

Anayasa Mahkemesi'nin Cemal Duđan Kararı: Ayrımcılığa Karşı Korumada Hiyerarşik Yaklaşım ve İspat Sorunu¹

Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından 15.02.2017 tarihinde verilen ve yaklaşık dört ay sonra 08.06.2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan *Cemal Duđan Kararı* (B. No. 2014/19308, 15.02.2017)², cinsel yönelim temelli ayrımcılıkla ilgili olarak üzerinde durulması gereken önemli hususlar içeriyor.³ Başvurucu "...yolda yürüdüğü sırada etrafa rahatsızlık veren ya da hukuka aykırı herhangi bir harekette bulunmadığı hâlde kolluk görevlilerince rızası dışında resmî araca bindirilerek Emniyet Müdürlüğüne götürüldüğünü, iki veya üç saate yakın bir süre Emniyet Müdürlüğünde bekletilerek hürriyetinden alıkonulduktan sonra idari para cezası tutanağının tarafına tebliğ edildiğini" belirtmiştir. Başvurucu travesti⁴ olduğu için 80 TL para cezasına maruz kalması ve bir suç şüphesi olmaksızın polis merkezinde tutulması nedeniyle Anayasa'nın 10. ve 19. maddelerinin ihlal edildiğini, ileri sürmüştür.

AYM ilk iddiayı özel yaşama saygı hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirmiştir. AYM *Onurhan Solmaz Kararı*'ndan⁵ bu yana sürdürdüğü ayrımcılık yasağının ancak başka bir hak ve özgürlükle birlikte ileri sürülebileceğine dair yaklaşımını bu kararda da sürdürmüştür. Ancak konu özel yaşama saygı hakkı kapsamında görüldüğünden konu bakımından yetkisizlik kararı verilmemiştir. Dolayısıyla ayrımcılık yasağının konu bakımından kapsamına dair bir tartışma söz konusu değildir.

Kararda ilk dikkat çekici husus terminolojide ortaya çıkmaktadır. AYM'nin bundan önceki bazı kararlarında⁶ kullandığı "cinsel yönelim" terimi yerine "cinsel tercih" terimini kullanmaya başladığı görülmektedir. Kararda AİHM standartlarına gönderme yapılırken "cinsel yönelim", diğer yerlerde ise "cinsel tercih" terimi kullanılmıştır. Başvurucunun ağzından iddialar özetlenirken yine "cinsel yönelim", AYM tarafından başvurunun iddiaları dile getirilirken ise "cinsel tercih" ifadesi kullanılmıştır. Bu durum ya bir özensizliğe ya da bir bilinçli tercihe işaret etmektedir. İkinci olasılığın geçerli olması durumunda uluslararası hukukla tutarlı olmayan bir yaklaşım benimsendiğini söylemek gerekir.⁷ Umarız AYM bakımından bu yaklaşım tekil bir örnek olarak kalır ve eski yaklaşım sürdürülmeye devam edilir.

AYM tarafından başvuruya konu iddia bir doğrudan ayrımcılık iddiası olarak görülmüştür ve onun üzerinden değerlendirilmiştir. Doğrudan ayrımcılık (direct discrimination) kısaca, ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerden (dil, ırk, cinsiyet, cinsel yönelim vs.) birine dayalı olarak, bir kişi veya grubun haksız olarak farklı muameleye uğraması olarak tanımlanabilir. Doğrudan ayrımcılık norm düzeyinde veya ayrımcı olmayan bir normun ayrımcılık içerecek şekilde uygulaması biçiminde ortaya çıkabilmektedir. Kararda ayrımcı olmayan bir düzenlemenin ayrımcı bir şekilde uygulandığı iddia edilmiştir.

Bu kabul ile birlikte öncelikle başvurunun ayrımcılık iddiasını temellendirmesi beklenmiştir ve ispat yükünün paylaşılabilirliği kabul edilmiştir. Başvurucu etrafa rahatsızlık veren herhangi bir davranışının olmadığını ileri sürmekle birlikte AYM yalnızca idare tarafından hazırlanan tutanaklara itibar etmiş ve "trafik denetimi sırasında başvurunun kara yolunda seyir hâlindeki araçları durdurmaya çalıştığı ve trafiği tehlikeye düşürecek davranışlarda bulunduğu tespit edildiği", "Başvurucuya travesti kimliği nedeniyle ayrımcı muamele yapıldığına dair iddiayı ispata yarayan herhangi bir somut bilgi ve bulguya ise rastlanmamıştır. Bu itibarla somut olayda

sadece cinsel yönelimi dikkate alınarak başvuru hakkında işlem tesis edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir.” gerekçesiyle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

AYM gayet olumlu bir şekilde kararın 44. paragrafında genel ilke düzeyinde ispat yükünün paylaşılmasını kabul etmiş gözükmemektedir: “Kural olarak ayrımcı muameleye maruz kaldığını ileri süren başvuru sahiplerinin bu iddialarını yeterli ve ikna edici açıklamalar ve delillerle ispat etmeleri gerekir. Bununla beraber ayrımcılığı kanıtlamak kolay değildir. Bu yüzden başvuru sahiplerinin kendilerine farklı muamele yapıldığını hukuka uygun her türlü delille ispatlamaları mümkündür. Bunun ispatlanması durumunda farklı muamelelerin var olmadığını veya haklı sebeplere dayandığını ispat yükü farklı muameleyi gerçekleştiren kamu makamlarına geçecektir.” Gerçekten de başvuruya konu gibi bir vakada başvuru sahibinin iddiasına yazılı kanıt sunması mümkün değildir. Mevcut tüm yazılı kanıtlar idare tarafından hazırlanmıştır. Ayrımcı bir muamele gerçekleştiren kişi veya kurumların bu tür bir saikle hareket ettiklerini yazılı olarak belirtmelerini ve aleyhlerinde kanıt üretmelerini beklemek çok gerçekçi değildir. Ayrımcı bir saikle hareket edilmesi durumunda dahi mevcut yasal düzenlemelerin meşru bir amaçla ve nesnel bir şekilde uygulandığı ileri sürülecektir. AYM’nin değerlendirmesinde ayrımcı muameleden sorumlu tutulan makam tarafından hazırlanan tutanağı esas alması ve somut bir bilgi veya bulgunun yokluğundan bahsetmesi ispat yükünün paylaşılması ilkesini uygulanamaz hale getirmektedir. Bu tür bir yaklaşım ile benzer herhangi bir durumda ayrımcılığın ispatı adeta imkânsız kılınmış durumdadır.

Karara bakıldığında AYM tarafından Bursa Valiliği’ne yazı yazıldığı ve başvuru sahibinin tutulduğu, emniyet birimlerine getirildiği, serbest bırakıldığı saatlerin bildirilmesinin istendiği görülmektedir. Ancak talep edilen bu bilgiler kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali iddiasıyla ilgilidir. Ayrımcılık yasağı gibi ispatın kolay olmadığı bir ihlal iddiasında idareden bilgi istenmemesi büyük bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. AYM tarafından Bursa Valiliği’ne yazılacak bir yazı ile başvuruya konu idari yaptırımın dayanağı olan 2918 sayılı Kanun’un 68. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında kaç idari para cezası tutanağı hazırlandığı, bunlardan kaç tanesinin transseksüellerle ve fuhuşla ilgili olduğuna dair yazılı bilgi talep edildiği durumda idari yaptırımın cinsel yönelim temelli ayrımcılık saikiyle mi, yoksa nesnel bir biçimde söz konusu yasal düzenlemeye aykırı davranan herkese mi uygulandığının tespiti görece daha kolay olabilecekti. Bu tür bir bilgi ile belki de ayrımcılık mağdurlarının ispat yükü engelini aşmaları sağlanabilecek ve doğrudan ayrımcılığın ispatını kolaylaştırması mümkün olabilecekti.

Kararda dikkat çekici bir başka husus AYM’nin Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan ayrımcılık temelleri bakımından benimsediği yaklaşımdır. Hukuki düzenlemeler ve ayrımcılık yasağına dair yargı organlarının veya yargısal benzeri organların yaklaşımı farklı ayrımcılık temelleri söz konusu olduğunda değişebilmektedir. Bu noktada bazı ayrımcılık temelleri diğerlerine göre daha fazla koruma görebilmekte ya da bazı ayrımcılık temelleri diğerlerine göre daha dikkatli incelenebilmektedir. Bir fark gözetmenin geleneksel olarak ayrımcılık mağduru olmuş bir gruba yönelik olarak ortaya çıktığı durumda söz konusu gruba karşılık gelen ayrımcılık temeli “şüpheli” (suspect) olarak sınıflandırılmaktadır. AİHM bazı konularda bazı ayrımcılık temelleri açısından daha ayrıntılı bir inceleme yapmakta ve Taraf Devletlerin takdir alanını da daha dar kabul etmektedir.⁸ Mahkeme her ne kadar sözel olarak “şüpheli olan-şüpheli olmayan” temeller biçiminde bir sınıflandırmaya gitmese de içtihatlarından bu

şekilde bir farklılaşma olduğu göze çarpmaktadır. Örneğin cinsiyet veya cinsel yönelim temelli bir farklı muamele sonucunda ayrımcılık yasağının ihlali iddiası söz konusu ise Taraf Devletlerce oldukça önemli gerekçelerin (very weighty reasons) ortaya konulması beklenmektedir.⁹

AYM geçmişte evli kadının evlendikten sonra önceki soyadını yalnız başına kullanamaması ve ancak eşinin soyadı ile birlikte kullanılmasına dair Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'ya uygunluğunu incelerken kadının evlendikten sonra kocasının soyadını almasını cinsiyet farklılığına dayalı bir farklı muamele olarak değerlendirmemiştir. Mahkeme'ye göre "durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir..."¹⁰ ve kadın ve erkek bu durumda farklı durum ya da konumda kabul edilmiştir.

AYM bireysel başvuru usulü ile beraber bu tutumunu değiştirmiş bazı ayrımcılık temellerini şüpheli temel olarak kabul etmeye başlamıştır. İlk olarak din veya inanç temelinde ayrımcılıkla ilgili bir başvuruda şüpheli temeller konusuna değinilmiştir: *"Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında 'dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep' sebeplerine dayanılarak ayırım yapılamayacağı belirtildikten sonra fıkranın devamında 'benzeri sebeplerle' de ayırım gözetilmeyeceği belirtilmiştir. Böylece Anayasa koyucu bazı türde farklı muamelelere özel önem vermiş ve ismen saymış, ayrıca aynı fıkroda, 'benzeri sebepler'le ayırım yapılamayacağı esası getirilmiş olmakla, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır. Anayasa'nın ismen saydığı farklı muamele türlerini daha önemli gördüğü ve bu türlerde yapılan muamelelerin ancak 'çok önemli gerekçeler' ileri sürüldüğü takdirde haklı kılınabileceği belirtilmelidir."*¹¹ AYM ardından cinsiyet temelli ayrımcılık iddialarına dair iki başvuruda *"Cinsiyete dayalı ayrımcılık da uluslararası metinlerde ve Anayasa'da açıkça yer verilen önemli bir ayrımcılık temelidir"* denilerek cinsiyeti de şüpheli temeller arasında katılmıştır.¹²

AİHM'nin şüpheli temel olarak kabul ettiği temeller, "ırk veya etnik köken", "ulusal köken", "cinsiyet", "doğum", "din veya inanç", "cinsel yönelim" gibi temellerden oluşmaktadır.¹³ AYM'nin içtihatlarına bakıldığında AİHM'nin kabul ettiği şüpheli temellerden "ulusal köken", "cinsel yönelim" ve "doğum" temellerinin birer şüpheli temel olmadığı ortaya çıkmaktadır. AYM bu karar öncesi de cinsel yönelim temelinde ayrımcılıkla ilgili kararında yukarıda belirtilen ifadelere yer vermeyerek cinsel yönelim temelini şüpheli temeller dışında tutarak bir anlamda ikincilleştirmişti.¹⁴ Bu karar ile birlikte AYM'nin söz konusu yaklaşımını sürdürdüğü görülmektedir. AYM cinsel yönelimi şüpheli temeller arasında değerlendirmeyerek ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişilerin bu davranışlarını gerekçelendirmelerini kolaylaştırmış ve takdir alanlarını genişletmiş olmaktadır. Bu durum AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları arasında açık bir içtihat farklılığına işaret etmektedir. Mahkeme'nin ilerleyen dönemlerinde içtihatlarında bu konuyu netleştirmesi ve AİHM'nin yaklaşımı ile uyum sağlaması gerekliliği göze çarpmaktadır.

¹ Yrd. Doç. Dr. Ulaş Karan, İstanbul Bilgi Üniversitesi

² Bkz, 08.06.2017 tarihli ve 30090 sayılı Resmi Gazete

³ Başvurucu idari para cezası uygulanması ve belirli bir süre hukuka aykırı olarak polis merkezinde tutulması nedeniyle iki ayrı ihlal iddiasında bulunmuş, AYM de iki ihlal iddiası bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmıştır. Ancak karar kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından da üzerinde durulması gereken bazı hususlar içermesine rağmen yazı için ayrılan yerin sınırlı olması nedeniyle yazıda yalnızca ayrımcılık yasağı bağlamında bir değerlendirme yapılacaktır.

⁴ Karar metnine göre başvuru, başvuruda kendisini transseksüel değil travesti olarak nitelemiştir.

⁵ Bkz, Onurhan Solmaz, B. No. 2012/1049, 26.03.2013.

⁶ Bkz, Sadıka Şeker, B. No. 2013/1948, 23.01.2014, par. 59; Sinem Hun, B. No. 2013/5356, 08.05.2014, par. 32-33; Fethullah Gülen, B. No. 2014/12225, 14.07.2015, par. 40.

⁷ Kararda yer alan karşı oy metninde bu tür bir tutarsızlık göz çarpmamaktadır ve tamamen "cinsel yönelim" ifadesi kullanılmıştır. Bkz, AYM Başkan Vekili Engin Yıldırım'ın karşı oyu.

⁸ D. J. Harris/M. O'Boyle/E. P. Bates/C. M. Buckley, Harris, O'Boyle, Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2014, Oxford, s. 794; Oddny Mjöll Arnardottir, Multidimensional Equality from Within: themes from the European Convention on Human Rights, European Union Non-Discrimination Law, *Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, Dagmar Schiek, Victoria Chege (Eds), Routledge-Cavendish, 2009, London, New York, s. 56.

⁹ Stephen Livingstone, "Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights", European Human Rights Law Review, Sweet and Maxwell, No. 1 (1997), s. 29.

¹⁰ E. 2009/85, K. 2011/49, K.t. 10.03.2011.

¹¹ Tuğba Arslan, B. No. 2014/256, 25.06.2014, par. 145-146.

¹² Bkz, Nurcan Yolcu, B. No. 2013/9880, 11.11.2015, par. 36; Gülbu Özgüler, B. No. 2013/7979, 11.11.2015, par. 43.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz, Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, Law of the European Convention on Human Rights, s. 796, 806.

¹⁴ Sadıka Şeker, B. No. 2013/1948, 23.01.2014.