

**T.C.**  
**KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

**Hazırlayan**  
**Hakan Özyılmaz**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA**  
**AYRIMCILIK YASAĞI VE 12 NOLU PROTOKOLÜN GETİRDİKLERİ**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Tez Yöneticisi**  
**Yrd. Doç. Ali Rıza Çoban**

**Kırıkkale-2010**

## İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY.....	I
İÇİNDEKİLER.....	II
ÖNSÖZ.....	V
KISALTMALAR.....	VI
ÖZET.....	VII
ABSTRACT.....	VIII

## GİRİŞ

### GENEL OLARAK İNSAN HAKLARI

A. İNSAN HAKLARI KAVRAMI.....	1
B. İNSAN HAKLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ.....	2
1- Uluslararası Alanda.....	2
2- Türkiye’de İnsan Haklarının Gelişim Süreci.....	4
C. İNSAN HAKLARINDA GÜVENCE SORUNU.....	6
1- Evrensel Sistem.....	6
2- Bölgesel Sistem.....	8

## BİRİNCİ BÖLÜM

### AYRIMCILIK YASAĞI KAVRAMI

A.TARİHSEL GELİŞİM.....	10
B.TANIMLAMA.....	11
C.ÖNEMİ.....	14
D. EŞİTLİK İLKESİ İLE İLİŞKİSİ.....	15
E. AYRIMCILIK YASAĞINDA GÜVENCE SORUNU.....	16
1-Uluslararası Alanda.....	16
2-Bölgesel Alanda.....	17

3-Ulusal Alanda.....	18
F. AİHS 14. MADDE BAĞLAMINDA AYRIMCILIK YASAĞI.....	19
1- Tanımlama Sorunu.....	19
2- Kapsamı.....	20
a) Objektif ve Makul Sebep Olgusu.....	21
b) Sınırlamada Meşru Amaç ve Ölçülülük Yaklaşımı.....	23
c) Sınırlamada Ulusal Takdir Yetkisi.....	24
3- Özellikleri.....	25
a) Bağımsız Hak Sorunsalı.....	25
b) Mutlak Olmama.....	25

## İKİNCİ BÖLÜM

### 12 NOLU PROTOKOL VE GENEL AYRIMCILIK YASAĞI

A. GENEL AYRIMCILIK YASAĞI.....	27
1- Kavramsal Yaklaşım.....	27
2- Niteliği.....	28
3- Yürürlük Sorunu.....	29
4-Türk Hukukuna Olası Etkileri.....	30
B. 12 NOLU PROTOKOLUN GETİRDİKLERİ.....	31
1- Genel Eşitlik İlkesi.....	31
2- Pozitif Tedbirler Yükümü.....	33
C. TÜRK HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI.....	36
1- Anayasa Hukukunda.....	36
2- Ceza Hukukunda.....	41
3- Diğer Hukuki Alanlarda.....	43
D. AVRUPA BİRLİĞİ TÜRKİYE İLİŞKİLERİ SEYRİNDE AYRIMCILIK YASAĞI.....	46

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**  
**AYRIMCILIK KONUSU OLGULARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

A. CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK.....	50
1- Kavramsal yaklaşım.....	50
2- Kadın-Erkek Eşitliği.....	51
3- Cinsiyete Dayalı Şiddet Olgusu.....	57
B. DİNSEL AYRIMCILIK.....	60
1- Kavramsal Yaklaşım.....	60
2- Dine Dayalı Ayrımcılık.....	60
C. ETNİK AYRIMCILIK.....	69
1- Kavramsal yaklaşım.....	69
a) Irk.....	69
b) Etnik Köken.....	69
c) Azınlık.....	71
2- Irk ya da Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık.....	72
D. DİĞER STATÜLER BAKIMINDAN AYRIMCILIK.....	79
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME.....	86
KAYNAKÇA.....	90
KİŞİSEL KABUL VE AÇIKLAMA.....	97
ÖZGEÇMİŞ.....	98

## ÖNSÖZ

Evrensel düzlemde en çok tartışılan insan hakları konularından birisi haline gelen Ayrımcılık Yasağı ile ilgili bilimsel çalışma azlığı ya da yetersizliği inkar edilemez. Ayrıca, AİHS. 14. maddesinin sınırlı ayrımcılık yasağına işaret etmesi, 12 Nolu Protokolün ise yeni olması ve gelişmiş Avrupa Ülkelerinde bile iç hukuka dahil olmaması nedeni ile AİHM nezdinde de diğer hak ve özgürlüklere nispeten daha az inceleme konusu olmuştur. 12 Nolu Protokolle ilgili AİHM' in sadece 1 kararı vardır. Ayrıca Türk Hukuk kaynaklarından olan Öğreti'de 12 Nolu Protokolle ilgili yeterli çalışma bulunmamaktadır. Bu kısıtlılıklar içerisinde tezimi hazırlarken kitap ve makale dışında internet erişimi yolu ile edindiğim kaynak eserlerden de yararlandım.

Bu tezin yazılmasında bilimsel yaklaşımı ve işaret ettiği kaynaklar bakımından destek olan ve yol gösteren Tez Danışmanım sayın Ali Rıza Çoban'a, yazım aşamasında manevi desteğini esirgemeyen eşim Ülkü Özyılmaz'a ve AİHM kararlarının tercümesinde yardımcı olan kardeşim Ümran Demirbaş'a ve tüm bu süreçte yardımını esirgemeyen babam sayın Musa Demirbaş'a teşekkür ederim.

Saygılarımla...

## KISALTMALAR

- AB : Avrupa Birliği  
AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi  
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi  
ATAD : Avrupa Toplulukları Adalet Divanı  
AÜHFY : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını  
AÜSBFD: Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Dergisi  
AY : Anayasa  
Bkz : Bakınız  
BM : Birleşmiş Milletler  
CEDAW : Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi  
Çev : Çeviren  
Es : Esas  
Kr : Karar  
Md : Madde  
Par : Paragraf  
S : Sayfa  
Sy : Sayı  
TBB : Türkiye Barolar Birliği  
TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi  
TCK : Türk Ceza Kanunu  
TDK : Türk Dil Kurumu  
TMK : Türk Medeni Kanunu  
U.N. : Birleşmiş Milletler  
Vb : ve benzeri

## ÖZET

Temel insan haklarının gerçekleştirilmesinin şartlarından birisi insanların eşitliğinin gözetilerek ayrımcılık yapılmamasının sağlanmasıdır. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı birbirini gerektiren aynı anlama gelen kavramlardır. Bu anlamda Temel insan haklarının korunması ve gerçekleştirilebilmesi için olmazsa olmaz ilke olan ayrımcılık yasağını, sadece sözleşmede tanınan haklar açısından kabul eden AİHS 14. maddenin yanı sıra 12 Nolu Protokol'de genel olarak yasal bakımdan tanınan tüm insan hakları açısından koruma ve güvence oluşturma yoluna gidilmiştir. Diğer insan hakları ihlalleri ile birlikte ileri sürülebilecek nitelikteki bu hakkın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde yoğun bir şekilde dava konusu olması muhtemeldir. Bu bakımlardan Dinamik bir kavram olan ayrımcılık yasağı önemini giderek artıracaktır.

Çoğunlukla kamu otoriteleri tarafından ihlal edilen bir insan hakkı olan ayrımcılık yasağının, AİHS 14. maddesi kapsamında diğer hak ve özgürlüklerle ilişkisi nasıldır? AİHM, 14. madde kapsamında diğer hak ve özgürlüklerin ihlalini incelerken nelere dikkat etmektedir? 12 Nolu Protokol ile getirilen genel ayrımcılık yasağının kapsamı nedir? Tezde bu hususlara ışık tutulmaya çalışılmıştır. Bu sorulara cevap bulmaya çalışmak amacı ile tezim üç bölüme ayrılmıştır. genel anlamda insan hakları ve gelişimi giriş kısmında açıklanırken Birinci Bölümde, *ayrımcılık* kavramı değerlendirilmiştir. İkinci Bölüm de 12 Nolu Protokolün getirdikleri, Üçüncü Bölümde ise 14. madde ve 12 Nolu protokolde tanımlanan ayrımcılık olguları dört başlıkta değerlendirilmiştir. Bu tezde ayrımcılık kavramının özellikleri ve önemi, 12 Nolu protokolün olası etkileri ve AİHM' nin ayrımcılık yasağı ile ilgili kriterleri saptanmaya çalışılmıştır.

## **ABSTRACT**

One of the conditions of achieving basic human rights is to ensure equality and provide discrimination is avoided. Principle of equality and prohibition of discrimination are two concepts that mean the same and that require each other. Article 14 of the ECHR, that accepts the prohibition of discrimination -which is sine qua non for the protection and achievement of basic human rights - only in terms of rights granted in the convention, as well as Protocol 12 generally resort to protection and assurance of all human rights that are acknowledged legally. It is probable that this right, which is such as to be alleged along with other cases of human rights violation, becomes intensely litigious at the European Court of Human Rights. In respect to these aspects, prohibition of discrimination, which is a dynamic concept, will gain significance increasingly.

How is the relation of the prohibition of discrimination, which is a human right violated mostly by public authorities, to other rights and freedoms in the scope of ECHR Article 14? What does European Court of Human Rights consider while investigating violation of other rights and freedoms in the scope Article 14? What are the probable impacts of the general prohibition of discrimination set fourth by Protocol 12? This thesis tries to offer an insight to these issues. My thesis is composed of 4 chapters with the aim of finding answers to these questions. First chapter explains generally the development of human rights and human rights and freedoms in the of European Court of Human Rights. In the second chapter, the concept of Prohibition of Discrimination is evaluated. Third chapter deals with the proceeds of Protocol 12, and in the fourth chapter, discrimination cases defined in Article 14 and Protocol 12 are evaluated judgmentally. This thesis aims to identify the specifications and importance of the concept of prohibition of discrimination, the probable effects of Protocol 12 and the criteria of the European Court of Human Rights on the prohibition of discrimination.



# GİRİŞ

## GENEL OLARAK İNSAN HAKLARI

### A- İNSAN HAKLARI KAVRAMI

Kişinin sırf insan olması sebebi ile sahip olduğu, dokunulmaz ve devredilmez haklar olarak tanımlanabilen insan hakları, çağımızda uluslar arası ve ulusal, siyasi ve hukuki tartışmaların merkezinde yer almaktadır. Eski Yunan' a kadar dayanan insan haklarına, kaynağı ve temellendirilmesi konusunda ise, tarihsel süreçte insanın doğuştan sahip olduğu mutlak, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikteki hakları dikte eden *tabii haklar* anlayışı dayanak olmuştur. Tabii haklar anlayışına göre, insan hakları devletten önce var olup, zaman ve mekandan bağımsızdır; bu haklara sahip olmada bütün insanlar eşittir.

Hak ve özgürlükler için kullanılan kavramlardan en geniş olan İnsan hakları; devlet tarafından güvence altına alınsın ya da alınmasın tarihsel süreçte onurlu bir yaşam için birey olarak insanların sahip olması gerektiği düşünülen tüm hakları ifade eder. Bu bağlamda insan hakları ideal olanı resmeder. Devlet organlarıncı tanınan ve hukuki süreçte düzenleme konusu olan özgürlüklere ise Kamu Özgürlükleri denilmektedir.<sup>1</sup> Hukuk doktrininde haklar ve özgürlükler ile ilgili *Temel Hak ve Özgürlükler, Vatandaşlık Hakları* olarak isimlendirme de söz konusudur. Bu kavramlardan en geniş *insan hakları* kavramıdır. Bu hakların öznesi olabilmek için insan olmak yeterlidir. Mesela vatandaşlık haklarında, haklardan yararlanmak için o devletin vatandaşı olmak gereklidir.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> TANÖR, Bülent; *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul-1990, s.16

<sup>2</sup> KAPANİ, Münci; *Kamu Hürriyetleri*, Yenilenmiş 6.Baskı, AÜHF Yayınları, No:453, Ankara-1981, s.13-14

Başlangıçta, doğal hak anlayışının etkisi altında felsefi ve ideal bir kavram olarak ortaya çıkan insan hakları, aydınlanma çağında tabanın baskıları sonucu gerçekleşen Fransız İhtilali sonucunda yaşamda karşılığını bulmaya başlamıştır. İngiltere ve Amerika bu hakların ilk laboratuvarlarıdır. İnsan hakları tarihsel süreçte çeşitli görünümelerde ortaya çıkmış ve farklı nitelermelere konu olmuştur. Tarihsel süreçte ilk olarak ortaya çıkan haklar; klasik haklar da denilen can ve mal güvenliği, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü ve siyasi haklar gibi geleneksel hak ve özgürlüklerdir. Bu haklar birinci kuşak haklar olarak ta adlandırılmaktadır. Çalışma hakkı, eşit ücret, insan haysiyetine yaraşır bir yaşam düzeyine erişim hakkı ve sağlık hakkı gibi ekonomik ve sosyal haklar ikinci kuşak haklar, dayanışma hakları da denilen çevre hakkı, gelişme hakkı, barış hakkı ve insanlığın ortak malvarlığına saygı hakkı gibi haklarda üçüncü kuşak haklar olarak isimlendirilmektedir. Bu haklara ilişkin kavramlar sürekli gelişim göstermektedir. Bu değişim ve dinamizm gerçekliği insan haklarının felsefi düşünce, dini inanç ve dünya görüşü ile teknolojik gelişmelerin bir yansıması olarak ortaya çıkmaktadır.

İnsan hakları bireyin dinine, diline, ırkına, menşesine, cinsiyetine bakılmaksızın insana insan olduğu için tanınan hakların üst kavramıdır. Sonuç olarak, insan hakları kişinin sırf insan olmasından dolayı, herhangi bir statüye sahip olmasına bakılmadan doğuştan, vazgeçilmez ve devredilmez nitelikleri ile edinilen hak ve özgürlükler olarak tanımlanabilir.

## **B-İNSAN HAKLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ**

### **1- Uluslararası Alanda**

İnsanın doğuştan sahip olduğu vazgeçilmez ve devredilmez nitelikleri haiz insan hakları oldukça uzun aşamalardan geçerek günümüzdeki anlamını kazanmıştır. İnsan haklarındaki gelişim halen de devam etmektedir. Bu süreç dinamiktir, yeryüzünde insan yaşadığı müddetçe insan haklarındaki gelişim devam edecektir.

İnsan hakları alanında kralın yetkilerini kısıtlayarak birey hak ve özgürlüklerinin sınırlarını genişleten önemli bir belge 1215 tarihli Manga Carta Libertatum'dur. İnsan haklarının gelişim sürecinde 1628 tarihli Petition Of Rights, 1679 tarihli Habeas Corpus Act ve 1689 tarihli Bill Of Rights önemli aşamalardır. Doğal hukuk öğretilerinin yansımaları olan bu belgeler daha sonra Amerikan Bildirileri ile Fransız İnsan Vatandaş Hakları Bildirisini etkilemişlerdir.<sup>3</sup> 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi ile 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ulusal anayasaları etkilemeleri ve bireyi öne çıkarmaları bakımından önemli belgelerdir. Bu belgelerden esinlenerek 2. Dünya Savaşına kadar insan hakları anayasal düzlemde de gelişim göstermiştir. Modern anayasalarda insan hakları, hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Ne var ki uzun süre *insan hakları* kavramı, devletlerin iç meselesi olarak kalmıştır. Ancak insanlığın yaşadığı büyük yıkımlardan sonra insan hakları iç mesele olmaktan çıkabilmiştir. İki Dünya Savaşında ezilen insanlık bir araya gelerek Birleşmiş Milletler çatısı altında insan haklarına evrensel boyut kazandırmıştır. İnsan hakları 2. Dünya Savaşına kadar bir ulusal sorun olarak algılanmakta idi.<sup>4</sup> İki dünya savaşında milyonlarca insanın ölmesi, soykırıma uğraması ve ezilmesi sonucu insanın onurunun ve öneminin ortaya çıkmasına koşut olarak BM Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ilan edilmiştir. Hükümleri bağlayıcı olmayan, yol gösterici nitelik

---

<sup>3</sup> GÖZLÜGÖL, Said Vakkas; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç hukukumuza Etkisi, Yetkin Yayınları, 2002-Ankara, s.55

<sup>4</sup> GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz ve GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara-2002, s. 4

arz eden İnsan Hakları Bildirgesi; BM çatısı altındaki sözleşmelere,<sup>5</sup> bölgesel nitelikteki sözleşmelere ve ulusal düzenlemelere esin kaynağı olmuştur.

Savaş sonrası BM teşkilatı yanında insan haklarına önemli bir katkı da Avrupa toplumlarından gelmiştir. 4 Kasım 1950’de, Avrupa Konseyi üyesi 13 devlet tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Roma’da imzalanarak 3 Eylül 1952’de yürürlüğe girmiştir. Bu belgelerde, insanlığın yüzyıllardır ulaşmaya çalıştığı tüm insanların özgür, onurlu ve haklar yönünden eşit doğdukları, bu haklardan herkesin ırk, cinsiyet, din, dil, sosyal menşe ve renk gibi nedenlerle bir ayrıma tabi tutulmaksızın yararlanmaları gerektiği gerçekleri ifade edilmiştir. Söz konusu Sözleşme ile Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde Evrensel İnsan Hakları Bildirisiyle ilan edilen hakların evrensel düzlemde ve etkin biçimde tanınmasını ve bunlara uyulmasının temin edilmesi amaçlanmıştır. AİHS, geçen zaman içerisinde bir çok ek protokolle yeni hak ve hürriyetleri de beraberinde getirirken aynı zamanda yapısal değişimlere de uğramıştır. Özellikle 1 Kasım 1998’de yürürlüğe giren 11 No lu Protokol ile sözleşmenin denetim mekanizmasında önemli değişiklikler olmuştur. Uluslararası alanda insan hakları en etkin güvence mekanizmasına sahip hale gelmiştir.

## **2- Türkiye’de insan Haklarının Gelişim Süreci**

<sup>5</sup> Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966), Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi(1966), Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesine Seçmeli Protokol (1976), Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesine Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan Seçmeli Protokol (1989 yürürlük 1991), Koloni Ülkelerine ve Halklarına Bağımsızlık Verilmesine Dair Bildiri 1961, Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik (1962), Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme (1969), Irklara ve Irksal Önyargılara Dair Bildiri, Kitle İletişim Araçlarının Barışın ve Uluslararası Anlaşımın Güçlendirilmesine İnsan Haklarının Geliştirilmesine ve Irkçılık Apartheid ve Savaş Kışkırtıcılığı ile Mücadele Edilmesine Katkıda Bulunulması İle İlgili Temel Prensipler Bildirisi (1978), Din ve İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri (1981), Ulusal ve Etnik Dinsel Veya Dilsel Azınlıklara Mensup Olan Kişilerin Haklarına Dair Bildiri (1993), Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme 1981, Kadınların Siyasal Haklarına Dair Sözleşme 1952 yürürlük 1954, Olağanüstü ve Silahlı Çatışma Hallerinde Kadınların ve Çocukların Korunmasına Dair Bildiri 1974, Kadınlara Karşı Şiddetin Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri 1993), Kölelik ve Kölelik Benzeri Uygulamalara İlişkin Belgeler, Mahpusların ve Tutulanların Haklarına İlişkin Belgeler, Adaletin Dağıtılmasına İlişkin Belgeler, Çocuk Hakları Bildirisi (1959), Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), İnsan Haklarına İlişkin Bildiriler, Teşkilatlanma Hakkının Korunmasına Dair Sözleşme 1950), İstihdam ve Zorla Çalıştırılma Konularındaki Sözleşmeler, Eğitim Konusundaki Sözleşmeler (1962, 1968), Ekonomik Haklar, Mahremiyet, Barış Konularında Bildiri ve Yönerge, Özürlü Kişilerin Haklarına Dair Bildiri (1971), Bilgilenme Özgürlüğü ve Kültür Hakkı Konusundaki Sözleşme ve Bildiri (1962-964), Mülteciler ve Sığınma Hakkı Konusundaki Sözleşme ve Protokol (1954, 1967), Vatandaşlık Vatansızlık ve Yabancıların Hakları Konusundaki Sözleşme (1975), Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar Alanındaki Sözleşme (1951), Denetim Konseyi Yasası (1945), Uluslararası İşbirliği Prensipleri (1973), Silahlı Çatışma Hukuku Alanındaki Sözleşme (1950), Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalıklarına ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme (1946)

Türkiye Cumhuriyeti' nin selefi ve murisi olan Osmanlı Devletinde, insan hakları alanında atılan ilk adım 1839 tarihli Tanzimat Fermanı' dır. Bu fermanla, kanunsuz suç ve ceza olmaz, yargılamasız kimseye ceza verilmez gibi ilkelerle hukuk devletine giden ilk adımlar atılmıştır. Ayrıca can ve mal güvenliği, şeref ve haysiyetin korunması ile ilgili haklar açıklanarak din ayırımı gözetilmeksizin bütün tebaaya uygulanacağı düzenleme konusu olmuştur. 1856 yılında batılı devletlerin baskısı sonucu Islahat Fermanı kabul edilmiştir. Bu Ferman'da da Tanzimat Fermanı' nda ki haklar teyit edilmiş, ilave haklar da sayılmak sureti ile din ve mezhep farkı gözetilmeksizin bütün tebaya uygulanacağı taahhüt edilmiştir. Türk Milletinin ilk yazılı Anayasası olma özelliğini taşıyan 1876 tarihli Kanuni Esasi ile Osmanlı vatandaşlarına bazı haklar tanınmıştır: Basın hürriyeti, dilekçe ve şikayet hakkı, kanun önünde eşitlik, adil vergi, tabii hakim güvencesi v.s. Ancak tanınan bu hak ve hürriyetler uygulamada güvence altına alınamamıştır.<sup>6</sup> 1908 yılında ise Kanuni Esasi de değişiklik yapılmış, padişahın bazı yetkileri kısıtlanmıştır.

Olağanüstü koşullarda hazırlanan 1921 Anayasasında, insan hakları düzenleme konusu yapılmamıştır. 1924 Anayasasında ise 68. ve 88. maddeler arasında insan hakları düzenleme konusu yapılmıştır. Ancak koruma mekanizması öngörülmemiştir. 1961 Anayasasında temel hak ve özgürlükler düzenlenirken, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nden esinlenilmiş, bu belgelerde yer alan hükümlerin hemen hepsine yer verilerek, 1924 Anayasası'na göre daha geniş ve daha güvenceli olarak hazırlanmıştır. 1961 Anayasası ile klasik özgürlükler yanında kişilere sosyal ve ekonomik haklar tanınmış, devlete bu hakları yerine getirmesi hususunda ödevler yüklenmiştir. 1961 Anayasasında Cumhuriyet; *insan haklarına dayalı* olarak betimlenirken 1982 Anayasasında, Cumhuriyetin temel niteliklerini düzenleyen 2. madde de Türkiye Cumhuriyeti'nin *insan haklarına saygılı bir devlet* olduğu vurgulanmıştır. Böylece Anayasa, belli bir düşünce biçimini yansıtarak kişilerin insan olmaktan dolayı sahip oldukları hak ve özgürlüklerden yararlanacaklarını açıklamak istemiştir. 1982 Anayasası temel hak ve özgürlüklerin sıralanışını 1961 Anayasa' sında olduğu gibi, Genel Hükümlerden sonra üçlü bir ayırımı tabi tutmuştur. Bunlar sıra ile *kişinin hakları ve ödevleri, sosyal ve*

---

<sup>6</sup> GÖZLÜGÖL; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç hukukumuzda Etkisi*, s. 60

*ekonomik haklar ve ödevler ve siyasi haklar ve ödevler*'dir. Türkiye, ayrıca insan haklarına saygı esası üzerine inşa edilecek barış ortamının tesisi için kurulan Avrupa Konseyi' nin kurucu üyelerindedir. Avrupa Konseyi tarafından, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde listelenen insan haklarına işlerlik ve güvence sağlamak amacı ile kabul edilen ve 1953 yılında yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' ni 1954 yılında onaylamıştır. AİHS ile öngörülen denetim mekanizması kapsamında Türkiye 11 No lu protokolden önce 1987 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Bireysel Başvuru hakkını, 1990 yılında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir. 2004 yılında 5170 sayılı yasa ile Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişiklik ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin sözleşmeleri yasa üstü bir konuma kavuşturunca AİHS, Türk Hukukunda insan hakları alanında merkezi bir konuma sahip olmuştur.

### **3- İnsan Haklarında Güvence Sorunu**

İnsan haklarının tek tek tespit edilmesi kadar, bu hakları koruyacak, güvence altına alacak sistemlerin kurulması da önemlidir. Yüzyıllardır yaşanan acı deneyimler bize, insan haklarının etkin bir biçimde korunmasını sağlamak için, yalnızca temel hak ve özgürlükleri saptamanın yeterli olmadığını, ayrıca bu tespit edilen hakların somut koruma yöntemlerini güçlendirecek yargılama hukuku kurallarıyla, gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde güvence altına almak gerektiğini göstermiştir.<sup>7</sup> İnsan haklarının korunması ve güvence altına alınması, 20. yüzyılın ve çağımızın belki de en önemli sorunudur. İnsanlık alemi başlangıçta, uluslararası alanda, insan haklarında güvence sorununu BM Teşkilatına ait kurumlarla gidermeye çalışmıştır. Daha etkin bir şekilde bölgesel olarak, 20. yüzyılın ikinci yarısında oluşturulan Avrupa Konseyi ile de insan hakları güvence altına alınmış ve insanlık ailesine ışık tutmuştur.

#### **a) Evrensel Sistem**

İnsan hakları alanında, evrensel sistemin merkezinde Birleşmiş Milletler teşkilatı

---

<sup>7</sup> TEZCAN Durmuş; ERDEM M. Ruhan; SANCAKTAR Oğuz, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 63.

yer almaktadır. İki dünya savaşında milyonlarca insanın ölmesi, insanlık onurunun ayaklar altına alınması ve sonuçta ortaya çıkan insanlık faciası üzerine devletler ortak bir düzlemde buluşarak Birleşmiş Milletler Teşkilatını kurmuşlardır. Birleşmiş Milletler Teşkilatının insan hakları anlayışının gelişmesi için hazırladığı sözleşmeler ve attığı olumlu adımlar insan haklarını bir ölçüde güvence altına almıştır. İnsan haklarını güvence altına almayı amaçlayan ilk uluslararası antlaşma ve ilk örgütlenme 26/06/1945 yılında imzalanıp 24/10/1945'te yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Antlaşmasıdır. Antlaşmanın başlangıcında:

*“İnsanın ana haklarına, şahsın haysiyet ve değerine, erkekler ve kadınlar için olduğu gibi, büyük ve küçük milletler için de hak eşitliğine olan imanımızı yeniden ilan etmeğe”*

denilmek sureti ile Birleşmiş Milletler ailesinin inancı ve kararlılığı vurgulanmıştır. Birleşmiş Milletler Anlaşmasınının 1. maddesinde amaçlardan birisi olarak;

*“ ırk, cins, dil, veya din farkı gözetilmeksizin herkesin temel hak ve hürriyetlerine karşı saygı göstererek ve teşvik ederek milletlerarası işbirliğini gerçekleştirmek”*

hususları dile getirilmiştir.<sup>8</sup> Birleşmiş Milletler Teşkilatı insan haklarının dünya ölçeğinde tanınması ve korunması bakımından tek kurumdur.<sup>9</sup> BM Antlaşması insan hakları kavramına birçok maddesinde yer vermekle birlikte, bir insan hakları kataloguna sahip bulunmamaktadır. Bu sebeple Birleşmiş Milletler Teşkilatının bir örgütü olan Sosyal ve Ekonomik Konsey tarafından 16/02/1946 tarihinde, İnsan Hakları Komisyonu ve Kadınların Statüsüne Dair Komisyonları kurmuştur. Komisyonun hazırladığı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, BM Genel Kurulunca 10/12/1948 tarihinde kabul edilmiştir.<sup>10</sup> Bu bildiri birinci kuşak haklar olarak tanımlanan kişisel ve siyasi haklarla birlikte ikinci kuşak haklar olarak nitelenen ekonomik, sosyal ve kültürel hakları da kapsamına almıştır. İnsan hakları evrensel bildirisi denetim ve yaptırım mekanizması

<sup>8</sup> BİLGE, Suat; “İnsan Hakları ve Türkiye”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl. 46, Mart 1989, s.307

<sup>9</sup> GÖZLÜGÖL, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç hukukumuzda Etkisi*, s. 87

<sup>10</sup> Bildiri bir Uluslararası Antlaşma olmamasına rağmen TBMM’de okunarak kabul edilmiş ve Bakanlar Kurulunun 06/04/1949 tarih 9119 sayılı kararıyla Resmi Gazete’de yayımlanmıştır

öngörmemektedir. Bu bakımdan bağlayıcılığı tartışılmıştır. Ancak tartışılmayan bir nokta, kendisinden sonra yapılan sözleşme ve anayasal çalışmalar bakımından esin kaynağı olmasıdır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, tanınan ve açıklanan insan haklarının gerçekleştirilmesini sağlamak ve devletlere yükümlülükler yükleyerek denetimini temin etmek amacı ile ikiz paktlar da denilen<sup>11</sup> Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeyi kabul etmiştir. Ancak her iki sözleşmede etkin denetim mekanizması öngörmemiştir. Getirilen denetim mekanizmaları müeyyideden yoksundur.

## b) Bölgesel Sistem

Coğrafi ve kültürel yakınlıklar bağlamında devletler insan haklarının korunması amacı ile bir araya gelmişler ve sözleşmeler imzalamışlardır. Bu anlamda, Avrupa Sisteminde 5 Mayıs 1949 yılında Türkiye'nin de katılımı ile kurulan Avrupa Konseyi'nin temel amacı, insan haklarına saygı, demokrasi ve hukukun üstünlüğünü sağlamak ve katılımcı ülkeler arasında hukuki bütünleşmeyi gerçekleştirmektir.<sup>12</sup> Bu bütünleşmeyi sağlamak ve insan haklarını güvenceli hale getirmek amacı ile 4 kasım 1950 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Roma'da imzalanmıştır. Bu sözleşme, Türkiye tarafından, 18 Mayıs 1954 tarih ve 3666 sayılı kanun ile onaylanmıştır. Bu sözleşme Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde hak ve özgürlükleri güvence altına alan uluslararası bir antlaşma niteliğindedir. Bu Antlaşma ile Konsey Üyesi Devletler

<sup>11</sup> KAPANİ, Münci, *İnsan Haklarının Uluslar arası Boyutları*, Yenilenmiş 2. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, Nisan-1991, s.32

<sup>12</sup> " Genel Kurul:

*Avrupa Konseyi Üyesi İmzacı Hükümetler,*

*Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirisini;*

*Bu bildirisinin ilan ettiği hakların evrensel düzlemde ve etkin biçimde tanınmasını ve bunlara uyulmasını temin etmeyi amaçladığını;*

*Avrupa konseyinin amacının üyeler arasında daha geniş bir birliği başarmak ve bu amaca ulaşmak için izlenecek yöntemlerden birisinin insan haklarını ve temel özgürlükleri korumak ve gerçekleştirmek olduğunu, dikkate alarak;*

*Dünyada adalet ve barışın temeli olan ve bir yandan etkin ve siyasal demokrasinin öte yandan bir ortak anlayışın sağlanması ve bunların dayandığı insan haklarına uyulması ile en yetkin biçimde korunacak bu temel özgürlüklere ilişkin derin inançlarını yeniden vurgulayarak;*

*siyasal geleneklerin ideallerin özgürlük ve hukunun üstünlüğünün getirdiği bir ortak mirasa ve benzeri anlayışa sahip bulunan Avrupa Ülkeleri hükümetleri olarak Evrensel bildiride belirtilen belli hakların işlerliğini hep birlikte sağlamak üzere ilk adımları atmayı kararlaştırarak;*

*Aşağıdaki hükümlerde anlaşmışlardır." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, başlangıç kısmı*



sözleşmede tanınan haklar lehine klasik egemenliklerinden bir ölçüde feragat etmeyi kabul etmişlerdir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi etkin bir denetim sistemi getirmiştir. 11 Nolu protokolden önce denetim mekanizması, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Divanı ve Bakanlar Komitesi olmak üzere üç kurumdan oluşmaktaydı. 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 Nolu Protokolle haklar konusunda bir değişiklik yapılmamakla birlikte yargılama usulünde kurumsal ve işleyiş konusunda çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Komisyon ve Divan'ın yerine tam zamanlı çalışan tek bir Mahkeme kurulmuş ve Bakanlar Komitesi'nin yargısal görevleri ortadan kaldırılmıştır. 11 Nolu Protokolden önce hak ve özgürlüğü çiğnenen bireyin Divan'a müracaat edebilmesi için ilgili sözleşmecî devletin bu konuda Komisyon'un yetkisini tanıması gerekiyordu.<sup>13</sup> Ancak 11 Nolu Protokol ile AİHM' nin yetkisi sözleşmeye taraf tüm devletler bakımından zorunlu hale gelmiştir.

Avrupa Bölgesinde, üyeleri aynı zamanda Avrupa Konseyi üyesi olan Avrupa Birliği çerçevesinde de insan hakları alanında önemli gelişmeler kaydedilmiştir. 1997 yılında kabul edilen Amsterdam Anlaşması ile Avrupa Birliği çerçevesinde insan hakları konusu merkezi bir önem kazanmıştır.<sup>14</sup> ATAD'ın kurulması ile topluluk hukuku alanında bir mahkeme ihdas edilerek insan hakları alanında önemli bir kazanım ortaya çıkmıştır.

Amerika Kıtasında da ikinci dünya savaşından sonra Avrupa Kıtasında olduğu gibi insan hakları ile ilgili kurumsal çalışmalar yapılmıştır. 1948 yılında 34 Amerika Devleti tarafından kurulan Amerikan Devletleri Teşkilatı çerçevesinde başlatılan çalışmalar sonucunda 1969 yılında 12 Devlet tarafından 82 maddelik Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi imzalanmıştır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde öngörülen denetim mekanizması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde olduğu gibi Komisyon ve Mahkeme' den oluşmaktadır.<sup>15</sup> Bu sistemde de insan hakları ihlalleri ile ilgili bireysel başvuru ve devlet başvurusu kabul edilmiştir.

Afrika Kıtasında da insan hakları ile bir dizi çalışma yapılmıştır. Diğer

---

<sup>13</sup> Türkiye bireysel başvuru açısından Komisyonun yetkisini 28.01.1987 yılında bazı çekincelere bağlı olarak kabul etmiştir.

<sup>14</sup> GÖZLÜGÖL; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzun Etkisi*, s.119

<sup>15</sup> ATAÖV, Türkkaya; *Genel Olarak Uluslar arası Hukuk ve İnsan Hakları*, Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları, 3. Kitap, Türk Kültürüne Hizmet Vakfı Yayınları, İstanbul, Ocak 1993, s.18

sistemlerden farklı olarak bu bölgede, bireysel haklar yanında grup hakları ile ilgili de çalışmalar yapılmıştır. 1981 yılında 51 Afrika Devleti tarafından imzalanan Afrika Şartı'nda insan hakları yanında, halkların haklarına da yer verilmiştir. Bu yönü ile Afrika Şartı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nden farklıdır. Afrika Şartı'nın bir diğer farkı da şartın maddelerinde üye devletlerce değişiklik yapılamamasıdır.<sup>16</sup>

## BİRİNCİ BÖLÜM

### AYRIMCILIK YASAĞI KAVRAMI

#### A. TARİHSEL GELİŞİM

*Ayrımcılık Yasağı* kavramı yeni bir kavram olup eşitlik ilkesi düzleminde ortaya çıkmıştır. Eşitlik ilkesinin konuşulduğu veya tartışıldığı vasatta eşitliğin negatif görünümü olarak dile getirilmiştir. Eşitlik ilkesinin sağlam temellere kavuşabilmesi bakımından, ayrımcılık yasağı ulusal ve uluslararası metin ve belgelere konu olmuştur. Eşitliğe ilişkin yaklaşımların ise antik çağlara kadar uzandığı kabul edilmelidir.<sup>17</sup> Eski dönemlerden günümüze kadar her tarihsel dönem ve toplumda farklı değer yargılarına göre şekillenen eşitlik anlayışının daha güçlü hale gelmesi bakımından dile getirilen *Ayrımcılık Yasağı* kavramı yasa önünde eşitlik anlayışı ile birlikte 18. yüzyılda ifade edilmeye başlanmıştır.<sup>18</sup> 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin önemli ilkelerinden biri olan yasa önünde eşitlik ilkesi 1839 Gülhane Hattı Hümayun'unda açıkça yer almasa da ayrımcılık

<sup>16</sup> KALABALIK, Halil; *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2009, s.106

<sup>17</sup> İNCEOĞLU, Sibel; "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2006/4, s.45

<sup>18</sup> ŞENEL, Alaaddin; "Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişimi", *Yavuz Abadan'a Armağan*, AÜSBF Yay. , Ankara, 1969, s.257

yapılmayacağı ifade edilmiştir.<sup>19</sup> 20. yüzyılda yaşanan savaşlar ve acı deneyimler sonucunda yasa önünde eşitliğin temini için ayrımcılık yasağı uygulama ilkesi haline gelmiş ve uluslararası hukukta yerini almaya başlamıştır. *Ayrımcılık Yasağı* kavramı düzenleme konusu olduğunda, tarihsel koşullar altında ilkin dinsel ve etnik ayrımcılık olguları değerlendirilmiştir. BM Teşkilatı da 1949 yılındaki ilk çalışma sürecinde Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına Dair İlkeyi açıklamıştır.<sup>20</sup> Eşitlik ilkesine dinamizm kazandıran *Ayrımcılık Yasağı* kavramı tarihsel koşullara bağlı olarak bağımsız bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Ancak uluslararası sözleşme ve metinlerde doğrudan bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte, ayrı bir düzenleme olarak yerini almıştır. Bu sözleşmeler arasında, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi' nin 2. ve 26.maddesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi' nin 2. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi' nin 1. maddesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 2. Maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin 14. maddesi özellikle belirtilebilir.

## B. TANIMLAMA

Ayrımcılık kavramı, insan haklarının güvence altına alınmasında en temel ve en önemli ilkeyi oluşturmaktadır.<sup>21</sup> Eşitlik ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi gereken ayrımcılık yasağı konusunda uluslararası alandaki en temel düzenlemeler, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşmeye Ek 12 No lu Protokol'dür. Ayrımcılık, bu sözleşmelerin hiçbirinde kavram olarak tanımlanmamaktadır. Ancak anılan sözleşmelerin metinleri incelendiğinde, ayrımcılığın cinsiyet, ırk, renk, soy ve etnik köken, milliyet, dil, din ve inanç, yaş, engellilik, politik veya diğer fikirler, medeni hal gibi diğer statüler yönünden yasaklandığı görülmektedir. Ayrımcılık Yasağı İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 2. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

<sup>19</sup> TANÖR, Bülent; *Osmanlı-Türk Anayasa Gelişmeleri*, Der yay.,2.b., İstanbul 1995, s.70-74

<sup>20</sup> AĞIRBAŞLI, Şennur; *Sınırlı Ayrımcılı Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2009 s..32

<sup>21</sup> KALABALIK; *İnsan Hakları Hukuku*, s.160

*“ 1. Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka herhangi bir düşünce, ulusal ya da toplumsal köken, servet, doğuş veya başka herhangi bakımdan ayırım gözetilmeksizin bu bildiride ilan olunan tüm haklardan ve özgürlüklerden yararlanabilir.*

*2. Ayrıca ister bağımsız ülke uyruğu olsun, isterse vesayet altında bulunan, özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke uyruğu olsun, bir kişi hakkında uyruğu bulunduğu devlet veya ülkenin siyasal, hukuki veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayırım gözetilmeyecektir.”*

Bu anlamda insan haklarını uluslararası düzeyde tanıyan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi her ne kadar insanlara bir kısım haklar tanınması gerektiğini ilan etmiş ise de bu belge hukuki anlamda bir antlaşma olmayıp gerçek hukuksal sonuçlar doğurması mümkün bulunmamaktadır. Ancak bu antlaşmanın etik sonuçları çok önemli olmuştur. Bir anlamda ayrımcılık yasağına evrensel meşruiyet kazandırmıştır. Sonradan yapılan uluslararası antlaşmalar ve bölgesel düzeydeki düzenlemeler bu metni tamamlamışlardır. İnsan haklarının uluslararası bölgesel örgütler düzeyinde ele alınması ve korunmaya çalışılması dünyanın çeşitli bölgelerindeki sosyal, dini ve hukuki yapılar gereği bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Bunların başında aşağıda incelenecek olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gelmektedir.

BM İnsan Hakları Komitesi, 1989 yılındaki 37. Oturum’unda yaptığı 18 No lu Genel Yorum’ da ayrımcılığa ilişkin şu tanımı geliştirmiştir;

*“Komite sözleşmelerde kullanılan ayrımcılık teriminin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, politik ya da diğer görüşler, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir zemin üzerine dayandırılan, ve bütün hak ve özgürlüklerin eşit ölçüde bütün bireyler tarafından tanınmasını, kullanılmasını veya yararlanılmasını kaldırma veya zayıflatma amacına sahip, herhangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama veya üstünlük tanıma olarak anlaşılması gerektiğine inanmaktadır”<sup>22</sup>*

<sup>22</sup> U.N. Human Rights Committee, 10.11.1989, <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde ayrımcılık yasağına, hem 2. madde de hem de 26. maddede yer verilmiştir. Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrası:

*“Bu Sözleşme’ye taraf her devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme’de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür.”*

şeklindedir. Sözleşmenin 26. maddesi ise:

*“Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayrımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir.”*

şeklindedir.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi bağlamında, 26. maddeye benzer şekilde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına dair düzenlemeler, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 24. maddesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 2. ve 3. maddelerinde de yer almaktadır.

Birleşmiş Milletler Sisteminde Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 1. maddesi<sup>23</sup> ve Kadınlara Karşı Her

---

<sup>23</sup> “Siyasal, Ekonomik, Toplumsal ve kültürel ya da kamu yaşamının diğer alanlarında insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını, veya uygulanmasını önleme ya da zarar verme amacını taşıyan ırk renk köken ya da ulusal ya da etnik kökene dayalı her türlü ayırım dışlama, kısıtlama ya da tercihtir” şeklinde tanımlamaktadır

Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 1. maddesi<sup>24</sup>, sözleşmelerin ilgili oldukları konular bağlamında ayrımcılığı tanımlamıştır.

Ayrımcılık kavramı ile ilgili görünüm ve ortaya çıkış bakımından doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olarak nitelenmektedir. Ayrımcılığın, ilk ortaya çıkan ve ilk akla gelen görünümü, doğrudan ayrımcılık kavramıdır. Bu ayrımcılığın ortaya çıktığı vasat önemli değildir, ayrımcılığı devlet de yapabilir, sosyal ilişkilerde de ortaya çıkabilir. Doğrudan ayrımcılık kişilere eşit olmayan muamele de bulunmaktır. Dolaylı ayrımcılıkta görünüşte bir eşitsizlik yoktur, formel bakımdan eşit muamele söz konusudur. Ancak dolaylı ayrımcılıkta işlem sahibine ayrımcı sonuçlar doğuracak muamele yapılmaktadır. Uluslararası hukukun denetim mekanizmaları böyle bir durumu da ayrımcılık olarak kabul etmektedirler. Thlimmenos davasında<sup>25</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,

*“Sözleşme'nin güvence altına aldığı haklardan ayrımcılığa uğramadan yararlanma hakkı, devletlerin durumları belirgin bir biçimde farklı olan kişilere objektif ve makul gerekçeler olmaksızın farklı muamelede bulunmamaları halinde de ihlal edilmiş olur”*

saptamasını yaparak 9. madde ile bileşim halinde 14. maddenin ihlaline karar vermiştir.<sup>15</sup>

Sonuç olarak, İki kişi ya da durum arasında bir farklılık olmamasına rağmen farklı davranışlarda bulunmak, kişi ya da durumlar arasında ayırım yaratmak veya farklı durumlar söz konusu olmasına rağmen benzer şekilde davranmak ayrımcılık olarak tanımlanabilir.

## C.ÖNEMİ

<sup>24</sup> “Erkeklerle kadınların eşitliği temeli üzerinde ve medeni durumlarına bakılmaksızın siyasal, ekonomik, toplumsal, kültürel, kişisel ya da bir başka alanda kadınların insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bu hak ve özgürlükleri kullanmalarını ve bunlardan yararlanmalarını zedelemek ya da kaldırmak amacıyla cinsiyet temeli üzerinde yapılan herhangi bir ayırım, dışlama ya da kısıtlama anlamına gelir.”

<sup>25</sup> Thlimmenos/Yunanistan Kararı: Başvuru no:34369/97, 06.04.2000 günlü

Ayrımcılık yapılmaması insan haklarının korunması bakımından temel bir işleve sahiptir. Ayrımcılık yasağı bireyin hak ve güvencelerini teminat altına almada ulusal ve uluslararası belge ve yasalarda asgari bir araç olarak kullanılmaktadır.<sup>26</sup> Ayrımcılık yasağı, İnsan haklarının etkin ve eşit kullanılmasının sağlanmasında çok önemli bir role sahiptir, aynı zamanda genel bir çerçeve çizmektedir.<sup>27</sup> İnsan hakları ile ilgili tüm sözleşmeler ırk, cinsiyet, din, bölgesel ve sosyal menşee ve sair ayırım gözetmeksizin devletlerin egemenliği altında yaşayan bireylerin haklarına saygı gösterilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Ayrımcılık yapılmaması veya yasa önünde eşitlik ilkesi bireyi devletlerin keyfiliğine karşı da korumaktadır. Ancak genel anlamda ayrımcılığın tek başına yasaklanması bireyin toplum içerisinde eşit ve onurlu hale gelmesine kafi gelmez. Bireyin etnik kökeni, yaşı, cinsiyeti ve diğer özelliklerinden ötürü farklı muamelelerle karşılaştığı durumlarda bu niteliklerinden doğan dezavantajlarının ortadan kaldırılmasına yönelik özel güvenceler sağlanması gerekmektedir. Pozitif ayrımcılık olarak ifade edilen bu önlemler, zayıf konumda bulunan bireyi korumaya yöneliktir. Bu bakımdan dezavantajları gidermeye yönelik önlemler ayrımcılık olarak değerlendirilmemektedir.<sup>28</sup>

Ayrımcılık yapılmaması, sadece bireyler bakımından değil, etnik, dilsel ve dinsel gruplar açısından da hayati öneme sahiptir. Yakın tarihte uluslararası ölçekte yaşanan etnik tasfiyeler, dinsel baskılar ve kültürel soykırımlar eşitlik ilkesinin veya ayrımcılık yapmama olgusunun gerekliliğini ispat eder dozdadır. Kıbrıs'ta yaşanan olaylar, Batı Trakya Türklerine yönelik eylemler, Almanya'da Çingelere ve Yahudilere yönelik etnik ve kültürel tasfiyeler örnek olarak gösterilebilir. Eşitliğin sağlanamadığı toplumlarda her türlü hak ihlaline rastlamak mümkündür.

## **D. EŞİTLİK İLKESİ İLE İLİŞKİSİ:**

<sup>26</sup> KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku*, s.159

<sup>27</sup> *Engelli Kişilerin İnsan Hakları, Ayrımcılıkla Mücadele*; İnsan Hakları Derneği yayınıdır, 2004, Ankara, s.20

<sup>28</sup> KARAN, Ulaş; "Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları", s.14, Eylül-2009, [www.ihop.org.tr/dosya/ab-kurumlar.pdf](http://www.ihop.org.tr/dosya/ab-kurumlar.pdf)

Ayrımcılık denilince akla ilk gelen kavramlardan biri de *eşitlik*'tir. En eski ve en temel insan hakları ilkesi olan eşitlik, iki şekilde ifadesini bulmaktadır: Hukuki eşitlik ve gerçek eşitlik. Hukuki eşitlik kavramına göre, benzer durumdaki kişilere benzer muamele yapılmalıdır. Hukuki eşitlikte, benzerlik temelinde eşit muamele esastır. Benzer durumdaki kişilere farklı muamele yapılmasına yol açacak yasa ve uygulamalar, doğrudan ayrımcılık şeklinde ifadesini bulur. Gerçek eşitlik ise, farklı durumdaki kişilere farklı muamele yapılması gerekliliğini temel alır. İşte bu nedenle, insan hakları alanında ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemeler eşitlik hakkı ve hoşgörü yaklaşımlarının da ilerisinde olması itibariyle özel bir öneme sahip bulunmaktadır.<sup>29</sup> Zaten insan hakları yukarıda verilen tanımlarından da anlaşılacağı üzere, azınlık, yabancı, ırk, cinsiyet, din, servet vb. gibi hiç bir ayırım gözetmeden tüm insanların sadece insan olmalarından dolayı yararlanması gereken hak ve özgürlüklerdir. Bireyin onuru ile bağlantılı olan eşitlik ilkesi, hiçbir kişi ve grubun farklı muamele görmemesini dikte etmektedir. Aksi halde ayrımcılık yapılmış olur.<sup>30</sup> Bu bağlamda ayırım yapmamak ve eşitlik birbirini tamamlayan iki prensiptir. Ayrımcı uygulamalar bir hoşgörüsüzlük ortamı yaratır ve eşit olmayan eylemlere yol açar. Bu nedenle Avrupa Konseyince ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde ayrımcılıkla mücadeleye öncelik verilmiş bulunmaktadır. Ayrımcılık yasağı hak ve özgürlüklerden eşit yararlanmada ve bunlardan herkese eşit şekilde kısıtlanmasında önleyicilik odak noktasını oluşturmaktadır.<sup>31</sup>

Ayrımcılık yasağı eşit durumda olanlara eşit muamele yapmayı öngörmektedir. En küçük bir ayrıcalık veya duyarsızlık insan haklarını eşitlik yönünden yaralar. Bu noktada ayrımcılığın yasaklanması da yine bu kişi ya da grupların talep ettikleri eşit muameleyi engelleyen ya da aksatan her türlü uygulamanın kaldırılarak toplumun tüm insanları için eşitliğin gözetilmesidir.<sup>32</sup> Tüm bu tanımlardan sonra denilebilir ki ayrımcılık yasağı, yasa önünde eşitlik, yasalarca eşit derecede korunma gibi ilkeleri de içinde bulunduran temel bir prensiptir<sup>33</sup>

<sup>29</sup> KUÇURADİ, İoanna; "İnsan Hakları Kavramı ve Gerektirdikleri", İnsan Hakları Konusunda Eğitimcilerin Eğitimi Semineri Tebliği, İzmir 3 Kasım 2003

<sup>30</sup> KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku*, s.158

<sup>31</sup> Council Of Europe, "Avrupa Konseyi ve İnsan Haklarının Korunması", Strasbourg: 2000, s.21

<sup>32</sup> ORAN, Baskın; *Küreselleşme ve Azınlıklar* İmaj Yayınevi, 4.Bası, Ankara, 2001, s.82

<sup>33</sup> KARAN, Ulaş; "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve TCK'nın 122.Maddesinin Uygulanabilirliği" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 73, Ankara, 2007, s.148



## E. AYRIMCILIK YASAĞINDA GÜVENCE SORUNU

### 1-Uluslararası Alanda

İnsan hakları alanında en önemli gelişme 2. Dünya Savaşından sonra olmuştur. İnsan haklarına evrensellik karakterini kazandıran BM Genel Kurulu 10 Aralık 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel beyannamesini yayınlamıştır. Ve bu beyanname insan hakları alanında Birleşmiş Milletler Örgütü içinde ve dışında birçok sözleşmeye esin kaynağı olmuştur. Bunların başında taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gelmektedir. Pek çok ulusal Anayasa gibi Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları da bu sözleşmeden etkilenmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 1. maddesinde insanların hak ve onur bakımından eşit oldukları ilan edilmiştir:

*“ Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdan sahibidirler; birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar”*

2. maddesinde de ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir:

*“1. Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka herhangi bir düşünce ulusal ya da toplumsal köken, servet, doğuş veya başka herhangi bakımdan ayırım gözetilmeksizin bu Bildiride ilan olunan tüm haklardan ve özgürlüklerden yararlanabilir.*

*2. Ayrıca ister bağımsız ülke uyruğu olsun, isterse vesayet altında bulunan, özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke uyruğu olsun, bir kişi hakkında uyruğu bulunduğu devlet veya ülkenin siyasal, hukuki veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayırım gözetilmeyecektir”*

BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 111 sayılı ILO Sözleşmesi, BM Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Unesco Sözleşmesi de ayrımcılığı yasaklayan belgelerdir.

## **2-Bölgesel Alanda**

1949 yılında Londra’ da kurulan Avrupa Konseyi’nin insan haklarına saygı temelinde insanlığa kazandırdığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1950 yılında 21 ülkenin imzası ile kabul edilmiştir. Ve bu sözleşme hiçbir ayrımcılık yapılmasına izin vermeden insan hak ve hürriyetlerini bölgesel düzeyde güvence altına almıştır. Avrupa Konseyine üye ülkelerin insan hakları alanında sağladıkları kazanımlar, Sözleşme ile uluslararası bir nitelik kazanmıştır. Sözleşmenin yaşamsal ve dinamik bir süreç içerisinde gelişmesi ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve içtihatları ile gerçekleşmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ nin uygulanmasını sağlayan en önemli koruma ve güvence mekanizmasıdır. 11 Nolu Protokolün yürürlüğe girmesinden önce Sözleşme’nin uygulayıcı kurumları Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan’dır. Sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten beri sözleşmecî devletlerin sayısının ve davaların artması nedenleri ile daha kısa ve daha adil bir çözüm için 1998’de yürürlüğe giren 11 Nolu Ek Protokolle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Divan yerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Bu protokolden sonra başvurular doğrudan Mahkemeye yapılmaktadır. Sözleşmecî Devletler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yetkisini kabul etmekle yükümlüdür. Mahkeme kararlarının uygulanmasını izleme yetkisi ise Bakanlar Komitesindedir.

İnsan haklarının korunmasına en temel ilke olan ayrımcılık yasağı Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi’ nin 14. maddesinde düzenlenmiştir. 14. maddede sözleşmede tanınan haklarla sınırlı bir alana sahip olan ayrımcılık yasağı 12 Nolu protokolün yürürlüğe girmesinden sonra yasal olarak tanınan hak ve özgürlükler bakımından koruma alanına sahip hale gelmiştir. 12 Nolu Protokolle, sınırlı ayrımcılık yasağından genel ayrımcılık yasağına geçilmiştir.

## **3- Ulusal Alanda**

1982 Anayasasının 10. maddesinde

*“herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önüne eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve İdare Makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorundadırlar.”*

denilmektedir. Bu düzenleme salt ayrımcılık yasağına ilişkin değildir, hem bireyin kanun önünde eşitliği vurgulanmakta hem de sayılan örnekleyici hususlarda ayrımcılık yasağına işaret edilmektedir. Türk Hukukunda 1876, 1924 ve 1961 Anayasalarında da Kanun Önünde Eşitlik ilkesi düzenleme konusu yapılmıştır.

Türk Ceza Kanununda 2005 yılında getirilen önemli bir yenilik ayrımcılık suçunun vazedilmiş olmasıdır. 5237 Sayılı Yasanın 122. maddesinde:

*“kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;*

*a) bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan*

*b) besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden*

*c) kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen kimse hakkında altı aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir”*

hükmü düzenleme konusu yapılarak ayrımcılık yapma suçu kabul edilmiş ve çok önemli bir adım atılmıştır. Bu suçun eşitlik ilkesi anlamında ceza hukukunda yeterince koruma sağlayıp sağlayamayacağı halkın bilinç düzeyi ile hukuk uygulayıcılarının kararları tarafından belirlenecektir.

## **F. AİHS 14. MADDE BAĞLAMINDA AYRIMCILIK YASAĞI**

## 1-Tanımlama Sorunu

Sözleşmenin 14. maddesi;

*“Bu sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasal ya da başka bir görüş, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum ve benzeri başka bir statü ayırımı gözetmeksizin herkes için sağlanır”*

şeklindedir. Görüleceği üzere bu madde de ayrımcılık açık olarak tanımlanmamıştır. Hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından ayrımcılık olguları sayılmıştır. Ancak sadece sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından Ayrımcılık yasaklanmıştır. Bu bakımdan 14. madde de ayrımcılık yasağının genel bir kapsamı bulunmamaktadır. 14. maddede de sayılan ayrımcılık olguları sınırlayıcı değil, örnekleyicidir. Ancak bu maddenin amacı mutlak bir eşitlik sağlamak değil ayrımcılığı önlemektir. Burada negatif ayrımcılık düzenleme konusu yapılmıştır. Daha zayıf konumda olanların durumlarını güçlendirmek amacı ile bazı ayrıcalıklar sağlamak anlamına gelen pozitif ayrımcılık, 14. madde kapsamında değerlendirilmemiştir. Pozitif ayrımcılık olarak nitelenen bu durumda dezavantajlı konumda olanlara yapılacak özel muamele onların durumlarını düzeltmeye yöneliktir.<sup>34</sup> Bu durumun en tipik örneği kadın-erkek ilişkilerinde ortaya çıkmaktadır.

## 2- Kapsamı

Sözleşme'nin 14. maddesi, benzer durumdaki kişileri (tüzel kişiler de dahil olmak üzere) Sözleşme' de ve Protokoller' de belirtilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa karşı korur. Ancak söz konusu madde mutlak nitelikte değildir. 14. madde eşit durumda olanlara eşit muamele yapılmasını gerektirmektedir. 14.madde bağlamında ayrımcılıkta, yetkili makamlar tarafından yapılan işlem, *objektif ve haklı gösterilebilir makul bir nedeni yoksa, yani meşru bir amaca hizmet etmiyorsa ve başvuru araçlarıyla ulaşılmaya çalışılan amaç arasında makul bir orantılılık*

<sup>34</sup> TEZCAN, Durmuş; ERDEM Mustafa Ruhan; SANCAKDAR, Oğuz; ÖNOK Rıfat Murat; *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2006, s.245

*ilişkisi yoksa ayrımcı nitelik taşır.*<sup>35</sup>

Ayrımcılık yasağı İddiasına karşın AİHM şu hususlara dikkat etmektedir:

- iddia konusu ihlal AİHS ve Ek- Protokollerle tanınan bir hakkın kapsamına girer mi?

- iddia konusu, benzer durumdaki bireyler arasında hak ya da özgürlükten yararlanma bakımından fark gözetiyor mu?

- benzer durumdaki diğer bireylere nazaran yapılan farklı işlem objektif ve makul bir nedene, meşru bir amaca dayanıyor mu?

- iddia konusu farklı muamelede, gerçekleştirilmek istenen amaçla kullanılan araç arasında ölçülülük var mı?

- farklı muamele Devlet'in ulusal takdir yetkisini aşıyor mu?

### **a) Objektif ve Makul Sebep Olgusu**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' nin yerleşmiş içtihatlarına göre her farklı muamele ayrımcılık teşkil etmemekte, farklı muamelenin ayrımcılık olabilmesi için bu farklı muamelenin objektif ve makul bir gerekçesinin olmaması gerekmektedir.<sup>36</sup> 14. madde hükmünün ihlali iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne getirilen somut olaydan hareketle yapılacak incelemede, önce sözleşmeye dahil bir hakkın ve benzer durumun var olup olmadığı araştırılmakta, sonra, benzer durumdaki bireyler arasında, hak yada özgürlükten yararlanma bakımından fark gözetilip gözetilmediği saptanmakta, şayet bir muamele farkı saptanmışsa, bunun devletin sahip bulunduğu ulusal takdir hakkı da göz önünde tutularak objektif ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığını saptamaktadır.<sup>37</sup> AİHM Avusturya ile ilgili bir kararında.<sup>38</sup> Objektif ve Makul Sebebin bulunmadığından bahisle 14. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir:

<sup>35</sup> USAL, Zeynep O.; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Eğitim Hakkıyla Bağlantılı Olarak Ayrımcılık Yasağı”, 16-20 Mayıs 2007, Ankara

<sup>36</sup> ÇOBAN, Ali Rıza ; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı ve Mülkiyet Hakkı Açısından İncelenmesi”, s.7

<sup>37</sup> BÖK, Selçuk; “AİHS ile Koruma Altına Alınan Başlıca İnsan Hakları”, İnsan Hakları ve Yargı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara-1998, s.51.

<sup>38</sup> AİHM Kararı, Gaygusuz - Avusturya vakası bkz. DOĞRU, Osman; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Cilt 1, İstanbul: Beta Yayınları,

Başvurucunun vatandaşlığına dayanılarak kendisine işsizlik sigortası kapsamında acil yardım tazminatı verilmemesine ilişkin olarak yapılan bu başvuruda Mahkeme, başvurucunun işsizlik sigortası fonuna Avusturya vatandaşlarıyla aynı hak ve yetkilerle ve aynı temele dayanarak katkı payı ödediğini, söz konusu sosyal yardımı alabilmek için gerekli diğer yasal ön koşullara uyduğunu ve dolayısıyla Avusturya vatandaşları ile yabancılar arasında yaratılan farklılığın hiçbir objektif ve makul bir haklı sebebinin bulunmadığını belirterek, 14. maddenin 1 Nolu Protokol 1. maddesiyle bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar vermiştir.

AIHM bir başka kararında Objektif ve Makul Sebep olgusunun dozunu artırmıştır: Burghartz / İsviçre kararında,<sup>39</sup> cinsler arasındaki hak eşitliği eğiliminin kuvvet kazandığı günümüzde cinsiyete dayanan bir ayırımın kabulü için devletlerin çok daha ağırlıklı ve geçerli nedenlere sahip olması gerektiğini saptamıştır. Mahkeme, kişinin taşıdığı ismin özel hayat ve aile hayatına saygı kavramına dahil olduğunu değerlendirdiği, bu kararında, karısının soyadını alan kocanın bu soyadı önüne kendi soyadını eklemeyi yasaklayan, buna mukabil kocanın soyadını alan kadına bu hakkı tanıyan kanun hükmünün cinsiyete dayanan bir ayırım getirdiğini; objektif ve makul bir ölçüye dayanmadığını saptayarak, bu hususu Sözleşmenin 8. maddesi yönünden 14. maddenin ihlali saymıştır.

AIHM' in 12 Nolu Protokol ile ilgili ilk ve tek vaka<sup>40</sup> incelemesinde, 14. madde kapsamında içtihatlarla şekillenen ayrımcılık kavramının yorumuna işaret edilerek 12 nolu Protokolün 1. maddesinde de aynı yorumun benimsendiği açıklanmıştır. Bu karar' da ayrımcılık; *benzer durumdaki kişilere objektif ve haklı bir gerekçe olmaksızın farklı davranmak anlamına geldiği* şeklinde tanımlanmıştır. Kendilerini Romen ve Musevi olarak kabul eden iki Bosna Hersek vatandaşının mevcut Anayasa'nın seçimlerle ilgili getirmiş olduğu kriterlerin<sup>41</sup>, 14. madde, 1 Nolu Protokolün 3. maddesi ve 12 Nolu Protokolün 1. maddesine aykırı olarak ırk temelli ayrımcılığa yol açtığını ileri sürdükleri bu vakada Mahkeme; bir insanın etnik kökenine yönelik yapılan ayrımcılığın ırk ayrımcılığı olduğunu, ırk ayrımcılığının çok tehlikeli bir ayrımcılık çeşidi olduğunu, bu

<sup>39</sup> AĞIRBAŞLI, s.50

<sup>40</sup> AIHM Kararı, Sejdić ve Finci/ Bosna – Hersek; 27996/06 nolu

<sup>41</sup> Bosna Hersek'in karar da açıklanan Mevcut Anayasasına göre, Boşnak, Hırvat ve Sırp'lardan oluşan halk meclisine aday olabilmek için vatandaşlık bağı yeterli olmamaktadır. Ayrıca, adayların kendilerini bu halklardan biri ile bağlantılı olarak deklare etmeleri gerekmektedir.

yüzdende otoritelerin bu konuya dikkatli yaklaşımlarının gerektiği, uygulamada ki farklılığın ırk ve etnisiteye dayanması halinde objektif ve haklı sebep olgusunun daha katı yorumlanması gerektiği değerlendirilmesinde bulunduktan sonra, başvuru sahiplerinin kendilerini üçlü gruptan( Boşnak, Hırvat ve Sırp) biri olarak deklare etmediklerinden Bosna-Hersek Halk Meclisine seçilememeleri durumlarının devam etmesinin objektif ve makul gerekçeden yoksun olduğunu belirterek 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme Ayrıca, başvuru sahiplerinin kendilerini bu üçlü halktan biriyle bağlantılı olarak deklare etmeyişlerinin başkanlık seçimlerine katılmalarına engel olduğunu, bu katılımı engelleyen Anayasa hükümlerinin ayrımcı nitelikte olduğu vurgulayarak 12 Nolu Protokolün 1. maddesinin de ihlal edilmiş olduğu açıklanmıştır.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı' da 1977 tarihli Rüchdeschel kararında, ayrımcılık yasağını genel eşitlik ilkesinin özgül anlatımı olarak değerlendirerek, bu ilkenin; vaki olan bir farklılık objektif olarak haklı gösterilmedikçe, karşılaştırılabilir durumlarda farklı bir işlem tesis edilmemesini açıklamıştır.<sup>42</sup>

## **b) Sınırlamada Meşru Amaç ve Ölçülülük Yaklaşımı**

AİHS sisteminde denetim organlarına göre her farklı uygulama, 14. maddenin ihlal edildiği anlamına gelmez. AİHS 14. maddesi, eşit durumda olanlara eşit muamele yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Karşılaştırmaya konu iki durum arasında bir eşitlik varsa, bu takdirde söz konusu tasarrufun amacı meşruluğu ve kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasındaki oranlılığı belirleyici olmaktadır. Farklı konumda olan kişilerin farklı statü ya da işleme tâbi tutulması, her zaman ayrımcılık yapıldığına karine teşkil etmez.

AİHM' in yerleşik içtihadına göre, eğer objektif ve makul bir gerekçe yoksa, yani meşru bir amaca ulaşmak için yapılmamış ya da gerçekleştirilmesi istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi yoksa, söz konusu farklılık ayrımcılık teşkil eder. Sözleşmenin 14 üncü maddesinin ihlal edilip edilmediğinin

---

<sup>42</sup> GÜLMEZ, Mesut; "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/2, s.230

tespitinde son belirleyici, ölçülülük ilkesi olmaktadır.<sup>43</sup> AİHM , Belçika Dil Davası'nda,<sup>44</sup> bazı beldelerde anadilleri Fransızca olan çocukların Fransızca okullara alınmalarını düzenleyen mevzuatın, 1. Protokolün 2. maddesinin birinci cümlesine uygunluğunu denetlerken, öğrencilerin okula alınmaması tedbirinde, gerçekleştirilmek istenen amaçla kullanılan araç arasında ölçülülük bulunmadığını tespit etmiştir. AİHM Bir başka kararında Meşru amaç nedeni ile ayrımcılık yapılmadığına hükmetmiştir: Belçika Polis Sendikası./Belçika kararında<sup>45</sup>, Yerel Polis Sendikası olan başvuru, belde ve bölgelerdeki bütün memurların üyeliğine açık diğer üç sendikadan farklı olarak, kendisinin İçişleri Bakanlığı tarafından istişareye kabul edilmemesinden şikayet etmektedir. 2 Ağustos 1966 tarihli Kraliyet Kararnamesi, başvuru sendika gibi 'meslek kategorisine dayanan sendikaların' zararına eşitsiz bir muameleye sebep olduğu daha önce tespit edilmiştir. Ancak Hükümet, sendika anarşisinden kaçınmak istediğini, belde ve bölgelerdeki bütün memurların mesleki yararlarını dikkate alan, somut ve dengeli bir memur politikasını gerçekleştirmenin gerekliliğini düşündüğünü belirtmiştir.

AİHM, Hükümetin bu amacının kötü niyetli olduğunu düşündürmeyecek kadar meşru bir amaç olduğunu saptamıştır

### **c) Sınırlamada Ulusal Takdir Yetkisi**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmede güvence altına alınan hakları etkin bir şekilde korumak için Devletlere yükümlülükler yüklemektedir. Ancak diğer taraftan, taraf devletlerin egemenlik yetkilerine saygı göstermek ve Sözleşmenin uygulanmasında demokratik çoğulculuğa olanak tanımak amacıyla taraf devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan ödevlerinin kapsamını ve niteliğini tayinde taraf devletlere belli oranda takdir de tanımaktadır. Devletlerin sahip olduğu bu özgürlüğe ulusal takdir yetkisi denilmektedir.<sup>46</sup> Her taraf devletin tarihsel arka planından kaynaklanan özgün koşulları ve farklı toplum yapıları göze çarpmaktadır. Bu anlamda taraf devletlerin

<sup>43</sup> AYTAÇ Kurt, "Avrupa Hukukunda İyi Yönetim Hakkı Çerçevesinde Ölçülülük İlkesi", www.Danıştay.gov.tr

<sup>44</sup> Belçika Dil Davası, ,Başvuru No: 1474/62 Karar Tarihi 23.07.1968, bkz. DOĞRU, Osman; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, İstanbul: Beta Yayınları,

<sup>45</sup>DOĞRU, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C.I*, İstanbul-200, s.118

<sup>46</sup> ÇOBAN, Ali Rıza; "Strasburg'ta Herküllere İhtiyacımız var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi" AÜHFD, 2008, s.189



yapılarını dikkate almamak AİHS' nin güvenilirliğini etkileyebilir ve kararlarının ölçülü olmadığı yönünde bir algılamaya yol açabilir. Ayrıca demokratik çoğulculuk kültürü ile dezavantajlı grupların varlığı da devletlerin takdir marjının genişlemesine yol açabilir. Mesela devletler kural ve işlemlerinde pozitif ayrımcılık yapmış olabilir. Bu bağlamda AİHM, devletlerin takdir hakkını dikkate almaktadır.

### 3-Özellikleri

#### a) Bağımsız Hak Sorunsalı

Avrupa İnsan Sözleşmesinin 14. Maddesinde düzenlenen ayrımcılığa tabi tutulmama hakkı, bağımsız bir hak olmayıp, sözleşme ve ek protokollerde güvence altına alınan diğer haklar için uygulama alanı bulabilecek olan bir haktır.<sup>47</sup> 14. maddenin uygulanabilmesi için Sözleşmede ve Ek Protokollerde tanınan ve güvence altına alınan bir hakka müdahalenin söz konusu olması gerekir. Ancak, 14.maddenin ihlal edilmiş sayılması için bağlantılı olduğu maddenin ihlal edilmiş olması şartı yoktur.<sup>48</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Rasmussen- Danimarka davası ile ilgili kararında; 14. maddenin Sözleşmenin ve Ek- Protokollerin diğer hükümlerini tamamlayıcı nitelikte olduğunu, Yalnızca bu hükümlerde teminat altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlanma bağlamında yürürlüğe girdiğinden bağımsız bir uygulama alanı olmadığını, davada açıklanan olguların Sözleşme ve Protokollerde açıklanan diğer hükümlerden en az birinin kapsamına dahil olmadığı sürece uygulanamayacağını açıklamıştır.<sup>49</sup> AİHM 'nin bu kararından da anlaşılacağı üzere ileri sürülme bakımından Ayrımcılık Yasağı hakkı bağımsız nitelikte değildir.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> GÖZLÜGÖL, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi*, s.255

<sup>48</sup> AİHM Kararı, *Dudgeon/Birleşik Krallık Vakası*, bkz. DOĞRU, Osman; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Cilt 1, İstanbul: Beta Yayınları,

<sup>49</sup> AİHM Kararı, Rasmussen-Danimarka vakası, 28 Kasım 1984, Seri A No.87,s.12,Par.29 bkz. DURERTRE, Gilles; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Kasım-2007, Ankara, Avrupa Konseyi tarafından yayınlanmıştır, s.416

<sup>50</sup> Ancak AİHM, Liechtenstein./Almanya vakasında herhangi bir hak ihlali oluşmadığından bahisle 14. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bkz. AĞIRBAŞLI; *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, s.98

## b) Mutlak Olmama

14. Maddede herhangi bir istisna vazedilmediği halde ayrımcılık yasağı mutlak nitelikte değildir. Yapılan her farklı işlem ihlal anlamına gelmemektedir. Eşit durumda bulunanlara eşit işlem yapılması, farklılık söz konusu olduğunda da bu farklı davranışın haklı bir amacının bulunup bulunmadığı, , araç ile amaç arasında orantısızlık bulunup bulunmadığı ve ülkenin ulusal takdir yetkisine bakılmaktadır. 12 No lu protokole ait Açıklama raporunun da örnek aldığı AİHM’ nin Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı./Bileşik Krallık davasındaki saptama ile örtüşen şu tespiti yapmıştır:

*“.. Farklı bir davranış ancak haklı bir hedefi yoksa yani Kabul edilebilir bir mazeret içermiyorsa ve amaç ile amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında orantısız bir ilişki varsa Ayrımcılık Yasasına aykırıdır”<sup>51</sup>*

Yani her farklı işlem ya da eylem ayrımcılık olarak değerlendirilemeyecektir. Anayasa Mahkemesi de benzer kriterleri kullanarak ayrımcılık yasağının pozitif görünümü olan eşitlik ilkesini mutlak nitelikte yorumlamamıştır. Pek çok demokratik ülkenin Anayasa yargısında da aynı eğilim izlenmektedir.<sup>52</sup> Örneğin 3270 sayılı yasanın 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanununun 52. Maddesini değiştirerek seçime katılan ve TBMM’ de grubu bulunan ve temsil edilen partilere Radyo ve Televizyon’da propaganda yapma açısından diğer partilerin konuşma sürelerinden fazla süreler getirmesi düzenlemesi ile ilgili incelemesinde;

*“ Partilere farklı süreler tanınması haklı nedene dayanmadıkça eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Düzenleme bir önceki seçimlerde öbür partilere oranla daha büyük seçmen kitlesinin güvenini kazanmış partilere avantaj sağlamaktadır. Bu düzenlemedeki büyük fark kabul edilebilir ölçünün aşılması ile eşitliğe aykırı görülebilirdi. Oysa makul ölçünün aşıldığını gösterir bir durum yoktur. Propaganda konuşmalarının seçime katılma durumunda partiler için aynı olması, sonraki fazlalıkların değişkenliği, parti güçlerinin oranına göre aykırılık oluşturmamaktadır. ... getirilen değişiklikteki aşırı olmayan ölçüler eşitliğe aykırılık savına kanıt gösterilemez.*

<sup>51</sup> AĞIRBAŞLI; *Sınırlı Ayrımcılık Yasasından Genel Eşitlik İlkesine*, s.74

<sup>52</sup> KABOĞLU, İbrahim Ö; *Özgürlükler Hukuku*, İmge Yay., Ankara-2002, s.184-186

*Düzenleme ile partiler arasında bir ayırım değil büyüklüklerine göre fark yaratılmıştır.”<sup>53</sup>*

Ulusal yargılama ve AIHM yargılamasında ayrımcılık yasağı mutlak nitelikte değerlendirilmemiştir. Şayet ayrımcılık yasağı mutlak olarak değerlendirilse idi, sonuçta verilecek karar da ayrımcı nitelikte olacaktı. Ayrımcılık Yasağı kavramının niteliğinden bu sonuç ortaya çıkmaktadır. Öğretide de aksi bir görüş belirtilmemiştir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### 12 NOLU PROTOKOL VE GENEL AYRIMCILIK YASAĞI

#### A. GENEL AYRIMCILIK YASAĞI

##### 1- Kavramsal Yaklaşım

Ayrımcılık insan haklarını meydana getiren temel değerlere yapılmış bir saldırıdır. Aynı zamanda Ayrımcılık temel hak ve hürriyetleri işlevsiz ve güvencesiz hale getiren en önemli hak ihlalidir. Ayrımcılığın pozitif görünümü olan eşitlik insanlığın evrensel bir özlemidir.<sup>54</sup>

BM İnsan Hakları Komitesi, 1989 yılındaki otuz yedinci oturumunda yaptığı 18 No lu Genel Yorumda, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası BM Sözleşmesinin 1. maddesindeki *ırksal ayrımcılık* ve yine Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair BM Sözleşmesinin 1. maddesindeki *kadına karşı ayrımcılık* tanımlarına atıfta bulunarak, ayrımcılığa ilişkin aşağıdaki tanıımı geliştirmiştir:

“Komite Sözleşmelerde kullanılan ‘ayrımcılık’ teriminin *ırk, renk, cinsiyet, dil,*

<sup>53</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı; 22.05.1987 tarih, 1986/17 E., 1987/11 K., AYMKD, s.23

<sup>54</sup> ÖDEN, Merih; *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara-2003, s.13

*din, politik ya da diğer görüşler, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir zemin üzerine dayandırılan, ve bütün hak ve özgürlüklerin eşit ölçüde bütün kişiler tarafından tanınmasını, kullanılmasını veya yararlanılmasını kaldırma veya zayıflatma amacına sahip, herhangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama veya üstünlük tanıma olarak anlaşılması gerektiğine inanmaktadır.*

Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesine Ek 12 No lu Protokol'ün 1. maddesi benzer genişlikte bir ayrımcılığı açıklamaktadır.

3- 4 Kasım 2000 tarihinde Roma'da imzaya sunulan ve 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren ve şu anda 37 üye tarafından imzalanan 17 üye devlet tarafından iç hukuka uyarlanan<sup>55</sup> Ek 12 No'lu Protokol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin kapsamını genişletmekte ve *Genel Ayrımcılık Yasağını* kabul etmektedir.

Bu protokolle öngörülen *Genel Ayrımcılık Yasağı* ya da *Genel Eşitlik İlkesi* İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 7.maddesi<sup>56</sup> ile BM Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Milletlerarası Sözleşmesinin 26. maddesinde<sup>57</sup> de düzenleme konusu yapılmıştır. Bu düzenlemede ayrımcılığa esas dil, din, ırk ve cinsiyet gibi temel özneler sınırlı sayıda değil, örnekleyici olarak sayılmıştır. Ayrımcılığa esas diğer özneler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları ile geliştirilip yorumlanmaya açık bulunmaktadır.<sup>58</sup> Nihayet 12 No lu protokol ile genel ayrımcılık yasağı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminin bir parçası haline gelmiştir. 14. madde de *bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma* ifadesi yerine 12 Nolu protokolün 1. maddesinde *hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma* ifadesi tercih edilmiştir.

<sup>55</sup> AĞIRBAŞLI; *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, s.72

<sup>56</sup> 7.Madde: “ Tüm İnsanlar Yasa Önünde Eşittir ve yasa vasıtası ile ayırım gözetilmeksizin eşit korunma hakkına sahiptir. Herkes bu beyannameyi ihlal eden her türlü ayrımcılığa ve bu türden ayrımcılığı kışkırtan her türlü davranışa karşı korunma hakkına sahiptir.”

<sup>57</sup> 26.Madde: “ Tüm insanlar yasa önünde eşittir ve ayrımcılığa tabi tutulmaksızın yasa yoluyla eşit korunma hakkına sahiptir. Bu anlamda yasa her türlü ayrımcılığı yasaklamak ve tüm insanlara, özellikle ırkı, ten rengi, cinsiyeti, dili, dini,veya politik veya diğer dünya görüşü, milli veya sosyal kökeni, mal varlığı, doğumu veya diğer konumu gibi nedenlerle uygulanacak ayrımcılığa karşı eşit ve etkin bir koruma sağlamak zorundadır.”

<sup>58</sup> GEMALMAZ, Mehmet Semih; *Ulusal üstü İnsan Hakları, Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Nisan-2001, s.384

## 2-Niteliği

12 Nolu protokol ile hukuk önünde eşitlik veya yasalar önünde eşitlik de diyebileceğimiz genel eşitlik ilkesi sözleşme sistemine dahil edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin 14. maddesi sadece sözleşmede tanınan haklar bakımından güvence sağlarken, 12 Nolu Protokol yasaların tanıdığı tüm haklardan yararlanma bakımından güvence getirmektedir. 14. madde Sınırlı Ayrımcılık Yasağını kabul ederken 12 Nolu Protokol Genel Ayrımcılık Yasağını, diğer bir deyişle Genel Eşitlik İlkesini kabul etmektedir. Bu pozitif düzenleme gereğince, taraf devletler artık kendi yetki sahalarında bulunan herkese, tüm işlem ve eylemlerinde hiçbir ayırım yapmadan kanun önünde eşitlik hakkı tanıma yükümlülüğü altına girmişlerdir. Nitekim 12 Nolu Protokol ile ilgili AIHM, ilk vaka<sup>59</sup> incelemesinde;

*“14. maddenin sözleşmede belirtilen hak ve özgürlüklerden yararlanmada ayrımcılığı yasaklarken 12 Nolu protokolün 1. maddesi koruma kapsamını, yasalar tarafından verilen herhangi bir hak olarak genişletiyor. Bundan dolayı da genel bir ayrımcılık yasağı getirilmiş oluyor”*

değerlendirmesinde bulunmuştur. 12 Nolu protokolün 1. maddesinde ifade edilen yasalardan kastedilen sadece yasama faaliyeti sonunda kabul edilen düzenlemeler değildir. Tüzük, yönetmelik gibi düzenlemeler de bu yasa kapsamına girmektedir.

Ayrıca, 12 Nolu Protokolün açıklayıcı raporunda; AIHM; Abdulaziz Cabales ve Balkandalı / Birleşik Krallık davasındaki kararını işaret ederek<sup>60</sup>, bu protokolde ve 14. maddede öngörülen ayrımcılık yasaklarının mutlak olmadığını, her farklı davranışın aynı zamanda ayrımcılık olmadığını açıklanmıştır. Farklı muamele objektif ve haklı gerekçelere dayanıyorsa ayrımcı olarak nitelendirilemez.

## 3-Yürürlük Sorunu

<sup>59</sup> Sejdıc ve Fıncı/ Bosna – Hersek; 27996/06 nolu Karar.

<sup>60</sup> “... farklı bir davranış ancak haklı bir hedefi yoksa , yani kabul edilebilir bir mazeret içermiyorsa, ve amaç ile amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında orantısız bir ilişki varsa Ayrımcılık Yasağına aykırıdır.” AIHM'nin Abdulaziz Cabales ve Balkandalı./ Birleşik Krallık vakası, 28.05.1985 tarihli Kararı, bkz. Ağırbaşı, *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, s.74

AİHS' in 14.maddesinin eşitsizlikler ve ayrımcılıklar konusunda yeterli güvenceyi sağlayamadığı gerçekliği üzerinde süren tartışmalardan sonra Bakanlar Komitesi 1998 yılında 622 sayılı oturumunda 14. maddenin uygulama alanının genişletilmesi için Ek bir Protokol hazırlanması yönünde karar alarak İnsan Hakları Komitesini bu konuda görevlendirmiştir. İnsan Hakları Komitesi hazırlık çalışmalarını tamamladıktan sonra bu protokol önerisini 9-10 Mart 2000 tarihinde Bakanlar Komitesine sunmuştur. Bakanlar Komitesi de bu protokol önerisini kabul ederek 3-4 Kasım 2000 tarihinde Roma' da gerçekleştirilen Konferans'ta taraf devletlerin imzasına sunmuştur. 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren şu anda 47 üye devletin 37' si tarafından imzalanan 12 No lu protokol 17 taraf devletin İç hukuklarına dahil edilmiştir. Türkiye ise halen bu Protokolü iç hukuka dahil etmemiştir.

#### **4-Türk Hukukuna Olası Etkileri**

Sözleşme sistemine taraf ülke olan Türkiye için AİHS iç hukuk kuralı haline gelmiştir. Türkiye'nin katıldığı diğer uluslararası sözleşmeler gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin İç Hukuktaki yerini Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası belirlemiştir:

*“Usulüne göre yürürlüğe konmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Temel Hak ve Özgürlüklere ilişkin Milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeni ile çıkabilecek uyumsuzluklarda Milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”*

Bu bağlamda Sözleşmenin kişilere tanıdığı hak ve özgürlükler Türk Mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanabilir nitelikte hukuk kurallarıdır.

AİHS' e 2005 yılında dahil olan 12 Nolu Protokolü Türkiye henüz onaylamamıştır. Bu protokolle ulusal yasaların tanıdığı hak ve özgürlükler bakımından da Ayrımcılık Yasağı vazedilerek, ihlali halinde AİHM önünde dava edilebilme olanağı

sağlanmıştır. 12 No lu protokolle genel eşitlik ilkesi getirilmiştir. Eşitlik İlkesine Anayasa’da da yer verilmiştir.<sup>61</sup> Ancak Anayasa Mahkemesi hukuki durumları aynı olanlar için yasal eşitliği tanımaktadır.<sup>62</sup> dolaylı ayrımcılık olgusu bu bakımdan inceleme konusu yapılmamaktadır.

## **B.12 NOLU PROTOKOLUN GETİRDİKLERİ**

### **1-Genel Eşitlik İlkesi**

İnsanlığın en büyük özlemi olan eşitlik, insan haklarının da temelini teşkil etmektedir. İnsan hakları alanındaki uluslar arası çalışmaların esin kaynağı olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile insanlık bu özlemini güçlü bir şekilde dile getirmiştir.<sup>63</sup> 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 26. maddesi, 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 24. maddesi ve 1981 tarihli Afrika Şartının 3. maddesinde açıklanan genel eşitlik ilkesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metninde ifade edilmemiştir. AİHS’ nin 14. maddesinde, sözleşmede tanınan haklarla sınırlı ayrımcılık yasağı benimsenmiştir. Daha sonra bu düzenlemenin eşitliği sağlamada yetersiz kaldığını değerlendiren Avrupa Topluları genel eşitliği sağlamanın aracı olan *genel ayrımcılık yasağı* kavramını getiren 12 Nolu Protokolü kabul etmiştir.

Sözleşme metninde yasalar önünde eşitlik ilkesi her ne kadar düzenlenmemişse de Sözleşmeye Ek 12 Numaralı Protokol ile bu husus düzenlenmiştir. Bu Protokolün başlangıç bölümünde şöyle denilmektedir:

---

<sup>61</sup> 1982 Anayasası Md. 10: “ Herkes, dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep, ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa, imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar”

<sup>62</sup> Anayasa Mahkemesinin 11.12.1980 tarihli kararı, 1980/63 Es. 1980/68 Kr. AYMKD , Sy. 18, s.388-396

<sup>63</sup> İHEB Md. 7: “ herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkında sahiptir. Herkesin bu bildirgeye aykırı her türlü ayırım gözetici işleme karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır.”

*“Metin altında imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi Devletler, tüm insanların hukuk önünde eşit oldukları ve hukuk tarafından eşit derecede korunma hakkına sahip oldukları temel ilkesinden hareketle; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi aracılığıyla ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasını birlikte yerine getirerek, herkesin eşit olmasını sağlamak için yeni tedbirler alma kararlılığından olarak;*

*Ayrımcılık yapılmaması ilkesinin, alınacak tedbirlerin objektif ve makul bir gerekçeye dayanması şartıyla, Taraf Devletleri tam ve etkin bir eşitlik sağlamak üzere tedbir almaktan alıkoymadığını vurgulayarak aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır.”*

04 Kasım 2000 tarihli Ek 12 Numaralı Protokolün *Ayrımcılığın Genel Olarak Yasaklanması* başlığını taşıyan 1. maddesinde;

*“1. Yasayla öngörülmüş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.*

*2. Hiç kimse, hangisi olursa olsun hiçbir kamu makamı tarafından özellikle birinci fıkrada belirtilen gerekçelere dayalı bir ayrıma maruz bırakılamaz”,*

şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Bu bağlamda genel eşitlikten kastedilen yasalar önünde eşitlik olgusudur. Öğreti de yasalar önünde eşitlik ilkesi hukuksal eşitlik olarakta nitelenebilmektedir. Aynı ya da benzer hukuksal durumda bulunanlara aynı muamelenin yapılmasını öngören yatay eşitlik kavramı ile ayrı durumda olanların ayrı muameleye tabi tutulmasını öngören dikey eşitlik kavramı da yasalar önünde eşitlik kavramı içinde irdelenmiştir.<sup>64</sup> Ayrıca kimi durumlarda makul ve geçerli bir sebep varsa aynı durumda olanlara ayrı muamele yapılması ayrımcı olarak nitelendirilmemektedir.<sup>65</sup> AİHM, ayrımcılık vakalarını incelerken bu olguyu dikkate almaktadır.

<sup>64</sup> “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı”, Türkiye Barolar Birliği Y., 2003- Ankara, Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik, Tebliğ. I, s.225

<sup>65</sup> ALİEFENDİOĞLU, Y; “Eşitlik İlkesi”, Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, İÜHF, İstanbul- 1999, s. 81



12 Nolu Protokolün Açıklama Raporuna göre 1. madde aşağıda belirtilen alanlarda ayrımcılığa karşı bireyi korumayı garanti eder:<sup>66</sup>

- kişiye Ulusal Hukukta verilmiş tüm haklarda
- bir resmi makamın açık yükümlülüklerinden çıkarılabilecek haklarda, yani ulusal hukukun resmi bir makamdan, belli bir biçimde davranması gerektiğini talep ettiği durumlarda
- Resmi bir makamın takdirini kullanmasından kaynaklanan destek ve yardımlarda
- Resmi makamların her davranışı veya ihmalinde

Bu düzenleme ile sözleşmeye taraf devletler artık kendi ülkelerinde bulunan herkese tüm işlemlerde hiçbir ayırım yapmadan kanun önünde eşitlik hakkı tanıma yükümlülüğü altına girmişlerdir.

12 No lu protokol açıklayıcı raporunda; Sözleşme sisteminin, cinse ve ırka dayalı ayrımcılık olaylarında yeteri kadar koruma sağlayamadığını açıklamıştır.<sup>67</sup>

## **2- Pozitif Tedbirler Yükümü**

Uluslararası İnsan Hakları Hukuku alanında, sözleşme ve belgeler hak ve özgürlükler vazederken devletlerden çeşitli yükümlülükler istenmektedir. Bu yükümlülüklerden ilki hak ve özgürlüğe saygı yükümlülüğüdür. İkincisi, hak öznesi bireylerin üçüncü şahısların eylemlerine karşı korunması yükümlülüğüdür. Üçüncü yükümlülük ise, hak ve özgürlüğün tanınması, uygulanması ve etkin kılınması için bazı özel pozitif tedbirler alınması yükümlülüğüdür.<sup>68</sup>

Tüm uluslararası sözleşme ve belgelerde, yukarıda açıklanan yükümlülükler değişik ölçülerde Devletlere tahmil edilmiştir. Ancak, sadece Sözleşmede güvence

<sup>66</sup> AĞIRBAŞLI, *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, s.74

<sup>67</sup> AĞIRBAŞLI, *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, s. 67

<sup>68</sup> FRANÇOİS, Jean- KOMBE, Akandji ; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına Yönelik Klavuz Kitap*, İnsan Hakları El Kitapları, No:7,s.5

altına alınmış haklarla sınırlı olsa da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi daha geniş bir koruma ve daha etkin bir güvence getirmektedir. Pozitif tedbirlerin asıl amacı Sözleşmede tanınan hakların yaşamsal etkinliğini artırmak ve hak süjelerini güvence altına almaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. maddesinde İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü başlığı altında:

*“Sözleşmeci Taraflar, bu sözleşme bölüm I’ de tanımlanan hakları ve özgürlükleri , kendi yargı yetki alanında bulunan herkes için güvence altına alacaklardır”*

Şeklindeki düzenleme pozitif tedbirler alma yükümlülüğünü devletlere yüklemiştir. Sözleşmede Tanınan tüm haklar 1. madde ile birlikte ele alındıklarında pozitif yükümlülükler belirgin hale gelir. Aynı zamanda sözleşme de tanınan tüm hakları etkin hale getirmek için vazedilen Ayrımcılık Yasağı da Pozitif Tedbirleri hatıra getirebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Thlimmenos – Yunanistan davasında<sup>69</sup> açıkladığı *“devletin nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın durumları belirgin bir şekilde farklı olan kişilere farklı muamele etmediği durumda”* 14. maddenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varan tespitinden, devletin pozitif tedbirler alması yükümlülüğü çıkarılabilir. 14. maddenin kapsamını genişleten ve genel eşitlik ilkesini getiren 12 No lu Protokol de sözleşmeci devletlerin pozitif tedbirler alma kararlılığına işaret etmektedir:

*“ ...ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasını birlikte yerine getirerek herkesin eşit olmasını sağlamak için yeni tedbirler alma kararlılığında olarak anlaşmışlardır...”*

Bu Protokol ile sözleşmeye taraf devletler, genel anlamda ayrımcılık yapılmasını engellemek amacı ile pozitif tedbirler almak yükümü altına girmişlerdir. Genel Ayrımcılık Yasağı ile birlikte 12 No lu Protokol yasalar da tanınan haklarla birlikte 14. Maddeye nispeten Mahkemenin önüne daha çok getirileceğinden, Mahkeme tarafından vazedilen pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinde devletler daha istekli davranacaklardır.

<sup>69</sup> AİHM Kararı, Thlimmenos /Yunanistan Kararı: Başvuru no:34369/97, ,06.04.2000 günlü

Ayrıca zayıf durumda bulunan toplum üyelerinin haklı çıkarlarını korumak ve onların diğerlerine nazaran daha kötü olan durumlarını güçlendirmek amacıyla tanınan bazı ayrıcalıklı haklar, ayrımcılık yasağına aykırı düşmez. *Pozitif Ayrımcılık* denilen durumda, belirli kimselere yapılan özel muamele, bu kimselerin toplum içindeki durumunu düzeltmeye yöneliktir. Ülkemizde de engellilerin ve kız çocuklarının eğitimine verilen önem, uzun vadede pozitif ayrımcılık uygulamalarına katkı sağlayacaktır. Durum böyle iken, ülkemizde, Anayasa değişikliği paketinde yer alan; kadın-erkek eşitliğinin devlet eliyle sağlanması ve kadın haklarının geliştirilmesi için devletin önlemler almasını öngören "pozitif ayrımcılık" ibaresine Anayasa'da yer verilmesi, TBMM tarafından kabul edilmemiştir.<sup>70</sup>

Pozitif Yükümlülükler pozitif ayrımcılığı gerektirebilir mi? Genel eşitliğin sağlanması için dezavantajlı grupların durumlarının düzeltilmesi için önlemler alınması gerekebilir. Toplumda dezavantajlı gruplar olduğundan eşitliğin sağlanması her zaman mümkün olmamaktadır. Bu gibi durumlarda pozitif tedbirlerin alınması gerekebilir. Nitekim bazı uluslar arası belgelerde Devletlere bu tarz yükümlülükler getirilmiştir.<sup>71</sup>

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesine göre, haklardan ve özgürlüklerden eşit düzeyde yararlanılması, her durumda aynı muamelenin yapılması anlamına gelmemektedir. Bazen ayrımcılığın ortadan kaldırılması için pozitif ayrımcılığa dayalı tedbirlerin de alınması gerekmektedir.

12 No lu Protokolün Açıklayıcı Raporunda, ayrımcılık yasağının temelde negatif anlamda ayrımcılık yapmama yükümünü içermekle birlikte, "*hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma*"nın herkes için güvence altına alınması yükümünün, pozitif yükümlülükleri de içerebileceği vurgulanmıştır.<sup>72</sup>

AİHM, sözleşme sisteminde güvence altına alınmamış haklardan birinin ihlal edilmemesinden bahisle 14. maddenin incelenemediği durumlarda ve bir sözleşme

<sup>70</sup> TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, ÖNOK, *İnsan Hakları El Kitabı*, s.248

<sup>71</sup> Irka Dayalı Ayrımcılığın bütün formlarının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşme, Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme, Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Kanuni Korumaya İlişkin Bakanlar Komitesi Üyelerine Tavsiye, bkz. GÖZLÜGÖL; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuza Etkisi, s.240

<sup>72</sup> Council of Europe, 2000: Par. 26, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Azınlıklar", <http://www.sbu.yildiz.edu.tr/eceyayinlar/ece2.doc>

hakkının ihlal edildiğinin tespit edilmesinden sonra, 14. maddenin ayrıca incelenmesine gerek görülmediği olaylarda 12 Nolu Protokolde getirilen genel ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğini inceleme konusu yapacaktır.<sup>73</sup> Asıl olan Protokolün 1. Maddesinde öngörülen Ayrımcılık yasağı ile 14. Maddede ki yukarıda açıklanan boşluğun doldurulmasıdır. 12 No lu protokolün 1. maddesinde belirlenmiş olan ayrımcılık özneleri ile 14. maddede sayılan ayrımcılık özneleri örtüşmektedir. Her ikisinde de ayrımcılık öznelerinin ucu açık bırakılmıştır.

## C. TÜRK HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI

### 1-Anayasa Hukukunda

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uluslar arası bir sözleşmedir, uluslar arası hukukun genel kurallarına tabidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. maddesine göre, taraf devletlere kendi yetki alanlarında bulunan herkese sözleşmede tanınan hak ve özgürlükleri tanıma ve saygı gösterme yükümlülüğü yüklenmiştir. Taraf Devletlerin bu yükümlülüklerini yerine getirmemelerinin yaptırımını Konsey Üyeliğinden ihraç ya da Üyeliğin askıya alınmasıdır.<sup>74</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Kanunla TBMM tarafından onaylanmış bulunduğu için iç hukukumuzda dahil edilmiştir. Anayasanın 90/5 hükmüne göre;

*“usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası sözleşmeler kanun hükmündedir”*

Bu nedenle Yargı kurumları tarafından bu sözleşmenin kanun gibi değerlendirilmesi gerekmektedir. 07.05.2004 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen 5170 sayılı yasa ile Anayasanın 90. maddesine eklenen 5. fıkranın 3. tümcesinde yasalarla uluslar arası sözleşmelerin aynı konuda farklı hükümler varetmesi nedeni ile çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası sözleşmelerin esas alınacağı düzenleme

<sup>73</sup> AĞIRBAŞLI; *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, s.158

<sup>74</sup> BAŞLAR, Kemal; *Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Nisan-2008

konusu yapılmıştır. Bu hüküm uyarınca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini, kanunlarla çatıştıkları noktada öncelikle uygulamak gerekmektedir.

Türk hukukunda uzun süredir yaşam bulan ayrımcılık yasağı, öncelikle 1961 Anayasası'ndan başlayarak anayasalarda ve pek çok yasada düzenleme konusu yapılmıştır. 1982 Anayasasının 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri arasında *İnsan haklarına saygılı bir Hukuk Devleti* olduğu ilkesi kabul edilmiştir. 4.madde bağlamında ise, İnsan Haklarına Saygılı Devlet İlkesi; değiştirilemez, değiştirilmesi dahi teklif edilemez hale gelmiştir. Anayasanın başlangıç bölümünde de insan haklarının temeli olan Evrensel Bildirinin 1. ve 2. maddelerine yollama yapılarak,

*”her vatandaşın Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ilkesi gereği yararlanacağını ve insanın doğuştan insan hak ve özgürlüğüne sahip olduğu”*

ilkesi kabul edilmiştir.

Yine Anayasamızın *Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği* başlığını taşıyan 12.maddesinde ;

*“Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir”* hükmü yer almıştır.

1982 Anayasasının 16. ve 92. maddelerinde, uluslararası sözleşmenin Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği kuralı gözetildiğinde, iç hukukta, yasayla benimsenen insan haklarına ilişkin uluslar arası sözleşmeler, uluslar arası ve iç hukuk kuralı olarak, Türk Hukuk Düzeninde en üstte yer aldığı anlaşılmaktadır<sup>75</sup>

Yasalar önünde eşitlik ilkesi Anayasanın *Kanun Önünde Eşitlik* başlığını taşıyan 10. Maddesinde düzenleme konusu yapılmıştır:

*“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

<sup>75</sup> SELÇUK, Sami; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması” *Türkiye Günlüğü*, Ocak-Şubat 1999, Sayı: 54, s.15

*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.*<sup>76</sup>

*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.*

*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”*

Bu şekilde hukuk düzenimizde herkesin, Anayasada belirtilen insan hak ve özgürlükleriyle her türlü işlemde kanun önünde eşit olduğu ve hiçbir şekilde ayrımcı muameleye tabi tutulamayacağı ilkesi kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda 1982 Anayasasının 1961 Anayasasından en önemli farkı yasalar önünde eşitliği vatandaşlık temeline dayandırmamasıdır. 10. maddedeki düzenleme uluslararası sözleşmelerde benimsenen genel eşitlik ilkesini karşılayan bir düzenleme niteliğini haizdir.

Ayrıca Anayasanın *Yabancıların Durumu* başlıklı 16.maddesinde;

*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletler arası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir”*

hükmü mevcut bulunmaktadır. Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması hususu uluslar arası hukukun da öngördüğü ve gerekli bulunduğu bir düzenlemedir. Bu konuda da Türk Hukukunda uluslar arası hukuka uygun ve paralel bir düzenleme mevcut bulunmaktadır. Anayasanın 10. Maddesinde açıklanan eşitliğin öncelikle hak ve özgürlüklerden yararlanmada söz konusu olacağı belirtilmemesinin Uluslararası Sözleşmeler irdelendiğinde eksiklik olduğu ifade edilmiştir.<sup>77</sup> Ancak bu ifadenin belirtilmemiş olmaması bir eksiklik değildir. *Herkesin yasalar önünde eşit olması ilkesi hak ve özgürlüklerden yararlanmada olgusunu kapsayıcı niteliktedir.*

1982 Anayasasının 10. maddesinde benimsenen anlayış 12 Nolu Protokol’ün 1. maddesinde *genel ayrımcılık yasağı* olarak ifade edilen düzenleme ile uyum içindedir. Öznel bir sınırlama getirmeyen 10. madde, sınırlı olmaksızın sayılan sebeplerin dışında da *ve benzeri sebepler* cümlesi ile ayrımcılık yasağını dikte etmektedir. 12 Nolu

<sup>76</sup> Ek fıkra 5170 /1. md- 07.05.2004

<sup>77</sup> GÜLMEZ, Mesut; “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/2, s.233

protokolün 1. maddesinde sayılan olguların bir kısmına 10. maddede yer verilmemiştir. 10. madde de sayılmayan ulusal köken ve ulusal azınlığa mensubiyet olgularının özellikle belirtilmiş olması, Avrupa Toplumlarının, muhatabı siyasal devlet olan bu alanları önemseyişinin işareti sayılabilir.

Yine Anayasanın çeşitli maddelerinde farklı konularla ilgili ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler söz konusudur. Bunlar arasında 68. maddede<sup>78</sup> siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinde, 70. madde de<sup>79</sup> ise kamu hizmetlerine girme hakkı açısından ayrımcılık yasaklanmıştır.

Siyasi hak ve hürriyetler bakımından ayrımcılık yapılmasını engellemek için 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda Anayasa'nın 10. maddesi ile de öngörülen *kanun önünde eşitlik* ilkesi düzenlenmiştir. Kanunun 82. maddesi<sup>80</sup> bölgecilik veya ırkçılığı yasaklarken, 83. maddesi<sup>81</sup> siyasi partilerin ayrımcılık içeren faaliyetlerde bulunmasını yasaklamıştır. Yine kanunun 12. maddesi ile parti tüzüklerinde üye olacak kişiler için ayrımcılık içeren ifadeler yer verilemeyeceği düzenlenmiştir. Kanunun 78. maddesi<sup>82</sup> ile de siyasi partilerin amaçları ve faaliyetleri ile ilgili yasaklar kapsamında ayrımcılık yapma yasaklanmıştır.

Anayasa Mahkemesi Yargılamasında; eşitlik kuralının ihlal edildiği iddiası bir kısım davalarda gündeme gelmiştir. Anayasa mahkemesi bazı kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine atıf yapmıştır. Medeni Kanunda eşler arasında ve evlilik

<sup>78</sup> MADDE 68: “...Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.”

<sup>79</sup> MADDE 70: “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.”

<sup>80</sup> Madde 82: “Siyasi partiler, bölünmez bir bütün olan ülkede, bölgecilik veya ırkçılık amacını güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar.”

<sup>81</sup> Madde 83: “Siyasi partiler, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu prensibine aykırı amaç güdemez ve faaliyette bulunamazlar.”

<sup>82</sup> “Demokratik devlet düzeninin korunması ile ilgili yasaklar MADDE 78: Siyasi partiler;

a) ...Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, dil, ırk, renk, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurmak; Amacını güdemezler veya bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar, başkalarını bu yolda tahrik ve teşvik edemezler...”

dışı çocukların mirasları ile ilgili konularda ayrımcı nitelikte bir çok hükmü sözleşmeye atf yaparak iptal etmiştir.<sup>83</sup> Anayasa Mahkemesi pek çok kararında ise Sözleşmeye herhangi bir atıfta bulunmamıştır. Anayasanın 10. Maddesi hükümleri uyarınca eşitliğin ihlali iddialarını incelemiştir. Anayasa Mahkemesi ihlal iddialarını inceleme konusu yaparken, yasa önünde eşitlik ilkesinden herkesin her yönden aynı muameleye tabi tutulacağı anlamına gelmeyeceği kanaatine ulaşmaktadır. TCK 237/4 te açıklanan “ aralarında evlenme akdi olmaksın evlenmenin dini merasimini yaptıran erkek ve kadınlar iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar” hükmünün eşitlik ilkesi bakımından anayasaya aykırı olduğunun iddia edilmesi üzerine konuyu inceleyen Anayasa Mahkemesi kararında<sup>84</sup>; aralarında resmi nikah bağı olmaksızın bir arada yaşayanlarla evlenmek istek ve iradesi ile dini nikah yaptıranların aynı hukuksal konumda olmadıklarını ifade ederek tartışmalı bir karara hükmetmiştir. Bu karar da Mahkeme, TCK 237/4 te açıklanan ceza müeyyidesinin, kadınlar ve çocuklar yönünden doğuracağı sakıncalar yüzünden kamu düzenini ve kamu yararını sağlama amacına yönelik olduğunu açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi yine tartışmalı bir kararında<sup>85</sup>, zorla kaçırmak veya ırza geçmek suçunun mağduru bakımından fuhşu kendisine meslek edinen kadın ile normal kadın arasında faile farklı cezalar takdir edilmesini, fuhşu meslek edinen kadının daha az zarara uğradığından bahisle eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında ise yasal düzenlemeleri ayrımcı bularak iptal etmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanununun 421 md. de açıklanan sarkıntılık suçu ile ilgili mağdur konumunda kadınlar ile genç erkeklerin kabul edilmiş olmasını, yasalar önünde aynı konumda bulunan yaşlı ile gencin yasalar tarafından eşit korunması gerektiğinden bahisle, Anayasanın 10. maddesine aykırı bularak söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir.<sup>86</sup>

## 2-Ceza hukukunda

<sup>83</sup> BİLGE, A.Suat; *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, 1991, s.52-65.

<sup>84</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı;24.11.1999 tarih, 1999/27 E.,1999/42 K.,Resmi Gazete; 02.05.2002, s.43

<sup>85</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı; 1988/4 E., 1989/3 K., AYMKD,S,25, s.7 vd.

<sup>86</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı; 20.03.002 tarih, 2001/39 E., 2002/35 K., Resmi Gazete: 01.06.2002 tarih, s. 15



Avrupa Birliğine uyum çalışmaları kapsamında çıkarılan yasalarla Türk Ceza Kanununda önemli değişiklikler yapılmıştır. Ayrımcı nitelik taşıyan TCK' nın 462. maddesi yürürlükten kaldırıldı, TCK 453 md. de açıklanan şeref kurtarma saiki ile yeni doğan çocuğun öldürülmesi halinde ceza indirimi uygulaması hükmü değiştirilerek cezanın artırılması yoluna gidildi. Daha sonra da 2004 yılında kabul edilen 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu ile 765 sayılı yasaya nispeten daha eşitlikçi Ceza Hukuku anlayışı benimsenmiştir. Hatta ayrımcılıkla ilgili ilk defa bazı düzenlemeler yapılmıştır. Farklı hukuki sahalarda düzenleme konusu olan Ayrımcılık Yasağı ilk defa Ceza Hukukunun parçası haline gelmiştir. Ayrımcılığı yasaklayan 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrasında:

*“Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.”*

denilmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde ise, ayrımcılık suç olarak kabul edilmiştir:

*“Ayrımcılık*

*Madde 122- Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;*

*a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,*

*b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,*

*c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,*  
*Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”*

Madde metni biraz karışık ve kapsamı dar olsa da geçmişe nazaran oldukça

ileri bir düzenleme olduğu kesindir. Uygulaması zor olan bu düzenlemede doğrudan ayrımcılık eylemleri cezalandırılmaktadır. Yani aynı veya benzer durumda olan kişiler arasında fark yaratan işlem sonucunda ortaya çıkan ayrımcılık sayılan olgular çerçevesinde gerçekleştirilmişse bu düzenleme kapsamındadır. Aynı veya benzer durumda olan kişilere yapılacak eşit işlem sonucunda ortaya çıkacak ayrımcılık olarak tanımlanan dolaylı ayrımcılık ise bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. 122. madde de açıklanan ayrımcılık suçu birden fazla hareketle gerçekleşebileceği için seçimli hareketli suç niteliğindedir. Bu suçun faili madde metninde açıklanan ayrımcılık olgularını dikkate alarak kasten bu seçimlik hareketleri irtikap ederse müstet suç tamamlanmış sayılır.<sup>87</sup> Ayrımcılık suçunun işlenebilmesi için genel kast da yeterli değildir. Fail tarafından bahse konu seçimlik hareketler “*dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle*” olguları dikkate alınarak gerçekleştirilirse cezalandırılır.<sup>88</sup> Yani 122. maddede tanımlanan suç ancak özel kastla işlenebilir. Ayrımcılık suçunun bahse konu seçimlik hareketler ile işlenebilmesi ve tüzel kişilerle ilgili bir müeyyidenin vazedilmemiş olması ayrımcılık gibi toplumsal alanda çok karşılaşılan bir olgu ile mücadele bakımından 122. maddenin önemli eksiklikleridir. Uygulaması zor ve yeni olan ayrımcılık suçu ile ilgili henüz içtihat oluşumu gerçekleşmemiştir.

Bir diğer düzenleme olan TCK’ nın 216. maddesi,<sup>89</sup> ırkçı veya başka biçimde ortaya çıkabilecek çeşitli hakaret içeren veya şiddete yönelik, ifade ve hareketleri kamu düzeni için tehlike doğurduğu veya açık ve mevcut bir tehlikenin ortaya çıktığı durumlarda cezalandırmaktadır. Bu maddenin eski düzenlemesi genellikle düşünce ve ifade özgürlüğünü kısıtlama amaçlı kullanılmışsa da özellikle maddenin 2. fıkrası farklı etnik kökene ya da din veya inanca sahip toplumsal grupları yoğun olarak hedef alan

<sup>87</sup> MERAN, Necati; *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara-2005 s.422,

<sup>88</sup> ŞEN, Ersan; *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2006, s.515-516

<sup>89</sup> “*Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama*

*Madde216;*

(1) *Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(3) *Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

söylemler için de kullanılabilmesi mümkündür ve bu amaçla olumlu bir düzenleme olarak kabul edilebilir. Ancak ayrımcılık suçu ile ilgili düzenlemenin *halkı kin ve düşmanlığa tahrik* suçu ile bir ilgisi bulunmamaktadır. 122. madde düzenlemesi bir düşünce açıklamasını değil başka hareketleri cezalandırmaktadır ve bu hareketler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyecek hareketlerdir.

TCK' nın 153. Maddesinde, nefret suçları açısından ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunu düzenlemiş ve düzenlemede *tahkir maksadıyla zarar verme* ağırlaştırıcı neden olarak yer almıştır<sup>90</sup>:

TCK' nın 115. maddesinde kişilerin inanç ve düşüncelerinin açıklanması veya gereklerinin yerine getirilmesinin engellenmesi noktasında da düzenlemeler mevcuttur<sup>91</sup>.

### 3-Diğer Hukuki Alanlarda

657 sayılı devlet memurları kanununun 7. maddesinde, Devlet Memurlarının görevlerini yerine getirirken ayırım yapamayacaklarına dair hüküm vazedmiştir. Bu eylemi gerçekleştiren memurlar için ise aynı kanunun disiplin cezalarını düzenleyen 125. maddesinin D fıkrasının I bendinde, kademe ilerleme cezası öngörülmüştür.

Ayrımcılığın gündeme geldiği en önemli alanlardan biri olan çalışma yaşamında da ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu eski düzenlemenin aksine bu şekilde bir düzenlemeyi 5. maddesinde<sup>92</sup> getirmiştir:

<sup>90</sup> (3) Birinci ve ikinci fıkralardaki fiillerin, ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.”

<sup>91</sup> Madde 115/1; “*Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan men eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

<sup>92</sup> “*Eşitdavranmailkesi*

#### Madde5

“*İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.*

Bu düzenleme olumlu olmakla beraber söz konusu maddenin uygulaması karşılıklı bir iş ilişkisinin varlığına bağlıdır. Ülkemizde farklı etnik kökene ya da din veya inanca sahip gruplara mensup kişilerin, işe girişte maruz kalabilecekleri ayrımcılık bu maddenin kapsamı dışında tutulmuştur. Bu sebeple madde ancak istihdam dahilindeki kişilere karşı ortaya çıkabilecek ayrımcılık durumunda geçerli olabilecektir. Aynı yasanın 12. maddesinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından ayrımcılık, 13. maddesinde ise, kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmeleri açısından ayrımcılık halleri düzenleme konusu yapılmıştır.

Kin ve düşmanlığa tahrik ve nefret söylemi bağlamında değerlendirilebilecek bir diğer düzenleme de yayın yoluyla nefret söyleminin önüne geçmek için söz konusu 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında kanunun 4. maddesinde yer almaktadır. 4. madde de yayınların sahip olması gereken nitelikler arasında, 4 bentte ayrımcılığı, kin ve düşmanlığa tahriki, nefret söylemini ve ırkçılığı ilgilendiren düzenlemelere yer verilmiştir. Bu ilkelere aykırı hareketlerin ise 33. madde de yer alan müeyyidelere tabi tutulması öngörülmüştür<sup>93</sup>

Eğitim Hakkı ile ilgili 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda da, ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu kanunun 4. maddesinde *eşitlik* bağlamında ayrımcılık yasaklanmış, 7. maddesinde herkesin *eğitim hakkı* olduğu vurgulanmış ve 8. maddesinde de herkesin fırsat eşitliğine sahip olduğu ifade edilmiştir.

*Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.*

*İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır. 20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”*

<sup>93</sup> “Madde 4;

*Radyo, televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken yayın ilkeleri şunlardır:*

*b) Toplum şiddete, teröre, etnik ayrımcılığa sevk eden veya halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik eden veya toplumda nefret duyguları oluşturan yayınlara imkân verilmemesi...*

*d) İnsanların dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle hiçbir şekilde kınanmaması ve aşağılanmaması...*

*u) Kadınlara, güçsüzlere, özürlülere ve çocuklara karşı şiddetin ve ayrımcılığın teşvik edilmemesi...*

*v) Yayınların şiddet kullanımını özendirici veya ırkçı nefret duygularını kışkırtıcı nitelikte olmaması” ...”*

Kanunda ayrımcılık olguları olarak sadece “sınıf, ırk, dil, din, cinsiyet, zümre ve aile” öznelerine yer verilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda derneklerle ilgili kısımda yer alan 68. madde dernek faaliyetleri kapsamında ayrımcılığı ortadan kaldırmak amacını taşımaktadır. Ancak maddenin kapsamı dar olarak düzenlenmiştir, sadece bir derneğe üye olan kişiler arasında ayrımcılığı yasaklamaktadır. Ayrımcı faaliyetleri hedefleyen derneklerin kuruluşunu ya da bu şekilde faaliyetler yürüten derneklerin faaliyetlerini yasaklamamaktadır. Ayrımcılık bakımından Medeni Kanundaki en önemli değişiklikler kadın-erkek eşitliği düzleminde yapılan değişikliklerdir. Aile reisinin erkek olduğuna dair düzenleme yerine evlilik birliğini eşlerin birlikte yönetmesi ilkesinin benimsenmiş olması, çalışmak için kadının eşinden izin alma şartının kaldırılmış olması, müşterek konutu eşlerin birlikte seçeceklerinin kabul edilmiş olması hususları önemli yeniliklerdir. Kadının evlenmekle kocanın soyadını alması ilkesi korunarak, evlendirme memuruna veya sonradan nüfus idaresine yapılacak yazılı bir başvuru ile kocanın soyadının önünde önceki soyadının kullanılabilceği eşitlikle ilgili değişikliklerdendir. Medeni kanundaki bu yeni düzenlemenin de eşitlik ilkesine aykırı olduğu Anayasa Mahkemesi nezdinde ileri sürülmüştür.<sup>94</sup> Anayasa Mahkemesi bu itirazı oyçokluğu ile reddetmiştir:

*“...kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesi ile aile birliği ve bütünlüğünün devam etmiş olacağı, bu bağlamda aile birliğinin sağlanmasında yasa koyucunun eşlerden birisine öncelik tanımış olduğu, kaldı ki kadının başvurusu üzerine de kocanın soyadı ile birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağının tanınmış olduğu...”*

gibi bir kısım açıklamalarla da gerekçelendirilen kararlar, Anayasanın 10 maddesinde öngörülen eşitliğin herkesin her yönden aynı kurala bağlı olacağı anlamına gelmeyeceği, kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmalarının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı belirtilerek itiraz reddedilmiştir.

<sup>94</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı; 29.09.1998 tarih, 1997/61 E., 1998/59 K., Resmi Gazete; 15.11.2002, s.21

2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 4. maddesi ile sosyal hizmetlerden yararlanacaklar arasında ayrımcılık yapılamayacağı bir takım eksikliklere karşın (cinsiyet vs.) düzenlenmiştir. 4. madde de Ayrımcılık olguları olarak “*sınıf, ırk, dil, din, mezhep veya bölge farklılığı*” özneleri düzenleme konusu yapılarak dar bir koruma alanı oluşturulmuştur.

## **D. AVRUPA BİRLİĞİ TÜRKİYE İLİŞKİLERİ SEYRİNDE AYRIMCILIK YASAĞI**

Başlangıçta ekonomik bir bütünleşme olarak ortaya çıkan Avrupa Birliği günümüzde siyasi bir birlik haline gelme sürecine girmiştir. Henüz bu süreç tamamlanmamıştır. Avrupa Birliği bakımından İnsan Hakları önemli bir konu olsa da Avrupa Birliğinin kurucu anlaşmalarının hiçbirisinde insan hakları katalogu düzenleme konusu yapılmamıştır. Avrupa Topluluğunun kurucu anlaşması olan Roma Anlaşması ekonomik bütünleşmeyi amaçladığı için İnsan Haklarına önem vermemiştir. 1987 yılında yürürlüğe giren Avrupa Tek Senedi Antlaşması da Birlik Hukuku içerisinde insan hakları ile ilgili bazı önemli hükümler getirmiştir. 1986 yılında imzalanan Senet'in başlangıç bölümünde:

*“ özgürlük, eşitlik ve sosyal adalet başta olmak üzere, üye devletlerin anayasalarında ve yasalarında İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin korunmasına ilişkin Sözleşme ve Avrupa Sosyal Şartında tanınan temel haklar üzerinde demokrasiyi geliştirmek için işbirliği yapmak...”*

ifadesi ile her ne kadar bir katalog içermemiş olsa da düzenleme konusu olan haklara önemli atıflar yapmıştır.

Avrupa Birliği Antlaşması ile Birlik; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Birliğin genel hukuk ilkeleri olarak üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklara bağlı olduğu belirtilmiştir. Antlaşmanın başlangıç kısmında

üye devletlerin özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukuk devleti ilkesine bağlılıkları vurgulanmaktadır.<sup>95</sup>

1993 yılında Danimarka'nın Kopenhag kentinde toplanan AB Konseyi, üyelik için bazı kriterler getirmişlerdir: demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve azınlıklara saygı ile azınlıkların korunmasının güvence altına alınmasını içerir. AB'nin genişleme politikası, tüm aday ülkelerin, Kopenhag Kriterleri olarak adlandırılan normlara uyumunu şart koşar.

1 Kasım 1993'te yürürlüğe giren Maastricht anlaşması Avrupa Birliği' ne aidiyet için İnsan Haklarına saygı ve Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğünü şart koşmuştur.

2 Ekim 2000 tarihinde oylanın Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı açıkladığı hak ve özgürlükler bakımından bir bildirge mahiyetindedir. Hukuki olarak bağlayıcılığı olmayan temel haklar şartının siyasi ağırlığı yadsınamaz. Kopenhag Kriterlerinde belirtilen İnsan Hakları kriterinin aday ülkeler bakımından yerine getirilmesinde önem kazanmaktadır. Avrupa Birliği bu bildiri ile ilk defa insan hakları kataloğu oluşturmuştur.

Temel Haklar Şartı; cinsiyet, renk, etnik ya da sosyal köken, genetik özellikler, dil, din ya da inanç, siyasi ya da başka düşünce, ulusal bir azınlığa mensubiyet, mülkiyet, doğum, engellilik, yaş ya da cinsel yönelim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yasağını belirtir. Ayrıca, kültürel, dini ve dilsel çeşitliliğe saygıyı, kadın-erkek eşitliğini, çocuk haklarını, yaşlı haklarını ve engellilerin toplumsal yaşama dâhil edilmesini şart koşar. Ayrıca Temel Haklar Şartı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde tanınan haklar ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihat Hukukundan kaynaklanan hakları teyit etmektedir.<sup>96</sup> Ayrıca AİHS ile teminat altına alınmış hakların anlam ve kapsamının temel haklar şartına göre belirleneceği de açıklanmıştır. Burada Adalet Divanının içtihatlarının önemli olduğu ortadadır. Avrupa bütünleşmesi

---

<sup>95</sup> TEKİNALP, Ünal ve TEKİNALP Gülören,; *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta yayınevi, İstanbul, 1997, s.599

<sup>96</sup> Temel Haklar Şartının Metni için bkz. KARLUK, Rıdvan; TONUS, Özgür; *Avrupa Birliği Kapısında Türkiye*, Turhan Kitabevi, Ankara-2002)

sürecinde, temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı* hak ve özgürlükler oluşturma ve güvence altına alma anlamında önemli sorumluluklar üstlenmiştir.<sup>97</sup>

Ayrımcılık yapmama ilkesi, AB müktesebatında sağlam temellere sahiptir. 1997 tarihli Amsterdam Anlaşması ile ayrımcılık yasağı bakımından önem arz eden 13. madde kabul edilmiştir. Bu maddede; kişiler arasında dil, din, köken, inanç ve cinsiyet farklılıklarının ayrımcılığa neden olmaması gerektiği açıklanmıştır. Avrupa Birliği'nin temel karar organı olan AB Bakanlar Konseyi, 2000 yılında Ayrımcılık ile ilgili yaklaşımlarına paralel olarak, Kişinin ırksal ya da etnik Kökenlerine bakılmaksızın Eşit Muamele Prensiplerinin uygulanması Direktifi ile İstihdam ve Mesleki Alanda Eşit Muameleyle ilişkin Genel Çerçevenin Oluşturulması Direktiflerini kabul etmiştir. 2000/43 EC sayılı Direktifte Üye Devletlerde eşit muamele ilkesini geçerli kılmak amacıyla ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılıkla mücadele için asgari gerekliliklerin ana hatları saptanmıştır.

Uluslararası antlaşmaların genel olarak antlaşmanın taraf devlet iç hukukunda uygulanabilmesi için bir uygun bulma yasasına ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak Avrupa Birliğini oluşturan antlaşmalar böyle bir uygun bulma yasasına gerek duymadan doğrudan ve üye devlet mahkemeleri tarafından iç hukuk kuralı olarak uygulanabilmektedir.<sup>98</sup> Avrupa Birliği yolunda ilerleyen ve aynı zamanda AİHS' in bir parçası olan Türkiye'nin haklar ve özgürlükleri genel eşitlik ilkesi içerisinde tüm vatandaşlarına sağlaması ve etkin koruma getirmesi, bu konuda pozitif tedbirler alması temel yükümlüdür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliğinin insan hakları alanında temel referans aldığı kurumlardır.<sup>99</sup> AB'ye aday ülke olan Türkiye'nin AİHM kararlarını önemsemesi adaylık sürecinin geleceği açısından da önem arz etmektedir: *“AİHM kararları devletlerin insan hakları alanındaki performanslarının en objektif ölçütüdür. Bu kararlara*

<sup>97</sup> SANIOĞLU, Hilal; “Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları”, TBB Dergisi, Sy.74, 2008, s.81

<sup>98</sup> KÖKTAŞ Arif, BOZKURT Enver ve ÖZCAN Mehmet; *Avrupa Birliği Hukuku*, Nobel Yayınevi, Ankara, s.114

<sup>99</sup> BAYRAKTAR, Köksal; “AİHM Kararlarının Yarattığı Fırtına”, Güncel Hukuk Dergisi, Aralık-2005, s.7



*bakılarak bir devletin sadece insan hakları değil, demokrasi ve hukukun üstünlüğü konularında nerede durduğunu, ne eksiklikleri bulunduğunu saptamak imkanı var..”<sup>100</sup>*

Her ne kadar AB'nin yargısal sistem aracı olan ATAD; AİHS ve AİHM kararlarını destekleyici norm olarak ele alsa da, AİHS' in birlik tarafından tanınması çalışmaları, yapılan atıflardaki artışlar ve AB Anayasası'ndaki 7. madde göz önünde bulundurulduğunda AİHS' in ileride ölçü norm olarak kabul edileceğini söylemek kehanet olmayacaktır.<sup>101</sup> Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşme Sistemine dahil edilen 14 Nolu Protokol ile Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmasına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Şayet Avrupa Birliği bu madde hükmünü işletip Sözleşmeye taraf olursa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde dava konusu iş veya eylem bakımından davalı olabilecektir.

Ayrımcılıkla ilgili Türkiye'nin AB üyelik sürecinde önüne çıkarılan en önemli engel, azınlıklar sorunudur. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin referans olarak kabul ettiği Lozan Anlaşmasına göre; Rum, Ermeni ve Museviler azınlık olarak kabul edilmektedir. Bu azınlıklar Türkiye' de tüm vatandaşların sahip olduğu hak ve özgürlüklere eşitlik ilkesi gereği sahiptirler. Azınlık olmaları sebebi ile herhangi bir ayrımcılık yapılmamaktadır. Ancak birel olarak sahip olunan mülkiyet hakkının kullanımı bakımından Azınlık vakıfları ve ya azınlık cemaatlerine ülke bütünlüğü ve bağımsızlığı gereği bazı kısıtlılıklar getirilmiştir.<sup>102</sup> Ancak Avrupa Birliği yetkili kurul ve organları bu hususta Türkiye ile ilgili raporlar hazırlamakta ve Türkiye'yi eleştirmektedir. Ayrıca Türkiye'de yerel diller ve kültürleri de azınlık olarak kabul ettirme girişimleri söz konusudur.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

<sup>100</sup> TÜRMEEN, Rıza; Milliyet Gazetesi, 16.10.2005, s.22

<sup>101</sup> BAYRAKTAR; “AİHM Kararlarının Yarattığı Fırtına”, s.84

<sup>102</sup> DUMAN, İlker Hasan; “Azınlık Hakları ve Lozan Anlaşması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.57, 2005, s.309

# AYRIMCILIK KONUSU OLGULARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

## A.CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK

### 1- Kavramsal Yaklaşım

Cinsiyet kavramı, biyolojik bir kavramdır. Canlı türlerinin üreme sistemleri bakımından erkek ve dişi olarak farklılaşması cinsiyet olarak tanımlanabilir. Biyolojik bakımdan cinsiyetten ziyade sosyal ilişkilerde ortaya çıkan toplumsal cinsiyet gerçekliği cinsiyete dayalı ayrımcılık olgusunda önem arz etmektedir. Kadın- Erkek eşitliği ve aile içi şiddet olguları cinsiyete dayalı ayrımcılık kavramının iki önemli sahasıdır. Kısmen öğretilerde daha çok sosyal ilişkilerde kadın hakları kavramının kullanılmakta olduğunu görmekteyiz. Toplumsal ilişkilerde kadınlara karşı uygulanan eşitsiz ve ayrımcı muamelelerin önlenmesi ve kadınların toplumsal konumunda iyileştirme sağlanması bakımından bu kavram kullanılmaktadır. Ancak Ulusal Hukuk'ta ve Uluslararası Hukuk'ta kadın-erkek eşitliği ya da cinsler arası eşitlik kavramları tercih edilmektedir.<sup>103</sup> Doğrusu da budur. AİHM ve İnsan Hakları Komitesi'nin kararlarında cinsel yönelim veya farklı cinsel eğilim kavramları *Diğer Statüler Bakımından Ayrımcılık* olgusu kapsamında değerlendirilmiştir.

### 2- Kadın- Erkek Eşitliği

---

<sup>103</sup> AKILLIOĞLU, Tekin; *İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, İmaj Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara-2010, s.194

Kadınlara karşı ayrımcılık kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki temel hak ve özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım ve kısıtlama olarak tanımlanabilir.

Kadın- Erkek eşitliği açısından dönüm noktası BM Teşkilatı tarafından 1979 yılında kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşmedir<sup>104</sup>. Böyle bir sözleşmenin kabul edilmesi, kadınlara karşı ayrımcılığın evrensel bir problem olduğunu ortaya koymuştur. Kabul edildiği tarihten itibaren dünya kadınları için kadınların insan hakları bildirgesi<sup>105</sup> olarak nitelendirilen bu sözleşme, kadınlara karşı ayrımcılığın hak eşitliği ve insanlık onuruna saygı ilkelerinin ihlali olduğu saptamasında bulunduktan sonra, kadınlara karşı ayrımcılık tanımını yapmaktadır

Kadınlara İlişkin Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme'nin birinci maddesinde “kadınlara karşı ayrımcılık” kavramı şöyle tanımlanmıştır:

*“Erkeklerle kadınların eşitliği temeli üzerinde ve medeni durumlarına bakılmaksızın siyasal, ekonomik, toplumsal, kültürel, kişisel ya da bir başka alanda kadınların insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bu hak ve özgürlükleri kullanmalarını ve bunlardan yararlanmalarını zedelemek ya da kaldırmak amacıyla cinsiyet temeli üzerinde yapılan herhangi bir ayırım, dışlama ya da kısıtlama anlamına gelir.”*

Demokratikleşme, hukukun üstünlüğü ve insan haklarını temel amaç edinen ve her Üye Devletin, Kopenhag Siyasi Kriterlerini benimsemesini ön koşul olarak kabul eden Avrupa Birliğinde kadın erkek eşitliğinin sağlanmasının öncelikli bir yeri olmuştur. Eşit işe eşit ücret ilkesinin uygulanması amacıyla başlayan eşitlik politikası giderek eşit davranma ilkesinin yerleştirilmesine ve fırsat eşitliğinin sağlanmasına

<sup>104</sup> Türkiye bu Sözleşmeyi 11.06.1985 tarihinde 3232 sayılı yasa ile kabul ederek sözleşmeye katılmıştır.

<sup>105</sup> ACAR, F., “Kadınların İnsan Hakları Hukuku”, Tebliğ, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, haz. DİNÇKOL, B. V.; İstanbul Ticaret Üniversitesi Yay., İstanbul, 2003, s.21

dönüşmüş, işyerinde cinsel tacizin "*cinsiyete dayalı ayrımcılık*" olduğu Yönerge ile kabul edilmiştir.<sup>106</sup> Şu bir gerçek ki Avrupa Birliğinde, kadın-erkek eşitliğine yönelik uğraşlar çalışma yaşamında düzenleme konusu olmuştur.<sup>107</sup>

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşmeyi imzalayan Türkiye’ de kadın-erkek eşitliği ile ilgili en temel düzenleme Anayasa’nın 10. maddesidir. Bu madde de Yasalar Önünde Eşitlik ilkesi düzenleme konusu yapılmıştır. Siyasi anlamda kadın-erkek eşitliğine dair sürece, Türkiye Batı ülkelerinin önünde başlamıştır. 1934 yılında Türkiye’ de kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınmıştır. Ancak aynı başarının sosyal yaşamda, çalışma hayatında yakalandığı söylenemez. Hatta çoğunlukla kadınların maruz kaldığı aile içi şiddet yaygın bir rahatsızlıktır. Medeni alanda da bağlı olduğumuz Uluslararası Sözleşmelerdeki taahhütlerimizi yerine getirmek amacı ile kadın-erkek eşitliğini sağlamak için ciddi adımlar atılmıştır. 2001 yılında kabul edilen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile kadın-erkek eşitliği sağlanmıştır.<sup>108</sup> Ayrıca 07.05.2004 tarihinde 5170 sayılı yasanın 1. maddesi ile 10. maddeye kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu açıklanmış ve devleti eşitliği sağlamakla yükümlü kılmıştır. Ulusal Yargı Organları da, 10. madde kapsamında kadın-erkek eşitliğine vurgu yapmıştır. Cinsiyet ayrımcılığı ile ilgili bir *Danıştay Kararında*<sup>109</sup> Kamu hizmetlerine girme bakımından cinsiyet ayrımcılığına dayalı engelleyici yönde getirilen koşulların eşitlik ilkesine aykırı olacağı açıklanmıştır: Davacı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, KPSS-2004/2 ve Ek Yerleştirme Tercih Klavuzunun 252 kodunda yer alan ve Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Merkez Teşkilatına mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için, " Cinsiyeti erkek olmak." ibaresini içeren düzenlemenin; Anayasanın 2. maddesinde Devletin demokratik sosyal bir hukuk Devleti olduğunun belirtildiğini, kadın hakları yönünden Devletin temel niteliklerine aykırı koşullar getirilemeyeceğini, 3232 sayılı Kanunla uygun bulunan ve Bakanlar Kurulunca onaylanan Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her

---

<sup>106</sup> “T.C. Anayasasında Kadın Erkek Eşitliği” <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=5&ID=231>

<sup>107</sup> Avrupa Topluluğu Roma Antlaşması’nın 119. (yeni 141) maddesi, kadın – erkek arasında ücret eşitliği sağlamaya yönelik bir düzenleme ile cinsler arası eşitlik alanında ilk adım olmuştur.

<sup>108</sup> Örneğin, Evlilik birliğinde Kocanın reisliğine son verilerek eşler eşit söz hakkına sahip kılınmış( TMK 188-191), evlenme yaşı eşit hale getirilmiş ( TMK 124)

<sup>109</sup> Danıştay 12. Daire Kararı; 22.02.2006 tarih, 2006/539 K.

Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi hükümlerine göre, istihdam konularında eşit seçim kıstasları uygulanması da dahil, kadınların erkeklerle eşit istihdam olanaklarına sahip olma haklarının bulunduğunu, 3458 sayılı Kanun hükümleri uyarınca elde edilen "Mühendis" ünvanının idari düzenlemelerle ortadan kaldırılamayacağını ileri sürerek iptaline karar verilmesini istemektedir. Davalı İdare; 2804 sayılı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Kanununun 2. maddesinde sayılan görevleri yürütmek üzere, büyük bir çoğunlukla arazide, genellikle de meskun olmayan mahallerde oldukça zor ve meşakkatli şartlarda hizmet verilmeye çalışıldığını, açıktan ataması yapılacak mühendislerin uzun süreli çalışmalar için alınacağını, bu nitelik belirlemede kesinlikle ayrımcılık düşünülmediğini dile getirerek davanın reddini istemiştir. Danıştay 12. Dairesi; Kararında, Anayasa'nın 10. maddesinin, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellediğini belirttiği kararında Aynı durumda olanlar için farklı düzenlemenin eşitliğe aykırılık oluşturduğunu, Anayasa'nın amaçladığı eşitliğin, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitlik olduğunu, Aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulduğu takdirde, Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmayacağını açıklamıştır.

Aynı kararda T.C. Anayasasının 70. maddesinden bahsedilerek, Anayasa da, herkesin cinsiyet yönünden kanun önünde eşit olduğunu, Aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında cinsiyet farklılığının hukuksal eşitsizliğe gerekçe olabileceği hususunun kabul edilemez olduğunu açıklamıştır. Mahkeme, Bir yüksek öğretim lisans programına devam edilerek alınan mezuniyet diplomasının; diplomaya hak kazanan kişinin mesleği her koşulda yerine getirmeye hak kazandığını göstermekte olduğunu, Kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığına dayalı engelleyici yönde getirilen koşulların eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi, işlevselliği kalmayan meslek ünvanlarının dolaylı olarak kişilerin elinden alınması suretiyle hak kaybına yol açacağını belirttiği olayda Anayasanın 10. ve 70. maddelerinin öngördüğü eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde düzenlenen koşulda hukuka uyarlık bulunmadığını saptamıştır.

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi'nin "Ayrımcılık Yasağı" başlığını taşıyan 14. maddesi, Sözleşmedeki hak ve

özgürlüklerden yararlanmada ayrımcılık yapılmayacağına dair düzenleme içinde “cinsiyet ayrımcılığını” da temel kriterler arasında saymıştır.<sup>110</sup> AİHS’ nin Ek-Protokollerinden 12 No lu protokol’ de 1. maddesinde Cinsiyet Ayrımcılığı kriterini yasaların tanıdığı tüm haklar bakımından kabul etmiştir. 14. maddede, Cinsiyet ayrımcılığı kriteri Sadece sözleşme kapsamındaki Haklar ile birlikte dava konusu yapılabilirken 12 No lu protokol kapsamında yasaların tanıdığı tüm haklar bakımından dikkate alınacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde cinsiyet yönünden açılan davalar, genelde sözleşmenin üç maddesini konu alıyordu. Bunlar, aile hayatına ve özel hayata müdahaleyi yasaklayan 8. Madde, evlenme hakkını düzenleyen 12. Madde ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. Maddedir. 8. Madde ile ilgili Rasmussen/ Danimarka kararı 14. maddenin kapsamı ile ilgili geniş değerlendirme yaptığı ve 14.maddenin ihlal edilmemiş olduğunu saptadığı önemli vakadır.<sup>111</sup>

1966 tarihinde evlendiği ve bu evliliği sırasında 1966 yılında bir erkek çocuğu ile 20 Ocak 1971 tarihinde de Pernille adında bir kız çocuğunun doğduğu, bu kız çocuğunun doğmasından önce de, babasının başka bir adam olduğunu düşünmesi için yeterli sebepler bulunduğu, ancak evliliğini korumak amacıyla ve karısı ile ayrılık konusunda yaptığı başvurular ve bu çocuğun velayeti ile nafakası gibi konularda yaptığı anlaşmalar nedeniyle, babalığın tespiti için iç hukuktaki yasal sürelerde herhangi bir girişimde bulunmadığı, ancak 16 Ocak 1976 tarihinde ise, yani Pernille’ nin 5.yaş gününden dört gün önce, başvurusunun eski karısının başvurusuna mektupla aralarındaki 28 Nisan 1975 tarihli, karının çocuk için nafaka talebinden vazgeçtiğine ve başvurusunun da babalığın reddi davası açmayacağına, dair anlaşmaya artık bağlı olmadığını ifade etmesi ve daha sonra nafaka yenileme talebi ile yetkili makama başvurması ve bu talebinin 1 Mart 1976 tarihinden geçerli olmak üzere kabul edilmesi üzerine başvurusunun 27 Ocak 1976 tarihinde; Kızın babalığın tespiti için süresi dışında dava açmak üzere üst mahkemeye başvurduğu, ancak bu makamca, bu tarihte dava açma

<sup>110</sup> Avrupa Konseyi üyelerince kabul edilen, çalışanların korunmasına yönelik, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ ni sosyal ve ekonomik haklar yönünden tamamlayan bir belgedir. Belgenin amaçlarının yer aldığı giriş bölümünde, sosyal haklardan yararlanma konusunda ayrımcılık güdülmeyeceği belirtilirken “cinsiyet ayrımcılığı” da açıkça belirtilmiştir.

<sup>111</sup> (Başvuru no:8777/79), (28.11.1984 günlü ) bkz. DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Cilt 1, s.804-811.

izni verilmek için yasal koşullar bulunmadığı nedeniyle başvurunun reddedildiği, Bu nedenle de,başvurucunun,cinsiyet bakımından ayrımcılığa tabi tutulduğu,çünkü o tarihte uygulanan Danimarka hukukuna göre kendisinin babalığa itiraz etmek için mahkemeye başvurma konusunda eski eşinin süresiz bir hakkı bulunduğu halde,kendisinin olmadığını bu şekilde sözleşmenin 6., 8. ve bunlara bağlı olarak da 14.maddesinin ihlal edildiğini iddia ettiği görülmüştür.

Komisyon, başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur ve Sözleşmenin 6.ve 8.maddeleri ile bağlantılı olarak ele alınan 14.maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Divan, öncelikle, sözleşmenin 14. maddesinin Sözleşme ve Protokollerin diğer maddi hükümlerini tamamlamakta olduğunu,14.maddenin bağımsız bir varlığı olmadığını, çünkü sadece bu maddi hükümlerle korunan hakların ve özgürlüklerin kullanılmasıyla bağlantılı olarak sonuç doğuracağını ve 14.maddenin 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 girmedikçe,14.maddenin uygulama imkanı olmadığını saptayarak; davadaki olayların,"kişisel hak karakterinde bir uyuşmazlığa ilişkin olması ve başvuru ve Pernille için de özel yaşamlarını ilgilendirmekte" olması nedenleriyle, Sözleşmenin madde 6/1 fıkrası ve 8. maddelerinin kapsamına girip girmediğini inceleyerek olayların bu maddelerin kapsamına girdiğini kabul etmiştir.

Mahkeme, bundan sonra ise olayda farklı bir muamele olup olmadığını araştırmış ve Sözleşmenin 14.maddesi bakımından başvuru ile eski eşi arasında, başvurucuya babalığın reddi için dava açma imkanı konusunda farklı bir muamelede bulunulduğu sonucuna varmıştır.

Mahkeme daha sonra ise olayda 14.maddenin karşılaştırılabilir durumda bulunan bireyleri ayrımcılık nitelikli haksız ve farklı muameleyle karşı koruması nedeniyle, başvuru ve eski eşinin karşılaştırılabilir durumda olup olmadığını incelemiş ve farklılaştırmanın karşılaştırılabilir kişiler arasında yapıldığının kabulü ile davaya devam etmeye karar vermiştir.

Mahkeme son olarak da, farklı muamelenin Objektif ve makul bir sebebinin olup olmadığını incelememiştir. Çünkü, 14.madde bakımından bir muameledeki farklılık, objektif ve makul bir haklılığa sahip değilse; yani meşru bir amaç izlemiyorsa veya kullanan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmuyorsa, ayrımcılık oluşturur.

Mahkeme pek çok kararında, benzer durumlardaki farklılıkların hukuken farklı bir muameleyi gerektiren haklı bir sebebinin olup olmadığını araştırırken Sözleşmeciler Devletlerin belirli ölçüde takdir yetkisinden yararlandıklarını belirtmiştir. Bu takdir yetkisi ulusal takdir yetkisi olarak ta anılmaktadır. Takdir alanının kapsamı, olayın şartlarına, konusuna ve ard alanına göre değişir. Sözleşmeciler Devletlerin babalık davası ile ilgili mevzuatları incelendiğinde pek bir ortak temel bulunmadığı, bunların bir çoğunda, annenin ve kocanın durumunun değişik şekillerde düzenlendiği gerçekliğinden bahisle mahkeme, olayın içinde bulunduğu koşulları ve genel olarak ard alanını dikkatlice incelemiş ve olayla ilgili olarak yetkili makamlara bir takdir alanı bırakılması gerektiğini açıklamıştır. Mahkemeye göre, yetkili makamların babalık davası açılmasına süre sınırı konulmasının hukuki kesinlik ve çocuğun menfaatlerini korumayı isteği tarafından haklı kılındığını düşünmekle haklıdır. Bu konuda şikayet konusu mevzuat, diğer sözleşmeciler devletlerin çoğunda önemli ölçüde farklı değildir. Bu noktada, kocalar ile kadınlar arasında yerleşmiş olan farklı muamele, ayrılık veya boşanma davalarında çocuğun velayeti daha çok anneye verildiği için annelerin menfaatleri genellikle çocuğun ile rastladığından, bu tür süre sınırlarının kocaya göre kadın için daha az gerekli olduğu düşüncesine dayandırılmıştır.

Yetkili makamlar, anneler bakımından meseleyi her olayın şartlarına göre mahkemeler tarafından verilecek kararlara bırakmak yeterli iken, kocalar bakımından gerçekleştirilmek istenen amacın en tatmin edici biçimde yasa hükümleri koymak suretiyle sağlanacağını düşünmekte haklıdır. Buna göre, takdir alanı dikkate alındığında, yetkili makamlar orantılılık ilkesini de çiğnememişlerdir.

Bu nedenlerle mahkeme olayda, şikayet konusu farklı muamelenin Sözleşmenin 14.maddesi anlamında ayrımcı olmadığı sonucuna vararak, sözleşmenin 6 veya 8. maddeleri ile birlikte anılan 14.maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.



### 3-Cinsiyete Dayalı Şiddet Olgusu

Cinsiyete dayalı şiddet olgusu, kadınların erkeklerle eşit olarak hak ve özgürlüklerini kullanmalarını ciddi şekilde engelleyen bir ayrımcılık biçimidir. Cinsiyete dayalı şiddet, bir kadının sırf kadın olması nedeniyle maruz kaldığı veya kadınları artan oranlarda etkileyen şiddeti de içermektedir

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, kadına yönelik şiddet konusunda herhangi bir madde içermemektedir. Ancak bu sözleşmenin etkinliğini sağlamak amacı ile 1993 Yılında BM Genel Kurulu tarafından bir Bildiri yayınlanmıştır.<sup>112</sup> CEDAW Komitesi 19. No lu Genel Tavsiye'sinde:

*"Cinsiyete dayalı şiddet, kadınların erkeklerle eşit temelde hak ve özgürlüklerden yararlanabilmelerini ciddi şekilde kısıtlayan bir ayrımcılık şeklidir."*

şeklinde belirtilmek sureti ile cinsiyete dayalı şiddet açıklanmıştır. AİHM cinsiyete dayalı şiddet ile ilgili ilk kararında Türkiye'yi mahkum etmiştir. 9 Haziran 2009 tarihinde verdiği kararla AİHM, aile içi şiddeti engelleyemediği gerekçesi ile ilk kez bir ülkeyi mahkum etmiştir.<sup>113</sup>

Diyarbakır'da yaşayan başvurunun annesi imam nikahı ile A.O ile evlenir. 1990 yılında A.O.'nun oğlu H.O. ile 1972 doğumlu başvuru Nahide Opuz birlikte yaşamaya başlar ve 12 Kasım 1995 yılında resmi olarak evlenirler. 1993, 1994 ve 1996 yıllarında üç çocukları ölür. Başvuru ve eşinin ilişkilerinin başlangıcından beri münakaşaları şiddetlenerek artar. 1995 yılından başlayarak çeşitli tarihlerde H.O. tarafından başvurucuya ve annesine yedi ayrı durumda dayak, bıçakla yaralama, arabayı üzerlerine sürerek başvurunun annesini ciddi şekilde yaralama, ölüm tehdidi gibi

<sup>112</sup> Kadınlara Karşı Şiddetin Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri; eşitlik, gelişme ve özgürlüğün gerçekleşmesinde kadınlara karşı şiddeti bir engel olarak görmektedir. Bu bildirin başlangıç bölümünde Kadına Yönelik Şiddetin İnsan Hakları İhlali olduğu vurgulanmıştır.

<sup>113</sup> "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye' de Aile İçi Şiddetle ilgili Kararı", çev. EROĞLU, Feride; <http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t:40772>

nedenlerle Diyarbakır adli mercileri nezdinde suç duyuruları, davalar, başvuru ve annesinin çeşitli sürelerde iş göremezliklerini ve bedenlerindeki ağır hasarları kaydeden adli tıp raporları, şikayetlerin geri alınması sonucu davaların düşmesi, şikayetlerin ağır baskı ve tehdit altında geri alındığı gerekçesiyle yeni davalar açılması, H.O.'nun arabayı üzerine sürerek başvuru annesini yaralamaktan sonradan para cezasına çevrilen hapis cezasına çarptırılması, başvuru H.O.'dan boşanma davası açması gibi gelişmeler yaşanır. Sonunda, 11 Mart 2002 tarihinde H.O. başvuru annesini Diyarbakır'dan İzmir'e taşınmak üzere bindiği nakliye kamyonunda tabancayla öldürür. H.O. Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 26 Mart 2008 tarihinde müebbet hapse mahkum edilse de saldırıyı maktülün tahrikleri sonucu işlediği ve duruşmadaki iyi hali dikkate alınarak 15 yıl 10 ay Hapis Cezasına ve 180 YTL Adli Para Cezasına mahkum edilir. Cezaevinde geçirdiği süre ve kararın temyiz incelemesi dikkate alınarak da tahliye edilir. H.O. hakkındaki kararın temyiz süreci halen devam etmektedir. Nisan 2008 ayından bu yana başvuru Diyarbakır'daki adli otoriteler nezdinde H.O.'nun tahliyesi sonrasında kendisini ölümle tehdit ettiğini, Diyarbakır'daki erkek arkadaşını da öldürmekle tehdit edip yerini bulmaya çalıştığını belirterek yaşamının korunması için gerekli önlemlerin alınmasını istemiştir. Başvuru avukatı Mayıs 2008'de AİHM'ye H.O.'nun tahliye edildiğini ve başvurucuya ölüm tehditlerinin devam ettiğini, ancak kamu makamları tarafından herhangi bir önlem alınmadığını bildirerek AİHM'den Hükümetin başvuru hayatını korunması için gerekli önlemleri almasını sağlamasını istemiştir.

Türk Hükümetinin dava ile ilgili iki itirazı vardır: 6 aylık süre koşuluna uymama ve İç Hukuk Yollarının tüketilmemiş olması.

Türkiye Hükümeti olayların 1996–2001 yıllarında gerçekleşmesi nedeniyle davada AİHS'nin 35/1 maddesindeki 6 aylık süre kuralına uyulmadığını ileri sürmüştü de AİHM, başvuru annesinin öldürülme tarihini ve başvuru esinin devam eden saldırı ve tehditleri dikkate alındığında bu iddiayı geçerli bulmamıştır. Hükümetin ikinci iddiası, iç hukuk yollarının tüketilmemesi olmuş, ancak AİHM, iç hukuk yollarının başvuru ve annesini aile içi şiddetten koruma konusunda etkili olmadığı gerekçesiyle bu iddiayı da geçerli bulmamış ve davayı kabul etmiştir.

Hükümetin H.O'nun bıçak ve tabanca taşıyarak başvuruicunun ikametinin etrafında dolaşmasına, tehdit etmesine rağmen hakkında yeterli delil olmaması nedeniyle tutuklanmadığı ya da başkaca bir önleme başvurulmadığı yaklaşımını eleştiren Mahkeme, aile içi şiddet davalarında Fatma Yıldırım/Avusturya ve A.T./Macaristan davalarındaki CEDAW Komitesi kararında da belirtildiği gibi, şiddete başvuranın haklarının şiddete maruz kalanın yaşam hakkı ve bedensel, zihinsel bütünlüklerinin korunması hakkından üstün olamayacağını belirtir. Devletin hayatı tehlikede olan bireyleri korumak için önleyici, işlevsel tedbirler almak konusunda pozitif yükümlülükleri bulunduğuna dikkat çekerek başvuruicunun koruma isteklerini tekrarlamasına rağmen polis ve mahkemenin H.O'nun sadece ifadesini alarak serbest bırakmalarını, H.O'nun anneyi öldürmesine kadar geçen iki hafta sürede ifade almak dışında pasif kalınmasını eleştirerek yerel makamları gerekli özeni göstermedikleri ve AİHS' in 2.maddesi kapsamında başvuruicunun annesinin yaşam hakkının korunması konusunda yükümlülüklerini yerine getirmedikleri sonucuna varmıştır.

AİHM, kadınlara karşı ayrımcılığın tanımı ve sınırlarına dair kendi içtihatları yanında Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (CEDAW) 1.maddesini<sup>114</sup> vurgulayarak CEDAW Komitesi'nin aile içi şiddetin kadınlara karşı bir ayrımcılık türü olduğunu tekrarladığına dikkat çeker. BM İnsan Hakları Komisyonu da toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ile ayrımcılık arasındaki bağı vurgulamıştır. Türkiye'deki genel ve ayrımcı yargısal edilgenliğin, maksatlı olmasa da, esas olarak kadınları etkilediği kanaati ile AİHM, başvuruicunun annesinin uğradıkları şiddetin kadınlara karşı ayrımcılığın bir şekli olan *toplumsal cinsiyete dayalı şiddet* olduğu görüşüne varır.

Bu bağlamda AİHM, AİHS' in 2 ve 3. maddeleri ile birlikte 14. maddenin de ihlal edildiğine dair karar vermiştir.

---

<sup>114</sup> "kadınlara karşı ayrımcılık" terimi siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelir."

## B.DİNSEL AYRIMCILIK

### 1-Kavramsal Yaklaşım

Din, insanın kutsal saydığı gerçeklikle ilişkisi; bu ilişkinin çerçevesini oluşturan inançlar, öğretiler, değer yargıları, davranış kuralları, tapınma biçimleri ve kurumsal yapılarıdır.<sup>115</sup> Din, “Tanrıya doğa üstü güçlere çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurumdur”<sup>116</sup>. Uluslararası hukukta dini inancın korunabilmesi için “ belirli bir ikna edicilik, ciddiyet, bağlılık ve önem seviyesine sahip olmalı”<sup>117</sup> aranmaktadır.

### 2- Dine Dayalı Ayrımcılık

Ayrımcılık yasağı ile ilgili en sorunlu alanlardan biri olan dine dayalı ayrımcılığın kökü eskilere dayanmaktadır, halen de toplumsal barışı tehdit etmeye devam etmektedir.<sup>118</sup> Dine dayalı çatışmalar ve sorunlar hem ülkeler içerisinde toplumsal barışı tehdit etmekte hem de uluslararası boyutta sorunlara yol açmaktadır.

Bu önemli uluslar arası insan hakları sorunu ile uğraşan BM Genel Kurulu, 1981 yılında Her Türlü Dinsel Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi’ ni kabul etmiştir. Bildirge de, *din ve inanca dayanan hoşgörüsüzlük ve ayrımcılık* şöyle tanımlanmıştır:

*“Eşitlik üzerine kurulu bulunan insan haklarının ve özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve ya bunlardan yararlanılmasını, hükümsüz kılma veya zedeleme amacı taşıyan veya bu sonucu doğuran din veya inanca dayalı bir farklılaştırma dışlama veya kısıtlama, veya ayrıcalık anlamına gelmektedir. insanlar arasında din ve inanca dayanan bir ayrımcılık insanlık onuruna karşı bir aşağılama ve BM Şartının ilkelerini inkar etmek anlamına gelir. Bu nedenle söz konusu ayrımcılık İHEB’ de ilan edilen ve*

<sup>115</sup> <http://www.turkebilgi.com/din/ansiklopedi>

<sup>116</sup> <http://tdkterim.gov.tr>

<sup>117</sup> MURDOCH ; Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü, İnsan Hakları El kitapları, sayı 9, s.11

<sup>118</sup> KALABALIK; İnsan Hakları Hukuku, s,164

*insan hakları uluslar arası sözleşmelerinde ayrıntılı olarak düzenlenen insan haklarını ihlal ettiği için yasaklanmıştır.”*

Din ve Vicdan Özgürlüğü ile ilgili hükümler 1976 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18. maddesinde de ayrıntılı olarak yer almaktadır.<sup>119</sup>

*“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kendi tercihiyle bir dini kabul etme veya bir inanca sahip olma özgürlüğü ile, tek başına veya başkalarıyla birlikte toplu bir biçimde, aleni veya özel olarak, dinini veya inancını ibadet, uygulama, öğretim şeklinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir.*

*2. Hiç kimse, kendi tercihi olan bir dini kabul etme veya inanca sahip olma özgürlüğünü zayıflatacak bir zorlamaya tabi tutulamaz.*

*3. Bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü ancak kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla, hukuken öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir.*

*4. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, anne-babalar ile mümkünse vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne saygı göstermeyi taahhüt ederler”*

Din ve Vicdan Özgürlüğü ile ilgili, uluslararası hukukta kabul edilen bu tür güvenceler bölgesel düzeydeki diğer belgelerde de yer almıştır.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> Sözleşme metni için bkz. YÜRÜKEL, Sefa, *Batı Tarihinde İnsanlık Suçları*, Marmara Grubu Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Vakfı Yayınları, İstanbul-ikinci Baskı, s.176

<sup>120</sup> Örneğin, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12.maddesi, vicdan ve din özgürlüğünün “tek başına veya başkalarıyla birlikte, kamusal alanda veya özel olarak, kişinin dinini veya inançlarını açıklama ve değiştirme özgürlüğünü, kişinin dinini veya inançlarını ilan etme ve yayma özgürlüğünü” içerdiğini öngörmekte iken, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 8.maddesi, “vicdan özgürlüğünün, dinin serbestçe ilanını ve icrasının güvence altına alındığını” özel olarak belirtmektedir ve ayrıca “kimsenin, hukuk ve düzen uyarınca, bu özgürlüklerin kullanılmasını sınırlayan tedbirlere maruz bırakılmayacağını” ifade etmektedir. Bkz. MURDOCH, *Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü*, s.7

Uluslararası hukukta din ve vicdan özgürlüğü ile dine dayalı ayrımcılık konularında en etkin denetim sistemini öngören ve güvence sağlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' dir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 9. maddesi *din ve vicdan özgürlüğünü* şöyle düzenlenmiştir:

*“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.*

*2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir”*

AİHS' in, 9. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesinde açıklanan *din ve vicdan özgürlüğü* mutlak bir hak olarak düzenlenmiş olduğundan sınırlandırılması mümkün değildir. 2. cümlede ise, söz konusu özgürlüğün içeriği saptanmıştır. Buna göre, bu hak öncelikle, din veya inancını değiştirmek özgürlüğünü ve bunun yanı sıra dinini veya inancını tek başına veya topluca, açık yahut özel bir şekilde ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yoluyla açığa vurmayı içerir. 2. fıkrada getirilen kısıtlamalar düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne değil, bunları açıklama özgürlüğüne ilişkindir. Ayrıca inançsızlık ve ya ateizmde 9. madde kapsamında değerlendirilebilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin1 Nolu Protokolün 2. maddesinde eğitim hakkı ile bağlantılı olarak;

*“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir”* hükmü vazedilmiştir.

Ayrıca Sözleşmede tanınan haklardan yararlanma bakımından sınırlı ayrımcılık yasağı öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesinde;

*“Bu sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasal ya da başka bir görüş, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum ve benzeri başka bir statü ayırımı gözetmeksizin herkes için sağlanır”*

hükmünde ayrımcı muamele bakımından *din* öznesi de sayılmak sureti ile *dine dayalı ayrımcılık* hususunda AİHS, etkin bir koruma sistemi öngörmüştür. Genel olarak, AİHM, din veya inancın ne olduğunu açıkça belirtmekten kaçınmıştır. Ancak içtihatlar yoluyla, semavi dinler gibi temel inanç sistemlerinin yanı sıra, Yehova Şahitliği gibi inanç sistemlerini de korunmuştur. Thlimmenos/Yunanistan vakası bu duruma iyi bir örnektir. Ayrıca bu vakada AİHM, devleti pozitif tedbirleri almakla yükümlü kılmıştır.<sup>121</sup>

Yehova şahidi olduğu için, dini inancı gereği ve dinsel sebeplerle askerlik görevini yerine getirmek istememesi nedeniyle hakkında askeri mahkeme tarafından mahkumiyet kararı verildiğini ve bu nedenle sınavı verdiği halde mahkumiyeti bulunduğu gerekçesiyle yeminli mali müşavir olarak kabul edilmediğini, bu karara karşı açtığı davanın çok uzun(7 yıl 1 ay 22 gün) sürdüğünü ve sonuçta reddedildiğini böylece Sözleşmenin 6, 9 ve 14.maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Sözleşmenin 14.maddesi bağımsız bir niteliğe sahip değildir. 14. madde sadece Sözleşme ve Sözleşme Protokollerinde yer alan temel hükümler tarafından korunan haklar ve özgürlüklerle bağlantılı olarak etki doğurur. Buna karşın Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanabilirliği, söz konusu Sözleşme hükümlerinden bir veya birden fazlasının ihlal edildiği varsayımını doğurmaz. Bu bağlamda 14. madde özerktir. Sözleşmenin 14. maddesinin uygulanabilir olması için davanın konusunu oluşturan olguların sözleşme ve sözleşme protokollerinde yer alan temel hükümlerden birisinin kapsamı içine girmesini gerektirmektedir.

---

<sup>121</sup> Başvuru no:34369/97, 06.04.2000 günlü, bkz. DOĞRU; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatları*, s.1048.

Sözleşmenin 14.maddesi devletlerin benzer durumda olan kişileri objektif ve makul bir haklılık olmaksızın farklı bir muameleye tabi tutması halinde ihlal edilir. 14.maddede belirtilen söz konusu ayrımcılık yasağı maddenin tek yüzü değildir. Yanı sıra, Sözleşme tarafından garanti edilen haklardan yaralanmada ayrımcılık yapılmaması hakkı Devletlerin, durumları önemli ölçüde farklı olan kişileri makul ve objektif bir haklılık olmaksızın farklı bir muameleye tabi tutmaması halinde de ihlal edilmiş olur. Devletler bazı suçluları sözleşmeli muhasebecilik görevine atamamakta meşru bir menfaate sahiptir. Diğer ciddi suçlardan kaynaklanan mahkumiyetlerden farklı olarak, dinsel veya felsefi nedenlerle askeri üniforma giymeyi reddetmekten kaynaklanan bir mahkumiyet, söz konusu suçlunun mesleki becerisini engelleyecek olası bir haysiyetsizlik ya da ahlaki bir alçaklığa sahip olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle başvurucunun mesleğe uygun olmadığı gerekçesiyle dışarıda bırakılması isabetsizdir. Ancak, Mahkeme başvurucunun askeri üniforma giymeyi reddetmiş olması nedeniyle cezaevinde kaldığına da dikkat çekmektedir. Mahkeme bu koşullar altında başvurucunun başka bir yaptırıma maruz bırakılmasını orantısız olarak değerlendirmektedir. Başvurucunun sözleşmeli muhasebecilik mesleğinin dışında tutulması haklı/yerinde bir amaç taşımamaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun ağır bir suçtan mahkum olmuş diğer kişilerden farklı bir muameleye tabi tutulmamasında objektif ve makul bir haklılığın varlığını vurgulamamaktadır.

AİHM yukarıdaki açıklamalar ışığında Sözleşmenin 9.madde ile bağlantılı olarak 14. Maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.

AİHM çoğunlukla sözleşmede saptanan bir hakkın ihlalini tespit ettikten sonra vakanın bir de 14. maddeye göre incelenmesine gerek görmemektedir. Ancak bu kararında tam tersi bir uygulamaya imza atarak 14.maddenin onayladığını inceledikten sonra vakanın bir de 9. madde bakımından incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> AĞIRBAŞLI; *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, s.58-59



Mahkeme bu kararında devletin pozitif yükümlülüğünü ortaya koymuştur. Ayrıca devletin, başvuru sahibini, kararda geçen diğer mahkum olmuş kişilerden farklı pozitif ayrımcılığa tabi tutması gerektiğini belirtmiştir.<sup>123</sup>

Din ve Vicdan Özgürlüğü hakkı kapsamında ayrımcılık yasağı ile ilintili olarak yapılan başvurulardan dini sembollerle ilgili davalar da ulusal ve uluslar arası gündemi çokça meşgul etmiştir. Türkiye’de Laiklik ilkesi ile birlikte gündemdeki yerini koruyan başörtüsü olgusu ulusal mahkemelerde ve AİHM’ de dava konusu olmuştur. Dini sembollerle ilgili AİHM; vakaları incelerken, devletin kamu güvenliği ile düzenini ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amaçlarıyla uyumlu olmadığı takdirde, İslami başörtüsünü takmaya kısıtlamalar getirme yetkisine sahip olduğunu açıklamıştır. Bu alanda en önemli örnek Leyla Şahin vakasıdır.<sup>124</sup>

23 Şubat 1998 tarihinde İstanbul Üniversitesi Rektörü, sakallı ve türbanlı öğrencilerin üniversite yerleşkesine girişini yasaklayan bir genelge çıkarmış. Leyla Şahin, 26 Mayıs 1998’de, kılık kıyafet düzenlemelerine uymadığı için uyarı cezası ve 13 Nisan 1999’da kılık kıyafet yasağını karşı yapılan izinsiz gösteriye katıldığı için bir dönem uzaklaştırma cezası almıştır. Şahin, bu kararın iptali için İstanbul İdare Mahkemesi’ne başvurmuş, Mahkeme İstanbul Üniversitesi’nin uzaklaştırma işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Başvurucunun aldığı cezalar 28 Haziran 2000 tarih ve 4584 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile af kapsamına dahil olmuştur. Şahin 16 Eylül 1999 tarihinde ise Viyana Üniversitesi’ne kaydolmuştur. Şahin, 1998 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na yaptığı başvuru ile üniversite de türban takılmasının yasaklanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ nin 8, 9, 10 ve 14. maddelerine ve 1 Nolu Protokolün 2. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.<sup>125</sup>

<sup>123</sup> 12. Protokolün Açıklayıcı Raporunda, ayrımcılık yasağının temelde negatif anlamda ayrımcılık yapmama yükümünü içermekle birlikte, “*hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma*”nın herkes için güvence altına alınması yükümünün, pozitif yükümlülükleri de içerebileceği vurgulanmıştır

<sup>124</sup> “Leyla Şahin – Türkiye Davası”, Başvuru no. 44774/98, bkz. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/leylasahin.doc> html sürümü

<sup>125</sup> ALTIPARMAK, Kerem; KARAHANOGULLARI, Onur; “Leyla Şahin/Türkiye”; Hukuk ve Adalet Dergisi, yıl 1, sayı 3, Temmuz-Eylül 2004, s.249-276

AİHM, vakayı değerlendirirken meşru amaç ve ulusal takdir yetkisini dikkate alarak Sözleşme'nin 8, 10 ve 14. maddelerinin ihlal edilmemiş olduğu kararını vermiştir.

AİHM' e göre ;

*“Türkiye gibi, nüfusun çoğunluğunun belli bir dine bağlı olduğu ülkelerde üniversitelerde bazı köktenci dini hareketlerin, bu dinin kurallarına uymayan veya başka dine mensup öğrenciler üzerinde baskı kurmasını önlemek amacı ile önlemler alınması sözleşmenin 9/II hükmüne<sup>126</sup> göre meşrudur”* Mahkeme, *“olayın özelliklerini ve iç hukuktaki yargı kararlarını göz önüne aldığı anda başvuru konusu düzenlemenin başkalarının hak ve özgürlüklerinin ve düzenin sağlanması gibi meşru amaçlara yönelik olduğu”* sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, demokratik bir toplumda devlet, kamu güvenliğine ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına zarar veriyorsa türban takılmasını sınırlandırabilir. Bu gibi durumların belirlenmesinde güçle dışsal simge niteliği ile yaymacı niteliği dikkate alınmalıdır.<sup>127</sup>

AİHM' e göre, demokratik bir toplumda, üzerindeki görüşlerin büyük değişkenlik gösterebileceği devlet- din ilişkilerine dair bir ihtilaf varsa, ulusal karar verme organının rolüne özel önem verilmelidir. Bu durum, ulusal makamların konuya yaklaşımlarının çeşitliliği göz önüne alınarak, öğrenim kurumlarında dini sembollerin kullanılmasını düzenlemede söz konusu olacaktır. Bütün Avrupa'da, toplumda ortak bir din anlayışı belirlemek mümkün değildir ve bir dini inancın toplumdaki ifadesi veya etkisi zamana ve duruma göre değişkenlik gösterecektir. Bu alandaki kurallar, sonuç olarak, ulusal gelenekler ile kamu düzenini sağlama ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacının getirdiği gerekliliklere göre, bir ülkeden başka bir ülkeye değişiklik gösterir. Buna göre, böyle düzenlemelerin alması gereken ölçü ve şeklin seçimi, kaçınılmaz olarak, bir dereceye kadar söz konusu Devlete bırakılmalıdır. Zira bu husus, ilgili mahal şartlara bağlı olacaktır. Bu ulusal takdir payı, hem yasayı hem de yasayı uygulayan kararları kapsayan AİHS denetim sistemi ile beraber hareket

<sup>126</sup> AİHS' in 9. maddesinin ikinci fıkrası “...din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin kamu düzeninin genel sağlığın,veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu olan tedbirlerle ve kanunla sınırlanabilir..”

<sup>127</sup> ALTIPARMAK, Kerem; KARAHANOGULLARI, Onur; “ Leyla Şahin/Türkiye, s.11

eder. Mahkeme'nin görevi, ulusal takdir yetkisi kapsamında alınan önlemlerin, ilke olarak haklı ve orantılı olup olmadığını belirlemektir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında Mahkeme, Sözleşme'nin 8, 10 ve 14. maddelerinin ihlal edilmemiş olduğu kararını vermiştir.

AİHM, Türkiye hakkında vermiş olduğu Sinan Işık/ Türkiye vakasında<sup>128</sup> ise, din ve vicdan özgürlüğünü demokratik devletin gereklilikleri düzleminde Leyla Şahin vakasına nispeten çok daha geniş yorumlamıştır. Mahkeme nüfus cüzdanındaki din hanesi ile ilgili, başvurudaki talepleri aşan ölçüde geniş değerlendirmeler yapmıştır:

1962 doğumlu İzmir'de ikamet eden ve alevi olduğunu açıklayan başvurucu, nüfus memurluğu tarafından düzenlenen nüfus cüzdanında din için ayrılmış özel bir hane olduğunu ve bu hanede mensubu olmadığı halde « İslam » ibaresinin yazdığını, İzmir Asliye Hukuk Mahkemesine nüfus cüzdanındaki bu din hanesi bölümünde İslam yerine Alevi yazılması için dava açtığını, ancak mahkemenin talebini reddettiğini, Yargıtay' ın da mahkeme kararını onadığını açıklayarak; AİHS' in 8 maddesinde tanımlanan din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğini, mahkemenin yalnızca Diyanet İşleri Başkanlığına müracaat etmesi nedeni ile AİHS' in 6. maddesinin ihlal edildiğini, Alevi mezhebenden olması nedeni ile talebinin Ulusal mahkemeler tarafından reddedildiğinden 14. maddenin de ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Başvuruyu oy birliği ile kabul edilebilir bulan Mahkeme, AİHS' in 8. maddesinin ihlal edildiğine, ayrıca ihlal edilmiş olsalar bile 6. ve 14. maddenin incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Mevcut vakayı din ve vicdan özgürlüğünün negatif yanı, yani bireyin dini inançlarını açığa vurmama hakkı açısından inceleyen AİHM; başvuranın din hanesindeki *İslam* ibaresinin *Alevi* ibaresiyle değiştirilmesi, alternatif olarak, nüfus cüzdanında üzerindeki din ibaresinin yani İslam kelimesinin iptal edilmesi; nüfus cüzdanı üzerindeki din hanesinin tümünden kaldırılması olguları bakımından geniş değerlendirme yapmıştır. Halbuki başvurucunun talebinde; nüfus cüzdanında ki din hanesinin tümünden kaldırılması olgusu yer almamıştır. Kaldı ki, Mahkeme kararında da işaret edildiği üzere, 2006 yılında 5490

<sup>128</sup> Sinan Işık/ Türkiye Davası, Başvuru no: 21924/05, 02.02.2010 tarihli

sayılı yasanın ilgili maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yasanın 35. maddesinin 2. fıkrasında “*aile kütüklerindeki din bilgisine ilişkin talepler, kişinin yazılı beyanına uygun olarak tescil edilir, değiştirilir, boş bırakılır veya silinir*” hükmü getirilmiştir. Ancak Mahkeme ihlalin halen devam ettiğine kanaat getirmiştir.

Çoğulcu demokrasiyi benimseyen ölkemizde, din ve vicdan özgürlüğü bakımından nüfus cüzdanındaki din bölümü tamamen kaldırılmalıdır. Bu bakımdan mezkur kararda belirtilen durum açıklamaları yerindedir. Demokratik toplumlarda Din ve Vicdan Özgürlüğü, devlete pozitif ve negatif yükümlölük yüklemektedir. Pozitif yükümlölük, Devlet din ve inanç özgürlüğüne saygı gösterilmesini yani bu özgürlüğün fiilen kullanılmasını sağlamak için gerekli tedbir ve güvenceleri yerine getirmekle, Negatif Yükümlölük, kabul edilen sınırlar içerisinde bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemekle açıklanabilir. AİHM, Kokkinanis/Yunanistan, Buscarini ve diğerleri/ San Marino gibi kararlarında da değindiği gibi din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden olduğunu açıklamıştır:

*“Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü demokratik toplumun temellerinden biridir. Dinsel açıdan bu özgürlük, inananların hayata bakışlarını ve kişiliklerini oluşturan çok hayati bir unsur olmasının yanısıra, ateistler, agnostikler, kuşkucular veya konuyla hiç ilgilenmeyen diğer kimseler açısından da önemli bir kazanımdır. Demokratik bir toplumun esaslı ve ayrılmaz bir parçası olan ve yüzyıllar boyu büyük bedeller ödenerek kazanılmış olan çoğulculuk bu özgürlüğe bağlıdır.”*<sup>129</sup>

## **C.ETNİK AYRIMCILIK**

### **1-Kavramsal Yaklaşım**

#### **a) Irk**

<sup>129</sup> USAL, Zeynep O; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 9. Madde: Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, bkz. <http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1132>

İrk, kalıtımsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğudur. İrkçılık ise çeşitli insan ırkları arasındaki biyolojik farklılıkların sosyal ilişkileri tayin etmesi gerektiğine ve kendi ırkının diğerlerinden üstün olduğuna ve diğerlerine hükmetmeye hakkı olduğuna duyulan inanç yoğunludur. İrkçılık Yüzyıllardır tüm insanlığın aynı zamanda ortak sorunudur.

İrka dayalı ayrımcılık, ayrımcılıkla ilgili Uluslar arası düzenlemelerde, erken dönemde yerini almıştır. 1969'da yürürlüğe giren BM Her Türlü İrk Ayrımcılığının Önlenmesine Yönelik Uluslararası Sözleşme de ırk ayrımcılığı;

*“Siyasal, ekonomik, toplumsal, kültürel ya da herhangi bir başka alanda insan hakları ve temel özgürlüklerin eşitlik temeli üzerinde tanınmasını, kullanılmasını ya da bunlardan yararlanılmasını önlemek ya da zedelemek amaç ya da sonucuyla ırk, renk, soy, ulusal ya da etnik kökene bağlı ayırım, dışlama, kısıtlama ya da yeğlemede bulunma”*

Şeklinde tanımlanmıştır.

## **b) Etnik Köken**

Kökenleri Antik Yunan' a kadar uzanan *etnik* kelimesi önceleri ortak kökeni, kabileyi ve bu insanların birlikte yaşadıkları coğrafyayı belirtmek için kullanılmakta iken zamanla farklı anlamlar kazanmıştır.

Kudret Emiroğlu ve Suavi Aydın'ın hazırladığı Antropoloji sözlüğünde Etnik kavramının çerçevesi çizilir:

*“Belirli, dinsel, dilsel, mekansal ve ya kültürel özellikler bakımından hem kendisini diğerlerinden ayrı gören hem de diğerleri tarafından başka sayılan bütünlüklü bir kimliğe ve kendine özgü kültürleme sürecine sahip, içerden evlenmek sureti ile bir grup kimliğini koruyan ve grubun sürekliliğini sağlayan toplumsal, kültürel ve bazen de*

*siyasi oluşum... bu sayılan öğelerden birisi ya da birkaçı veya tamamı önemli olabilir; zaman ve mekana bağlı olarak değişebilir”<sup>130</sup>*

Max Weber ise etnik grubu; fizik veya örf adet benzerlikleri ya da ortak göç ve sömürgeleşme anıları nedeni ile aynı atalardan geldiğine sübjektif olarak inananların oluşturduğu topluluk olarak tanımlamaktadır.

Günümüzde kazandığı anlamı ile etnik grup; İçinde yaşadığı toplum ile bütünleşmemiş ayrı bir kimlik sahibi olmayı sürdüren , farklı bir soydan geldiği bilincinde olan topluluktur. Topluluğun ayrı bir etnik grup olduklarına inanmaları etnisitenin en önemli unsurudur ve etnisitenin başlangıç noktası farklı soya mensubiyet şuurudur.<sup>131</sup> Milletlere nispeten daha küçük yapılar olan etnik grupların varlığı için paylaşılan özel bir takım nitelikler gerekmektedir. Etnik grup veya etnisite devlet millet statüsüne erişememiş bir tür azınlık yada mahalli topluluk olarak ta tanımlanabilir.<sup>132</sup>

İrk grubu ile etnik grup kavramı aynı anlama gelmemektedir. Etnik kavramı ırk kavramından daha geniştir. Etnik grupta ırki özellikler yoğunluk kazanınca ırk grubu görünümü ortaya çıkar. Çağımızda önem kazanan ve son dönemlerde de Türkiye’yi meşgul eden kavram Etnik Milliyetçilik kavramıdır. Bu türde ırki yaklaşımlar ağır basmaktadır. Ancak ülkelerin geçmişte yaşadığı tecrübeler bu kavramlara farklı anlamlar yüklenmesine sebep olmaktadır. Bu bakımdan da Uluslar arası ilişkilerde ve Avrupa Birliği içerisinde yaklaşımlardan kaynaklanan farklılıklar üzerinde tartışmalar yaşanmaktadır. AİHM bir vaka incelemesinde, Etnisite ile ırk kavramının bağlantılı olduğunu vurguladıktan sonra ırk kavramı ile etnisite kavramını tanımlamıştır. AİHM’ in bu kararında<sup>133</sup>, ırk kavramı; insanların ten rengi ve yüz karakteristikleri morfolojik özelliklerine dayanarak alt grupların biyolojik olarak sınıflandırılması olarak tanımlanırken, Etnisite kavramı ile toplumsal grupların ortak milliyet, din, ortak dil, kültürel ve ortak köken ile deneyimleri ortak olan grupları nitelendiğini açıklamıştır.

<sup>130</sup> EMİROĞLU, Kudret; AYDIN, Suavi; *Antropoloji Sözlüğü*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara-2003,s.276

<sup>131</sup> KÖSEOĞLU, Nevzat ; “Milli Kimlik; Etnik Grup ve Mozaik Kültür”, www.turkiye ve siyaset.com/say:3/0307/htm.27.2.2003.

<sup>132</sup> ÇAĞRI, Murat; “Etnik Ayrımcılık Terörizm ve Kimlik”, Türkiye ve Siyaset Dergisi, Temmuz-Ağustos 2001

<sup>133</sup> Sejdic ve Finci/ Bosna – Hersek; 27996/06 nolu Karar.

### c) Azınlık

Azınlık sorunu, savaşlardan sonra ülkelerin sınırları değiştiğinde uluslararası gündeme gelmiştir. 2. Dünya Savaşına kadar Azınlık olgusu uluslararası hukukta ikili ya da çok taraflı antlaşmaların konusu olmuştur.<sup>134</sup> Lozan Barış Antlaşması ve Bulgaristan Dostluk Antlaşması örnek olarak gösterilebilir. 2. dünya savaşından sonra azınlık olgusu ve kavramı uluslararası sözleşmelerde yerini almaya başlamıştır.<sup>135</sup>

Azınlık kavramı ile ilgili üzerinde anlaşılan bir tanım geliştirilememiştir. Tanımdaki bu belirsizlik, azınlık haklarına ilişkin kuşkulardan kaynaklanmaktadır. Bunun altında yatan ise azınlık haklarının bireysel insan haklarının aksine, kolektif haklar olarak devletlerin ülkesel bütünlüğüne yönelik bir tehdit olarak algılanmaktadır. Avrupa Konseyince kabul edilen 1994 tarihli Ulusal Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşmesinde<sup>136</sup> bu kaygı giderilmeye çalışılmıştır. Kolektif haklar düzleminde azınlıkların kendi durumlarını belirleme hakkından söz edilmesi, devletlerin parçalanmasına yol açabileceğinden Sözleşmenin başlangıç bölümü ile 24. maddesinde azınlık haklarının kullanımının sınırı olarak ülke bütünlüğü ve ulusal egemenlik vurgulanmıştır. Ayrıca bu algı nedeni ile Devletler kendi siyasi çıkarları için ülkelerindeki azınlık oluşturan grupları yok sayma veya statülerini dar yorumlama, daha önce ikili ya da çok taraflı antlaşmalarda belirlendiği ölçüde kabullenme eğilimindedirler. Bu hususla ilgili Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlarda, antlaşmalar ile tanınmış azınlıklar dışında azınlık tanınmasının mümkün olmadığı açıklanmıştır. Bu bağlamda Lozan Barış Antlaşması ile Türkiye ve Bulgaristan arasında imzalanan Dostluk Anlaşmasında sayılanlar dışında Türkiye’de azınlık ya da ulusal azınlık bulunmadığı ifade edilmiştir.<sup>137</sup>

<sup>134</sup> AKILLIOĞLU, Tekin; *İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, s. 183

<sup>135</sup> Kişi ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 27. maddesi: “ Etnik ve dinsel azınlıklarla dil azınlıklarının bulunduğu devletlerde bu azınlıklardan oluşan kişilerin gruplarındaki öteki üyelerle birlikte topluluk olarak kendi kültürlerinden yararlanmak kendi dinlerini açıklamak ve uygulamak ya da kendi dillerini kullanma hakları ellerinden alınmaz” bkz. YÜRÜKEL, Sefa; *Batı Tarihinde İnsanlık Suçları*, s.176-195

<sup>136</sup> Sözleşme için bkz. ÇAVUŞOĞLU, Naz; *Azınlık Hakları, Ulusal Azınlıkların Korunmasına ilişkin Çerçeve Sözleşme*, Bilim Yayınları, İstanbul-1999

<sup>137</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı; 10.07.1992 tarih, 1991/2 E., 1991/1 Kr. Resmi Gazete; 25.10.1992, S.21386, s.3

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin Azınlık Hakları üzerine 190 tarihli bir tavsiye kararında, ulusal azınlık kavramı üzerine tanım geliştirilmiştir: bir devletin toprakları üzerinde iyice tanımlanmış ve yerleşmiş olan dahil oldukları toplumun çoğunluğundan sahip oldukları dil, din, kültür ya da diğer karakteristik özellikleriyle açıkça ayrılan gruplardır.<sup>138</sup> Azınlık ile yabancılarda karıştırılmamalıdır. Çünkü azınlıklar o ülke devletinin vatandaşı olan kimseleri ifade eder. Sonuç olarak, Etnik, dilsel ve dinsel olarak da sınıflandırılabilen azınlık kavramı ülkeler tarafından, kendi tarihsel, kültürel ve güvenlik endişesi ile uluslar arası sözleşmelerinde etkisi ile az önce Türkiye örneğinde açıkladığımız gibi hukuksal bir zemine oturtulmaktadır.<sup>139</sup> Ancak, kendi ülkesinde Azınlık kavramına katı bir yaklaşım gösteren kimi Avrupa ülkesi, Avrupa Birliği Üyeliğine aday statüsünde olan Türkiye hakkında, ulusal egemenliği ve ülke bütünlüğünü hiçe sayarak farklı grupsal istekleri Azınlık kavramı içinde değerlendirme kolaycılığı göstermektedir.

## 2-İrk ya da Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık

Bazen toplumların mensupları arasında, renkleri ya da varsayımsal nitelikleri yüzünden eşit olmayan biçimde davranışlar baş gösterdiğinde, ırk ve ya etnik ayrımcılık ortaya çıkar.<sup>140</sup> İnsanların insan olmalarından kaynaklanan evrensel haklarına doğrudan saldırı anlamı da taşıyan ırkçılık, bütün farklı renkleri, etnik nitelikleri, ulusal kökenleri hiçe sayan bir hak ihlalidir..

BM Sisteminde kabul edilen Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşme İrk Ayrımcılığını:

*“Siyasal, Ekonomik, Toplumsal ve kültürel ya da kamu yaşamının diğer alanlarında insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını, veya uygulanmasını önleme ya da zarar verme amacını taşıyan ırk*

<sup>138</sup> “Uluslar arası ve Ulusal Hukukta Azınlık Hakları” Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul-2005

<sup>139</sup> TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, ÖNOK; *İnsan Hakları El Kitabı*, s. 297

<sup>140</sup> ATAÖV, Türkkaya; *Çatışmaların Kaynağı Olarak Ayrımcılık*, Ankara Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi Yayını, Ankara-1996, s.1



*renk köken ya da ulusal ya da etnik kökene dayalı her türlü ayırım dışlama, kısıtlama ya da tercihtir”*

şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>141</sup>

13 ARALIK 2002’de kabul edilen Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu Irkçılık ve Irksal Ayrımcılıkla Mücadelede Ulusal Yasalarla İlgili 7 No lu Genel Tavsiye Kararında Irkçılığı:

*“ırk, renk, dil, din, milliyet, milli veya etnik köken gibi bir temelin, bir kişi ya da bir gruba yönelik hor görmeyi meşrulaştırdığı veya bir kişiye ya da gruba üstünlük sağladığı inancı anlamına gelmelidir”*

şeklinde tanımlanmıştır. Bu düzenlemelerde *ırkçılık* tanımlanırken ırk, renk, din, dil, Sosyal Köken ve Etnik Köken gibi özneler kullanılmıştır. *Irkçılık* kavramı ile birlikte bazen *azınlık* kavramı da kullanılmaktadır. Nitekim doktrinde ve uygulamada *dinsel azınlık, dilsel azınlık* gibi kavramlarda ırkçılık konulu eylemlerde kavram olarak kullanılmaktadır.

Azınlık hakları konusundaki ilk belki de en önemli Sözleşme olan Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesinde<sup>142</sup> azınlıkların sadece fiziksel tehdit altında olmadığını, aynı zamanda kimliklerini ve kültürlerini devam ettirebilmelerinin de çok önemli olduğuna işaret etmiş ve bunu garanti altına almıştır. Bu düzenleme ile BM hak kategorileri içerisinde inceleme konusu olan Azınlık Hakları ilk kez ayrı bir hak kategorisi olarak Uluslar arası İnsan Hakları Hukukuna dahil edilmiştir.<sup>143</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin denetim organları; azınlıkların çeşitli örgütlenmeler yoluyla azınlık haklarını savunmaları ya da bu yönde siyasal yaklaşımda

<sup>141</sup> DOĞRU; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, s.1048

<sup>142</sup> “Etnik ve dinsel azınlıklarla dil azınlıklarının bulunduğu devletlerde bu azınlıklardan oluşan kişilerin gruplarındaki öteki üyelerle birlikte topluluk olarak kendi kültürlerinden yararlanmak kendi dinlerini açıklamak ve uygulamak ya da kendi dillerini kullanmak hakları ellerinden alınmaz.” Bkz. YÜRÜKEL; Batı Tarihinde İnsanlık Suçları, s.186

<sup>143</sup> ERDOĞAN, Birsen; *Uluslar arası Hukukta Azınlık Haklarının Korunması: BM ve Avrupa Sistemlerinin İncelenmesi*, Türkiye’ de İnsan Hakları, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayınları, 2000 s.238

bulunmalarını, barışçıl ve demokratik yöntemleri benimsemek şartı ile çoğulcu bir demokratik toplumda ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir

Türkiye azınlık sıfatını sadece yürürlükteki milletler arası anlaşmalarla kendilerine bu nitelik tanınmış olan topluluklar için varsaymaktadır. Türkiye için bu anlaşmalar Lozan Barış Anlaşması ile Türkiye ve Bulgaristan arasındaki Dostluk Anlaşmasıdır. Bu anlaşmalar Türkiye’de azınlık olarak sadece Müslüman olmayan uyruklar olan Rum, Ermeni, Musevi, Nasturi, Asuri ve Bulgar azınlıklarını tanımaktadır. Türkiye’ de bunun dışında azınlık bulunmadığı tezi Anayasa Mahkemesince de benimsenen en güçlü tezdır<sup>144</sup>. Dış ülkelerdeki Türk azınlıklardan, yalnızca Yunanistan’daki Batı Trakya Türkleri ile Bulgaristan’da yaşayan Türkler hakkında azınlık statüsü kabul edilmiştir.

Irka dayalı, ulusal ya da sosyal köken ve ulusal azınlık bağlamında ayrımcılık olguları AİHM önünde en çok tartışılan ayrımcılık olgularındandır. Bu konular aynı zamanda devletlerin en hassas olduğu konulardır. AİHM, bu bakımdan inceleme yaparken çoğu zaman hak ihlalinin saptanmış olsa bile bu olgulara dayalı ayrımcılık söz konusu olduğunda daha katı değerlendirme yapmaktadır. Türkiye bakımından da özellikle güneydoğu bölgesinden yapılan başvurularda diğer hak ihlalleri ile birlikte etnik kökene dayalı ayrımcılık yapıldığı iddia edilmektedir.

AİHM, etnik ayrımcılık nedeni ile vakaları incelerken, ispat yükümünü genelde başvurucuya yüklemektedir. Türkiye hakkında AİHM’ e yapılan Etnik ayrımcılık eksenli müracaatlar da ileri sürülen Kürt kökenli oldukları gerekçesi ile ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiaları bakımından da bu ispat yükümünü başvuru sahibine tahmil etmiştir. Nitekim, Akdavar ve Diğerleri/ Türkiye davasında<sup>145</sup>, başvurucular ileri sürdükleri etnik ayrımcılık olgusunu ispat edemediklerinden başvurucuların Kürt kökenli oldukları gerekçesi ile ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Yine aynı istikamette Mentş ve Diğerleri/ Türkiye<sup>146</sup>, Selçuk Asker/ Türkiye vakalarında<sup>147</sup> da, başvurucuların Kürt kökenli oldukları gerekçesi ile ayrımcılık

<sup>144</sup> AYTAÇ, Mehlika; “İnsan Hakları Yönünden Türkiye’ de Azınlıkların Hukuki Durumu”, Adalet Dergisi, s.45

<sup>145</sup> Akdavar ve Diğerleri/ Türkiye, 16.09.1996 günlü, 21893/93 nolu,

<sup>146</sup> Mentş ve Diğerleri/ Türkiye, 28.11.1997 günlü, 23186/94 nolu

<sup>147</sup> Selçuk ve Asker/ Türkiye, 24.04.1998 günlü, 23184/94 nolu,

yasağının ihlal edildiği iddiası kanıtlanamadığından ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Kürt köken düzleminde serdedilen ayrımcılıkla ilgili iddiaların bir kısmı da, faili meçhul cinayetlerle gündeme gelmiştir. Tanrıkulu/ Turkey davası benzer bir vakadır.<sup>148</sup>

Bu davada, başvuru Selma Tanrıkulu kocasının güvenlik kuvvetlerince öldürüldüğü veya güvenlik kuvvetlerinin göz yumması sonucunda kocası Zeki Tanrıkulu' nun öldürüldüğünü, bu hususla ilgili olarak etkili bir araştırma ve soruşturma yürütülmediğini, eşinin yaşam hakkının ihlal edildiğini, iç hukukta etkili çözüm yolu bulunmadığını, ayrıca kocasının Kürt kökenli olduğu için öldürüldüğünü, bu bağlamda olayla ilgili sözleşmenin 2.,13 ve 14. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

AİHM iddialarla ilgili yapmış olduğu inceleme sonucunda, Zeki Tanrıkulu' nun güvenlik kuvvetlerince öldürüldüğü veya ölümüne göz yumulduğu hususlarında dosya da delil bulunmadığını, ayrıca Kürt kökenli olduğundan öldürüldüğüne dair de delil bulunmadığını açıkladığı kararında, 2. madde ile 13. maddenin ihlal edildiğine, 14. maddenin ise ihlal edilmediğine karar vermiştir..

AİHM, Türkiye hakkındaki bazı kararlarında da, ispat yükünün ötesine geçerek etnik temelli ayrımcılık yapılmadığına hükmetmiştir. Özgür Gündem/ Türkiye<sup>149</sup> davasında vakayı inceleyen Mahkeme, yetkili makamlar tarafından konulan kısıtlamaların başvuru sahiplerinin etnik kökenine dayanan farklı bir muamele oluşturmadığından ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Bir devletin ırka dayalı ayrımcılık nedeni ile ilk kez mahkum edildiği dava olan *Nachova / Bulgaristan* vakasında; AİHM, ispat yükünü tersine çevirmiştir. 14. maddenin iki kere ihlal edildiğinin açıklandığı bu karar AİHM' nin etnik ayrımcılık alanındaki önemli kararlarından<sup>150</sup>:

<sup>148</sup> ERYILMAZ, Bedri; “Türkiye ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Özetleri ve Kararların Türk Hukuku ve Uygulamacılar için Anlamı”, Polis Bilimleri Dergisi Cilt 2, s.221-225

<sup>149</sup> Özgür Gündem/ Türkiye, 16.03.2000 günlü, 23144/93 nolu,

<sup>150</sup> 26.02.2004 Tarihli Kararı, Başvuru No:892/98, bkz. AĞIRBAŞLI; *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, s.65

Bulgaristan’da iki Roman’ın aldıkları ceza nedeni ile çalışmak zorunda oldukları şantiyeden kaçtıktan sonra, saklandıkları Roman Bölgesinde güvenlik güçleri tarafından uygulanan tutuklama eylemi sırasında bir binbaşı tarafından vurularak öldürülmeleri ile ilgilidir. Olayın akabinde Bulgaristan Devletinin yetkili organlarının dinlediği tanığın binbaşının kaçan Romanlara hitaben “*sizi kahrolası Çingeneler*” diye bağırdığı kaydı da dava dosyasındadır. Bu ve dava dosyasındaki benzeri çelişkilere rağmen dava dosyası hukuka aykırılık saptanmadığı gerekçesi ile yetkili makamlar tarafından kapatılmıştır.

Mahkeme, eylemin önceden kestirilebilir nitelikte, şiddete dayanmayan bir eylemin can ve mal için tehlike teşkil etmeyen zanlının tutuklanabilmesi için sadece kaçma ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda öldürücü silahın olayda kullanılmış ve zanlıların ölümüne sebebiyet vermiş olmasının Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrasını ihlal etmiş olduğunu açıklamıştır.

Mahkeme bu vakada, şiddet kullanımı ile ilgili yasal normlara uygun hareket edilmiş olduğu yönündeki yetkili makamların değerlendirilmesini yetersiz bularak eksik soruşturma olgusuna işaret etmiştir.

Mahkeme bu vaka da; davalı devlet tarafından, 14. maddede açıklanan hükmün devletlere yüklediği benzeri şiddet olayları ile ilgili olarak yapılan inceleme ve araştırmalarda ırkçılık içeren bir yaklaşım veya etnik bir önyargının etkili olup olmadığı yönünde bir pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediğini saptamıştır.

Mahkeme sonuç olarak bu vaka da, tutuklama eyleminin uygun koşullarda planlanmadığı ve şiddet uygulamanın orantısız olması ve araştırma ve soruşturmanın eksik ve kusurlu olması nedeni ile Sözleşmenin 14. maddesinin 2. madde ile bağlantılı olarak iki kere ihlal edildiğini açıklamıştır.

Roman veya Çingene diye ifade edilen bu azınlık grubu ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne bir dizi dava gelmiştir. Bu davalardan önemli bir kısmı Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ayrımcı nitelikte ihlal edildiğine ilişkindir.

Bu davalardan ilki olan Buckley/ Birleşik Krallık vakasında<sup>151</sup>; çingene azınlığın üyesi olan Birleşik Krallık vatandaşı Bayan Buckley, kendi arsası üzerindeki karavanda yaşamasının ulusal otoritelerce engellenmesi ile, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı ile ayrımcılığa uğramama hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Bu dava konusu olayda, Bayan Buckley, kendi arsasında ikamet etmek için gerekli olan izni alamamış ve burada yaşamaya devam ettiği için para cezasına çarptırılmıştır. İngiltere’de ilgili mevzuat, çingeneler için belli karavan siteleri oluşturulmasını öngörmektedir. Bayan Buckley ise, çocukları ile birlikte yalnız yaşadığını, bu karavan sitelerinin kendisi için tehlikeli olduğunu, çocuklarının eğitimi için daha elverişli ve güvenli bir alanda arsa satın alarak geleneksel yaşam tarzını devam ettirmeyi istediğini belirtmiştir.

Mahkeme önündeki duruşmada geleneksel yaşam tarzını sürdürme hakkının 8. madde kapsamında incelenebileceği ve bu maddedeki *konut* kavramının, yasal olarak belirlenmiş konut kavramı ile sınırlı olmadığını belirtmekle birlikte, kent planlaması ve izinler konusunda devletlerin ulusal takdir marjları bulunduğu vurgu yapmıştır. Buna göre Mahkeme’nin planlamadan sorunlu ulusal otoritelerin yerini alması mümkün değildir. Bu bağlamda Mahkeme, 14. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

AİHM, Etnik Ayrımcılık kapsamında 14. maddenin kapsamı ile ilgili en geniş değerlendirmeyi Belçika Dil Davasında<sup>152</sup> yapmıştır. Bu davada AİHM, 14. maddenin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.<sup>153</sup>

Belçika vatandaşı olan 800 çocuk adına başvuru anne ve babalar;

Belçika’da flamanca konuşan ancak Fransızca konuşulan bölgede oturan çocukları için Flamanca eğitim alabilecekleri devlet okullarının varlığına karşın flaman mahallesinde oturan ancak Fransızca konuşan çocuklar Fransızca eğitim veren devlet okullarının olmamasının Sözleşmenin 1 nolu protokolünün 2. maddesi ile Sözleşmenin 14. maddesini ihlal ettiği iddiası ile ilgili başvuru da bulunmuşlardır.

<sup>151</sup> Buckley/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 23/1995/529/615, Karar Tarihi:25 Eylül 1996

<sup>152</sup> Karar Tarihi, Başvuru No: 1474/62 Karar Tarihi:23.07.1968, bkz. DOĞRU; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*

<sup>153</sup> AĞIRBAŞLI, *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, s.45

Mahkeme'ye göre Bu güvence Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerle birlikte ileri sürülebilir. 14. maddedeki güvencenin tek başına bir bağımsız olduğu söylenemez. Ancak, bir işlem kendi başına Sözleşme'deki hak ve özgürlüklere uygun olabilir; ancak bu işlem 14. madde ile birlikte değerlendirildiğinde ayrımcı nitelikte olduğu gerekçesiyle Sözleşme'deki bir hakkı ihlal edebilir. Değerlendirme konusu olan bir hakkın niteliği ne olursa olsun, 14. madde hak ve özgürlükleri düzenleyen her bir maddeyi tamamlayıcı niteliktedir.

AİHM' e göre Sözleşme'nin 14. maddesi, hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanamaz. Farklı muamele hiç bir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa ve orantılı değilse sözleşme ihlal edilmiş olur. Makul bir sebebin var olup olmadığı;

- (a) ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki;
- (b) kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasındaki orantılılık;
- (c) söz konusu toplumun yaşamında ki hukuki ve fiili unsurlara bakılarak tespit edilebilir.

Mahkeme makul bir sebebin var olup olmadığını araştırırken, ulusal makamların yetkisini üstlenemez; aksi takdirde Mahkeme, Sözleşmeyle kurulan ikincil bir uluslararası denetim sistemi olma özelliğini kaybeder.

AİHM, meşru bir amacı olmayan sadece dile dayalı olarak yapılan söz konusu ayrımcılığın 14. madde ile bağlantılı olarak 1 Nolu protokolün 2. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Sonuç olarak AİHM, etnik temelli ayrımcılık iddiaları bakımından ulusal politikaları da ilgilendirmesi nedeni ile 14.maddeyi dar yorumlama eğilimindedir. İspat yükümünü başvurucuya tahmil etmesi, diğer hak ihlalini saptadıktan sonra 14.madde bakımından ayrıca inceleme yapmamış olması, çoğu kararında da etnik temelli farklı muamelenin saptanmamış olması olguları bu bağlamda değerlendirilebilir. AİHM' nin izlediği bu eğilim yerindedir. Etnik meseleler devletlerin politik düzlemde en hassas

olduğu konulardır. Şayet AİHM, bu diğer hak ve özgürlüklerdeki esnek yaklaşımını, bu konularda da göstermiş olsa idi, meşruiyeti sorgulanır hale gelebilirdi.

## D.DİĞER STATÜLER BAKIMINDAN AYRIMCILIK

AİHS' in 14. maddesi ile 12 Nolu Protokolün 1. maddesinde söz konusu olan ayrımcılık olgularından “*diğer statüler gibi herhangi bir nedene dayalı ayrımcılık*” ifadesi, insan haklarının dinamizmine koşut olarak Ulusal ve Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda yerini almıştır. Bu ifade ile bu hükümlerde açıkça belirtilmeyen, ailevi durum, çalışma yaşamındaki eşitsizlikler ve cinsel eğilim gibi toplumların kültürel gelişimleri istikametinde ortaya çıkan durumları güvence altına almak amaçlanmıştır. Diğer Statüler Bakımından Ayrımcılık olgusu İnsan Hakları Komitesinin içtihatları ile de gelişim göstermiştir. Komitenin bazı kararlarında cinsiyet kavramının cinsel yönelimi de kapsayacağı açıklanmıştır. Aynı şekilde cinsel yönelim dışında tabiiyet, evlilik dışı doğan çocuk ve engellilik durumları da İnsan Hakları Komitesi tarafından diğer statüler bakımından ayrımcılık kapsamı içerisinde irdelenmiştir.<sup>154</sup> Anayasa'nın 10. maddesinde de “*benzer sebepler*” olgusu saptanarak insan haklarının gelişimine koşut düzenleme ihdas edilmiştir.

Avrupa Birliği tarafından kabul edilen Amsterdam Anlaşması, cinsel yönelimden açık bir şekilde bahseden ve bir hak olarak koruma altına alan ilk uluslar arası anlaşma olmuştur. Aynı şekilde, AİHM' de Salguerio da Silva Mouta ./ Portekiz davasında *farklı cinsel eğilimi* yeni bir ayrımcılık niteliği olarak kabul etmiştir.<sup>155</sup> Mahkeme bu kararında, cinsel yönelimi ve cinsiyet kimlikleri farklı olan ebeveynlerin, salt bu nedenle çocuklarından hukuken veya fiilen uzak tutulmalarının ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine karar vermiştir.

Türkiye'de cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kimliğiyle ilgili tartışmalar devam ederken, kategorik bir hak olarak belirlenmiş yegâne hukuki düzenleme

<sup>154</sup> KARAN; “*Türk Ceza Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği*”, s. 152

<sup>155</sup> AĞIRBAŞLI; *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, s.75-76

22.11.2001 tarihli ve 4721 No lu Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesidir. Bu madde sadece cinsiyet değişikliğiyle ilgilidir.<sup>156</sup> Farklı cinsel eğilimli kişilerin ayırım gözetilmeksizin insan haklarından eşitlik koşulları içinde yararlanması, yasaklanan ayrımcılık nedeni olarak Anayasa'da ve yasalarda açıkça yer almamış olsa da, Uluslar arası Sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükler ve AB sürecinin katkısı ile iç hukuk uygulayıcısı kurumlarda bazen dikkate alınmaktadır. Nitekim Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 2008 yılında vermiş olduğu karar<sup>157</sup> iyi bir örnektir:

Dava konusu olayda 2006 yılında kurulan Lambda İstanbul Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Travesti, Transseksüel Kadın VE Erkekler arası Dayanışma Derneği (lambdaistanbul Lgbtt dayanışma derneği) Kurulmasından iki yıl sonra 29 Mayıs 2008 tarihinde, yerel mahkemece derneğin feshine karar verilmiştir. Lambdaİstanbul derneğinin hukuka ve ahlaka aykırı amaçla kurulmuş olduğu savı ile ilgili olarak açılan davada Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi Derneğin Kapatılmasına karar vermiştir. Yargıtay Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin 20. , Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Sözleşme'nin 22. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11.ve 14. maddelerine değindiği kararında, derneğin adının ve amaçlarının kanuna ve ahlaka aykırı olduğu savına karşı *“cinsel kimlik veya yönelim kişilerin kendi istemleri ile seçtikleri bir olgu olmayıp, doğuştan veya yetiştiriliş tarzından kaynaklanan ve kişilerin istemeyerek karşı karşıya kaldığı bir olgudur. Bütün dünya ülkelerinde olduğu gibi ülkemizde de lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel sözcükleri ile tanımlanan farklı cinsel yönelime sahip kişilerin varlığı herkesçe bilinen bir gerçektir. Bu gibi kişileri tanımlamakta kullanılan sözcükler literatüre de girmiş olup, bilimsel yayınlarda, medyada ve günlük dilde sık sık kullanılmaktadır. Kişilerin kendi istemi dışında gerçekleşen böyle bir cinsel yönelime sahip olması ya da bu gibi kişileri tanımlayan sözcüklerin kullanılması ahlaksızlık olarak nitelendirilemeyeceği gibi, kanunlarımızda da yasaklanmamıştır. Hal böyle olunca derneğin adında ve tüzüğünde lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüel*

<sup>156</sup> Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”

<sup>157</sup> Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Kararı, 2008/4109 E, 2008/5196 K.



*sözcüklerinin kullanılmış olmasının hukuka ve ahlaka aykırılığından söz edilemez.”* Şeklinde Değerlendirmede bulunarak derneğin feshine ilişkin kararın bozulmasına karar vermiştir.

20. yüzyılda sanayileşme hareketlerinin ivme kazanması ve buna paralel olarak işçilerin toplumun büyük bir kesimini oluşturması birtakım sorunları beraberinde getirmiş ve çözüm bulma çabaları; bir takım ilkelerin belirlenmesi, ulusal ve uluslararası düzenlemelerin gerçekleştirilmesi neticesini doğurmuştur. İş veya çalışma yaşamındaki eşitsizlikler, genelde cinsiyetten, yaştan, bedensel ya da zihinsel engellilikten<sup>158</sup> ve sendikali –sendikasız olmaktan kaynaklanmaktadır. Schmidt ve Dahlström /İsveç Kararın’da<sup>159</sup> AIHM, başvuru konusu olayı ölçülülük bakımından inceleyerek yapılan farklı muamelenin ayrımcı nitelikte olmadığına hükmetmiştir:

İsveç kamu çalışanlarını temsil eden iki büyük federasyona bağlı sendika üyesi olan başvurucular, üyesi buldukları sendika federasyonlarının; toplu sözleşme döneminin bitmesinden sonra ve yeni toplu sözleşmenin müzakereleri sırasında tercihli bir grev ilan ettiğini, ancak bunun kendilerinin sektörlerini etkilememiş olması nedeniyle, kendilerinin grev yapmadıklarını, bu arada diğer iki federasyonla imzalanan toplu sözleşmede geriye yürürlü bazı menfaatler sağlandığını ancak greve katılmış olup olmadıklarını bakılmaksızın, iki muhalif federasyonu bağlı sendikanın tüm üyelerini geriye yürürlü menfaatlerden yoksun bırakan bir hüküm konulduğunu, bu hükmün, sendika üyesi olmayan kişilere ve greve yanaşmayan federasyonlara uygulanmadığını, bu nedenlerle Toplu Sözleşme müdürlüğüne başvurduklarını ve bağlı oldukları federasyon tarafından ise ülke mevzuatları gereği iş mahkemesine dava açıldığını, ancak mahkemenin tüm talepleri reddettiğini, bu nedenlerden dolayı da hükümetin uyguladığı geriye yürürlü menfaatlerle ilgili politikanın özellikle, sendikasız işçilerle karşılaştırıldığında ayrımcı muamele olduğunu, bu şekilde Sözleşmenin 11. maddesi ve 11. maddeyle bağlantılı olarak 14.maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

<sup>158</sup> Engellilik, kişinin temel yaşamsal aktivitelerini kısıtlayan fiziksel ya da zihinsel eksikliktir. engelli hakları gündeme geldiğinde Pozitif ayrımcılık kavramı da beraberinde gelmektedir. ILO’ nun 1958 tarihli 111 Sayılı Ayrımcılık Sözleşmesi’ne göre engelli kişi;

*“Engelli Kişi; Uzun bir süre boyunca ya da tekrar şekilde fiziksel, zihinsel, psikiyatrik ya da duygusal rahatsızlığı olan ve bu rahatsızlık nedeniyle diğer çalışanlardan daha dezavantajlı bir konumda kabul edilen kişidir”.*

<sup>159</sup> Başvuru no:5589/72, 06.02.1976 tarih, bkz. DOĞRU; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, s.131-133

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' ne göre, sözleşmenin 11. maddesi sendika özgürlüğünü örgütlenme özgürlüğünün bir şekli olarak vazettiği halde, bu madde, yapılan bir toplu sözleşmeden doğan menfaatlerde geriye yürürlü olarak yararlanma hakkının devlet tarafından işçilerine tanınmasını güvence altına almamıştır. Geriye yürürlü menfaatlerden yararlanma hakkı Sözleşmenin bu maddesinde öngörülmediği gibi, Avrupa Sosyal Şartı' n da da bulunmamaktadır. Bu tür bir hakkın yokluğu, sendikal özgürlüğü etkisiz kılmaz. Sözleşmede güvence altına alınan bir hakka ilişkin bulunmamaktadır ve başvuruocular örgütlenme özgürlüğünü kullanmaya devam etmektedirler. Ayrıca Sözleşme, sendika üyelerinin mesleki faaliyetlerinin sendikal faaliyetler yoluyla korunmasını güvence altına aldığı halde bunu gerçekleştirecek araçların seçiminde devlete takdir yetkisi bırakmıştır. Grev hakkı bir araçlardan en önemlilerindedir ancak sadece bir tanesidir.11.maddede yer almayan grev hakkının bazı alanlarda kullanılması, ulusal hukuk tarafından kısıtlanabilir. Bu durumda ulusal hukuk tarafından sendikal mücadeleden yoksun bırakıldığına dair delil de yoktur. Bu nedenle Mahkeme, tek başına 11. maddesi kapsamındaki sendika özgürlüğü bakımından örgütlenme özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

11. maddenin ihlal edilmediğine kanaat getiren Mahkeme, mevcut koşullarda, geriye yürürlü menfaat verilmesi, sendika üyelerinin sendikal faaliyet yoluyla mesleki çıkarlarının korunması hakkı ile bağlantılı bulmuştur. Bu bağlamda sözleşmenin 14.maddesini konuyla ilgili bularak değerlendirme yapmıştır.

Mahkeme 14. madde kapsamında vaka incelemesi yaparken öncelikle farklı muameleyi tespit etmiştir. Başvuruocularla greve katılmayan meslektaşları arasında yaratılan bu farklı muamelenin, Hükümetin “grev, geriye yürürlü menfaatlerden yararlanmayı engeller” şeklindeki tasarrufun uygulanmasının meşru olduğunu açıklamıştır. Devletin, başvuruocuların üye oldukları sendikanın üyelerini, üyelikten çekilmeye teşvik etme gibi kötü niyetli veya başka şekilde bir yaklaşıma sahip olduğuna dair bir delil bulunmadığını açıklayan Mahkeme; olayda, kullanan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında orantılı olarak makul bir ilişki kurulması şartına aykırılık olmadığını saptamıştır. Bu bağlamda, başvuruoculara yapılan farklı muamelenin, ayrımcılık nitelikte olmadığı, bu nedenle, 14.madde ile birlikte ele

alındığında 11.maddeye aykırılık oluşturmadığı tespiti ile Mahkeme Sözleşmenin 11.maddesi ile birlikte ele alınan 14.maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde düzenleme konusu olan Aile Yaşamına saygı hakkı da ayrımcılık iddiası ile birlikte AİHM' de dava konusu olan önemli bir haktır. AİHM, Aile kavramını sadece evlilikle kurulan ilişkiye indirgememektedir, evlilik dışı kurulan ilişki de aile şemsiyesi altında 8. madde korumasından faydalanmaktadır. Marckx /Belçika vakasında evlilik dışı kurulan anne-çocuk ilişkisini Mahkeme 8. madde kapsamında değerlendirmiştir:

Bu karar <sup>160</sup>ailevi durumla ilgili AİHM' nin önemli bir kararıdır. Evlilik dışı kurulan anne çocuk ilişkisini de Mahkeme bu kararında 8. madde kapsamında değerlendirmiştir. Başvurucu ( evli olmayan anne) Paulu Marckx, nesebi gayri sahih çocuğu Alexandra Marckx' ı doğurduktan sonra nüfus kaydını yaptırmak üzere yetkili idareye müracaat etmiştir. Yetkili idare, Medeni Kanun hükümleri uyarınca nesebi gayri sahih çocuğun doğumunu yargıca ihbar etmiştir. Yargıç, çocuğun velayeti konusunda karar vermek için anneyi çağırılmış ve anneye çocuğu tanınması için var olan hukuki yolları ve böyle bir tanımının hukuki sonuçlarını ve mirasçılık hükümlerini anlatmıştır. Anne, birkaç gün sonra Medeni Kanun hükümlerine göre çocuğunu tanımış ve yasa gereği çocuğun vasisi haline gelmiştir. Çocuğun kanuni menfaatini korumakla görevli aile meclisi, yargıcın başkanlığında oluşturulmuştur. Bir yıl kadar sonra başvuru anne Medeni Kanun hükümlerine göre çocuğunu evlat edinmek üzere başvurmuştur. Ancak masraf ve zaman harcamıştır. Başvurucu, nesebi gayri-sahih çocuğun anne ile ilişki kurma yöntemini ve bu ilişkinin çocuğun annesinin ailesi ile ilişkilerinin boyutları ile miras haklarının intikali üzerindeki sonuçlarıyla ilgili Medeni Kanun hükümlerinden aile yaşamına saygı, evlenme ve aile kurma, mülkiyet hakkı ve onur kırıcı muamele haklarının ihlal edildiğinden bahisle şikayetçi olmuşlardır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Sözleşmenin 8. maddesine ve 14. maddeleriyle birlikte anılan 1.protokolün 1.maddesine yönelik ihlaller bulunduğu ile ilgili Kabul edilebilirlik kararı vermiştir. Mahkeme bu vakada evlilik dışı aileye de, 8. maddenin uygulanabilir olduğunu açıklamıştır. Mahkemeye göre, bir farklı muamele,

<sup>160</sup> Başvuru no:6833/73, ,13.06.1979 günlü bkz. DOĞRU; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, s.305-314

farklılaştırmanın objektif ve haklı bir sebebi bulunmaması halinde, örneğin meşru bir amaca sahip olmaması veya meşru amaçla kullanılan araç arasında bir orantı bulunmaması durumunda ayrımcı bir muamele sayılır.

Mahkeme, evli olmayan anne ile çocuğu arasındaki aile yaşamını düzenleyen Devletin, “doğuma” dayanan bir ayrımcılıktan kaçınması gerektiği kanaati ile, olayda 8. maddenin 1. fıkrasıyla bağlantılı olarak 14.maddenin uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır.

Mahkeme; Hükümet savunmasında açıklanan, evli olmayan annelerin çocuklarına bakmak istememeleri ve geleneksel aile yaşamının teşvik edilmesi gerektiği için objektif ve makul temele dayandığı yönündeki tezi kabul etmeyerek, bu durumun annelik bağına tanıma beyanına veya mahkeme kararına tabi tutan bir hükmü haklı göstermeyeceğini, evli bir annenin de çocuğuna bakmak istemeyebileceğini, nesebi belirsiz çocukların menfaatlerinin nesebi belli olanlara göre daha az olamayacağını ve nesebi belirsiz çocuğun, Belçika hukuku nazarında annesiz bir çocuk olarak kalmakta olduğunu, ve geleneksel ailenin teşvikinin evlilik dışı ailenin zararına olarak alınamayacağını belirterek, söz konusu farklı muamelenin objektif ve makul sebepten yoksun olduğunu belirterek, bu nedenlerle olayda anne ve çocuk açısından aile yaşamına saygı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme Alexandra’ nın başvurusu ile ilgili olarak ta, Mahkeme nesebi belirli çocuk ile nesebi belirsiz çocuk arasında farklı muameleleri haklı kılacak herhangi bir objektif ve makul sebep görmemiştir. Mahkeme, hem annenin ve hem de çocuğun aile yaşamına saygı hakkı bakımından Sözleşmenin 8.maddesi ile bağlantılı olarak 14.maddesindeki ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yirminci yüzyılda insan hakları alanında en önemli gelişme bireyin ulusal hukuk öznesi olması yanında, insan hakları alanında uluslararası hukukun da öznesi durumuna gelmeye başlamasıdır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında dünyada insanın insan olarak değerini kabul etmeyen ve insanlar arasında eşitliği reddeden görüşlerin yeniden ortaya çıkmaması için insan haklarına saygılı bir düzenin yerleştirilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu gerekliliğin uluslararası toplumlarda hissedilmesi sonucunda 1945 yılında Birleşmiş Milletler Örgütü kurulmuştur. 10 Aralık 1948’de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından İnsan Hakları Evrensel Bildirisi kabul edilerek insan hakları evrensel düzleme aktarılmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi insan haklarını katalog halinde yayınlaması ve insanlık alemine atfetmesi nedeni ile insan hakları alanında en önemli gelişmedir. Ancak belirtmek gerekir ki, insan hakları konusunda çok önemli bir

yere sahip olmasına rağmen, bu Bildiride yazılı hak ve özgürlükleri gerçekleştirecek ve güvence altına alacak bir sistem inşa edilmemiştir.

Birinci ve İkinci Dünya savaşlarının acı kaderini yaşamış Avrupa Toplumlari İnsan Hakları Evrensel bildirisinden esinlenerek Avrupa Konseyini kurmuş ve bu konsey tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bölgesel nitelikte de olsa İnsan Hakları alanında anlamlı ve önemli güvence sistemi inşa etmiştir. İnsan Hakları listesi İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine nispeten dar da olsa Uluslararası Hukukta ve Ulusal Anayasalarda etkili olmuştur.

Temel hak ve özgürlüklerin süjesi olan bireyler tarafından tam ve etkin kullanılması için en önemli enstrüman *eşitlik*'tir. Eşitlik ilkesinin tanınmadığı veya güvence altına alınmadığı bir ortamda hak ve özgürlüklerin işlerlik kazanması mümkün değildir. Tek tek insan haklarını güvence altına almaktansa eşitliği toplum düzeninde geçerli kılmak çok daha etkin bir tedbirdir.<sup>161</sup> Hak ve özgürlükleri işlevsel kılmak amacı ile hukuk önünde eşitliğin gerçekleştirilmesi için ayrımcılık yapmama ilkesi, uluslararası insan hakları belgelerinde, bölgesel sözleşme ve metinlerde ve ulusal yasalarda yerini almıştır. Eşitlik ile ayrımcılık yasağı arasında nedensellik bağı bulunmaktadır. Bu bakımdan ayrımcılık, eşitliğin ihlali olarak değerlendirilebilir. Ayrımcılık yasağı işlerlik kazanmadan yasal eşitliğin sağlanması mümkün değildir.

Ayrımcılık yasağını düzenleme konusu yapan ulusal ve uluslararası belgeler, kişilerin dilleri, dinleri, cinsiyetleri, ırk ya da etnik kökenleri, sosyal menşeleri ya da kişileri toplumun geri kalanından ayıran farklı özellikleri nedeniyle toplumun diğer üyelerinden haksız ve keyfi gerekçelerle farklı muamele görmelerini engellemeyi amaçlar. Bu bağlamda insan haklarını tanıyan ve kabul eden devletlerin pozitif tedbirler almaları da gerekmektedir. Özellikle, kişilerin kendilerine tanınan haklardan yararlanmalarını sağlayacak yasal düzenlemeleri yapmak ve gerekli koşulları yaratmak ve bireyler arasında gerçek eşitliği sağlamak da devletlerin yükümlüdür. Ayrıca toplumlarda var olan fiili eşitsizlikleri gidermek amacı ile *olumlu ayrımcılık* olarak ta ifade edilen *pozitif ayrımcılık*, eşitlik ilkesine aykırı olarak anlaşılmamalıdır. Nitekim

<sup>161</sup> ÇEÇEN, Anıl; “İnsan Haklarının Düşünsel Boyutları”, İnsan Hakları Yıllığı, Todaie Yayınları, Yıl 3-4, 1981-1982, s. 32

dezavantajlı grupların konumlarını dengelemek amacı ile pozitif ayrımcılık ilkesi uluslararası ve ulusal hukuk sistemlerince benimsenmiştir. Dezavantajlı gruplara; kadınlar, çocuklar ve engelliler örnek olarak gösterilebilir.

Ayrımcılık, kendisi başlı başına bir hak ihlali olduğu gibi, daha başka pek çok ihlalin ortaya çıkması için de elverişli bir zemin oluşturmaktadır. AİHS'nin 14. maddesi tarafından düzenleme konusu olan Ayrımcılık Yasağı sadece Sözleşme ve ek protokollerde sayılan hak ve özgürlüklerle ilgili koruma sağlamaktadır. Bu durumda eşitliğin sağlanması bakımından 14. madde etkin ve yeterli denetimi sağlamamaktadır. Avrupa Topluları Sınırlı Ayrımcılık yasağının yeterince koruma sağlayamadığı kabulü temelinde bir araya gelerek çalışmalara başlamışlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 12 Nolu Protokol'ü kabul ederek ayrımcılığın önlenmesine önemli ölçüde katkıda bulunmuşlardır. 2005 yılında yürürlüğe giren 12 No lu Protokol yasalarca tanınan tüm hak ve özgürlüklerin kullanımı bakımından genel eşitlik ilkesini ihdas etmiştir. Ayrıca eşitliği sağlanması bakımından devletlere pozitif yükümlülükler yüklemiştir. Genel ayrımcılık yasağının hak ve özgürlükler temelinde yeterince koruma sağlayıp sağlamayacağı hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları ile açıklığa kavuşacaktır. Bu konuda ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bosna Hersek ile ilgili vermiş olduğu tek bir karar vardır.<sup>162</sup> Bu karar da Konsey üyesi olan Bosna Hersek Devletinin Anayasasının ilgili hükmünün ayrımcı nitelik taşıdığına hükmedilmiştir. Bosna Hersek vatandaşı olan bir Yahudi diğeri Roman kimlikli sejdic ve Finci isimli iki Bosna Hersek vatandaşının Milletvekilliği ve Başkanlık Seçimleri için anayasal gereklilik olan Bosna Hersek'in kurucu üçlü halk grubundan olmadıklarından adaylıklarının kabul edilmeyişlerinin ayrımcı nitelikte olduğundan bahisle yapmış oldukları müracaatı değerlendiren AİHM, bu kararla ilgili Anayasal Hükmün AİHS'ne aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bosna Hersek, Avrupa Konseyi üyesi olduğundan AİHM kararını yerine getirerek bu Anayasal hükmü değiştirmek zorundadır. Aksi takdirde üyeliği askıya alınabilir ya da yetkili organlar eliyle politik baskılara maruz kalabilir. Bu kararda Mahkeme ırk temelli ayrımcılıkla ilgili geniş bir değerlendirme yapmıştır. AİHM bu kararında 14. madde kapsamında içtihatlarla şekillenen ayrımcılık kavramının yorumunun 12 Nolu Protokolün 1. maddesi kapsamında da değerlendirilebileceğine işaret etmiştir.

<sup>162</sup> AİHM Kararı, Sejdic ve Finci/ Bosna – Hersek; 27996/06 nolu

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' nin içtihatlarında, her farklı muamele eşitlik ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmemiştir. Eğer objektif ve haklı sebebi yoksa veya meşru bir amaca hizmet etmiyorsa ya da kullanılan araçla izlenen amaç arasında makul bir orantılılık söz konusu değilse farklı muamele ayrımcı niteliktedir. 12 Nolu Protokolün 1. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağına ilişkin olarak açıklayıcı raporda, ayrımcılığın 14. madde anlamında anlaşılması gerektiği saptanmıştır. Bu bakımdan 14. madde ile ilgili içtihatların 12. Nolu protokol ile ilgili vaka incelemelerinde de dikkate alınacağı açıktır. 12 Nolu protokolün 14. madde ile karşılaştırıldığında en önemli farkı, ayrımcılığın bağımsız olarak ileri sürülebilmesidir. 14. madde kapsamında ayrımcılık iddiası, başka bir hakkın ihlali iddiası ile birlikte ileri sürülebilmektedir. 12 No lu protokolde ise ayrımcılık iddiası bağımsız nitelikte dikkate alınacaktır. Gerçi 14. madde bakımından inceleme için, ileri sürülen sair hakkın ihlal edilmiş olması gerekmemektedir.

Avrupa Toplumunun bir parçası ve Konsey Üyesi olan Türkiye “İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmesini 4 Kasım 1950’de imzalamış 18 Mayıs 1954’te de onaylanmıştır. Bu Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Türkiye 1987 yılında Sözleşmenin bireysel başvuru hakkını ve 1989 yılında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisini tanımıştır. Böylece de Sözleşme Türkiye bakımından tamamen işlerlik kazanmıştır. Ancak genel ayrımcılık yasağı kavramını getiren 12 nolu protokol, Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır.

Kopenhag kriterleri ile üyelik koşullarını yaratan ve İnsan Haklarını temel referans noktası olarak kabul eden Avrupa Birliği ile nikah kıyan ve aday Ülke konumunda bulunan Türkiye'nin 12 No lu protokolü iç hukukuna dahil etmemesi manidardır. Avrupa Birliğine girebilmenin en önemli koşulu olarak insan haklarının kabul edilip güvence altına alınması hususunun gerektiğini kabul ederek Türkiye'nin Genel Eşitlik ilkesini etkin bir güvence olarak İnsan haklarına kazandıran 12 Nolu protokolü onaylaması ve Mevzuatını bu yönden gözden geçirmesi gerekmektedir. Gerçi Avrupa Birliği ile bütünleşme sürecinde 2005 yılında Türk Ceza Kanununda eskisine nazaran daha ileri düzenlemeler yapılmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, ayrımcılık



yapmayı bir suç olarak vâzetmiş ve ayrıca aile içi şiddet ve namus cinayetleri konusunda da önemli adımlar atmıştır.

Ancak Türkiye’ de bölgelerarası eşitlik, kadın- erkek eşitliği, din özgürlüğü sahasında eşitsizlik sorunları tam olarak çözüme kavuşturulamamıştır. Engellilerin eşitlik talepleri daha güçlü bir sesle dillendirilmektedir. Gerçi Türkiye’de politik çalkantılar ve tartışmalar arasında yukarıda sayılan gerçeklikler yeterince tartışılmamaktadır. Bu konular ancak Avrupa Birliğinin Raporları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları ile gündeme girmektedir.

## **KAYNAKÇA**

### **MAKALELER:**

1-ACAR, F.; “Kadınların insan Hakları Hukuku”, Tebliğ, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, Haz. DİNÇKOL,B.V; İstanbul Ticaret Üniversitesi Y., İstanbul, 2003

2- ALİEFENDİOĞLU, Y.; “Eşitlik İlkesi”, Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, İÜHF, İstanbul-1991, s. 81

3-ALTIPARMAK, Kerem; KARAHANOĞULLARI, Onur; “Leyla Şahin/Türkiye”  
Hukuk ve Adalet Dergisi, yıl 1, sayı 3, Temmuz-Eylül 2004, s.249-276

4- “Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik”; Tebliğ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari  
Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003- Ankara, s.225

5-AYTAÇ, Mehlika; “İnsan Hakları Yönünden Türkiye’de Azınlıkların Hukuki  
Durumu”, Adalet Dergisi, Ekim1999

6-BAYRAKTAR, Köksal; “AİHM Kararlarının Yarattığı Fırtına”, Güncel Hukuk  
Dergisi, Aralık-2005

7-BİLGE, Suat; “İnsan Hakları ve Türkiye”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl. 46, Mart  
1989

8-BÖK, Selçuk; “AİHS ile Koruma Altına Alınan Başlıca İnsan Hakları”, İnsan  
Hakları ve Yargı, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları,1998

9-ÇAĞRI, Murat; “Etnik Ayrımcılık Terörizm ve Kimlik”, Türkiye ve Siyaset Dergisi,  
Temmuz-Ağustos 2001

10-ÇEÇEN, Anıl; “İnsan Haklarının Düşünsel Boyutları”, İnsan Hakları Yıllığı  
TODAİE Yayınları, Yıl 3-4, 1981-1982

11-ÇOBAN, Ali Rıza; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı ve  
Mülkiyet Hakkı açısından İncelenmesi”, Bülent Tanör Armağanı, Yay. Haz. TANÖR,  
Öğet Ökten; Hukuk Kitapları Serisi, Legal Yayıncılık, 2004,

12-ÇOBAN, Ali Rıza; “ Strasburg’ta Herküllere İhtiyacımız var mı? Ulusal Takdir  
Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” AÜHFD,  
2008

13-DUMAN, İlker Hasan; “Azınlık Hakları ve Lozan Anlaşması”, TBB Dergisi, Sy.57, 2005

14- ERYILMAZ, Bedri; “Türkiye ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Özetleri ve Kararların Türk Hukuku ve Uygulamacılar İçin Anlamı”, Polis Bilimleri Dergisi Cilt 2, s.221-225

15- GÜLMEZ, Mesut; “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/2, s.233

16- İNCEOĞLU, Sibel; “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı” , Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, s.45

17-KARAN, Ulaş; “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve TCK’nın 122.Maddesinin Uygulanabilirliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 73, Ankara, 2007

18-KUCURADI, İoanna,; “ İnsan Hakları Kavramı ve Gerektirdikleri”, İnsan Hakları Konusunda Eğitimcilerin Eğitimi Semineri Tebliği, İzmir, 3 Kasım 2003

19-SANIOĞLU, Hilal; “Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sy.74, 2008

20-SELÇUK, Sami; “ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması” Türkiye Günlüğü Dergisi , Ocak-Şubat 1999, Sayı: 54

21-ŞENEL, Alaaddin; “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişimi”, Yavuz Abadan’a Armağan, AÜSBF Yay. , Ankara, 1969, s.257

22-TÜRKKAYA, Ataöv; “Genel Olarak Uluslar arası Hukuk ve İnsan Hakları”, Türklerde İnsani Değerler ve İnsan Hakları, 3. Kitap, Türk Kültürüne Hizmet Vakfı Yayınları, İstanbul, Ocak 1993, s.9-24

23- “Uluslar arası ve Ulusal Hukukta Azınlık Hakları”, Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul-2005

## **KİTAPLAR:**

24-AĞIRBAŞLI, Şennur; *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitli İlkesine*, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2009

25-AKILLIOĞLU, Tekin : *İnsan Hakları I: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17

26- BAŞLAR, Kemal; *Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Avrupa Konseyi tarafından basılmıştır.

27-BİLGE, Suat; *İnsan Hakları El Kitabı*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Yayınları, Ankara, 1991

28- ÇAVUŞOĞLU, Naz; *Azınlık Hakları, Ulusal Azınlıkların Korunmasına ilişkin Çerçeve Sözleşme*, Bilim Yayınları, İstanbul-1999

29-DOĞRU, Osman; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, İstanbul, Beta Yayınları, Ekim 2002

30-DOĞRU Osman, NALBANT Atilla; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri* İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Mayıs, 2001, s. 55-80

31- DURERTRE, Gilles; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Kasım-2007, Ankara, Avrupa Konseyi tarafından yayınlanmıştır.

32- EMİROĞLU, Kudret; AYDIN, Suavi; *Antropoloji Sözlüğü*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara-2003,

33- *Engelli Kişilerin İnsan Hakları, Ayrımcılıkla Mücadele*; İnsan Hakları Derneği yayını, 2004, Ankara

- 34- ERDOĞAN, Birsen; *Uluslar arası Hukukta Azınlık Haklarının Korunması: BM ve Avrupa Sistemlerinin İncelenmesi*, Türkiye’ de İnsan Hakları TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayınları, 2000
- 35- FRANÇOİS, jean- KOMBE, Akandji; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına Yönelik Klavuz Kitap*, İnsan Hakları El Kitapları, No:7
- 36- GEMALMAZ, Mehmet S; *Ulusal üstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 3. baskı, Beta Yay., İstanbul, Nisan-2001
- 37- GÖZLÜGÖL, Sait V.; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi*, Yetkin Yay., Ankara, Eylül-2002
- 38- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref ve GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara-2002
- 39- KABOĞLU, İbrahim Ö.; *Özgürlükler Hukuku*, İmge Yay., Ankara-2002
- 40- KALABALIK, Halil; *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2009,
- 41- KAPANİ, Münci; *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Yenilenmiş 2. basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, Nisan-1991
- 42- KAPANİ, Münci; *Kamu Hürriyetleri*, Yenilenmiş 6. baskı, AÜHF Yayınları, No:453, Ankara-1981
- 43- KARLUK, Rıdvan; TONUS, Özgür; *Avrupa Birliği Kapısında Türkiye*, Turhan Kitapevi, Ankara-2002
- 44- KÖKTAŞ Arif, BOZKURT Enver ve ÖZCAN Mehmet; *Avrupa Birliği Hukuku*,

Nobel yayınevi, Ankara

45- MERAN, Necati; *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara-2005

46-MURDOCH, Jim; *Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü*, İnsan Hakları El kitapları, sayı 9,

47-ORAN, Baskın; *Küreselleşme ve Azınlıklar*, İmaj Yayınevi, 4.Bası, Ankara, 2001

48-ÖDEN, Merih; *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara-2003

49- ŞEN, Ersan; *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2006

50-TANÖR, Bülent; *Türkiyenin İnsan Hakları Sorunu*,1990-İstanbul

51- TANÖR, Bülent; *Osmanlı-Türk Anayasa Gelişmeleri*, Der Yay., 2.b., İstanbul -1995

52-TEKİNALP, Ünal ve TEKİNALP Gülören; *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997

53-TEZCAN Durmuş; ERDEM M. Ruhan; SANCAKTAR Oğuz, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004

54-TEZCAN, Durmuş; ERDEM Mustafa Ruhan; SANCAKDAR, Oğuz; ÖNOK Rıfat Murat; *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2006

55-TÜRKKAYA, Ataöv; *Çatışmaların Kaynağı Olarak Ayrımcılık*, AÜ İnsan Hakları Merkezi Yayını, Ankara-1996

56-YÜRÜKEL, Sefa M.; *Batı Tarihinde İnsanlık Suçları*, Marmara Grubu Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Vakfı Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul

## DİĞERLERİ

57- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sy. 18

58- Danıştay Dergisi, Yıl. 22, Sy. 84-85, Ankara-1992

59- Danıştay 12. Daire Kararı; 22.02.2006 tarih,2006/539 K.

60-Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Kararı, 2008/4109 E, 2008/5196 K.

61-KÖSEOĞLU, Nevzat; “*Milli Kimlik; Etnik Grup ve Mozaik Kültür*”,*www.turkiye ve siyaset.com/say:3/0307/htm.27.2.2003.*

62-KURT, Aytaç; “Avrupa Hukukunda İyi Yönetim Hakkı Çerçevesinde Ölçülülük İlkesi” <http://www.danistay.gov.tr>

63- <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/leylasahin.doc>

64- “AİHM Müzakereyi Etkiler” Rıza Türmen’le Söyleşi, Milliyet Gazetesi, 16.10.2005

65- <http://www.turkcebilgi.com/din/ansiklopedi>

66- <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

67- <http://tdkterim.gov.tr>

68-“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Azınlıklar”,  
<http://www.sbu.yildiz.edu.tr/eceyayinlar/ece2.doc>

69- [www.ihd.org.tr/basin/bas20061104](http://www.ihd.org.tr/basin/bas20061104)

70-“T.C. Anayasasında Kadın Erkek Eşitliği”

<http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=5&ID=231>

71-“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye’ de Aile İçi Şiddetle ilgili Kararı”,  
Çev.Feride Eroğlu, [http// www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t:40772](http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t:40772)

72-KARAN, Ulaş; “Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları”, s.14, Eylül-2009,  
[www.ihop.org.tr/dosya/ab-kurumlar.pdf](http://www.ihop.org.tr/dosya/ab-kurumlar.pdf)

73- USAL, Zeynep O; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 9. Madde: Düşünce, Vicdan  
ve Din Özgürlüğü”, bkz. [http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?  
inpopup=true&id=1132](http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1132)

74- USAL, Zeynep O.; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Eğitim  
Hakkıyla Bağlantılı Olarak Ayrımcılık Yasağı”, 16-20 Mayıs 2007, Ankara,  
bkz. <http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id:1144>

## **KİŞİSEL KABUL / AÇIKLAMA**

Yüksek Lisans Tezi olarak hazırladığım “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı ve 12 Nolu Protokolün Getirdikleri” adlı çalışmamı ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin kaynakçada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.01.07.2010

Hakan ÖZYILMAZ



## ÖZGEÇMİŞ

21.10.1975 tarihinde Samsun ili Havza İlçesinde doğdum. İlköğrenimimi Kubilay İlköğretim Okulunda 1982 yılında, Orta Öğrenimimi Samsun 100. Yıl Lisesinde tamamladı. 1999 yılında Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Lisansını tamamladıktan sonra 2000 yılında Konya Adliyesi ve Barosunda avukatlık stajını yaptı. Kısa süreli olarak Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünde Denetmen Yardımcısı, Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğünde Denetçi Yardımcısı olarak çalıştıktan sonra 2003 yılında Ankara Adliyesinde Hakim Adayı olarak staja başladı. 2005 yılında meslek kurası ile Şırnak ili Uludere İlçesine Cumhuriyet Savcısı olarak atandı. 2007 yılında da Çorum ili İskilip İlçesine tayin edildi. Halen Çorum ili İskilip İlçesinde Cumhuriyet savcısı olarak görev yapmaktadır.

