

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ve
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında
Ayrımcılık Yasağı

Yekbun Geylani Arslan
2501030573

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Osman Korkut Kanadoğlu

İSTANBUL
2006

ÖZ

Bu çalışmanın amacı, “ayrımcılık yasağı” ilkesini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bağlamında ilkenin sınırları, kapsamı ve uygulamada yaşanan sorunlar bakımından incelemektir. Çalışmada öncelikle insan hakları kavramından başlayarak, insan hakları kavramının temel unsuru olan eşitlik ilkesine, bu ilkenin uluslararası boyuttaki görünümü bakımından İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne değinilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında ise, ayrımcılık yasağı ile dolaylı olarak ilgili maddeler ve yürürlüğe yeni giren “genel ayrımcılık yasağı” başlığıyla Sözleşme’ye Ek 12 No’lu Protokol incelendikten sonra Sözleşme’deki maddelere bağımlı şekilde uygulanma yeteneği bulunan 14. maddeyle giriş yapılmıştır. Sözleşme’nin 14. maddesi ile ilgili araştırma, maddenin tanımından ve içinde yer alan kavramların tek tek incelenmesinden ve ilgili Mahkeme içtihatlarının yorumlanmasından yola çıkılarak yürütülmüştür. Madde bağlamında öncelikle koruma alanı başlığı altında sayılan ve Mahkeme içtihatlarında yoğunlukla yer alan ayırım nedenleri incelenmiştir. Ayrımcılığın giderilmesi için farklı gruplara farklı uygulamaları içeren pozitif ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılığa değinildikten sonra, maddenin tamamlayıcı özelliğinin irdelenmesi ve Sözleşme açısından yasaklanmış olan ayırımın niteliklerine değinilmiştir. Madde bağlamında Türkiye ile ilgili kararların genel olarak değerlendirilmesi ile de çalışma sonlandırılmıştır.

ABSTRACT

The objective of this study is to research the principle “prohibition of discrimination” under the context of European Convention of Human Rights and European Court of Human Rights’ judgments, according to the principle’s limits, its scope and the problems that have occurred in practice. In the study, first of all starting from the concept of human rights, the principle of equality that is the basic component of the concept human rights, Universal Declaration of Human Rights concerned with the view of this principle internationally, and European Convention of Human Rights have been mentioned. On the other hand, in the scope of European Convention of Human Rights, after researching the articles indirectly concerned with the prohibition of discrimination and the head line “prohibition of general discrimination” that has just come into effect, and the Protocol number 12 which is appendix to the Convention, an introduction has been performed by the article number 12, which has got the capacity of application as dependent on the articles in the Convention. The research concerning the 14’th article of the Convention has been administrated by means of describing the article and studying the articles including in it carefully one by one and explaining the concerned Court Jurisprudence. In the scope of the article, the reasons of discrimination which are thought under the heading of protection area and take place intensively in the Court Jurisprudences have been researched. In order to eradicate the discrimination, after mentioning the positive discrimination that includes different applications to the different groups and the indirect discrimination, studying the complementary characteristic of the article carefully and the qualities of discrimination that is prohibited according to the Convention have been mentioned. In the scope of the article, the study has been concluded by general evaluation of the decisions concerning Turkey.

KISALTMALAR

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	Avrupa Komisyonu
Ame. İHS	Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi
BMMSHS	Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi
BMS	Birleşmiş Milletler Sözleşmesi
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi
Mah. K.	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı

ÖNSÖZ

Bu çalışmaya başlarken, konu seçimimde en önemli etken “ayrımcılık yasağı” ilkesinin aslında hukukun temel ilkelerinden biri olmasına rağmen ciddi bir araştırma kapsamında değerlendirilmediğinin farkına varmam oldu. Bu farkındalık temelinde özellikle somut kararlar bakımından konunun değerlendirilmesinin akademik anlamda daha doyurucu olacağı düşüncesiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bağlamında konuyu ayrıntılandırmayı uygun buldum. Bu çalışma ile ilgili en öncelikli temennim, konu hakkında araştırma yapmak isteyen herkese “ayrımcılık yasağı” ilkesi ile ilgili genel bir bakış açısı sunabilmektir. Bu temennimi gerçekleştirmemde ayrı şehirlerde olmamıza rağmen elinden gelen katkıyı sunan tez danışmanım sayın Osman Korkut Kanadoğlu’na, verdiği moral desteği ile sayın Oktay Uygun’a ve her türlü katkısı nedeniyle eşim Bayram Arslan’a teşekkürlerimi sunuyorum. Umarım bu çalışmanın konu hakkında daha derin bir araştırma yapmak isteyen tüm arkadaşlarıma faydası ve ileride yapılacak çalışmalar sonucu ortaya çıkacak somut iyileştirmelere küçük de olsa bir katkısı olur.

İstanbul, 2006

Yekbun Geylani Arslan

İÇİNDEKİLER

ÖZ - ABSTRACT

KISALTMALAR

ÖNSÖZ

	Sayfa
GİRİŞ	1
I. Eşitlik İlkesi ve Tarihi Gelişimi	3
A. Eşitlik İlkesi	3
B. Eşitlik İlkesinin Tarihi Gelişimi	6
II. AİHS'nin Ayrımcılık Yasağı İle İlgili Maddeleri	7
A. AİHS'nin 1. Maddesi	7
B. AİHS'nin 6. Maddesi'nin 3. Fıkrasının d Bendi	8
C. AİHS'nin 16. Maddesi	8
D. AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 2. Maddesi	10
E. AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. Maddesi	10
F. AİHS'ye Ek 12. No'lu Protokol	11
III. AİHS'nin 14. Maddesi	18
A. Ayrımcılık Yasağı Kavramı	19
B. AİHS'nin 14. Maddesinin Yorumlanması	22
1. AİHS'de Tanınan Ayrımcılık Nedenleri	22
2. Koruma Alanı	23
a. Cinsiyet Ayrımcılığı	24
b. Irk Ayrımcılığı	27
c. Dil Ayrımcılığı	29
d. Din Ayrımcılığı	32
e. Ulusal Azınlığa Mensup Olmaktan Kaynaklı Ayrımcılık	37
f. Diğer Ayrımcılıklar	40

	Sayfa
C. AİHS'nin 14. Maddesinde Tanınan Ayrımcılık	
Nedenlerinin Ayrımsız Sağlanması	41
1. Hükümün Dar Yorumu	41
2. Pozitif Ayrımcılık	41
3. Dolaylı Ayrımcılık	43
D. AİHS'nin 14. Maddesinin Tamamlayıcı	
Hüküm Olma Özelliği	46
E. AİHS'nin 14. Maddesi Bağlamında	
Yasaklanmış Olan Ayrımcılık	48
1. Meşru Bir Amaca Yönelik Olmaması	50
2. GÜdülen Amaçla Kullanılan Araç Arasında	
Makul Bir Ölçülülük İlkesinin Olmaması	52
3. Takdir Marjının Gözetilmemesi	53
F. AİHS'nin 14. Maddesi Bağlamında AİHM'nin	55
Türkiye İle İlgili Kararları	
SONUÇ	58
KAYNAKÇA	61
AİHM KARARLAR LİSTESİ	66

GİRİŞ

İnsan hakları; insanların yalnızca insan olmalarından dolayı sahip oldukları, kişiliklerine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklerdir. İnsan haklarının kaynağı, ahlakilik düşüncesinden gelir; çünkü insan hakları en üstün ahlaki değer olan insanın değerini korur. İnsan hakları; çoğunluğun yararı, toplumun genel çıkarları ve genel refahı gibi kamusal gücün alanına giren ilkelere de bu yönüyle önceliklidir.¹ Bu nedenle siyasi iktidarların saygı gösterip gözetmesi gereken tüm hak ve özgürlükler, bu haklar kapsamındadır.

İnsan haklarının tarihi, insanlığın tarihi kadar eski olmakla birlikte insan haklarının en üstün ahlaki talep olarak nitelendirilmesine ilişkin çabalar, ilk kez 17. ve 18. yüzyıllarda Avrupa’da ortaya konmuştur. Bu dönemde doğal hukuk savunucuları, insan haklarının kökenini doğaya ve insan doğasının gereği olan özgürlüğe dayandırmışlardır.² Fransız Devrimi’nin getirdiği “özgürlük”, “eşitlik ve kardeşlik” anlayışı ile de, insan hakları alanında büyük bir ivme kazanılmıştır. İnsan haklarının gelişmesindeki en önemli ve ilk uluslararası boyuttaki gelişmeler ise, II. Dünya Savaşı’ndan sonra olmuştur. Savaş sonrasında kurulan Birleşmiş Milletler tarafından “İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi” yayınlanmıştır. Bu Beyanname, birçok sözleşmeye esin kaynağı olmuştur. Bunların başında taraf olduğumuz Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türkiye Cumhuriyeti de yüklenimler altına girmiştir.

İnsanların eşitliği, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nin birinci maddesinde belirtildiği şekliyle hak ve onur bakımındandır. Beyanname’nin 1. maddesi, “Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdan sahibidirler; birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar” şeklindedir. Bir kişinin sadece insan olmasından kaynaklı insan haklarına ilişkin

¹ Oktay Uygun, “İnsan Hakları Kuramı”, YKY, İstanbul, 2000, s.14.

² İsmet Giritli, Hasan Atilla Güngör, “Günümüzde İnsan Hakları”, Der Yay.:327, İstanbul, 2002, s.15.

genel olarak tüm normlara bakıldığında, özne olarak, “herkes”, “her vatandaş”, “hiç kimse” gibi terimler kullanılarak, eşitlik temelinin vurgulandığı görülmektedir.³

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ikinci maddesinde de “ayrımcılık yasağı” düzenlenmiştir. Söz konusu ikinci madde, “1. Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka herhangi bir düşünce, ulusal ya da toplumsal köken, servet, doğuş veya başka herhangi bakımdan ayrımcılık gözetilmeksizin, bu Beyanname’de ilan olunan tüm haklardan ve özgürlüklerden yararlanabilir. 2. Ayrıca ister bağımsız devlet uyruğu olsun, isterse vesayet altında bulunan, özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı devlet uyruğu olsun, bir kişi hakkında uyruğu bulunduğu devletin siyasi, hukuki veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayrımcılık gözetilmeyecektir” şeklindedir. Sonradan yapılan uluslararası antlaşmalar ve bölgesel düzeydeki düzenlemeler, bu metni tamamlamışlardır.

Bunların başında da AİHS gelmektedir. Bu Sözleşme, hiçbir ayrımcılık yapılmasına izin vermeden insan hak ve hürriyetlerini kişilerin yaşadığı devletlerin sınırını aşarak, bölgesel düzeyde koruma ve güvence altına almıştır. Öte yandan bu konuda çok gelişmiş bir koruma sistemi kurmuştur. Ayrıca bu Sözleşme, insan haklarına ilişkin ilk kez uluslararası nitelikte yargısal denetim ve güvence sistemi oluşturmuştur. AİHS'nin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağı da, AİHS ve eki olan protokollerdeki hükümleri tamamlayan “hak ve özgürlüklerde eşitlik ilkesi” ve “dolaylı ya da tamamlayıcı bir hak” olarak yer almıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, kişiler açısından ayrımcılık yasağı ilkesini ele almakta iken, AİHS'nin 14. maddesi devletlere hitap etmektedir.⁴

Avrupa Konseyi bünyesinde ayrımcılık yasağı, AİHS ve onun koruma aracı olan AİHM’de medeni ve siyasi hak ihlal iddialarının dinlenilmesine imkân veren kişisel başvuru mekanizmasıyla korunmasından başka, ayrıca ulusal azınlık haklarının korunması için “Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşmesi”,

³ Tekin Akıllıoğlu, “İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri”, Ankara, İHM, 1995, s.2.

⁴ Jale Civelek, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku”, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İstanbul, 1984, s.52.

kadın erkek eşitliğinin geliştirilmesi için “Kadın-Erkek Eşitliği Daimi Komitesi” ve ırkçılığın ortadan kaldırılması için “İrkçılık, Yabancı Düşmanlığı, Yahudi-Karşıtlığı ve Hoşgörüsüzlük ile Savaşım” faaliyetleri ile de sağlanmaya çalışılmaktadır.

I. EŞİTLİK İLKESİ ve TARİHİ GELİŞİMİ

A. Eşitlik İlkesi

Eşitlik ile iki veya daha fazla şeyin aynı ya da bir olduğu anlaşılmakta ise de, aslında mutlak bir eşitliğin mümkün olmadığı her zaman bilinegelmiştir. Çünkü evrendeki hiçbir şeyin veya durumun birbirinin aynı olamayacağı ve belirli yön veya yönlerden farklılık göstereceği kesindir. Bu durum da eşitsizliğin varlığının mutlak olduğunun göstergesidir. Mutlak eşitlik ise ancak tüm insanların her bakımdan, her zaman ve istisnasız olarak birbirleriyle kusursuz bir şekilde aynı ve özdeş olması durumunda söz konusu olabilir ki, bu da mümkün değildir.

Eşitlik ilkesi bağlamında karşılaşılan en yaygın bulanıklık, eşitliğin, eşit koşullar altında bulunanlar bakımından aranması gereken bir hak olduğunun, çoğu kez göz ardı edilmesinden kaynaklanmaktadır. Eşitlik ilkesi, kişilerin aynılaştırılması değil, eşitsizlik olgusu gözlemi ve tespiti üzerine kurgulanan bir “dengeleme ideali ve savı”dır.⁵ Diğer bir deyişle eşitlik, insanların meziyetlerini göz önüne almadan eşit davranmama ayrıcalığını reddeder; öte yandan, insanlara her açıdan aynı davranma gibi kesin bir tek biçimliliğe de karşıdır.⁶ Buradan bakıldığında, eşitlik ilkesi, “farklılıkların” ve bunun yansıması olarak “çoğulculuğun” özümsemesine bağlı olarak gerçek niteliğini bulabilir.⁷

⁵ Mehmet Semih Gemalmaz, “**Ders Kitaplarının İnsan Hakları Ölçütleri Açısından Taranmasında İşlev Görebilecek Hukuk Kavramlarına İlişkin Örnekler**”, Ders Kitaplarında İnsan Hakları Projesi, (Çevrimiçi) www.tarihvakfi.org.tr/dkih/metinler.asp, 09.11.2006.

⁶ Leslie Lipson, “**Demokratik Uygarlık**”, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., Çev: Haldun Güralp, Türker Alkan, 1. bsk., Ankara, 1984, s.468.

⁷ Gemalmaz, a.e., (Çevrimiçi) www.tarihvakfi.org.tr/dkih/metinler.asp, 09.11.2006.

Eşitlikten söz ettiğimizde insanlara özgü sadece belli yönlerin aynı ve eşit olduğunu, diğer yönler bakımından herhangi bir ilişki bulunmadığını anlarız. Bütün insanların eşit olduğu varsayımı, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nde de belirtildiği gibi, insanların insan onuru bakımından eşit oldukları, diğer açılardan farklılıklar taşıyabilecekleri gerçekliğine dayanmaktadır.

Eşitlik ilkesi, belirli yönlerden aynı özelliklere sahip kimseler arasında, bu özellikler bakımından yatay eşitlik olacağı tezine dayanır. Buna göre, aynı hukuki konumdaki kişiler arasında herhangi bir ayrımcılık yapılamaz. Ancak farklı hukuki konumdaki kişiler arasında, hukuki konum farklılıklarından kaynaklanan, farklı muamelelerin yapılması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Bu nedenle en az talihi olana yardım etmeye yönelik ayrımcılık, ayrımcılık olarak görülmemiş; özelliklerinin ve başarılarının pek çoğu kaçınılmaz şekilde farklı olan insanları, daha eşit bir maddi duruma koymak için, onlara eşitsiz bir biçimde davranılması benimsenmiştir.⁸

Siyasi iktidarlar insanları sosyal konumları, ihtiyaçları ve ayırıcı özelliklerine göre sınıflandırır. Sınıflandırmanın yapılışında yasanın amacına göre aynı özelliklere sahip olanların hepsini içermesi ve bu amaca uygun ölçütlere sahip olması dikkate alınmalıdır. Bu arada sınıflandırıcı özelliklerin yasama amacı ile bağlantılı olup olmadığı, bu amaca hizmet edip etmediği ve amaçla araç arasında orantılılık olup olmadığı da eşitlik açısından araştırılması gereken konulardır.⁹ Bu sınıflandırma sonucu ortak özelliklere sahip gruplar içindeki eşitlik anlayışı, eşitlik açısından bize bazı veriler sunabilir.

Eşitliğin adaletin temelini oluşturmasından hareket ederek, eşitliğe aykırı işlemlerin adaletsiz olacağı sonucuna varılır. O halde bir hukuk normunun, ortak özelliklere sahip insanlara aynı şekilde uygulanması ile eşitlik sağlanarak, adalet

⁸ Friedrich A. Hayek, "**Hukuk, Yasama ve Özgürlük**", Çev. Mehmet Öz, Atilla Yayla, Mustafa Erdoğan, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., 2. bsk, İstanbul, 1997, s.92.

⁹ Sibel İnceoğlu, "**Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi**", cilt 18, 2001, S:43, (Çevrimiçi) www.anayasa.gov.tr, 09.11.2006.

yerine getirilecektir.¹⁰ Bunun yanında herkesin eşit olduğu ilkesinden yola çıkarak, farklı bir gruba mensup bir kişiye mevcut durumu gerektirmediği veya ihtiyacı olmadığı halde başka bir gruba uygulanan bir uygulamanın yöneltmesi veya bir hukuk normunun uygulanması, bu kişi bakımından çok daha eşitsiz bir durum yaratabilir. Örneğin yaşa bakılmadan herkesin aynı koşullara sahip işte çalıştırılması veya ekonomik durumu gözetilmeksizin herkesten aynı verginin alınması gibi.¹¹

Bilindiği gibi tüm insan toplumlari, sınıf, statü ve iktidara göre oluşmuş bir toplumsal tabakalaşma biçimiyle nitelenir.¹² Eşitsizlik çok boyutludur ve eşitsizliğin bir unsurunun ortadan kaldırılması çoğu durumda, bu toplumsal tabakalardaki diğer sosyal, siyasi ve kültürel eşitsizlik unsurlarının büyümesine yol açabilir. Esasen insanlar eşitsizliği, modern toplumun meşru bir özelliği olarak kabul etmezler. Tam tersine kültürel koşullandırmalara direnir ve bilinçli bir biçimde muhalif toplumsal yapı görüşleri geliştirirler.¹³ Kaldı ki eşitsizlik kaçınılmaz olsa bile, hak gözetme, karşılıklılık ve adalet fikri de yaşadığımız toplumsal gerçekliğin bir parçasıdır. Hak gözetme duygumuz ile dünyevi eşitsizlik gerçeği arasındaki çatışma, toplumsal dünyamızın temel biçimlerini oluşturur.¹⁴ Günümüzde hemen hemen bütün anayasalar ve uluslararası sözleşmeler eşitlik ilkesine yer vermektedir. Bu ilke modern hukuk sistemlerinde hukuk devletinin ve insan hakları anlayışının en önemli parçası olarak görülmektedir.

B. Eşitlik İlkesinin Tarihi Gelişimi

Toplumsal eşitsizliğin ve eşitliğe ilişkin düşüncelerin hukuk devletinden çok daha öncelere dayandığı ve neredeyse insan toplumu kadar eski olduğu bilinmektedir. Antik çağda Aristo tarafından vatandaşlararası eşitlik talebi dile getirilmiştir. Ancak bu talep dile getirilirken, aslında insanların eşitsizliğine ve

¹⁰ Abdullah Dinçkol, “**Hukuka Giriş, Hukukun Temel Kavramları**”, Alkım Yay., İstanbul, 2001, s.247.

¹¹ a.e., s.247.

¹² Bryan Turner, “**Eşitlik**”, Yay. haz: Berna Ünler, 1. bsk, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, Ekim 1997, s.26-34.

¹³ Turner, a.e., s.27.

¹⁴ Turner, a.e., s.34.

hiyerarşik bir düzenin varlığına olan inanç yansıtılmıştır. Çünkü Aristoteles'in köleliğin olağanlığını keskin bir biçimde savunması, aslında bir yandan yerleşik sistemi ne denli içselleştirdiğinin ve meşrulaştırdığının da göstergesidir.¹⁵ Yunanda eşitlik ise, "vatandaşlararası eşitlik", "bilgelerarası eşitlik" gibi eşitsizliğin eşitlik sözcüğü ile ifade edildiği ve eşitliğin sadece belirli gruplar bakımından tanımlandığı sınırlı bir eşitlik olmuştur.¹⁶

İmparatorluk döneminde ilk defa Stoa öğretisinde, evrensel akla uygun davranmak koşuluyla herkesin eşit olduğu dile getirilmiştir. Bu öğretinin en önemli düşünürü Seneca, insanı sadece insan olduğu için öz bakımından eşit ve saygı değer kabul etmiştir. Buna göre köle de, imparator da sadece insan oldukları için eşittirler. Ancak kölelerin mevcut düzeni yıkmaması için, düzeni meşrulaştıran tutumunu korumuş ve efendilerin kölelere nazik davranmaları gerektiğini belirtmekten öteye gidememiştir.¹⁷ Ortaçağda ise "tanrı önünde eşitlik" ön plana çıkmıştır. Tanrı önünde tüm insanlar, haklar ve görevler bakımından aynı görülmüştür. En önemli görev ise, tanrının buyruklarına itaat etmek olarak nitelendirilmiştir.

Modern eşitlik anlayışı ise, 1789 Fransız Devrimi ile çıkış yapmıştır. Başlangıçta burjuva sınıfının aristokrasiye karşı mülkiyet hakları bakımından yürüttüğü bir toplumsal hareket olmasına rağmen, toplumsal katılımın bir zorunluluğu olarak sivil hakların modern temelini oluşturmuştur. En azından toplumsal eşitsizliğin olağan ve değişmez olmadığını göstermesi bakımından önemlidir.¹⁸ Sınıf çatışmaları, sınıfsal farklılıklardan doğan haksız ayrılıkların giderilmesi amacı ve bu bilinçle topluluk olarak harekete geçme gerekliliği bakımından toplumsal değişimin ve eşitlik taleplerinin yolunu açmıştır.

¹⁵ Aristoteles, "**Politika**", Çev. Mete Tunçay, 4. bs., Kitap I, Bölüm 4-5, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 12-14.

¹⁶ Alaeddin Şenel, "**Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi**", Yavuz Abadan'a Armağan, AÜSBF Yay., Ankara, 1969, s.257.

¹⁷ Mehmet Ali Ağaoğulları, Levent Köker, "**İmparatorluktan Tanrı Devletine**", İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1991, s. 66.

¹⁸ Turner, a.e., s. 22.

Eşitliğin tarihi gelişimi bakımından, burjuva devrimi sonrası “yasa önünde eşitlik”ten, sanayi devriminden sonra da yasa önünde eşitliği tamamlayan ve önemli siyasi kurumlara girme hakkının herkese tanınması ve evrensel esaslara bağlı olması anlamına gelen¹⁹ "fırsat eşitliği"nden söz edilebilir. Yasa önünde eşitlik ilkesi, 20. yy.da uygulanabilir bir ilke olmaya başlamış ve özellikle uluslararası sözleşmelere yerleşmesi ile güvence altına alınmıştır.

II. AİHS’ NİN AYRIMCILIK YASAĞI İLE İLGİLİ MADDELERİ

A. AİHS’nin 1. Maddesi

AİHS’nin 1. maddesi “İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü” başlığını taşımaktadır ve yüksek sözleşmeciler tarafların, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme’nin 1. bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanıyacaklarını hükme bağlamıştır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, AİHS’nin, egemen devletçe sağlanıp korunmasını emrettiği haklar ve özgürlükler herkes için olduğundan, bunların kullanılmasında ve bunlardan yararlanmada kişiler arasında ayrımcılık gözetilmesi, AİHS’nin 14. maddesi ile açık bir hükümle yasaklanmış bulunmaktadır. Söz konusu birinci madde ile AİHS ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkese, AİHM’ye başvuru hakkı tanınmıştır.

B. AİHS’nin 6. Maddesinin 3. Fıkrasının d Bendi

AİHS’nin 6. maddesi “Adil Yargılanma” başlığını taşır. Bu maddenin 3. Fıkrası; “Her sanık başlıca aşağıdaki haklara sahiptir” denilerek, beş bent altında bu haklar açıklanmıştır. Bu Fıkranın d Bendi de “Her sanık iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek hakkına sahiptir” şeklindedir. Tarafların usulde eşitliği biçiminde özetleyebileceğimiz bu ilkeye göre,

¹⁹ Turner, a.e., s. 36.

savunma tanıkları da iddia tanıkları ile aynı düzeyde bulunacak ve aynı koşullar altında davet edilip dinlenileceklerdir.²⁰

Bu bent hükmü “Adil Yargılanma” kavramı içinde yer alan silahların eşitliği ilkesinin de bir uzantısıdır. Silahların eşitliği ilkesini ise, mahkeme önünde sahip bulunulan hak ve yükümler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin gözetilmesi ve bu dengenin yargılama boyunca korunması şeklinde ifade edebiliriz.²¹ Böylece iddia makamı ve savunmanın eşit koşullar altında karşı karşıya gelmeleri amaçlanmıştır. Silahların eşitliği ilkesi, her somut olayda, uyuşmazlığın niteliğine göre değişimler göstermektedir.²²

C. AİHS'nin 16. Maddesi: 14. Madde'nin İstisnası

Söz konusu 16. madde “ Yabancıların Siyasi Etkinliklerinin Kısıtlanması” başlığını taşır ve madde metni şöyledir; “10, 11 ve 14. maddelerinin hiçbir hükmü, yüksek sözleşmeciler tarafların yabancıların siyasi etkinliklerini sınırlamalarına engel sayılmaz” şeklindedir. Bu madde, AİHS'nin 14. maddesinin, yani ayrımcılık yasağının istisnasıdır. Bu madde ile yabancılar, sadece siyasi faaliyetler bakımından 14. madde hükmü dışında tutulmuşlardır. “Siyasi faaliyet” kavramının ne anlama geldiğini, bir istisna hükmü olması nedeniyle, dar yorumlamak; bunu, devletin iç ve dış politikasına doğrudan ve aktif suretle müdahale olarak anlamak uygun olacaktır.²³ Siyasi faaliyet düzeyinde yabancıların vatandaşlardan farklı olarak sınırlamaya tabi tutabilecek hak ve özgürlükleri, 10 ve 11. maddelerde yer alan düşünceyi açıklama, haber ve fikir almak ya da vermek, dernek kurmak ve toplantı özgürlüklerine katılmaktır. O halde kendileri konusunda siyasi faaliyet alanındaki farklı bir işlem, objektif ve makul olup olmadığına bakılmadan, meşru sayılacaktır. Bu istisna hükmünün uygulanması için, faaliyetin siyasi nitelikte olması yeterlidir.

²⁰ Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4. bs., Turhan Kitabevi Yay., Ankara, Nisan 2003, s.306.

²¹ Gözübüyük, Gölcüklü, a.e., s.291.

²² (Çevrimiçi), <http://www.rightsagenda.org/main.php?id=62>, 13.12.2006.

²³ Gözübüyük, Gölcüklü, a.e., s.412.

Devletler her zaman kendi vatandaşlarıyla, devletlerinde yaşayan yabancılar arasında ayrımcılık yaparak, vatandaşlarına sağladıkları hak ve özgürlükleri yabancılara da tanımakta direnmişlerdir. Bu nedenle, kendi devletlerinin dışında yabancı devletlerde yaşayan insanların korunması, devletler arasında sürekli uyumsuzluk kaynağı olmuştur. Bu bağlamda kişi ancak, vatandaşı olduğu devlet tarafından siyasi ve diplomatik kanallarla korunmaya çalışılmıştır.

Yabancıların hukuki statüsü günümüzde uluslararası hukuk açısından önemli gelişmeler göstermiş; vatandaş ile yabancı arasındaki ayrımcılık giderek azalmıştır. Bununla birlikte yabancılar hiçbir zaman vatandaşlarla tam eşitliğe kavuşturulamamıştır. AİHS'nin 16. maddesinde de, yabancıların seçme, seçilme gibi siyasi haklarının kısıtlanabileceği belirtilmiştir.²⁴ Buna ilişkin olarak AİHS'ye Ek 12 No'lu Protokol, AİHS'nin bağımlı madde niteliğindeki 14. maddenin düzenlediği ayrımcılık yasağını, Sözleşme'de yer alan hakların kullanılması bağlamından kopararak her düzeyde bir yasak durumuna getirdiği halde, Sözleşme'nin kendisinin içerdiği bu ayrımcılık, normatif düzeyde hala devam etmektedir.

D. AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 2. Maddesi

AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesi, “Eğitim ve Öğrenim Hakkı” başlığını taşır ve şu şekildedir; “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana-babanın bu eğitimin ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir”.

Maddenin birinci cümlesindeki, “hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz” ibaresiyle, bu konuda herhangi bir ayrımcılığın yapılamayacağı; herkesin eşit düzeyde eğitim ve öğrenim hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Başka bir deyişle birinci cümle ile eğitim hakkı güvence altına alınmaktadır. Madde ikinci cümlesi ile dini ve öteki öğretim dalları arasında bir ayırım yapmamakta;

²⁴ Şeref Ünal, “İnsan Hakları ve Bu Hakların Kullanımı”, Adalet Dergisi, yıl: 90, sayı:1, Ekim 1999, s.16-17.

eğitim ve ğretim faaliyetinin yerine getirildiği her alanda ana-babanın dini ve felsefi inançlarına saygıyı emrederek bu dşüneyi pekiştirmektedir. Aynı zamanda ailenin çocuğunu yetiştirme hakkını ve devletin, ailenin çocuğun nasıl yetiştirilmesi ve ne tür eğitim verilmesine ilişkin düşüncelerine saygı duyması zorunluluğunu da içermektedir.

E. AİHS’ye EK 7 No’lu Protokol’ün 5. Maddesi

AİHS’ye EK 7 No’lu Protokol, “Eşler Arasında Eşitlik” başlığını taşır. Maddenin metni ise şu şekildedir; “Eşler evlilikleri bakımından, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni nitelikteki haklar ve sorumluluklarından eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez”.

Maddede sözü edilen hak eşitliği, yalnız medeni nitelikteki haklar bakımındadır. Diğer nitelikteki eşitsizlikler, büyük olasılıkla AİHS’nin 14. maddesi açısından değerlendirilecektir.²⁵

F. AİHS’ ye Ek 12 No’lu Protokol

AİHS’ye Ek 12 No’lu Protokol²⁶, “Genel Ayrımcılık Yasağı” başlığını taşır. AİHS’ye Ek 12 No’lu Protokol ile yasa önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Yasa önünde eşitlik ilkesi ile asgari bir eşitlik garanti edilmiştir. Buna göre yasa koyucu soyut kişileri ve durumları ele alacaksa, kişileri ve durumları eşit kabul etmek ve belirli bir kişiye karşı ayrımcılık gözetmemek zorundadır.²⁷ Yasa önünde eşitlik iki alanda gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.²⁸ Birinci alan, yasaların bir insana izin

²⁵ Gözübüyük, Gölçüklü, a.e., s.345.

²⁶ Protokolün metni için bkz., (evrimii), <http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm>, 01.12.2006.

²⁷ Franz Neumann, “The Concept of Political Freedom”, The Democratic and the Authoritarian State, The Free Press of Glencoe, New York, 1964, s.167’den aktaran Juliet Mitchel, Ann Oakley, “**Kadın ve Eşitlik**”, ev.: Fatmagül Bertay, Pencere Yay.:19, 3. bsk., İstanbul, 1998, s.29.

²⁸ Orhan Hançerlioğlu, “**Özgürlük Düşüncesi**”, Varlık Yayınevi, 3. bs., İstanbul, 1977, s. 69-70

verdiği bir işlemi bir başka insana yasaklayamaması alanıdır. Bu bakımdan yasa, her insan için eşit bir güç taşıyacaktır. İkinci alan, bir insana uygulanan yasanın başka insanlara da uygulanması alanıdır. Yasa, bu bakımdan da, her insan için eşit bir güç taşımalıdır. Yasa, eşitliği bozarak, her insan için başka yasak koyamayacağı gibi, konulan bir yasak da her insan için uygulanmalıdır.

AİHS “yasa önünde eşitlik” ilkesini, AİHS’ye Ek 12 No’lu Protokole kadar düzenlememiştir. Bunda AİHS ile korunan hakları sınırlı tutmak endişesi hâkimdir. Aksi takdirde iç hukukta karşılaşılan her maddi veya hukuki hata için Mahkeme’ye başvurulması mümkün olacaktır. Buna karşılık eşitlik düzenlemesi bulunmamasının yaratacağı sakıncaları giderebilmek için sadece AİHS’deki haklarla sınırlı “ayrımcılık yasağı” konulmuştu.²⁹ Ancak 26 Haziran 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, AİHS’ye 12 No’lu Protokolü kabul etmiştir. Bu yeni Protokol, sadece AİHS’de tanınan haklar açısından ayrımcılık yasağı değil; bağımsız genel bir ayrımcılık yasağı öngörmektedir. Böylece “yasa önünde eşitlik” ilkesi AİHS bakımından uygulanabilir bir ilke durumuna gelmiştir.

Bu Protokol’ün başlangıç bölümünde şöyle denilmektedir: “Metin altında imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi devletler, tüm insanların yasa önünde eşit oldukları ve yasa tarafından eşit derecede korunma hakkına sahip oldukları temel ilkesinden hareketle; AİHS aracılığıyla, ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasını birlikte yerine getirerek, herkesin eşit olmasını sağlamak için yeni tedbirler alma kararlılığında olarak; ayrımcılık yapılmaması ilkesinin, alınacak tedbirlerin objektif ve makul bir nedene dayanması şartıyla, taraf devletleri tam ve etkin bir eşitlik sağlamak üzere tedbir almaktan alıkoymadığını vurgulayarak aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır”. Bu düzenlemeye göre taraf devletler artık kendi devletlerinde bulunan herkese tüm işlemlerde hiçbir ayrımcılık yapmadan, yasa önünde eşitlik ilkesini tanıma yükümlülüğü altına girmişlerdir.³⁰ Protokol’ün başlangıcında, Avrupa Konseyi üye devletlerinin, bu Protokol’ü imzalarken amaçlarının ne olduğu belirlenmektedir. Üye devletler, herkesin yasa önünde eşit olduğunu ve hukukun

²⁹ Akıllıoğlu, a.e., s.271.

³⁰ (Çevrimiçi), <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>, 07.12.2006.

korumasından eşit olarak faydalanma hakkı olduğunu öngören temel ilkeyi dikkate almaktadırlar ve herkes için eşitlik ilkesini geliştirmeye yönelik bir adım atarak, genel bir ayrımcılık yasağının AİHS aracılığıyla uygulanmasını amaçlamaktadırlar.

Protokol'ün "Ayrımcılığın Genel Olarak Yasaklanması" başlığını taşıyan 1. maddesi şöyledir; "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 ayrımcılığa maruz bırakılamaz" şeklindedir.³¹ Bu maddenin 1. paragrafı 14. madde ile hemen hemen aynı ifadeye sahiptir. Tek farkı; "bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma" ifadesi yerine "yasa tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma" ifadesine yer verilmesidir. Protokol'ün "Yer Bakımından Uygulama" başlığını taşıyan 2. maddesinin 1. bendinde "Her devlet, imza sırasında veya onaylama, kabul ya da katılma belgesinin verilmesi sırasında, bu Protokol'ün uygulanacağı ülkeyi veya ülkeleri belirleyebilir" denildikten sonra diğer bentlerde bu belirlemenin nasıl yapılacağına ilişkin usuller açıklanmıştır.

Protokol'ün Açıklayıcı Raporu'nun 1. maddesi "Genel Ayrımcılık Yasağı" başlığını taşır.³² "Protokol'ün temel hükümleri bu maddede yer almaktadır ve Protokol'de geçen kelimeler aşağıdaki genel düşüncelere dayanmaktadır"³³ Ayrımcılık kavramı, AİHM'nin, AİHS'nin 14. Maddesi ile ilgili içtihatlarıyla tutarlı bir şekilde yorumlanmaktadır. Özellikle, bu konudaki bazı içtihatlar açıkça göstermiştir ki her ayrı ya da farklı muamele ayrımcılık oluşturmaz. Örneğin, Mahkeme'nin Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı/İngiltere davasının kararında belirtildiği gibi; farklı muamele, ancak "meşru bir amaç" gütmüyorsa ya da "kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmesi istenen amaç arasında makul bir orantılılık"

³¹ (Çevrimiçi), <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/177.htm>, 07.12.2006.

³² (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int/Prot12/Protocol%2012%20and%20Exp%20Rep.htm>, 15.12.2006.

³³ (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int>, (Para.17), 15.12.2006.

söz konusu değilse ayrımcılığın olduğu kabul edilir.³⁴ Protokol'ün 1. maddesinde kullanılan “ayrımcılık” teriminin anlamı AİHS'nin 14. maddesindeki ile aynıdır. Protokol'ün 1. maddesinin Fransızca metninde kullanılan kelime (hiçbir ayrımcılık yapılmadan), 14. maddeden farklılık göstermektedir. Burada, farklı bir anlam yükleme niyeti bulunmamaktadır; aksine bu durum 14. maddenin anlamsal bütünlüğü içinde ayrımcılık kavramını daha iyi yansıtmayı ve Fransızca metni İngilizce metine denkleştirmeyi amaçlayan terminolojik bir uyarlamadır.³⁵

Her ayırım ya da farklı muamele ayrımcılık anlamına gelmediği için ve ayrımcılık yasağı ilkesinin genel niteliğinden dolayı, Protokol'e bir ihtiyat kaydı düşülmesi gerekli veya uygun bulunmamıştır. Örneğin, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin hepsinde değilse bile çoğunda, yasalar bazı haklar ya da sosyal yardımlarla ilgili vatandaşlığa dayalı ayrımlar öngörmektedir. Objektif ve makul bir gerekçesi bulunan ayrımcılıklar ayrımcılık teşkil etmediğinden, böylesi ayrımcılıkların kabul edilebileceği durumlar “ayrımcılık” kavramının yukarıda 18. paragrafta açıklanan anlamıyla yeterli derecede korunmaktadır. Ayrıca AİHM içtihadı uyarınca, benzer durumdaki farklılıkların hukuka uygun bir farklı muameleyi ne dereceye kadar haklı kılacağını değerlendirmede, ulusal mercilere belli bir takdir yetkisine izin verilmiştir. Takdir yetkisinin kapsamı koşullara, konuya ve konunun arka planına göre değişir.³⁶ Örneğin, AİHM vergilendirme alanında çerçeve yasalar ve politikaların uygulanması konusunda geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.³⁷

Protokol'ün 1. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı alanları listesi, AİHS'nin 14. Maddesindeki ile aynıdır. Bu çözüm, farklı bazı ayrımcılık yasağı alanlarını (örneğin; fiziksel ve zihinsel engelliler, cinsel yönelim ya da yaş) açıkça tek tek eklemek gibi başka çözüm yollarına tercih edilmiştir. Bunun sebebi, bu gibi alanların günümüz toplumlarında AİHS'nin 14. maddesinin yazıldığı zamana göre daha önemli olduğunun farkında olunmaması değildir. Bu alanların eklenmesi, hukuki açıdan gereksiz görülmüştür; çünkü ayrımcılık yasağı alanları listesi ayrıntılı

³⁴ Mah.K., “Abdulaziz, Cabales and Balkandali/İngiltere”, (Para. 72).

³⁵ (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int>, (Para.18), 15.12.2006.

³⁶ Mah. K., “Rasmussen/Danimarka”, (Para. 40).

³⁷ (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int>, (Para.19), 15.12.2006.

bir liste olarak verilmemektedir ve belli bir alanın eklenmesi, maddeye dâhil olmayan bir alana dayalı ayrımcılıkla ilgili haksız yorumlara yol açabilir.³⁸ AİHM'nin 14. maddeyi, bu madde metninde açıkça belirtilmemiş ayrımcılık alanlarında da uygulamış olduğu hatırlanmalıdır.³⁹ Protokol'ün 1. maddesinde, genel ayrımcılık yasağı ifadesi bulunmaktadır; dolayısıyla "Sözleşme'de belirlenen hak ve özgürlüklerin kullanılmasını" aşan bir koruma alanına olanak verilmektedir.⁴⁰

Protokol'ün 1. maddesinin genişletilmiş koruma alanı, özellikle aşağıdaki ayrımcılık hallerini ilgilendirir;⁴¹

- i. Ulusal mevzuatta bir bireye tanınan herhangi bir hakkın kullanımı;
- ii. Bir kamu otoritesinin ulusal hukuka göre bariz bir yükümlülüğünden doğan bir hakkın kullanımı; yani kamu otoritesinin ulusal hukuka uygun olarak belli bir şekilde hareket etme yükümlülüğü taşıdığı haller;
- iii. Bir kamu otoritesinin isteğe bağlı bir gücü kullanması durumunda (mesela, belli sübvansiyonların dağıtımında);
- iv. Kamu otoritesinin diğer tüm eylem ve eylemsizliklerinde (örneğin, bir isyanın kontrolü sırasında güvenlik güçlerinin davranışı).

Bu bağlamda, bu dört unsurun hangisinin 1. maddenin ilk paragrafında, hangisinin aynı maddenin ikinci paragrafında yer aldığını belirtmeye gerek görülmemiştir. Bu iki paragraf birbirini tamamlamaktadır ve birlikte ele alındığında dört unsurun da 1. madde kapsamında olması sonucunu doğurmaktadırlar. Sırasıyla i-iv kategorileri arasındaki ayrımlar da kesin değildir; iç hukuk sistemleri hangi durumun hangi kategoriye girdiği konusunda farklı yaklaşımlara sahip olabilir.⁴²

Protokol'ün 1. maddesinin metni, bu hükme göre tarafların olası pozitif yükümlülükleri hakkında dengeli bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Bu durum, 1. maddeye göre, ayrımcılık özel kişiler arasındaki ilişkilerde ortaya çıksa dahi (yani

³⁸ (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int>, (Para.20), 15.12.2006.

³⁹ Mah. K., "Mouta/Portekiz".

⁴⁰ (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int/>, (Para.21), 15.12.2006.

⁴¹ (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int/>, (Para.22), 15.12.2006.

⁴² (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int>, (Para.23), 15.12.2006.

“dolaylı yatay etkiler”), tarafların ayrımcılığı önlemek için önlem almaya ne derece yükümlü olduğu sorusunu akla getirir. Aynı soru, ayrımcılık olaylarını tazmin önlemleriyle ilgili olarak da mevcuttur. Bu tür pozitif yükümlülükler tamamen dışlanmamakla beraber, 1. maddenin temel amacı taraflara bir negatif yükümlülük getirmektir: bireylere karşı ayrımcılık yapmama yükümlülüğü.⁴³

Öte yandan Protokol’ün 1. maddesi kamu otoritelerinin uyguladığı ayrımcılığa karşı koruma sağlar. Madde ile kasıt, taraflara, özel kişiler arasındaki ilişkilerde ortaya çıkan tüm ayrımcılık hallerini durdurmak ya da tazmin etmek için önlem almayı gerektiren genel bir pozitif yükümlülük getirmek değildir. Sözleşme’ye eklenen ve tipik olarak kısa ve öz maddelerle formüle edilen dava edilebilir bireysel hakları içeren bir Protokol, böyle geniş kapsamlı bir yükümlülüğün çeşitli unsurlarını tanımlamak için uygun bir araç değildir. Detaylı ve her konu için özel olarak yazılmış kurallar, belli alanlarda ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik ayrı sözleşmelerde belirlenmiştir (örneğin, ikisi de Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanmış olan, Her Türlü Irkçı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi ve Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi). Bu Protokol’ün, ayrımcılığa karşı daha ileri düzeyde koruma sağlayan iç hukuk ya da uluslararası mevzuat hükümlerini sınırlayacak ya da bunlarca tanınan hakları ortadan kaldıracak şekilde yorumlanamayacağı açıktır.⁴⁴

Diğer taraftan Protokol’ün 1. maddesinin ilk paragrafında yer alan “güvenceye alma” görevinin pozitif yükümlülükler içerebileceği de tamamen yok sayılamaz. Örneğin, eğer iç hukukta ayrımcılıktan koruma konusunda bariz bir boşluk söz konusuysa, bu sorun gündeme gelebilir. Özellikle özel kişiler arasındaki ilişkiler söz konusuysa, bu ilişkilerde ayrımcılıktan korumanın eksikliği çok bariz ve ağır olabilir. Bu durum açıkça devletin sorumluluğunu gerektirir ve Protokol’ün 1. maddesi devreye girebilir.⁴⁵

⁴³ (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int>, (Para.24), 15.12.2006.

⁴⁴ (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int>, (Para.25), 15.12.2006.

⁴⁵ (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int>, (Para.26), 15.12.2006.

Bununla beraber, Protokol'ün 1. maddesinden doğan herhangi bir pozitif sorumluluğun derecesi sınırlı olacaktır. İlk paragrafın “yasayla tanınmış bir hakkın kullanımı”na yapılan atıfla sınırlandırılmış olduğu ve ikinci paragrafın da “herhangi bir kamu otoritesinin” uyguladığı ayrımcılığı yasakladığı unutulmamalıdır. Ayrıca Sözleşme'nin 1. maddesi devletin sorumluluğuna genel bir sınır getirmektedir ve bu da özel kişiler arasında meydana gelen ayrımcılık durumu için özellikle geçerlidir.⁴⁶ Bu düşünceler de göstermektedir ki özel şahıslar arası ilişkiler alanında doğabilecek herhangi bir pozitif yükümlülük, en fazla, devletin belli bir sorumluluk taşıdığı, normal olarak kanunla düzenlenen kamusal alandaki ilişkilerle ilgili olacaktır (örneğin; işe alınmanın, restoranlara girişin, ya da sağlık hizmetleri, elektrik, su gibi özel sektörün kamuya sunabileceği hizmetlere erişimin keyfi olarak reddi). Devletin vermesi gereken tepkinin tam olarak hangi biçimde olacağı, koşullara göre değişecektir. Tümüyle özel sorunların etkilenmeyeceği anlaşılmaktadır. Böyle sorunların düzenlenmesi, Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan bireyin özel ve aile hayatına, evine ve yazışmalarına saygı haklarını da etkileyebilir.⁴⁷

Protokol'ün 1. maddesinin ilk paragrafı “yasayla belirlenen bir hakka” atıf yapmaktadır. Bu ifade, bu paragrafta sağlanan güvencenin kapsamını tanımlar ve olası dolaylı yatay etkilerini sınırlar. Bu cümlenin kendi başına Protokol'ün temel ilave kapsamını oluşturan dört unsuru kapsayıp kapsamadığına ilişkin şüpheler oluşabilir (bu soru, özellikle iii ve iv sayılı unsurlara ilişkin gündeme gelebilir). Bu durumda, 1. maddenin ilk ve ikinci paragraflarının birbirini tamamlar nitelikte olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, bu dört unsur her halükarda tamamen 1. madde kapsamına girer. “Yasa” sözcüğü uluslararası mevzuatı da kapsayabilir; ancak bu durum, bu maddenin AİHM'ye diğer uluslararası sözleşmelerde bulunan kurallara uygunluğunu inceleme yetkisi verdiği anlamına gelmez.⁴⁸ İkinci paragrafta yer alan “kamu otoritesi” terimi Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. paragrafı ve 10. maddesinin

⁴⁶ (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int>, (Para.27), 15.12.2006.

⁴⁷ (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int>, (Para.28), 15.12.2006.

⁴⁸ (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int>, (Para.29), 15.12.2006.

birinci paragrafından alınmıştır ve bu maddelerle aynı anlamı taşımaktadır. Hem idari otoriteleri, hem de mahkemeler ve yargı organlarını kapsamaktadır.⁴⁹

Açıklayıcı Raporu'nda temel hükümleri detaylı şekilde belirtilen Protokol 4 Kasım 2000'de, AİHS'ye taraf devletlerin imzasına açılmıştır. Protokol'ün yürürlüğe girmesi için en az on üye devletin onaylaması gerekmektedir ve şimdiye kadar Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 35 üye devlet imzalamış ve bunlardan 14 üye devlet onaylamıştır. Protokol, 01.04.2005 tarihinden itibaren de uygulanmaya başlamıştır.⁵⁰ Türkiye Protokolü 18.04.2001 tarihinde imzalamış, ancak henüz onaylamamıştır. Bu Protokol ile birlikte, AİHS'nin kapsamında bir hak çiğnenmemiş ancak ilgili ülkenin ulusal mevzuatı ayrımcı bir biçimde uygulanmış olsa bile, ayrımcılık iddiasıyla AİHM'ye başvurmak mümkün duruma gelmiştir. Yani hep belli bir grubun ifade özgürlüğünün sınırlanması ya da sadece kadınlara yönelik cinayetlerde indirim öngörülmesi ayrımcılık olarak nitelendirilebilir. Böylece herkesin ayrımsız olarak yasalarla etkin biçimde korunması öngörülmüştür.

Bu çalışmada AİHS'ye Ek 12 No'lu Protokol yürürlüğe girene kadar "eşitlik ilkesi" ile ilgili olarak uygulan tek madde olan AİHS'nin 14. maddesi ve maddenin unsurları daha detaylı bir şekilde ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

II. AİHS' NİN 14. MADDESİ

AİHS'nin 14. maddesi, "Ayrımcılık Yasağı" başlığını taşır. Bu maddede düzenlenen ayrımcılık gözetme yasağı bağımsız bir eşitlik ilkesi değildir; sınırlı bir koruma sağlamaktadır. AİHS'nin 14. maddesinde, "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, özellikle cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır" denilerek, söz konusu maddenin AİHS'nin diğer maddeleriyle bir bağı olması

⁴⁹ (Çevrimiçi), <http://www.humanrights.coe.int>, (Para.30), 15.12.2006.

⁵⁰(Çevrimiçi),<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/CherceSig.asp?NT=177&CM=2&DF=12/7/2006&CL=ENG>, 07.12.2006.

gerektiği belirtilmektedir. Bu hükme göre, AİHS ile güvence altına alınmış olan yaşama hakkı, kişi güvenliği ve özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, din, vicdan ve ifade özgürlüğü ve benzer haklardan herkes eşit şekilde yararlanacaktır.⁵¹ AİHS 14. madde ile vurgulanan eşitlik, AİHS'deki haklarla sınırlı, “genel” bir eşitlik normudur ve sınırlı bir koruma sağlamaktadır.⁵²

A. Ayrımcılık Yasağı Kavramı

Bazı kişi ya da gruplar toplumsal olarak ya ırk, din, cinsiyet ya da bir toplumun üyelerini birbirinden ayırmada kullanılan herhangi bir tanımlama yüzünden belli bir sınıflama içine sokulduklarından, kategorik olarak ayrımcılığın konusu olurlar.⁵³ Ayrımcılık, yasaklanan ayrımcılık nedenleri kapsamında bir kişiye, karşılaştırılabilir benzer durumdaki herhangi birisine muamele edildiğinden, edilmiş olduğundan veya edileceğinden daha az elverişli davranmaktır. 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.⁵⁴ Örneğin AİHS'nin 6. maddesi, devletleri iki dereceli yargılama düzenine mecbur tutmuş değildir. Tam tersine istinaf mahkemeleri oluşturmuş olan bir devlet, 6. madde gereklerinin ötesine geçmiş demektir. Bununla birlikte bir devlet bu (ikinci derece) başvuru yolunu aynı nitelikteki ihtilaflar için bazı kişilere açmış, ancak haklı neden olmadan diğer bazı kişilere kapalı tutmuş ise, 14. madde ile birleşik olarak 6. maddeyi ihlâl etmiş olur.

İnsan hakları ile ilgili ulusal ve uluslararası metinlerde “ayrımcılık yasağı” ile “eşitlik ilkesi” kavramları genelde farklı maddelerde düzenlenmekte ve ayrı yerlerde kullanılmaktadır. Ancak esas itibariyle ayrımcılık yapmamak ve eşitlik birbirini

⁵¹ Mah. K., “Languages in Education in Belgium/Belçika”, (Para. 4); “Abdülaziz, Cabales and Balkandalı/İngiltere”, (Para. 71); “Airey/İrlanda”, (Para. 30); “Dudgeon/İngiltere”, (Para. 67) (Mahkeme Kararları için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>).

⁵² Akıllıoğlu, a.e., s.272.

⁵³ Ernest Ellis Cashmore, “**Dictionary of Race and Ethnic Relations**”, Taylor and Francis Publisher, London, Routledge, 1988, s.79.

⁵⁴ Baskın Oran, “**Küreselleşme ve Azınlıklar**”, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4. bs., İmaj Yayınevi, Ankara, 2001, s.82.

tamamlayan iki prensiptir. Eşitlik ilkesi herkese duruma göre muamele yapılmasını öngörmekte iken, ayrımcılık yasağı bazı muamelelerin yapılmasını yasaklamaktadır. Her iki ilke özde aynı, ancak anlatımda farklıdır. Eşitlik ilkesi aynı ifadenin pozitif anlatımı iken, ayrımcılık yasağı olumsuz anlatımdır.⁵⁵

AİHS'nin 14. maddesi bakımından AİHM'ye başvurmak isteyen bir kimsenin, öncelikle kendisine benzer ya da paralel bir durumdaki başka insanlardan daha farklı, daha az iyi davranıldığını kanıtlaması gerekmektedir. Başvuru sahipleri, şikâyet konusunun temel Sözleşme haklarından birinin kapsamına girdiğini ve söz konusu hakla ilgili olarak karşılaştırılabilir konumdaki bir kişiden daha farklı muameleyle maruz kaldığını göstermek zorundadır. Bundan sonra ise sorumluluk, sözleşmeci devlete geçer ve devletin söz konusu muamele farkının meşru olduğunu kanıtlaması gerekir. Devlet farklı muameleyi haklı çıkarabilirse, söz konusu farklı muamele ayrımcılığa girmez.

Ayrımcılığın varlığını ortaya koyarken karşılaşılan sorun “doğru karşılaştırma öznesi”nin her zaman kolaylıkla belirlenememesidir. Ayrımcılığı saptayabilmek için, ayrımcılık mağduru olduğunu iddia eden kişinin durumunu karşılaştırabileceğiniz durumda olan bir kişiye ihtiyaç duyarsınız. Sadece aynı ya da benzer durumlarda olanlar arasında karşılaştırma gerçekleşir. Bazı durumlarda sağlanabilir bir karşılaştırma öznesini belirleme olanağı bulunmayabilir ve olay varsayımsal bir karşılaştırma öznesi üzerine kurulur. Bu durum, az farklılık bulunan koşullarda, kişilere ilgili özelliklerine bakılmaksızın davranılması sonucunu doğuracaktır.⁵⁶

Başvurucunun kendisine benzer durumdaki başka insanlardan daha farklı davranıldığını kanıtlaması gerektiğine ilişkin başvurulardan örnekler; Van der Musselle-Belçika davasında, stajyer avukat olan başvuru diğer mesleklerdeki çıraklarla karşılaştırıldığında, kendisine farklı davranıldığını kanıtlamaya çalışmıştır.

⁵⁵ Akıllıoğlu, a.e., s.272.

⁵⁶ Human European Consultancy in Partnership with the Migration Policy Group, “**Capacity Building of Civil Society dealing with Anti-Discrimination**”, (Çevrimiçi) [ec.europa.eu /comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/civil/trainman_tr.pdf](http://ec.europa.eu/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/civil/trainman_tr.pdf), September 2005, s.11, 09.11.2006.

Ancak Mahkeme ücretsiz yasal yardım sunma koşulları altındaki mesleklerin farklı olduğunu; bu nedenle benzerin benzerle kıyaslanmadığını kararlaştırmıştır.⁵⁷

Holy Monasteries/Yunanistan davasında da, başvuru sahipleri, devletin Yunan kilisesine ait olan manastırların topraklarının büyük bir kısmına el koyduğunu, ancak diğer manastırların topraklarına el koymadığını, bundan dolayı kendilerine karşı ayrımcılık yapıldığını kanıtlamaya çalışmışlardır.⁵⁸ Ancak Mahkeme bu durumların birbirine paralel olmadığını, Manastırlarla Yunan Kilisesi arasındaki yakın bağın, söz konusu manastırlara diğer mercilere bağlı olanlardan daha farklı muamele edilmesini haklı çıkardığına karar vermiştir.⁵⁹

İrlanda ile ilgili diğer bir olayda, Mahkeme farklı bir sonuca varmıştır. Olayda, yerel bir planlama ve geliştirme komisyonu, bir vadide bulunan bütün arazi sahiplerine yapı izni verdiği halde, benzer durumda bulunan başvurucuya vermemiştir. Mahkeme 9 Şubat 1993 tarihli kararında, bu farklı muameleyi, AİHS'nin 14. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur.⁶⁰ Olay, İrlanda hükümetinin, başvurucuya maddi ve manevi tazminat ödemesiyle sonuçlandırılmıştır.

Mahkeme, aynı şekilde Belçikalı bayan Vermeire'in evlilik dışı olduğu gerekçesiyle büyük babasının mirasından mahrum bırakılmasını ve başvurucuya farklı muamele yapılmasını Sözleşme'nin 8. ve 14. maddelerine aykırı bulmuştur.⁶¹ Sonuç olarak başvuru sahibi kişi, şikâyet konusu hakla ilgili olarak benzer konumdaki bir kişiden daha farklı muameleye maruz kaldığını göstermek zorundadır. Bu durumda AİHS'nin koruma kapsamına girmektedir.

⁵⁷ Mah. K., "Van der Musselle/Belçika", (Para. 42-46); "Sunday Times/İngiltere", (Para. 70).

⁵⁸ Mah. K., "Holy Monasteries/Yunanistan", (Para. 91).

⁵⁹ Mah. K., "Holy Monasteries/Yunanistan", (Para. 92).

⁶⁰ Mah. K., "Pine Vallet Developments LTD and Others/İrlanda", (Para. 64).

⁶¹ Mah. K., "Vermeire/Belçika", (Para. 28).

B. AİHS'nin 14. Maddesinin Yorumlanması

1. AİHS'de Tanınan Ayrımcılık Nedenleri

AİHS'nin 14. maddesinde tanınan haklar “özellikle” kelimesi ile başlayıp, “herhangi başka bir durum bakımından” ibaresiyle sona erdiğinden, ayrımcılık nedenleri konusundaki sayım sınırlayıcı olmayıp, örnek niteliğindedir.⁶² Değişik insan hakları belgelerinde (örneğin; AİHS, Ame. İHS, BMS, vs.) düzenlenen ayrımcılık yasağına ilişkin özellikli normlar (yani genel ayrımcılık yasağını düzenleyen normlar) dikkate alındığında, gerçekleştirilmesi olası, ama yasaklanmış ayrımcılık nedenleri olarak sayılan unsurların toplamı 17'dir. Bunlar ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi görüş, diğer görüş, ulusal köken, sosyal köken, mülkiyet, doğum, diğer statü, ekonomik statü, herhangi diğer sosyal koşul, ulusal azınlıkla bağ, etnik köken ve herhangi diğer faktör ayrımcılıklarıdır. Ancak, hiçbir belgede bu 17 yasağın tümüne yer verilmemiştir. Bu belgeler arasında, AİHS (md.14), sıraladığı “13” neden ile en uzun listeyi içeren genel ayrımcılık yasağı normu örneğidir.⁶³

Ayrımcılık yasağı üzerinde durulduğunda dikkat edilmesi gereken en önemli unsur, ayrımcılık teşkil edecek hareketin olası dayanakları (örneğin ırk, renk, cinsiyet, vb.) gösterilmekle birlikte, bunların sınırlı sayıda, başka deyişle belirtilenlerden ibaret olarak sayılmamış olduklarıdır.⁶⁴ Nitekim konuyu düzenleyen bütün normlarda, ayrımcılık temellerine örnek oluşturan olası kategoriler sıralandıktan sonra “... ya da başka bir statü gibi...” ifadesine yer verilmek suretiyle, sayılanların dışında kalan başka nedenlerle yapılabilecek olası ayrımcılık da bu kesin yasağın başlığı altına sokulmuştur. Dolayısıyla ilgili kişiye, makul olmak kaydıyla, kayda değer bir takdir payı kalmaktadır.

⁶² Mah. K., “Engel and Others/Hollanda”, (Para. 72).

⁶³ Mehmet Semih Gemalmaz, “**Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**”, Beta Basım Yay., 2. bs., İstanbul, Kasım 1994, s. 59.

⁶⁴ Mah. K., “James and Others/İngiltere”, (Para. 74).

Örneğin, bir kişinin fiziksel özelliklerinden hareketle, diyelim ki bedensel engelli olup olmamasına bakılarak, ayrımcı bir siyaset izleniyor olabilir. Gerçi, engelli haklarına ilişkin özellikli belgelerde (örneğin; BM Engelli Kişilerin Haklarına Dair Beyanname, BM Engelliler İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar) bu konu da düzenlenmiştir ama yukarıda örnek norm olarak verilen belgelerde “engelli olup olmama” sayılmamıştır. Bu belgeler esas alınacak olsa ve engelli haklarına ilişkin belgelerden haberdar olunmasa bile, konu üzerinde çalışırken engelliliğe dayalı bir farklı uygulama ya da anlayış tarzıyla karşılaşıldığında, bunu da ayrımcılık yasağı içinde değerlendirmenin engeli bulunmamaktadır.

Olası ayrımcılık nedenlerini soyutlayarak sınıflandırmak gerekirse, bunların bir bölümünün “doğal özelliklere” (renk, cinsiyet gibi), diğer bölümünün ise doğmakla içine girilen ve içinde yaşanılan, dolayısıyla “edinilmiş niteliklere” (ulusal köken, siyasi görüş, din gibi) ilişkin olduğu görülmektedir.⁶⁵ Ulusalüstü insan hakları belgelerinde, kronolojik bir değerlendirme ışığında, genel ayrımcılık yasağı normlarındaki nedenler alanında belirgin bir artış gözlenmektedir. Gemalmaz, haklar ve özgürlüklerin nicelik ve nitelik olarak genişlemesi ve koruma mekanizmalarının etkinleşmesi konusundaki gelişmelere rağmen, bu alanda ilk standartlardan öteye pek geçilmemiş olmasını, bir eksiklik işareti olmaktan çok, ilk ölçütlerin yeterince ayrıntılı oluşunun belirtisi olarak değerlendirmektedir.⁶⁶

2. Koruma Alanı

Bu başlık altında özellikle AIHM kararlarında yoğunlukla yer alan ayrımcılık başlıklarından belli başlı birkaçını inceleyeceğiz. Bunlar “cinsiyet”, “ırk”, “dil”, “din” ve “ulusal azınlığa mensupluk” tur.

⁶⁵ Gemalmaz, “Ders Kitaplarının İnsan Hakları Ölçütleri Açısından Taranmasında İşlev Görebilecek Hukuk Kavramlarına İlişkin Örnekler”, Ders Kitaplarında İnsan Hakları Projesi, (Çevrimiçi) www.tarihvakfi.org.tr/dkih/metinler.asp, 09.11.2006.

⁶⁶ Gemalmaz, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları”, s.60.

a. Cinsiyet Ayrımcılığı

Cinsiyete dayalı ayrımcılığı, bir kişinin bir kadına/erkeğe, cinsiyetine dayalı olarak, bir erkeğe/kadına davrandığı veya davranacağından daha olumsuz ya da daha az pozitif davranması (dolaysız ayrımcılık) ve/veya biçimsel olarak eşitlikçi gözükken davranış veya uygulamaların sonradan kadın/erkek üzerinde ayrımcı etkiler yaratması (dolaylı ayrımcılık) olarak tanımlayabiliriz.⁶⁷

AİHM, 22 Şubat 1994 tarihli bir kararında cinsiyet ayrımcılığı bakımından 14. maddenin yorumunu yapmıştır.⁶⁸ Şikâyetçiler Susana Burghartz Alman ve İsviçre, Albert Schnyder ise sadece İsviçre vatandaşıdır. Taraflar Almanya’da evlenmişler ve bu devlet hukukuna göre aile soyadı almışlardır. Kadın Burghartz adını korumuş, erkek Schnyder Burghartz adını almış ve bu adın İsviçre nüfusuna tescilini istemiştir. Memur ise sadece kocanın soyadı olan Schnyder’i tescil etmiştir. AİHM’ye göre 8. madde (özel hayata ve aile hayatına saygı), soyadı konusunda açık bir hüküm ihtiva etmemektedir. İsim, kişisel bir teşhis aracı olarak kişinin kendisini ve ailesini ilgilendirir. Devletin isim konusunu düzenlemeye ilgi duyması da bu gerçeği değiştirmez. Somut olayda, erkeğin akademik çevrelerde kullandığı ve tanıdığı ismini, kadının soyadının önüne koyarak birlikte kullanmasında yararı vardır. İsviçre hukukuna göre, kadınlar kocalarının soyadını almakla birlikte, bunun önünde kendi kızlık soyadlarını da kullanabilmektedir.

Mahkemeye göre, kadın erkek eşitliği AK’ye üye devletlerin ana amacıdır. Ancak çok haklı ve makul nedenler, kadın erkek arasında ayrımcılık yapmayı AİHS’ye göre haklı kılabılır. Somut olayda kadının 1984’den beri İsviçre hukukuna göre bu hakka sahip olmasına rağmen, erkeğin bundan yararlanmaması bir çelişkidir. AİHS, günümüz şartlarının ışığı altında ve eşitlik ilkesine göre yorumlanacağından, yapılan uygulama, 8. ve 14. maddelere aykırıdır. Ancak kadın ile erkek arasındaki

⁶⁷ Feride Acar, Ayşe Güneş Ayata, Demet Varoğlu, “**Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık: Türkiye’de Eğitim Sektörü Örneği**”, T.C. Başbakanlık Kadın Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara, Aralık 1999, s.5.

⁶⁸ Mah. K., “Burghartz/İsviçre”, (Para. 27 ve son).

biyolojik farklılık nedeniyle doğum öncesi ve sonrası izin hakkı açısından eşit davranma ilkesine istisna getirilmesi doğal olarak ayrımcılık şeklinde nitelendirilemez.⁶⁹

Bu noktada, Türkiye'nin taraf olduğu Ünal Tekeli/Türkiye davası, Türkiye ile ilgili 14. madde bakımından ihlal tespit edilen ilk dava olması açısından önemlidir. Bu davada başvuran Ayşe Ünal Tekeli, Türk yasaları tarafından erkeklerin kendi soyadlarını kullanmasına izin verilmesine karşın, yetkililerin evlendikten sonra kızlık soyadını kullanmasına izin vermemesinden şikâyet etmiştir. Bunun cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğunu ve AİHS'nin 14. maddesiyle birlikte düşünüldüğünde 8. maddeyi ihlal ettiğini öne sürmüştür. Hükümet ise, durumun cinsiyetler arasında farklı muamele oluşturduğunu ancak bu durumun objektif ve makul nedenlerinin olduğunu, dolayısıyla herhangi bir ayrımcılık yapılmadığını iddia etmiştir. Hükümet, aile birliği ile soyadı arasında bir ilişki olduğunu ve Türk mevzuatının ailelerin kocanın ismini almasını sağlayarak, ortak bir isim kullanımı yoluyla aile birliğini vurgulayan bir düzenlemeyi benimsediğini öne sürmüştür.⁷⁰

Mahkeme taraf devletlerin, AİHS uyarınca, aile birliğini yansıtmaya yönelik önlemlere ilişkin bir takdir hakkına sahip olmalarına rağmen, farklı muameleyi haklı çıkartacak ikna edici gerekçeler gösterilmediği sürece 14. madde ile bu tür önlemlerin, ilkesel olarak, erkek ve kadına eşit şekilde uygulanmasını gerektiğini yinelemiştir.⁷¹ Hükümet, ortak bir aile ismi ile aile birliğinin yansıtılmaması durumunda, evli çiftlerin veya üçüncü tarafların karşılaşabileceği somut ya da önemli bir sorun gösterememiş ya da kamu çıkarının zarar gördüğünü kanıtlayamamıştır. Mahkeme ise bu şartlar altında, evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının, önüne kendi kızlık soyadlarını ekleyebilseler de, objektif ve makul bir nedeni olmadığı kanısındadır.⁷² Ayrıca Mahkeme, yalnızca cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin AİHS'ye uygun olduğunun kabul edilebilmesi

⁶⁹ Şeref Ünal, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yay., Ankara, 1995, s.265.

⁷⁰ Mah. K., "Ünal Tekeli/Türkiye", (Para. 43-45).

⁷¹ Mah. K., "Ünal Tekeli/Türkiye", (Para. 58).

⁷² Mah. K., "Ünal Tekeli/Türkiye", (Para. 66).

için çok geçerli nedenler sunulması gerektiğini⁷³, AİHS'nin her şeyden önce insan haklarının korunmasına yönelik bir sistem olduğunu ve taraf devletlerin hedeflenen standartlara ilişkin ortaya çıkan uzlaşmaya tepki vermesi gerektiğini belirtilmiştir. Ayrıca Mahkeme, geleneksel kocanın soyadına dayalı aile ismi sisteminden, evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilmelerine ya da özgürce ortak bir aile ismi seçmelerine izin veren başka bir sisteme geçişin doğum, evlilik ve ölüm kayıtlarının tutulması konusunda yaratacağı sorunların önemini göz ardı etmediğini; ancak kişilerin seçtikleri isme göre, saygınlık ve itibarla yaşamalarını sağlamak için toplumun bir miktar sıkıntı çekmesini beklemenin makul olacağı sonucuna varmıştır. Bu nedenle olayda söz konusu farklı muamele, 8. maddeyle birlikte düşünüldüğünde, 14. maddeye aykırı bulunmuştur.⁷⁴

1999 yılında AİHM “cinsel yönelim” temelinde bir ayrımcılık olayını ele almıştır.⁷⁵ Bu davada bir gay olan Mouta, sırf cinsel yönelimi nedeniyle, çocuğunun velayetini alamamıştır. Portekiz Yargıtayı, başvurunun, başka bir gay ile karı-koca gibi yaşadığını hesaba katarak, “bir çocuğun anormal bir durumun gölgesinde büyümemesi gerektiğini” belirtmiş ve Mouta aleyhine sonuçlanan davayı onaylamıştır. AİHM, Portekiz'i mahkûm ettiği kararında, başvurunun homoseksüel olması nedeniyle velayet hakkından mahrum bırakılmasını aile hayatına bir müdahale olarak kabul ettiği gibi, bunu 14. madde altında ayrımcı bir davranış olarak da nitelendirmiştir. Ayrıca 12 No'lu Taslak Protokol ile ilgili görüşü alınan Parlamenteler Meclisi de, “cinsel yönelimin” bir ayrımcılık nedeni olarak açıkça belirtilmesini istemiştir.

b. Irk Ayrımcılığı

Yüzyıllardır tüm dünyanın ortak sorunu olan ırkçılık, aslında ayrımcılığın çıkış noktasıdır. Irk özetle kalıtsal olarak ortak fiziksel özelliklere sahip insanlar

⁷³ Mah. K., “Ünal Tekeli/Türkiye”, (Para. 53); “Abdulaziz, Cabales and Balkandali/İngiltere”, (Para.78); “Karlheinz Schmidt/ Almanya”, (Para. 24).

⁷⁴ Mah. K., “Ünal Tekeli/Türkiye”, (Para. 59); “Burghartz/İsviçre”, (Para. 27 ve son); “Karlheinz Schmidt/Almanya”, (Para. 24 ve son).

⁷⁵ Mah. K., “Salguero da Silva Mouta/Portekiz”, (Para. 34-36).

topluluğudur.⁷⁶ Ancak bir ırkın “üstün ahlaki meziyetlere sahip olduğu” söylemi, bu tür “erdemlerin” sadece o halka özgü olduğu fikrinin aşılması potansiyelini taşıdığından eşitlik karşıtı öz içermekle kalmaz, açıkça bilimselliğe de aykırı düşer. İnsan topluluklarının ırk kategorilerine ayrılmasında eğer biyolojik ölçütler göz ardı edilerek sosyo-kültürel ve ideolojik yaklaşımlara itibar edilirse, ırk kavramı ırkçı bir boyut kazanmış olur. Bu nedenle ırkçılık ve ayrımcılık, kurucu öge oldukları kültürlerde ve siyasi düzenlerde yadrganmamakla birlikte demokratik devletlerde yasa, ırkçı ve ayrımcı söz ve eylemleri suç olarak nitelendirmektedir.⁷⁷ AİHS’nin 14. maddesi de bu bağlamda ırka ve etnik kökene dayalı ayrımcılık yapmayı yasaklamıştır.

Bu konu ile ilgili olarak Mahkeme’ye intikal eden bir olayda, İngiliz hükümeti 1968’de çıkardığı Göçmen Yasası (immigration act) ile yeni bağımsızlığını kazanan Uganda, Kenya ve Tanzanya’dan sınır dışı edilen İngiliz pasaportlu Afrikalı zencilerin devlete girişini belli sınırlamalara tabi tutmuştur.⁷⁸ İngiltere’ye giriş izni alamayan şikâyetçiler, 3. madde dâhil AİHS’nin bir dizi hükmünün ihlal edildiği gerekçesi ile Mahkeme’ye başvurmuşlar ve Mahkeme de bu başvuruları kabul edilebilir bulmuştur. Şikâyetçiler, özellikle İngiltere’ye giriş yapmaktan men edilmelerinin, ırka dayalı bir uygulama olarak AİHS’nin 14. maddesine aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. İngiltere bakımından 4 No’lu Protokol⁷⁹ onaylanmadığı için, başvuru sahipleri doğrudan Protokol’ün ilgili maddesine dayanamadığı gibi, yine bu neden ile AİHS’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı, söz konusu olay ile ilgili olarak incelenemez durumdadır. Ancak AİHS, kişilerin ülkeye giriş ve yerleşme hakkını güvence altına almamakla birlikte, somut olayda Mahkeme, ırk ayrımına dayalı bazı uygulamaların, AİHS’nin 14. ve 3. maddelerine aykırı olduğunu belirtmiştir.⁸⁰

⁷⁶ (Çevrimiçi) www.tdk.gov.tr/tdksozluk/sozbul.asp, 09.11.2006.

⁷⁷ Said Naceur Ramadhane, “Avrupa’da Irkçılık ve Ayrımcılıkla Mücadelede Yeni Hukuksal Olanaklar”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, İmaj Yay., Cilt 2, Sayı 1, Ankara, 1994, s.7.

⁷⁸ Mah. K., “East African Asians/İngiltere”, (Para 32).

⁷⁹ 02.05.1968 tarihinde yürürlüğe giren 16.09.1963 tarihli 4 No’lu Protokolün 3. maddesine göre; 1.Hiç kimse tek başına ya da toplu olarak, uyruğu bulunduğu devletin ülkesinden sınırdışı edilemez. 2. Hiç kimse uyruğu bulunduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz. 4. maddesine göre; Yabancıların toplu olarak sınırdışı edilmesi yasaktır.

⁸⁰ Mah. K., “East African Asians/İngiltere”, (Para. 207-208).

Türkiye ile ilgili Kurt, Kaya, Yaşa ve Tekin davalarında ise başvuruçular etnik kökenleri nedeniyle kendilerine ayrımcılık yapıldığını iddia etmişlerdir.⁸¹ Ancak Mahkeme bu iddiaları dayanaktan yoksun olduğu için reddetmiştir. Gilbert'e göre bu iddiaların incelenmesi, ilgili mevzuatın Kürt nüfus üzerindeki etkilerinin incelenmesi anlamına gelecektir. Mahkeme aynı şekilde Dertli/Türkiye davasında da terör suçları bakımından gözaltı sürelerinin farklı olmasını, AİHS'nin 6. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlalini oluşturmadığı sonucuna varmıştır.⁸² Mevzuat farklı gözaltı sürelerine ilişkin ayrımı suç kategorilerine göre yapsa da, uygulamada bu yasaya dayanılarak Kürt nüfusa karşı bir ayrımcılık yapıp yapılmadığının sorgulanması, bu yasanın uygulanmasına ilişkin istatistiksel ve oransal verilerin incelenmesini gerektirecektir. Gilbert 14. maddeye ilişkin bu tür iddiaların Mahkeme tarafından kabul edilebilir bulunduğu davalarda başvuru sahiplerinin ırka veya etnik kökene dayalı ayrımcılık yapıp yapılmadığı konusunda çok sayıda oransal veri sunduğuna değinmektedir. Ayrıca Gilbert uygulamada ortaya çıkan bu tip farklı muameleleri de dolaylı ayrımcılık olarak nitelemektedir.⁸³ Ancak ırk veya etnik köken farklılığından dolayı Türkiye'nin taraf konumunda olduğu başvurularda, 14. madde bakımından Mahkeme ya iddianın temelden yoksun olduğu⁸⁴ ya da öne sürülen diğer maddeler bakımından ayrıca incelenmesine gerek olmadığı⁸⁵ sonucuna varmıştır.

c. Dil Ayrımcılığı

Genel olarak düşünce ve duyguları, doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bildirmeye yarayan bir anlatım aracı olan dil, insanların birbirleri ile olan iletişimlerinde ve buna paralel gerçekleştirecekleri tüm gelişmelerde büyük rol oynar. Dilin bu önemi nedeni ile aynı dili konuşan insanlar, tarihi ve sosyolojik

⁸¹ Mah. K., "Kurt/Türkiye", (Para. 143); "Kaya/Türkiye", (Para. 109-110); "Yaşa/Türkiye", (Para. 117); "Tekin/Türkiye", (Para. 70).

⁸² Mah. K., "Dertli/Türkiye", (Para. 44).

⁸³ Gilbert, a.e., s.7.

⁸⁴ Mah. K., "Hasan İlhan/Türkiye", (Para. 130).

⁸⁵ Mah. K., "Kılıç/Türkiye".

nedenler bakımından kendilerinden farklı bir dil konuşan insanlara karşı hoşgörölü olmak zorunda olduğu gibi, bu farklılıktan dolayı herhangi bir ayrımcılık yapmamak durumundadırlar. 14. madde, dil farklılığı dolayısıyla ayrımcılık yapmayı da yasaklamıştır. Dilsel çeşitlilik de dâhil olmak üzere çeşitliliği geliştirme niyetinin belirtilmesine rağmen, insan hakları konusunda bağlayıcı uluslararası hukuk, özellikle eğitimde dilsel insan haklarını hâlâ göz ardı etmektedir. Bu durum genel olarak insan hakları belgelerinin ve onların önsözlerinin ruhuna aykırı olmakla kalmayıp, diğer insan özelliklerinin insan hakları hukukundaki ele alınma biçimine de aykırıdır. Dil, özel ve olumsuz bir tarzda ve insan hakları belgelerinde cinsiyet, ırk veya din gibi diğer önemli insan özelliklerine göre daha zayıf bir şekilde ele alınmaktadır.⁸⁶

Mahkeme önüne kişilerin anadillerini kullanımına ilişkin çeşitli sorunların dile getirildiği davalar gelmektedir. Mahkeme'nin bu konuda en eski kararlarından biri, 1968 tarihli Belçika Eğitim Dili Davası'dır.⁸⁷ Olayda, Fransızca konuşan bir grup aile, çocukları Brüksel çevresinde okullara kabul edilmediği için Mahkeme'ye başvurmuştur. Belçika makamları o bölgelerdeki okullara, bölgede ikamet eden ailelerin çocuklarının kaydedilmesine izin vermiştir. Ancak, Flamanca konuşan ailelerden bölgede oturma koşulunu yerine getirmeleri istenmemesine rağmen, Fransızca dilinin yayılmasının engellenmesi için bunun sadece Fransızca konuşan ailelerden talep edilmesini Mahkeme, sert ve eğitim hakkında ayrımcılık yapan bir uygulama olarak değerlendirmiş ve AİHS'ye aykırı bulmuştur.

Belçika hükümetinin görüşüne göre, Mahkeme'nin önüne gelen sorunlar, AİHS ve 1. protokole değil, Belçika hukuk düzeninin özel alanına girmektedir. Hükümete göre dil ve eğitim konuları ile ilgili mevzuat, büyük ölçüde devletin siyasi ve sosyal yapısının bütünleyici parçasıdır; bu mevzuat açıkça özel ulusal alan kapsamında yer alır.⁸⁸ Hakları beyan eden belge olan AİHS, hükümet makamlarının organizasyonu ile ilgili değildir; AİHS'nin onaylanması sırasında Belçika Danıştay'ı

⁸⁶ Tove Skutnabb, “Dilsel Çeşitlilik, İnsan Hakları ve “Serbest” Piyasa”, Toplum ve Hukuk Dergisi, yıl:1, sayı:3, Mavi Renkayırım Baskı, İstanbul, 2002, s.37.

⁸⁷ Mah. K., “Languages in Education in Belgium/Belçika”.

⁸⁸ Mah. K., “Languages in Education in Belgium/Belçika”, (Para. 7).

ve Parlamentosu da konuyu bu şekilde anlamışlardır. Bu nedenle Mahkeme'nin bu konuda yargı yetkisini kullanamayacağına dair yerleşik bir sınırlama vardır. Belçika hükümetinin ileri sürdüğü özel ulusal alan kavramı, Mahkeme'ye yetkisizlik konusunda yaptığı itirazın bir başka yönüdür ve esasa ilişkindir. Mahkeme bu itiraza katılmamıştır. Çünkü normal olarak sözleşmeciler tarafların iç hukuk düzenine giren konuları düzenleyen AİHS ve Protokol, devletlerin egemenlik alanlarında bulunan kişilerle ilişkilerinde, bu devletler tarafından uyulması gereken bazı standartları ortaya koymayı amaçlamaktadır. Mahkeme, bu nedenle özel ulusal alan kavramına dayanan itirazı reddetmiştir.⁸⁹

AİHS, bir normun görünüşte yansız ve ayrımsız olduğu ancak bir grup insan üzerinde olumsuz etki yarattığı durumlarda dolaylı yoldan ayrımcılığa karşı da koruma sağlamaktadır. Bu nedenle, Belçika Dil Davasında Mahkeme, nesnel ve makul bir gerekçenin olup olmadığının söz konusu tedbirin amaçları ve etkileri ile ilişkili olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Belçika Eğitim Dili Davasında Mahkeme eşit muamele ilkesini ve 14. maddenin anlamını değerlendirirken, bu maddenin AİHS'deki hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanamayacağını, belirli bir farklılaştırma hiçbir objektif ve makul nedene dayanmıyorsa, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmiş olacağını vurgulamıştır.

Azınlık diline ilişkin farklı sorunların gündeme geldiği başka bir dava da, Letonya'daki Rusça konuşan azınlığın üyesi olan Bayan Podkolzina'nın, Devlet Dil Merkezi'ne bağlı bir görevlinin kendisinin dile hâkimiyetine ilişkin olarak yazdığı olumsuz bir rapor sonucunda parlamento seçimleri için adaylığının reddedilmesi ile ilgili Podkolzina/Letonya davasıdır.⁹⁰ Letonya'nın seçim mevzuatında seçimlere katılabilmek için resmi dil olan Letoncaya ileri seviyede hâkim olunmasını içeren katı dil şartları yer almaktadır. Bayan Podkolzina'nın da 1997 tarihinde Devlet Dil Merkezi'ne bağlı bir birimden alınmış Letonca bildiğini gösteren bir sertifikası da bulunmaktadır. Ancak, kendisine önceden haber verilmeksizin, Devlet Dil Merkezi

⁸⁹ Mah. K., "Languages in Education in Belgium/Belçika", (Para. 7).

⁹⁰ Mah. K., "Podkolzina/Litvanya".

görevlisi tarafından yapılan bir sınava dayanılarak adaylık listesinden çıkarılmıştır. Bu davada AİHM, Letonya'nın 1 No'lu Protokolün 3. maddesini ihlal ettiğini saptamanın ötesinde, başvuru sahibinin iddiasının aksine, 14. madde açısından ayrıca bir inceleme yapmayı gereksiz bulmuştur.⁹¹

Şöyle ki, AİHM bu davada, seçim mevzuatına ilişkin konularda devletin ulusal takdir marjını kabul etmekle birlikte, milletvekili seçilebilmek için getirilen şartların, meşru bir amaç taşıması ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiğine işaret etmektedir. Bu olayda dil şartı getirilmesinin meşru bir amacı olmakla birlikte, habersiz olarak yapılan ikinci bir sınava dayanılarak Podkolzina'nın adının aday listesinden çıkarılmasını, herhangi bir meşru amaçla ölçüsüz bulmuştur.⁹² Nitekim başvuru sahibi, bu katı dil şartlarının öngörülükleri meşru amaca ulaşmada ölçüsüz düzenlemeler olduğu, Letonya nüfusunun yaklaşık %40'nın Rusça konuşan azınlıktan oluştuğu ve Letonca'yı üst seviyede bilmenin parlamento çalışmalarını kolaylaştırıcı tek etken olmadığı yolunda 14. madde açısından incelenmeye değer iddialarda bulunmuştur.⁹³ Ancak bu davada Mahkeme, Letonya'nın seçim mevzuatındaki katı dil şartlarını ve bu somut davada yasanın ayrımcı bir temelde kullanıldığına ilişkin dolaylı ayrımcılık iddialarını sorgulamamıştır. Oysaki böyle bir sorgulamanın azınlık haklarının korunması açısından önemli sonuçları olabilirdi.

d. Din Ayrımcılığı

İnsan ile tanrı arasındaki iletişimin insan yaşamı boyutundaki yansımaları şeklinde değerlendirebileceğimiz din kavramı da pek çok ihtilafın ve davanın konusu olmuştur. Özellikle dinin meşruiyet kaynağı olduğu toplumlarda, inanç özgürlüğünün en önemli ögesi olan "farklılıkları tanıma" çoğu zaman kabul görmemiştir.⁹⁴ Bu konu ile ilgili AİHM'nin önüne gelen dinsel azınlıklara ilişkin davalarda Mahkeme'nin dolaylı ayrımcılık sorgulamasına pek fazla girmediği, 14. maddeye ilişkin inceleme

⁹¹ Mah. K., "Podkolzina/Litvanya", (Para. 32).

⁹² Mah. K., "Podkolzina/Litvanya", (Para. 33-38).

⁹³ Mah. K., "Podkolzina/Litvanya", (Para. 30-32).

⁹⁴ Berke Özenç, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü", Kitap Yayınevi, Akademi Dizisi-3, 1.bs., İstanbul, 2006, s.14.

yaptığı durumların da genellikle doğrudan ayrımcılık konusu ile ilişkili olduğu görülmektedir.

Thlimmenos davasında Mahkeme, “AİHS’nin güvence altına aldığı haklardan ayrımcılığa uğramadan yararlanma hakkı, devletlerin durumları belirgin bir biçimde farklı olan kişilere, objektif ve makul nedenler olmaksızın farklı muamelede bulunmaları durumunda da ihlal edilmiş olur” saptamasını yaparak, 9. madde ile birleşim halinde 14. maddenin ihlaline karar vermiştir.⁹⁵ Mahkemenin 14. maddede yasaklanan ayrımcılığın, benzer durumda olan kişilere objektif ve makul bir neden olmaksızın farklı muamelede bulunulması yanı sıra, durumları açıkça birbirinden farklı kişilere objektif ve makul bir neden olmaksızın benzer davranılmasını da içerdiğini kabul etmek suretiyle⁹⁶, dolaylı ayrımcılık alanını da incelemesine dâhil etmiştir. Akermark bu nedenle Thlimmenos davasında Mahkeme’nin 14. maddeye ilişkin yorumunun, Mahkeme’nin ayrımcılık ile ilgili içtihadında önemli bir adım olduğunun altını çizmektedir.⁹⁷

Bu davada pasifist inançlara sahip dinsel bir grup olan Yehova Şahitleri’ne mensup olan başvuru sahibi, bu inançları nedeniyle üniforma giymeyi ve askere gitmeyi reddettiği için mahkûm edilmiş ve cezasını çekmiştir. Konuyu AİHM önüne taşıyan olay ise, başvuru sahibinin aldığı bu mahkûmiyet nedeni ile muhasebeci olarak Mali Müşavirler Odası’na kaydının reddedilmesidir. Mahkeme bazı suçlardan hüküm giymiş olanları mali müşavirlik mesleğine kabul etmemekte devletin meşru bir amacı olabileceğini ilke olarak kabul etmekle birlikte, dini inançları nedeniyle verilmiş bir mahkûmiyet ile Mali Müşavirlik mesleğini yapma yeteneğine ilişkin kuşku doğuracak bir takım ağır suçlar arasında bir ayırım yapılmamış olmasını 9. madde ile bağlantılı olarak 14. maddeye aykırı bulmuştur.⁹⁸

⁹⁵ Mah. K., “Thlimmenos/Yunanistan”, (Para. 48).

⁹⁶ Mah. K., “Thlimmenos/Yunanistan”, (Para. 43).

⁹⁷ Sia Spiliopoulou Akermark, “**The Limits of Pluralism**”, Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe, 2002, s: 1-25.

⁹⁸ Mah. K., “Thlimmenos/Yunanistan”, (Para. 41).

Oysa bir Yehova Şahidi olarak inançları nedeniyle askerlik yapmayı reddettiği için aldığı mahkûmiyet de AİHS'nin 14. maddesi açısından tartışılabilir bir durumdur. Ancak bu dava, Mali Müşavirler Odası'na tescil işlemi ile ilgili olduğundan, Mahkeme söz konusu mahkûmiyetin, din ve vicdan özgürlüğünü ya da ayrımcılık yasağını ihlal edip etmediğini incelemeye yetkili olmadığına karar vermiştir.⁹⁹ Bununla birlikte Mahkeme, başvurunun ağır bir suçtan mahkûm olmuş kişilerden farklı bir muameleye tabi tutulmama işleminin meşru bir amacının olup olmadığı ve bu amaçla uygulanan araçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisinin olup olmadığı konusunda inceleme yapmıştır.¹⁰⁰ Bu incelemede Mahkeme, diğer ciddi suçlardan kaynaklanan mahkûmiyetlerden farklı olarak, dini veya felsefi nedenlerle askeri üniforma giymeyi reddetmekten kaynaklanan bir mahkûmiyet, söz konusu suçlunun mesleki becerisini engelleyecek olası bir haysiyetsizlik ya da ahlaki bir alçaklığa sahip olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle başvurunun mesleğe uygun olmadığı gerekçesiyle dışarıda bırakılması isabetsizdir.¹⁰¹ Çünkü başvuru askeri üniforma giymeyi reddetmiş olması nedeniyle cezaevinde kalmıştır ve bu koşullar altında başvurunun başka bir yaptırma maruz bırakılması ulaşılmak istenilen amaç ile orantısızdır.¹⁰²

Mahkeme, Hoffman davasında ise, bir kadının Yehova'nın Şahitleri mezhebine mensup olması dolayısıyla, boşanma sonucunda çocukların velayetinin, sırf kadının bu dini inanca sahip olması gerekçesine dayanılarak, babaya verilmesini,

⁹⁹ Mah. K., "Thlimmenos/Yunanistan", (Para. 42).

¹⁰⁰ Mah. K., "Thlimmenos/Yunanistan", (Para. 45).

¹⁰¹ Bu davanın önemli bir yanı da vicdani ret konusuna ilişkindir. Mahkeme'nin "vicdani ret" ile ilgili başvuruların 9. maddenin kapsamına girdiğini tespit eden kararları bulunmaktadır.(N./İsveç, 10410/83, 11.10.1984; Jorgen Johansen/Norveç 10600/83, 14.10.1985) Ancak 1980'li yıllardaki bu davalarda Mahkeme, vicdani reddin AİHS'de tanınan bir hak olmadığını ve vicdani reddi tanımayan bir devletin askerlik yapmaktan kaçınanları cezalandırma hakkı olduğu yolunda değerlendirmeleri bulunmaktadır. Thlimmenos davasında ise Mahkeme vicdani ret konusuna ilişkin olarak şu yorumda bulunmaktadır: "AİHS'nin vicdani ret hakkını tanımadığı yönündeki Mahkeme içtihadı, günümüz şartları ışığında okunmalıdır. Bugün, üye devletlerin neredeyse tamamı ikame sivil hizmet tercih etme hakkını tanımaktadır." Buna göre, Mahkeme'nin vicdani ret konusuna ilişkin 1980'lerdeki yorumları günümüz koşullarında yeniden değerlendirilecek ve vicdani retçilere askerlik konusunda belli muafiyetler getirilmemesi gibi konuların, 9. madde ile birleşim halinde 14. madde açısından da incelenmesi mümkün olabilecektir. Bu, 14. maddenin Thlimmenos davasındaki gibi dolaylı ayrımcılığı da içeren yorumu ile sağlanabilecek bir içtihadı açılmıştır.

¹⁰² Mah. K., "Thlimmenos/Yunanistan", (Para. 46).

AİHS'nin 8. ve 14. maddelerine aykırı bulmuştur.¹⁰³ Ulusal Mahkeme önünde Bayan Hoffmann'ın eski eşi, Yehova Şahitlerinin kan naklini yasak kabul etmeleri, askerlik yapmayı ve üniforma giymeyi reddetmeleri, toplumdaki diğer kişilere kapalı, kendi içlerinde bir yaşam sürmeleri nedeniyle, çocukların toplumsallaşması ve de sağlığı açısından sakıncalı yönleri olduğunu iddia etmiş¹⁰⁴, Yüksek Mahkeme de çocuğun velayetini babaya bırakmıştır. AİHM, Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin bu davada annelerinin yanında çocukların iyi bakılıp bakılmadığına ilişkin somut verilere dayanmak yerine, onların bir dinsel azınlığa mensup olmalarının sosyal yaşamlarında olası etkileri üzerinde bir değerlendirmeye giderek, dini inanç temelinde ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkemenin yorumuna göre burada eşit konumdaki iki kişi (anne ve baba) arasında, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının kullanımında, dinsel inançlar nedeniyle ayrımcılık yapılmıştır.¹⁰⁵ Öte yandan eğitim hakkı kapsamında din ayrımcılığı yapılmaması konusunda da devlet, eğitim ve öğretim alanında yüklendiği görevlerini yürütürken, anne ve babaların dinsel ve felsefi inançlarına saygı göstermek zorundadır.

Mahkeme Hanya Katolik Kilisesi davasında da, Ortodoks Kilisesi ya da Yahudi Cemaatinin sahip olduğu adalete başvuru hakkının, Katolik Kilisesi'nden esirgenmesinin ayrımcılık oluşturduğuna hükmetmiştir.¹⁰⁶ Bu davada da Mahkemenin saptadığı ayrımcılık, dinsel cemaatler arasında objektif ve makul bir nedene dayanmayan farklı muameleden kaynaklanan doğrudan bir ayrımcılıktır. Mahkemenin adil yargılanma hakkı ve bu hakla birleşim halinde 14. maddenin ihlal edildiği yolundaki kararının ardından Yunanistan, Katolik Kilisesi'nin hukuki kişiliğini tanıyan yeni bir yasayı yürürlüğe koymuştur.¹⁰⁷ Gerek Hoffmann gerekse Hanya Katolik Kilisesi davalarında ayrımcılığın varlığını saptamada, mahkemenin önünde somut olarak birbirleri ile karşılaştırılabilir taraflar bulunmaktadır. Birbiri ile karşılaştırılabilir bu taraflar arasında objektif ve makul bir nedene dayanmayan farklı muamelenin tespit edilmesinde Mahkeme açısından önemli bir zorluk yoktur. Ancak

¹⁰³ Mah. K., "Hoffmann/Avusturya", (Para. 36).

¹⁰⁴ Mah. K., "Hoffmann/Avusturya", (Para. 10).

¹⁰⁵ Mah. K., "Hoffmann/Avusturya", (Para. 32).

¹⁰⁶ Mah. K., "Canea Catholic Church/Yunanistan", (Para. 48).

¹⁰⁷ Mah. K., "Canea Catholic Church/Yunanistan", (Para. 49).

kimi davalarda Mahkeme çeşitli gruplar arasında karşılaştırma yapmaktan özellikle kaçınmaktadır. Özellikle devletlerin tanımadığı azınlık grupları ya da bir takım dinsel grupların varlığı durumunda durum iyice çetrefilleşmektedir.¹⁰⁸

Örneğin buna ilişkin bir davada Mahkeme, başvuru sahibi kilisenin ulusal otoritelerce tanınmamasının, ulaşılmak istenen meşru amaç ile oransız olduğuna ve bu nedenle AİHS'nin 9. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁰⁹ Ancak bu davada Mahkeme 14. maddeye ilişkin ayrıca bir inceleme yapmayı gerekli görmemiştir. Akermark'a göre Mahkeme'nin bu tutumu, başvuru sahibi kilisenin yeni bir mezhep mi, yoksa Ortodoks Kilisesi içindeki ayrı bir bölünme mi olduğu sorusu karşısında kesin bir duruş almaktan kaçınması ile ilişkilidir. Ancak bir ayrımcılığın saptanması için benzer ya da farklı konular arasında karşılaştırma yapılması gerekmektedir. Akermark bu noktada, Mahkemenin neyin mezhep olduğu neyin olmadığına hükmetme takdiri olmasa da, belli konular arasında karşılaştırma yapmasının gerekli olduğunu, nitekim ayrımcılık yasağının bütün mantığının bu tip karşılaştırmalara dayandığını belirtmektedir.¹¹⁰

Bundan başka devletlerin dinsel gruplara yaklaşımındaki temel ilke “tarafsız olma ve ayrımcılık yasağı” olmasına rağmen, tarihsel ve geleneksel olarak farklı bir yere sahip, diğer bir deyişle çoğunluk nüfusunun üyesi olduğu dinlerin bazı ayrıcalıklara sahip olduğu da bilinegelmiştir. Burada önemli olan nokta, devletin bu tür dini örgütlenmelere sağlayacağı özellikle maddi yardım ve ayrıcalıkların hangi aşamada ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturacağıdır. Bu noktalar devletin tarafsız ve objektif olma yükümlülüğü ile yakından ilgilidir.¹¹¹

Türkiye'nin taraf olduğu Leyla Şahin/Türkiye davasında ise, başvuran yüksek öğretim kurumlarından İslami başörtüsünün yasaklanmasının AİHS'ye Ek 1. protokolün 2. maddesinde güvence altına alınan hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

¹⁰⁸ Ece Öztan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Azınlıklar”, (Çevrimiçi) www.sbu.yildiz.edu.tr/eceyayinlar/ece2.doc, s.15, 10.11.2006.

¹⁰⁹ Mah. K., “Tsirlis and Kouloumpas/Yunanistan”, (Para 67-68).

¹¹⁰ Akermark, a.e., s.19.

¹¹¹ Özenç, a.e., s.48.

Başvuran ayrıca, bunun öğrencileri din ve eğitim arasında tercih yapmak zorunda bıraktığını ve inananlar ile inanmayanlar arasında ayrımcılığa yol açtığını ileri sürmüştür.¹¹² Bu durum Şahin'e göre, AİHS'nin 14. maddesinde güvence altına alınan haklarına 9. madde ile birlikte dikkate alındığında adil olmayan bir müdahale anlamına gelmektedir. Mahkeme ise, 9. Maddeye ilişkin değerlendirmedeki koşullar geçerli olduğundan, 14. madde açısından ayrı bir incelemenin gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır.¹¹³

e. Ulusal Azınlığa Mensup Olmaktan Kaynaklı Ayrımcılık

AİHS'de azınlık hakları özel olarak düzenlenmemiştir. AİHS'nin hazırlık çalışmaları sırasında, milli azınlıkların kendi kültür değerlerinden özgürce yararlanarak yaşamalarının güvence altına alınmasını sağlamak üzere, AİHS'ye özel hükümler konulması önerilmişse de, reddedilmiştir.¹¹⁴ Aslında ayrımcılığın önlenmesi, azınlıkların korunması için bir önkoşul olarak görüldüğünden, bazı kaynaklarda “ayrımcılığın önlenmesi”, doğrudan “azınlıkların korunması” kapsamında ele alınmaktadır.¹¹⁵ Ancak “eşitlik” ve “ayrıcalıklı muamele” arasındaki gerilimin yol açtığı çelişkidten dolayı, diğer bazı kaynaklarda bu iki konu, benzerlikleri ve farklılıkları olan iki ayrı kavram olarak incelenmektedir.¹¹⁶

Sidiropulos davasında Mahkeme, Yunanistan otoritelerinin “Home of Macedonian Civilisation” adlı örgütün tescilini reddetmelerinin örgütlenme hakkına müdahale oluşturduğuna ve bu müdahalenin güdülen meşru amaçla orantılı olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca, Yunanistan otoritelerinin örgütün devletin toprak bütünlüğüne yönelik bir tehdit oluşturduğu yolundaki iddialarını geçersiz bularak, böyle bir iddianın örgüt kurucularının gerçek niyetlerine ilişkin

¹¹² Mah. K., “Leyla Şahin/Türkiye”, (Para. 116).

¹¹³ Mah. K., “Leyla Şahin/Türkiye”, (Para. 117).

¹¹⁴ Hillgruber C.-Jestaedt M., The European Convention on Human Rights and the Protection of Minorities, Köln, 1993, s.15'den aktaran Şeref Ünal, “Uluslararası Hukuk”, Yetkin Yay., Ankara, 2005, s.287.

¹¹⁵ Ayşe Füsün Arsava, “Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi”, Ankara Üniversitesi, SBF Yay., Ankara, 1993, ss:24-27.

¹¹⁶ Oran, a.e., s. 82-83.

şüphelere dayandırılmayacağını belirtmiştir.¹¹⁷ Mahkeme bu davada Yunanistan tarafından imzalanan azınlıklarla ilişkili uluslararası belgelere de gönderme yaparak, “bir devlette azınlıkların ve farklı kültürlerin varlığının uluslararası hukuka göre korunması ve hatta teşvik edilmesi gereğine” dikkat çekmiştir.¹¹⁸ Davada Mahkeme 14. maddeye ilişkin olarak bir inceleme yapmayı gerekli görmemiştir. Oysa böyle bir inceleme yapılarak, derneklerle ilgili mevzuatın ayrımcı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığına ilişkin sonuçlara ulaşmak mümkün olabilirdi. Böyle bir sorgulama ise, davadaki özel olayın ötesinde, belli bir azınlık üzerindeki ayrımcı uygulamaların saptanmasına yol açabilirdi.¹¹⁹

Ancak ulusal azınlık kavramının temel belirleyicisi olan “ulus” kavramının herkesçe kabul görmüş net bir tanımının bulunmaması, dolayısıyla bir insan topluluğunun hangi aşamadan itibaren “ulus” olarak nitelendirileceği konusundaki belirsizlik¹²⁰, özellikle etnik ve ulusal azınlıklar arasında bir ayırım yapılmak istendiğinde ciddi sorunlara yol açmaktadır.¹²¹ Dolayısıyla kavramı tüm yönleri ile kapsayacak nesnel ve genel geçer bir tanım yapmak son derece zordur. Bu durum karşısında bazı araştırmacılar ulusal azınlığı oluşturan temel faktörlerden ilkinin azınlığın kendi ulus bilinci, ikincisini de çoğunluğu temsil eden kesimin azınlık grubuna ilişkin öznel görüşü olarak görmüşlerdir.¹²² Böyle olmakla birlikte, azınlık haklarının korunmasına yönelik kimi politika ve uygulamalar temelde, sözleşmecî devletlerin ulusal takdir marjı içerisinde değerlendirilmektedir.

Azınlık grupları, ancak AİHS’de tanınan hak ve hürriyetlerle sınırlı olarak AİHM önünde, AİHS’deki hakların kullanımında kendi grupları ile çoğunluk veya diğer azınlık grupları arasında farklı muamelede bulunulduğunu iddia etmek yoluyla,

¹¹⁷ Mah. K., “Sidiropulos and 5 Others” (Para. 43-45).

¹¹⁸ Mah. K., “Sidiropulos and 5 Others” (Para. 41-44).

¹¹⁹ Akermark, a.e., s.25.

¹²⁰ Connor, Walker, “When is a Nation”, John Hutchinson, Anthony Smith (Ed.), Nationalism, Oxford University Press, Oxford, 1994, s.154-159’den aktaran, Arısoy, a.e.

¹²¹ Thomas Haymes, “What is Nationalism Really Understanding the Limitations of Rigid Theories in Dealing with the Problems of Nationalism and Ethnonationalism”, Nations and Nationalism, 3(4), 1997, s.547’den aktaran İbrahim Alper Arısoy, “**Avrupa Birliği ve Azınlıklar**”, DEÜ Sos. Bil. Enst Avr. Birl. Ana Bilim Dalı Y. Lisans Tezi, İzmir, 2002, s.12.

¹²² I. Claude, National Minorities: An International Problem, Harvard University Press, Cambridge, 1995, s.2’den aktaran, Arısoy, a.e.

ayrımcılığın mahkeme önünde tespit edilmesini sağlayabilirler. Mahkeme burada dava konusu edilen devletten, farklı muameleyi temellendirecek objektif ve makul nedenler sunmasını bekleyecektir. Azınlık konumlarına ilişkin sorunların gündeme geldiği davalarda, 14. madde açısından ayrıca bir değerlendirme yapılması, azınlıklara yönelik doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkların saptanması bakımından önem taşımaktadır. AİHS'nin 14. maddesinde yasaklanan ayrımcılığın AİHM içtihadında yaygın olarak karşımıza çıkan ilk biçimi, iki kişi, hükümet dışı kuruluş ya da grubun kişileri arasında hiçbir objektif ve makul nedene dayanmayan farklı muamele biçiminde karşımıza çıkan doğrudan ayrımcılıktır. Farklı muamele, bir yasa ya da düzenleyici işlemden ortaya çıkabileceği gibi, söz konusu yasa ya da düzenleyici işlem ayrımcı bir nitelik taşımasa bile, uygulamada da dolaylı ayrımcılık olarak karşımıza çıkabilir. Bu ikinci tip ayrımcılığın ortaya çıkarılması daha güçtür. Çünkü uygulamanın ayrımcı bir temelde yapıldığının ortaya konması her zaman çok kolay olmayabilir. Bununla birlikte Mahkeme, devletlerin azınlıklara yönelik kimi pozitif ayrımcılık ya da özerklik politikalarını da AİHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen maddelerine aykırı bulmamaktadır.¹²³ Nitekim AİHS'nin 53. maddesi AİHS'deki hiçbir hükmün, sözleşmeciler devletlerin yasalarında ya da taraf olduğu herhangi bir Sözleşmeye göre tanıyabileceği insan hakları ve temel özgürlüklerden herhangi birini sınırladığı ya da ona aykırı düştüğü biçiminde anlaşılamayacağını belirtmektedir.

Günümüzde devletler azınlığa mensup olanlar ile çoğunluk arasında “tam” ve “etkili” eşitliği sağlamak için her alanda gerekli önlemleri alma ve pozitif ayrımcılık uygulama yükümlülüğü altına girmektedirler.¹²⁴ Bununla birlikte bu tam ve etkili eşitliğin, azınlıkları ve azınlık kimliğini koruyan ek tedbirlerle gerçekleştirilebileceği anlayışı kabul görmektedir.¹²⁵ Ancak Mahkeme bunun ötesinde dolaylı ayrımcılık alanına girerek, en azından AİHS'de düzenlenen hak ve özgürlükler kapsamındaki alanlarda, devletleri pozitif önlemler almaya zorlayamamaktadır. Ancak yine de Mahkeme somut olayın niteliğine göre önüne gelen bazı davalarda, devletin azınlık konumunu dikkate alarak çeşitli önlemler alma yükümlülüğüne de değinmiştir.

¹²³ Mah. K., “Ünal Tekeli/Türkiye”, (Para. 61)

¹²⁴ Çavuşoğlu, a.e., s.67.

¹²⁵ Fethiye Çetin, “Azınlıkların Korunması: Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı İlkesi”, Toplum ve Hukuk Dergisi, yıl:2, sayı:6, Şan Ofset Baskı, 2003, s.78.

Bununla birlikte pek çok davada da, Mahkeme azınlıklarla ilgili konuları hukuki olmaktan çok, siyasi olarak kabul etme eğilimindedir ve bazı davalarda Mahkeme, bu konuların devletlerin yetki alanına girdiği yönünde kararlar almıştır.¹²⁶ O nedenle Mahkeme, ayrımcılık yönünden değerlendirmeler yapmaktan veya 14. madde açısından ayrıca inceleme yapmaktan genel olarak kaçınmıştır.¹²⁷

f. Diğer Ayrımcılıklar

Ayrımcılık nedenleri konusundaki sayımın sınırlayıcı olmayıp örnekleyici nitelikte olduğu “herhangi başka bir durum bakımından” şeklinde biten ibareden anlaşılmaktadır.¹²⁸ 14. maddede hangi gerekçelerle işlemde farklılık olmaması gerektiği sıralanmaktadır. Ancak bu liste daha önce de belirtildiği gibi eksiksiz bir liste değildir. Diğer statüler şeklindeki geniş gruplama belirtilen gerekçeler listesi kapsamına girmeyen insanların ya da kişilerin oluşturduğu kategorilerin de 14. madde çerçevesinde korunduğu anlamına gelmektedir. Bununla ilgili dikkate değer ve en çok karşılaşılan örnekler ise cinsel yönelim ve engelliliktir.

Ayrımcılık nedeni olarak kültürel kimliğin hak olarak tanınıp tanınmaması konusunda ise Donnely şöyle demektedir; “Kültürel kimlik, kişilerin kendi hayatlarını yaşarken kazandıkları şeydir. Devletin kişilere bir kültürel kimlik hakkı sağladığı yerde, bu genellikle kendilerine karşı ayrımcılık yapmak için olur. Kültürel kimliğe karşı saldırılar da zaten yasak olan ‘ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka statü’ gibi nedenlere dayanan bir ayrımcılık biçiminde ortaya çıkacaktır. Kültürel kimliği korumanın yolu, zaten mevcut olan sivil, siyasi ve kültürel hakları korumaktır. Başka bir ifadeyle kültürel kimlik, uluslararası düzeyde tanınan insan haklarıyla zaten

¹²⁶ Birsan Erdoğan, “Uluslararası Hukukta Azınlık Haklarının Korunması: BM ve Avrupa Sistemlerinin İncelenmesi”, Türkiye’de İnsan Hakları, TODAİE, Ankara, 2000, s.242.

¹²⁷ Mah. K., “Kurt/Türkiye”, (Para. 143); “Kaya/Türkiye”, (Para. 109-110); “Yaşa/Türkiye”, (Para. 117); “Tekin/Türkiye”, (Para. 70).

¹²⁸ Mah. K., “Engel and Others/Hollanda”, (Para.72).

korunmaktadır. Bu nedenle şu anda tanınan haklarla yapılamayan hiçbir şey kültürel haklarla da layıkıyla yapılamaz”.¹²⁹

C. AİHS’de Tanınan Ayrımcılık Nedenlerinin Ayrımsız Sağlanması

1. Hükümün Dar Yorumu

Sözleşme’nin 14. maddesi, tanınan hak ve özgürlüklerin kullanımında her ayrımcılığı yasaklamış değildir. Bu nedenle Sözleşme’nin Fransızca metni genel nitelikte olmasına rağmen bu metin, daha sınırlı olan İngilizce metnin yorumuyla okunmalıdır. Böylece hakların “hiçbir ayrımcılık yapılmadan” sağlanması gerektiği yerine “ayrımsız” olarak sağlanması gerektiği anlaşılacaktır. Ancak 14. madde Fransızca metnin yorumuyla okunursa, haklar ve özgürlüklerden yararlanmada herkese tam bir eşitlik sağlamayan pek çok yasal hükümün, AİHS’ye aykırı olduğu sonucuna varılacaktır.¹³⁰ Oysaki yetkili ulusal görevliler çoğu zaman farklı hukuki çözümler gerektiren çeşitli ve değişik durum veya sorunlarla karşı karşıyadırlar; kaldı ki bazı hukuki eşitsizlikler fiili eşitsizlikleri ortadan kaldırma amacı güderler. Bu nedenle sonuç olarak yukarıda değinilen genişletici yorum kabul edilebilir değildir”¹³¹

2. Pozitif Ayrımcılık

Pozitif ayrımcılık, çoğunlukla azınlık arasında hukuki ve fiili eşitliğin sağlanması için azınlık kimliğinin korunması amacıyla bağli olarak anlam kazanmaktadır. Diğer bir deyişle 14. madde, topluluğun çıkarlarının korunması ile AİHS’nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükler arasında adil bir denge kuran farklı muameleleri yasaklamamaktadır. Bu bağlamda sosyal, ekonomik ve politik alanda doğuştan taşıdıkları özellikler yüzünden dışlanmış azınlıkların

¹²⁹ Jack Donnelly, “Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları”, Yetkin Yay., Çev: Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Ankara, 1995, s.168.

¹³⁰ Gözübüyük, Gölcüklü, a.e., s.403.

¹³¹ Gözübüyük, Gölcüklü, a.e., s.403.

dışlanmışlıklarını bir ölçüde azaltmak ve uzun vadede engellemek adına ortaya çıkan pozitif ayrımcılık kavramı, ayrımcılıktan kaynaklanan eşitsizliği, dışlanmış gruplara sorunun kaynağına göre daha farklı haklar vererek çözmeyi hedefler.

Örneğin kadın-erkek eşitsizliği, ekonomik, siyasi, ideolojik ve kültürel her türlü ayrımcılığı içinde barındıran toplumsal bir sistem olarak var olmuştur. Bu tür bir sistematik ayrımcılık ise, eşitsizliği kalıcı duruma getirmektedir.¹³² Dolayısıyla böylesi bir ayrımcılık, ancak dışlanmış azınlıklara öncelik tanıyan sistematik politikalarla ortadan kaldırılabilecektir. Bu bakımdan sonuçlarda eşitliği elde edebilecek bir içeriğe sahip bulunan pozitif ayrımcılık, toplumsal kaynakların yeniden dağıtımını kadınlar lehine dönüştürmektedir.

Pozitif ayrımcılık bağlamında ayrımcılığın önlenmesi ile azınlıkların korunması arasındaki en önemli fark ise şudur: Ayrımcılığın önlenmesi, çoğunluk ve azınlık arasındaki dengesizliği ortadan kaldırmaya yönelik geçici bir olgudur; hâlbuki azınlıkların korunması, azınlığın azınlık olarak kalmasını, hatta güçlenmesini amaçladığından kalıcı bir olgudur. Arısoy bu noktada doğrudan azınlık kavramının doğasıyla ilgili olarak ortaya çıkan şöyle bir çelişkiye değinmektedir: “Bazı azınlık grupları kendilerine azınlık hakları verilmesini talep ederek pozitif ayrımcılığı desteklerken, bazıları ise içinde yaşadıkları topluma uyumu hedeflediklerinden, pozitif de olsa ayrımcılığın her türlüsüne karşı çıkmaktadırlar”.¹³³

Pozitif ayrımcılık politikalarının oluşumunda (örneğin Yehova Şahitlerine askerlik muafiyeti, ulusal azınlıklara seçim barajı muafiyeti ya da anadilde eğitim hakkı gibi) AİHM, 14. maddeye dayanarak bu politikaların ayrımcı bir temelde yapılandırılmış olup olmadığını sorgulayabilmektedir.¹³⁴ Farklı sorunların doğası gereği farklı şekilde çözümlenmesi gerekeceğinden bazen farklı uygulamalar ayrımcılık değil, tam tersine adalete uygun sonuçlar verebilir. Bu nedenle önemli olan, somut bir olayda farklı uygulamayı haklı gösterecek meşru nedenler bulunup

¹³² Serpil Sancar, “Siyasal Yaşam ve Kadınlara Destek Politikaları”, KSSGM Yay., Ankara, 1997, s.6.

¹³³ Arısoy, a.e., s.14.

¹³⁴ Mah. K., “Languages in Education in Belgium/Belçika”, (Para. 18).

bulunmadığını belirlenmesidir. Ayrımcılığı düzeltme amacı güden pozitif ayrımcılıkla ilgili olarak, önceden mevcut olan bir eşitsizliği ortadan kaldırma amacının farklı muamele için meşru bir neden olduğu kabul edilmektedir. Mahkeme, sözleşmecî devletlerin fiili eşitsizliklerin önüne geçmek için aldığı pozitif önlemleri ve objektif ve makul bir nedene dayanan tüm farklılaşmaları 14. maddeye aykırı bulmamakla birlikte, bu tip farklılaşmaları yapmamış devletleri genellikle 14. maddeye dayanarak sorumlu tutma yoluna gitmemektedir. Fottrell, bu durumun, 14. maddenin AİHS'deki diğer hak ve özgürlüklere bağımlı yapısından kaynaklandığını belirtmektedir.¹³⁵

3. Dolaylı Ayrımcılık

Ayrımcılık birbirinden farklı konumdakilere farklı şekilde davranılmaması nedeniyle, dolaylı bir biçimde de ortaya çıkabilir. Gilbert, dolaylı ayrımcılığı, “bir yasa ya da işlemin ilgili herkese eşit bir şekilde uygulanması ancak toplumun bir bölümü üzerinde orantısız etkilere sahip olması” ile ortaya çıkan ayrımcılık biçimi olarak tanımlamaktadır.¹³⁶ Diğer bir deyişle dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız olan bir hükmün, uygulamanın ya da ölçütün korunan gruba ait kişileri diğer kişilerle karşılaştırıldığında dezavantajlı bir durumda bırakmasıdır.¹³⁷ Söz konusu hüküm, uygulama ve ölçütler, meşru bir amaçla objektif olarak haklı çıkarılmadıkları ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar gerekli ve orantılı olmadığı sürece dolaylı ayrımcılığa neden olacaktırlar.

Dolaylı ayrımcılıkta doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi kıyas edileceklerin doğru olarak saptanması güçtür. Örneğin dil becerilerinin aranması gereken dilbilim profesörlüğü, edebiyat öğretmenliği gibi alanlarda işveren ulusal dile hâkim olma ve akıcılık gibi yüksek standartlar öngörebilir ve bu standartların kullanılması haklı

¹³⁵Deirdre Fottrell, “**Ever Decreasing Circles: Affirmative Action and Special Measures Under International Law**”, *Minority and Group Rights in the New Millenium*, Ed. Bowring/Fottrell, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, s.190-191.

¹³⁶ Gilbert, a.e., s.7.

¹³⁷ Sacha Prechal, “**Combating Indirect Discrimination in Community Law Context**”, *Legal Issues of Europa Instituut University of Amsterdam, Deventer, The Netherlands*, 1993, s.81.

görülebılır. Buna karşın eğer bir kol işçiliği söz konusu ise böyle bir koşul haklı çıkartılamaz.¹³⁸

Mahkeme, Belçika Eğitim Dili davasında eşit muamele ilkesini ve 14. maddenin anlamını değerlendirirken, bu maddenin AİHS'deki hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanamayacağını, belirli bir farklılaştırma hiçbir objektif ve makul nedene dayanmıyorsa, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmiş olacağını vurgulamıştır.¹³⁹ Bu durumda, objektif ve makul bir nedene dayanan farklılaştırmalar, AİHS'ye aykırılık oluşturmayacaktır. Bunun da bir adım ötesinde, objektif ve makul nedene dayanan bir farklılaştırmanın yapılmayarak eşit muamele yapılmasının AİHS'ye aykırılık oluşturabileceği durumlar bulunur. Yani, 14. maddedeki ayrımcılık yasağı ilkesi aynı konumdaki kişilere farklı muamele şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, farklı konumdaki kişilere eşit muamele yapılması ile ortaya çıkan dolaylı ayrımcılık şeklinde de kendisini gösterebilir.

Thlimmenos davasında Mahkeme, "AİHS'nin güvence altına aldığı haklardan ayrımcılığa uğramadan yararlanma hakkı, devletlerin durumları belirgin bir biçimde farklı olan kişilere objektif ve makul nedenler olmaksızın benzer muamelede bulunmaları durumunda da ihlal edilmiş olur" saptamasını yaparak 9. madde ile birleşim halinde 14. maddenin ihlaline karar vermiştir.¹⁴⁰ Mahkemenin 14. maddede yasaklanan ayrımcılığın, benzer durumda olan kişilere objektif ve makul bir neden olmaksızın farklı muamelede bulunulmasının yanı sıra, durumları açıkça birbirinden farklı kişilere objektif ve makul bir neden olmaksızın benzer davranılmasını da içerdini kabul etmek suretiyle, dolaylı ayrımcılık alanını da incelemesine dâhil etmiştir.¹⁴¹

¹³⁸ **Capacity Building of Civil Society dealing with Anti-Discrimination**, Human European Consultancy in Partnership with the Migration Policy Group, (Çevrimiçi) ec.europa.eu/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/civil/trainman_tr.pdf, September 2005, s.12, 09.11.2006.

¹³⁹ Mah. K., "Languages in Education in Belgium/Belçika", (Para. 18).

¹⁴⁰ Mah. K., "Thlimmenos/Yunanistan", (Para. 39).

¹⁴¹ Mah. K., "Thlimmenos/Yunanistan", (Para. 44).

Ancak Mahkeme'nin 14. maddeye ilişkin olarak Thlimmenos davasında getirdiği içtihadı açılımın devam ettirilmediği ve 14. madde incelemelerinde bunun ötesine geçilmediği görülmektedir. Bunun bir nedeni, 14. maddenin bağımsız bir hüküm olmayıp “hak ve özgürlükleri düzenleyen her bir maddenin bütünüyle parçasını oluşturması”ndan kaynaklanmaktadır. Nitekim AİHM, AİHS’de güvence altına alınan diğer haklara ilişkin ihlal sonucuna ulaştığı durumlarda genellikle ayrıca bu hükümlerle birlikte 14. madde ihlalini incelemeyi gereksiz bulmaktadır.¹⁴² Bu incelemenin yapılmaması ise Thlimmenos davası ile Mahkeme içtihadına girer gibi görünen dolaylı ayrımcılık konusunun, büyük ölçüde Mahkemenin inceleme alanından çıkarılmasına neden olmaktadır. Mahkemenin 14. maddeye ilişkin bir inceleme yapmayı uygun bulduğu durumlarda ise, somut olayın niteliğine göre, objektif ve makul nedene dayanmayan farklı muameleyi ihlal nedeni sayarken, dolaylı ayrımcılık konusunda belirgin bir tutumu olmadığı söylenebilir. Bu nedenle bir görüşe göre, dolaylı ayrımcılıkla ilgili dava açma gücü göz önünde tutulduğunda, dava açmak yerine hukuki düzenlemeleri gözden geçirerek, ayrımcılık güden hükümleri yürürlükten kaldırmak daha iyi bir çözümdür.¹⁴³

Gilbert görünüşte yansız bir yasanın ayrımcı bir temelde uygulanması konusunda, Mutlu ve Yıldız/Türkiye¹⁴⁴ ve Kalın, Gezer ve Ötebay/Türkiye gibi davalarda başvuru sahiplerinin ayrımcılık iddialarını örnek olarak vermiştir.¹⁴⁵ Bu davalarda başvuru sahipleri terör suçu şüphesiyle gözaltına alınmışlar ve ilgili yasanın terör suçları için olanaklı kıldığı daha uzun gözaltı süresine tabi olmuşlardır. İlgili yasalar 4 günlük ya da 15 günlük gözaltı süresine ilişkin ayrımı suçlar temelinde yapmakla birlikte, başvuru sahipleri 5. madde ile birleşim halinde 14. maddenin de ihlal edilmiş olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ancak Mahkeme başvuru sahiplerinin bu iddiasını kabul edilmez bulmuştur.

¹⁴² Mah. K., “Castells/İspanya”, (Para. 51); “Airey/İrlanda”, (Para. 30); “Kremzow/Avusturya”, (Para. 80).

¹⁴³ Prechal, a.e., s. 81-87.

¹⁴⁴ Mah. K., “Mutlu and Yıldız/Türkiye”; “Kalın, Gezer and Ötebay/Türkiye”.

¹⁴⁵ Geoff Gilbert, “**Jurisprudence of the European Court and Commission of Human Rights in 2000 and Minority Groups**” Department of Law and Human Rights Centre, University of Essex, 2001, (Çevrimiçi) <http://www.greekhelsinki.gr>, s.6-7, 10.11.2006.

D. AİHS'nin 14. Maddesinin Tamamlayıcı Hüküm Olma Özelliği

Mahkeme kararları esasen 14. maddeyi geniş yorumlamaktadır. Buna göre, 14. maddenin AİHS'deki diğer haklardan tamamen bağımsız olarak uygulanması mümkün değildir; ayrımcılık gözetildiği iddia edilen konu mutlaka AİHS'de tanınan haklardan birinin kapsamına girmelidir. Başka bir deyişle, 14. madde AİHS'nin koruduğu “hak ve özgürlüklerden yararlanma” konusunda hüküm ifade ettiği için bağımsız bir varlığa sahip değildir ve bu madde AİHS'de mevcut öteki normatif hükümleri tamamlamaktadır; çünkü güvence AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerle ilgilidir.¹⁴⁶ Ancak bununla birlikte, 14. maddenin ihlal edildiğinin kabul edilebilmesi için bağlantılı olan hakkın da ihlal edilmiş olması gerekmemektedir.

Rasmussen/Danimarka davasında bu husus açıkça belirtilmektedir: “14. madde, AİHS'nin ve Protokollerin bağımsız hükümlerini tamamlayıcı niteliktedir. Yalnızca bu hükümlerde teminat altına alınan “hak ve özgürlüklerden yararlanma” bağlamında yürürlüğe girdiğinden, tek başına uygulama alanı yoktur. Söz konusu olgular, diğer bu hükümlerden en az birinin kapsamına dâhil olmadığı sürece uygulanamaz. Ne var ki 14. madde, AİHS'nin bir başka maddesiyle birlikte ele alındığında gündeme gelmekle birlikte, maddenin ihlali için söz konusu maddenin de ihlali gerekmemektedir.¹⁴⁷ Mahkeme, 14. maddenin bu niteliğine ilişkin olarak Inze/Avusturya davasında da şu değerlendirmede bulunmaktadır: “Mahkeme, AİHS'nin 14. maddesinin bağımsız bir varlığı olmadığını hatırlatır.¹⁴⁸ Ancak, 14. maddenin uygulanması için diğer bir ya da daha fazla hakkın ihlal edilmiş olması gerekli değildir ve bu açıdan 14. madde özerkliğe sahiptir”. Mahkeme, Belçika Eğitim Dili Davası'nda da 14. maddenin bu açıdan tamamlayıcı ama ihlalin değerlendirilmesi açısından otonom niteliğine vurgu yapmaktadır.¹⁴⁹

Bir tasarruf kendi başına AİHS'de belirtilen hak ve özgürlüklere uygun olabilir; ancak bu tasarruf 14. madde ile birlikte okunduğunda, ayrımcılık niteliğine

¹⁴⁶ Mah. K., “National Union of Belgian Police/Belçika”, (Para. 44).

¹⁴⁷ Mah. K., “Rasmussen/Danimarka”, (Para. 29).

¹⁴⁸ Mah. K., “Inze/Avusturya”, (Para.36).

¹⁴⁹ Mah. K., “National Union of Belgian Police/Belçika”, (Para. 44).

sahip olduğu gerekçesi ile AİHS’de belirtilen bir hakkı ihlal edebilir. Ancak şikâyet konusu olayın AİHS’de yer alan hak veya özgürlüklerden en az birisinin kapsamına girmediği durumlarda, 14. maddenin uygulanma yeteneği yoktur.¹⁵⁰ Bu nedenle 14. madde hükmünün ihlali iddiasıyla Mahkeme önüne getirilen somut olaydan hareketle yapılacak incelemede, organlar önce ortada AİHS’ye dâhil bir hakkın ve benzer durumun var olup olmadığını araştırmaktadır.¹⁵¹ Örneğin özgürlükten mahrum edici bir yaptırımın yerine getiriliş şekline ilişkin bir ayrımcılık, 14. maddenin kapsamı dışında değildir; tam aksine bu konu, 5. maddenin 1. fıkrasında öngörülmuş olan haktan yararlanmanın sağlanması şeklini etkilemektedir.¹⁵² Ancak AİHS’nin normatif hükümlerinden biriyle bağlantılı olarak 14. maddenin de ihlal edilmiş olduğunun ileri sürüldüğü davalarda, asıl hükmün ihlal edilmiş olduğu sonucuna varılmışsa Mahkeme, davanın “önemli bir yönünü” oluşturmadığı zaman, olayı bir de 14. madde açısından incelemeyi, çoğu zaman gereksiz bulmaktadır.¹⁵³

AİHS’nin 14. maddesi tek başına göz önüne alınarak uygulanabilecek bir hüküm içermekle birlikte, ayrımcılık genelde bir hakkın kullanılması çerçevesinde yapılan bir uygulama dolayısıyla söz konusu olduğundan, 14. madde, AİHS’nin diğer hükümlerinin uygulanması çerçevesinde ve onlarla birlikte değerlendirilmektedir. Örneğin, AİHS’nin 8-11 maddelerinin 1. paragrafları belirli hak ve özgürlükleri güvence altına almakta, 2. paragraflarında da, devletlere bazı koşullar altında bu hakları kısıtlama yetkisi tanımaktadır. Sözleşmeciler devletler kısıtlamaya ilişkin bu yetkilerini kullanırken, AİHS’nin 14. maddesini göz önüne almak zorundadırlar. Ayrıca, kısıtlama AİHS’ye uygun olarak yapılmış olsa da, uygulama keyfi ve ayrımcı olduğu takdirde, bu durum yine 14. maddeye aykırıdır. Bu nedendir ki, anılan hükümlere ilişkin şikâyetlerde, AİHS’nin 14. maddesinin de ihlal edildiği iddia edilmektedir.¹⁵⁴ Airey/ İrlanda davasında belirtildiği gibi, bir haktan yararlanmada açık bir eşitsizlik olduğu ortadaysa ve bu eşitsizlik davanın temel yönünü

¹⁵⁰ Mah. K., “Van der Mussel/Belçika”, (Para. 43); “Rasmussen/Danimarka”, (Para.29); “Pine Vallet Developments Ltd and Others/İrlanda”, (Para. 62).

¹⁵¹ Mah. K., “Observer and Guardian/İngiltere”, (Para. 73-74).

¹⁵² Mah. K., “Engel and Others/Hollanda”, (Para. 72).

¹⁵³ Mah. K., “Castells/İspanya”, (Para. 51); “Airey/İrlanda”, (Para. 30); “Kremzow/Avusturya”, (Para. 80).

¹⁵⁴ Ünal, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, s.313-314.

oluşturuyorsa bile, Mahkeme hem ayrımcılık konusunu, hem de temel hak konusunu ele almaktadır.¹⁵⁵ Diğer hususlarla ilgili olarak Mahkeme sadece bir davanın ayrımcılık öğelerine odaklanmaktadır.

14. maddeye, AİHS’de tanınan hakların kullanımı ve bu hakların kısıtlanmasında ayrımcılığa uğramama hakkını düzenlemesi ve bu haklardan bağımsız bir niteliğe sahip olmaması niteliği nedeniyle “parazit madde” de denilmektedir.¹⁵⁶ Yani herhangi bir hakkı veya menfaati nedeniyle kendisine ayrımcılık yapılan bir kişi, bu hak AİHS ile güvenceye alınmış değilse, ayrımcılığa uğratıldığı gerekçesiyle Mahkeme’ye başvuramaz.¹⁵⁷

E. AİHS’NİN 14. MADDESİ BAĞLAMINDA YASAKLANMIŞ OLAN AYRIMCILIK

14. madde hükmünün ihlali iddiasıyla AİHM önüne getirilen somut olaydan hareketle yapılacak incelemede, Mahkeme organları üç aşamalı bir inceleme yapmakta olup; önce ortada AİHS’ye dâhil bir hakkın ve benzer durumun var olup olmadığı araştırılmakta; sonra benzer durumdaki kişiler arasında hak ya da özgürlükten yararlanma bakımından fark gözetilip gözetilmediği saptanmakta;¹⁵⁸ şayet bir muamele farkı saptanmışsa, bu defa gözetilen farkın objektif ve makul bir nedene sahip olup olmadığına ilişkin araştırma, devletin sahip bulunduğu takdir marjı da göz önünde tutularak, bu muamele farkının meşru bir amacının olup olmadığı ve amaç – araç orantısı sorgulanarak¹⁵⁹ sonuca varılmaktadır.

Ayrımcılık yasağı eşitlik ya da benzerlik gösteren durum veya koşullar bakımından geçerli bir kavram olduğu için¹⁶⁰ somut olaya has koşulların farklılığı

¹⁵⁵ Mah. K., “Airey/İrlanda”, (Para. 30).

¹⁵⁶ Javaid Rehman, “**International Human Rights Law: A Practical Approach**”, Volume 18, Harlow: Longman, London, 2003, s.155.

¹⁵⁷ Akıllıoğlu, a.e., s.272.

¹⁵⁸ Mah. K., “Vermeire/Belçika”, (Para. 25-28); “Hoffmann/Avusturya”, (Para. 33).

¹⁵⁹ Mah. K., “Engel and Others/Hollanda”, (Para.34); “Rasmussen/Danimarka”, (Para. 34).

¹⁶⁰ Mah. K., “Lithgow and Others/İngiltere”, (Para.177); “Moustaquim/Belçika”, (Para.49); “Fredin/İsveç”, (Para.59).

durumunda bir ayrımcılıkla karşılaşılması her zaman mümkündür.¹⁶¹ O halde karşılaştırmaya konu iki durum arasında bir eşitlik ya da benzerlik varsa bu takdirde muamele farkının “meşru bir amacının” olup olmadığı ve “kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasındaki orantılılık” incelemesi belirleyici olmaktadır. Orantılılık ise, söz konusu toplumun yaşamını belirleyen hukuki ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilmektedir. Yani her farklı muamele 14. maddenin ihlali anlamına gelmemektedir. 14. maddeye göre eşit durumda olanlara eşit muamele yapılması zorunludur ve karşılaştırılan durumlar arasında benzerlik olup olmadığına bakılmaktadır. Benzerin benzerle kıyaslanması esastır. Örneğin, Van der Mussele/Belçika davasında, avukat olan başvurucuların sağlık mesleği icra eden meslek grupları ile aynı statüde olmadığı vurgulanarak ayrımcılık yasağına aykırı bir durum olmadığı tespit edilmiştir.¹⁶²

Mahkeme, Burghartz/İsviçre kararında, “cinsler arasındaki hak eşitliği eğiliminin kuvvet kazandığı günümüzde cinsiyete dayanan bir ayrımcılığın kabulü için devletlerin çok daha ağırlıklı ve geçerli nedenlere sahip olması gerektiği”ni belirtmiştir¹⁶³. Bu görüş, bir ayrımcılığı meşru kılacak “objektif ve makul nedenler” kavramının, bazı durumlarda daha da yoğunluk kazanması gerektiğini göstermektedir. Mahkemeye göre AİHS, öteki uluslararası sözleşmeler benzeri, isim konusunda, her ne kadar bir hüküm içermemekte ise de, kişinin taşıdığı adın özel hayat ve aile hayatı kavramına dâhil bulunduğu şüphesizdir. Karısının soyadını alan kocanın bu soyadın önüne kendi soyadını eklemesini yasaklayan, buna karşılık kocanın soyadını alan kadına bu hakkı tanıyan yasa hükmü, cinsiyete dayanan bir ayrımcılık getirmektedir ve objektif ve makul bir nedene dayanmadığı gerekçesi ile konu, AİHS’nin 8. maddesi yönünden 14. maddenin ihlali sayılmıştır.¹⁶⁴

AİHM’nin ayrımcılık yasağına ilişkin belirtilen ölçütleri doğrultusunda her somut olayda; haklı bir neden olup olmadığı, içinde bulunulan toplumla bağlantılı olarak, başvuruya konu olan tasarrufun amacı ve sonucunun arasındaki ilişki, amaçla

¹⁶¹ Mah. K., “Engel and Others/Hollanda”, (Para.73).

¹⁶² Mah. K., “Van der Mussele/Belçika”, (Para. 46).

¹⁶³ Mah. K., “Burghartz/İsviçre”, (Para.27).

¹⁶⁴ Mah. K., “Burghartz/İsviçre”, (Para.27 ve son); “Karlheinz Schmidt/Almanya”, (Para.24 ve son).

araç arasındaki ilişkinin orantılılığı ve ayrımcılık yapılarak bir kısıtlama getirilip getirilmediği değerlendirilecektir. Dolayısıyla, ölçütlerin somut olaya uygulanmasında farklılıklar olma ihtimali her zaman vardır.

1. Meşru Bir Amaca Yönelik Olmaması

Bir kişiye ya da bir grup kişiye diğerlerinden farklı davranmayı ifade eden farklı muamelenin hukuken haklı olabilmesi için meşru bir amacının olması gerekir. Ancak AİHS'nin belirlediği bir hakkın kullanımında ortaya çıkan farklı muamelenin meşru bir amacının olması da yeterli değildir; “kullanılan araç ile gerçekleştirilmesi istenilen amaç arasında makul bir orantılılık” olmadığı kanıtlandığında da, 14. maddenin ihlal edildiği kabul edilir.

Abdülaziz ve diğerleri/İngiltere davasında, İngiltere hükümeti kadınlara erkeklerden daha farklı muamele etmesinin ardındaki amacın erkek işgücü üzerinde göçün etkileri hakkında duyduğu endişeden kaynaklandığını belirtmiş; Mahkeme ise bu gerekçenin meşru bir amaca sahip olmadığına karar vermiştir.¹⁶⁵ Farklı muamelenin öne sürüldüğü birçok davada söz konusu farklı muamelenin göreceliliği birçok durumda kesinleştirici unsur olmaktadır. Ancak muamele farklılığının göreceli olup olmadığı ile ilgili olarak, Mahkeme üye devletlerin geniş bir takdir payı olduğunu kabul etmektedir. Bu, özellikle vergilendirme ve ulusal güvenlik ile ilgili davalarda geçerlidir.

AİHM, Leyla Şahin davasında ise 14. madde açısından ihlal tespit etmemekle birlikte, devlet tarafından yapılan müdahalenin başkalarının hak ve özgürlüklerinin ve kamu düzeninin korunmasına ilişkin meşru amaçlar güttüğünü tespit etmiş olup, bu tespitleri yaparken davanın şartlarını ve ulusal mahkemenin kararlarındaki tabirleri dikkate almıştır.¹⁶⁶ Tarhanlı, uluslararası hukuk düzeninde meşruiyet kavramının, bu kavramın etkisine işaret eden bazı göstergeler ışığında

¹⁶⁵ Mah. K., “Abdülaziz, Cabales and Balkandalı/İngiltere”.

¹⁶⁶ Mah. K., “Leyla Şahin/Türkiye”, (Para. 84).

incelenebileceğini belirtmiştir¹⁶⁷: Bunlar “belirginlik ve kesinlik”, “biçimsel geçerlilik”, “uygunluk” ve “bağlılık”tır. Ancak mahkemenin bu hususta kullanmış olduğu kavramlar çok net olmayan, muğlak kavramlardır. Örneğin kamu düzeni kavramı, iktidarı elinde bulunduranların zihniyet yapısına göre değişen ve objektif olmayan bir kavramdır. Yani kamu düzeni kavramı kullanılarak yapılan birçok işlem meşru gösterilebilir ve bu işlemlerin haklılığı savunulabilir.¹⁶⁸ O nedenle yukarıda sayılan göstergelerden meşruiyet değerlendirilmesinin yapıldığı konuya ilişkin hukuk normlarının, belirgin ve kesin bir anlama sahip olması gerektiği anlamına gelen “belirginlik ve kesinlik” göstergesinin daha evrensel, net ve objektif bir içeriğe sahip olması beklenmektedir.

2. GÜDÜLEN AMAÇLA KULLANILAN ARAÇ ARASINDA MAKUL BİR ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN OLMAMASI

Ölçülülük kavramı, iki ayrı ve farklı menfaat arasındaki dengeyi; ulaşılmak istenilen meşru amaçla, bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki veya elde edilecek genel yarar ile sınırlamanın neden olduğu kişisel zarar arasındaki orantılılığı ifade etmektedir.¹⁶⁹ Mahkeme, ölçülülük araştırmasında, müdahaleye gerekçe teşkil eden amacın, AİHS düzeyinde meşruluğu yanında; bu amaç için ileri sürülen gerekçenin yeterliliği ve uygunluğunu; bu konuda “sıkıştıran bir toplumsal ihtiyacın” mevcut olup olmadığını ve nihayet ihtiyaçlarla dengeli bulunup bulunmadığını denetlemektedir.¹⁷⁰ AİHM, ölçülülük kavramını ilk kez AİHS’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı çerçevesinde kullanmıştır.¹⁷¹ Bu bakımdan AİHS’nin 14. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitinde son belirleyici olan ilke, ölçülülük ilkesi olmaktadır.

¹⁶⁷ Turgut Tarhanlı, “**Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk**”, (Çevrimiçi) www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg20/tarhanli.pdf, s.5, 09.11.2006.

¹⁶⁸ Mehmet Yavuz, “**Türban Meselesinde AİHM Kararı**”, (Çevrimiçi) <http://politics.ankara.edu.tr/karahan/Seminer/2004-2005/turbankarari-mehmetyavuz.pdf>, AÜ Siyasal Bilg. Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü, Ankara, 2005, ss.17-18, 09.11.2006.

¹⁶⁹ Gözübüyük, Gölcüklü, a.e., s.145.

¹⁷⁰ Gözübüyük, Gölcüklü, a.e., s.146.

¹⁷¹ Marc Andre Eissen, “**The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights**”, The European System for the Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, ed. by R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, London, 1993, s.140.

AİHM, Belçika Eğitim Dili Davası'nda, bazı beldelerde anadilleri Fransızca olan çocukların Fransızca okullara alınmamasını düzenleyen Mevzuatın 1., Protokolünün 2. maddesinin birinci cümlesine uygunluğunu denetlemiştir. Mahkemeye göre okula almama tedbirinde, gerçekleştirilmek istenen amaçla kullanılan araç arasında ölçülülük bulunmamaktadır. Bu nedenle 1. Protokolün 2. maddesinin birinci cümlesiyle bağlantılı olarak 14. madde hükmü ihlal edilmiştir.¹⁷²

Benzer şekilde Abdülaziz Cabales ve Balkandalı/İngiltere davasında da Mahkeme, başvuru sahiplerinin kocalarının İngiltere'ye girişine izin verilmemesinin AİHS'nin 8. maddesindeki özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkını ihlal etmediğine karar vermiş ancak, 8. madde ve aile hayatının korunması ile birlikte okunduğunda 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁷³ Çünkü o zamanki İngiliz Göçmen Yasasına göre, devlette kalma izni almış olan bir adam, karısını da getirebilmekteydi. Ancak benzer konumdaki bir kadının kocasını getirmesi söz konusu değildi. Bu nedenle aslında temel hak ihlal edilmediği zaman bile, madde 14'e başvurulabilir. Çünkü temel hak, söz konusu durumdaki esaslara göre doğmaktadır. Bu davada Mahkeme, İngiltere'de oturma izni almaksızın evli erkeğe nazaran evli kadın için daha ağır koşullar getirilmiş olmasını, bu farklılık işgücü pazarını korumak haklı amacına dayansa bile, söz konusu tasarruf ile güdülen amaç arasında ölçülülük olmadığı için, 14. maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir.¹⁷⁴

3. Takdir Marjının Gözetilmemesi

Ulusal takdir marjı, AİHM önüne getirilen ihlal iddialarının AİHS açısından değerlendirilmesinde ulusal veya toplumsal özelliklerin, ulusal sisteme ilişkin geleneklerin, değer yargılarının vb, az veya çok, ancak belli bir ölçüde gözetilmemesi; AİHS hükmünün ihlal edilip edilmediği araştırmasında, ulusal mercilerin kararları veya işlemleri incelenerek, bunlara tanınan bu takdir alanının sınırlarının açıkça ve AİHS ile bağdaşmaz şekilde aşılmadığının

¹⁷² Mah. K., "Languages in Education in Belgium/Belçika", (Para. 9).

¹⁷³ Mah. K., "Abdülaziz Cabales and Balkandalı/İngiltere", (Para. 71).

¹⁷⁴ Mah. K., "Abdülaziz Cabales and Balkandalı/İngiltere", (Para. 83).

denetlenmesidir.¹⁷⁵ Bazı yönleri bakımından birbirine benzeyen durumlar arasındaki farkların bir “ayrımcılığı” gerektirip gerektirmediği; eğer gerektiriyorsa, gözetilecek ayrımcılık ölçüsü hususunda devletlerin bir takdir yetkisine sahip bulunmaları, meşru olan ve olmayan ayrımcılık konusunda da önemli bir etkiye sahiptir. Keza bu takdir yetkisinin kapsamı özel ve somut durumun kendine has koşullarına, konusuna ve içeriğine göre, amaç – araç orantısı korunması kaydı ile değişmektedir.

Mahkeme’ye göre “hangi dereceye kadarki farklılıkların, farklı bir muameleyi haklı çıkarabileceği konusunda sözleşmecî devletler mutlaka bir ulusal takdir marjına sahiptirler.”¹⁷⁶ Bu takdir marjı alanının tespitinde, somut olaydaki koşullar kadar “sözleşmecî devletlerin hukukları arasında ortak bir zeminin bulunup bulunmadığı” da belirleyicidir. Buna göre durumları birbirinden farklı olanlara aynı normun uygulanmasının ayrımcılık sayılacağı durumların belirlenmesinde, devletlerin uygulamaları ve uluslararası toplumda yaşanan gelişmeler önem taşıyacaktır.¹⁷⁷ Başka bir deyişle ayrımcılığın söz konusu edilebilmesi için, iki veya daha fazla kişi veya gruplar arasında karşılaştırma yaparak, kişiler veya kişi gruplarını diğerlerinden farklı muamele görüp görmediklerinin, görmüşlerse yapılan ayrımcılığın haklı nedenlere dayanıp dayanmadığının belirlenmesi gerekir. Mahkeme bu konuda sözleşmecî devletlere geniş bir takdir hakkı tanımaktadır.

Gerger/Türkiye başvurusunda davacı, 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası uyarınca hapis cezasına çarptırılmış kişilerin, öteki hükümlüler gibi şartla salıverilme olanağından yararlandırılmadıklarını; bunun cezaların infazında ayırım teşkil ettiğini; bu suretle 5. maddenin 1/a fıkrası ile bileşik olarak 14. maddenin çiğnendiğini iddia etmiştir.¹⁷⁸ Mahkeme, anılan yasa uyarınca hüküm giyenlerin, cezanın infazında öteki hükümlülerden farklı işlem görmelerinin kişi grupları bakımından değil; ancak yasa koyucunun ulusal takdir marjına dayanarak terör suçlarını daha ağır

¹⁷⁵ Gözübüyük, Gölcüklü, a.e., s.149.

¹⁷⁶ Mah. K., “Languages in Education in Belgium/Belçika”, (Para. 6).

¹⁷⁷ Ece Öztan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Azınlıklar”, (Çevrimiçi) www.sbu.yildiz.edu.tr/eceyayinlar/ece2.doc, s.10, 10.11.2006.

¹⁷⁸ Mah. K., “Gerger/Türkiye”, (Para. 66).

yorumlaması sonucu suç türüne dayandığı gerekçesiyle olayda ayrımcılık saptamamış; 14. madde hükmünün çiğnenmediğine karar vermiştir.¹⁷⁹

Sonuç olarak sözleşmeci devletler başka bakımlardan birbirine benzer durumlar arasındaki hangi farkların, hangi farklı hukuki işlemi, nasıl ve hangi ölçüde meşru kıldığını tayinde belli bir takdir marjına sahiptirler. Ancak bu takdir marjının kapsamı durum ve koşullara, konu ve içeriğe bağlıdır.¹⁸⁰

F. AİHS'nin 14. Maddesi Bağlamında AİHM'nin Türkiye İle İlgili Kararları

AİHS'nin 14. maddesi bağlamında AİHM'nin Türkiye ile ilgili verdiği kararlara genel olarak bakıldığında, başvuruçuların çoğunluğunun ya “etnik köken”¹⁸¹ ya da “suç türü”¹⁸² nedeniyle ayrımcılık yapıldığına ilişkin başvurularının olduğu görülmektedir. Buna karşın AİHM'nin bu başvurularla ilgili kararları (bir istisna hariç; Tekeli/Türkiye davası) ya 14. maddenin ihlal edilmediğine¹⁸³ ya da incelemenin gerekli olmadığına¹⁸⁴ yöneliktir.

Menteş davasında başvuruçular, evlerinin Haziran 1993'teki bir operasyon sırasında güvenlik güçleri tarafından yıkıldığını iddia etmiştir.¹⁸⁵ Mahkeme, hükümetin “başvuruçuların yasadışı örgütteki akrabalarının yaptığı baskı nedeniyle şikâyetlerinin uydurma olduğu” yönündeki iddiasına inanmadığını; bu davada ulusal otoritelerden ve hükümetin iddialarından alınan yanıtın başvuruçuların dertlerinin özyle ilgilenmekten daha çok, ailelerin örgüt ile olan bağlarını vurgulamaya

¹⁷⁹ Mah. K., “Gerger/Türkiye”, (Para. 68-69).

¹⁸⁰ Mah. K., “Rasmussen/Danimarka”, (Para. 40).

¹⁸¹ Mah. K., “Menteş and Others/Türkiye”, (Para. 23); “Çakıcı/Türkiye”, (Para. 115); “Ergi/Türkiye”, (Para. 99); “Arslan/Türkiye”, (Para. 51); “Ceylan/Türkiye”, (Para. 39); “Okçuoğlu/Türkiye”, (Para. 60); “Yöyler/Türkiye”, (Para. 98); “Abdulsamet Yaman/Türkiye”, (Para. 86).

¹⁸² Mah. K., “K./Türkiye”, (Para. 63); “Gerger/Türkiye”, (Para.69).

¹⁸³ Mah. K., “Menteş and Others/Türkiye”, (Para. 95); “Çakıcı/Türkiye”, (Para. 117); “Ergi/Türkiye”, (Para. 101); “Yöyler/Türkiye”, (Para. 100); “Abdulsamet Yaman/Türkiye”, (Para. 88); “Matyar/Türkiye”, (Para. 148); “K./Türkiye”, (Para. 64).

¹⁸⁴ Mah. K., “Arslan/Türkiye”, (Para. 54); “Ceylan/Türkiye”, (Para.42); “Okçuoğlu/Türkiye”, (Para. 63).

¹⁸⁵ Mah. K., “Menteş and Oth./Türkiye”, (Para. 16).

yöneldiği hakkında bir görünüm vermiş olmasını acınacak bulduğunu ifade etmiştir.¹⁸⁶ Ancak bununla birlikte Mahkeme, başvurucuların Kürt kökenli oldukları için ayrımcılığa maruz kaldıklarına ilişkin iddialarını temelsiz bulmuş ve 14. madde ile bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹⁸⁷

Okçuoğlu davasında ise başvurucu Mayıs 1991’de “Demokrat” adlı dergide “Kürt Sorununun Dünü ve Bugünü” başlıklı bir makale yazmış ve bunun üzerine İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı, başvurucuyu “devletin bölünmez bütünlüğü” aleyhine propaganda yapmakla suçlamış ve yukarıda belirtilen derginin ilgili sayısının nüshalarının toplatılmasını talep etmiştir.¹⁸⁸ Başvurucu Kürt asıllı bir kişinin eseri olduğundan ve Kürt sorununa ilişkin olduğundan yazılarına ilişkin olarak aleyhinde dava açıldığını, buna dayalı olarak AİHS’nin 10. maddesi ile birlikte ele alınan 14. maddesi aleyhine ayrımcılık mağduru olduğunu belirtmiştir. Ancak hükümet, başvurucunun mahkûm edildiği zaman verilen kararın, Okçuoğlu’nun belirli bir etnik kökene ait olduğundan değil, ulusal birliğin esas çıkarlarını tehlikeye atan bölücü propaganda yapmaktan dolayı mahkûm edildiğini belirtmiştir. Mahkeme ise ayrı olarak ele alınan 10. maddenin ihlal edilmediğine yönelik görüşüne ilişkin olarak, şikâyeti bir de 14. madde altında incelemenin gerekli olmadığına karar vermiştir.¹⁸⁹

Burada dikkat edilmesi gereken konu, başvurucuların AİHS’nin 10. maddesi ile birlikte 14. maddesinin ihlal edilmediğine ilişkin başvurularının, başvurunun ilgili madde kapsamında incelenmiş olması dolayısıyla “ayrıca 14. madde açısından incelenmesine gerek olmadığına” ilişkin karar alma eğiliminin daha yoğun olduğudur. Mahkeme’nin bu tür başvurularda doğrudan söz konusu maddenin ihlal edilmediğine ilişkin karar vermektense bu şekilde bir değerlendirmede bulunması, düşünceyi açıklama ve haber alma özgürlüğü ile bağlantılı ayrımcılık iddialarında daha esnek bir tutumunun olduğu şeklinde yorumlanabilir. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, Mahkeme’nin başvurucunun iddiasını temelden yoksun bularak

¹⁸⁶ Mah. K., “Menteş and Oth./Türkiye”, (Para. 32).

¹⁸⁷ Mah. K., “Menteş and Oth./Türkiye”, (Para. 95).

¹⁸⁸ Mah. K., “Okçuoğlu/Türkiye”, (Para. 8-9).

¹⁸⁹ Mah. K., “Okçuoğlu/Türkiye”, (Para. 60-63).

söz konusu maddenin ihlal edilmediğine ilişkin karar verdiği başvurularda, bu iddiaların geniş kapsamlı bir şekilde irdelenmesi ve nedenlerinin araştırılması, uygulamanın veya ilgili mevzuatın ayrımcılık iddiasında bulunan gruplar üzerindeki etkilerinin incelenmesi bakımından önemlidir.

Suç türü nedeniyle ayrımcılık yapıldığına ilişkin önemli başvurulardan biri de K./Türkiye davasıdır. Bu davada başvuru K., Temmuz 1994'te İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi'nin, bir operasyon çerçevesinde kardeşi R.K.'nin evinde arama yaptığını ve R.K. evde bulunamadığı için polisler tarafından yakalanamadığını, bunun üzerine R.K.'nin yakalanma korkusuyla evi terk ettiğini, 1995'in ilk aylarından sonra da kendisinden haber alınamadığını bildirmiştir.¹⁹⁰ Bu tarihten sonra başvurunun kardeşinin cesedi bulunmuştur. Başvuru otopsi sonucu kardeşinin bedeninde işkence izleri tespit edildiğini öğrenince, kardeşinin öldürülmesinden sorumlu olanlar hakkında şikâyetçi olmuştur.¹⁹¹ Daha sonra başvuru, aleyhine yöneltilen suçlamalar nedeniyle kardeşinin yargısız infaz mağduru olduğunu ve bu itibarla ayrımcılık yapıldığı şikâyetinde bulunarak, AİHS'nin 14. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme ise, başvuru tarafından şikâyetin desteklenmesi için gösterilen unsurların, kardeşinin yasadışı örgüt üyesi olmasından dolayı aleyhine yöneltilen suçlamalar nedeniyle kasten öldürüldüğü yönündeki iddiasını desteklemediğini ve bu bakımdan AİHS'nin 14. maddesinin ihlalinin söz konusu olmadığını bildirmiştir.¹⁹²

Buna ilişkin başka bir dava olan Gerger/Türkiye davasında Mahkeme, Terörle Mücadele Yasası kapsamındaki bir suçtan dolayı diğer yasalar uyarınca mahkûm edilen kişilere oranla şartla salıverme açısından içeride geçirilmesi gereken sürenin daha uzun olmasını, 14. maddenin ihlali oluşturmadığı sonucuna varmıştır.¹⁹³ Mahkemeye göre, burada farklı insan grupları arasında değil, farklı suç türleri arasında bir ayrımcılık söz konusudur. Ancak zaten başvuru sahiplerinin de Terörle Mücadele Yasası'nın farklı suç türlerine farklı gözaltı süreleri öngörmesi ile ilgili bir

¹⁹⁰ Mah. K., "K./Türkiye", (Para. 10-14).

¹⁹¹ Mah. K., "K./Türkiye", (Para.28).

¹⁹² Mah. K., "K./Türkiye", (Para. 63-64).

¹⁹³ Mah. K., "Gerger/Türkiye", (Para.69).

itirazları yoktur. Başvurucular farklı siyasi düşünceleri nedeniyle kendi fiillerinin bu yasa kapsamında değerlendirilmesi sonucu ayrımcılığa uğradıklarını ileri sürmüşlerdir.

SONUÇ

Bu çalışmada AİHS ve AİHM kararları bağlamında incelediğimiz ve temeli eşitlik ilkesine dayanan ayrımcılık yasağı, Sözleşme’de tanınan haklar bakımından eşitlik ilkesini düzenleyen AİHS’nin 14. maddesi kapsamında irdelenmiştir. AİHS’ye Ek 12 No’lu Protokol onaylanana kadar ayrımcılık yasağı bağlamında uygulanan tek madde olan 14. maddenin, AİHS’nin diğer maddelerinden bağımsız bir varlığının bulunmaması, ayrımcılık iddialarının salt AİHS’de tanınan haklar bakımından ileri sürülebileceği bir ortam yaratmıştır. Bu durum da AİHS’de yer almayan farklı bir başlık altındaki ayrımcılık nedenlerinin, AİHS tarafından korunamayacağı ve eşitlik ilkesinin tam anlamıyla sağlanamayacağı anlamına gelmektedir. Bu nedenle, hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanmanın ayrımcılık yapılmadan sağlanacağını garanti altına alan ve genel ayrımcılık yasağı başlığı altında düzenlenen AİHS’ye Ek 12 No’lu Protokol’ün 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ile bu yönlü eksikliklerin giderilmesi amaçlanmıştır. Türkiye, AİHS’ye Ek 12 No’lu Protokolü 18.4.2001 tarihinde imzalamış ancak henüz onaylamamıştır. Bu çalışmada da AİHS’nin 14. maddesi ve unsurları yoğunluklu olarak incelenmiştir.

AİHS’nin 14. maddesi, her ne kadar AİHS’nin diğer maddelerine bağlı olarak uygulama alanı bulabiliyorsa da, ayrımcılık nedenleri konusundaki sayım sınırlı değildir. Çünkü ayrımcılık nedenlerine örnek oluşturan olası kategoriler sıralandıktan sonra “... ya da başka bir statü gibi...” şeklinde bir ifade kullanılarak, sıralanan kategorilerin örnek nitelikte olduğu, başka statüdeki ayrımcılık nedenlerinin de kapsama alınabileceği vurgulanmıştır. Madde bağlamında sıralanan tüm farklı kategorilere ve farklı gruplara sorunlarının doğası gereği farklı şekilde çözümler gerekeceğinden, bazen farklı uygulamalar ayrımcılık değil, tam tersine adalete uygun sonuçlar verebilir. Bu nedenle önemli olan, somut bir olayda farklı uygulamayı haklı gösterecek objektif ve makul nedenler bulunup bulunmadığının belirlenmesidir. Bu bağlamda pozitif ayrımcılık, çoğunlukla azınlık arasında hukuki ve fiili eşitliğin sağlanması için azınlık kimliğinin korunması amacıyla bağlı olarak anlam kazanmaktadır. Somut olayda farklı uygulamayı haklı gösterecek nedenler bulunup

bulunmadığı, karşılaştırmaya konu iki durum arasında benzerlik varsa, öncelikle farklı düzenlemeyi gerektiren “meşru bir amacın” olup olmadığı, daha sonra da “kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasındaki orantılılık” incelemesi ile ortaya çıkmaktadır.

AİHS bağlamında incelediğimiz 14. madde, AİHS ve eki olan protokollerdeki hükümleri tamamlayan ve Mahkeme içtihatlarından da görüleceği gibi dolaylı ayrımcılık alanına uzak duran ve bazı riskli alanlarda yorum yapmaktan ve ayrımcılık yasağı ihlali tespitinde bulunmaktan kaçınan bir görünümüdür. AİHS'nin 14. maddesi ile ilgili içtihatlar incelendiğinde, yukarıda da belirttiğimiz gibi maddenin bağımsız bir varlığa sahip olmadığı, ancak uygulanabilmesi için bir ya da daha fazla hakkın ihlal edilmiş olması gerektiği ve bu açıdan özerk bir yapıya sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu özerkliğin sınırları yeterince zorlanmadığı gibi, başka bir hak ile birlikte ihlal durumlarında da, çoğunlukla 14. madde bakımından ayrı bir incelemeye gerek görülmemiştir. Mahkeme'nin 14. madde bakımından incelemeyi gerekli gördüğü istisnai durumlarda ise, bu incelemenin doğrudan ayrımcılık bakımından irdelendiği ancak dolaylı ayrımcılık ile ilgili noktaların sorgulanmadığı tespit edilmektedir.

Mahkeme içtihatlarından dinsel veya ulusal azınlıklara ilişkin davalarda da Komisyon'un dolaylı ayrımcılık sorgulamasına pek fazla girmediği, 14. maddeye ilişkin inceleme yaptığı durumların da genellikle doğrudan ayrımcılık konusu ile ilişkili olduğu görülmektedir. Bunun en önemli nedeni, Mahkeme'nin özellikle devletlerin tanımadığı ulusal ya da dinsel azınlık grupları arasında karşılaştırma yapmaktan kaçınmasıdır. Ancak bu noktada Mahkeme'nin karşılaştırma yapmaktan kaçınması, eğer ortada bir ayrımcılık varsa, bu ayrımcılığı ulusalüstü bir alanda pekiştirmekten öteye bir anlam taşımayacaktır. Çünkü bu tür ayrımcılıklarda asıl sorun, devletin bu azınlık gruplarını tanımamasından kaynaklı olarak ortaya çıkan ayrımcılıktır. Bu noktada Mahkeme'nin hangi grubun ulusal azınlık olup olmadığı veya neyin mezhep olup olmadığını takdir etme yetkisi olmasa dahi, Akermark'ın da belirttiği gibi, belli konular arasında karşılaştırma yapması ve bu konuda belli standartlar oluşturması gereklidir. Kavramlar konusundaki standartlaşmadaki

gereklilik, özellikle devletlerin ayrımcılık yaparken ayrımcılık yapma yasağının istisnası olan meşru amaç ilkesine dayanmaları durumunda da kendisini hissettirmektedir. Çünkü örneğin müdahalenin kamu düzeninin korunması amaçlı yapıldığının iddia edildiği durumlarda, “kamu düzeni” kavramının iktidarı elinde bulunduranların siyaset anlayışına göre değiştiği ve objektif olmadığı bilinmektedir. Bu nedenle meşru amaç başlığı altında ve yoruma açık tüm nedenler, devletler tarafından ayrımcılığı meşru gösterebilir ve yaygınlaştırabilir.

Mahkeme içtihatları kapsamında gözlenen bu eksikliklerin yanında, 14. madde bağlamında özellikle ırka dayalı ayrımcılığın insan onurunu kırmanın özel bir görünümü olan küçük düşürücü muamele şeklinde değerlendirilerek diğer ayrımcılık nedenlerinden daha özellikli kılınması, durumları farklı olanlara objektif ve makul nedene dayanan belli istisna ve muafiyetlerin getirilmemesinin ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmesi ve cinsel yönelime ilişkin ayrımcılıkların kapsama alınması gibi içtihadi açılımlar da sağlanmıştır. Bununla birlikte Türkiye'nin bir an önce, AİHS'nin diğer hükümlerinden tamamen bağımsız bir şekilde uygulanma yeteneği olan ve yasalar tarafından tanınan tüm haklar bakımından genel bir ayrımcılık yasağı öngören AİHS'ye Ek 12 No'lu Protokolü bir an önce onaylaması ve mevzuattaki hükümleri bu Protokole uyumlu hale getirmesi gerekir. Çünkü böylece ayrımcılık, yasalarla düzenlenen her alanda en asgari düzeye inecektir.

KAYNAKÇA

ACAR, Feride; AYATA, Ayşe Güneş; VAROĞLU, Demet, **Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık: Türkiye’de Eğitim Sektörü Örneği**, T.C. Başbakanlık Kadın Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara, Aralık 1999

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali; KÖKER, Levent, **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 1991

AKERMARK, Sia Spiliopoulou, **The Limits of Pluralism**, Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe, 2002

AKILLIOĞLU, Tekin, **İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, Ankara, İHM, 1995

ARISOY, İbrahim Alper, **Avrupa Birliği ve Azınlıklar**, DEÜ Sosyal Bilgiler Enstitüsü Avrupa Birliği Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2002

ARİSTOTELES, **Politika**, Çev.: Mete Tunçay, 4. bs., Kitap I, Bölüm 4-5, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1993

ARSAVA, Ayşe Füsün, **Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi**, Ankara Üniversitesi, SBF Yay., Ankara, 1993

CASHMORE, Ernest Ellis, **Dictionary of Race and Ethnic Relations**, Taylor and Francis Publisher, London, Routledge, 1988

CİVELEK, Jale, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İstanbul, 1984

ÇETİN, Fethiye, “**Azınlıkların Korunması: Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı İlkesi**”, Toplum ve Hukuk Dergisi, yıl:2, sayı:6, Şan Ofset Baskı, 2003

DİÇKOL, Abdullah, **Hukuka Giriş, Hukukun Temel Kavramları**, Alkım Yay., İstanbul, 2001

DONNELLY, Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Yetkin Yay., Çev: Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Ankara, 1995

EİSSEN, Marc Andre, **The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights**, The European System for the Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, ed. by R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, London

ERDOĞAN, Birsen, “**Uluslararası Hukukta Azınlık Haklarının Korunması: BM ve Avrupa Sistemlerinin İncelenmesi**”, Türkiye’de İnsan Hakları, TODAİE, Ankara, 2000

FOTTRELL, Deirdre, **Ever Decreasing Circles: Affirmative Action and Special Measures Under International Law**, Minority and Group Rights in the New Millenium, Ed. Bowring/Fottrell, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999

GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, Beta Basım Yay., 2. bs., İstanbul, Kasım 1994

GEMALMAZ, Mehmet Semih, “**Ders Kitaplarının İnsan Hakları Ölçütleri Açısından Taranmasında İşlev Görebilecek Hukuk Kavramlarına İlişkin Örnekler**”, Ders Kitaplarında İnsan Hakları Projesi, (Çevrimiçi) www.tarihvakfi.org.tr/dkih/metinler.asp

GILBERT, Geoff, “**Jurisprudence of the European Court and Commission of Human Rights in 2000 and Minority Groups**” Department of Law and Human Rights Centre, University of Essex, 2001, (Çevrimiçi) <http://www.greekhelsinki.gr>

GİRİTLİ, İsmet; GÜNGÖR, Hasan Atilla, “**Günümüzde İnsan Hakları**”, Der Yay.:327, İstanbul, 2002

GÖZÜBÜYÜK, Şeref; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4. bs., Turhan Kitabevi Yay., Ankara, Nisan 2003

HANÇERLİOĞLU, Orhan, **Özgürlük Düşüncesi**, Varlık Yayınevi, 3. bs., İstanbul, 1977

HAYEK, Friedrich A., **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, Çev. Mehmet Öz, Atilla Yayla, Mustafa Erdoğan, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., 2. bsk, İstanbul, 1997

İNCEOĞLU, Sibel, “**Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi**”, cilt 18, 2001, S:43, (Çevrimiçi) www.anayasa.gov.tr

LİPSON, Leslie, **Demokratik Uygarlık**, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., Çev: Haldun Güllalp, Türker Alkan, 1. bsk., Ankara, 1984

MİTCHEL, Juliet; OAKLEY, Ann, **Kadın ve Eşitlik**, Çev.: Fatmagül Berktaş, Pencere Yay.:19, 3. bsk., İstanbul, 1998

ORAN, Baskın, **Küreselleşme ve Azınlıklar**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4. bs., İmaj Yayınevi, Ankara, 2001

ÖZENÇ, Berke Özenç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü**, Kitap Yayınevi, Akademi Dizisi-3, 1.bs., İstanbul, 2006

ÖZTAN, Ece, “**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Azınlıklar**”, (Çevrimiçi) www.sbu.yildiz.edu.tr/eceyayinlar/ece2.doc

PRECHAL, Sacha, **Combating Indirect Discrimination in Community Law Context**, Legal Issues of Europa Instituut University of Amsterdam, Deventer, The Netherlands, 1993

RAMADHANE, Said Naceur, “**Avrupa’da Irkçılık ve Ayrımcılıkla Mücadelede Yeni Hukusal Olanaklar**”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, İmaj Yay., Cilt 2, Sayı 1, Ankara, 1994

REHMAN, Javaid, **International Human Rights Law: A Practical Approach**, Volume 18, Harlow: Longman, London, 2003

SANCAR, Serpil, **Siyasal Yaşam ve Kadınlara Destek Politikaları**, KSSGM Yay., Ankara, 1997

SKUTNABB, Tove, “**Düsel Çeşitlilik, İnsan Hakları ve “Serbest” Piyasa**”, Toplum ve Hukuk Dergisi, yıl:1, sayı:3, Mavi Renkayırım Baskı, İstanbul, 2002

ŞENEL, Alaeddin, **Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi**, Yavuz Abadan'a Armağan, AÜSBF Yay., Ankara, 1969

TARHANLI, Turgut, “**Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk**”, (Çevrimiçi) www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg20/ttarhanli.pdf

TURNER, Bryan, **Eşitlik**, Yay. Haz.: Berna Ünler, 1. bsk, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, Ekim 1997

UYGUN, Oktay, “**İnsan Hakları Kuramı**”, YKY, İstanbul, 2000

ÜNAL, Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yay., Ankara, 1995

ÜNAL, Şeref, “**İnsan Hakları ve Bu Hakların Kullanımı**”, Adalet Dergisi, yıl: 90, sayı:1, Ekim 1999

ÜNAL, Şeref, “**Uluslararası Hukuk**”, Yetkin Yay., Ankara, 2005

YAVUZ, Mehmet, “**Türban Meselesinde AİHM Kararı**”, (Çevrimiçi), http://politics.ankara.edu.tr/karahan/Seminer/2004_2005/turbankararimehmetyavuz.pdf, AÜ Siyasal Bilg. Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü, Ankara, 2005

<http://conventions.coe.int>

<http://ec.europa.eu>

<http://www.echr.coe.int>

<http://www.humanrights.coe.int>

<http://www.rightsagenda.org>

<http://www.tdk.gov.tr>

AİHM KARARLAR LİSTESİ

Başvuru No ve Karar Tarihi

Abdülaziz, Cabales and Balkandalı/İngiltere	9473/81... (28.05.1985)
Airey/İrlanda	6289/73 (09.10.1979)
Arslan/Türkiye	23462/94 (08.07.1999)
Burghartz/İsviçre	16213/90 (22.02.1994)
Canea Catholic Church/Yunanistan	25528/94 (16.12.1997)
Castells/İspanya	11798/85 (23.04.1992)
Ceylan/Türkiye	23556/94 (08.07.1999)
Çakıcı/Türkiye	23657/94 (08.07.1999)
Dertli/Türkiye	45672/99 (24.06.2003)
Dudgeon/İngiltere	7525/76 (22.10.1981)
East African Asians/İngiltere	4403/70... (14.12.1973)
Engel and Others/Hollanda	5100/71... (08.06.1976)
Ergi/Türkiye	23818/94 (28.07.1998)
Fredin/İsveç	12033/86 (18.02.1991)
Gerger/Türkiye	24919/94 (11.12.1997)
Hasan İlhan/Türkiye	22494/93 (09.11.2004)
Hoffmann/Avusturya	12875/87 (05.06.1993)
Holy Monasteries/Yunanistan	13092/87... (09.12.1994)
Inze/Avusturya	8695/79 (28.10.1987)
James and Others/İngiltere	8793/79 (21.02.1986)
K./Türkiye	29298/95 (13.07.2004)
Kalın, Gezer and Ötebay/Türkiye	24849/94... (18.01.2000)
Karlheinz Schmidt/ Almanya	13580/88 (18.07.1994)
Kaya/Türkiye	22729/93 (24.10.1996)
Kılıç/Türkiye	22492/93 (28.03.2000)
Kremzow/Avusturya	12350/86 (21.09.1993)
Kurt/Türkiye	24276/94 (05.12.1996)

Languages in Education in Belgium/Belçika	1474/62... (23.07.1968)
Leyla Şahin/Türkiye	44774/98 (29.06.2004)
Lithgow and Others/İngiltere	9006/80... (08.07.1986)
Matyar/Türkiye	23423/94 (21.02.2002)
Menteş and Others/Türkiye	23186/94 (28.11.1997)
Moustaquim/Belçika	12313/86 (18.02.1991)
Mutlu and Yıldız/Türkiye	30495/96 (17.10.2000)
National Union of Belgian Police/Belçika	4464/70 (27.10.1975)
Observer and Guardian/İngiltere	13585/88 (26.11.1991)
Okçuoğlu/Türkiye	24246/94 (08.07.1999)
Pine Vallet Developments LTD and Oth./İrlanda	12742/87 (29.11.1991)
Podkolzina/Litvanya	46726/99 (09.04.2002)
Rasmussen/Danimarka	8777/79 (28.11.1984)
Salguerido da Silva Mouta/Portekiz	33290/96 (21.12.1999)
Sidiropulos and 5 Others /Yunanistan	21695/95 (11.04.1997)
Sunday Times/İngiltere	6538/74 (26.04.1979)
Tekin/Türkiye	22496/93 (17.04.1994)
Thlimmenos/Yunanistan	34369/97 (04.12.1998)
Tsirlis and Kouloumpas/Yunanistan	19233/91... (07.03.1996)
Ünal Tekeli/Türkiye	29865/96 (16.11.2004)
Van der Mussele/Belçika	8919/80 (23.11.1983)
Vermeire/Belçika	12849/87 (29.11.1991)
Abdulsamet Yaman/Türkiye	32446/96 (02.11.2004)
Yaşa/Türkiye	22495/93 (08.04.1997)
Yöyler/Türkiye	26973/95 (24.07.2003)

* Kararların tam metni için bkz. www.echr.coe.int