

# Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi

*Yrd. Doç. Dr. Ulaş Karan*  
*İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

## Giriş

Bu çalışma ile ayrımcılık yasağını düzenleyen iki temel hukuki düzenleme olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 14. maddesi ve Anayasa'nın 10. maddesi bağlamında Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru usulü kapsamında vermiş olduğu kararların değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Çalışmada bireysel başvuru usulünün henüz oldukça yeni bir yargısal usul olması ve bu alanda Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarının tam olarak ortaya çıkmamış olması nedenleriyle zaman zaman Mahkeme tarafından geçmişte somut ve soyut norm denetimi kapsamında verilen kararlara da değinilmek durumunda kalınmıştır.

Bireysel başvurular açısından dikkate alınan kararlar Anayasa Mahkemesi'nin resmi İnternet sitesinde bireysel başvuru usulünün işlemeye başladığı 23.09.2012 ile 15.04.2015 tarihleri arasında yayınlanmış kararlardan oluşmaktadır. Çalışmada incelenmiş olan kararlardan başvuru tarafından Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü ve Mahkeme tarafından ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine az ya da çok değinilen yaklaşık 65 bireysel başvuru kararı tespit edilebilmiştir.<sup>1</sup> Bu kararlardan yalnızca 1 tanesinde ihlal kararı verilmiştir.<sup>2</sup> İncelemeye konu başvurulardan 31 tanesinde kabul edilemezlik kararı verilmiştir: Zaman bakımından yetkisizlik (1 tane), süre aşımı nedeniyle yetkisizlik (1 tane), kişi bakımından yetkisizlik (2 tane), konu bakımından yetkisizlik (8 tane), ayrımcılık yasağı veya eşitlik ilkesinin ihlaline dair iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olması (16 tane) ve başvuru yollarının tüketilmemesi (3 tane) nedenleriyle kabul edilemezlik

1 Bu kararların bir listesine çalışmanın en sonunda yer verilmiştir.

2 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014.

kararı verilmiştir. 8 bireysel başvuruda ise ayrımcılık yasağı veya eşitlik ilkesi bağlamında ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir, 1 başvuruda düşme kararı verilmiş, 24 bireysel başvuruda ise Anayasa'nın 10. maddesi bağlamındaki iddialar Anayasa Mahkemesi tarafından farklı bir nitelendirmeye tabi tutulmuş ve Mahkeme'ce başvurunun ihlal edildiği ileri sürülen hak dışında başka bir hak çerçevesinde değerlendirilmesine karar verilmiştir.

İncelenen karar sayısının Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların çok az bir kısmını yansıttığı için Mahkeme'nin ayrımcılık yasağına dair yaklaşımının ancak az sayıda karar bağlamında değerlendirilmesi mümkün olmuştur. Bu durum Anayasa Mahkemesi kararlarının tümünün kamuoyuna açılmasına yönelik ihtiyacı da ortaya koymaktadır. Aksi takdirde Mahkeme'nin içtihatlarına dair derinlemesine bir inceleme yapılması mümkün olamayacaktır.

Çalışmada kararlarda ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi kavramlarının nasıl tanımladığı; Anayasa'nın 10. maddesinin kişi ve konu bakımından kapsamının nasıl belirlendiği; Mahkeme'nin ayrımcılık yasağının hukuken tanımlanmış güncel biçimlerini kabul edip etmediği ve Mahkeme'nin Anayasa'nın 10. maddesinin ihlaline dair iddiaları incelerken nasıl bir inceleme yöntemi benimsediği soruları yanıtlanmaya çalışılmıştır. Çalışmada tüketici bir tarama yapılamadığı ve Anayasa Mahkemesi'nde bölümlerce verilen tüm kararlar yayınlanmadığı için varılan sonuçlar bu kapsamda değerlendirilmeli ve Mahkeme'nin bu konuda verdiği tüm kararları kapsamadığı akılda tutulmalıdır.

### **I. Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Kavramları**

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine dair bir incelemede ilk olarak bu iki kavramın insan hakları hukukunda nasıl tanımlandığı sorusu gündeme gelmektedir. Eşitlik ilkesi herkesin her durumda eşit olması anlamına gelmemektedir ve belirli kişiler veya durumlar için bu ilkedan ayrılınması ve kişiler arasında fark gözetilmesi mümkündür. Ancak eşit kabul edilen kişiler arasında her farklı muamelelerin makul kabul edilmesi de mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'ne göre de *“eşitlik kavramı, herhangi bir nesnel ve makul dayanağı olmaksızın aynı durumdaki bireylere farklı muamelede bulunulmamasına*

*ilişkin gerekliliği*" ifade etmektedir.<sup>3</sup> Ayrımcılık yasağı tam da bu noktada, kişiler arasında fark gözetme halinin kabul edilebilir, açık ve önceden belirlenmiş ölçütlere dayanması için gündeme gelmektedir. Ayrımcılık yasağı hangi konuda ve hangi ölçütlerle eşitliğin sağlanması noktasında eşitlik ilkesi ile ortaya çıkan muğlaklığı gidermekte ve bu ilkeyi bir ölçüde somutlaştırmaktadır. Ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesini güvence altına alan ve bu ilkenin belirli ayrımcılık temellerinde sunulmasını veya sunulmamasını yasaklayan temel bir ilke olarak kabul edilmelidir.

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi genel olarak aynı ilkenin pozitif ve negatif görünümüleri olarak kabul edilmektedir.<sup>4</sup> Anayasa Mahkemesi'ne göre de "[e]şitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir."<sup>5</sup>

Ayrımcılık, isteyerek veya istemeyerek, icrai ya da ihmali biçimde, bir hukuk sisteminde eşit durumda olduğu kabul edilen kişilere, bir hak veya yükümlülükle ilgili olarak, aralarında geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılmaması olarak tanımlanabilir. Ancak bugün bir hukuk sisteminde eşit durumda olmadığı düşünülen kişiler arasında bir hak ve yükümlülükle ilgili olarak geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılması halinin de dolaylı olarak ayrımcılık oluşturabileceği de kabul edilmektedir. Dolayısıyla belirli

3 AYM, *Aziz Turhan Kararı*, B. No. 2012/1269, 08.05.2014, para 38.

4 B. G. Ramcharan, *Equality and Nondiscrimination*, the International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights, Henkin, Louis (Ed.), Columbia University Press, New York, 1981, s. 252; Manfred Nowak, UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 2005, s. 598; Anne F. Bayefsky, *Defining Equality Rights*, Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms, Anne F. Bayefsky, Mary Eberts (Eds.), Carswell, Toronto, Calgary, Vancouver, 1985, s. 27, Yoram Dinstein, *Discrimination and International Law*, Israel Yearbook of Human Rights, Vol. 15, 1985, s. 11; Karl Josef Partsch, *Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination*, The International Dimensions of Human Rights, Karel Vasak (Ed.), Vol. 1, UNESCO, Greenwood Press, Connecticut, 1982, s. 69; Oddny Mjöll Arnadóttir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003, s. 7; Warwick McKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1985, s. 287

5 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 107.

durumlarda, eşit durumda olanlara eşit davranmamak veya farklı durumda olanlara eşit davranmak ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelebilecektir.

Çalışmada karşılaştırmaya konu olan AİHS'nin 14. maddesi ile Anayasa'nın 10. maddesi de ayrımcılığın bir tanımını vermemiştir. AİHS sisteminde ayrımcılık yasağı ile ilgili başlıca düzenleme olan Sözleşme'nin 14. maddesi ve 12 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde ayrımcılığın herhangi bir tanımı bulunmamasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatları ile bir tanım ortaya çıkmıştır. Bu tanıma göre bir muameledeki farklılık, nesnel ve makul bir haklılığa sahip değilse, başka bir deyişle meşru bir amaç izlemiyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç orantılı değilse, ayrımcılık söz konusudur.<sup>6</sup> AİHS'nin 14. maddesi eşitlik ilkesini değil, ayrımcılık yasağını düzenlediği ve AİHS'nin 14. maddesi bağlamında yapılan bireysel başvurular yalnızca ayrımcılık yasağı kavramı çerçevesinde bir incelemeye konu edildiği için AİHM bugüne kadar eşitlik ilkesine dair bir herhangi bir tanım ortaya koymamıştır.

AİHM'nin tersine Anayasa Mahkemesi bugüne kadar içtihatlarında hem ayrımcılık yasağına, hem de eşitlik ilkesine dair tanımlamalarda bulunmuştur. Mahkeme'nin bu tanıma bireysel başvuru kararlarında da yer verdiğini söylemek gerekir.<sup>7</sup> Mahkeme'nin eşitlik ilkesi ile ilgili yerleşik tanımına göre,

*“Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler,*

6 AİHM, Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium”v. Belgium, Appl. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, para 10; Marckx v. Belgium, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979, para 33; Rasmussen v. Denmark, Appl. No. 8777/79, 28.11.1984, para 38. Bu tanım 12 No'lu Protokol kapsamında da geçerli kabul edilmiştir. AİHM 12 No'lu Protokol ile verdiği ilk karar ile içtihatlarıyla ortaya koyduğu ayrımcılık tanımının yol gösterici olmaya devam ettiğini göstermiştir. Bakınız, AİHM, Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina(Grand Chamber), Appl. No. 27996/06, 34836/06, 22.12.2009, para 55.

7 Örneğin, AYM, Tuğba Arslan Kararı, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 112.

*kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”<sup>8</sup>*

Mahkeme'nin somut ve soyut norm denetimi sırasında bir yasal düzenlemenin eşitlik ilkesine uygunluk değerlendirirken sınırlı da olsa işlevli olabilecek bu tanımın ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair yapılan bireysel başvurularda işlevli olması mümkün değildi. Mahkeme'nin bireysel başvurularda yukarıda belirtilen, AİHM'nin günümüzde giderek daha fazla kabul gören ayrımcılık tanımını benimsemesi daha doğru bir yaklaşım olarak gözükmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 10. maddesi bu şekilde bir tanımın benimsenmesini engelleyecek bir içerik taşımamaktadır ve aşağıda da görülebileceği gibi bu tanımın beraberinde getirdiği inceleme ölçütleri hâlihazırda kısmen Anayasa Mahkemesi tarafından da kullanılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında ayrımcılık yasağını AİHM kararlarına gönderme yaparak benzer doğrultuda tanımlamıştır. Mahkeme'ye göre ayrımcılık kısaca nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi olarak tanımlanabilir ve din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini içerir.<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesi'ne göre bir ayrımcılık iddiası *“başvurucunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın sırf ırk, renk, cinsiyet, din, dil, cinsel yönelim vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle”* ortaya koyduğu takdirde ciddiye alınabilecektir.<sup>10</sup>

Ayrımcılığın tanımına dair AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatları arasında görece bir uyumun mevcudiyetine rağmen, Anayasa Mahkemesi kararlarında hangi durumda hangi kavramın kullanılacağına dair bir

8 AYM, E. 2009/47, K. 2011/51, 17.03.2011.

9 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 112.

10 AYM, *Sadika Şeker Kararı*, B. No. 2013/1948, 23.01.2014, para 59; *Kamil Çakır Kararı*, B. No. 2013/997, 15.10.2014, para 45.

kavram kargaşası göze çarpmaktadır. Mahkeme'nin incelemeye konu 65 bireysel başvuru kararlarından 3 tanesinde Mahkeme tarafından ayrımcılık yasağı bağlamından bir inceleme yapılmıştır.<sup>11</sup> Başvurucular tarafından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair iddialar kimi zaman eşitlik ilkesi başlığı altında,<sup>12</sup> eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine dair iddialar ise kimi zaman ayrımcılık yasağı başlığı altında incelenmiştir.<sup>13</sup> Bu tür bir durum Mahkeme tarafından eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının birbiri ile örtüşen veya örtüşmeyen ve başvurunun konusuna göre biri diğerine göre öncelikle gündeme gelecek şekilde uygulanacağına dair bir kafa karışıklığına yol açabilmektedir. Bu durumun engellenmesi için Mahkeme tarafından kavramların netleştirilmesi ve konuya dair açık bir tutum benimsenmesi yönünde bir ihtiyacı göze çarpmaktadır. AİHM'nin bireysel başvurularda eşitlik ilkesi üzerinden değil ayrımcılık yasağı kavramı üzerinden bir değerlendirme yaptığı dikkate alındığında Anayasa Mahkemesi açısından da kanun önünde eşitlik ilkesi gibi sınırlı bir çerçevede değil ayrımcılık yasağı gibi daha geniş kapsamda bir incelemenin gerçekleştirilmesi daha doğru bir yaklaşım olarak gözükmektedir.

## II. Ayrımcılık Yasağının Güncel Biçimleri

Ayrımcılığın tanımının ardından gündeme ayrımcılığın hangi biçimlerinin Anayasa'nın 10. maddesi tarafından koruma altına alındığı sorusu gündeme gelmektedir. Ayrımcılık ile ilgili olarak yapılan en temel sınıflandırma doğrudan-dolaylı ayrımcılık şeklinde ortaya çıkmıştır.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

11 AYM, *Şahin Karaman Kararı*, B. No. 2012/1205, 08.05.2014; *Sadika Şeker Kararı*, B. No. 2013/1948, 23.01.2014; *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014

12 Örneğin, AYM, *Laden Elbezayan Kararı*, B. No. 2013/4551, 10.12.2014.

13 Örneğin, AYM, *Şahin Karaman Kararı*, B. No. 2012/1205, 08.05.2014.

14 Ayrımcılık yasağının günümüzde, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, çoklu temelde ayrımcılık, makul uyumlaştırma yükümlülüğü, taciz, cinsel taciz, ayrımcılık talimatı ve mağdurlaştırma gibi çok farklı biçimleri söz konusudur. Bunlardan genellikle ilk ikisi anayasal düzenlemelerde kabul edilmiştir. Ayrımcılığın diğer türleri büyük oranda yasal düzenlemelerde gündeme gelmektedir. Aşağıda da görüleceği üzere AİHS da ayrımcılığın farklı biçimleri açısından bugüne kadar doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarına değinmiştir. Bu nedenle çalışmada yalnızca bu iki kavram üzerinde durulmuş ve bir değerlendirme yapılmıştır.

15 Doğrudan ayrımcılıkla ilgili en güncel tanımlardan birisi Avrupa Birliği tarafından 2000

Burada aynı veya benzer konumdaki diğer kişilerden biri veya bir kısmı bakımından daha olumsuz etki veya böyle bir sonucun ortaya çıkması ihtimalini doğuran farklı muameleler söz konusudur. Doğrudan ayrımcılık norm düzeyinde veya ayrımcı olmayan bir normun ayrımcılık içerecek şekilde uygulaması biçiminde ortaya çıkabilmektedir. Norm düzeyinde ortaya çıktığında düzenlemenin kapsamına bir grubun alınmaması ya da o grubun açıkça hukuki düzenlemenin kapsamının dışında tutulması söz konusu olabilmektedir. Norm düzeyinde ortaya çıkan bir doğrudan ayrımcılık hem bir bireysel başvuruya, hem de somut veya soyut norm denetimine konu olabilecektir. Uygulama ile ortaya çıkan ayrımcı muameleler ise yalnızca bireysel başvuruya konu olabilecektir. Bireysel başvuru usulü somut ve soyut norm denetiminin aksine normun hem kendisi, hem de uygulamasının Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi olanağı getirmiştir.

AİHS'nin 14. maddesi ayrımcılığın tanımı ile beraber doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın tanımına da yer vermemiştir. AİHS'nin görüşlerinde ve içtihatları ile ortaya koyduğu tanım büyük ölçüde doğrudan ayrımcılığın tanımıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından bir muameledeki farklılık, makul ve nesnel bir haklı nedene dayanmıyorsa, bu muamelenin meşru bir amacı bulunmuyorsa ve gerçekleştirilmek istenen amaç ile başvuru yöntem arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa ayrımcılık oluşmaktadır.<sup>16</sup>

Kişilere eşit muamele yapılması ile ayrımcılık ise dolaylı ayrımcılık (indirect discrimination) olarak adlandırılmaktadır. Dolaylı ayrımcılıkta,

---

yılında kabul edilen 2000/43/EC sayılı Direktif'in 2/a maddesinde, doğrudan ayrımcılık, ırk veya etnik köken temelleriyle sınırlı olarak, bir kişiye, ırk veya etnik kökene dayalı olarak, karşılaştırılabilir bir durumda, diğer bir kişiye göre daha az tercih edilir şekilde muamele edilmesi, edilmiş olması veya edilebilir olması olarak tanımlanmıştır. Bakınız, Irk ve Etnik Kökenine Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulanmasına Dair 29 Haziran 2000 tarihli ve 2000/43/EC sayılı Konsey Direktifi (Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin), madde 2/a, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML> (erişim:20.06.2015)

16 Opinion of the European Court of Human Rights on Draft Protocol 12 to the European Convention on Human Rights, Doc 8606, 5 January 2000, para 5, <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=8819&Language=EN> (erişim:20.06.2015); AİHM, Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium, Appl. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968, para 10; Marckx v. Belgium, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979, para 33; Rasmussen v. Denmark, Appl. No. 8777/79, 28.11.1984, para 38.

kişilerin, eşit durumda olmayanlar arasında herhangi bir sınıflandırma yapılmaksızın aynı kurala tabi olmaları söz konudur. Doğrudan ayrımcılık kavramının ortaya çıkışı ve ayrımcı muamelelerin hukuka aykırı kabul edilmesi ile birlikte ayrımcı muamelelerin doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi açık biçimde norm düzeyinde değil, örtük olarak uygulama biçiminde ortaya çıkması üzerine dolaylı ayrımcılık kavramına ihtiyaç duyulmuştur.<sup>17</sup> Bu noktada bir hukuki düzenlemenin lafzına değil olası veya mevcut etki ve sonuçlarına odaklanılmaktadır.<sup>18</sup>

Dolaylı ayrımcılık, üç farklı biçimde ortaya çıkabilmektedir.<sup>19</sup> Bunlardan ilki görünüşte tarafsız olan bir kural, ölçüt veya uygulamanın, belirli bir gruba mensup kişileri özellikle dezavantajlı hale getirecek gibi görünmesi ve dezavantajı yaratan düzenlemenin makul ve nesnel bir gerekçesinin olmaması halidir. Burada tarafsız kabul edilen düzenlemenin uygulanmadan önceki aşamada belirli grupları dezavantajlı duruma sokabileceği ihtimali öngörülmektedir.<sup>20</sup> İkinci olarak ise genel nitelikte bir önlem uygulandığında, belli bir gruba mensup orantısız biçimde yüksek sayıda kişiyi, diğer gruplara mensup kişilere göre daha dezavantajlı duruma sokması ve orantısız bir etki doğuran bu önlemin nesnel ve makul bir gerekçesinin bulunmaması halidir. Üçüncü ve son olarak ise genel olarak başvuru bir önlemin nesnel ve makul bir neden olmaksızın farklı durumda kabul edilebilecek bir kişiye veya bir kategoriye giren kişilere herhangi bir istisna getirilmeksizin uygulanması durumunda ortaya çıkmaktadır.<sup>21</sup>

17 Christa Tobler, *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under the EC Law*, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2005, s. 57.

18 AB'nin dolaylı ayrımcılık kavramının gelişiminde önemli bir rolü olmuştur. 2000/43/EC sayılı Direktif'e göre, görünüşte tarafsız olan bir düzenleme, ölçüt veya uygulama, bir ırk veya etnik kökene mensup kişilere, başka kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir dezavantaj yaratıyorsa ve söz konusu düzenleme, ölçüt veya uygulamanın meşru bir nedeni bulunmuyorsa ve söz konusu amaca ulaşmak için başvuru araçlar uygun ve gerekli değilse, dolaylı ayrımcılık oluşacaktır.

19 Bu sınıflandırma için bkz, Olivier de Schutter, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives*, European Commission, Luxembourg, 2005, s. 16.

20 Avrupa Birliği Adalet Divanı, *O'Flynn v. Adjudication Office*, Case C-237/94, 23.05.1996, para 20-21.

21 Bu durumu dolaylı ayrımcılığın bir görünümü olarak kabul etmeyen yazarlar için bkz, Christa Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Luxembourg, 2008, s. 13; Mark Bell, "Direct Discrimination", *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Dagmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell (Eds),



AİHM ayrımcılık yasağının ihlalinin taraf devletin aldığı bir önlemin etkileri ile ilgili olabileceğini<sup>22</sup> ve dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğu durumlarda ayrımcılık yapılması yönünde açık bir niyet (intent) olmaksızın ayrımcılığın söz konusu olabileceğini kabul etmiştir.<sup>23</sup> AİHM bu konuda temel yaklaşımını 2007 yılında verdiği *D. H. ve Diğerleri v. Çek Cumhuriyeti* kararı ile ortaya koymuştur.<sup>24</sup> Söz konusu başvuruda Çek Cumhuriyeti'nde yürürlükte olan eğitim sistemi içerisinde Çingene/Roman<sup>25</sup> çocukların dolaylı ayrımcılığa uğradığı belirtilerek 1. No'lu Protokol'de eğitim hakkına yer veren 2. maddesi ile AİHS'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının ihlal edildiği ihlal edilmişti.<sup>26</sup> Mahkeme nihai kararında her başvurucunun durumunu ayrı ayrı incelememiş ve davaya konu olayların geçtiği dönemde yürürlükte olan ilgili mevzuatın Çingene/Roman topluluğu açısından orantısız bir şekilde olumsuz etki doğurduğunu ifade etmiştir.<sup>27</sup> Bu karar ile yukarıda belirtilen dolaylı ayrımcılığın ikinci türü 14. Maddenin sağladığı korumanın kapsamına alınmıştır.<sup>28</sup> Bu karar ile birlikte ilk defa bir Taraf Devlette kapsamlı şekilde hayata geçirilen bir ayrımcı uygulama Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı bulunmuştur. AİHS'nin dolaylı ayrımcılık kavramına yaklaşımı giderek gelişme göstermesine rağmen bu konuda içtihatları henüz sistematik hale gelmediğini eklemek gerekir.<sup>29</sup>

---

Hart Publishing, Cornwall, 2007, s. 189.

- 22 Mark W. Janis; Richard S. Kay; Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law, Text and Materials*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008 s 487. AİHM, *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium*, Appl. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, para 10.
- 23 AİHM, *D. H. and Others v. the Czech Republic* (Grand Chamber), Appl. No. 57325/00, 13.11.2007, para 184.
- 24 agk.
- 25 "Çingene" veya "Roman" kelimelerinin her ikisinin birden kullanılmasının nedeni, Türkiye'de yaşayan ve bu etnik gruba mensup olan kişilerin bu kavramların birini veya diğerini tercih etmeleri ve ayrıca kimi zaman kullandıkları kavram dışında kalan diğer kavrama olumsuzluk atfetmeleridir.
- 26 Davada Ostrava şehrinde yaşayan 18 Çingene/Roman asıllı Çek Cumhuriyeti vatandaşının öğrenme güçlükleri olduğu gerekçesiyle psikolojik bir teste tabi tutularak "özel okul" (special school) olarak anılan okullarda eğitim görmeye zorlanmaları söz konusudur. Bu okullarda diğer okullara göre oldukça geri bir müfredat okutulmaktadır. Taraf devlet bu davada Çingene/Roman çocuklara uygulanan ve "özel okullara" kaydedilmelerine yol açan testin nesnel ve makul bir gerekçeye dayandığını gösterememiştir. Bakınız, para 204.
- 27 AİHM, *D. H. and Others v. the Czech Republic* (Grand Chamber), Appl. No. 57325/00, 13.11.2007, para 209.
- 28 agk, para 175; AİHM, *Zarb Adami v. Malta*, Appl. No. 17209/02, 20.06.2006, para 76.
- 29 de Schutter, s. 16.

Anayasa'da doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımları yer almasa dahi bu durum AİHS açısından olduğu gibi Anayasa'nın 10. maddesinin hem doğrudan hem dolaylı ayrımcılık açısından gündeme gelmesine engel değildir. 10. madde ayrımcılık yasağının, bu yasağın belirli görünümüne özgülemiş değildir ve bu açıdan da daha geniş bir yoruma tabi tutulmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin ayrımcılığın farklı biçimlerine bu madde kapsamında koruma sağlamasını olanaklı kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi yakın dönemde dolaylı ayrımcılık doğurabilecek bir yasal düzenlemeyi Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi çerçevesinde incelemiş ve iptal etmiştir. Kararda milli savunmaya, devlet sırlarına karşı suçlar ile casusluk suçlarından hapis cezasına mahkûm olanların, Türk Ceza Kanunu'nun<sup>30</sup> 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, muhasebecilik, mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik mesleğini icra edemeyeceklerine dair bir yasal düzenleme gündeme gelmiştir. Söz konusu düzenleme ile örneğin din veya inanç temelinde vicdani retçi olduğunu açıklayan bir kişinin Türk Ceza Kanunu'nun milli savunmaya karşı suçlar bölümünde 318. maddede yer alan halkı askerlikten soğutma suçundan<sup>31</sup> mahkûmiyetine karar verilmesi durumunda belirtilen meslekleri icra etmesi olanaksız hale gelmektedir. Bu durum din veya inanç temelinde dolaylı ayrımcılık tehlikesi doğurmaktadır.<sup>32</sup> Mahkeme her ne kadar Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında bir inceleme yapmamış olsa da, sonuç olarak ayrımcı muamele tehlikesi doğurabilecek hüküm iptal edilmiştir.<sup>33</sup> Söz konusu hükmün 10. madde kapsamında incelenmesi durumunda Mahkeme'nin dolaylı ayrımcılık kavramına başvurması ve içtihatlarına kazandırılması mümkündür. Bu fırsat kaçırılmış olmakla birlikte bireysel başvuru usulünde içtihatlarla bu kavramın hukuken tanınması mümkün gözükmektedir.

Bireysel başvuru usulünün kabulü ile Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası alanda ortaya çıkan ve giderek kabul gören doğrudan ve dolaylı

30 Bakınız, 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı RG.

31 Türk Ceza Kanunu, Madde 318: (1) Halkı, askerlik hizmetinden soğutacak etkinlikte teşvik veya telkinde bulunanlara veya propaganda yapanlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, basın ve yayın yolu ile işlenirse ceza yarısı oranında artırılır.

32 Ayrıca bkz, AİHM, *Thlimmenos v. Greece* (Grand Chamber), Appl. No. 34369/97, 06.04.2000.

33 Anayasa Mahkemesi tarafından çok sayıda meslekle ilgili olarak benzer bir karar verilmiştir. Bakınız, E. 2008/17, K. 2010/44, 25.02.2010.

ayrımcılık kavramlarını benimseyerek ve hatta geliştirerek içtihatlarına yansıtma iradesi göstermesi önemli bir sıçrama yaratacaktır. Aksi durum ayrımcı muameleler giderek daha “görünmez” hale geldiği için ayrımcılık yasağının getirdiği korumanın yalnızca ispatı zaman zaman oldukça zor olan doğrudan ayrımcılık ile sınırlı olmasına yol açabilecektir. Mahkeme bu yönde önemli bir adım atarak ilk defa bir kararında kavrama doğrudan yer vermemekle birlikte dolaylı ayrımcılık kavramına değinmiştir.<sup>34</sup> Mahkeme’ye göre “...farklı durumda olan kişilere aynı şekilde muamele ediliyorsa fakat bu muamele belirli bir kişiyi veya gurubun üyelerini orantısız ve olumsuz yönde etkiliyorsa ayrımcılıktan söz edilebilir.”<sup>35</sup> Mahkeme başka bir kararında ise bir yasal düzenleme veya politikanın olumsuz etkisine gönderme yapmış ve “belirlenen ceza politikasının bireyleri ayrımcı bir şekilde etkilemesi halinde Anayasa’nın 10. maddesi kapsamında kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı bir durum” oluşturabileceğini ifade etmiştir.<sup>36</sup> Mahkeme’nin bireysel başvuru usulü bağlamında ortaya çıkan bu kararları ile dolaylı ayrımcılık kavramının Mahkeme içtihatlarında gelişme göstermeye başladığı görülmektedir. Bu yaklaşımın devamı ile birlikte dolaylı ayrımcılık konusunda AİHM içtihatları ile uyumun sağlanması, hatta ötesine geçilmesi mümkün gözükmektedir.

### III. Ayrımcılık Yasağının Kişi Bakımından Kapsamı

#### A. Ayrımcılığın Yasaklandığı Temeller

Ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda gündeme gelen başlıca konulardan biri bu yasağın kimleri koruma altına aldığıdır. Bu noktada ayrımcılık yasağı ile ilgili hukuki düzenlemeler açık uçlu bir şekilde veya sınırlı olarak bir koruma sağlayabilmektedir.<sup>37</sup> Sınırlı yaklaşımda ayrımcılığın yasaklandığı nedenler hukuki düzenlemelerde sınırlı olarak sayılmaktadır ve içtihat yoluyla genişletilmesi mümkün olamamaktadır. Ayrımcılık temellerinin yalnızca örnek niteliğinde sayıldığı ve içtihat yoluyla genişletilmesinin mümkün olduğu açık uçlu yaklaşımda ise ayrımcılık yasağı ile ilgili hukuki düzenlemelerin potansiyel kapsamı sınırlanmamaktadır. Açık uçlu yaklaşımla

34 Bakınız, AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014.

35 a.g.k, para 115.

36 AYM, *İbrahim Uysal Kararı*, B. No. 2014/1711, 23.07.2014, para 48.

37 Anne F. Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, Human Rights Law Journal, Vol. 11, No. 1-2, 1990, s. 5.

birlikte mevcut bir farklı muamelenin ayrımcılık oluşturup oluşturmadığına dair yapılacak denetimde söz konusu temelin ilgili maddenin kapsamına girip girmediği büyük ölçüde değerlendirme konusu olmaktan da çıkmaktadır.<sup>38</sup> Ancak hukuki düzenlemelerde bu konuda bir netlik bulunmuyorsa veya yargı organları ya da idari organlar tarafından kurallar dar biçimde yorumlanıyorsa, hukuk kurallarında güncel gelişmeler doğrultusunda açık olarak daha fazla ayrımcılık temeline yer verilmesi gerekebilmektedir.

AİHS'nin 14. maddesi "...cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal veya toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde..." şeklinde bir ifade içermektedir ve maddede oldukça geniş bir liste ile birlikte açık uçlu yaklaşım benimsendiği görülmektedir.<sup>39</sup> Maddede yer alan yasaklar ve Taraf Devletlerin yükümlülükleri bu sayılanlarla sınırlı tutulmamıştır.<sup>40</sup> Madde metninde "veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde" ifadesine yer verilmesi ile birlikte ayrımcılığın yasaklandığı temeller madde metninde geçen ifadelerle sınırlı olarak kabul edilmemiştir.<sup>41</sup>

AİHM kararlarına bakıldığında 14. maddede açıkça sayılmamış olmasına karşın yaş,<sup>42</sup> engellilik,<sup>43</sup> medeni hal,<sup>44</sup> sendika üyeliği<sup>45</sup> ve cinsel

38 Bayefsky, age, s. 5.

39 Bayefsky, age, s. 5. Örneğin bkz, *Engel and Others v. the Netherlands*, Appl. No. 5100/71, 08.06.1976, para 72.

40 AİHM, *James and Others v. the United Kingdom*, Appl. No. 8793/79, 21.02.1986, para 74.

41 Aynı temeller 12. No'lu Protokol'ün 1. maddesinde de benimsenmiştir ve madde metnine engellilik, cinsel yönelim ve yaş gibi ayrımcılık temelleri bilinçli olarak eklenmemiştir. Bu durumun nedeni "Ayrımcılığın yasaklandığı diğer bazı nedenlerin de açıkça sayılması (örneğin fiziksel veya zihinsel engellilik, cinsel yönelim veya yaş) gibi diğer çözümler yerine bu çözümün benimsenmesi, Sözleşme'nin 14. maddesinin kaleme alındığı döneme kıyasla bugünün toplumlarında özellikle önem kazanmış olan bu nedenlere ilişkin bir bilinç yokluğundan değil, ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerin tahdidi olarak sayılmaması nedeniyle bunların açıkça sayılmasının hukuken gereksiz olduğunun kabul edilmiş olmasından ve bazı ek nedenlerin sayılmasının, sayılmayan diğer nedenlere dayalı ayrımcılığın yasaklanmamış olduğu yönünde yorumlar yapılabilmesine imkan verebilecek olmasından kaynaklanmaktadır." diye belirtilmiştir. Bakınız, Explanatory Report on Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, para 20, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm> (erişim: 20.06.2015). Çeviri için bkz, İdil Işıl Gül, *Ayrımcılığa Karşı Uluslararası İnsan Hakları Mevzuatı*, Hakan Ataman, Hasan Saim Vural, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2007, s. 41-42.

42 AİHM, *Schwizgebel v. Switzerland*, Appl. No. 25762/07, 10.06.2010.

43 AİHM, *Pretty v. the United Kingdom*, Appl. No. 2346/02, 29.04.2002.

44 AİHM, *Petrov v. Bulgaria*, Appl. No. 15197/02, 22.05.2008.

45 AİHM, *Danilenkov and Others v. Russia*, Appl. No. 67336/01, 30.07.2009.

yönelim<sup>46</sup> gibi ayrımcılık temelleri 14. madde kapsamında değerlendirilerek koruma altına alınmıştır. Herhangi bir temelde farklı muamelenin, uluslararası insan hakları hukuku kapsamında geleneksel olarak yasaklanan temeller arasında yer alsın ya da almasın, 14. madde kapsamında potansiyel olarak incelenmesi mümkündür.<sup>47</sup> AİHM bazı kararlarında ise farklı muameleyi ayrımcılığın ihlali olarak değerlendirmiş ancak 14. maddede sayılan ayrımcılık temellerinden başka bir temeli madde kapsamında değerlendirip değerlendirmedeği konusunda herhangi bir yorum yapmamıştır.<sup>48</sup> Bu tür bir yaklaşım Mahkeme'nin açık uçlu olma durumunu mümkün olduğunca geniş yorumlamayı tercih ettiğini göstermektedir. Mahkeme'nin bu yaklaşımı sonucunda herhangi bir fark gözetmenin 14. madde bağlamında incelemeye konu olabileceği kabul edilmektedir.<sup>49</sup>

Anayasa'nın 10. maddesi ile düzenlenen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamı noktasında, madde metninde yer alan "herkes" ve "benzeri sebepler" ifadeleri, ayrımcılığa karşı korunan kişi bakımından açık uçlu bir yaklaşımın benimsendiğini ortaya koymaktadır. 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde "Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir." ifadesine yer verilmiş ve ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı sınırlanmıştır.<sup>50</sup> 1982

46 AİHM, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Appl. No. 33290/96, 21.12.1999; *Frette v. France*, Appl. No. 36515/97, 26.02.2002; *S. L. v. Austria*, Appl. No. 45330/99, 09.01.2003; *Karner v. Austria*, Appl. No. 40016/98, 24.07.2003; *E.B. v. France* (Grand Chamber), Appl. No. 43546/02, 22.01.2008.

47 de Schutter, s. 13.

48 AİHM, *Pine Valley Developments LTD and Others v. Ireland*, Appl. No. 12742/87, 29.11.1991, para 64.

49 Rory O'Connell, *Cinderella Comes to the Ball: Art 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR*, Legal Studies, Wiley-Blackwell, Vol. 29, No. 2, Oxford, June 2009, s. 222. Örnek kararlar için bkz, AİHM, *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, Appl. No. 22083/93, 22095/93, 22.10.1996; *Chassagnou and Others, v. France* (Grand Chamber), Appl. No. 25088/94, 28331/95, 28443/95, 29.04.1999; *Rainys and Gasparavicius v. Lithuania*, Appl. No. 70665/01, 74345/01, 07.04.2005; *Paulik v. Slovakia*, Appl. No. 10699/05, 10.10.2006; *Wagner and J. M. W. L. v. Luxembourg*, Appl. No. 76240/01, 28.06.2007; *Beian v. Romania* (No. 1), Appl. No. 30658/05, 06.12.2007.

50 Buna rağmen Anayasa Mahkemesi bir davada evlilik dışı doğan çocuğun babasının evli olduğu durumda babası tarafından tanınamayacağına dair düzenlemeyi iptal etmiştir. Mahkeme kararında, "...Zina ürünü çocukların, ötekilerle aynı durumda olmadıklarından söz edilerek bunlara ayrı kuralların uygulanmasının eşitlik ilkesine aykırı düşmediği görüşü, bu çocukların da 'herkes' kapsamı içinde olmaları, ötekiler gibi salt doğumla kişilik kazanmaları karşısında yerinde görülemez..." diyerek evlilik içinde veya dışında doğan çocuk açısından bir ayrıma gidilmesini "herkes" kapsamında 12. maddeye aykırı bulmuştur. AYM, E. 1980/29, K. 1981/22, 21.05.1981.

Anayasası'nın 10. maddesinde ise, bu sayılan temellere "renk" eklenmiş ve cümlelerin sonuna "ve benzeri nedenler" ifadesi konulmuş, böylece açık uçlu yaklaşım benimsenmiştir. Madde metninde yer alan "herkes" ifadesinin aynı zamanda hem gerçek hem de tüzel kişileri kapsadığı belirtilmektedir.<sup>51</sup>

1982 Anayasası'nın 10. maddesinde yer alan "benzeri nedenler" ifadesinin kapsamı üzerinde durulduğunda, öğretilerde bu ifadenin maddede yer alan diğer ayrımcılık temelleri ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği, maddede sayılan nedenler ile "benzeri nedenler" in bir bütün oluşturduğu ve maddede sayılan nedenlere bağlandığı savunulmuştur.<sup>52</sup> Bu tür bir yorum ile "benzeri nedenler" yalnızca maddede açıkça sayılan ayrımcılık temellerine benzer temellerin korumadan yararlanabilecektir ve "benzeri nedenler" ifadesinin kapsamı oldukça daraltılmış olacaktır. Örneğin "yaş" madde metninde yer alan temellerden hiç biri ile benzerlik göstermemektedir. İfadenin benzerlik temelinde yorumlanması maddenin ayrımcılığın günümüzde yasaklandığı birçok temelde serbest bırakılmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla ayrımcılık temellerinin güncel yorumlanması noktasında "benzeri nedenler" ifadesinin de geniş yorumlanması ve sayılan diğer temellerle bağlı tutulmaması büyük önem arz etmektedir.

Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "benzeri nedenler" ifadesinin yorumuna dair görüşünü geçmişte açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme bir kararında, "...Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasada yer alan en önemli kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Bu kural 1982 Anayasasında 1961 Anayasasına nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki; eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. 'Benzeri sebeplerle' de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır..." diyerek ayrımcılık temellerinin maddede sayılanlarla sınırlı olmadığını ifade etmiştir.<sup>53</sup> Dolayısıyla madde metninde yer alan temeller yalnızca örnek niteliğindedir.

51 Merih Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yay., Ankara, 2003, s. 153. Nitekim Mahkeme önüne gelmiş olan ve tüzel kişiler tarafından yapılmış başvurular bulunmaktadır. Örneğin, *HSH Nordbank AG Kararı*, B. No. 2013/6924, 18.06.2014; *Set Makina Ticaret Ltd. Şti. Kararı*, B. No. 2013/816, 06.02.2014.

52 Öden, s. 321.

53 AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, 04.11.1986.

Ancak Anayasa Mahkemesi madde metninde geçen “benzeri sebeplerle” ifadesini AIHM gibi bugüne kadar net biçimde somutlaştırmadığını da eklemek gerekir. Mahkeme, önüne gelen bir iptal talebinde “benzeri sebepler” ifadesini somutlaştırmamış, doğrudan ve sadece anayasal denetime tabi tutulan kanunların veya kanun hükmünde kararnemelerin kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal edip etmediği konusunu karara bağlamıştır. Mahkeme kararlarına bakıldığında soyut ve somut norm denetimi kapsamında ayrımcılık temelleri açısından büyük oranda cinsiyet,<sup>54</sup> daha az sayıda ise dil,<sup>55</sup> medeni hal,<sup>56</sup> vatandaşlık<sup>57</sup>, yaş<sup>58</sup>, doğum<sup>59</sup> ve engellilik<sup>60</sup> vs. temelleri ile ilgili karar verildiği görülmektedir. Kararların büyük çoğunluğu belli meslekler veya belli kamu görevleri ile ilgilidir.<sup>61</sup>

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru ile ilgili kararlarına bakıldığında ise 10. maddenin kişi bakımından kapsamının somutlaştırılmaya çalışıldığı ve soyut ve somut norm denetiminde gündeme gelmemiş ayrımcılık temellerine, özellikle cinsel yönelim ve etnik köken ifadelerine açıkça yer verildiği göze çarpmaktadır.<sup>62</sup> Bununla birlikte Mahkeme bu kararlarda Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan “ve benzeri sebepler” ifadesinin kapsamına dair ya da cinsel yönelimin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine dair herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Kararlarda “başvurucunun ölen kardeşinin cinsel yönelimi nedeniyle ayrımcılığa uğradığı söylenemez.” ifadesi ile cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın, “Başvuru konusu olayda, başvuruçuların yargılamanın hiçbir aşamasında etnik kökenleri nedeniyle ayrımcılığa uğradıkları yönünde herhangi bir iddiayı ileri sürmedikleri görülmektedir” ifadesi ile etnik köken temelinde ayrımcılığın Anayasa’nın 10. maddesinin koruma alanında olduğu kabul edilmiştir.<sup>63</sup>

54 Örneğin, AYM, E. 1988/4, K. 1989/3, 12.01.1989; E. 1990/30, K. 1990/31, 29.11.1990; E. 2001/478, K. 2004/38, 25.03.2004; E. 2004/30, K. 2008/55, 07.02.2008; E. 2006/156, K. 2008/125, 19.06.2008; E. 2006/166, K. 2009/113, 23.07.2009.

55 Örneğin, AYM, E. 2009/47, K. 2011/51, 17.03.2011.

56 Örneğin, AYM, E. 2009/86, K. 2011/70, 28.04.2011.

57 Örneğin, AYM, E. 2010/30, K. 2012/7, 19.01.2012.

58 Örneğin, AYM, E. 2000/39, K. 2002/35, 20.03.2002; E. 2005/103, K. 2005/89, 23.11.2005; E. 2009/93, K. 2011/73, 28.04.2011.

59 Örneğin, AYM, E. 2005/114, K. 2009/105, 02.07.2009.

60 Örneğin, AYM, E. 2002/70, K. 2004/56, 06.05.2004.

61 Örneğin, AYM, E. 2008/57, K. 2010/56, 04.02.2010; E. 2009/57, K. 2011/33, 03.02.2011.

62 AYM, *Sadika Şeker Kararı*, B. No. 2013/1948, 23.01.2014; *Kamil Çakır Kararı*, B. No. 2013/997, 15.10.2014, para 45; *Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya Kararı*, B. No. 2013/1280, 28.05.2014.

63 AYM, *Sadika Şeker Kararı*, B. No. 2013/1948, 23.01.2014, para 60; *Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya Kararı*, B. No. 2013/1280, 28.05.2014, para 46.

Mahkeme bireysel başvurular açısından da “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 fıkrafta, ‘benzeri sebepler’ ile ayırım yapılamayacağı esası getirilmiş olmakla, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır”<sup>64</sup> diyerek açık uçlu yaklaşımı benimsediğini açıkça ortaya koymuştur.

Toplumsal yaşamda ortaya çıkan kimlik ve özelliklerin bir maddede sayılarak tüketilmesi mümkün gözükmemektedir. 10. madde düzenlemesi ile zamanla toplumsal gelişmeler sonucunda ortaya çıkabilecek yeni kimliklere uyum sağlanması kolaylaştırılmıştır. İfade etmek gerekir ki, ayrımcılık yasağı temelleri açısından AİHS ve Anayasa arasında bir uyum mevcuttur. Bu noktada Mahkeme’nin somut ve soyut norm denetimi kapsamındaki içtihatlarında sergilediği yaklaşımın bireysel başvurularda da sergilemeye devam etmesi olumlu gözükmemektedir. Bununla birlikte kararlarda 10. madde metninde yer almayan ayrımcılık temellerinin neden koruma kapsamına alındığına dair açıklamada bulunulması ve Mahkeme’nin bu noktadaki tutumunun netleştirilmesi yönünde bir ihtiyaç bulunduğunu söylenebilir.

## B. Ayrımcılık Yasağının Yatay Etkisi

Ayrımcılık özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri arasındaki ilişkilerde de ortaya çıkabildiği için ayrımcılık yasağına karşı koruma getiren düzenlemelerin yatay etkisinin mevcut olup olmadığı sorusu büyük önem kazanmaktadır. Devletler, bir hak veya özgürlüğe müdahale etmemekle beraber söz konusu hak veya özgürlüğe üçüncü kişilerce müdahale edilmemesini, başka bir deyişle kişilerin hak veya özgürlüklerine saygı gösterilmesini de sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük kişiler arasında ilişkilerin de devletler açısından yükümlülük doğuran bir alan olduğu anlamına gelmektedir. Bu tür bir yatay etkinin kabulü ile gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin, diğer gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri tarafından bir hak ve özgürlükleri ihlal edildiği takdirde bunu yargı organları önüne getirebilmesi mümkün olmaktadır. Kişilerin hak veya özgürlüklerinin üçüncü kişilerce ihlal edildiği

64 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 146.



durumda devletin bu ihlali görmezlikten gelmesi veya zımni olarak muvafakat etmesi durumunda sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

AİHM'ye göre de devletlerin yükümlülüklerini özel hukuk tüzel kişilerine veya diğer kişilere devrederek sorumluluktan kaçmaları mümkün değildir.<sup>65</sup> AİHM'nin içtihatlarına bakıldığında çok sayıda olayda özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin ayrımcı muamelelerine karşı devletin koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre kötü muamelenin özellikle ırkçı bir saik ile gerçekleştiğine dair bir şüphenin olduğu durumlarda ulusal makamların söz konusu olayı mümkün olduğunca kapsamlı bir şekilde soruşturma yükümlülüğü söz konusudur. Bu yükümlülüğün yanında söz konusu fiil kamu görevlileri olmayan diğer kişiler tarafından gerçekleştirildiği zaman da Taraf Devletler için aynı yükümlülük söz konusudur.<sup>66</sup> Başka bir nihai kararda ise bir dini grubun o ülkede çoğunluğu oluşturan başka bir dini grup tarafından ciddi saldırılara uğraması ve Taraf Devletin bu konuyu görmezlikten gelmesi ya da soruşturmalarla ilgili gerekli özeni göstermemesi din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 9. madde ile birlikte 14. maddenin de ihlali olarak kabul edilmiştir.<sup>67</sup> Başka bir nihai kararda bu kez ölen bir kişinin düzenlediği vasiyetnamede evlilik dışında doğan çocuğu mirastan yararlandırmamasını ve bu vasiyetnamenin yargı organlarınca geçerli kabul edilmesi ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmiştir.<sup>68</sup>

AİHS'de yer alan diğer haklar gibi ayrımcılık yasağı açısından da yatay etki konusu gündeme gelmektedir. AİHS kapsamında Taraf Devletlerin kişiler arasında gerçekleşen ilişkiler çerçevesinde önlem almalarına dair yükümlülük kabul edilmektedir.<sup>69</sup> Bu önlemler sadece giderime değil, söz konusu hak veya özgürlüğün güvence altına alınmasını da sağlamalıdır. Bu noktada olumlu önlemlere başvurularak herkesin sahip olduğu hak ve özgürlükleri kullanabilmesi sağlanmalıdır. AİHS bir nihai kararında, işveren tarafından sendikal örgütlenme hakkının ihlal edilmesi ve bu durumla ilgili olarak Taraf Devletin yeterli güvenceyi sağlamaması olgusunu değerlendirmiştir. Mahkeme,

65 AİHM, *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, Appl. No. 13134/87 25.03.1993, para 27.

66 AİHM, *Secic v. Croatia*, Appl. No. 40116/02, 31.05.2007, para 67.

67 AİHM, *97 members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia*, Appl. No. 71156/01, 03.05.2007, para 143.

68 AİHM, *Pla and Puncernau v. Andorra*, Appl. No. 69498/01, 13.07.2004

69 AİHM, *X and Y v. The Netherlands*, Appl. No. 8978/80, 26.03.1985, para 23.

sendikal örgütlenme hakkının kişilerarası ilişkiler açısından Taraf Devlet tarafından güvence altına alınması ve sendika üyeliği söz konusu olduğunda bu bağlamda da ayrımcılığa karşı korumayı da gerektirdiğini ortaya koymuştur. Mahkeme, ayrımcı muameleye uğrayan kişilerin bu muameleye karşı adli yollara başvurma hakkının tanınması ve sağlanması gerektiğini ve Taraf Devletlerce ayrımcılığa karşı gerçek ve etkili bir koruma sağlanması için bir yargı sistemi oluşturmak ile yükümlü olduklarını ifade etmiştir.<sup>70</sup> Mahkeme'ye göre de "Devlet, özel kişilerin başvuranın özgürlüğüne yaptığı müdahalelere karşı onu koruma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği için sorumlu tutulabilir."<sup>71</sup> Bu yaklaşım özellikle ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda Taraf Devletlerin sadece devlet-kişî arasındaki ilişkilerde değil, kişilerin kendi arasındaki ilişkilerde de bir dizi pozitif yükümlülüğü olduğu anlamına gelmektedir<sup>72</sup> ve bu yaklaşım Mahkeme kararlarında giderek daha çok yer tutmaktadır.

Anayasal normların yalnızca devlet-birey arasındaki ilişkilerde değil, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri arasında gerçekleşen özel hukuk ilişkilerine etkisi, "anayasanın üçüncü kişilere etkisi" veya "anayasanın özel hukuka etkisi" (Almanca "Drittwirkung")<sup>73</sup> olarak adlandırılmaktadır.<sup>74</sup> Üçüncü kişiler devlet dışında temel hakkın yükümlüsü olabilecek özel hukuk kişileridir.<sup>75</sup> Böylelikle anayasaların, devletin kuruluş ve işleyiş ile ilgili kurallar ve insan hakları ile ilgili güvenceleri içeren kurallar manzumesi olmanın ötesinde kişiler arasındaki ilişkileri de düzenlediği kabul edilmiş olmaktadır. Yatay etki doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki biçimde ortaya çıkmaktadır. Yatay etkinin öncelikle dolaylı biçimde ortaya çıkabileceği savunulmuştur. Anayasada yer alan hakların veya ilkelerin uygulamaya elverişli yaptırımlar öngörmediği için özel hukuk alanında doğrudan etki doğurmayacağı ve bunların özel hukuka etkisinin özel hukuk kurallarının insan haklarına uygun yorumlanmasını sağlamakla sınırlı olduğu vurgulanmıştır.<sup>76</sup> Diğer bir görüş

70 AİHM, *Danilenkov and Others v. Russia*, Appl. No. 67336/01, 30.07.2009, para 124.

71 AİHM, *Storck v. Germany*, Appl. No. 61603/00, 16.06.2005, para 88.

72 AİHM, *Aksu v. Turkey*, Appl. No. 4149/04, 41029/04, 27.07.2010, para 50.

73 Kavramın kökenleri hakkında bilgi için bkz, Evert Albert Alkema, *The Third Party Applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights*, Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in honour of Gerard J. Wiarda, Carl Heymans Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988.

74 Alkema, s. 249.

75 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011, s. 539.

76 O. Korkut Kanadoğlu, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta Yay., İstanbul, 2000, s. 31-32.

ise anayasada yer alan kurallar açısından doğrudan yatay etkinin de söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, örneğin, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi açısından, Anayasa'nın 11. maddesi ve 138. maddesinin eşitlik ilkesinin kişilerarası ilişkilerde doğrudan doğruya uygulanabilecektir.<sup>77</sup>

Dolaylı yatay etki, anayasal normların özel hukuk kurallarının yorumunda ve özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde bir yorum ölçüsü ve kaynağı olarak kullanılması anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım aynı zamanda “*anayasaya uygun yorum ilkesi*” olarak da adlandırılmaktadır ve pozitif dayanağını Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü kuralından almaktadır.<sup>78</sup> Anayasaya uygun yorum yükümlülüğü yalnızca Anayasa Mahkemesi'ni değil tüm yargı organlarını bağlayan bir yükümlülüktür.<sup>79</sup> Dolaylı yatay etkinin kabulü ile örneğin borçlar hukuku alanında hukuka aykırı bir sözleşmenin Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi gereği sözleşmenin kesin hükümsüz sayılacağı veya haksız bir fiil nedeniyle kusurun ortaya konulması ile birlikte 47. madde gereği tazmin borcunun ortaya çıkabilecektir.<sup>80</sup> Ayrımcılık yasağı ile ilgili Anayasa'nın 10. maddesinin dolaylı yatay etkisinin kabulü ile birlikte bu yasağın ihlali de belirtilen hukuki yaptırımları gerektirebilecektir.

Doğrudan yatay etki için bir normun Anayasa'da açık bir biçimde tanınmış olması şarttır.<sup>81</sup> Anayasa hukukunda temel hakların özel hukukta dolaylı etki doğurabileceği ve bu etkinin modern sanayi toplumlarında özgürlük ve eşitliği koruma noktasında anlam taşıdığı vurgulanmıştır.<sup>82</sup> Ayrımcılık yasağı 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde açıkça tanınmış durumdadır. Bu ilkeler “*Genel Esaslar*” bölümünde düzenlenmekle birlikte içeriği bakımından yukarıda da ifade edildiği gibi aynı zamanda bir hak

77 A. Can Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul, 1982, s. 106 vd.

78 Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, May Yay., İstanbul, 1978, s. 255-256. Anayasa hukukunda yorum yöntemleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Beta Yay., İstanbul, 2010.

79 Selim Kaneti, *Anayasa Mahkemesi'nin Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanına Etkileri*, Anayasa Yargısı, Cilt 6, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 1989, s. 23.

80 Tanör, s. 257.

81 Tanör, s. 253.

82 Kanadoğlu, s. 22.

olması ve aksinin kabulü halinde dahi yatay etkinin yalnızca haklar değil ilkeler bakımından da geçerli olduğu ifade edilerek, bu ilkelerin kişiler arasındaki ilişkiler açısından da etki doğuracağı belirtilmiştir.<sup>83</sup>

Anayasa'nın 10. maddesi ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi açısından, kamu makamları veya özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri açısından bir farklılık öngörmemiştir. Bu durumun anlamı Anayasa'da getirilen korumanın kapsamının ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi bakımından geniş olmasıdır. Anayasa'nın 11. maddesinde yer verilen Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi kapsamında, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır."<sup>84</sup> Dolayısıyla Anayasa'da "Genel Esaslar" bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin sayılan organlar, kuruluşlar ve kişiler açısından da geçerli olduğu açıktır. Yargıçlar tüm özel hukuk ilişkilerinde Anayasa hükümlerini uygun olduğu ölçüde uygulamakla yükümlüdür. Ayrıca Anayasa'nın 138. maddesinde yargıçların görevlerinde bağımsız olduğuna ve Anayasa'ya kanuna ve hukuka uygun olarak karar verecekleri düzenlenmiştir. Dolayısıyla yargıcın uygulayacağı hukuk kuralları arasında Anayasal normlar da yer almaktadır.<sup>85</sup> Anayasa'da yer alan 11. ve 138. maddeler ile 10. madde birlikte değerlendirildiğinde yatay etkinin ayrımcılık yasağı açısından da geçerli olduğu kabul edilebilir.

Anayasa'nın 10. maddesinin son fıkrasında "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." şeklinde bir cümleye yer verilmiştir. Bu ifade sonucunda öncelikle yasama, yürütme ve yargı organları ve idari makamlar açısından bir yükümlülük ortaya çıkmıştır.<sup>86</sup> Ancak bu ifadeden eşitlik ilkesinin yatay ilişkilerde uygulanamayacağı anlamının çıkarılması mümkün değildir.<sup>87</sup> Sonuç olarak Anayasa'nın 10. ve 11. maddeleri birlikte okunduğunda

83 Tanör, s. 255.

84 Böyle bir düzenlemenin mevcut olmaması halinde dahi bu yükümlülüğün geçerli olacağı belirtilmektedir. Bakınız, Sibel İnceoğlu, *Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı 11, İstanbul, 2006, s. 48; Mesut Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2010/2, Sayı: 25, İstanbul, 2010, s. 237.

85 Şükran Ertürk, *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Seçkin Yay., Ankara, 2002, s. 41.

86 Gözler, s. 108.

87 Öden, s. 156.

AİHS'nin 14. maddesinde olduğu gibi Anayasa'nın 10. maddesi de yatay etki doğurabilmektedir. Bu açıdan Sözleşme ile Anayasa arasında yatay etki noktasında ikincisi aleyhine bir uyumsuzluk gözükmemektedir.

Bireysel başvuru usulüne dair Anayasa'nın 148. maddesi ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un<sup>88</sup> (Bundan sonra "6216 sayılı Kanun" olarak anılacaktır) 45. maddesine göre herkes hakları "kamu gücü tarafından" ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecektir. Kamu gücü tarafından ihlal yasama, yürütme veya yargı organları eliyle gerçekleşen ihlalleri akla getirmektedir. Bu durum ilk bakışta bireysel başvuru usulünde ayrımcılık yasağının yatay etkisinin dışlandığı şeklinde bir izlenim yaratmaktadır. Ancak özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri arasındaki bir özel hukuk uyumsuzluğu yargı organlarınca Anayasa'ya uygun bir şekilde çözümlenmediği zaman kamu gücünden kaynaklı bir ihlal ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla doğrudan olmamakla birlikte dolaylı yatay etki gündeme gelebilecektir.<sup>89</sup> Hatta bireysel başvuru yoluyla, bugüne kadar etkisiz kalan Anayasa'nın 11. maddesinin ve dolayısıyla yatay etkinin etkili hale geldiği söylenebilir.<sup>90</sup> Bu durumda bireysel başvuru usulü AİHM kararlarında olduğu gibi dolaylı bir yatay etkiyi gündeme getirmektedir ve bu açıdan bir sorunun ortaya çıkması olası gözükmemektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesine göre de "Anayasa'nın 10. maddesi eşitlik ilkesinden faydalananak kişi ve ilkenin kapsamı konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Anayasa'nın 11. maddesi... hükmü uyarınca Anayasa'nın "genel esaslar" bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin sayılan organlar, kuruluşlar ve kişiler açısından da geçerli olduğu açıktır. Bundan başka, Anayasa'nın 10. maddesinin son fıkrasında yer alan "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmü gereğince yasama, yürütme ve yargı organları ve idari makamları eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uygun davranmakla yükümlüdürler. Anayasa'nın 138. maddesinde hâkimlerin Anayasa'ya,

88 Kanun metni için bkz, 03.04.2011 tarihli ve 27894 sayılı RG.

89 Fazıl Sağlam, *Anayasa Şikayeti: Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar*, Demokratik Anayasa, Ece Göztepe; Aykut Çelebi (Hazırlayanlar), Metis Yay., İstanbul, 2012, s. 449-450.

90 Fazıl Sağlam, *Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları*, Anayasa Yargısı İncelemeleri-1, Mehmet Turhan; Hikmet Tülen (Editörler), Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 2006, s. 80

kanuna ve hukuka uygun olarak karar vereceği öngörülmüştür. Dolayısıyla yargıcın uygulayacağı hukuk arasında Anayasa hükümleri de yer almaktadır. Anayasa'nın 11. ve 138. maddesi birlikte değerlendirildiğinde hâkimlerin Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesini uygulamakla görevli oldukları ortaya çıkmaktadır.<sup>91</sup> Bu yaklaşımla birlikte ayrımcılık yasağının kişiler arasında ortaya çıkan ilişkiler bağlamında yatay etkiye sahip olduğunun Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsendiği ortaya çıkmaktadır. Bu durum Mahkeme'nin içtihatlarının bu konuda AIHM ile uyumlu olduğunu göstermektedir.

### C. "Şüpheli" Temeller

Ayrımcılık günümüzde çok sayıda temelde yasaklanmış ve bu temellerin ucu büyük ölçüde açık bırakılmıştır. Ancak her ayrımcılık temeli pozitif hukuk tarafından aynı ölçüde korunmayabilmektedir. Örneğin ırk veya etnik köken veya cinsiyet temelinde ayrımcılığa dair sağlanan koruma henüz yaş veya cinsel yönelim gibi temellerde ayrımcılık için geçerli değildir. Hukuki düzenlemeler yanında ayrımcılık yasağına dair yargı organlarının veya yargısal benzeri organların yaklaşımı da farklı ayrımcılık temelleri söz konusu olduğunda değişebilmektedir. Bu noktada bazı ayrımcılık temelleri diğerlerine göre daha fazla koruma görebilmekte ya da bazı ayrımcılık temelleri diğerine göre daha dikkatli incelenebilmektedir. Daha çok gündeme gelen ve koruma gören ayrımcılık temelleri genellikle ırk veya etnik köken, din veya inanç, cinsiyet vs. temellerini kapsamaktadır.<sup>92</sup> Yargı organları veya yargısal benzeri organların bu şekilde bir yaklaşım sergilemesi ayrımcılık temelleri arasında bir hiyerarşinin mevcut olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Hiyerarşinin mevcudiyetini teorik düzeyde kabul etmek mümkün olmasa da fiilen bu tür bir durumun mevcut olduğunu söylemek mümkündür.

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.<sup>93</sup> "Şüpheli"

91 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 110, 111.

92 Anne F. Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 42.

93 Kavram Türkçe'de "hassas temel" olarak da kullanılabilir. Bakınız, Serdar Gülener, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesi Kapsamında Ayrımcılık Yasağı*, Bireysel Başvuru İncelemeleri 1, Musa Sağlam; Serdar Gülener; Recep Kaplan (Editörler), Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2013, s. 217.

ifadesi belirli temellerde ortaya çıkan farklı muamelenin ayrımcılık oluşturma ihtimalinin yüksek olduğuna dair bir şüphenin varlığına işaret etmektedir. Bu durumda böyle bir gruba mensup kişiler tarafından bir işlem ya da eylem veya bir yasal düzenleme için yargı organlarına başvurulduğu takdirde, uyumsuzluğu çözmekle yükümlü olan makamın başvuruya gerekli özeni göstermesi ve bir farklı muamelenin mevcut olup olmadığını araştırması gerekmektedir. Kişinin kendi kontrolünde olmayan, değişmez nitelikteki bir özelliği olup olmadığı, tarihsel ve yaygın bir ayrımcılığa uğrayan bir grubun söz konusu olup olmadığı gibi bazı nedenler söz konusu olduğunda bu nedenlerin diğerlerine göre daha fazla dikkatli bir incelemeye tabi tutulabileceği belirtilmektedir.<sup>94</sup> Şüphesiz bu durum yargı organlarının önüne gelen tüm uyumsuzluklar için geçerlidir. Ancak burada söz konusu olan farklı muamelenin meşru bir nedene dayanıp dayanmadığı konusunda verilecek kararda meşruiyetin mevcut olup olmadığının olağan bir davada geçerli olabilecek gerekçelerden daha önemli gerekçelerle ortaya konulması gerekmektedir.

Şüpheli temeller söz konusu olduğunda ayrımcılık yasağına dair aşağıda üzerinde durulacak değerlendirme yönteminde bir farklılık ortaya çıkmamaktadır ancak farklı muamelenin gerekçesini ortaya koymak, diğer bir deyişle farklı muameleyi haklı göstermek daha zor olabilmektedir. Burada devletlerin takdir alanı diğer ayrımcılık temellerine göre daha dar kabul edilmektedir. Hatta şüpheli temeller söz konusu olduğunda herhangi bir fark gözetmenin *prima facie* olarak ayrımcılık olarak kabul edilebileceği dahi ifade edilmektedir.<sup>95</sup>

Uluslararası hukukta ayrımcılık temellerine dair mevcut açık uçlu yaklaşımın şüpheli temeller konusunda da benimsendiği görülmektedir. Önceden sadece ırk veya etnik köken, din veya inanç ve cinsiyet temelleri şüpheli temel olarak kabul edilirken günümüzde bu temellerin sayısı giderek artmaktadır. Bunun sebepleri arasında ayrımcılık yasağına dair gelişen genel bilinç düzeyi yanında, bazı ayrımcılık temellerinin de şüpheli temeller arasında yer alması gerektiğine dair ortaya çıkan uluslararası konsensüstür. AİHM, AİHS'ye Taraf Devletler arasında bir ayrımcılık temelinin daha fazla koruma görmesine dair bir konsensüs oluştuğuna kanaat getirdiği noktada şüpheli temellerin sayısını artırabilmektedir.

94 Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 50.

95 Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 167.

AİHS'nin ayrımcılıkla ilgili temelleri açık uçlu olarak yorumlaması AİHM tarafından tüm ayrımcılık temellerine eşit önem verildiği anlamına gelmemektedir. Mahkeme bazı konularda bazı ayrımcılık temelleri açısından daha ayrıntılı bir inceleme yapmakta ve Taraf Devletlerin takdir alanını da daha dar kabul etmektedir.<sup>96</sup> 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.<sup>97</sup>

AİHM son yıllarda ırk veya etnik köken söz konusu olduğunda ise önemli gerekçelerin mevcut olması ölçütünün de ötesine geçmekte ve neredeyse Taraf Devletlerin takdir alanını ortadan kaldıran bir yaklaşım benimsemektedir. Irk veya etnik köken temelinde ayrımcılıkla ilgili davalarda nesnel ve makul nedenin varlığının mümkün olduğunca kapsamlı olarak incelenmesi gerektiğini<sup>98</sup> ve hatta bir farklı muamelenin o kişinin etnik kökenine dayalı olarak gerçekleştiği durumda, o farklı muamelenin çoğulculuk ve farklı kültürlerle saygı ilkelerine dayanan çağdaş demokratik toplum anlayışı içerisinde nesnel ve makul kabul edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.<sup>99</sup> Mahkeme ırk ayrımcılığı ile mücadele noktasında devletlerin daha fazla özen göstermeleri gerektiğini ifade etmiştir.<sup>100</sup> Mahkeme, çeşitliliğin bir tehdit olarak değil bir zenginlik olarak algılandığı bir demokrasi anlayışının güçlendirilmesi dâhil Taraf Devletlerin ırkçılıkla

96 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, Oxford, 2014, 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, London, New York, 2009, s. 56.

97 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, 1997s. 29.

98 AİHM; *D. H. and Others v. the Czech Republic* (Grand Chamber), Appl. No. 57325/00, 13.11.2007, para 196.

99 AİHM, *Timishev v. Russia*, Appl. No. 55762/00, 13.12.2005, para 58, *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina*(Grand Chamber), Appl. No. 27996/06, 34836/06, 22.12.2009, para 44.

100 AİHM, *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina* (Grand Chamber), Appl. No. 27996/06 and 34836/06, 22.12.2009, para 43.



mevcut tüm yolları kullanarak mücadele etmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>101</sup> Benzer durum din veya inanç<sup>102</sup> ya da cinsel yönelim<sup>103</sup> temelinde ayrımcılık açısından da geçerli olabilmektedir.

Türk hukukunda da benzer bir yaklaşım gündeme gelebilmektedir. Öğretide Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan ayrımcılık temelleri açısından ayrımcılığın mutlak olarak yasaklandığı görüşü dile getirilmiştir.<sup>104</sup> Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan ayrımcılık temelleri de "şüpheli temeller" olarak görülmüştür.<sup>105</sup> Ancak 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde ayrımcılık temellerinin sınırlı, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde ise açık uçlu olarak sayıldığı göz önünde tutulduğunda ayrımcılık temelleri açısından mutlak olan-olmayan şeklinde bir ayrıma gidilmesi mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte bazı temellerin madde metninde özel olarak sayılmış olması, bu temellerin şüpheli temeller olarak yorumlanmasına olanak tanıyabilir. Ancak şüpheli temeller yalnızca madde metninde sayılanlarla sınırlı düşünülmemelidir. Örneğin AİHS'nin 14. maddesinde sayılanlar arasında yer almamasına rağmen cinsel yönelim şüpheli bir temel olarak sınıflandırılmıştır.

Şüpheli temeller konusunda Anayasa Mahkemesi'nin kararları çelişkili gözükmektedir.<sup>106</sup> Mahkeme, 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..."<sup>107</sup> ve kadın ve erkek bu durumda farklı durum ya da konumda kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin sonraki tarihli başka bir kararı ise, yukarıda AİHS bağlamında AİHS'nin benimsediği yaklaşım benimsenmiş şeklinde bir izlenim uyandırmaktadır. Mahkeme, evliliğin

101 AİHM, *Nachova and Others v. Bulgaria*(Grand Chamber), Appl. No. 43577/98, 06.07.2005, para 145, *Timishev v. Russia*, Appl. No. 55762/00, 13.12.2005, para 56.

102 AİHM, *Hoffmann v. Austria*, Appl. No. 12875/87, 23.06.1993, para 36.

103 AİHM, *L and V. Austria*, Appl. No. 39392/98, 09.01.2003, para 45, *E.B. v. France* (Grand Chamber), Appl. No. 43546/02, 22.01.2008, para 96.

104 Öden, s. 196.

105 age, s. 324.

106 Örneğin bkz, AYM, E. 1963/148, K. 1963/256, 25.10.1963; E. 1969/8, K. 1969/37, 19.06.1969.

107 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011.

feshi veya boşanma hallerinde çocuğun velayetinin annesinde bulunduğu durumda dahi soyadını babasının tayin edeceğine dair düzenleme ile ilgili yapılan itirazda “AİHS kararlarında da çok geçerli nedenlerin varlığı dışında, yalnızca cinsiyete dayalı bir farklı muamelenin AİHS’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği kabul edilmektedir.” ifadelerine yer vermiştir.<sup>108</sup> Mahkeme’nin bu yaklaşımı cinsiyet temelinde ayrımcılık iddialarında “önemli nedenler” ölçütüne başvurabileceği izlenimi uyandırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin bu yaklaşımını olumlu ve olumsuz yönleri beraberinde getirdiği için bütünüyle olumsuzlamak ya da olumlamak mümkün gözükmemektedir. “Önemli gerekçeler” ölçütünün kullanılması bazı ayrımcılık temelleri ile diğer temeller arasında bir hiyerarşi yaratılması ve ayrımcılık yasağının getireceği korumanın bazı temeller için görece daha etkisiz kılınmasını beraberinde getirebilecektir. Öte yandan en azından cinsiyet temelinde ayrımcı muameleler ile ilgili “önemli gerekçeler” ölçütünün kullanılmaya başlanması, konunun diğer ayrımcılık temelleri bakımından da gündeme gelmesinin ve ayrımcılık yasağına sağlanan korumanın genişlemesi olasılığını da ortaya çıkarabilecektir. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin özellikle ırk veya etnik köken temelinde AİHM’nin yaklaşımını benimsemediği söylenebilir.<sup>109</sup> Bununla birlikte ırk veya etnik köken, din veya inanç, cinsiyet, cinsel yönelim gibi bazı temellerde Mahkeme’nin bireysel başvuru yolunda AİHS’nin yaklaşımını benimsemesi Türkiye’ye karşı ortaya çıkabilecek ihlal olasılığını azaltacaktır.

Bireysel başvurular açısından da Anayasa Mahkemesi’nin bazı ayrımcılık temelini şüpheli temel kabul ettiği söylenebilir. Bu yaklaşım yukarıda belirtilen ve öğretide ifade edilen Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan temeller açısından ayrımcılığı mutlak olarak yasakladığı<sup>110</sup> veya belirtilen temellerin eşitlik ilkesinin çekirdek alanını oluşturduğu<sup>111</sup> şeklindeki düşüncelerle paralellik arz etmektedir. Din ve inanç temelinde ayrımcılıkla ilgili bir başvuruda Mahkeme’ye göre,

*“Farklı muamele ne kadar ciddi kabul edilirse, devletin bu farklı muameleyi haklı kılmak için daha önemli gerekçeler sunması gerekir. Başka bir deyişle potansiyel*

108 AYM, E. 2010/119, K. 2011/165, 08.12.2011.

109 Örneğin bkz, AYM, E. 2009/47, K. 2011/51, 17.03.2011.

110 Öden, s. 196.

111 İnceoğlu, s. 49.

olarak ciddi bir ayrımcılık söz konusu olduğunda, genellikle devlete tanınan takdir alanı daha dar olacaktır. Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında 'dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi 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 fıkrafta, '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."<sup>112</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan "dil", "ırk", "renk", "cinsiyet", "siyasi düşünce", "felsefi inanç", "din", "mezhep" ayrımcılık temellerinin şüpheli temel olarak kabul edildiği ortaya çıkmaktadır. "İrk", "renk" ve "dil" temellerini ırk veya etnik köken, "felsefi inanç", "din" ve "mezhep" temellerini ise din veya inanç kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bunlar haricinde "cinsiyet" ve "siyasi düşünce" temelleri ile birlikte şüpheli temellerin sayısı dörde çıkmaktadır. Bununla birlikte AİHM'nin şüpheli temel olarak kabul ettiği temeller, "ırk veya etnik köken", "ulusal köken", "cinsiyet", "doğum", "din veya inanç", "cinsel yönelim" temellerinden oluşmaktadır.<sup>113</sup> Anayasa Mahkemesi'nin belirtilen kararı sonucunda "ulusal köken", "cinsel yönelim" ve "doğum" temellerinin birer şüpheli temel olmadığı ortaya çıkmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi cinsel yönelim temelinde ayrımcılıkla ilgili kararında yukarıda belirtilen ifadelerle yer vermeyerek cinsel yönelim temelini şüpheli temeller dışında tutarak bir anlamda ikincilleştirmiştir.<sup>114</sup> Bu durum AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları arasında bir içtihat farklılığına işaret etmektedir. Mahkeme'nin ilerleyen dönemlerinde içtihatlarında bu konuyu netleştirmesi ve AİHM'nin yaklaşımı ile uyum sağlaması olumlu olacaktır.

#### IV. Ayrımcılık Yasağının Konu Bakımından Kapsamı

AİHS sisteminde ayrımcılık yasağı üç farklı düzenlemeye konu olmuştur. Bu düzenlemelerden ilki Sözleşme'nin 14. maddesinde yer

112 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 145-146.

113 Ayrıntılı bilgi için bkz, Harris; O'Boyle; Bates; Buckley, s. 796, 806.

114 AYM, *Sadika Şeker Kararı*, B. No. 2013/1948, 23.01.2014.

almaktadır.<sup>115</sup> Bu düzenleme ile ayrımcılık yasağı yalnızca AİHS’de yer alan haklardan biri ile birlikte gündeme gelebilmektedir. 14. madde genel nitelikli bir eşitlik hakkına ya da Sözleşme’de yer almayan diğer haklar bağlamında ayrımcılık yasağına yer vermemektedir.<sup>116</sup> Bu yaklaşım AİHM tarafından ilk kararlarından bugüne kadar istikrarlı biçimde sürdürülmüştür. Mahkeme bu durumu, “Sözleşme’nin 14. maddesi, Sözleşme’nin ve Protokollerin diğer maddi hükümlerini tamamlamaktadır. Sözleşme’nin 14. maddesinin bağımsız bir varlığı yoktur, çünkü sadece bu maddi hükümlerle korunan ‘hakların ve özgürlüklerin’ kullanılmasıyla bağlantılı olarak bir sonuç doğurur. Sözleşme’nin 14. maddesinin uygulanması, bu maddi hükümlerin ihlal edilmiş olmasını zorunlu kılmaya bile ve bu çerçevede özerk bir anlama sahip olsa bile, tartışma konusu olaylar bir veya birden fazla maddi hükmün kapsamına girmediği, 14. maddeyi uygulama imkânı yoktur” şeklinde ifade etmiştir.<sup>117</sup> AİHM bu yaklaşımı ilk kararlarından bugüne kadar sürdürmüştür. AİHS’nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının daha dar bir yaklaşım çerçevesinde AİHS haricinde yer alan haklar dışında hangi hak ve özgürlükler için ayrımcılık yasağının geçerli olacağını Taraf Devletlere bıraktığı söylenebilir.<sup>118</sup>

AİHS sisteminde ayrımcılık yasağı bağlamında belirtilmesi gereken diğer önemli bir düzenleme ise ayrımcılık yasağını başlı başına bir hak olarak düzenleyen ve Türkiye’nin 15.04.2015 tarihi itibarıyla henüz taraf olmadığı 12 No’lu Protokol’dür.<sup>119</sup> Protokol AİHS’de yer almayan, ancak yasalarca tanınmış tüm hakları da içerecek şekilde ayrımcılık yasağına yer vermiş durumdadır.<sup>120</sup>

115 Çalışmada yer verilen Sözleşme ve Protokollerde yer alan hükümler açısından tarafımızdan Türkçe çevrilmiş metinler esas alınmıştır. 14. madde metni, “Bu Sözleşmede ortaya konulan haklardan ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal veya toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınacaktır.” şeklinde kaleme alınmıştır.

116 Arnardottir, Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, s. 35-37.

117 Bakınız, AİHM, *Rasmussen v. Denmark*, Appl. No. 8777/79, 28.11.1984, para 29. Türkçe çeviri için bkz, Osman Doğru, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=93> (Erişim: 20.06.2015)

118 Karl Josef Partsch, *Discrimination*, The European System for the Protection of Human Rights, R. St. J. Macdonald; F. Matscher; H. Petzold (Eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1993, s. 575.

119 Protokol’ün İngilizce orijinal metni için bkz, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/177.htm>, 15.04.2015. Türkiye henüz Protokol’e taraf olmadığı için Protokol’ün resmi Türkçe çevirisi bulunmamaktadır.

120 Protokol’ün 1. maddesi metni “1. Yasayla öngörülen herhangi bir haktan yararlanma, cinsiyet,

AİHM önüne gelen başvurularda Sözleşme kapsamında yer alan bir hak veya özgürlük söz konusu olduğunda AİHS'nin 14. maddesi, yer almayan hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda ise Protokol'ün 1. maddesi gündeme gelmektedir. Mahkeme'nin Protokol kapsamında verdiği iki nihai kararda bu şekilde bir yaklaşım benimsenmiştir.<sup>121</sup> AİHS sisteminde ayrımcılık yasağı kapsamında gündeme gelebilecek bir diğer düzenleme ise Türkiye'nin 15.04.2015 tarihi itibarıyla henüz taraf olmadığı 7 No'lu Protokol'ün<sup>122</sup> 5. maddesidir.<sup>123</sup> Türkiye 7 ve 12 No'lu Ek Protokollere henüz taraf olmadığı için AİHS sisteminde yalnızca 14. madde bağlamında ayrımcılığın yasaklanması ile yükümlüdür.

Ayrımcılık yasağı ile korunan haklar aşağıda görüleceği üzere aynı zamanda AİHS'nin 14. madde ile ilgili başvurularda gerçekleştirdiği inceleme yönteminin bir aşamasını oluşturmaktadır ve bu açıdan önem arz etmektedir. Ayrımcılık yasağına dair uluslararası hukukta mevcut olan düzenlemeler “bağlı” (subordinate)<sup>124</sup> veya “özerk” (autonomous)<sup>125</sup> nitelikte hükümlerdir.<sup>126</sup> Bağlı nitelikte olan hükümler ilgili sözleşmede yer alan haklar bağlamında ayrımcılığı yasaklarken, bağımsız nitelikte olanlar yasayla tanınmış tüm haklar açısından ayrımcılığa yasaklamaktadır. Ayrımcılık yasağının ilgili Sözleşme’de yer alan haklarla sınırlı olarak koruma sağladığı durumda ilgili

---

ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal veya toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınacaktır. 2. Hiç kimseye herhangi bir kamu makamı tarafından 1. paragrafta belirtilenler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmayacaktır.” şeklinde.

121 Bakınız, AİHM, *Sejdic ve Finci v. Bosnia Herzegovina*(Grand Chamber), Appl. No. 27996/06, 34836/06, 22.12.2009; *Savez Crkava “Rijec Zivota” and Others v. Croatia*, Appl. No. 7798/08, 09.12.2010.

122 Protokol 22.11.1984’de kabul edilmiş ve 01.11.1988’de yürürlüğe girmiştir. Protokol, Türkiye tarafından 14.03.1985 tarihinde imzalanmış, ancak 31.02.2013 itibarıyla henüz onaylanmamıştır. Protokol’ün orijinal İngilizce metni için bkz, <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/117.htm> (erişim: 20.06.2015)

123 5. madde metni “Eşler kendi aralarında ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, evlenmede, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda özel hukuk nitelikli haklardan yararlanmakta ve sorumlulukları üstlenmekte eşit olacaklardır. Bu madde, devletlerin çocukların menfaatleri bakımından gerekli türdeki önlemleri almalarına engel teşkil etmeyecektir.” şeklinde kaleme alınmıştır.

124 Örneğin, AİHS, madde 14 ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, madde E.

125 Örneğin, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, madde 26.

126 Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, s. 3.

hüküm “fer’i” (accessory)<sup>127</sup>, “bağlı” (subordinate)<sup>128</sup>, “tali” (ancillary)<sup>129</sup> veya “asalak” (parasitic)<sup>130</sup> olarak nitelendirilebilmektedir.

AİHM’nin böyle bir yaklaşımı benimsemesine karşın kararlarında 14. maddeye bir ölçüde özerk bir karakterde yorumladığı söylenebilir.<sup>131</sup> Ancak ilk kuşak hakları düzenleyen bir Sözleşme olarak sosyal haklar söz konusu olduğunda bu hakları belli ölçülerde konu bakımından 14. maddenin kapsamı dışında yer almaktadır.<sup>132</sup> Ancak AİHS zaman içerisinde verdiği bir dizi kararlar, elbette söz konusu kararların kendine özgü koşullarını da göz önünde tutarak, örneğin sosyal güvenlik hakkını, mülkiyet hakkı bağlamında,<sup>133</sup> çalışma hakkını ise, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında<sup>134</sup> değerlendirerek bu konuda daha esnek bir yaklaşımı benimsemiştir. Dolayısıyla AİHS’nin 14. maddesinin konu bakımından sağladığı koruma sözel olarak sınırlı olsa da zaman içerisinde içtihatlarla konu bakımından kapsamın genişletildiği söylenebilir.

Mahkeme’nin *Thlimmenos v. Yunanistan*<sup>135</sup> nihai kararında sergilediği güncel yaklaşımı değerlendirildiğinde Sözleşme kapsamında yer alan bir hak veya özgürlükle bağlantılı olarak 14. maddeye dair iddiaların Mahkeme tarafından incelenmesi noktasında Sözleşme’de yer alan bir hak ve özgürlükle ile doğrudan veya dolaylı bir bağın olması (within the ambit of a right)

127 Örneğin, Nowak, s. 34; Luzius Wildhaber, *Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights: A Second-Class Guarantee?*, Baltic Yearbook of International Law, Vol. 2, Kluwer Law International, The Hague, 2002, s. 72.

128 Örneğin bkz, Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a Perspective on its Development*, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 177.

129 Frédéric Edel, *The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010, s. 18.

130 P. Van Dijk, P; G.J.H. Van Hoof; Arjen Van Rijn; Leo Zwaak (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, s. 1028; Janneke Gerards, *The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights*, *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Jan Niessen; Isabelle Chopin (Eds), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004, s. 5.

131 Edel, s. 21.

132 Craven, s. 179.

133 AİHM, *Gaygusuz v. Austria*, Appl. No. 17371/90, 16.09.1996; *Stec and Others v. the United Kingdom* (Grand Chamber), Appl. No. 65731/01, 65900/01, 12.04.2006, *Luczak v. Poland*, Appl. No. 77782/01, 27.11.2007.

134 AİHM, *Sidabras and Dziutas v. Lithuania*, Appl. No. 55480/00, 59330/00, 27.07.2004; *Rainys and Gasparavicius v. Lithuania*, Appl. No. 70665/01; 74345/01, 07.04.2005; *Bigaeva v. Grece*, Appl. No. 26713/05, 28.05.2009; *Emel Boyraz v. Turkey*, Appl. No. 61960/08, 02.12.2014.

135 *Thlimmenos v. Greece* (Grand Chamber), Appl. No. 34369/97, 06.04.2000.

yeterli gözükmetedir. Bu noktada örneğin cinsel yönelim ayrımcılığının 8. madde, din veya inanca dayalı ayrımcılığın 9. madde ve siyasi görüşe dayalı ayrımcılığın 10 ve 11. maddeler kapsamında değerlendirilmesi ve bu sayede 14. maddenin Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlükler dışında örneğin istihdam alanında da uygulanabilirliğinin yolunun açılması mümkün gözükmetedir.<sup>136</sup>

Anayasa’nın 10. maddenin ilk fıkrasına göre “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Bu fıkra ayrımcılık yasağı şeklinde düzenlenmemiş olsa da ayrımcılık yasağını içermektedir.<sup>137</sup> Öğretide düzenlemenin aynı zamanda ayrımcılık yasağına yer vererek ayrımcılık yasağı ile genişletilmiş kanun önünde eşitlik ilkesine yer verdiği<sup>138</sup> ya da düzenlemenin ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü olarak ifade edilmesi gerektiği<sup>139</sup> dile getirilmiştir. Dolayısıyla AİHS’nin 14. maddesi ile Anayasa’nın 10. maddesi arasında ayrımcılık yasağına yer verilmesi noktasında bir farklılık olmadığı söylenebilir. Anayasa’nın 70. maddesinde de kamu hizmetlerine girme hakkı açısından ayrımcılık yasaklanmıştır. Anılan madde “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka, hiçbir ayırım gözetilemez.” biçiminde kaleme alınmıştır. Ancak AİHS’de çalışma hakkı kapsamında değerlendirilebilecek kamu hizmetlerine girme hakkı tanınmış haklar arasında yer almamaktadır. Bu noktada Anayasa AİHS’den daha geniş kapsamda ayrımcılığı yasaklamaktadır.

1982 Anayasası’nın eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına yer veren 10. maddesi, yalnızca bir genel ilke olarak değil, aynı zamanda bir hakka yer verdiği kabul edildiğinde, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı Anayasa’da yer alan tüm hak ve özgürlükler bağlamında da gündeme gelebilecektir. Böylece Anayasa’da ayrımcılık yasağının koruduğu haklar açısından bir sınır bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Anayasa’da hak öznesi “herkes”

136 Robert Wintemute, “Within the Ambit”: How Big is the “Gap” in Article 14 European Convention on Human Rights?, Part 1, European Human Rights Law Review, Sweet and Maxwell, No. 4, 2004, s. 370-371.

137 Bertil Emrah Oder, *Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası*, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar, Bertil Emrah Oder; Deniz Yüksek; Fatoş Gökşen; Hülya Durudoğan (Derleyenler), Koç Üniversitesi Yay., İstanbul, 2010, s. 208.

138 Bülent Tanör; Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yay., İstanbul, 2006, s. 107; Öden, s. 129.

139 Gülmez, s. 221.

olan tüm haklar için eşitlik ilkesinin içkin bir unsur olduğu da söylenebilir.<sup>140</sup> Sonuç olarak Anayasa'da konu bakımından bir sınır bulunmadığı ortaya çıkmaktadır.

Anayasa'da tanınan hak ve özgürlüklerin listesi AİHS'den daha geniş olduğu için Anayasa'nın 10. maddesinin kapsamı bu açıdan AİHS'nin 14. maddesine göre daha geniştir. Bu farklılık nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin bu alanda gerçekleştireceği yargısal denetimde Anayasa'nın 10. maddesini mi, yoksa AİHS'nin 14. maddesini mi göz önünde tutacağı oldukça önem kazanmaktadır. Bu noktada iki farklı sonuca yol açabilecek iki ayrı yaklaşım benimsenebilecektir. Bireysel başvurunun AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerde yer alan haklar için geçerli olduğu ve taraf olunmayan Ek 12. Protokol'de yer alan genel ayrımcılık yasağının bireysel başvuruya konu olmasının mümkün olmadığı şeklinde bir yaklaşım ile Anayasa tarafından ayrımcılık yasağı ile ilgili sağlanan korumanın kapsamı daraltılmış olacaktır. Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'un sözel yorumunu esas alacak böyle bir yaklaşım ile bir Anayasa değişikliği yapılmadığı veya Türkiye tarafından Ek 12. Protokol'e taraf olunmadığı sürece Anayasa'nın 10. maddesi yalnızca AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu Ek 1. Protokol'de yer alan haklar açısından koruma sağlayacaktır.

Gerçekten de Anayasa'nın 148. maddesi ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesi dikkate alındığında yalnızca AİHS ve Ek Protokol kapsamında yer alan haklar bağlamında bireysel başvuru yapılabileceği izlenimi uyanmaktadır.<sup>141</sup> Anayasa değişikliğinin gerekçesinde yer alan AİHM'ye Türkiye aleyhine yapılan başvuru sayısının azaltılmasına dair vurgular da bu yönde bir yaklaşımı destekler niteliktedir.<sup>142</sup> Bu durumda Türkiye AİHS'ye taraf olduğu için AİHS'nin 14. maddesi kapsamında yalnızca AİHS ve Anayasa'da yer alan haklar açısından bireysel başvuru yapılabilecek, 12 No'lu Protokol'e taraf olmadığı için Anayasa'da yer almasına rağmen

140 Oder, *Anayasa'da Kadın Sorunsalı*, s. 208.

141 Bu durumu olumlu karşılayan görüşlere örnek olarak bkz, Bahadır Kılınc, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yay., Cilt 25, Ankara, 2008, s. 51.

142 Gerekkede "...böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir." ifadesine yer verilmiştir. Bakınız, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekkeli, TBMM, Ankara, 2011, s. 295, [https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekkeli\\_1982\\_anayasasi.pdf](https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekkeli_1982_anayasasi.pdf)(erişim: 20.06.2015)



AİHS’de yer almadığı için bazı haklar bakımından bireysel başvuru yapılamayacaktır. Ancak Anayasa’nın 10. maddesi konu bakımından bir sınırlama öngörmemiştir. Başka bir deyişle Anayasa açısından, 12 No’lu Protokol ile aynı yönde ancak AİHS ile ters yönde, açık uçlu bir yaklaşımın benimsenmiştir. Bu durumda Türkiye 12. No’lu Protokol’e taraf olmadığı için ortaya bir kapsam farklılığı çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin bu noktada AİHS gibi ayrımcılık yasağı ile korunan hakların kapsamını geniş yorumlaması mümkündür.

İkinci bir yaklaşım ise Anayasa’nın 10. maddesinin kapsamının geniş yorumlamasıdır. Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen somut bir başvuruda bireysel başvuru yolunun öngörülme amacı doğrultusunda daha koruyucu nitelikte olan Anayasa’nın 10. maddesini dayanak norm olarak kullanması daha olumlu olacaktır. Bu yaklaşımın temeli Anayasa koyucunun iradesinde ortaya çıkmaktadır.<sup>143</sup> Anayasa koyucunun iradesi temel hak ve özgürlüklerle ilgili standartların yükseltilmesi yönündedir. Mahkeme, AİHS çerçevesinde değil Anayasa çerçevesinde bir yargısal denetim gerçekleştirecektir. Anayasa’nın 148. maddesinde yer alan düzenleme de Anayasa’daki hak ve özgürlükleri esas almaktadır. Madde metninde yer alan “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin*” ifadesi Anayasa’daki bir hak veya özgürlüğün norm alanını ve bunun sınırları konusuna değinmemekte ve yalnızca hangi hak ve özgürlükler için Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yapılabileceğini düzenlemektedir. Anayasa’da yer alan düzenlemede AİHS’de yer alan hakların ihlali değil Anayasa’da bu haklara tekabül eden hak ve özgürlüklerin ihlali gündeme gelecektir. Bireysel başvuru usulünde uygulanacak olan hüküm 12 No’lu Protokol’ün 1. maddesi olmayacağı için Türkiye’nin taraf olup olmadığına bakılmaksızın ilgili hükmün Anayasa’daki karşılığı olacaktır.<sup>144</sup> Bu durum aynı zamanda 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin Anayasa’nın 148. maddesine aykırı olduğu anlamına gelmektedir. Sonuç olarak Anayasa’da 10. maddenin AİHS’nin 14. maddesinin kapsamı

143 Gerekçede şu ifadelere yer verilmiştir: “Türkiye’de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır”. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli, TBMM, Ankara, 2011, s. 295, [https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli\\_1982\\_anayasasi.pdf](https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf), (erişim:20.06.2015)

144 Fazıl Sağlam, *Anayasa Şikâyeti: Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar*, s. 430-431.

çerçevesinde yorumlanmasını gerektirecek açık bir düzenleme söz konusu değildir. Bu durumda Anayasa'nın 10. maddesinin bağlantılı bir madde olmadığı için tek başına veya Anayasa'da yer alan tüm hak ve özgürlüklerle birlikte ileri sürülmesi Anayasal olarak mümkün gözükmemektedir.<sup>145</sup>

İkinci yaklaşımın bir başka dayanağı ise AİHS'nin 53. maddesidir. Sözleşme iç hukuk açısından asgari bir sınır koymaktadır. AİHS'nin 53. maddesinde yer alan "Bu Sözleşme'nin hiçbir hükmü herhangi bir Yüksek Sözleşmecî Tarafın yasaları... çerçevesinde güvence altına alınmış olan insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandırıyor veya derogasyona gidilmesine olanak tanıyor biçiminde yorumlanmayacaktır" şeklindeki düzenleme Anayasa'nın 10. maddesinin kapsamının AİHS'nin 14. maddesi gerekçe gösterilerek daha dar bir şekilde yorumlanmasına olanak tanımamaktadır.<sup>146</sup> Başka bir deyişle Anayasa'nın 10. maddesinin koruduğu hakların kapsamının 14. maddeden geniş yorumlanması mümkün ve hatta AİHS'nin 53. maddesi gereği bir zorunluluktur. Sonuç olarak, Anayasa'da yer alan haklar ve özgürlüklerin sağladığı korumanın AİHS'ye göre daha geniş olduğu durumda Anayasa hükmünün esas alınması bireysel başvuru usulünün amacına ve Anayasa'nın 2. maddesindeki insan haklarına saygılı devlet ilkesinin bir gereği olarak görülmelidir.<sup>147</sup>

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarında ilk yaklaşımı benimsediği görülmektedir. Mahkeme'ye göre

*"Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra*

145 Aksi bir görüş için bkz, Ece Göztepe, *Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 95, Ankara, 2011, s. 35-37. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinde yer alan "Türkiye'nin taraf olduğu" ifadesinin somut norm denetimi yoluyla iptal edilmemesi durumunda ikinci yaklaşımın benimsenemeyeceği görüşü için bkz, Sağlam, s. 432.

146 Ayrıca bkz, Sağlam, *Anayasa Şikâyeti: Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar*, s. 434.

147 Benzer yaklaşımın İspanya Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsendiği dile getirilmiştir. Bu noktada İspanya Anayasa Mahkemesi'nin temel hakların bir bütün olduğuna dair yorumunun benimsenmesi Anayasa Mahkemesi açısından da mümkün ve hatta zorunlu gözükmemektedir. Bakınız, Selin ESEN, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2011, s. 46.

*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir.*"<sup>148</sup>

Mahkeme ayrımcılık yasağına dair yayınlanmış ilk bireysel başvuru kararında şu görüşü ortaya koymuştur:

*"Başvurucunun, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı[nın]... ihlal edildiğine yönelik iddialarının, bahsi geçen maddelerdeki ifadeler dikkate alındığında, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir. Bir başka ifadeyle ayrımcılık yasağı ve etkili başvuru hakkının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, ihlal iddiasının, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı ve hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda etkili başvuru hakkının kısıtlandığı sorularına cevap verebilmesi gerekmektedir... [A]yrımcılık yasağı... bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayıp, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını, korunmasını ve başvuru yollarını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte haklardandır... Sonuç itibarıyla, başvurucunun Anayasa'nın 10. [maddesine] dayanan ihlal iddialarının konusu da, Anayasa'da güvence altına alınmış ve Sözleşme kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kalmaktadır."*<sup>149</sup> Mahkeme'ye göre ayrımcılık yasağının herhangi bir başka hakla ilişkilendirilmeksizin ileri sürülebilmesi mümkün değildir.<sup>150</sup>

Anayasa Mahkemesi başvurularda ısrarlı bir biçimde Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.<sup>151</sup> Bu konuda ilk sorun Anayasa'da ve AİHS sisteminde yer alan ancak Türkiye'nin taraf olmadığı bir Protokol'de yer alan haklar bakımından ortaya çıkmaktadır. Örneğin seyahat özgürlüğü Anayasa'nın 23. maddesinde düzenlenmiş olmasına karşın Türkiye Ek 4. Protokole taraf olmadığı için, bireysel başvuruya konu olamayacak haklar arasında yer alması nedeniyle başvurular konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur.<sup>152</sup> Bu tutum AİHS'nin 2. ve 18. maddeleri arasında düzenlenmiş

148 AYM, *Kamil Çakır Kararı*, B. No. 2013/997, 15.10.2014, para 40.

149 AYM, *Onurhan Solmaz Kararı*, B. No. 2012/1049, 26.03.2013, para 33-35.

150 AYM, *Hüseyin Sezen Kararı*, B. No. 2013/1793, 18.09.2014, para 58.

151 AYM, *Onurhan Solmaz Kararı*, B. No. 2012/1049, 26.03.2013, para 18.

152 *"Anayasa'nın 23. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiaları çerçevesinde değerlendirilen*

haklar ile, Ek Protokol'ün ilk üç maddesi dışında AİHS sisteminde yer alan hakların Anayasa'da tanınmış olmasına rağmen bireysel başvuruya konu edilemeyeceği anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım AİHS sistemi bakımından bir sorun yaratmayacak olsa da Anayasa Mahkemesi'nin insan haklarının korunması ile yükümlülüğü çerçevesinde Anayasa'da yer alıp Türkiye'nin taraf olmadığı protokollerde yer alan hakların bireysel başvuruya konu olabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Bu konuda ikinci bir sorun Anayasa'da yer alıp, AİHS sisteminde düzenlenmemiş olan haklarla ilgili olarak yaşanmaktadır. AİHS sistemi sosyal hakların çok azına yer verdiği için bu tür hakların çoğu ile ilgili olarak bireysel başvuru yapılamayacaktır. Yukarıda AİHM'nin bazı durumlarda sosyal hakları ilk kuşak haklar bağlamında koruma altına aldığı belirtilmişti. Anayasa Mahkemesi örneğin Anayasa'nın 49. maddesinde düzenlenmiş olan çalışma hakkına AİHS sisteminde yer verilmemiş olması sebebiyle bu hakla bağlantılı olarak yapılan bireysel başvuruları yine konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.<sup>153</sup> Bu noktada ise Anayasa'da düzenlenen hakların kapsamının içtihat yoluyla genişletilmesi bireysel başvuruya konu olamayan bir dizi hakkın bireysel başvuru yoluyla korunmasını sağlayabilecektir. Bu tür bir yaklaşım AİHM'nin içtihatları ile uyum sağlanması noktasında da büyük önem taşımaktadır.

Ayrımcılığın konu bakımından kapsamı açısından üzerinde durulması gereken son husus Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurularda dile getirilen ihlal iddialarını farklı nitelmesi sorunudur. Mahkeme başvurucuların dile getirdiği ihlal iddialarını başvuru tarafından ileri sürülen maddeler bağlamında değil kendisi tarafından uygun görülen bir başka madde bağlamında ya da ileri sürülen ihlal iddiaları içerisinde bir veya birkaçı bağlamında incelemeye karar verebilmektedir. Anayasa Mahkemesi

---

*Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının, eşitlik ilkesinin bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayan ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve seyahat özgürlüğünün korunmasını ve başvuru yollarını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte bir hak olması nedeniyle "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemezliğine karar verilmesi gerekir."* AYM, Sebhat Tuncel Kararı(No. 1), B. No. 2012/1051, 20.02.2014, para 55.

153 *"Bireyin dilediği alanda çalışma özgürlüğü ve çalışma hakkı Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınmış olmakla birlikte AİHS'de düzenlenen haklardan değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de kamu hizmetine girme ya da dilediği kamu görevinde çalışma hakkının Sözleşme'de ya da protokollerinde korunan bir hak olmadığını açıkça ifade etmektedir."* AYM, Hasan Kara Kararı, B. No. 2013/3170, 18.09.2014, para 31.

bu yaklaşımını Mahkeme'nin "olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder." ifadesi ile gerekçelendirmektedir.<sup>154</sup> Mahkeme örneğin bir başvuruda "Başvurucu, her ne kadar eşitlik ilkesi ve angarya yasağına aykırılığa ilişkin iddialar ileri sürmüştür ise de başvuru konusunun temel olarak benzer konumda olduğunu iddia ettiği kişilere harcırah ödemesi yapılırken kendisine ikinci altı aylık dönem için harcırah ödemesi yapılmamasından ve bu işlemin iptali talebiyle AYİM'e açtığı davada verilen kararın sonucundan şikâyetçi olduğu görülmektedir. Bu nedenle, başvuru konusunun eşitlik ilkesi ve angarya yasağı ile bağlantı kurularak ileri sürdüğü iddialar adil yargılanma hakkının ihlali iddiası kapsamında değerlendirilmiştir."<sup>155</sup> Mahkeme önüne gelen başvurularda kendisine oldukça geniş bir takdir alanı bırakarak başvuru konularından dile getirilen ihlal iddialarını farklı niteleyebilmektedir. Örneğin kadının evlenmeden önce kullandığı soyadını evlendikten sonra kullanamamasının ayrımcılık yasağının ihlaline yol açtığına dair bir başvuruda konunun ayrımcılık yasağı ile ilgisi Mahkeme tarafından kabul edilmiş olsa da iddia yalnızca Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı" kapsamında incelenmiştir.<sup>156</sup> Bu tür bir yaklaşım AİHM'nin istikrar kazanmış içtihatları ile açık uyumsuzlukların ortaya çıkması ile sonuçlanabilecektir.

### V. Ayrımcılık Yasağının İhlali İddialarının İncelenmesi Usulü

AİHM, AİHS'nin 14. maddesi ile ilgili ihlal iddialarını belirli ölçütler çerçevesinde incelemektedir. Mahkeme 14. maddenin kapsamını yalnızca Sözleşme'de tanınmış olan haklarla sınırlı yorumladığı için öncelikle ihlal iddiasının AİHS'de kapsamında yer alan bir hakla ilgili olup olmadığını incelemektedir. Burada farklı muamelenin konu bakımından Sözleşme kapsamında yer alıp almadığı değerlendirilmektedir. 14. maddenin uygulanması Sözleşme'de yer alan bir hak ve özgürlükten yararlanma veya bir hak ve özgürlüğün kullanılması ile ilgili ayrımcılık iddialarında devreye girebilmektedir.<sup>157</sup> Bu noktada Mahkeme Sözleşme'nin lafzına bağlı kalmayarak geniş bir yorum yapabilmektedir.<sup>158</sup> Ancak yukarıda bu konu

154 AYM, *Feryat Ayıtımur Kararı*, B. No. 2014/658, 30.12.2014, para 21.

155 AYM, *Ş. Ç. Kararı*, B. No. 2012/1061, 21.11.2013, para 15.

156 AYM, *Sevim Akat Eşki Kararı*, B. No. 2013/2187, 19.12.2013, para 21.

157 De Schutter, s. 21.

158 Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s. 1029.

ayrımcılığın konu bakımından kapsamı başlığı altında incelendiği için burada tekrar üzerinde durulmayacaktır. Aşağıda ayrımcılık yasağının ihlaline dair iddialarda ortaya çıkan üç temel ölçüt üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

### A. Bir Hakkın İhlal Edilip Edilmediğine Dair Verilen Kararın İncelemeye Etkisi

AİHM, ayrımcılık yasağının ihlaline dair başvurularda kimi zaman Sözleşme kapsamında bir hakkın ihlal edilip edilmediğini incelemede dikkate alabilmektedir. Bu tür bir ölçüt açıkça dile getirilmemiş olsa da ayrımcılık yasağı ile birlikte gündeme gelen hakkın ihlal edilip edilmediği Mahkeme içtihatlarında etkili olagelmıştır. Mahkeme 1968 yılında verdiği bir nihai karar ile ilk kez 14. maddenin sadece Sözleşme’de yer alan diğer maddeler ihlal edildiği durumda değil bu maddeler ihlal edilmese dahi gündeme gelebileceğini kabul etmiştir.<sup>159</sup> Bir hakkın hem tek başına, hem de ayrımcılık yasağı ile birlikte ihlal edildiğine dair yapılan başvurularda bazen yalnızca ilgili hak veya özgürlük kapsamında inceleme yapılmakta, kimi zaman ise konu ayrımcılık yasağı bağlamında değerlendirilmektedir. Bu noktada Mahkeme açısından tek bir standardın uygulandığını söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte AİHM’nin yaklaşımını sınıflandırmak mümkündür. Günümüzde AİHM önüne gelen 14. madde ile ilgili bir başvuruda dört farklı sonuç ortaya çıkabilmektedir.<sup>160</sup>

AİHM içtihatlarında ilk olarak Sözleşme’de yer alan bir veya birkaç maddenin tek başına veya 14. madde ile birlikte ihlal edildiğine dair yapılan başvurularda Mahkeme söz konusu maddenin ihlal edildiğine hükmettiyse büyük ölçüde 14. madde bakımından bir inceleme yapılmamaktadır.<sup>161</sup> Burada 14. maddeye özerk ve tamamlayıcı bir madde olarak değil ikincil bir madde olarak başvurulmaktadır.<sup>162</sup> Bu durum bazen ayrımcılıkla ilgili iddianın söz konusu davanın önemli bir yönü olarak değerlendirildiği durumlarda

159 AİHM, *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium*, Appl. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968. Clare Ovey; Robin White, Jacobs and White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2006, s. 415. Harris; O’Boyle; Bates; Buckley, s. 784.

160 Bu kısımda büyük ölçüde Ovey; White, s. 421-422’den yararlanılmıştır.

161 Gerards, s. 3. Bu durum usul ekonomisi sebebiyle de açıklanabilmektedir. Bakınız, Partsch, *Discrimination*, s. 583-584; Gerards, s. 25.

162 Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s. 1031.

değişebilmektedir.<sup>163</sup> Mahkeme bir nihai kararında Sözleşme'nin bir maddi hükmü ile birlikte 14. maddenin de ihlal edildiği iddiası ileri sürüldüğü ve maddi hükümlerle ilgili olarak bir ihlal tespit edilmiş olduğu durumlarda, eğer açık bir eşitsizlik davanın temel yönlerinden biri değilse, ayrıca 14. madde bakımından da bir inceleme yapılmasının gerekli olmadığını belirtmiştir.<sup>164</sup> Ancak Mahkeme tarafından ortaya konulan bu ölçütün somut bir ölçüt olmadığı ve önüne gelen başvurularda bu yönde istikrarlı bir yaklaşımın ortaya çıkmadığı ifade edilmektedir.<sup>165</sup> Mahkeme bu noktada "*faydalı hukuki amaç*"<sup>166</sup> (useful legal purpose) şeklinde bir ölçüte başvurmuş olsa da bu ölçüt de somut görünmekten uzaktır. Mahkeme'nin eşcinsel ilişkinin suç olarak düzenlenmesi ile ilgili nihai kararına karşı yazılmış karşı oyda da belirtildiği gibi Mahkeme'nin önüne gelen başvurularda bir maddenin ihlalinin öne sürüldüğü ve Taraf Devlet tarafından da bu konuda bir cevap verildiği ve Mahkeme'nin de başvuruyu kabul edilebilir bulduğu durumlarda Mahkeme'nin iddiaların esasına girmesi ve bir yanıt vermesi gerekmektedir. Bu noktada 14. maddenin uygulamadaki değerini ortadan kaldıracak bir şekilde yoruma tabi tutularak Mahkeme'nin sorumluluğundan kaçmaması beklenmektedir.<sup>167</sup>

İkinci bir sonuç ise Sözleşme'de yer alan herhangi bir hakkın veya özgürlüğün ihlal edilmemiş olmasına karşılık söz konusu hakkın veya özgürlüğün 14. madde ile birlikte değerlendirildiğinde ihlal edildiğine karar verilmesidir. Mahkeme'nin bu durumda her ne kadar Sözleşme'nin bir maddesinin ihlaline karar vermemiş olsa da söz konusu maddenin 14. madde bağlamına uygulanabilir olduğuna karar vermesi gerekmektedir. AİHM bir davada cinsiyet, ırk ve doğum esasına dayanan ve iç hukuka göre vatandaş olmayan evli erkeklerin eşlerini yanlarına getirme hakları bulunduğu halde evli kadınların eşlerini yanlarına getirme imkânı bulunmamasını 8. maddeye aykırı bulmamasına karşın Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olduğu

163 Harris; O'Boyle; Bates; Buckley, s. 784; Bakınız, AİHM, *Chassagnou and Others v. France* (Grand Chamber) Appl. No. 25088/94, 28331/94, 28443/95, 29.04.1999, para 89.

164 AİHM, *Dudgeon v. the United Kingdom*, Appl. No. 7526/76, 22.10.1981, para 67, aynı şekilde bkz. *Airey v. Ireland*, Appl. No. 6289/73, Karar tarihi, 09.10.1979, para 30, *Orsus and Others v. Croatia* (Grand Chamber), Appl. No. 15766/03, 16.03.2010, para 144.

165 Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s. 1032.

166 age, s. 1032.

167 Yargıç Matscher'in karşı oyu, AİHM, *Dudgeon v. the United Kingdom*, Appl. No. 7526/76, 22.10.1981, s. 31.

sonucuna varmıştır ve 14. madde ile birlikte 8. maddeyi de incelemiştir.<sup>168</sup> Mahkeme'nin bu şekilde karar verdiği davaların sayısının diğerlerine göre görece az olduğu ve çoğunluğunun aile yaşamı kapsamında eşler arasında eşitlik ve evlilik dışı-evlilik içi doğmuş çocuk ayrımı ile ilgili olduğu ifade edilmektedir.<sup>169</sup>

Üçüncü sonuç ise, bir hak veya özgürlüğün ihlal edildiğine dair başvurunun özünün ayrımcı bir muamele olduğu durumlarda, 14. maddenin doğrudan Sözleşme'de yer alan bir hak ile birlikte değerlendirilmesidir. Böyle bir durumda söz konusu hak veya özgürlüğün ayrıca ihlal edilip edilmediği değerlendirilmemektedir.<sup>170</sup> Mahkeme bir nihai kararında, Alman hukukuna uygun olarak gerçekleşen bir evlilikte erkek eş kendi soyadının ardına eşinin soyadını eklemiş, ancak İsviçre makamları bu çiftin ortak soyadını isteklerinin aksine erkek eşin evlilik öncesi soyadı olarak kaydetmiş ve başvuruçuların taleplerini farklı gerekçeler yanında sadece kadın eşin aile soyadının önünde kendi soyadını kullanabileceği gerekçesiyle reddetmiştir.<sup>171</sup> Başvuruçular aile yaşamına saygı hakkına yer veren 8. madde ile beraber 14. maddenin de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme nihai kararında, başvurunun niteliğinin soyadının kullanılması ile bağlantılı olarak cinsiyet temelli farklı muameleye dayanması nedeniyle her iki maddeyi birlikte incelediğini belirtmiştir.<sup>172</sup>

Mahkeme dördüncü olarak, hem tek başına bir hak veya özgürlüğün ihlal edildiğine, hem de bu hak ve özgürlüğün 14. madde bağlamında ihlal edildiğine hükmedebilmektedir. Mahkeme daha öncede belirtildiği gibi bir hak ve özgürlüğün ihlal edildiği durumda genellikle 14. madde bağlamında inceleme yapmaktan kaçınmaktadır. Ancak Mahkeme bazı kararlarında bu yaklaşımı terk ederek bir hak ve özgürlüğün ihlal edildiği durumda 14. madde bakımından da inceleme yapmaya devam etmiştir. Mahkeme bir nihai kararda<sup>173</sup> 8. maddenin ihlaline hükmederken aynı zamanda anne ve aile ile ilişki kurulması ve miras haklarından yararlanma konusunda nesebi belirli çocuklar ile nesebi belirli olmayan çocuklara farklı muamele edilmesi

168 AİHM, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Appl. No. 9214/80, 25.05.1985, para 71.

169 Wildhaber, s. 78; bu davalarla ilgili çok sayıda örnek için bkz, aynı makale, s. 78, dipnot 16.

170 Ovey; White, s. 422.

171 AİHM, *Burghartz v. Switzerland*, Appl. No. 16213/90, 22.02.1994.

172 agk, para 21. Bu davalarla ilgili çok sayıda örnek için bkz, Wildhaber, s. 79, dipnot 17.

173 AİHM, *Marckx v. Belgium*, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979.



nedeniyle 8. maddenin 14. madde ile birlikte ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>174</sup> Bu noktada Mahkeme'nin farklı yaklaşımlarının belli bir nedeninin ortaya koymak mümkün olamamaktadır.<sup>175</sup> Mahkeme başka bir nihai kararında bu yaklaşımın her davanın kendi olgularına ve iddiaların mahiyetine göre benimsenebileceğini ortaya koymuştur. Ancak bu kararda da somut bir ölçüt ortaya konulmamıştır.<sup>176</sup> Bu noktada en makul yaklaşım, bir hak veya özgürlükle ilgili olarak açık bir farklı muamele söz konusu olduğu ve bu durumun davanın temel bir unsurunu oluşturduğu (fundamental aspect) hallerde başvurunun her iki madde açısından birlikte incelenmesi olacaktır.<sup>177</sup>

AİHM'nin ayrımcılık yasağının ihlaline dair başvurularda ortaya çıkan kafa karışıklığının Anayasa Mahkemesi açısından da ortaya çıktığını söylemek, henüz az sayıda başvuru sonuçlandığı için şimdilik mümkün gözükmemektedir. Mahkeme'nin ayrımcılık yasağına dair iddialarda ayrımcılık yasağı ile birlikte ileri sürülen hakkın ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verdiği durumlarda incelemeye devam etmesi daha doğru gözükmektedir. Bu yaklaşımın önünde Anayasa'dan veya 6216 sayılı Kanun'dan kaynaklanan herhangi bir engel de bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi de bu tür bir yaklaşımı benimsediğini kararları ile ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre,

*“Bireysel başvuru incelemesinde eşitlik ilkesinin bağımsız bir koruma işlevinin olmaması, bu yasağın genişletici bir yoruma tabi tutulmasına engel teşkil etmemektedir. Anayasal bir hakkın ihlal edildiği iddiası tek başına incelendiğinde o hakkın ihlal edilmediği kanaatine varılabilirse de bu durum, o hakla ilişkin ayrımcı bir uygulamanın incelenmesine engel değildir. Bu çerçevede, ilgili temel hak ve özgürlük ihlal edilmemiş olsa da o hakla ilgili bir konuda sergilenen ayrımcı tutumun, eşitlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilir.”<sup>178</sup>*

174 Benzer başka bir karar için bkz, AİHM, *Aziz v. Cyprus*, Appl. No. 69949/01, 22.06.2004, *Nachova and Others v. Bulgaria (Grand Chamber)*, Appl. No. 43577/98, 06.07.2005.

175 Ovey; White, s. 422.

176 AİHM, *Nachova and Others v. Bulgaria*, Appl. No. 43577/98, 06.07.2005, para 161.

177 Ovey; White, s. 422.

178 AYM, *İhsan Asutay Kararı*, B. No. 2012/606, 20.02.2014, para 47, 48; *Aziz Turhan Kararı*, B. No. 2012/1269, 08.05.2014, para 37; *Mesude Yaşar Kararı*, B. No. 2013/2738, 16.07.2014, para 47; *Cahit Tekin Kararı*, B. No. 2013/2744, 16.07.2014, para 43; *M. Ş. B. Kararı*, B. No. 2013/2202, 20.11.2014, para 29; *Kamil Çakır Kararı*, B. No. 2013/997, 15.10.2014, para 44. Tersî yönde bir yaklaşım benimsendiğine dair örnek bir karar için bkz, *Şengül Kayan Kararı*, B. No. 2013/1614, 03.04.2014, para 23, 69. Bu kararda cinsiyet ayrımcılığına dair güçlü bir iddia Anayasa'nın 20. maddesinin ihlaline karar verilmesi sonucunda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair iddianın ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

Yine Mahkeme bir kararında “Başvurucunun Anayasa’nın 24. maddesinde güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Öte yandan başvurucunun ayrımcılık yasağı ihlal iddiası somut başvurunun önemli bir yönünü oluşturmaktadır. Bu sebeple olayın eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı açısından da incelenmesi gerekir.” diyerek bir hakkın ihlal edildiğine hükmedildiği takdirde, AİHM’ye benzer şekilde, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasının başvurunun önemli bir yönünü oluşturması nedeniyle başvurunun ayrımcılık yasağı açısından da ayrıca incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>179</sup>

Anayasa Mahkemesi’nin AİHM’nin bir hakkın tek başına ihlal edildiğine veya edilmediğine hükmettiği durumlarda ayrımcılık yasağından dolayı zaman zaman inceleme yapmaması şeklinde bir yaklaşımı benimsemesi ayrımcılık yasağına dair iddiaların ikincil hale gelmesine ve uzun vadede belki de ileri sürülmemesine yol açabilecektir. Ayrımcılık iddiaları bireysel başvuru yoluyla ulusal hukukta ilk kez gündeme geldiği için ihlal iddialarının incelenmesi ve somut ölçütlerin geliştirilmesi başta yargı organları olmak üzere tüm kurum ve kişiler için büyük önemdedir. Bu nedenle bireysel başvuru usulünde bir ihlal iddiasında ayrımcılık yasağının da ihlal edildiğinin dile getirilmesi durumunda Mahkeme’nin incelemeye devam etmesi yerinde olacaktır.

## B. Karşılaştırılabilirlik Ölçütü

AİHM tarafından yapılan değerlendirmelerde göz önünde tutulan bir diğer ölçüt karşılaştırılabilirlik ölçütüdür. Bu ölçüt kapsamında farklı muameleye uğrayan kişi ile ilgili bir karşılaştırma yapılmaktadır. Ayrımcılık kavramı öncelikle iki veya daha fazla grup ya da kategori kişi arasında karşılaştırma yapılmasını ve bir grubun ya da kategorinin diğerine göre olumsuz yönde daha farklı muameleye tabi tutulup tutulmadığının tespitini gerektirir. İkinci olarak ise bu farklı muamelenin kabul edilemez nedenlerle gerçekleştirilmesi gerekir.<sup>180</sup> AİHM’nin içtihatları göz önünde tutulduğunda iki durumun karşılaştırılabilir olup olmadığına dair verilen kararlarda bu konuda çok fazla gerekçelendirme yapılmadığı görülmektedir.<sup>181</sup> Bu durum karşısında Mahkeme’nin konuya yaklaşımını ikna edici biçimde ortaya koyması gerekliliği karşısında kafa karışıklığına

179 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 104.

180 AİHK, *Grandrath v. Germany* (Commission), Appl. No. 2299/64, 12.12.1966.

181 Gerards, s. 22.

yol açtığı ve Mahkeme'nin kimi zaman vermiş olduğu kararlarda inandırıcı olamadığı ifade edilmiştir.<sup>182</sup>

Bir karşılaştırmanın yapılabilmesi için aynı veya benzer bir karşılaştırma öznesinin mevcut olması gerekmektedir. Şüphesiz karşılaştırılacak her durumun benzer ve farklı yönleri olacaktır. Bu noktada yapılacak bir tercih karşılaştırılan durumların veya kişilerin ayrımcılık yasağının korumasından yararlanıp yararlanamayacağını belirleyecektir. Bu nedenle karşılaştırma öznesinin seçimi oldukça önem taşımaktadır. Ayrımcılıkla ilgili başvuruların 14. maddenin açık uçlu yapısından dolayı maddede belirtilen bir nedene dayanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Teorik olarak akla gelebilecek her türlü farklı muamelenin Sözleşme'de yer alan bir hak veya özgürlükle bağlantısı kurulabildiği sürece Mahkeme'nin önüne getirilebilmesi mümkündür.<sup>183</sup> Ayrımcılık yasağı ile ilgili koruma getiren bir düzenlemenin amacı göz önünde tutularak karşılaştırma yapılırken karşılaştırılabilirlik ölçütünün tek başına belirleyici olmaması gerekmektedir. Ayrıca karşılaştırılabilirlik ölçütüne büyük önem verilmesi yargı organlarının kişilerin karşılaştırılabilir durumda olup olmadıklarına verecekleri kararlarda keyfilikğin önünü açabilecektir.<sup>184</sup> Örneğin Almanya'da özel bir şirkete çalışmak üzere başvuran Almanya vatandaşı Türkiye kökenli bir kadın işçinin iş başvurusunun kabul edilmemesi ile ilgili olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair bir başvuru bir yargı organının önüne geldiğinde kişinin, Türk bir erkek işçi ile veya Alman bir kadın işçi ile karşılaştırılması durumlarında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. İşveren etnik köken kapsamında bir karşılaştırma yaptığında işyerinde Türk erkek işçilerin çalıştığını, cinsiyet kapsamında bir karşılaştırma yapıldığında ise işyerinde Alman kadın işçilerin çalıştığını belirterek ayrımcılık yapmadığını ileri sürebilecektir. Dolayısıyla karşılaştırma ölçütüne büyük ağırlık verilmesi adaletsiz durumlara yol açma tehlikesini içinde barındırmaktadır. AİHM bugüne kadar tek bir kavram kullanmamakla birlikte kararlarında “benzer durumlar” (similar situations), “konuyla ilgili benzer durumda” (relevantly in similar situations) ve “karşılaştırılabilir durumlar” (comparable situations) gibi ifadelerle yer vermiştir.<sup>185</sup> Bu durum AİHM'nin

182 age, s. 20-21.

183 Gerards, s. 10.

184 Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 1039.

185 Ovey; White, s. 413. AİHM, *Marckx v. Belgium*, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979, para 32, *Fredin v. Sweden* (No. 1), Appl. No. 12033/86, 18.02.1991, para 60, *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, Appl. No. 22083/93 and 22095/93, 22.10.1996, para 71.

da karşılaştırılabilirlik ölçütünde tek bir standart ortaya koyamadığına işaret etmektedir.

AIHM 14. maddenin her türlü farklı muameleyi değil,<sup>186</sup> tüzel kişiler de dâhil olmak üzere “benzer” ya da “karşılaştırılabilir durumda bulunan” kişileri, ayrımcı nitelikteki farklı muamelelere karşı koruduğu görüşündedir.<sup>187</sup> Mahkeme ayrımcılık yasağının ihlali ile ilgili iddiaları incelerken farklı muamele iddiaları açısından söz konusu iki durum arasında benzerlik bulunup bulunmadığını araştırmakta ve olumsuz bir sonuca ulaşıldığında da sonraki aşamaya geçmeyerek incelemeyi sonlandırmaktadır.<sup>188</sup> Mahkeme’ye göre, diğerlerinin yanı sıra, mağdur olduğunu iddia eden kişinin daha iyi bir muamele görmüş diğer kişilerle benzer durumda bulunduğu ortaya konulması gerekmektedir.<sup>189</sup> Ancak Mahkeme’nin bu ölçütün uygulanma zorluğunu göz önünde tutarak genellikle bu aşamayı geçtiirdiği ve meşru bir amacın olup olmadığı ölçütünün değerlendirilmesine geçebilmektedir.<sup>190</sup> Mahkeme’nin başvuruyu incelemek istemediği durumlarda karşılaştırma ölçütüne başvurduğu, ancak başvuruçunun iddiası ile ilgili bazı esasları ortaya koyduğu başvurularda ise konuyu nesnel ve haklı neden ölçütü ile beraber karşılaştırma ölçütüne de başvurduğu ifade edilmektedir.<sup>191</sup>

Mahkeme’nin önüne gelen başvurularda belli ayrımcılık temelleri söz konusu ise karşılaştırılabilirlik ölçütü bakımından farklı bir yaklaşım sergilenebilmektedir. Örneğin cinsiyet temelli ayrımcılıkla ilgili başvurularda karşılaştırılabilirlik ölçütüne fazla dikkat edilmeksizin nesnel ve haklı neden ölçütünün incelenmesine geçilebilmektedir. Bu durumda karşılaştırılabilirlik ölçütünden yine bahsedilmekte ancak ölçüt söz konusu başvuruda neredeyse hiç dikkate alınmaksızın bir sonraki aşamaya geçilmektedir.<sup>192</sup> Bu durum özellikle “*şüpheli temeller*” olarak adlandırılan cinsiyet, ırk, uyrukluk, cinsel

186 AIHM, Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium, Appl. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, para 10.

187 AIHM, *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, Appl. No. 9006/80, 08.07.1986, para 177.

188 AIHM, *Efe v. Austria*, Appl. No. 9134/06, 08.01.2013, para 53; *Graziani-Weiss v. Austria*, Appl. No. 31950/06, para 65.

189 AIHM, *Fredin v. Sweden (No. 1)*, Appl. No. 12033/86, 18.02.1991.

190 Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 1041.

191 age, s. 1037; Gerards, s. 25.

192 Bakınız, AIHM, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Appl. No. 9214/80, 25.05.1985, para 72. Gerards, s. 22-23.

yönelim ırk veya etnik köken veya din temelli ayrımcılık iddialarında ve evlilik dışı doğmuş olan çocuklar bakımından geçerli olabilmektedir.

Mahkeme şüpheli temellerde bazı durumlarda karşılaştırılabilirlik ölçütü yerine dezavantajlı olma ölçütüne de başvurabilmektedir. Karşılaştırılabilirlik ölçütünün Mahkeme tarafından açık bir şekilde ortaya konulmadığından hareketle öğretide Mahkeme'nin şüpheli temellerde başvurduğu dezavantajlı olma ölçütüne tüm ayrımcılık temellerinde başvurmasının daha doğru olacağı ve bu durumda daha kolay bir ölçütün uygulanabileceği ve daha nesnel sonuçlara ulaşılabileceği savunulmuştur.<sup>193</sup>

Karşılaştırılabilirlik ölçütü Anayasa Mahkemesi'nin 10. maddeye uygunluk bakımından yaptığı incelemelerde hemen her zaman gündeme gelmektedir. Bireysel başvuru yolunun tanınmasına kadar geçen süre içerisinde yalnızca somut ve soyut norm denetimi kapsamında gündeme gelen karşılaştırılabilirlik ölçütü artık bireysel ihlal iddialarında farklı muameleye maruz kaldığını iddia eden kişinin karşılaştırılabilir durumda olup olmadığının incelenmesinde de gündeme gelebilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin soyut ve somut norm denetimi kapsamında verdiği kararlarında karşılaştırılabilirlik ölçütü bugüne kadar önemli yer tutmuş ve bu test çok sıkı bir şekilde uygulanmıştır. Hatta Mahkeme'nin geçmişte zaman zaman bu konuda çelişkili davrandığını da söylemek mümkündür. Örneğin boşanma sonucunda çocuğun babasının soyadını kullanması zorunluluğu getiren bir yasal düzenleme değerlendirilirken "*Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar.*" denilirken<sup>194</sup> evli bir kadının evlenmeden önce kullandığı soyadını evlendikten sonra eşinin soyadı olmaksızın tek başına kullanmasını yasaklayan yasal düzenlemeyi değerlendirirken yalnızca "*Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir.*" diyerek kadın ve erkeği evliliğin devamı boyunca farklı konumda değerlendirmiştir.<sup>195</sup> Bu durumun sürdürülmesi herhangi bir nedenle farklı durumda olduğuna karar verilen ayrımcılık mağdurlarının testi geçemedikleri için başvurularının doğrudan

193 Gerards, s. 58.

194 AYM, E. 2010/119, K. 2011/165, 08.12.2011. Ayrıca bkz, E. 1998/3, K. 1998/28, 23.06.1998; E. 1996/15, K. 1996/34, 23.09.1996.

195 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011. Ayrıca bkz, E. 1997/61, K. 1998/59, 29.09.1998.

reddedilmesi ile sonuçlanabilecektir. Karşılaştırılabilirlik testi aşıldıktan sonra ispat yükü yer değiştirebileceği için mağdurların iddiaları gerçek anlamda incelenmeye başlanacaktır. Mahkeme'nin AİHM gibi bu ölçüte çok fazla ağırlık vermemesi ve hatta dezavantajlı olma haline ağırlık vermesi ayrımcılık iddialarının ayrıntılı bir değerlendirmeye tabi tutulabilmesi için çok önemlidir. Mahkeme bugüne kadar yalnızca bir bireysel başvuruda başörtülü kadın avukatlar ile başörtüsüz kadın avukatların karşılaştırılabilir durumda olduğuna dair vurguya yer verilmiştir.<sup>196</sup> Mahkeme'nin bireysel başvuru kapsamındaki kararlarına bakıldığında karşılaştırılabilirlik ölçütünü nasıl uyguladığına dair henüz çok fazla veri bulunmamaktadır.<sup>197</sup>

### C. Makul ve Nesnel Gerekçe Ölçütü

AİHM karşılaştırılabilirlik ölçütüne dair yaptığı değerlendirmenin veya buna gerek görmeyip dezavantajlı durum ölçütüne dair gerçekleştirdiği değerlendirmenin ardından ayrımcı muamelenin makul ve nesnel bir gerekçesinin mevcut olup olmadığına dair değerlendirme yapmaktadır. Bazen bu ölçüt karşılaştırılabilirlik ölçütü yerine her ikisini de içerecek şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Makul ve nesnel gerekçe ölçütü iki ayrı başlıktan oluşmaktadır. Öncelikle farklı muamelenin meşru bir amacının olup olmadığı, ardından izlenen amaç ile başvuru aracının orantılı olup olmadığı değerlendirilmektedir. AİHM'ye göre Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından bir muameledeki farklılık, "*objektif ve makul bir haklılığa sahip değilse*", başka bir deyişle "*meşru bir amaç*" izlemiyorsa veya "*başvurulan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi*" bulunmuyorsa, ayrımcılık oluşturur.<sup>198</sup>

196 Kararda "*Dini inancını sıkı bir şekilde uygulama arzusunda olduğunu ifade eden başvurucu, başörtüsü takması sebebiyle duruşmalara kabul edilmediği halde başörtüsüz kadın avukatlar duruşmalara katılmaktadır. Başvurucu ile duruşmalara kabul edilen diğer kadın avukatların farklı durumda oldukları yönünde bir iddiada bulunulmamıştır.*" denilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi önünde çelişmeli yargılama söz konusu olmadığı için ve başvuru kişinin da karşılaştırılabilir durumda olmadığını iddia etmesi anlamlı olmayacağı için Mahkeme'nin başvuru kişinin karşılaştırılabilir durumda olmadığına dair iddianın kim tarafından dile getirilmesini beklediği sorusu yanıtız kalmaktadır. AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 118.

197 AYM, *Mümin Düşenkalkar Kararı*, B. No. 2013/1244, 17.07.2014, para 24; *İbrahim Uysal Kararı*, B. No. 2014/1711, 23.07.2014, para 48; *Aziz Turhan Kararı*, B. No. 2012/1269, 08.05.2014, para 40-41.

198 AİHM, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Appl. No. 9214/80, 25.05.1985, para 72, *Marckx v. Belgium*, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979, para 33, *Rasmussen v.*

AİHS'nin 14. maddesinde, 8, 9, 10 ve 11. maddelerde olduğu gibi herhangi bir sınırlama nedenine veya istisnaya yer verilmemiştir. Sayılan maddelerin ikinci fıkralarında hangi nedenlerin meşru amaç teşkil edebileceği açıkça ve sınırlı olarak belirtilmiştir. 14. maddede bu anlamda farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağı bir meşru amaçlar listesi yer almamaktadır. Bu sebeple Mahkeme'nin önüne gelecek başvurularda göz önünde tutabileceği önceden belirlenmiş meşru amaçlar bulunmamaktadır. Bu durumda Mahkeme'nin meşru amacın mevcut olup olmadığına dair kendi ölçütlerini oluşturması gerekmiştir. Ancak Mahkeme bu noktada bir ölçüt ortaya koymaktan çok önüne gelen başvurunun niteliğine göre karar vermektedir. Bu sebeple büyük ölçüde Taraf Devletler tarafından öne sürülen oldukça geniş yorumlanmaya açık nedenleri meşru neden olarak kabul edebilmektedir.<sup>199</sup> Bu yaklaşımın dışına çıkılan başvurular ise ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, uyrukluk gibi temellerde ayrımcılık vakalarına ilişkindir.

Mahkeme'nin bu bağlamda yaptığı değerlendirme makul ve nesnel bir gerekçenin varlığını tespit etmeye yöneliktir. Bu kapsamda değerlendirilebilecek bir meşru amacın mevcut olduğu kabul edildiğinde ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine,<sup>200</sup> mevcut olmadığı durumda ise ihlal edildiğine hükmedilebilmektedir.<sup>201</sup> Taraf Devlet tarafından makul ve nesnel herhangi bir neden ortaya konulmadığı durumda doğrudan ihlale hükmedilebilmektedir.<sup>202</sup> Ancak bu noktada Taraf Devletler için meşru bir amacı ortaya koymak genellikle kolay olabilmektedir.<sup>203</sup> AİHM'nin önüne gelen başvurularda meşru amacı nasıl tayin edeceği önemli bir sorundur.<sup>204</sup> Taraf Devletlerin uygulamada gerçekleşen farklı muameleye yönelik bir meşru amaç sunmaları oldukça kolaydır.<sup>205</sup> Böyle bir durumda AİHM'nin benimseyeceği yaklaşım oldukça önemli ve sonuçları itibariyle de bir o kadar

---

*Denmark*, Appl. No. 8777/79, 28.11.1984, para 38.

199 Harris; O'Boyle; Bates; Buckley, s. 793; Gerards, s. 30-31; Livingstone, s. 32.

200 AİHM, *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, Appl. No. 9006/80, 08.07.1986, para 177.

201 AİHM, *Genovese v. Malta*, Appl. No. 53124/09, 11.10.2011, para 48.

202 AİHM, *Savez Crkava "Rijec Zivota" and Others v. Croatia*, Appl. No. 7798/08, 09.12.2010, para 92.

203 Örnek bir dava olarak bkz, AİHM, *Gillow v. the United Kingdom*, Appl. No. 9063/80, 24.11.1986.

204 Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz, Brita Sundberg Weitman, *Legal Tests for Applying the ECHR in Adjudicating on Alleged Discrimination*, Nordisk Tidsskrift for International Ret, Vol. 49, No. 1-2, 1980

205 Arnardottir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, s. 43.

tartışma yaratıcı olabilmektedir. Bu durumda AİHM, Sözleşme'nin günün koşulları ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.

Mahkeme, cinsiyet eşitliği ile ilgili olarak bir davada “cinsiyetlerin eşitliğini iletmenin bugün Avrupa Konseyi’ne üye Devletlerin başlıca hedeflerinden biri olduğu söylenebilir. Bu demektir ki, cinsiyet esasına dayanan bir farklı muamelenin Sözleşme’ye uygun görülebilmesi için, çok güçlü sebepler bulunmalıdır.”<sup>206</sup> şeklinde bir yaklaşımı benimsemiş ve bunu daha sonraki kararlarında da yansıtmıştır. Mahkeme kararlarına bakıldığında, özellikle cinsiyet,<sup>207</sup> uyrukluk<sup>208</sup>, ırk veya etnik köken<sup>209</sup>, doğum<sup>210</sup> ve cinsel yönelim<sup>211</sup> temelleri söz konusu olduğunda, farklı muamelenin nesnel ve makul olabilmesi için oldukça önemli gerekçelerin (weighty reasons) ileri sürülmesi gerekmektedir.<sup>212</sup> İlerleyen zamanlarda yaş ve engellilik temelli ayrımcılık ihlali iddialarında da benzer bir yaklaşımın benimsenebileceği öngörülmektedir.<sup>213</sup>

AİHM, önüne gelen başvurularda makul ve nesnel gerekçe kapsamında başvurduğu ölçütlerden bir diğeri ise orantılılık ölçütüdür.<sup>214</sup> Mahkeme önüne gelen 14. madde ile ilgili başvurularda gerçekleştirilen farklı muamelenin meşru bir amacının olmasının yanında, izlenen

206 AİHM, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Appl. No. 9214/80, 25.05.1985, para 78. Türkçe çeviri için bkz, Osman Doğru, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=101> (erişim: 20.06.2015)

207 AİHM; *Burghartz v. Switzerland*, Appl. No. 16213/90, 22.02.1994, para 27; *Karlheinz Schmidt v. Germany*, Appl. No. 13580/88, 18.7.1994, para 24; *Petrovic v. Austria*, Appl. No. 20458/92, 27.03.1998, para 37.

208 AİHM, *Gaygusuz v. Austria*, Appl. No. 17371/90, 16.09.1996, para 42; *Koua Poirrez v. France*, Appl. No. 40892/98, 30.09.2003, para 46; *Rangelov v. Germany*, Appl. No. 5123/07, 22.03.2012, para 87.

209 AİHM, *Jersild v. Denmark*, Appl. No. 15890/89, 23.09.1994, para 30, *Orsus and Others v. Croatia* (Grand Chamber), Appl. No. 15766/03, 16.03.2010, para 149.

210 AİHM, *Inze v. Austria*, Appl. No. 8695/79, 28.10.1987, para 4; *Mazurek v. France*, Appl. No. 34406/97, 01.02.2000, para 49; *Sommerfeld v. Germany*, Appl. No. 31871/96, 08.07.2003, para 93.

211 AİHM, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, Appl. No. 33985/96, 27.09.1999, *Lustig-Praen and Beckett v. the United Kingdom*, Appl. No. 31217/96, 32377/96, 27.09.1999; *A.D.Tv. the United Kingdom*, Appl. No. 35765/97, 31.07.2000, para 37; *L and V. Austria*, Appl. No. 39392/98, 09.01.2003, para 45; *S. L. v. Austria*, Appl. No. 45330/99; 09.01.2003, para 36; *Karner v. Austria*, Appl. No. 40016/98, 24.07.2003, para 37, *Kozak v. Poland*, Appl. No. 13102/02, 02.03.2010, para 92.

212 Ovey; White, s. 426; Harris; O’Boyle; Bates; Buckley, s. 796.

213 de Schutter, s. 16.

214 Ayrıntılı bilgi için bkz, Marc-André Eissen, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, The European System for the Protection of Human Rights, R. St. J. Macdonald; F. Matscher; H. Petzold (Eds), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, 1993; Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002, s. 14 vd.



amaç ile başvuru aracı arasında bir orantılılığın bulunmasını da aramaktadır. Mahkeme bu yaklaşımı oldukça eski bir tarihten bu yana sürdürmektedir.<sup>215</sup> Bu ölçüt toplumun genel olarak menfaati ile bireyin sahip olduğu bir hakkın karşılıklı olarak değerlendirilmesi noktasında başvuru bir ölçüttür ve adil veya makul bir dengenin bulunmasını gerektirmektedir.

Mahkeme'ye göre farklı muamelenin, sadece meşru bir amaca sahip olması yeterli değildir ve gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantının bulunmadığının açıkça ortaya konması halinde, 14. madde yine ihlal edilmiş olur.<sup>216</sup> Mahkeme orantılık ölçütüne dair daha yoğun bir denetim gerçekleştirdiğinde Taraf Devletlerin takdir alanı daha dar hale gelebilmektedir. Bu ölçüt kapsamında makul veya adil bir denge bulunduğu ise ulusal makamların takdir alanı içerisinde kaldıkları kabul edilmektedir.<sup>217</sup>

AİHM'nin orantılık noktasında da ortaya somut bir ölçüt koyduğunu söylemek mümkün değildir. Mahkeme'nin orantılık ile dar anlamda ölçülülük ilkesini mi kastettiği, yoksa geniş anlamda bir ölçülülük ölçütüne (proportionality) yer vererek elverişlilik (appropriateness) ve gereklilik (necessity-subsidiarity) gibi alt ölçütleri de göz önünde tutup tutmadığı da belirsizdir. Mahkeme'nin kimi kararlarında geniş anlamda bir ölçülülük ilkesinin benimsendiği ifade edilmektedir.<sup>218</sup> Mahkeme izlenen amaca ulaşılması daha az ayrımcı veya dezavantajlı bir önlemlerle mümkün oluyorsa farklı muamelenin orantılı kabul edilemeyeceği düşüncesindedir.<sup>219</sup> Mahkeme'ye göre karşılaştırılabilir iki durum arasında bir farklılık mevcut ise meşru amaç ile orantılık ölçütlerinin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.<sup>220</sup> Ancak AİHM'nin ilk ölçütü uyguladıktan ve olumsuz bir sonuca ulaştıktan ya da meşru amaç ölçütünü uyguladıktan ve aynı şekilde olumsuz bir sonucu

215 AİHM, *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium*, Appl. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968'den aktaran Partsch, s. 590.

216 AİHM, *National Union of Belgian Police v. Belgium*, Appl. No. 4464/70, 27.10.75, para 46.

217 Arai-Takahashi, s. 14.

218 Gerards, s. 33.

219 age, s. 34-36.

220 AİHM, *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium*, Appl. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968, para 32.

ulaştıktan sonra orantılılık ölçütüne dair inceleme yapmadığı kararları da mevcuttur.<sup>221</sup>

Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında ise AİHM'nin uyguladığı meşru amaç ölçütünün Anayasa Mahkemesi tarafından "haklı neden" ölçütü olarak uygulandığı görülmektedir.<sup>222</sup> Mahkeme kişilerin diğer kişilere göre farklı hukuk kurallarına bağlı tutulması haklı bir nedene dayanıyorsa eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine karar verilmektedir.<sup>223</sup> Haklı neden ölçütü ile yasal düzenlemelerle yapılan bir sınıflandırma ile yasal düzenlemenin amacı arasındaki bağın mevcudiyetini, sınıflandırmanın yasa ile öngörülen amaca hizmet edip etmediğini ve orantılı olup olmadığını belirlemektedir.<sup>224</sup> Mahkeme'ye göre,

*"Yasal düzenlemeler yapılırken, yasanın kapsamına girebilecek kişiler, varlıklar ve olgular yönünden bir takım sınıflandırmalar yapılması ve buna bağlı olarak sözü edilen kişi, varlık veya olgulardan hangilerinin bu düzenlemelerin kapsamına dâhil edileceği noktasında karar verilmesi kaçınılmazdır. Sorun, sözü edilen bu sınıflandırmaların hangi durumlarda haklı görülebileceğidir. Kanunların, eşitlik ilkesine aykırı olmadığını söyleyebilmek için, sınıflandırmanın anlaşılabilir bir farklılığa dayanması, sınıflandırmanın kanununun amacıyla ilişkili, akla uygun ve adil olması, nedensiz, haksız, keyfi olmaması gerekir."*<sup>225</sup>

Mahkeme'ye göre hukuksal durumları aynı olanlar arasında haklı bir nedene dayanmayan ayırım yapılamaz, ancak haklı neden varsa bazı kişiler başka kurallara bağlı tutulabilir. Mahkeme'ye göre hukuk devletinin önemli öğelerinden biri, benzer nitelik ve durumda olanlar arasında farklı uygulamayı engelleyen, ayrı nitelik ve durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulmasını zorunlu kılmayan eşitlik ilkesidir.<sup>226</sup> Mahkeme'ye göre, "...

221 Örneğin, AİHM, *Marckx v. Belgium*, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979, para 38-41, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Appl. No. 9214/80, 25.05.1985, para 79-83, *Inze v. Austria*, Appl. No. 8695/79, 28.10.1987, para 41-45; *Darby v. Sweden*, Appl. No. 11581/75, 23.10.1990, para 33-34. Aktaran, Partsch, s. 590.

222 Anayasa Mahkemesi de bazen AİHM gibi "nesnel ve makul neden" ifadesini de kullanabilmektedir. Bakınız, AYM, E. 2008/42, K. 2008/167, 20.11.2008.

223 AYM, E. 1981/13, K. 1983/8, 28.04.1983.

224 İnceoğlu, s. 54. Bu ölçüt bu haliyle AİHM'nin "nesnel ve haklı neden" ile "orantılılık" ölçütlerinin kapsayan ve "meşru amaç" ölçütü olarak adlandırılan ölçüte karşılık gelmektedir. Ancak inceleme yöntemi içerisinde bu alt-ölçütler ayrı ayrı ve ayrı birer ölçüt olarak değerlendirildiği için bu bölümde orantılılık dışındaki kısım göz önünde tutulmaktadır.

225 AYM, E. 2006/159, K. 2010/47, 24.03.2010.

226 AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, 19.04.1988.

*eşitlik ilkesi, ortada haklı bir neden bulunmadıkça hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınmasına mutlak engeldir..."<sup>227</sup>*

Anayasa Mahkemesi'nin uyguladığı bu ölçüt hâlihazırda somut bir ölçü olmaktan uzaktır.<sup>228</sup> Örneğin Mahkeme, "*fuhuşu meslek edinen*" bir kadına tecavüz edilmesi ile "*iffetli bir kadına*" tecavüz edilmesi suçlarında sanıkların farklı cezaya çarptırılmasını, iki kadının farklı düzeyde zarara uğrayacağı gerekçesi ile haklı bulabilmiştir.<sup>229</sup> Mahkeme'nin haklı neden ölçütüne değinen kararlarında "*gereklilik*", "*zorunluluk*", "*işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk*", "*kamu yararı amacıyla veya başka bir haklı nedenle*", "*dengeli ve makul görülebilecek ölçüler*", "*adaletli ve eşit ölçüler*", "*zorunlu bir nedene, anayasal bir gereğe dayanma*" gibi kavramlarla haklı neden ölçütünü somutlaştırmaya ve yasalarda yapılan sınıflandırma veya ayrımları haklı kılabilen her türlü nedeni içerecek şekilde geniş yorumlamaktadır.<sup>230</sup> Bu durumun Anayasa Mahkemesi'nin geniş bir takdir yetkisi çerçevesinde, önüne gelen somut duruma göre bir tavır aldığı şeklinde yorumlanması mümkündür.<sup>231</sup> Öğretide de belirtildiği gibi Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya çıkan en önemli sorunlardan birisi farklı muamelenin dayanağı olarak gösterilen haklı nedenin tespiti noktasında ortaya çıkmaktadır.<sup>232</sup>

Eşitlik ilkesi çerçevesinde Anayasa Mahkemesi içtihatları açısından yapılacak bir değerlendirmede "*haklı neden*" ölçütünün ayrımcılık yasağına karşı sağlanan korumanın kapsamının belirlenmesinde karşılaştırma ölçütü ile birlikte en önemli ölçüt olduğunu göstermektedir. Cinsiyet eşitliği ile ilgili bir çalışmada Mahkeme kararlarının önemli bir bölümünde mevcut eşitsizliklerin takdir yetkisi veya toplumsal ya da kültürel kalıplarla gerekçelendirilerek "*cinsiyetçi*" bir yaklaşımın ortaya koyulduğu dile getirilmiştir. Bu tür içtihatlarda Mahkeme'nin yasal düzenlemenin koruduğu hukuksal yararı araştırmadığı veya etkili bir denetime tabi tutmadığı

227 AYM, E. 1987/3, K. 1987/13, 22.05.1987.

228 Aksi görüş için Bülent Serim, *Yasa Önünde Eşitlik İlkesi*, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 27, Sayı 3, TODAİE, Ankara, 1994, s. 22.

229 AYM, E. 1988/4, K. 1989/3, 12.01.1989.

230 Öden, s. 195.

231 Yusuf Şevki Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yay., Ankara, 2009, 206.

232 Yılmaz Aliefendioğlu, *Eşitlik İlkesi*, Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul, 1999, s. 93.

belirtilmiştir.<sup>233</sup> Bu durum neredeyse tamamen inceleme aşamasında gündeme gelen “*haklı neden*” ölçütüne dair yaklaşımla ortaya çıkmaktadır. Yukarıda belirtilenler ışığında Anayasa Mahkemesi’nin “*haklı neden*” ölçütünde AİHM’nin içtihatlarını ve hatta bireysel başvuruya konu olayla ilgili uluslararası insan hakları hukukunda ortaya çıkan güncel yaklaşımı benimsemesi hayati önemdedir. Aksi takdirde yakın bir tarihte verilen kadının evlenmeden önceki soyadının kullanabilmesi ile ilgili kararda olduğu gibi AİHM ile birbirine tamamen zıt yönde kararların çıkması mümkündür ve bu durumun bireysel başvuru yolunu belirli konularda etkisiz kılma potansiyeli taşımaktadır.

AİHM’nin uyguladığı orantılılık ölçütü, ölçülülük ilkesi adıyla Anayasa Mahkemesi tarafından da kararlarında sıklıkla kullanılmaktadır. Ölçülülük ilkesinin Anayasa’nın 13. maddesinde pozitif bir dayanağı da mevcuttur. Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yasayla getirilecek sınırlamaların ölçülü olması gerekmektedir. Ölçülülük Mahkeme tarafından “*adaletli ve kabul edilebilir denge*”,<sup>234</sup> “*makul ve kabul edilebilir ölçü*”,<sup>235</sup> “*amaç ve sınırlama arasında büyük ölçüsüzlük*”,<sup>236</sup> “*sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil denge*”,<sup>237</sup> gibi ifadelerle tanımlanmaya çalışılmıştır. Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesinin “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç alt ilke çerçevesinde incelemektedir.<sup>238</sup> Elverişlilik ölçütü kapsamında bir hakka yönelik sınırlamanın öngörülen amacı gerçekleştirmek için elverişli olması değerlendirilmektedir. Başvurulan bir aracın izlenen amaca ulaşılmasını zorlaştırdığı veya izlenen amaca ulaşılması noktasında herhangi bir etkisi olmadığı elverişli kabul edilmemektedir. İkinci alt-ölçüt ise izlenen amacın gerçekleştirilmesinde başvurulan aracın başka araçlara göre herhangi bir hakka en az müdahalede bulunacak veya sınırlayacak araç olup olmadığı değerlendirilmektedir. Bu noktada kişiler için daha az yükümlülük getiren başka bir aracın mevcut olması başvurulan aracı gerekli olmaktan

233 Oder, *Anayasa’da Kadın Sorunsalı*, s. 214.

234 AYM, E. 1986/12, K. 1987/4, 11.02.1987.

235 AYM, E. 1988/14, K. 1988/18, 14.06.1988.

236 AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, 19.04.1988.

237 AYM, E. 2009/11, K. 2011/93, 09.06.2011.

238 Christian Rumpf, *Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği*, Anayasa Yargısı, Cilt 10, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1993, s. 36.

çıkartılmaktadır. Üçüncü ve son alt-ölçüt olan orantılılıkta ise izlenen amaç ile başvuru araç arasında bir orantının mevcut olup olmadığı değerlendirilmektedir.<sup>239</sup>

Anayasa Mahkemesi'ne göre ölçülülük ilkesi "...'elverişlilik', 'gereklilik' ve 'orantılılık' olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. 'Elverişlilik', başvuru önlemin ulaşılması istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik' başvuru önleminin ulaşılması istenen amaç bakımından gerekli olmasını, 'orantılılık' ise başvuru önlem ile ulaşılması istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir." Mahkeme de adil bir dengeyi kurulmasına gönderme yapmıştır. Mahkeme'ye göre "ölçülülük ilkesiyle devlet... kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür." Bu yükümlülüğün ihlali ölçülülük ve hukuk devleti ilkelerinin ihlali kabul edilmektedir.<sup>240</sup>

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, AİHM tarafından uygulanan orantılılık ölçütüne benzer bir ölçütü somut veya soyut norm denetimi kapsamında verdiği kararlarda uygulayagelmiştir.<sup>241</sup> Mahkeme bu tür bir ölçütü hem eşitlik ilkesi çerçevesinde, hem de Anayasa'nın 2. maddesi çerçevesinde hukuk devleti ilkesine uygunluk denetimi kapsamında uygulamaktadır.<sup>242</sup> Mahkeme'ye göre "haklı bir nedene dayanmayan oransızlık, eşitlik ilkesine aykırılık" oluşturabilmektedir.<sup>243</sup> Benzer yaklaşımın Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde bireysel başvurularda da sergilenmesinin önünde Anayasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak orantılılık ölçütünün mümkün olduğunca kapsamlı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Mahkeme'nin evli kadının soyadı ile ilgili kararında olduğu gibi "itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengeyi kurulması da sağlanmıştır." şeklinde herhangi bir değerlendirme yapmaksızın bir sınırlamada "adil bir denge" bulunduğu karar vermesi ayrımcılık yasasına yönelik denetimi tamamen etkisiz kılacaktır.<sup>244</sup>

239 Ayrıntılı bilgi için bkz, Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özünü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., Ankara, 1982, s. 113-117.

240 AYM, E. 2012/80, K. 2013/16, 23.01.2013.

241 Sultan Uzeltürk, İHAM Kararları Işığında Türkiye'de Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2006, s. 233.

242 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011.

243 AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, 31.03.1992.

244 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011.

AİHM'nin orantılılık ölçütüne dair sergilediği yaklaşımın Anayasa Mahkemesi tarafından da aynen benimsenmesi ve hatta daha da somutlaştırılarak ve geliştirilerek uygulanması mümkün gözükmektedir.<sup>245</sup>

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru usulünde AİHM tarafından meşru ve nesnel gerekçe ölçütüne gönderme yapmaya başlamıştır. Mahkeme'ye göre,

*“kamu gücünü kullanan organların ayrıcalıklı muameleyi haklı ve objektif gerekçeye dayandırması... gerekir... farklı muamele davranışları incelenirken, devletin, iddia edilen ayrımcılığı herhangi bir şekilde haklı kılamaması durumunda, başvuruçunun bu iddiası, istisnai durumlar dışında sonuca ulaşacaktır. Farklı muamele davranışının amacına ilişkin olarak açıklamalarda bulunuluyorsa, ortaya konulan gerekçelendirmelerin makul bir temelini olması ve gerekçelendirmelerin kanıtlara dayandırılması gerekir.”*<sup>246</sup>

Yine Mahkeme'ye göre meşru bir amacın mevcudiyeti halinde *“devletin kullandığı araç ile gerçekleştirmeye teşebbüs ettiği amaç arasında, gerçekten makul bir orantılılık ilişkisinin ortaya konulup konulmadığı”* incelenmelidir.<sup>247</sup> Mahkeme anılan kararında AİHM'nin meşru ve nesnel gerekçe ölçütünü benzer bir biçimde uygulamaya çalıştığı görülmektedir. Bu yaklaşımın sürdürülmesi AİHM-Anayasa Mahkemesi uyumu bakımından yerinde olacaktır.

### **Sonuç ve Değerlendirme**

Anayasa'nın 10. maddesi ve AİHS'nin 14. maddesi arasında ayrışan veya ortaklaşan hususlar söz konusudur. Ancak mevcut farklılıklara rağmen Anayasa'nın 10. maddesinin birçok açıdan AİHS'nin 14. madde düzenlemesinden daha geniş kapsamlı bir koruma sağladığı rahatlıkla ileri sürülebilir. Geçmişte yalnızca somut ve soyut norm denetimi kapsamında gündeme gelen eşitlik ilkesi, bireysel başvurularda ayrımcılık yasağı bağlamında Anayasa Mahkemesi tarafından daha ayrıntılı bir denetime tabi tutulacaktır. Mahkeme geçmişte *“özde uyum yaklaşımı”* olarak adlandırılan bir yaklaşım sergilemiştir. Bu yaklaşımda Anayasa ile kararlarda gönderme yapılan uluslararası insan hakları hukuku normu arasında öz bakımından

245 Anayasa Mahkemesi'nin somut ve soyut norm denetimi kapsamında ölçülülük ilkesine dair uygulamasının AİHM standartlarından ileri olduğuna dair bir görüş için bkz, Rumpf, s. 37.

246 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 119-122.

247 agk, para 123.

bir bağdaşmanın mevcut olduğu, hukuksal değerlerin özdeş olduğu kabul edilmiştir.<sup>248</sup> Mahkeme'ye göre,

*“Anayasa'nın 10. maddesindeki 'iki cinsin eşitliği' kuralı ile yukarıda ayrıntılı biçimde incelenmiş olan, gerek cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin kadın ve erkeğin kanun önünde eşit haklara sahip olduklarını, gerekse aile hukukunda karı ve kocanın eşit hakları olduğu kuralını vurgulayan... İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerinin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 'Başlangıç' Kısmı; bu Sözleşme'nin eki olan Türkiye Cumhuriyeti'nce imzalanmış, ancak henüz onaylanmamış olan 7 nolu Protokolünün 5. maddesi; Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 'Önsözü'; ile 14. maddesi[nin] uyum içinde olduklarında bir duraksama yoktur.”<sup>249</sup>*

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında ise *“Anayasa'ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetilen uluslararası belgelerin, cinsiyete dayalı ayrımı ya da eşitsizliği reddeden bu hükümleri ile Anayasa'nın 'Kanun önünde eşitlik' başlıklı 10. maddesi arasında özde bir farklılık bulunmamaktadır.”* ifadelerini kullanmıştır.<sup>250</sup> Mahkeme'nin daha sonraki kararlarında buna benzer bir yaklaşımı sürdürdüğünü söylemek güçtür. Ancak benzer yaklaşımın yeniden benimsenmesi bireysel başvuru usulünün AİHM standartlarına ve kabul edilmiş amaçlarına uygun işlemesi açısından büyük önemdedir.

Anayasa Mahkemesi önüne gelecek bireysel başvurularda Anayasa'nın 10. maddesi ve AİHS'nin 14. maddesi bağlamında gündeme gelen sorunlardan ilki her iki düzenlemenin ayrımcılık yasağının koruduğu haklar bakımından kapsamalarının farklı olmasıdır. Bu farklılık nedeniyle Mahkeme'nin bu alanda gerçekleştireceği yargısal denetimde Anayasa'nın 10. maddesini mi yoksa AİHS'nin 14. maddesini mi, göz önünde tutacağı oldukça önem kazanmaktadır. Anayasa açısından, Ek 12. Protokol ile aynı yönde ancak AİHS ile ters yönde, açık uçlu bir yaklaşımın benimsendiği tespiti yapılabilir. Anayasa'da ayrımcılık yasağının sağladığı korumanın AİHS'nin normatif sınırların ötesine geçmesinin önünde Anayasal bir engel bulunmamaktadır ve bireysel başvuru yolunun öngörülmesine dair Anayasa koyucunun dile

248 Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 219-220.

249 AYM, E. 1990/30, K. 1990/31, 29.11.1990.

250 AYM, E. 1996/15, K. 1996/34, 23.09.1996. Ayrıca bkz, E. 1998/3, K. 1998/28, 23.06.1998.

getirdiği argümanlara da uygun gözükmektedir. Bu durum ayrıca AİHS'nin 53. maddesinin Taraf Devletler açısından doğurduğu yükümlülüklerle de uygundur.

AİHM uzunca bir süredir ayrımcılık yasağının ihlaline dair iddiaları tutarlı olmamakla birlikte belirli ölçütler çerçevesinde incelemektedir. Bu ölçütlerden ilki başvurunun Sözleşme kapsamında tanınmış olan hak ve özgürlüklerle ilgili olmasıdır. Mahkeme ikinci olarak karşılaştırılabilir kişiler arasında belirtilen haklar ve özgürlüklerden yararlanma açısından fark gözetilip gözetilmediği noktasında bir değerlendirme yapmaktadır. Bu ölçütün ardından üçüncü olarak tespit edilen farklı muamelenin nesnel ve makul bir nedeninin olup olmadığı değerlendirilmektedir. Mahkeme dördüncü olarak ise kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında bir orantı bulunması noktasında değerlendirmede bulunmaktadır. Tüm bu ölçütler yanında şüphesiz bir başka ölçüt ise Taraf Devletin takdir alanı içerisinde kalıp kalmadığına dair yapılan değerlendirmedir. AİHM takdir alanı doktrini çerçevesinde Taraf Devletlere bir takdir alanı bırakmaktadır. Ancak bu durum AİHM'nin bir uluslararası mahkeme olmasından kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi ise bir ulusal yargı organı olarak insan hakları ihlallerinden sorumlu olan yasama, yürütme ve yargı organlarına bu şekilde bir takdir alanı bırakmak durumunda değildir. Mahkeme kararlarına bakıldığında birçok durumda takdir yetkisine vurgu yapılarak farklı muamelenin haklı nedeninin bulunduğuna karar verildiği görülmektedir. Aynı yaklaşımın bireysel başvuru usulünde de sürdürülmesi ayrımcılık iddialarının yeterince incelenmemesine yol açabilecektir. Bu durum AİHM standartlarına aykırılıkları beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle takdir yetkisi kavramına kararlarda yer verilmemesi ve kapsamlı bir inceleme gerçekleştirilmesi oldukça önem arz etmektedir.

AİHM önüne gelen başvurularda belirtilen ölçütlere başvurarak ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir.<sup>251</sup> Bu ölçütlerden birinin karşılanmadığı durumda Mahkeme için diğer ölçütlerin incelenmesi gereksiz hale gelebilmektedir.<sup>252</sup> Ancak belirtmek gerekir ki

251 AİHM, *Rasmussen v. Denmark*, Appl. No. 8777/79, 28.11.1984, para 35-38, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Appl. No. 9214/80, 25.05.1985, paragraf 71; *Koua Poirrez v. France*, Appl. No. 42892/98, 30.09.2003, para 46. Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s. 1034; OVEY, WHITE, s. 417-419.

252 age, s. 1042.



bu şekilde bir formülasyonun varlığına karşın uygulamada içtihatlarla bakıldığında farklı uygulamalar da göze çarpmaktadır.<sup>253</sup> Yukarıda belirtilen Mahkeme'nin 14. madde kapsamında ileri sürülen iddiaları inceleme yöntemi her başvuruda aynı şekilde uygulanmamaktadır. Meşru amaç ölçütünün devletlerce büyük oranda karşılanması nedeniyle gereksiz, ölçülülük ölçütünün karmaşık ve karşılaştırılabilir durumlar ölçütünün ise belirsiz olduğu ve Mahkeme'nin somut ölçütler ortaya koyamadığı ifade edilmektedir.<sup>254</sup>

AİHM'nin ayrımcılık yasağına dair iddialara dair mevcut inceleme yöntemi tamamen içtihatlarla ortaya çıkmıştır ve normatif bir dayanağı bulunmamaktadır. Yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği gibi AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin yöntemleri arasında bazı farklılıklar ve benzerlikler söz konusudur. İnceleme yönteminde gündeme gelebilecek bir diğer durum ayrımcılık yasağının ihlalini de içeren çok sayıda ihlal iddiasının dile getirildiği bir başvuruda ayrımcılık yasağının ikincil hale getirilip getirilmemesi ile ilgilidir. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin başvuruyu ayrımcılık yasağı açısından da incelemeye devam etmesi büyük önemdedir. Aksi bir tutum AİHM standartlarına doğrudan aykırı olmamakla birlikte ayrımcılık yasağına karşı mevcut bilgi eksikliğini giderilmesi için belirtilen biçimde bir tutumun benimsenmesi olumlu olacaktır.

İnceleme yönteminde gündeme gelebilecek başka bir durum karşılaştırılabilirlik ölçütü ile ilgilidir. Mevcut içtihatlar AİHM ile Anayasa Mahkemesi'nin kısmen benzer davrandığını göstermektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu ölçütü çok daha sıkı uygulamaktadır. Bu durum bireysel başvuru usulünde ayrımcılık mağdurlarının iddialarının yeterince incelenmemesine yol açabileceği için Mahkeme tarafından bu ölçütün daha gevşek uygulanmasının daha uygun olduğu görülmektedir. Aksi durum ayrımcı muameleden sorumlu olduğu iddia edilen kamu gücünü herhangi bir haklı neden ileri sürme yükünden kurtaracaktır. Bu nedenle AİHM standartlarına uyum açısından yaklaşım değişikliğinin gerekli olduğu göze çarpmaktadır.

253 age, s. 17. Bu konuda farklı yaklaşımları ortaya koyan Mahkeme kararları için bkz, aynı makale. s. 17-18.

254 Arnardottir, Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, s. 55.

İnceleme yöntemindeki diğer bir durum makul ve nesnel gerekçe ölçütü ile ilgili olarak gündeme gelmektedir. Bu ölçüt kapsamında AİHM ilk olarak meşru amaç ölçütünü uygulamakta ve Taraf Devletlere geniş bir takdir alanı bırakmaktadır. Ancak her türlü meşru amaç farklı muameleyi de meşru hale getirmemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına bakıldığında ise "haklı neden" adı altında her türlü gerekçenin Anayasa'ya uygun bulunabildiği görülmektedir. AİHM standartlarına uyum açısından Anayasa Mahkemesi'nin AİHM standartlarını yakından izlemesi ve kararlarında "haklı neden" veya "kamu yararı" ifadelerine yer verirken kapsamlı bir gerekçelendirme sunması gerekmektedir. Makul ve nesnel gerekçe kapsamında gündeme gelen orantılılık ilkesi açısından ise AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımları arasında paralellik kurulması ve hatta Anayasa Mahkemesi'nin ulusal bir yargı organı olarak daha kapsamlı bir değerlendirme yapması mümkün gözükmemektedir.

Son olarak çalışma kapsamında incelenen kararlara bakıldığında AİHM standartlarına uyum konusunda üç farklı yaklaşımın bulunduğunu söylemek mümkündür. İlk konu nefret suçları ile ilgilidir. AİHM'ye göre, kötü muamelenin özellikle ırkçı bir saik ile gerçekleştiğine dair bir şüphenin mevcut olduğu durumlarda, ulusal makamlar söz konusu fiil ister özel kişiler, isterse kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilsin mümkün olduğunca kapsamlı bir şekilde soruşturma yükümlülüğü altındadır.<sup>255</sup> Ancak Anayasa Mahkemesi bu tür bir yükümlülüğün gündeme geldiği bir başvuruda,<sup>256</sup> işkence ve kötü muamele yasağının ihlaline hükmetmiş ancak soruşturmada ırkçı bir saikin mevcut olup olmadığına dair bir incelemenin yapılmamış olmasını göz ardı etmiştir.<sup>257</sup> Mahkeme kararında işkence ve kötü muamele iddiası ile birlikte ayrımcılık yasağının etnik köken temelinde ihlal edildiğine dair iddiayı incelemekten kaçınmıştır. Bu yaklaşım açıkça AİHM standartlarına aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi tarafından kadının evlenmeden önceki soyadı ile ilgili kararları<sup>258</sup> da AİHM standartlarının gerisinde kalmıştır.<sup>259</sup> Mahkeme,

255 AİHM, *Secic v. Croatia*, Appl. No. 40116/02, 31.05.2007, para 67.

256 AYM, *Deniz Yazıcı Kararı*, B. No. 2013/6359, 10.12.2014.

257 Başvuruya konu olayda işkence ve kötü muamele yasağını ihlalden sorumlu olan kamu görevlilerinin kullandıkları "...demek Diyarbakırlısın, adında Deniz. Sen üniversitede az dayak yedin herhalde, doktor oldun da bir şey mi oldun" şeklindeki ifadeler kararda dikkate alınmamıştır.

258 AYM, *Sevim Akat Eşki Kararı*, B. No. 2013/2187, 19.12.2013; *Gülsim Genç Kararı*, B. No. 2013/4439, 06.03.2014.

259 Belirtmek gerekir ki, Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'ya uygun

AIHM benzer durumu cinsiyet ayrımcılığı olarak kabul etmesine karşın, *Sevim Akat Ekşi Kararı*'nda, Anayasa'nın 17. maddenin ihlaline ve ihlal iddiasının mahiyeti gereği yalnızca 17. maddeden inceleme yapılmasına karar vermiş, *Gülsim Genç Kararı*'nda ise Anayasa'nın 17. maddesinin ihlaline karar verilmiş ve Anayasa'nın 10. maddesi bağlamında ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Bu tutum AIHM standartları ile bariz bir farklılığa işaret etmektedir. Mahkeme'nin aynı bölümü tarafından farklı heyetlerle de olsa yaklaşık üç ay ara ile verilmiş iki karar arasında bu derece farklı bir yaklaşımın benimsenmiş olması özellikle dikkat çekicidir.

Anayasa Mahkemesi tarafından hâlihazırda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair verilen ilk ve tek karar olan *Tuğba Arslan Kararı* açısından da bir standart farklılığının ortaya çıktığını belirtmek gerekir.<sup>260</sup> AIHM, kamu hizmetine girme veya işe alınma şeklinde bir hakkın AIHS'de yer almadığını ancak işten çıkarılmanın bir ihlale yol açabileceğini kabul etmektedir. Bir kişi yalnızca örneğin cinsiyeti nedeniyle görevden alınrsa veya işten çıkarılırsa bu durum kişinin kimliği, kendine saygısı ve sonuç olarak özel hayatı ile ilgili bir konu olarak kabul edilmektedir ve Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte 14. madde açısından bir incelemeye konu olabilmektedir.<sup>261</sup> Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi başörtülü olduğu için duruşmalara girmesine izin verilmeyen bir kadın avukatın başvurusunda çalışma hakkının Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmakla beraber, AIHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmediği gerekçesiyle inceleme konusu yapmamıştır.<sup>262</sup> Kararda din ve vicdan özgürlüğünün ve ayrıca bu özgürlükle birlikte ayrımcılık yasağının da ihlaline hükmedildiği için dikkat çekmemekle birlikte, çalışma yaşamına dair konuların bu şekilde bireysel başvuruya konu olması mümkün olmayan bir hak olarak kabulü AIHM standartlarının oldukça gerisine düşülmesi tehlikesini beraberinde getirmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin özel yaşama, aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkının kapsamını AIHM gibi

---

olduğuna dair 2009 yılında verilen (2009/85 E, 2011/49 K.,10.03.2011) kararda maddenin Anayasa'ya uygun olduğu yönünde oy kullanan 9 yargıçtan 5'i bir önceki dipnotta belirtilen kararlarda bu kez Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği yönünde oy kullanmışlardır. Bu durum söz konusu yasal düzenlemenin bir kez daha Anayasa Mahkemesi önüne geldiği takdirde bu kez iptal edilmesinin daha yüksek bir olasılık olduğuna işaret etmektedir.

260 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014

261 AIHM, *Emel Boyraz v. Turkey*, Appl. No. 61960/08, 02.12.2014.

262 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 34.

geniş yorumlaması ile doğrudan bireysel başvuruya konu olamayan birçok konu ayrımcılık yasağı bağlamında bireysel başvuruya konu olabilecek ve AİHM ile bir uyum yakalanması mümkün olabilecektir.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar ve Makaleler

Anne F. Bayefsky, *Defining Equality Rights*, Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms, Anne F. Bayefsky, Mary Eberts (Eds.), Carswell, Toronto, Calgary, Vancouver, 1985

Anne F. Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, Human Rights Law Journal, Vol. 11, No. 1-2, 1990

B. G. Ramcharan, *Equality and Nondiscrimination*, the International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights, Henkin, Louis (Ed.), Columbia University Press, New York, 1981

Bahadır Kılınç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yay., Cilt 25, Ankara, 2008

Bertil Emrah Oder, *Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası*, Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar, Bertil Emrah Oder; Deniz Yüksek; Fatoş Gökşen; Hülya Durudoğan (Derleyenler), Koç Üniversitesi Yay., İstanbul, 2010

Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Beta Yay., İstanbul, 2010

Brita Sundberg Weitman, *Legal Tests for Applying the ECHR in Adjudicating on Alleged Discrimination*, Nordisk Tidsskrift for International Ret, Vol. 49, No. 1-2, 1980

Bülent Serim, *Yasa Önünde Eşitlik İlkesi*, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 27, Sayı 3, TODAİE, Ankara, 1994

Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, May Yay., İstanbul, 1978

Bülent Tanör; Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yay., İstanbul, 2006

Christa Tobler, *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under the EC Law*, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2005

Christa Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Luxemburg, 2008

Christian Rumpf, *Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği*, Anayasa Yargısı, Cilt 10, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1993

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, Oxford, 2014

Ece Göztepe, *Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 95, Ankara, 2011

Evert Albert Alkema, *The Third Party Applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights*, Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in honour of Gerard J. Wiarda, Carl Heymans Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988

Fazıl Sağlam, *Anayasa Şikayeti: Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar*, Demokratik Anayasa, Ece Göztepe; Aykut Çelebi (Hazırlayanlar), Metis Yay., İstanbul, 2012

Fazıl Sağlam, *Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları*, Anayasa Yargısı İncelemeleri-1, Mehmet Turhan; Hikmet Tülen (Editörler), Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 2006

Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., Ankara, 1982

Frédéric Edel, *The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010

Janneke Gerards, *The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights*, The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe, Jan Niessen; Isabelle Chopin (Eds), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004

Karl Josef Partsch, *Discrimination*, The European System for the Protection of Human Rights, R. St. J. Macdonald; F. Matscher; H. Petzold (Eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1993

Karl Josef Partsch, *Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination*, The International Dimensions of Human Rights, Karel Vasak (Ed.), Vol. 1, UNESCO, Greenwood Press, Connecticut, 1982

Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011

Luzius Wildhaber, *Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights: A Second-Class Guarantee?*, Baltic Yearbook of International Law, Vol. 2, Kluwer Law International, The Hague, 2002

Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 2005

Marc-André Eissen, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, The European System for the Protection of Human Rights, R. St. J. Macdonald; F. Matscher; H. Petzold (Eds), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, 1993

Mark Bell, "Direct Discrimination", *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Dagmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell (Eds), Hart Publishing, Cornwall, 2007

Mark W. Janis; Richard S. Kay; Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law, Text and Materials*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008

Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a Perspective on its Development*, Clarendon Press, Oxford, 1998

Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yay., Ankara, 2003

Mesut Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2010/2, Sayı: 25, İstanbul, 2010

O. Korkut Kanadoğlu, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta Yay., İstanbul, 2000

Oddny Mjöll Arnadottir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003

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, London, New York, 2009

Olivier de Schutter, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives*, European Commission, Luxembourg, 2005

P. Van Dijk, P; G.J.H. Van Hoof; Arjen Van Rijn; Leo Zwaak (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006

Robert Wintemute, *"Within the Ambit": How Big is the "Gap" in Article 14 European Convention on Human Rights?, Part 1*, European Human Rights Law Review, Sweet and Maxwell, No. 4, 2004

Rory O'Connell, *Cinderella Comes to the Ball: Art 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR*, Legal Studies, Wiley-Blackwell, Vol. 29, No. 2, Oxford, June 2009

Selin ESEN, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2011

Serdar Gülenler, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesi Kapsamında Ayrımcılık Yasağı*, Bireysel Başvuru İncelemeleri 1, Musa Sağlam; Serdar Gülenler; Recep Kaplan (Editörler), Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2013

Selim Kaneti, *Anayasa Mahkemesi'nin Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanına Etkileri*, Anayasa Yargısı, Cilt 6, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 1989

Sibel İnceoğlu, *Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı 11, İstanbul, 2006

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



Sultan Uzeltürk, *İHAM Kararları Işığında Türkiye’de Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2006

Warwick McKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1985

Yılmaz Aliefendioğlu, *Eşitlik İlkesi*, Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul, 1999

Yoram Dinstein, *Discrimination and International Law*, Israel Yearbook of Human Rights, Vol. 15, 1985

Yusuf Şevki Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yay., Ankara, 2009

Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

#### **İptal Davaları/İtiraz Başvuruları**

E. 1963/148, K. 1963/256, 25.10.1963

E. 1969/8, K. 1969/37, 19.06.1969

E. 1980/29, K. 1981/22, 21.05.1981

E. 1981/13, K. 1983/8, 28.04.1983

E. 1986/11, K. 1986/26, 04.11.1986

E. 1986/12, K. 1987/4, 11.02.1987

E. 1987/3, K. 1987/13, 22.05.1987

E. 1987/16, K. 1988/8, 19.04.1988

E. 1988/4, K. 1989/3, 12.01.1989

E. 1988/14, K. 1988/18, 14.06.1988

- E. 1990/30, K. 1990/31, 29.11.1990  
E. 1991/18, K. 1992/20, 31.03.1992  
E. 1996/15, K. 1996/34, 23.09.1996  
E. 1997/61, K. 1998/59, 29.09.1998  
E. 1998/3, K. 1998/28, 23.06.1998  
E. 2000/39, K. 2002/35, 20.03.2002  
E. 2001/478, K. 2004/38, 25.03.2004  
E. 2002/70, K. 2004/56, 06.05.2004  
E. 2004/30, K. 2008/55, 07.02.2008  
E. 2005/103, K. 2005/89, 23.11.2005  
E. 2005/114, K. 2009/105, 02.07.2009  
E. 2006/156, K. 2008/125, 19.06.2008  
E. 2006/159, K. 2010/47, 24.03.2010  
E. 2006/166, K. 2009/113, 23.07.2009  
E. 2008/17, K. 2010/44, 25.02.2010  
E. 2008/42, K. 2008/167, 20.11.2008  
E. 2008/57, K. 2010/56, 04.02.2010  
E. 2009/11, K. 2011/93, 09.06.2011  
E. 2009/47, K. 2011/51, 17.03.2011  
E. 2009/57, K. 2011/33, 03.02.2011  
E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011  
E. 2009/86, K. 2011/70, 28.04.2011  
E. 2009/93, K. 2011/73, 28.04.2011  
E. 2010/30, K. 2012/7, 19.01.2012  
E. 2010/119, K. 2011/165, 08.12.2011  
E. 2012/80, K. 2013/16, 23.01.2013

### **Bireysel Başvurular**

- Adnan Oktar Kararı (No.2)*, B. No. 2013/514, 02.10.2013  
*Adnan Oktar Kararı (No.3)*, B. No. 2013/1123, 02.10.2013  
*Ahmet Şancı Kararı*, B. No. 2012/29, 05.11.2014  
*Ahmet Teyit Keşli Kararı*, B. No. 2013/2237, 18.09.2014  
*Ali Osman Bayrak Kararı*, B. No. 2013/2929, 18.09.2014  
*Arif Güneş Kararı*, B. No. 2012/837, 05.03.2013  
*Ayşe Hülya Potur Kararı*, B. No. 2013/8479, 06.02.2014  
*Aziz Turhan Kararı*, B. No. 2012/1269, 08.05.2014  
*Bayram Şahin Kararı*, B. No. 2013/463, 16.05.2013  
*Cahit Tekin Kararı*, B. No. 2013/2744, 16.07.2014  
*Cemalettin Metin Kararı*, B. No. 2013/776, 20.03.2014  
*Cevriye Keçeciler Kararı*, B. No. 2014/2803, 08.09.2014  
*Deniz Yazıcı Kararı*, B. No. 2013/6359, 10.12.2014  
*Devrim Evin Kararı*, B. No. 2013/2069, 20.02.2014  
*Faysal Sarıyıldız*, B. No. 2014/9, 03.01.2014  
*Feryat Aytimur Kararı*, B. No. 2014/658, 30.12.2014  
*Fikri Erdoğan ve Diğerleri Kararı*, B. No. 2013/9032, 05.11.2014  
*Gaziler Enerji ve Tic. A.Ş. Kararı*, B. No. 2013/1660, 15.10.2014  
*Göksel Korkmaz Kararı*, B. No. 2012/869, 16.04.2013  
*Gülser Yıldırım Kararı*, B. No. 2013/9894, 02.01.2014  
*Gülsim Genç Kararı*, B. No. 2013/4439, 06.03.2014  
*Hasan Kara Kararı*, B. No. 2013/3170, 18.09.2014  
*HSH Nordbank AG Kararı*, B. No. 2013/6924, 18.06.2014  
*Hilal Özkök Kararı*, B. No. 2013/2420, 14.01.2014  
*Hüseyin Sezen Başvurusu*, B. No. 2013/1793, 18.09.2014

- İbrahim Ayhan Kararı*, B. No. 2013/9895, 02.01.2014
- İbrahim Uysal Kararı*, B. No. 2014/1711, 23.07.2014
- İhsan Asutay Kararı*, B. No. 2012/606, 20.02.2014
- İlhan Cihaner Kararı*, B. No. 2013/1254, 19.11.2014
- Kadir Can Kararı*, B. No. 2013/7527, 17.11.2014
- Kamil Çakır Kararı*, B. No. 2013/997, 15.10.2014
- Kazım Albayrak Kararı*, B. No. 2014/3836, 17.09.2014
- Kemal Aktaş ve Selma Irmak Kararı*, B. No. 2014/85, 03.01.2014
- Laden Elbezyan Kararı*, B. No. 2013/4551, 10.12.2014
- M. Ş. B. Kararı*, B. No. 2013/2202, 20.11.2014
- Mahmut Tanal Kararı*, B. No. 2014/11438, 23.07.2014
- Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya Kararı*, B. No. 2013/1280, 28.05.2014
- Mehmet Reşit Aslan ve Diğerleri Kararı*, B. No. 2013/583, 10.12.2014
- Mesude Yaşar Kararı*, B. No. 2013/2738, 16.07.2014
- Mesut Değer Kararı*, B. No. 2013/7541, 18.06.2014
- Mithat Bakikuşığı Kararı*, B. No. 2013/4682, 17.09.2014
- Murat Tuncil Kararı*, B. No. 2013/7759, 23.07.2014
- Münis Düşenkalkar Kararı*, B. No. 2013/1244, 17.07.2014
- Necmettin Doğru Kararı*, B. No. 2013/1337, 16.05.2013
- Nejdet Atalay Kararı*, B. No. 2014/184, 16.07.2014
- Onur Gür Kararı*, B. No. 2012/828, 21.11.2013
- Onurhan Solmaz Kararı*, B. No. 2012/1049, 26.03.2013
- Osman Geçer Kararı*, B. No. 2013/1326, 17.07.2014
- Sadika Şeker Kararı*, B. No. 2013/1948, 23.01.2014
- Savaş Çetinkaya Kararı*, B. No. 2012/1303, 21.11.2013
- Sebahat Tuncel Kararı (No. 1)*, B. No. 2012/1051, 20.02.2014

*Set Makina Ticaret Ltd. Şti. Kararı*, B. No. 2013/816, 06.02.2014

*Sevgi Bingöm Zengin Kararı*, B. No. 2013/6363, 16.10.2014

*Sevim Akat Eşki Kararı*, B. No. 2013/2187, 19.12.2013

*Süleyman Çetin Kararı*, B. No. 2012/883, 05.03.2013

*Ş. Ç. Kararı*, B. No. 2012/1061, 21.11.2013

*Şahin Karaman Kararı*, B. No. 2012/1205, 08.05.2014

*Şengül Kayan Kararı*, B. No. 2013/1614, 03.04.2014

*Tahsin Erdoğan Kararı*, B. No. 2012/1246, 06.02.2014

*Teoman Yeğenoğlu Kararı*, B. No. 2013/5338, 17.07.2014

*Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014

*Ülkü Özgür Kararı*, B. No. 2013/2263, 26.06.2014

*Vedat Benli Kararı*, B. No. 2013/307, 16.05.2013

*Vesim Parlak Kararı*, B. No. 2012/1034, 20.03.2014

*Yasemin Ekşi Kararı*, B. No. 2013/5486, 04.12.2013

### **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi Kararları**

*97 members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia*, Appl. No. 71156/01, 03.05.2007

*A.D.Tv. the United Kingdom*, Appl. No. 35765/97, 31.07.2000

*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Appl. No. 9214/80, 25.05.1985

*Airey v. Ireland*, Appl. No. 6289/73, Karar tarihi, 09.10.1979

*Aksu v. Turkey*, Appl. No. 4149/04, 41029/04, 27.07.2010

*Aziz v. Cyprus*, Appl. No. 69949/01, 22.06.2004

*Beian v. Romania (No. 1)*, Appl. No. 30658/05, 06.12.2007

*Bigaeva v. Grece*, Appl. No. 26713/05, 28.05.2009

*Burghartz v. Switzerland*, Appl. No. 16213/90, 22.02.1994

*Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in*

*Education in Belgium* v. Belgium, Appl. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968

*Chassagnou and Others, v. France* (Grand Chamber), Appl. No. 25088/94, 28331/95, 28443/95, 29.04.1999

*Costello-Roberts v. the United Kingdom*, Appl. No. 13134/87 25.03.1993

*D. H. and Others v. the Czech Republic* (Grand Chamber), Appl. No. 57325/00, 13.11.2007

*Danilenkov and Others v. Russia*, Appl. No. 67336/01, 30.07.2009

*Darby v. Sweden*, Appl. No. 11581/75, 23.10.1990

*Dudgeon v. the United Kingdom*, Appl. No. 7526/76, 22.10.1981

*E.B. v. France* (Grand Chamber), Appl. No. 43546/02, 22.01.2008

*Efe v. Austria*, Appl. No. 9134/06, 08.01.2013

*Emel Boyraz v. Turkey*, Appl. No. 61960/08, 02.12.2014

*Engel and Others v. the Netherlands*, Appl. No. 5100/71, 08.06.1976

*Fredin v. Sweden (No. 1)*, Appl. No. 12033/86, 18.02.1991

*Frette v. France*, Appl. No. 36515/97, 26.02.2002

*Gaygusuz v. Austria*, Appl. No. 17371/90, 16.09.1996

*Genovese v. Malta*, Appl. No. 53124/09, 11.10.2011

*Gillow v. the United Kingdom*, Appl. No. 9063/80, 24.11.1986

*Graziani-Weiss v. Austria*, Appl. No. 31950/06

*Grandrath v. Germany* (Commission), Appl. No. 2299/64, 12.12.1966

*Hoffmann v. Austria*, Appl. No. 12875/87, 23.06.1993

*James and Others v. the United Kingdom*, Appl. No. 8793/79, 21.02.1986

*Jersild v. Denmark*, Appl. No. 15890/89, 23.09.1994

*Inze v. Austria*, Appl. No. 8695/79, 28.10.1987

*Karlheinz Schmidt v. Germany*, Appl. No. 13580/88, 18.7.1994

*Karner v. Austria*, Appl. No. 40016/98, 24.07.2003

- Koua Poirrez v. France*, Appl. No. 40892/98, 30.09.2003
- Kozak v. Poland*, Appl. No. 13102/02, 02.03.2010
- L and V. Austria*, Appl. No. 39392/98, 09.01.2003
- Lithgow and Others v. the United Kingdom*, Appl. No. 9006/80, 08.07.1986
- Luczak v. Poland*, Appl. No. 77782/01, 27.11.2007
- Lustig-Praen and Beckett v. the United Kingdom*, Appl. No. 31217/96, 32377/96, 27.09.1999
- Marckx v. Belgium*, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979
- Mazurek v. France*, Appl. No. 34406/97, 01.02.2000
- Nachova and Others v. Bulgaria*(Grand Chamber), Appl. No. 43577/98, 06.07.2005
- National Union of Belgian Police v. Belgium*, Appl. No. 4464/70, 27.10.1975
- Orsus and Others v. Croatia* (Grand Chamber), Appl. No. 15766/03, 16.03.2010
- Paulik v. Slovakia*, Appl. No. 10699/05, 10.10.2006
- Petrov v. Bulgaria*, Appl. No. 15197/02, 22.05.2008
- Petrovic v. Austria*, Appl. No. 20458/92, 27.03.1998
- Pine Valley Developments LTD and Others v. Ireland*, Appl. No. 12742/87, 29.11.1991
- Pla and Puncernau v. Andorra*, Appl. No. 69498/01, 13.07.2004
- Pretty v. the United Kingdom*, Appl. No. 2346/02, 29.04.2002
- Rainys and Gasparavicius v. Lithuania*, Appl. No. 70665/01, 74345/01, 07.04.2005
- Rangelov v. Germany*, Appl. No. 5123/07, 22.03.2012
- Rasmussen v. Denmark*, Appl. No. 8777/79, 28.11.1984
- S. L. v. Austria*, Appl. No. 45330/99, 09.01.2003
- Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Appl. No. 33290/96, 21.12.1999

*Savez Crkava "Rijec Zivota" and Others v. Croatia*, Appl. No. 7798/08, 09.12.2010

*Schwizgebel v. Switzerland*, Appl. No. 25762/07, 10.06.2010

*Secic v. Croatia*, Appl. No. 40116/02, 31.05.2007

*Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina*(Grand Chamber), Appl. No. 27996/06, 34836/06, 22.12.2009

*Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, Appl. No. 55480/00, 59330/00, 27.07.2004

*Smith and Grady v. the United Kingdom*, Appl. No. 33985/96, 27.09.1999

*Sommerfeld v. Germany*, Appl. No. 31871/96, 08.07.2003

*Stec and Others v. the United Kingdom* (Grand Chamber), Appl. No. 65731/01, 65900/01, 12.04.2006

*Storck v. Germany*, Appl. No. 61603/00, 16.06.2005

*Stubbings and Others v. the United Kingdom*, Appl. No. 22083/93, 22095/93, 22.10.1996

*Thlimmenos v. Greece* (Grand Chamber), Appl. No. 34369/97, 06.04.2000

*Timishev v. Russia*, Appl. No. 55762/00, 13.12.2005

*Wagner and J. M. W. L. v. Luxembourg*, Appl. No. 76240/01, 28.06.2007

*X and Y v. The Netherlands*, Appl. No. 8978/80, 26.03.1985

*Zarb Adami v. Malta*, Appl. No. 17209/02, 20.06.2006