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Sayı: 6216, Kabul Tarihi: 30.03.2011
- <sup>8</sup> Bu yaklaşım bazı yazarlarca eleştirilirken -F. Sağlam, "Anayasa Şikayeti", E. Göztepe / A. Çelebi, Demokratik Anayasa, s. 432- bazıları tarafından da haklı bulunmuştur.- E. Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, Barolar Birliği Dergisi", Sayı 95 (2011). s. 15 vd.-
- <sup>9</sup> Abdulaziz, Cabales and Balkandali / UK, B. No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985, s. 72
- <sup>10</sup> Sommerfeld / Almanya, B. No. 31871/96, 8.07.2003. Alman mevzuatına göre evli olmayan ebeveynlerde annenin babanın çocuğa erişimine engel olma hakkı bulunuyordu. Baba ancak bir mahkeme kararı ile buna engel olabilmekteydi. Alman makamları bu durumdaki babaların çocukları ile ilişki kurma konusunda çok istekli olmadıkları gerekçesine dayanmaktaydı. İHAM Alman hükümetinin gerekçesini haklı bulmayarak evlilik içi ve dışı doğan çocuğun babası ile ilişkisini farklı kılmak konusunda devletin takdir marjının çok sınırlı olduğuna ve güçlü haklı sebeplere ihtiyaç duyulduğuna karar verdi.
- <sup>11</sup> Zarb Adami / Malta, B. No. 17209/02, 20.06. 2006.Sözleşmeye göre normal yurttaşlık yükümlülükleri zorla çalıştırma sayılmamasına rağmen Jüri üyesi olarak çağrılan erkek sayısının çok fazla olması, jüri üyesi olmaktan kaçınma sözleşmede bir hak olarak korunmamasına rağmen olağan dışı bir durum olarak tesbit edilmiştir.
- <sup>12</sup> E.B. / France, B. No. 43546/02, 22.01.2008
- <sup>13</sup> Explanatory report to the protocol No 12 to the Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4.11.2000, European Treaty Series No 177.
- <sup>14</sup> *Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26.3.2013, par. 33
- <sup>15</sup> Billur Güzide Balyemez ve Recai Alp Er Tunga, B. No. 2014/5909, 25.3.2015
- <sup>16</sup> Mehmet Peker, B. No. 2013/433, 25.3.2015
- <sup>17</sup> *Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9.1.2014, par. 19
- <sup>18</sup> Timishev / Russia, B. No. 5762/00; 55974/00, 13.12.2005
- <sup>19</sup> Opuz/Türkiye, B. No. 33401/02, 9.06.2009.
- <sup>20</sup> 20. 9. 2012. Aksi yönde Anguelova / Bulgaristan, B. No: 38361/97, 13.6.2002.
- <sup>21</sup> Bekos and Koutropoulos / Greece, B. No. 15250/02, 13.12.2005
- <sup>22</sup> Tuğba Arslan, B. No. 2014/256, 25.6.2014
- <sup>23</sup> Faris Arslan, B.No: 2014/1026, 20.5.2015. Aynı yönde Metin Durmaz, B. No. 2013/7764, 25.3.2015
- <sup>24</sup> Sadıka Şeker, B. No. 2013/1948, 23.1.2014.
- <sup>25</sup> Gerger Türkiye, Başvuru No:24919/94, 8 Temmuz 1999
- <sup>26</sup> İbrahim Uysal, B. No. 2014/1711, 23.7.2014
- <sup>27</sup> Çam/Türkiye, B. No. 51500/08, 23.02.2016.
- <sup>28</sup> Muzaffer Akkanat, B. No. 2013/2339, 7.5.2015