

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI

**“AVRUPA” İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI:
AVRUPA KONSEYİ VE AVRUPA BİRLİĞİ**

Doktora Tezi

Merve AĞZITEMİZ

Ankara, 2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI

**“AVRUPA” İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI:
AVRUPA KONSEYİ VE AVRUPA BİRLİĞİ**

Doktora Tezi

Merve AĞZİTEMİZ

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. İlke GÖÇMEN**

Ankara, 2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI

**“AVRUPA” İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI:
AVRUPA KONSEYİ VE AVRUPA BİRLİĞİ**

Doktora Tezi
Merve AĞZİTEMİZ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. İlke GÖÇMEN

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

- 1- Prof. Dr. İlke GÖÇMEN (Danışman)
- 2- Prof. Dr. Tuğrul ARAT (Üye)
- 3- Prof. Dr. Sanem Suphiye BAYKAL (Üye)
- 4- Prof. Dr. Rifat ERTEN (Üye)
- 5- Dr. Öğr. Üyesi Neva Övünç ÖZTÜRK (Üye)

Tez Savunması Tarihi

30.09.2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. İlke GÖÇMEN danışmanlığında hazırladığım ““Avrupa” İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı: Avrupa Konseyi Ve Avrupa Birliği (Ankara 2022) ” adlı doktora tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

30.09.2022

Merve AĞZİTEMİZ

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	İ
KISALTMALAR.....	V
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA KONSEYİ VE AVRUPA BİRLİĞİNDE AYRIMCILIK YASAĞININ KAPSAMI VE DENETLENMESİ

1. DÜZENLEME	8
1.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi).....	8
1.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 14	9
1.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 12 No'lu Protokol	14
1.2. Avrupa Birliği.....	20
1.2.1. Birincil Hukuk.....	23
1.2.1.1. Kurucu Antlaşmalar	23
1.2.1.2. Temel Haklar Şartı.....	26
1.2.2. İkincil Hukuk (Direktifler).....	31
1.2.2.1. 2000/43 Sayılı Irk Direktifi	32
1.2.2.2. 2000/78 Sayılı Çerçeve Direktif.....	36
1.3. Ayrımcılık Yasağının Düzenlenmesi Bağlamında Sistemsel Tespitler	41
2. KURUMSAL BOYUTUYLA DENETİM.....	43
2.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi): Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargısal Koruma.....	43
2.2. Avrupa Birliği: Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Yargısal Koruma.....	48

2.3. Ayrımcılık Yasağının Kurumsal Boyut Bakımından Denetimi Bağlamında	
Sistemsel Tespitler	56
3. MADDİ BOYUTUYLA DENETİM.....	58
3.1. Ayrımcılık Yasağı Hükümünün Uygulama Alanı.....	58
3.1.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)	59
3.1.1.1. Doğrudan Ayrımcılık.....	60
3.1.1.2. Dolaylı Ayrımcılık.....	61
3.1.1.3. Pozitif Eylem (Ayrımcılığa Karşı Koruma) ve Devletlerin	
Ayrımcılık Bakımından Pozitif Yükümlülüğü	66
3.1.1.4. Makul Uyumlaştırma.....	70
3.1.2. Avrupa Birliği.....	73
3.1.2.1. Doğrudan Ayrımcılık.....	73
3.1.2.2. Dolaylı Ayrımcılık.....	76
3.1.2.3. Pozitif eylem (Ayrımcılığa Karşı Koruma) ve Devletlerin	
Ayrımcılık Bakımından Pozitif Yükümlülüğü	82
3.1.2.4. Makul Uyumlaştırma.....	86
3.1.2.5. Taciz	89
3.1.2.6. Ayrımcılık Emri Verme	91
3.1.2.7. Mağdurlaştırma	92
3.2. Ayrımcılık Yasağı Testi.....	94
3.2.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)	94
3.2.1.1. Ayrımcı Muamelenin Belirlenmesi	94
3.2.1.2. Karşılaştırılabilirlik Unsuru.....	98
3.2.1.3. Nesnellik ve Meşru Nedenlerle Haklı Gösterilebilme Unsuru ...	101
3.2.1.4. İspat Yüğü.....	109
3.2.2. Avrupa Birliği.....	116

3.2.2.1. Ayrımcı Muamelenin Belirlenmesi	116
3.2.2.2. Karşılaştırılabilirlik Unsuru.....	119
3.2.2.3. Nesnellik ve Meşru Nedenlerle Haklı Gösterilebilme Unsuru ...	123
3.2.2.4. İspat Yüğü.....	129
3.3. Ayrımcılık Yasağının Maddi Boyutuyla Denetimi Bağlamında Sistemsel	
Tespitler.....	137

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL OLARAK AYRIMCILIK TEMELLERİ ÜZERİNDEN AYRIMCILIK

YASAĞI

1. CİNSEL YÖNELİM	139
1.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi).....	141
1.2. Avrupa Birliği.....	156
2. IRK VE ETNİK KÖKEN	162
2.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi).....	162
2.2. Avrupa Birliği.....	175
3. DİN VE İNANÇ	184
3.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi).....	185
3.2. Avrupa Birliği.....	206
4. ENGELLİLİK VE SAĞLIK.....	217
4.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi).....	217
4.2. Avrupa Birliği.....	227
5. YAŞ.....	236
5.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi).....	236
5.2. Avrupa Birliği.....	241

SONUÇ	259
KAYNAKÇA.....	265
ÖZET	296
ABSTRACT	298



KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABA	: Avrupa Birliği Antlaşması
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİHA	: Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
dn.	: Dipnot
Ed.	: Edition/baskı
m.	: Madde
no.	: Numara
OJ	: Official Journal / Resmi Gazete
para.	: Paragraf
s.	: Sayfa(lar)
THŞ	: Temel Haklar Şartı
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

Eşitlik, İnsan Hakları Bildirgelerinden de görüleceği üzere salt olarak tüm insanlığın eşit doğduğu ifadesi ile sınırlanabilecek bir kavram değildir.¹ İlk çağlara bakıldığında özellikle Antik Yunan döneminde dahi (*Aristotle*) eşitlik unsurunun değil eşitsizlik kavramının meşrulaştırılması ele alınmış ve haklı bir neden gösterilemeyen eşitsizlik unsurlarının meşru görülmemesi gerektiği tartışılmıştır.² Buradan sadece eşitlik gibi bir kavramın tartışılmadığı o dönemde dahi eşit olmayan bir eylemin sonrasındaki haklı gösterme, meşru kılma sürecinin ortaya koyulduğu görülmektedir. Kaldı ki Rousseau eşitlik kavramı içerisinde farklı eşitsizlikler bulunduğunu ortaya koyarak bu alandaki tartışmaları arttırmıştır.³

Eşitlik ve bunun bir aracı olarak ayrımcılıkla mücadele, uluslararası hukukta bireylerin haklarının korunması açısından en önemli iki ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴ Ancak bu ifadelerin birlikte kullanılıyor olması aynı anlama geldiklerini göstermemektedir. Eşitlik dahi kendi içerisinde farklı olarak anlamlandırılabilmekte ve farklı anlayışların oluşmasına zemin hazırlamaktadır. Bu bağlamda temel olarak ele

¹ Bir örnek olarak bkz. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.1.

² Warwick, Mckean, *Equality and Discrimination Under International Law*, (New York: Oxford University Press, 1983), 5. Ancak bu ifadeden eski toplumların eşitlik ilkesi üzerine inşa edildiği şeklinde bir sonuç çıkarılmamalıdır. Nitekim Fredman'ın da belirttiği üzere eski çağ düşünürleri, kendilerine göre kadın ve köleler gibi bazı grupların tabiatından gelen eksiklikleri nedeniyle, onlara yönelen eşitsizlikleri haklı göstermeye çalışmış ve bu husus ticari hayatla birlikte kapitalizmin gelişip, feodalizmin azalmaya başlaması sonucu yerini eşitlik ilkesi çerçevesinde yürütülen ilişkilere bırakmıştır. Yazara göre eşitlik ilkesi modern bir yapılanmadır. Sandra Fredman, *Discrimination Law*, 2. Baskı (Oxford University Press: 2011), 4 vd.

³ Ahmet Mumcu, *İnsan Hakları&Kamu Özgürlükleri*, 151 kaynağıyla Rousseau, *İnsanlar Arasındaki Müsavatsızlığın Doğuşu ve Esasları Hakkında Nutuk*, (İstanbul,1945) 60.

⁴ Birleşmiş Milletler (BM) Antlaşması Dibacesi ve m.1/2-3. ; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.1 – m.2. ; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.2. ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.14 ve 12 no'lu Protokol vb. Eşitlik Kavramının insanlığın gelişimi boyunca süregelen bir tartışma alanı olduğu ve aslında temelde bir şeyi eşitiyle değiştirmek ve dengelemek seklinde tanımlanabilecek şekliyle eşitliğin çok eski bir adalet anlayışı olduğuna ilişkin bkz. Şeref Ünal, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997) 69 vd. İnsanlığın ilk dönemlerinde ortaya çıkan eşitlikçi toplum yapıları zamanla değişmiş, sosyal eşitsizlik de ekonomik, siyasi ve hukuki farklılaşmalarla birlikte kurumlaşmış bir yapıya bürünmüştür. Bkz. Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003) 49.

alınacak olunursa eşitlik; şekli eşitlik ve maddi eşitlik olmak üzere iki türdür.⁵ Şekli anlamda eşitlik aynı durumda olanları değerlendirmeye alır. Buna göre aynı durumda olanlar aynı şekilde muamele görürler. Maddi eşitlik ise şekli eşitliğe ek olarak gruplar arasındaki farklılıkların göz önünde bulundurulmasına yönelik bir çerçeve benimsemektedir.⁶ Şekli eşitlik mevcut durumu korumaya yönelikken ve asgari olarak kanun önünde eşitliği tanımlarken maddi eşitlik bunun ötesine geçmekte ve mevcut eşitsizlikleri sonlandırmaya çalışmaktadır.⁷

Genel olarak bakıldığında ayrımcılık, kişiler ya da bunları etkileyen durumlar arasında bir ayırım yaratmak, farklı durumdakiler söz konusu olsa dahi benzer şekilde davranarak yine bir tarafı ayırma tabi tutmaktır.⁸ Ayrımcılığın birçok tanımı vardır ancak kapsayıcı tanımlarından biri *McKean* tarafından yapılmıştır. Bu tanıma göre; ayrımcılık bir bireyin topluluk içerisinde belirli bir gruba aidiyeti nedeniyle diğer bireylerle eşit muamele görmesini engelleyen herhangi bir yasa ya da davranışı ifade etmektedir.⁹ Bu bağlamda ayrımcılığın en temel olarak kişiler arasında ayırım oluşturacak şekilde (farklı) davranmak ya da farklı durumda bulunan kişilere (ayrımcılık oluşturacak şekilde) benzer şekilde davranmak şeklinde açıklanabileceği söylenebilir.

Ayrımcılıkla mücadele de bir bireyin farklılaştırılarak ve bu durum esas alınarak ayırıcı bir fiile maruz kalmasının engellenmesi amacıyla gerekli ve etkili önlemlerin ortaya konulabilmesine dayanak sağlayan bir politika olarak tanımlanabilecektir. Bu tanım esas alındığında ayrımcılıkla mücadele, bir politika ya da strateji olarak

⁵ Hukukta, eşitlik kavramına yaklaşımda kullanılan bazı diğer temel kavramlar için bkz. Rikki Holtmaat, “The Fight Against Discrimination in The Daily Practice” (Academy of European Law Conference Paper, TRIER, 4 Haziran 2004) (Son Erişim Tarihi: 08.05.2017) http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02_Key_concepts/2004_Holtmaat_EN.pdf

⁶ Bu eşitlik anlayışına ek olarak sayısal eşitlik için bkz. Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, 25 vd.

⁷ Ulaş Karan “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve”, içinde *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, ed. Kenan Çayır et. al. (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012) 138 ; Yapılan bu eşitlik ayırımı, benimsenen eşitlik görüşüne göre farklı ayrımcılık tanımları oluşmasını sağlamaktadır.

⁸ Avrupa Komisyonu, *Ayrımcılıkla Mücadele, Bir Eğitim El Kitabı*, (Lüksemburg: Avrupa Topluluğu Resmi Yayınlar Bürosu, 2006) 13.

⁹ McKean, *Equality and Discrimination Under International Law*, 10-11.

görülebilecekse de aslında eşitlik ilkesinin tüm boyutlarıyla sağlanabilmesi amacıyla kullanılan hukuki bir araç sıfatına büründüğünden de bahsedilebilir. Bu durumun özel tezahürü ise ayrımcılık yasakları olarak görülmektedir. Çok daha genel bir kavrayışla, kanun önünde eşitlik ve ayrımcılığa maruz kalmaksızın hukukun korumasından faydalanmak ile birlikte ayrımcılık yasağı, insan haklarının korunması bakımından temel ve genel bir ilke teşkil etmektedir.¹⁰

İnsan haklarının korunması bakımından temel ve genel bir ilke teşkil eden ayrımcılık yasağı ise insanın doğasını ilgilendirmesi ve en temel sorunu olan eşitlik talebi nedeniyle birçok farklı sistemde ele alınmaktadır. Bu bağlamda aynı bölgeyi paylaşmaları nedeniyle uluslararası hukuk kapsamındaki insan hakları mekanizması olarak Avrupa Konseyinin ayrımcılık alanındaki hukuku ve ulus üstü bir bütünleşme şekli olan Avrupa Birliği (AB) Hukukunun değerlendirilmesi ayrıca önemli görülmektedir.¹¹

Sistemler arasındaki bu organik bağ hem tüm AB üyesi devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf olmasından kaynaklanmakta hem de özellikle Lizbon Antlaşmasıyla birlikte AB'nin sözleşmeye katılımına ilişkin düzenlemeye dayanmaktadır.¹² Bu bağ ise AB sözleşmeye katılınca tepe noktasına ulaşacak ve etkin bir insan hakları koruması sisteminin oluşmasını sağlayacaktır. Bu nedenle hukuk sistemleri arasındaki farkların ortaya çıkarılarak en etkin korumanın oluşturulması önemlidir. Ayrıca söz konusu iki sistemin özellikle de AB'nin AİHS'ye katılımı süreci ile birlikte daha çok göz önüne çıkan etkileşimi, özellikle ayrımcılık yasakları bakımından ayrıca değerlendirilmelidir. Bu karşılaştırma yapılırken ise ayrımcılıkla mücadele hukukunun oluşumundaki temel etkenler ele alınmalı ve hukuk sistemlerinin farklılaşmasına yol açan hukuki denetim ve teorik altyapı değerlendirilmelidir. Bu

¹⁰ United Nations, *General Comment No. 18: Non-discrimination*, (1989) 134, para.1.

¹¹ Bu çalışmada metin içerisinde bütünlüğün sağlanabilmesi amacıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu ya da Avrupa Topluluğu yerine AB veya Birlik terimlerinin kullanılacaktır.

¹² Yine AB üyesi devletlerin bu alanda ilgili BM sözleşmelerine katılımı da aynı şekilde değerlendirilmelidir.

değerlendirme sayesinde farklı hukukların farklılaşma nedenleri ortaya konulabilecek ve sistemler daha şeffaf olarak değerlendirilebilecektir.¹³

Bu bağlamda hukuk ne zaman ayrımcılığın çaresi olarak kullanılacak sorusunun devamı olacak şekilde bu tez kapsamında hukukun pratik kullanımı yani içtihat üzerinden hareket edilerek bir bakıma hukuku kullanan sistemlerin ve bu sistemlerin yargısal organlarının yani mahkemelerin bu kullanım şekillerinin çıktıları incelenecektir.¹⁴ İki farklı ancak iletişim halindeki sistem üzerinden incelenecek bu çıktılar bize benzer hukuki düzenlemelerin varlığında dahi farklı çıktılara ulaşıp ulaşılamadığını gösteren bir yol açacaktır. Burada kullanılan araçların hukuki çıktıya etkisi ortaya koyulmalıdır. Ya da tam tersi bir düzlemde farklı hukuki düzenlemelerin yargısal çıktıları aynı olabilmekte midir? 2000’li yıllardan itibaren gerek kapsadığı alan gerek coğrafi uygulanma olarak ayrımcılık konusunun ciddi bir yayılma göstermesi, günümüz hukuk sistemlerinin birbirini etkileme etkisi ile birlikte düşünüldüğünde sistemsel uygulamaların ortaya koyulmasının önemi ortaya çıkmaktadır.

Bu çalışma kapsamında cevaplanmaya çalışılacak temel sorumuz ise ayrımcılık yasakları söz konusu olduğunda bunun düzenlendiği sistem, kendi iç işleyiş ve dinamikleri ile birlikte ele alındığında, diğer bir sistem ile etkileşim ve iletişim ile birlikte ayrımcılık hukuku alanındaki etkileşim nasıl olacaktır? Bunun özel tezahürü olarak aralarında bir ilişki öngörülen uluslararası (bölgesel) bir sistem olan Avrupa Konseyi kapsamında AIHS ve ulus üstü bir sistem olan AB ele alınacaktır.

Bunu ortaya çıkarmak için hukuki, siyasi ve idari boyutlar ele alınabilecekse de burada salt olarak hukuk temelinde hareket edilecektir. Bu bağlamda sistemlerin işleyiş

¹³ Daha önce de belirtildiği üzere gerek Avrupa Konseyi çerçevesinde gerek AB çerçevesinde ayrımcılık alanlarını düzenleyen başka sözleşme ve şartlar da bulunmaktadır ancak bizim esas aldığımız nokta mahkeme kararlarının çıktısı sonucu yasakların işlevselliği olduğundan sadece temel metinler üzerinden hareket edilerek biraz daha kurumsal bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır. Bunların haricinde örneğin AB’nin de taraf olduğu 2006 tarihli Engelli Hakları Sözleşmesi gibi başka hukuki metinler de ilgili alanları düzenlemektedir.

¹⁴ Bkz. Iyiola Solanke, *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-Discrimination Law*, (US: Hart Publishing, 2017)

yapısı ortaya koyulduktan sonra yargı organı olarak görev yapan mahkemelerinin verdikleri kararlar ele alınarak bunlar arasındaki yorum benzerlik ve farklılıklarının nelerden kaynaklandığı ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda AB'nin asgari insan hakları standardının da neresinde durduğu ve bu standardı geçip geçmediği sorgulanacaktır.

Burada bir sonuca ulaşmak amacıyla mahkemelerin yetkilerinin doğası, ayrımcılık yasağını ve mahkeme kararlarını destekleyen araçların varlığı ve hukuki fonksiyonları değerlendirilecektir. Kimi durumlarda ise mahkeme kararlarındaki maddi yöne odaklanılacak ve mahkemelerin farklı ayrımcılık temelleri söz konusu olduğunda farklı kararlar mı verdiği yoksa önlerine gelen davanın salt olarak maddi unsurlarla çözülebilecek ya da daha esaslı bir değişiklik gerektirecek durumda olması gibi daha derin ayrımlar temelinde mi kararlarını farklılaştırdığı üzerinde durulacaktır.¹⁵ Bu sayılanların incelenmesi sayesinde de sonuçta bahsi geçen sistemlerin yargısal olarak iletişiminin çıktılarının yanı sıra nasıl farklılaştıkları da ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Bu yapılırken de salt olarak temel sözleşme, antlaşma ve doğrudan bunlara dayanılarak çıkartılan hukuki metinler ele alınacaktır. Bu nedenle AİHS sistemi incelenirken ayrımcılığı temel alan diğer sözleşmeler değil salt olarak sözleşmenin ilgili madde ve protokolleri ele alınacaktır. AB açısından ise kurucu antlaşmalara ve doğrudan antlaşmadaki ayrımcılık maddesine dayanılarak çıkartılan hukuki metinler ile birlikte Temel Haklar Şartı (THŞ) ele alınarak incelenecektir. Hukuki metinlerin yorumu için ise yargısal nitelikteki koruma mekanizmaları ve bunların arasındaki fark benzerlik ve

¹⁵ Örneğin ayrımcılık temelinden çok olayın kişisel temelde tazminat ile çözülmesi ya da üye devlet tarafından esaslı bir değişiklik yapılması ve büyük grupları kapsamamasının mahkeme kararını etkilediği yönündeki görüş için bkz. Bkz. Möschel Mathias, "European Convention of Human Rights/ Council of Europe" içinde *Comparative Perspectives on the Enforcement and Effectiveness of Antidiscrimination Law*, ed. Marie Mercat-Bruns et. al. (Springer, 2018), 540.

ilişkiyi tayin amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları incelenecektir.¹⁶

Bu arka planda çalışmanın birinci bölümünde genel olarak ayrımcılık yasağı konusu ele alınacaktır. Bu bağlamda öncelikle ayrımcılık yasağının nasıl düzenlendiği ve hangi hukuki araçların kullanıldığı ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Burada Avrupa Konseyi çerçevesinde AİHS'nin 14. maddesi ve 12 no'lu Protokol, AB Hukuku kapsamında ise birincil ve ikincil hukuk ayrımcılık yasaklarının düzenlenmesi bakımından incelenecektir. Devamında ise söz konusu sistemlerde kurumsal boyut çerçevesinde denetimin nasıl yapıldığı değerlendirilecektir. Bu bağlamda AİHM ve ABAD'nin bu alanda hukuki denetim bakımından yetkisi ele alınacak aynı zamanda gerektiği ölçüde diğer kurumsal yapılara yer verilecektir. Birinci bölümün son kısmında ise her iki sistemde bu denetimin maddi boyutu ele alınacak olup burada ayrımcılık türleri ve ayrımcılık yasağı testinin nasıl işlediği ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

Tezin ikinci bölümü bu alanda verilen mahkeme kararlarına ayrılmıştır. Bu bağlamda her iki sistemde, cinsel yönelim, ırk ve etnik köken, din ve inanç, engellilik ve sağlık ve yaş temelinde ayrımcılık bakımından verilen kararlar detaylı şekilde incelenecektir.

¹⁶ Ayrımcılık hukuku ve ayrımcılık yasakları konusu oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. İçerisinde birçok farklı kavram bulunduran bu alanda çok yönlü ve daha ileri çalışmalar yapılması mümkündür. Örneğin hukuki sistemler arasında özellikle de mahkemelerin karar verme süreçlerinde, insan onuru öğretisi ile mi yoksa değişmezlik/dokunulmazlık (ki bu unsur bizim seçmediğimiz ve değiştirilemeyecek özellikleri oluşturmaktadır ve örnek olarak dini inanışlar bizim seçimimiz olduğundan tarihte yasa yapımı sırasında bu durumun değişmezlik öğretisi nedeniyle kimi zaman dışta tutulduğu görülmüştür.) öğretisi ile mi hareket ettiği de ayrıca incelenebilecek bir unsurdur. Böyle bir eğilim her ne kadar kullanılan hukuki metinler aynı ya da benzer olsa da çıktıyı değiştirebilecek güçte olabilecektir. Özellikle insan onurunun yargısal denetimde kullanılması bakımından bkz. Christopher McCrudden, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *European Journal of International Law* 19, no 4 (2008). Ayrıca bkz. Rory O'Connell, "The role of dignity in equality law" *I•CON* 6, no 2 (2008) ; Belinda Smith, "It's About Time - For a New Regulatory Approach to Equality" *Federal Law Review* 36, no 2 (2008). İnsan onuru ve değişmezlik tartışmasına üçüncü bir boyut katan ve 'stigma' kavramını öne süren kapsamlı bir çalışma için bkz. Solanke, *Discrimination as Stigma*, 75 vd.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA KONSEYİ VE AVRUPA BİRLİĞİNDE AYRIMCILIK YASAĞININ KAPSAMI VE DENETLENMESİ

Birçok farklı hukuk sisteminde ayrımcılık kavramı tanımlanmıştır.¹⁷ Bu tanımlamanın değişik hukuki ifadeler ile yapıldığı da ilgili metinlerden görülmektedir. Bu bağlamda salt olarak lafzi yorumun ötesinde bu hukuki tanımlara hayat verecek olan hukuki yorumlar da sistemsal olarak çıktılarının farklılaşmasına yol açabilecek durumdadır.¹⁸ Aynı zamanda bu hukuk alanı, sürekli değişen ve günün ihtiyaçlarına göre yorumlanıp düzenlenmesi ve yorumlanması gereken bir alanı oluşturmaktadır.¹⁹ 2000’li

¹⁷ 20. Yüzyılın ortalarından itibaren BM çapında kendisine önemli belgelerde yer bulan bu politika, tüm insan hakları sistemini etkileyen bir görünüm sergilemiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m.2) ve BM Antlaşması (m.1) haricinde insan haklarına ilişkin birçok BM sözleşmesinde ayrımcılığa yönelik hükümler yer aldığı ve taraf olan üye devletlerin bunu gerçekleştirmeye yönelik somut adımlar atması gerekliliği ortaya konulmuştur. Uluslararası alanda, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin (MSHS) 2. bölümünün 2. maddesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme, İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmenin 1. kısım 1. maddesi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 1. kısım 2. maddesi ve 2006 Tarihli Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmesi ve dahi birçok sözleşmede ayrımcılıkla mücadele genel ya da özel olarak bir ilke olarak benimsenmiştir. Özellikle ayrımcılık yasağı, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye egemen olan üç temel ilkeden birini oluşturmaktadır. Bkz. Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005), 60 vd.

¹⁸ Her bir hukuk sisteminin farklı açıdan tanımladığı ayrımcılık konseptinin esas anlamını ortaya çıkarmak üzere mantıksal formler üzerinden hareket eden farklı bir çalışma için bkz. Eric Heinze, *The Logic of Equality A Formal Analysis of Non-Discrimination Law*, (Routledge, 2018).

¹⁹ Geçmişten günümüze somut olarak gösterilebilecek bir örnek alan olan cinsiyet eşitliği ya da cinsiyet temelinde ayrımcılık temelinde bu gelişim açıkça görülmektedir. İlk dönem eşitlik anlayışının bir sonucu olarak 40’lı ve 60’lı yıllar arasında salt kadına yönelik bazı BM sözleşmeleri yapıldığı görülmektedir. Bkz. United Nations, Convention on the Political Rights of Women, Treaty Series 193, New York, 31 March 1953 ; United Nations, Convention on the Nationality of Married Women, Treaty Series , vol. 309, New York, 20 February 1957 vb. Bu gibi sözleşmelerin yanı sıra Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) da 1951 yılında kadın ve erkekler arasındaki ücret eşitliğinin sağlanmasına yönelik olarak bir sözleşme hazırlamıştır. Bkz. ILO, *Equal Remuneration Convention*, No.100, 23 May 1953. (Son Erişim Tarihi: 08.05.2017)

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C100 70’li yıllardan itibaren ise doğrudan belirli bir cinsiyete yönelmek yerine anlaşmalarda genel olarak ayrımcılık yasaklarının uygulanmasıyla toplumsal cinsiyet eşitliği sağlanmaya çalışılmıştır. Nitekim 1976-1985 yılları BM tarafından ‘Kadınlar için 10 yıllık dönem’ olarak tanımlanmıştır. Bu dönemde, gelişimde kadın katkısı daha etkin olarak değerlendirilmiş ve politikalar bu anlayışa göre şekillenmiştir. Bkz. UN, Resolution 3520 (XXX) U.N. Decade for Women: Equality, Development, and Peace, 15.12.1975. Yine bu dönemde Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) imzalanmıştır. Bu sözleşme özellikle kadınlara yönelik ayrımcılığın tanımını oldukça kapsamlı yapması bakımından önemlidir. Burada ek olarak belirtmek gerekir ki, Toplumsal cinsiyet bir yaklaşım/politika olup, salt olarak kadın ve erkek arasındaki biyolojik farklılıkları değil cinsler arası kültürel ve toplumsal farkları da beraber değerlendirerek kadın ve erkek bireylere eşit yaklaşımın sağlanması doğrultusunda ihtiyaca yönelik politikalar

yıllar ile birlikte ise bazı alanlarda bireylerin görünürlüğü'nün artması kanımca kimi ayrımcılık unsurlarının da buna benzer bir değişim süreci geçirmesine neden olmuştur. Devam eden başlıklar altında aslında bu alanlar inceleme altına alınmış olacaktır.

Avrupa Konseyi ve AB ele alındığında ise öncelikle kısaca ayrımcılık yasağının düzenleme alanlarına değinilecektir. Burada öncelikle AİHS hakkında bilgi verilecek ve bu sözleşmenin ayrımcılık ile ilgili maddeleri üzerinde durulacaktır. Devamında ise aynı şekilde AB boyutu ele alınarak benzer bir şekilde bu alan incelenecektir.

1. DÜZENLEME

Ayrımcılık yasaklarının çıktılarını ortaya koyabilmek için öncelikle AİHS ve AB Hukuku kapsamında nerede ve nasıl düzenlendiklerinin incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda söz konusu sistemler bakımından ayrı ayrı olmak üzere ayrımcılık yasaklarını düzenleyen hukuki araçlar ele alınacaktır.

1.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)

Avrupa Konseyi açısından baktığımızda, Avrupa Konseyi Statüsünün 1. maddesinde Konseyin amacının ortaya koyulduğu görülmektedir. Buna göre,

oluşturulmasını sağlamaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Allison Woodward, "European Gender Mainstreaming: Promises and Pitfalls of Transformative Policy", *Review of Policy Research* 20, no 1 (2003) ;, Bahar Konuk, "Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi", *Journal of Yaşar University* 8, Özel Sayı (Armağan) (2014). ;, Hilary Charlesworth, Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations, *Harvard Human Rights Journal* 18, no 1 (2005) ; Christine Boot - Cinnamon Bennet, "Gendermainstreaming In The European Union Towards a New Conception and Practice of Equal Opportunities?", *The European Journal of Women's Studies* 9, no 4 (2002). Söz konusu olan bu gelişim ise toplumsal cinsiyet anlayışının uluslararası hukukta yerleşmesini sağlamıştır. Bkz. <http://www.un.org/sustainabledevelopment/gender-equality/> Günümüzde ise BM'nin sürdürülebilir kalkınma hedeflerinin bir ayağını da cinsiyet eşitliğinin sağlanması oluşturmaktadır. Her ne kadar bu hedefler örneğin AB üye devletleri için hukuki açıdan bağlayıcı olmasa da bu alandaki politikaları şekillendirmesi nedeniyle ulusal bazda etkilerini görmek olası sonuç olarak değerlendirilebilir. Ünal'a göre ise BM genel Kurul kararları da bağlayıcı olmamasına rağmen üye devletlerce benimsenmeleri ve uygulanmaları halinde zamanla uluslararası örf ve adet kuralına dönüşebilmektedir. Şeref Ünal, *Uluslararası Hukuk*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005) 191.

“Avrupa Konseyi’nin amacı, ortak mirasları olan ülkü ve ilkeleri korumak ve gerçekleştirmek ve ekonomik ve sosyal ilerlemelerini kolaylaştırmak üzere üyeleri arasında daha güçlü bir birliğe ulaşmaktır.”²⁰

Ayrıca Konseyin her üyesinin, hukukun üstünlüğü prensibini ve kendi yetki alanında bulunan her bireyin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma prensibini kabul etmesi yönünde bir düzenleme de bulunmaktadır.²¹

Avrupa Konseyi üyelerinin bu amaçlar doğrultusunda medeni ve siyasi hakları korumak üzere harekete geçerek imzaladıkları uluslararası bir sözleşme olan AİHS ise 1950 yılında imzalanmış olup 1953 yılında yürürlüğe girmiştir.²² Avrupa Konseyine katılmanın şartı bu sözleşmeyi imzalamaktır. AİHM bu sözleşmenin, insan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin anayasal enstrümanı olarak bir işlevi olduğunu açıkça belirtilmektedir.²³ Bu bağlamda her ne kadar anayasal bir enstrüman olarak görülse de aslında çok taraflı bir uluslararası anlaşma konumunda olan sözleşme, sınırlı hakları kapsamakta ve sonraki başlıkta da görüleceği üzere AİHM’nin yargı yetkisi de bununla paralel olarak sınırlı kalmaktadır.

AİHS’ye bakıldığında söz konusu sözleşme kapsamında 14. Maddede (bağımlı) ayrımcılık yasağının düzenlendiği görülmektedir.²⁴ Bunun yanı sıra sözleşmeye ekli 12 no’lu Protokol ile de genel bir ayrımcılık yasağı düzenlenmeye çalışılmıştır.

1.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 14

AİHS’nin 14. maddesine göre ayrımcılık yasaktır. AİHS m.14 bugün için sözleşme sisteminde açıkça ayrımcılığı yasaklayan madde olmaktadır:

²⁰ Tam metin için bkz. <https://rm.coe.int/1680306052> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2019)

²¹ Avrupa Konseyi Statüsü m.3.

²² Sözleşme ve diğer ilgili metinler için bkz. <https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention> (Son Erişim Tarihi: 08.05.2019) Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf Konsey bünyesinde imzalanan diğer insan hakları belgeleri için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> (Son Erişim Tarihi: 20.07.2020)

²³ “Bosphorus Airways” v. Ireland, no. 45036/98, 30 June 2005, para. 156. Ayrıca bkz. N.D. and N.T. v. Spain, no. 8675/15, 8697/15, 13 February 2020, para. 110.

²⁴ Bu ifade daha sonra da görüleceği üzere 14. madde bağlamında ayrımcılık yasağının, AİHS’nin diğer maddeleri ile birlikte kullanılması gerektiğinden ötürü kullanılmıştır.

“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

Bu maddenin, genel olarak ilk okunuşta gerek Birleşmiş Milletler (BM) Şartı gerek Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin (MSHS) 26. maddesi kadar net ve sözleşmenin asli unsuru olacak bir şekilde düzenlenmediği anlaşılmaktadır. Nitekim dibacesinde eşit haklar temelinde bir yapı inşa eden BM Şartı, oldukça geniş bir şekilde yasalar önünde her türlü ayrımı yasaklamayı hüküm altına alan MSHS²⁵, insanların tüm hakları bakımından eşit doğumunu benimseyen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi²⁶ ve özellikle BM’nin ayrımcılık alanındaki birçok sözleşmesinin yanında²⁷ AİHS’nin 14. maddesi lafzi olarak daha tali bir yükümlülük içeriyor görünümü yaratmaktadır. Nitekim bu hükmün ‘parazit’ bir hüküm olarak tanımlandığı da görülmektedir.²⁸ Bu bağlamda AİHS’nin 14. maddesi ayrımcılık yasakları bakımından dar bir yaklaşım benimsemişken örneğin MSHS’nin 26. maddesi bu alanda geniş bir yaklaşımı benimsemiştir.²⁹

Madde teknik olarak bakıldığında ve salt olarak lafzi açıdan incelendiğinde içerisinde iki çeşit yükümlülük barındırdığı görülmektedir. Bunlardan ilki maddenin başlığında da belirtildiği üzere ayrımcılık yasağıdır. Burada devletlerin ayrımcılık yapmaları yasaklanmış yani ayrımcılık yapmamaları yönünde negatif bir yükümlülük

²⁵ MSHS m.26. Bu sözleşmenin ikinci maddesi ise genel bir ayrımcılık yasağını düzenlememektedir. Tıpkı AİHS gibi Sözleşmede tanınan haklar ile sınırlı olarak ayrımcılık yasaklanmıştır. Sözleşmenin 26. Maddesi ise ayrımcılık yasağını sadece bu sözleşmede yer alan haklar bakımından değil genel olarak uygulanabilir bir hak olarak ele almaktadır.

²⁶ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.1 ve m.7.

²⁷ Örnek olarak bkz. BM, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ; Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ; Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme

²⁸ David Harris ve Michael O’Boyle, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 4. baskı (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021) 737.

²⁹ Açık uçlu yaklaşım ve sınırlı yaklaşım ayrımları için bkz. Ulaş Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukusal Çerçeve*, (İstanbul: Onikilevha, 2017) 170 vd. Salt olarak 14. madde bağlamında değil de genel olarak düşünüldüğünde ise Aybay’ın da belirttiği üzere AİHM ihtiyatlı bir yaklaşımla genişletici yorum yaparak AİHS’nin kapsamını genişletmektedir. Bu husus ileride incelenecek başlıklar altında daha ayrıntılı şekilde görülebilecektir. Bkz. Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku*, (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017) 154.

oluşturulmuştur. Maddenin son kısmı ise sözleşmedeki hak ve özgürlüklerden yararlanmanın devletler tarafından sağlanmasını (güvence altına alınması) düzenlemektedir. Bu da aslında devletlere ayrımcılık yapmama negatif yükümlülüğünün yanında yüklenen pozitif bir yükümlülüktür. Bu bağlamda devletler bizzat ayrımcılık ilkesini ihlal edemeyecekleri gibi meydana gelebilecek ayrımcılıkları önleme bakımından da bir yükümlülük taşımaktadır.³⁰

AİHS'nin 14. maddesinin lafzından kaynaklanan sınırlı bir uygulama alanı bulunmaktadır.³¹ Bu sınırlı uygulama alanından bahsederken konuyu ikiye ayırarak incelemek yerinde olacaktır. İlk aşamada ele alındığında 14. madde, AİHS'ye taraf olan bir devletin yargı yetki alanında bulunan kişileri kapsamaktadır. Burada bir parantez açmak gerekirse; *Loizidou v. Turkey* kararında da açıkça belirtildiği üzere 'yetki alanı' kavramı geniş yorumlanmakta olup bir devletin yetki kullanımını sınırları dışında devam ettirdiği durumları da kapsayacak şekilde değerlendirilmektedir.³² Bu da bize mahkemenin, bir devletin fiili durumunu/etkililiğini dikkate alarak karar verdiğini gösteren bir unsurdur. Yetki kapsamı bu şekilde ele alınmaktayken yetkinin yöneldiği bireyler açısından da kapsamın belirlenmesi gerekmektedir. Buna göre AİHM yorum yaparken 'ulusal köken' kapsamında kişilerin korunmasını sağlamaktadır. Bu husus ise uluslararası hukuk temelli olup ileride inceleyeceğimiz diğer sistemlerden farklı bir yorum şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sistemde her ne kadar üçüncü devlet vatandaşları da sözleşmeden yararlanabilecek gibi görünmekteyse de üye devletler, vatandaşlık durumları üzerinden bireylere farklı uygulamalar yöneltebilmekte mahkeme ise bu hususu vatandaşlık temeli ve üye devletle birey arasındaki güçlü bağ temelinde ele

³⁰ Bu konudaki dava sınırlamalar için bkz. David Harris ve Michael O'Boyle, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 1. Baskı (Avrupa Konseyi, 2003) 631.

³¹ Ayrıca McKean'in de belirttiğine göre ilk dönemlerde Komisyon (European Commission) bazı durumları ayrımcı olarak görmeme eğiliminde olmuştur. Bkz. McKean, *Equality and Discrimination Under International Law*, 215 vd.

³² *Loizidou v. Turkey*, no.15318/89, 18 December 1996, para 52.

almakta ve ilgili bireyin ayrımcılık bakımından karşılaştırılabilir durumda olma koşulunu yitirmesine yol açacak bir sürece yol açabilmektedir.³³

İkinci aşamada ise maddenin başlangıç kısmında bulunan ‘*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma*’ ifadesi, bu maddenin diğer maddelerden bağımsız olarak ve tek başına kullanılamayacağını bize göstermektedir.³⁴ Nitekim AIHM de çeşitli kararlarında bu hususu vurgulamaktadır.³⁵ Her ne kadar *Belçika Dil davası* ile 14. maddenin diğer maddelerden biri ihlal edilmese dahi kullanılabileceğine ilişkin bir karar bulunmaktaysa da bu durum içtihat hukukunda bir devamlılık kazanmamıştır.³⁶ Hatta bu alandaki içtihadı bakıldığında çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de görüleceği üzere mahkeme, bir maddenin ihlali durumunda genellikle 14. maddenin incelenmesine gerek duymamaktadır.

Ancak her ne kadar bu şekilde bir sınırlama bulunmaktaysa da AIHM, taraf devletlerin kendi iradesiyle yetki alanındaki bireylere sağlamak konusunda karar verdiği ve AIHS’nin herhangi bir maddesinin kapsamına giren ek haklar bakımından da bu maddeye ilişkin içtihadını genişletmiştir.³⁷ AIHM, bu sayede ayrımcılık ile ilgili konuların uygulama alanını bir nebze genişletmiş bulunmaktadır. Bunun yanı sıra bu içtihat AIHS’nin yaşayan enstrüman ilkesiyle de daha ileriye taşınmaktadır. Bu ilkeye

³³ European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental Rights Report 2018* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018) 205.

³⁴ Bu özelliği nedeniyle maddenin “parazit” bir madde olarak nitelendirildiği de görülmüştür. Bkz. Harris ve O’Boyle, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (2003), 598.

³⁵ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, no. 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28 May 1985, para. 71.; *Van Raalte v. the Netherlands*, no. 20060/92, 21 February 1997, para. 33, *Gaygusuz v. Austria*, no. 17371/90, 16 September 1996, para. 36. ; *Thlimmenos v. Greece* no.34369/97, 06 April 2000, para 40.

³⁶ *Relating To Certain Aspects of The Laws on The Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium*, Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 July 1968, para. 9. Bu dava sonraki kullanımlarda *Belçika Dil Davası* şeklinde ifade edilecektir. Ayrıca bkz. *Lavida and Others v. Greece*, no. 7973/10, 30 May 2013, para 62. Mahkeme 14. maddenin sözleşmeden dışlanmış bir durumda olmadığını, kişileri sözleşmeden kaynaklı haklarını kullanırken ayrımcılıktan koruduğu için sözleşmenin diğer maddeleri ve protokollerini tamamlamak yönünden önemli bir rolü olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda sözleşmenin diğer maddelerinden birisi bakımından ciddi bir ihlal durumu ortaya çıktığında ve hem ilgili sözleşme maddesi hem de 14. madde harekete geçirildiğinde, eğer uyuşmazlığın temel noktasını açık bir şekilde ayrımcılık unsuru oluşturmamaktaysa bu durumda mahkeme sadece sözleşme maddesi üzerinden incelemesine devam edecektir. *Dudgeon v. United Kingdom*, No. 7525/76, 22 October 1981, para. 67, *Timichev v. Russia*, nos. 55762/00, 13 March 2006, para, 53.

³⁷ Mahkemenin bu yöndeki içtihadı için bkz. *E.B. v. France*, no. 43546/02, 22 January 2008, para. 47-48.; *Alekseyev and Others v. Russia*, no. 4916/07, 25924/08 and 14599/09, 11 April 2011.

göre mahkeme sözleşmeyi yorumlarken onu statik bir hukuki metin olarak ele almamalıdır.³⁸ Tam tersi olarak, sözleşmenin dinamik yapısına uygun olarak mahkemenin yapacağı yorum da zamanın ve hukukun gereklerine uygun olmalıdır. Bu sayede AİHM içtihadı, sözleşmenin yapıldığı dönemki kurallara saplanmamış, küreselleşme ve dijitalleşme ile gelen yeni insan hakları anlayışına uyum sağlamaya çalışmaktadır. Kanımca bu ilke özellikle de LGBTQ+ görünürlüğü'nün artması sonucu korunan hakların alanının değiştirilmesi ve dijital hayatın gelişmesiyle birlikte hakların farklı şekillerde ihlal edilebilmesine yönelik olarak atılacak adımların çeşitlendirilmesi gibi birçok farklı alana dokunan bir etkiye sahiptir.

Yaşayan enstrüman ilkesi aynı zamanda Avrupa konsensüsü kavramıyla da derin bir ilişki içerisindedir. Bu kavram sözleşmede açık bir şekilde belirtilmese bile mahkeme tarafından, üye devletlerdeki takdir paylarını arttırmak ve sözleşmenin yorumuna geniş bir alan yaratmak üzere kullanılmaktadır. Bu bağlamda mahkeme üye devletlerdeki uygulamaları karşılaştırarak değerlendirmekte ve gelişmelere bağlı olarak yorumunu güncellemektedir.³⁹

Bu gibi bir düzlemde AİHM'nin kararın uygulanması bakımındaki etkinliğinin görece zayıf olduğu düşünülebilecektir.⁴⁰ Ayrımcılığa ilişkin verilen mahkeme kararları da bu şekilde uygulanacaktır.

Görüldüğü üzere AİHS'nin 14. maddesi, tali ya da bağımlı olarak ifade edilebilecek bir şekilde dizayn edilmiştir. Bu da onu sözleşmenin diğer maddelerine dayanılarak başvuru bir düzenleme haline getirmektedir. Genel olarak ayrımcılık yasağının ise sözleşmeye ekli ayrı bir protokolle düzenlenmiş olduğu görülür. Bu

³⁸ *E.B. v. France*, para. 92 ; *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, no. 28957/95, 11 July 2002, para. 74 vd. Bu ilkenin açık tanımı için bkz. *Öcalan v Turkey*, no. 46221/99, 12 May 2005, para.163.

³⁹ Ayrıntılı bilgi ve davalar için bkz. www.coe.int/en/web/help/article-echr-case-law (Son Erişim Tarihi: 20.07.2020)

⁴⁰ Kararın yerine getirilmemesine ilişkin bir süreç tanımlanmışsa da salt olarak hukuk uygulaması ele alındığında bunun etkili bir icrai sonuç doğurmayacağı düşünülmektedir. Mahkeme kararlarının iç hukuka etkisi ve uygulanması açısından bkz. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013) 124 vd.

bakımdan devam eden başlık altında hem ayrımcılık yasağını düzenleyen 12 no'lu Protokolün bu kavramı nasıl düzenlediğı hem de 14. madde ile arasındaki ilişki ele alınacaktır.

1.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 12 No'lu Protokol

4 Kasım 2000 tarihinde imzaya açılan 12 no'lu Protokol 2005 yılında yürürlüğe girmiştir. Ancak bu protokol halihazırda üyelerin büyük çoğunluğu tarafından imzalanmışsa da onay, kabul ve uygun bulma süreçleri tüm taraf devletler açısından tamamlanmamıştır.⁴¹ Toplamda altı maddeden oluşan bu protokol ayrımcılığın genel olarak yasaklanması amacını taşımaktadır. Bu genel amaç ve mahkemenin bu alanda belirli bir içtihat oluşturmamış olması nedeniyle onay ve kabul sürecinin uzadığı tahmin edilmektedir. Genel amaç taşıyan bu protokolün birinci maddesinin başlığı da genel olarak ayrımcılığın yasaklanması şeklindedir. Birinci maddeye göre:

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

Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiğı şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.”

Burada teorik olarak ve salt olarak protokolün lafzi yorumundan hareketle bazı sorular ortaya çıkarılması mümkündür. Protokolün birinci maddesinin lafzına bakıldığında hukuken temin edilmiş tüm haklardan yararlanma unsurunun hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanacağı düzenlenmiştir. Protokolün üçüncü maddesinde ise bu maddenin sözleşmeye ek madde olarak kabul edileceğı ve sözleşmenin tüm hükümlerinin buna göre uygulanacağı belirlenmiştir. Burada çıkabilecek sorun, tüm Konsey üyelerinin

⁴¹ Protokolün imza, onay kabul ve uygun bulma süreci hakkında bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty=177> (Son Erişim Tarihi: 20.07.2020)

protokolün imza ve onay süreçlerini sonlandırdığı bir senaryoda yürürlüğe girecek ve genel bir ayrımcılık yasağı hükmü barındıran 12 no'lu Protokolün karşısında 14. maddenin durumunun ne olacağıdır.

Maddenin lafzından, bu protokolün aslında 14. maddeyi genişleten ve ileriye taşıyan bir yapısı olduğu görülmektedir. Bu unsur özellikle ilk cümledeki 'hukuken temin edilmiş tüm haklar' ifadesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. İkinci olarak bu ifade aynı zamanda 14. maddenin sözleşmenin diğer hükümlere olan bağlılığını ortadan kaldıran bir yapıya da sahiptir. Bu sayede 12 no'lu Protokolün 1. maddesi tıpkı diğer sözleşme maddeleri gibi bağımsız olarak uygulanabilecek başlı başına bir hak düzenlemesi yapmaktadır. Bu sayede salt olarak sözleşmede düzenlenen haklar değil taraf devletlerin hukuken tanıdığı tüm haklar ve ayrıca kamu makamlarının uygulamaları da konu kapsamına dahil edilmiştir.

12 no'lu Protokolün bağımsız yapısının uygulamadaki örneğini *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* kararı oluşturmaktadır. Bu kararda, Roman topluluğundan olan başvuruçuların kurucu halklardan olmadıkları gerekçesiyle başkanlık seçimlerinde aday olamamaları söz konusudur ve bu olay sözleşmenin koruma kapsamında olan bir hak içerisine girmemektedir. Dolayısıyla mahkemenin 12 no'lu Protokolü devreye sokarak 1. maddesi kapsamında ihlal kararı verdiği görülmektedir.⁴²

Burada dikkat edilmesi gerekli olan husus şudur; mahkemenin de açıkça belirttiği üzere 12 no'lu Protokolün 1. maddesi ayrımcılığa karşı olan korumanın sınırını sadece 'hukuken temin edilmiş tüm haklardan yararlanma' olarak değil daha da öteye taşımaktadır. Hiç kimsenin hiçbir gerekçeyle hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamayacağını da bu duruma işaret ettiği vurgulanmıştır. Ayrıca mahkeme

⁴² *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, nos. 27996/06 and 34836/06, 22 December 2009, para. 55 vd.

12 no'lu Protokolün hazırlık raporlarına atıfta bulunarak ilgili maddenin ayrımcılık kategorilerini açıkça ortaya koymuştur.⁴³ Bunlar;

- Ulusal hukukun bireylere tanıdığı haklar kullanılırken,

- Ulusal hukuk çerçevesinde kamu yetkililerinin açık yükümlülüğünden kaynaklanan bir hakkın kullanımında (ki burada kamu otoritesi ulusal hukuk kapsamında belirli bir yönde davranmakla yükümlü kılınmıştır),

- Kamu otoritelerinin takdir yetkisini kullandığı durumlar,

- Kamu otoritelerinin diğer eylem ve ihmalleri,

şeklinde 4 farklı kategoride sıralanmıştır.⁴⁴ Gerek mahkemenin vurguladığı gerek sözleşme yapıcılarının açıklayıcı raporunda belirttiği üzere hangi kategorinin 12 no'lu Protokolün 1. maddesinin hangi fıkrası kapsamında değerlendirileceği önemli değildir. Buna göre maddenin her iki fıkrası da birbirini tamamlayıcı etkiye sahiptir ve ayrıca belirtilmelidir ki bu kategoriler çok kesin ve net olarak birbirinden ayrılmamaktadır ve ulusal hukuk sistemlerinde bu ayrımlara farklı anlamlar yüklenmesi olasıdır. Bu gerekçeyle birlikte mahkemenin bir başvuruyu 12 no'lu Protokolün 1. maddesi kapsamında değerlendirebilmesi için bu 4 kapsamdan birisine giriyor olması gerektiği söylenebilecektir. Hatta mahkemenin hazırlık raporlarındaki vurguyu doğrudan kararına taşıması ve kanımca kategorilerin de kapsamını genişletmesi 12 no'lu Protokolün kullanımında etkinliği artırma amacını taşıyor olarak değerlendirilebilecektir.

Savez Crkava "Riječ života" and Others v. Croatia kararında bu unsurları değerlendiren mahkeme, dini topluluklara ilişkin ulusal hukuk kurallarını değerlendirmiş ve her ne kadar belirli durumlarda dini topluluğun medikal/sosyal bir kuruluş ile sözleşme yapması gerekmektedir de bu sözleşmenin hakkın doğması için ayrıca gerekli

⁴³ Council of Europe, *Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, (2000) 5 vd. (Bu çalışmada Açıklayıcı Rapor olarak ifade edilecektir.)

⁴⁴ *Savez Crkava "Riječ Života" and Others v. Croatia*, no. 7798/08, 09/12/2010, para 104. Ayrıca bkz. Açıklayıcı rapor.

olmadığını, sözleşmenin sadece yürütme eylemini düzenleme açısından değerlendirileceğini belirterek, başvuru kiliselerin ulusal hukukun kendilerine tanıdığı hakkı kullanmaları açısından ayrımcılığa uğradığını ortaya koymuş ve bu nedenle 12 no'lu Protokolün 1. maddesini olaya uygulanabilir bulmuştur.⁴⁵ Her ne kadar bu kadar kapsamlı bir değerlendirme yapmışsa da mahkemenin sonuçta salt olarak 9. madde ile birlikte 14. maddenin ihlali yönünde karar verdiği ve ayrıca 12 no'lu Protokol kapsamında inceleme yapmayı gerekli görmediği de görülmektedir. Burada sorulması gereken soru şudur: AİHM 14. madde kapsamına doğrudan giren ya da içtihat hukuku ile genişlettiği kapsamda sayılan durumlarda 12 no'lu Protokole etki vermemeyi mi seçecektir? Bu seçimin bazı nedenlerden kaynaklanması olasıdır. Bunlardan birisi 12. no'lu Protokolün geniş etki alanı nedeniyle üye devletlerce onaylanmadaki çekimserliği olabilir. Protokol maddelerinin geniş kapsamının taraf devletlerin imza sürecine etki etmesine yönelik bir çekince olabilir. Başka bir neden, mahkeme halihazırda sözleşmenin başka maddelerini kullanabiliyorken 14. madde düzenlemesini incelemesi dışarısında tutma yönündeki hareketi üzerinden de değerlendirilebilir. Burada şu söylenebilir. 14. maddeyi dahi imkân varken kimi durumlarda kullanmamayı seçen mahkemenin haydi haydi 12 no'lu Protokolün daha liberal maddesini uygulamaya gitmemesi doğaldır. Bu tartışmaların hukuk alanı dışında kalması nedeniyle ayrıca üzerinde durulmayacaktır.

Burada karşımıza çıkabilecek bir başka sorun ise 12 no'lu Protokolün tüm ayrımcı muameleleri yasaklayıp yasaklamadığıdır. Açıklayıcı raporuna bakıldığında nesnel ve makul temelde haklı gösterilebilen farklı muamelelerin bu kapsam dışarısında kalacağı vurgulanmaktadır. Bu bağlamda 14. maddenin yapısı ile bir benzeşme söz konusudur. Ayrımcılık temellerinin de her iki düzenlemede aynı olduğu görülmektedir. Bu bakımdan da 14. madde içtihat hukukunun buraya uygulanarak yeni ayrımcılık temellerinin

⁴⁵ *Ibid.*, para. 106. Eğitim verme ve dini evliliklerin tanınması hususunda ise ulusal hukukta bir düzenleme bulunmadığından ve bu alan devletin takdir yetkisindeyken mahkeme, ilgili olayın bu açısının 3. Kategorinin içerisine girdiğini belirtmiş ve bu iddia açısından da 12 no'lu Protokolün 1. maddesini olaya uygulanabilir bulmuştur. *Ibid.*, para. 107-108.

mahkeme eliyle tanınmasının önüne geçilmeyeceği şeklinde bir yorum yapılması doğru olacaktır.⁴⁶

Haklı gösterme ve ayrımcılık temelleri bakımından 14. madde ile eşdeğer tutulan bu maddenin ayrımcılık türleri bakımından nasıl uygulanacağı da bir sorun olarak karşımıza çıkabilecektir. Bu husus mahkemenin belirttiği üzere 14. madde ile aynı anlayış dahilinde yorumlanacaktır. Yani doğrudan ayrımcılık ya da dolaylı ayrımcılık gibi türler aynı şekilde ele alınmalıdır.⁴⁷

Caamaño Valle v. Spain kararında ise mahkeme 14. madde ile 12 no’lu Protokolün kapsamlarının farklı olmasına rağmen Protokol kapsamında kullanılan ayrımcılık ifadesinin 14. maddedeki anlamı ile aynı olması gerektiğini ve bu bağlamda ayrımcılığın yerleşik yorumunu değiştirmenin gerekli olmadığını ortaya koymuştur. Dolayısıyla 14. madde bağlamında ortaya koyulan standartların Protokol söz konusu olduğunda da kullanılmasının önü açılmıştır.⁴⁸

Burada karşımıza çıkabilecek başka bir sorun ise hukuken temin edilmiş haklardan yararlanırken bireyler arası ilişkilerin nasıl değerlendirileceğidir. Yani ilgili düzenlemenin yatay etkisi bulunmakta mıdır? Bu husus hakkında yine hazırlık

⁴⁶ Nitekim açıklayıcı raporunda da bu husus vurgulanmış hatta burada ayrımcılık temellerinin değiştirilmemesi ile ilgili olarak bazı çekincelere de yer verilmiştir. Bkz. Açıklayıcı Rapor, 5.

⁴⁷ *Pilav v. Bosnia and Herzegovina*, no. 41939/07, 9 June 2016, para. 40; *Zornić v. Bosnia and Herzegovina*, no. 3681/06, 15 July 2014, para. 27; *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, para. 55-56. Burada pozitif eylem ve devletlerin pozitif yükümlülükleri de 12. Protokol bakımından kısaca değerlendirilmelidir. Pozitif eylem bakımından, öncelikle 14. maddenin sözleşmenin diğer maddeleri ile bağlı yapısı ele alındığında 12. Protokolün bu düzenlemeden bir adım ileride olduğu düşünülebilir. Ancak gerek tüm konsey üyelerinin bu protokole taraf olmaması gerek mahkemenin bu protokole yönelik yargısal denetimini şimdilik sınırlı sayıda dava ile sınırlı tutması, şekli açıdan olumsuz unsurlar olarak ele alınabilir. Bunun haricinde protokolün 1. maddesinin genel bir ayrımcılık yasağı ortaya koyduğu aşikardır. Ancak maddenin lafzına bakıldığında pozitif eylem bakımından burada da bir düzenleme yapılmadığı görülür. Protokolün hazırlık raporlarına bakıldığında ise (para. 24) kullanılan ifadelerden bu ayrımcılığı ne doğrudan dışladığı ne de doğrudan hukukuna dahil etmeye çalışıldığı görülmektedir. Ancak protokolün dibesindeki “...Ayrımcılık yapılmaması ilkesinin, Taraf Devletleri, tam ve etkin bir eşitlik sağlamak amacıyla nesnel ve meşru gerekçelere dayanan tedbirler almaktan alıkoymadığı...” ifadesinin bu şekilde bir ayrımcılığı aslında kapsama amacı taşıdığı da söylenebilir. Bu alanın 14. madde ile muhtemelen benzer şekilde gelişeceği düşünülmektedir.

Devletlerin pozitif yükümlülüğü 12. Protokol bakımından değerlendirildiğinde ise daha sonra açıklanacağı üzere sözleşmeyi hazırlayanlar, kişiler arasındaki ilişkilere müdahale yönünden isteksiz görünmektedir. Bu bağlamda 12. Protokol bağlamında özel kişiler arasında bir ilişki söz konusu olduğunda daha önce de açıklandığı üzere kamusal bir kapsamlarının olup olmadığına göre değerlendirileceği düşünülebilir.

⁴⁸ *Caamaño Valle v. Spain*, no.43564/17, 11/05/2021, para. 79. ; *Negovanović and Others v. Serbia*, nos. 29907/16 and 3 others 25 January 2022, para. 74.

alışmalarına bakmak ve yasa koyucuların temel niyetini anlamak gereklidir. Buna göre protokolün esas amacı bireyleri devlete karşı korumak olmakla birlikte devlet tarafından düzenlenmesi gerekli olan bireyler arası ilişkilere de uygulanabilecektir.⁴⁹ Bu bağlamda her ne kadar bireyler arası ilişkiye müdahil olunabilecekse de burada yine bir kamusal hizmet ya da kamu etkeni şartı arandığı görülmektedir. Bu durum da salt olarak bireyler arasında kalacak ilişkilerde ilgili protokolün uygulanamayacağını bize göstermektedir.⁵⁰ Ancak mahkemenin eski tarihli bazı kararlarına bakıldığında burada taraf devletlerin ayrımcılığı engelleme şeklinde negatif yükümlülüğünün yanı sıra örneğın özel hayata saygı ilkesinin korunması bağlamında bireyler arasındaki ilişkileri dahi kapsayacak hakkın kullanılmasını sağlamaya yönelik düzenlemeler yapması gerektiğine yönelik ifadeleri bulunmaktadır.⁵¹ Yine de bu pozitif yükümlülük çok geniş şekilde yorumlandığında Protokolün 1. maddesinin lafzını bu derecede bireysel ilişkilere genişletmek, sözleşmenin genel sistemini etkileyecek bir yapıya sahip olma ihtimali taşımaktadır.⁵²

Görüldüğü üzere 12 no’lu Protokol hala gelişen bir hukuk alanıdır ve sınırlı bir içtihat hukukuna sahiptir. Sözleşmeye taraf devletlerin Protokole daha etkin katılımıyla birlikte mahkemenin bu alanda etkin bir sistem kuracağına inanılmaktadır.

⁴⁹ Açıklayıcı rapor, para 25 vd. Açıklayıcı raporda bu gibi durumlar arasında keyfiliğe dayanan şekilde kişilerin işe, restoranlara ya da sağlık alanı gibi kişilerin kamuya sunduğu hizmetlere erişim gibi durumlar sayılmaktadır.

⁵⁰ *Ibid.*. Nitekim açıklayıcı rapor aynı durumu vurgulamaktadır. Ayrıca devam eden paragraflarda taraf devletlerin protokolün 1. Maddesinin uygulanmasından kaynaklı olarak bireyler arasındaki ilişkiler bakımından pozitif yükümlülüğünün sınırlarına da değinilmiş ve örneğın bireyler arasındaki ilişki bağlamında devletin koruma yükümlülüğü çok açık ve ağır bir şekilde görülmekteyse Protokolün kullanımı söz konusu olabilecektir. *Ibid.*, para. 26.

⁵¹ *Airey v. Ireland*, no. 6289/73, 9 October 1979, para 32 ; *X and Y v. The Netherlands*, no. 8978/80, 26 March 1985, para 23. AİHS 11. maddesi açısından verilen bir karar için bkz. *Plattform "Arzte Für Das Leben" v. Austria*, no. 10126/82, 21/06/1988, para. 29-34.

⁵² Her ne kadar incelenen temellerdeki ayrımcılık başlıkları altına girmese de 12. Protokolün uygulama alanını genişletmesi sebebiyle çok kısa olarak *Napotnik v. Romania* kararına da değinmemiz gerekmektedir. Bu kararın en önemli tarafı, mahkemenin ilk defa işyerinde hamilelik ile ilgili bir ayrımcılık iddiasını değerlendirmesidir. Kanımca mahkemenin bu davada çalışanın bykelilikteki görevi nedeniyle kamu hizmeti görülmesi ile kişinin hamileliği nedeniyle ayrımcılığa uğramamasını dengeli bir şekilde değerlendirmiştir. Bu olayda hamilelik söz konusu olduğu için ve sadece kadınlar hamile kalabildiğinden bunun haklı gösterilemedi sürece cinsiyet temelinde doğrudan bir ayrımcılık olduğu belirlenmiştir. Bkz. *Napotnik v. Romania*, no. 33139/13, 20 October 2020. Bu kararda cinsiyet temelinde ayrımcılık sonucunun değerlendirildiği yol AB hukukundaki yaklaşıma oldukça yaklaşımıştır. Bu husus tezin ikinci bölümünde ele alınacaktır.

1.2. Avrupa Birliği

AB, Avrupa Konseyinden farklı olarak ulus üstü yapıya sahip olan bir birliktir. Ulus üstü kavramını daha net anlayabilmek için öncelikle uluslararası bir örgütün ne olduğu hakkında kısaca bilgi verilmelidir. Buna göre uluslararası bir örgüt, tıpkı Avrupa Konseyi gibi, üyeleri arasında gönüllü iş birliği ve koordinasyon kurulmuş olan bir yapıdır. Ancak unutulmamalıdır ki bu iş birliğinin, kendisine üye olan devletlerin üzerinde özerk bir gücü ya da kararlarını uygulatacak münhasır bir yetkisi bulunmaz.⁵³ Ulus üstü olması ise üyelerinin yetkilerinin bir kısmını üst (ulus üstü) yapıya devretmiş olması ve bu alanlarda üst yapının kararlarına uyma zorunluluğu bulunması olarak özetlenebilecektir.⁵⁴ AB kurumsal yapısı nedeniyle kendisine has ve ulus üstü bir oluşumdur. Her ne kadar kurumsal yapısı ulus devletlerdeki yapıya benzer gibi görünse de işlevleri farklıdır.⁵⁵ Ayrımcılık yasaklarının düzenleme alanı söz konusu olduğunda da bu farklılık görölmektedir. Nitekim burada birincil hukuk ve ikincil hukuk gibi kavramlar ve dolayısıyla üye devlet uygulamaları devreye girmektedir.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra birlik ve barışı sağlamak amacıyla ve ekonomik bir temelle yola çıkan AB, günümüzde sosyal haklar gibi alanları da içerisine alarak ekonomik bir birlik olmasının yanı sıra artık insan hak ve özgürlüklerinin de korunduğu çok katmanlı bir yapıya ulaşmıştır. Bu nedenle AB'nin çekirdeğinde (başlangıçta), bütünleşmenin yürütölmesi amacıyla, insan haklarına saygı, eşitlik ya da ayrımcılıkla mücadele gibi unsurların temel ve öncelikli bir pozisyonun bulunmadığından, bu konuların zamanla ve değişen sosyal devlet anlayışıyla birlikte şekillendiğinden/önem kazandığından bahsedilebilecektir. Hem AB'nin kendi iç gelişmeleri ve bir değerler

⁵³ John McCormick, *Understanding the European Union A Concise Introduction*, 2. Baskı, (New York: Palgrave, 2002) 5.

⁵⁴ Bu konu hakkında bkz. Jonas Tallberg, *European Governance and Supranational Institutions: Making States Comply*, (Routledge, 2003) 54 vd. ; Muzaffer Akdoğan, Avrupa Birliği ve Birlik Üyesi Devletler Arasında Egemenlik İlişkisi, *Uluslararası Hukuk ve Politika* 6, no 24 (2010) 55-76.

⁵⁵ John McCormick, *Understanding the European Union: A Concise Introduction*, 5. Baskı, (Palgrave, 2011) 74 vd.

Avrupası'na dönüşmesi hem de eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesine ilişkin Avrupa Hukuku bu dönüşümde rol oynamıştır.⁵⁶

Her ne kadar eşitlik ve insan hakları gibi alanlar ilk kuruluş aşamasında temel bir bileşen olmasa da Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma'da kadın ve erkek çalışanlar arasında ücret eşitliğine ilişkin bir hüküm getirilmiştir.⁵⁷ Bu düzenleme Birliğin o dönemki bütünleşme anlayışı ve amaçlarına uygun bir şekilde ekonomik bir temel içerse de 70'li yıllarda çıkartılan eşit ücret ve eşit muamele direktiflerine kaynaklık etmesi nedeniyle en azından cinsiyet eşitliği açısından ilk adımı oluşturduğu ve devam eden ayrımcılık mevzuatına öncülük ettiği göz ardı edilemeyecek bir gerçektir.⁵⁸ Bu tasarruflar sayesinde AB'de bugün daha etkin olarak hissedilen toplumsal cinsiyet yaklaşımı sindirilerek benimsenmiş ve özellikle işgücü alanında etkin bir ayrımcılıkla mücadele politikası oluşturulmuştur. Yine aynı dönemde Divan da gelişmeler karşısında kayıtsız kalmamış ve eşitlik ilkesini AB Hukukunun temel ilkelerinden birisi olarak kabul etmiştir.⁵⁹ Hatta *Defrenne* Kararı ile eşitliğin ötesinde, cinsiyet temelinde ayrımcılığın önlenmesi temel hakların bir parçası olarak değerlendirilmiştir.⁶⁰ Özellikle Amsterdam Antlaşmasıyla birlikte sadece cinsiyet eşitliği alanında değil çok geniş bir alanda ayrımcılıkla mücadele bakımından Birliğin önü açılmıştır.⁶¹ Birçok farklı düzenlemede

⁵⁶ Johanna Croon-Gestefeld, *Reconceptualising European Equality Law: A Comparative Institutional Analysis*, *Reconceptualising European Equality Law A Comparative Institutional Analysis*, (Hart Publishing, 2017)

⁵⁷ Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma m.119.

⁵⁸ Council Directive, 76/207/EEC, *The Implementation of The Principle of Equal Treatment For Men And Women As Regards Access To Employment, Vocational Training And Promotion, And Working Conditions*, OJ L 39, 14.2.1976. ; Council Directive, 75/117/EEC, *The Approximation of The Laws of The Member States Relating to The Application of The Principle Of Equal Pay For Men And Women*, OJ L 45 of 19.2.1975.

⁵⁹ Cases C-117/76 and C-16/77, *Ruckdeschel*, 19.10.1977, ECR 1753.

⁶⁰ Case C- 149/77, *Defrenne v. Sabena*, 15 June 1978, ECLI:EU:C:1978:130, para.27 vd.

⁶¹ Amsterdam Antlaşması ile Değişik Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma m.13. Amsterdam Antlaşmasına kadar geçen sürede, Avrupa Sosyal Şartında yer verilen kadın ve erkeğe eşit muamele anlayışı Topluluk direktiflerine yansıtılmaya devam etmiştir. Örneğin bkz. Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 On The Introduction Of Measures To Encourage Improvements In The Safety And Health At Work Of Pregnant Workers And Workers Who Have Recently Given Birth Or Are Breastfeeding, OJ L 348, 28.11.1992.

çeşitli eşitlik hükümlerine yer verilmiştir.⁶² Özellikle bu Antlaşmayla yapılandırılan ‘istihdam’ başlığı çerçevesinde hazırlanan Avrupa İstihdam Stratejisi, kadın ve erkeğin istihdamda fırsat eşitliğine ilişkin öğeler içermiş bu sayede üye devletlerin istihdam politikalarını şekillendirmiştir.⁶³

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki Lizbon Antlaşması ile birlikte AB’nin AİHS’ye katılımı gündeme gelmiş ve bu husus açıkça kurucu antlaşmalara işlenmiştir.⁶⁴ Tüm üyeleri Avrupa Konseyi üyesi olan AB ise Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) 2/13 sayılı görüşü ile şimdilik bu katılımı gerçekleştirememektedir.⁶⁵

Amsterdam Antlaşması ile birlikte başlayan bu yeni süreç 2000 yılında, Birliğin bugün dahi ayrımcılıkta temel mevzuatı sayılan direktiflerinin oluşturulmasına zemin hazırlamıştır. Bunlar kısaca anıldıkları adlarıyla Irk Direktifi ve Çerçeve Direktifir.⁶⁶ Direktifler yanında Lizbon Antlaşmasıyla birlikte artık Birliğin temel çekirdeğine insan haklarına saygı, eşitlik ve ayrımcılık yapmama temel ilkeler olarak yerleşmiş⁶⁷, Temel Haklar Şartı (THŞ) da bağlayıcı bir ayrımcılıkla mücadele aracı haline gelmiştir. Avrupa

⁶²Örnek olarak bkz. Directive 2006/54 Of The European Parliament and of The Council of 5 July 2006 on the Implementation Of The Principle Of Equal Opportunities And Equal Treatment Of Men And Women In Matters Of Employment And Occupation (recast), OJ L 204/23 Özellikle bu direktif ile 70’li yıllarda kadınların iş ve sosyal güvenceye erişimine ilişkin çıkartılan ve yukarıda da bahsedildiği üzere toplumsal cinsiyet algısını şekillendiren direktifler tek bir çatı altında toplanmış ve karışık görünüme son verilmiştir. ; Council Directive, 2004/113 of 13 December 2004 Implementing The Principle Of Equal Treatment Between Men And Women In The Access To And Supply Of Goods And Services, OJ L 373/37.

⁶³ Bkz. *European Employment Strategy*, 1997.

⁶⁴ Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) m.6.

⁶⁵ Opinion 2/13, *Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU*, 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2454. ABAD, daha önce verdiği 2/94 sayılı görüşle birlikte AB’nin bu alanda yetkili olmadığından bahisle AİHS’ye katılamayacağını vurgulamıştır. Bkz. Opinion 2/94, *Opinion pursuant to Article 228 of the EC Treaty*, 28 March 1996, ECLI:EU:C:1996:140. AB’nin AİHS’ye taraf olmasının maddi temelleri yanı sıra uyumlu bir insan hakları külliyatı oluşturarak AB’nin genel itibarını arttıracığına ilişkin görüş için bkz. Servet Alyanak, Avrupa Birliği’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Katılımı: Saatler İleriye Mi Yoksa Geriye Mi İşliyor?, *Ombudsman Akademik Dergisi*, no 2 (2015) 77. AİHS’ye katılım kişiler açısından etkin bir insan hakları koruması yaratmakla birlikte kurumsal açıdan iç içe geçecek iki paralel sistemin özellikle ABAD ekseninden yaratacağı değişim de göz ardı edilmemelidir. Ayrıca hak temelli bir yaklaşımla, sistemler arasındaki ilişki daha ileriye yarış (race to the top) haline dönüştüğünde ve özellikle ifade özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği gibi çakışan haklar söz konusu olduğunda bir tarafın haklarının daha ağır basmasına yol açabilecektir. Jörg Polakiewicz, EU law and the ECHR: Will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle?, *European Human Rights Law Review* 6, (2013).

⁶⁶ Council Directive, 2000/43, *Implementing The Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Racial Or Ethnic Origin*, OJ L 180, 29 June 2000. Bu metinde ilgili direktif ‘İrk Direktifi’ olarak kullanılacaktır. Council Directive, 2000/78, *Establishing A General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation*, OJ L 303, 27 November 2000. Bu metinde ilgili direktif ‘Çerçeve Direktif’ olarak kullanılacaktır.

⁶⁷ Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA) m.18-19.

Birliğı Adalet Divanı (ABAD) ise bir insan hakları mahkemesi olmamasına rağmen AİHM ile paralel şekilde içtihadını oluşturmuştur.⁶⁸

1.2.1. Birincil Hukuk

AB Hukukunda birincil hukuk, kurucu antlaşmalar, bunları değiştiren yani tadil eden antlaşmalar, katılım antlaşmaları ve bunlara ekli protokoller ve kurucu antlaşmalar ile aynı hukuki statüye sahip olan THŞ'yi içeren bir küme olarak düşünülebilecektir.⁶⁹

Burada ayrımcılık yasakları kapsamında kurucu antlaşmalar ve THŞ ele alınacaktır.

1.2.1.1. Kurucu Antlaşmalar

Avrupa Birliğı Antlaşması'nın (ABA) 2. maddesine baktığımızda Birliğin değerlerinin burada düzenlendiğini görmekteyiz. Buna göre:

“Birlik, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dahil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kuruludur. Bu değerler, çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin hakim olduğu bir toplumda üye devletler için ortaktır.”

Görüldüğü üzere ayrımcılık yapmamak da Birliğin değerleri ve aslında üzerinde kurulduğu ilkelerden birisini oluşturmaktadır. Bu nedenle AB hukuku açısından önemli sayılabilir.⁷⁰ Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmada (ABİHA) ise ayrımcılık

⁶⁸ Çalışmanın devamında ABAD kısaltması kullanılacak olup bu kısaltma mahkemenin tüm birimleri için ortak bir kullanım olarak değerlendirilmelidir.

⁶⁹ Birincil hukuk normlar hiyerarşisinin en üstünde yer aldığından devam eden başlıklar altında ele alınacak olan ikincil hukukun buna uygun olarak yorumlanarak hukuki denetime tabi olabilecektir. AB Hukukunun genel ilkeleri de birincil hukuk ile eş seviyede olarak değerlendirilebilir. Bu hususta daha detaylı bilgi için bkz. Sanem Baykal ve İlke Göçmen, “Avrupa Birliğı Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi”, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, (Ankara:Ankara Üniversitesi Basımevi, 2013) 317-365.

⁷⁰ Burada ABA'nın 2. maddesinin ayrımcılık yapmama ilkesini, ilk cümlede düzenlenen (kesin) altı AB değeri arasında saymayarak ikinci cümlesinde ve üye devletler açısından oluşması beklenen bir toplum bakımından saymış olması, sistematik olarak Antlaşmanın üye devletlere değer empoze etmeyecek olmasından ötürü aslında üye devletlere yönelen ayrı bir ilke olmayıp, maddenin ikinci cümlesinde sayılan değerlerin de aslında ilk cümledeki değerlerle birlikte Birlik değeri olarak değerlendirilmesine yönelik olarak bkz. Marcus Klamert ve Dimitry Kochenov, “Article 2” içinde *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, ed. Manuel Kellerbauer et. al. (Oxford University Press, 2019) 25 vd. Bu husus 2. madde ile ilgili olarak ABA m.7'de düzenlenen prosedüre başvurulabilmesi açısından da ayrıca önemlidir.

yapmama ve Birlik vatandaşlığını ayrı bir başlık ve madde altında ele alınmıştır. Bu başlıkta 18. maddeye baktığımızda vatandaşlık temelinde ayrımcılık konusunun düzenlendiğini görürüz. 19. madde ise

“1. Antlaşmalar’ın diğer hükümlerine hâlel gelmeksizin ve Birliğe Antlaşmalar’da verilen yetkilerin sınırları dahilinde, Konsey, Avrupa Parlamentosu’nun muvafakatini aldıktan sonra, özel yasama usulü uyarınca hareket ederek, oybirliğiyle, cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla gerekli tedbirleri alabilir.

2. 1. paragrafa istisna olarak, Avrupa Parlamentosu ve Konsey, üye devletlerin kanun ve ikincil düzenlemelerinin uyumlaştırılması hariç olmak üzere, 1. paragrafta belirtilen hedeflere ulaşmaya katkı sağlamak amacıyla üye devletler tarafından girişilen eylemleri desteklemek için, olağan yasama usulü uyarınca hareket ederek, Birliğin teşvik tedbirlerine ilişkin temel ilkeleri kabul edebilir.”

İlgili düzenlemeye göre bu tedbirler özel yasama usulü uyarınca ve oybirliği ile alınacaktır.⁷¹ Burada dikkati çeken unsur ise ayrımcılık temellerinin sınırlı olarak sayılmış olması ve AİHS’den farklı olarak diğer statüleri de bu listeye dahil etmek üzere açık bir kapı bırakılmamış olmasıdır. Dolayısıyla antlaşmanın ilgili maddesi bakımından yapılacak düzenlemeler sadece cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini inanç, engellilik, yaş

Bkz. Niall Coghlan, *One Fattened, Six Starved? The Article 2 TEU Values After the Rule of Law Conditionality Judgments*, 15 March 2022, (Son Erişim Tarihi: 30.07.2022) <https://europeanlawblog.eu/2022/03/15/one-fattened-six-starved-the-article-2-teu-values-after-the-rule-of-law-conditionality-judgments/> Nitekim ABAD eşitlik ve ayrımcılık yapmama ilkelerinin, Temel Haklar Şartında açıklandığı şekliyle, ABA’nın 2. maddesindeki değerlerden olduğunu belirtmek suretiyle Birliğin bu değerlerinin ABA’nın 7. maddesinde belirtilen prosedüre ek olarak, bir üye devlette ABA m.2’den kaynaklanan değerlerin ihlal edilmesi halinde, ikincil hukuk ile uygulamaya koyulan Antlaşmaların bu yöndeki çok sayıda hükmü, AB kurumlarına ihlallerin varlığını inceleme, tespit etme ve uygun olduğunda ihlaller için ceza verme yetkisi vermektedir. Bkz. C- 156/21, *Hungary v European Parliament and Council of the European Union*, 16 February 2022, ECLI:EU:C:2022:97, para. 157-159. Bu bağlamda özellikle ABA’nın 7. maddesindeki prosedürü başlatmaya yönelik kaynaklık edebilecek olmasından ötürü ayrımcılık yapmama ilkesi önem kazanıyor gibi görünmektedir. Ayrıca bkz. C-157/21, *Republic of Poland v European Parliament and Council of the European Union*, 16 February 2022, ECLI:EU:C:2022:98, para. 192-194. ABA m. 2 haricinde ayrıca ABA’nın 3. maddesinde de ayrımcılığa ilişkin olarak genel bir ifadenin yer aldığı görülür. Buna göre “...Birlik, sosyal dışlanma ve ayrımcılıkla mücadele eder...” Bu hususun aslında 2. maddenin bir devamı olarak da ele alınabileceği düşünülebilir.

⁷¹ Özel yasama usulü için bkz. ABİHA m. 289.

veya cinsel yönelim temelinde ayrımcılık unsurlarını içerebilecektir. Bu sayılan ayrımcılık temellerinin ise AİHM tarafından ‘yaş hariç olmak üzere’ şüpheli kategorilerde olduğu değerlendirilen temellerden olması ayrıca dikkati çeken bir unsurdur. Özellikle 2000’li yıllardan sonra (cinsiyet haricinde) görünürlük kazanan bu alanlar hakkında AB seviyesinde de çalışma yapılmış olması bu alanlara genel bir Avrupa konsensüsü olduğu vurgusuna işaret ediyor gibi algılanabilecektir.

ABİHA’nın 10. maddesine baktığımızda ise Birlik çerçevesine bir bakıma yatay olarak etki edecek bir hüküm bulunduğunu görmekteyiz. Buna göre:

“Birlik, politikalarının ve tedbirlerinin belirlenmesinde ve uygulanmasında, cinsiyet, ırk veya etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele için çaba gösterir.”

Dolayısıyla daha politika oluşturma aşamasından başlayarak ve maddenin lafzı dikkate alındığında tüm politika alanlarını kapsayacak şekilde yapılan çalışmalarda, ilgili temellerde ayrımcılık yapılamaması unsurunun dikkate alınması gerektiği söylenebilecektir. Bu bağlamda ilgili düzenleme geniş bir yorumla AB hukukunu bu alanda etkileme kapasitesine sahiptir de denilebilir.

Bunun haricinde bir noktanın daha belirtilmesi gereklidir. Bu da AİHS’ye katılımı beklenen AB ile, kurucu antlaşmalardan görüleceği üzere AİHS’nin düzenlediği insan hakları arasında organik ve kesin bir bağ kurulmuş bulunduğuudur. Buna göre AİHS tarafından güvence altına alınan ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklar AB hukukunun genel ilkelerinin parçası olarak ifade edilmiştir.⁷² Dolayısıyla her ne kadar AB’nin AİHS’ye katılımı henüz gerçekleşmemişse ve AİHS AB kurumları açısından bağlayıcı bir hukuki metin değilse de kurucu antlaşmanın bu düzenlemesi sayesinde (ve Temel Haklar Şartının ilgili maddeleri ile birlikte) AİHS ile AB Hukuku arasında etkin bir ilişki ve diyalog kurulması

⁷² ABA m. 6/3.

amaçlanmıştır. Bu husus kanımca her iki sistemin etkileşimini arttıracak ve üye devletlerin anayasal geleneklerinden kaynaklanması bakımından da ortak bir kültürden ve temelden beslenmesini sağlayacak bir düzenleme olarak görülmelidir. Bu ise ortak bir Avrupa fikri ya da alanı oluşması açısından dikkatle değerlendirilmelidir.

Bu düzenlemelere dayanarak AB kapsamında özel yasama usulüyle kimi ayrımcılık direktifleri ortaya koyulmuştur.⁷³ Devam eden başlıklardan ikincil hukuk altında bu direktiflerin düzenleme alanlarına ilişkin ayrıntılı bir inceleme yapılacaktır.⁷⁴

1.2.1.2. Temel Haklar Şartı

Ekonomik bir amaç üzerine inşa edilen AB, zamanla insan haklarına yönelik bir dönüşüm geçirmiştir. Örneğin 2000’li yıllara yaklaşıldığında tezin inceleme alanını oluşturan konular da artık politikaların belirlenmesi hususunda göz önüne alınmaya başlanmıştır. Bu dönüşümde ABAD’ın birçok kararının yanı sıra eşitlik ilkesi üzerine verdiği kararlar da etkili olmuştur. ABAD temelde bir insan hakları mahkemesi olmamasına rağmen bu alanı yorumlayarak gelişimini sağlamıştır. Bu bağlamda 2000 yılında THŞ ilan edilmiştir. THŞ, ilan edildiği dönemde bağlayıcılık kazanmamıştır ve aslında üye devletlerin bu alandaki niyetlerini gösteren bir ilan niteliğinde görünmektedir. 2009 yılında Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesi ile bu durum değişmiştir. Antlaşmaya baktığımızda:

“Birlik ... Antlaşmalar’la aynı hukuki değere sahip olan 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nda yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanır. Şart’ta yer alan hükümler, Birliğin Antlaşmalar’da belirlenen yetkilerini hiçbir şekilde

⁷³ Bunlar haricinde ayrımcılıkla mücadele temelinde birçok farklı hukuki metin bulunmakla birlikte kaynağını ABİHA’nın 19. maddesinden alan bu iki direktif ve yine antlaşmalarla aynı hukuki seviyede olan Temel Haklar Şartı incelenerek diğer metinler kapsam dışında bırakılacaktır. Diğer hukuki metinlere örnek olarak bkz. Council, Framework Decision 2008/913/JHA, On Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by Means of Criminal Law, OJ L 328/55, 6.12.2008.

⁷⁴ Direktiflerin Türkçe alıntıları için TİHEK tarafından hazırlanan çeviri kitapçığı esas alınmıştır. Bkz. TİHEK, Temel Haklar Şartı, Eşitlik ve Ayrımcılık Alanında Avrupa Birliği Direktifleri, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/03/1551818880.pdf (Son Erişim Tarihi: 20.02.2022)

genişletmez. şart'ta yer alan haklar, özgürlükler ve ilkeler; şart'ın yorumlanması ve uygulanmasının düzenlendiği VII. Başlığı altındaki genel hükümlere uygun olarak ve şart'ta bu hükümlerin kaynaklarını ortaya koyan açıklamalar gerektiği şekilde göz önünde bulundurularak yorumlanır...”

ifadelerinin kullanılmış olduğu görölr.⁷⁵ Bu bakımdan Lizbon Antlaşması ile birlikte THş'de artık bağlayıcılık kazanmış hatta Antlaşmalar ile aynı hukuki değere sahip olarak konumlandırılmıştır.

Her ne kadar Antlaşmalar ile aynı hukuki değere sahip olsa da THş'nin düzenlemesine baktığımızda bu şartın hükümleri “... Birliğin kurumları ve organlarına ve sadece Birlik hukukunu uyguladıklarında üye devletlere yöneliktir...”⁷⁶ Bu da bize AB kurumlarının halihazırda bu şart ile bağlı olduğunu gösterirken, üye devletlerin sadece AB Hukukunu uyguladığı zaman bu şart kapsamında sorumluluk üstlendiğini göstermektedir. Bunun açıklaması ise şöyle yapılabilecektir. AB'nin kurumsal olarak kendi hukukunu icra kapasitesi Avrupa Konseyi ile karşılaştırıldığında daha yüksek olsa da ulusal boyuttaki uygulamalar için idari bir kapasite varlığı bulunmaz. Aynı zamanda AB her alanda yetki sahibi de değildir. Dolayısıyla üye devletler kendi iç mekanizmaları ile hukuki alanlarını düzenlerler. Bu bağlamda AB Hukukunun uygulama alanı içerisinde kaldıklarında THş'nin kullanımı gündeme gelebilecektir.⁷⁷

THş belirtildiği üzere Lizbon Antlaşması ile birlikte bağlayıcılık kazanmış bir insan hakları metnidir. Bu şarttaki haklar genel olarak AİHS ile paralel olarak düzenlenmiştir. şartın 52. maddesine göre bu şart, AİHS ile teminat altına alınmış olan haklara tekabül eden hakları içermesi halinde söz konusu hakların anlam ve kapsamı Antlaşma'da belirtilenlerle aynı olacaktır. Ancak bu durum AB Hukukunun daha ileri bir

⁷⁵ ABA m.6/1.

⁷⁶ Temel Haklar şartı (2000/C 364/01), m.51.

⁷⁷ THş hakkındaki raporlar ve üye devletler açısından bağlayıcılığına ilişkin olarak bkz. <https://fra.europa.eu/en/eu-charter> (Son Erişim Tarihi: 20.07.2022)

koruma sağlamasını da engellemeyecektir. Her ne kadar bu şekilde düzenlenmişse de Şartın AİHS'den ayrıştığı noktalar da bulunmaktadır.⁷⁸

Bu Şartın 3. bölümü ise eşitliğe ilişkindir. Burada dikkat çeken husus, Şartın eşitlik ile ilgili bölümünde koruma altına alınan grupların ABİHA'da yer alan maddeye göre daha kapsamlı olarak ifade edilmiş olmasıdır. Bu bağlamda farklı renk, sosyal köken ve kalıtsal özelliklere sahip gruplar da şartın koruması altına alınmıştır.⁷⁹ Hatta Şartın eşitliğe ilişkin bu maddesinin, lafzi olarak AİHS'nin 14. maddesinin dahi önüne geçtiği söylenebilecektir çünkü bu maddenin etkinlik kazanması için AİHS'de olduğu üzere, şarttaki diğer bir hakka bağlanması gerekmemektedir.⁸⁰ Buna göre:

“Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, hususiyet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel eğilim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması yasaktır.”

Görüldüğü üzere THŞ'de, AİHS'den farklı olarak net bir şekilde 'herhangi başka bir duruma dayalı' ifadesi kullanılmamaktadır. Bu da ayrımcılık temellerinin daha sınırlı olarak algılanmasına yönelik bir yoruma yol açabilecektir. Ancak gerek daha sonraki başlık altında ele alınacak olan ayrımcılık direktifleri gerek THŞ'nin kapsadığı alanın özellikle de AİHM tarafından oluşturulan şüpheli kategori içerisine giren ayrımcılık temellerini kapsadığı düşünüldüğünde en azından belirli bir oranda hukuki koruma sağladığı düşünülmektedir. Ayrıca koruma altına alınan hakların kapsamı açısından da THŞ'nin, AİHS ile THŞ arasındaki ilişkiyi düzenleyen hükmü ile beraber daha geniş bir alanda uygulanabilmesinin yolunu açmaktadır.

⁷⁸ THŞ, m.1, m.47.

⁷⁹ THŞ m.21.

⁸⁰ Cinsiyet eşitliğinin ise aynı bölümde ayrı bir madde olarak düzenlendiği görülmektedir. THŞ m.23. Bu düzenleme ile her ne kadar hala istihdam kapsamında kalıyormuş gibi görünse de kadın-erkek arasındaki ayrımcılık yasağının kapsamı genişletilmiş olmaktadır.

THŞ'nin 21. maddesi ile getirilen ayrımcılık yasağı, bireylere AB mevzuatı ya da AB Hukukunu aktaran ulusal hukuk bakımından, eğer bunlar şart ile uyumlu değilse, öne sürülebilecek bir hak vermektedir. Antlaşmalar ile aynı hukuki statüye sahip olan THŞ'den kaynaklanan uyuşmazlıklar ulusal mahkemeler tarafından ön karar usulüyle de ABAD önüne getirilebilecektir. Nitekim ayrımcılık iddiaları söz konusu olduğunda mahkemenin önüne gelen davalar da mevcuttur. Ancak ABAD'ın genellikle ayrımcılık ile ilgili olarak önüne gelen davalarda (söz konusu alan ayrımcılık direktifleriyle düzenlenmekteyse) doğrudan THŞ'ye dayanarak karar vermekten kaçındığı ve bu alandaki özel düzenleme alanı yaratan Direktifler üzerinden kararını şekillendirmeye çalıştığı da görülmektedir.⁸¹ Ancak genel bir ifadeyle söylenebilecek olan şudur, eşit muamele ilkesi THŞ'nin 20. maddesinde düzenlenen şekliyle AB Hukukunun genel ilkelerinden birisi olup, bu şartın 21. maddesi ise bu ilkenin özel bir ifade şeklidir.⁸²

Örneğin *Hennigs and Mai* kararı ile birlikte yaş temelinde ayrımcılığın genel kapsamda uygulanması bakımından THŞ'ye atıfla bir karar verildiği görülür.⁸³ Yaş temelinde ayrımcılık, ABAD tarafından AB Hukukunun genel ilkesi olarak kabul edilen bir ayrımcılık temelidir. İstihdam ve meslek alanı söz konusu olduğunda ise Çerçeve Direktif tarafından özel bir şekilde ele alınmaktadır. Yaş temelinde ayrımcılığı tüm alanlarda kapsayan düzenleme ise THŞ olmaktadır.⁸⁴ Mahkeme burada üye devlet tarafından yaş temel alınarak uygulanan bir önlemin kapsamını değerlendirmiş ve bunu ilgili direktif çerçevesinde incelemeye devam etmiştir. Gerekli yerlerde THŞ'ye de atıf

⁸¹ Direktifler çerçevesinde karar verilirken genel esaslar bakımından direktifle uyumlu olarak THŞ'nin 21. maddesine de atıf yapıldığı görülmektedir. Bu husus özellikle ayrımcılık direktiflerinde düzenlenen yaptırımlar başlığı kapsamında gündeme gelmektedir. Bu düzenlemelere göre üye devletler ilgili direktifler uyarınca kabul edilen ulusal önlemlerin ihlali durumunda geçerli yaptırımlara ilişkin kurallar getirmeli ve bunların uygulanmasını sağlamak için gerekli tüm tedbirleri almalıdır. Bu durum ABAD tarafından THŞ'nin 47 maddesi yani Etkili hukuki bir yola başvurma ve adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Bir örnek için bkz. C-396/17, *Martin Leitner v Landespolizeidirektion Tirol*, 8 May 2019, ECLI:EU:C:2019:375, para. 51 vd.

⁸² C-356/12, *Wolfgang Glatzel v. Freistaat Bayern*, 22 May 2014, para. 43.

⁸³ Joined Cases C-297/10 and C-298/10, *Sabine Hennigs v Eisenbahn-Bundesamt and Land Berlin v Alexander Mai*, 8 September 2011, ECLI:EU:C:2011:560.

⁸⁴ *Ibid.* para. 47.

yaptığı görülmekle birlikte bu alanlar daha genel çıkarımlar yapılan kısımlar olarak değerlendirilebilecektir.⁸⁵ Mahkemenin *HK Danmark - Kristensen* kararında da benzer bir usul izlediği söylenebilecektir.⁸⁶ Buna göre THŞ'nin yaş temelinde ayrımcılığı tüm alanlarda kapsayan bir düzenleme olduğu tekrarlanmış ancak söz konusu olay daha spesifik bir düzenleme olan Çerçeve Direktifin kapsamı içerisinde kaldığından karar yazım metodu buna uygun olarak şekillenmiştir.⁸⁷ Burada aynı zamanda bireylere karşı öne sürülebilecek haklar tanınması bakımından da THŞ gündeme gelmektedir.

YS v. NK kararında ise ABAD şartın kapsamının, 51. maddesinde tanımlandığı şekliyle, üye devletlerin eylemlerine ilişkin olarak ve yalnızca AB hükümlerini uygularken bu devletlere yönelmesi şartıyla olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca, Şart tarafından güvence altına alınan temel hakların AB hukukuna tabi tüm durumlarda geçerli olduğu ve bu nedenle, diğerlerinin yanı sıra ulusal mevzuatın AB hukuku kapsamına girdiği durumlarda bunlara uyulması gerektiği de akılda tutulmalıdır.⁸⁸

THŞ'nin, AİHS ile THŞ arasındaki ilişkiyi düzenleyen hükmüne⁸⁹ baktığımızda ise buradan şu sonuç çıkartılabilir, ABAD önüne THŞ kapsamındaki bir hakkın ihlali ya da AB Hukukuna göre yorumlanmasına ilişkin bir olay geldiğinde AİHS'nin bu haklara yüklediği anlam ve kapsam mahkemenin yorumunda belirleyici olabilecektir. Bu bağlamda aslında AİHS ve oluşturduğu içtihat hukuku ile birlikte AİHM'nin ayrımcılık yasakları ve bunların uygulanması alanında asgari ve müşterek bir Avrupa standardı

⁸⁵ *Ibid.* para. 78.m Ayrıca bkz. C-24/17, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft Öffentlicher Dienst v Republik Österreich*, 8 May 2019, ECLI:EU:C:2019:373, para. 47. *Hennigs and Mai* kararı ile birlikte parmak basılan bir başka nokta ise temel haklar kullanılırken toplu iş sözleşmeleri ile ortaya koyulan ulusal önlemlerin doğasının yasama usulü ile oluşturulan bağımsız önlemlerden temel hakların kullanım kaynağı olarak farklı olduğudur. Joined Cases C-297/10 and C-298/10, *Hennigs*, para. 66. Ayrıca bkz. C-312/17, *Surjit Singh Bedi v Bundesrepublik Deutschland and Bundesrepublik Deutschland in Prozessstandschaft für das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland*, 19 September 2018, ECLI:EU:C:2018:734, para 68.

⁸⁶ C- 476/11, *HK Danmark acting on behalf of Glennie Kristensen v Experian A/S*, 26 September 2013, ECLI:EU:C:2013:590.

⁸⁷ *Ibid.* para. 37, 45, 69. Ayrıca bu bakımdan *Bowman* kararına da bakmak gerekmektedir. C-539/15, *Daniel Bowman v Pensionsversicherungsanstalt*, 21 December 2016, ECLI:EU:C:2016:977, para. 19 vd.

⁸⁸ C-223/19, *YS v NK*, 24 September 2020, ECLI:EU:C:2020:753, para. 77,78.

⁸⁹ THŞ m. 52/3.

belirlediği söylenebilecektir.⁹⁰ AB'nin ise bu standarda ulaşması beklenmekle beraber, hükmün devamı maddelerinde de ortaya koyulduğu üzere daha kapsamlı bir hak koruması sistemi oluşturarak bahsi geçen standardı aşması mümkün görünmektedir.⁹¹

Devam eden başlıklar altında AB'nin ikincil hukuk alanı ayrımcılık bakımından değerlendirilecek ve bu alanda uygulanan direktifler ele alınacaktır.

1.2.2. İkincil Hukuk (Direktifler)

AB Hukukunda direktifler, muhatap alınan üye devletleri ulaşılması gerekli sonuçları bakımından bağlayan ancak şekil ve yöntem seçimini ulusal makamlara bırakan hukuki araçlardır.⁹² Bu bağlamda kimi ön tespitler yapmak mümkündür. İlk olarak ikincil hukukun bir parçası olan direktifler, birincil hukuka uygun şekilde yorumlanmalıdır. İkinci olarak maddenin lafzına bakıldığında direktiflerin genel uygulama alanına sahip olmadığı söylenebilir çünkü muhatap aldığı üye devletler açısından bağlayıcı olarak değerlendirilmiştir. Üçüncü olarak ise genel bir bağlayıcılık unsuru taşımamakta, ulaşılması gerekli görülen sonuçlar temelinde bağlayıcı oldukları görülmektedir. Son olarak ise direktiflerin doğrudan uygulanması söz konusu değildir. Bu bağlamda iç hukuka aktarılmaları gerekmektedir. Bu yönden şekil ve yöntem seçimini ulusal makamlara bırakmaktadır. Bunun ise doğrudan etki kavramı ile karıştırılmaması gereklidir. Doğrudan etki, bir kuralın bireylere ulusal mahkemeler önünde öne sürebilecekleri bir hak yaratması durumunu ifade eden bir kavramdır.⁹³ Yönelindiği tarafın

⁹⁰ C-157/15, *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV*, 14 March 2017, ECLI:EU:C:2017:203, para. 39. Bu kararda ABAD'nin açık bir şekilde AIHM'nin din ve inanç temelinde ayrımcılık bakımından verdiği bir karardaki gerekçelendirmeyi kendisine aktardığı görülmektedir. Bu bağlamda AIHS kadar AIHM tarafından oluşturulan içtihat hukukunun da AB Hukuku açısından oldukça önemli olduğu söylenebilecektir.

⁹¹ Bu maddenin ayrımcılık ile ilgili konularda en etkili olarak kullanıldığı karar *Achbita* olmuştur. Bkz. C-157/15, *Achbita*, para. 26 vd.

⁹² ABİHA m. 288.

⁹³ Bu ilkenin gelişimi *van Gend & Loos* kararı ile başlamıştır ve kurucu antlaşmalarda bu yönde bir düzenleme bulunmayıp içtihat hukuku kapsamında şekillendirilmiştir. Bkz. C-26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, 5 February 1963, ECLI:EU:C:1963:1. Bu hakkın oluşabilmesi için ilgili hukuki aracın hem bir bütün olarak hem de ilgili hükmünün düzenlemesinin, yeterince açık ve kesin olma, koşulsuz olma ve takdir hakkına yer bırakmama gibi koşulları taşıması gerekmektedir. Bu konuda kısa bir değerlendirme ve ilgili kaynaklara yönlendirme için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal->

devlet ve kişi olmasına göre dikey ve yatay doğrudan etki olarak iki farklı türü bulunan bu kavram bakımından ABAD, direktiflerin yatay doğrudan etkisini (yani kişi vs. kişi) durumunu prensipte kabul etmemektedir.

Devam eden başlıklar altında ele alınacak olan eşitlik ve ayrımcılıkla mücadelele ilişkin direktifler esas olarak ayrımcılıkla mücadele amacına hizmet etmekteyse de kapsadıkları gruplar ve uygulanacakları sektörler nedeniyle birbirlerinden farklılaşmıştır. Irk Direktifi adından da anlaşılacağı üzere sadece etnik köken ve ırk temelli ayrımcılık üzerinden hareket etmektedir. Uyruklu temelli ayrımcılığı kapsamaz. Her ne kadar uyruk temelli ayrımcılık direktif dışı bırakılmış olsa da kapsadığı alan itibariyle hala çok geniş bir koruma seviyesi sağladığı da bir gerçektir. Çerçeve Direktif ise din ve inanç, cinsel yönelim, yaş ve engellilik gibi ayrımcılığa maruz kalınabilecek alanları da ayrıca kapsamı bakımından aslında Irk Direktifinden olumlu yönde farklılaşmaktadır. Bu direktifteki temel sorun ise uygulanacağı kapsamın istihdam kavramı çerçevesinde şekillenmesi ve oldukça sınırlı olmasıdır.

1.2.2.1. 2000/43 Sayılı Irk Direktifi

2000/43 sayılı Irk Direktifi, kişiler arasında etnik köken ya da ırk ayrımı yapılmaksızın eşit muamele edilmesini öngören bir hukuki araçtır.

Bu direktif genel olarak ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılık alanını düzenlemekteyse de dibace kısmında, Birliğin üzerinde kurulduğu ilkelere de değindiği ve direktifin amaçlarını bu yönde belirlediği görölmektedir. Buna göre AB'nin demokrasi, insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğü gibi ilkeler üzerine kurulu olduğu ve bu gibi ilkelerin üye devletlerin ortak anayasal ilkeleri ve dolayısıyla da AB Hukukunun genel ilkeleri olduğu belirtilmiştir.⁹⁴ Bunların yanında ırk temelli ayrımcılığın, Birliğin amaçlarına ulaşmasında engel teşkil edebileceği de vurgulanan

content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l14547#:~:text=Directives.,protect%20the%20rights%20of%20individuals. (Son Erişim Tarihi: 20.07.2022)

⁹⁴ 2000/43 sayılı Irk Direktifi Dibacesi para. 3. Ayrıca bkz. 2000/43 sayılı Irk Direktifi m.1.

unsurlardan birisi olmuştur. Bu bağlamda belirlenen alanlardaki ırk ve etnik köken temelindeki ayrımcılık yasaklanmalıdır.⁹⁵

Burada önemli olan nokta ise direktifin koruma kapsamının kişileri aşarak tüzel kişiliklere de yönelmesi isteğidir. Nitekim dibacede açıkça belirtildiği üzere gerekli görüldüğünde ve ulusal geleneklere de uygun şekilde üyeleri nedeniyle ayrımcılığa maruz kalan tüzel kişilikler de ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılığa karşı korunmalıdır.⁹⁶ Ayrıca ilgili direktifin üye devletler açısından bir alt sınır belirlediği ve üye devletlerin bunun üzerine çıkarak daha etkin önlemler alabileceği de unutulmamalıdır.⁹⁷

Tek bir ayrımcılık temelini kapsayan ve toplamda 19 maddeden oluşan bu Direktif, ayrımcılık türlerini açıkça sıralamaktadır. Buna göre öncelikle ırk temelinde doğrudan ve dolaylı olarak ayrımcılık yapmak yasaklanmıştır. Bu düzenlemeye göre doğrudan ayrımcılık, karşılaştırılabilir durumdaki bir kişiye göre, ırk ya da etnik köken temelinde, daha kötü muamele görülmesi durumunda ortaya çıkmaktadır.⁹⁸ Dolaylı ayrımcılık ise görünüşte tarafsız olan bir hüküm, kriter ya da uygulamanın, diğer kişilerle kıyaslandığında kişileri, ırk ve etnik köken temelinde belirli bir şekilde daha dezavantajlı duruma getirmesi olarak açıklanmıştır. Burada önemli olan ise dolaylı ayrımcılığın haklı gösterilebileceğinin belirlenmesidir. Nitekim ortada meşru bir amaç bulunması ve bu amaca ulaşmak üzere uygun ve gerekli önlemlerin alınması, ayrımcı muameleyi haklı kılabilir.⁹⁹

Bu direktif sadece doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı düzenlemekle kalmamaktadır. Bunun yanında taciz kavramı da bir ayrımcılık türü olarak tanımlanmıştır. Buna göre taciz, ırk ve etnik köken temeli ile alakalı olan istenmeyen bir davranış bir kişinin onurunu etkileme amacı ya da etkisi taşıdığı ve caydırıcı, düşmanca, aşağılayıcı ve saldırgan

⁹⁵ 2000/43 sayılı Irk Direktifi Dibacesi para. 9, 13.

⁹⁶ *Ibid.* para. 16.

⁹⁷ *Ibid.* para. 25 vd. ayrıca bkz. m.6.

⁹⁸ 2000/43 sayılı Irk Direktifi m.2/2-a.

⁹⁹ *Ibid.* m.2/2-b.

bir ortam oluşması sonucunda ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁰ Taciz kavramı ile birlikte ayrımcılık talimatı olarak da bahsedilebilecek bir başka ayrımcılık türüne daha yer verildiği görülmektedir. Ancak ayrımcılık talimatının tanımı yapılmamış ve sadece doğrudan ve dolaylı ayrımcılık gibi yasak olduğu belirlenmiştir.¹⁰¹

Bunların yanı sıra mağdurlaştırma olarak dilimize çevrilebilecek bir kavramın da bu sisteme dahil edildiği görülmektedir. Buna göre mağdurlaştırma, üye devletlerin, bireyleri bir şikâyeteye veya eşit muamele ilkesine uyumu sağlamayı amaçlayan işlemlere tepki olarak ortaya çıkabilecek olumsuz eylem veya sonuçlardan korumak için gerekli önlemleri ulusal hukuk sistemlerine dahil etmeleri gerekliliğidir.¹⁰² Bunu da geniş bir kapsamda düşünürsek bir ayrımcılık türü olarak tanımlamak mümkündür çünkü bu hususu yerine getirmeyen bir üye devlet nihayetinde ayrımcılık yasağına uymamış olacaktır.

Bu direktifin kanımca en büyük sorunu ayrımcılık kapsamının dar bir şekilde belirlenmiş olmasıdır. Yani direktif sadece belirlenen alanlarda ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılığa karşı bir koruma mekanizması olarak işlev görecektir. Bunlar ise istihdama erişim, mesleki rehberlik ve eğitime erişim, işten çıkarma ve maaş da dahil olarak istihdam şartları, işçi örgütlerine katılım, sosyal güvenlik ve sağlık hizmetleri dahil olarak sosyal korunma, sosyal avantajlar, eğitim ve konut dahil olmak üzere mal ve hizmet sunumuna erişim olarak sayılmıştır.¹⁰³

¹⁰⁰*Ibid.* m.2/3. Bu bağlamda yasa koyucu taciz kavramının tanımını üye devlet yasaları ve uygulamalarına bırakmaktadır.

¹⁰¹ *Ibid.* m.2/4.

¹⁰² *Ibid.* m.9.

¹⁰³ *Ibid.* m.3. Bir ek olarak belirtmek gerekir ki üye devletlerin ayrımcılık yasakları bakımından ceza hukuklarında bir düzenleme yapma zorunluluğu bulunmaz. Ancak özellikle ırk ve etnik köken temelindeki ayrımcılığın, soykırım, şiddet ve nefret suçlarını oluşturması bakımından bu gibi alanları düzenlemeleri gerekmektedir. Bkz. Council of the European Union, Framework Decision, on Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by Means of Criminal Law, 2008/913/JHA, OJ L 328/55, 28 November 2008. Meslek grupları ya da iş yürütülen yer gibi bazı alanların Direktifin kapsamı kapsam dışında kalmasına ilişkin olarak bkz. C-258/14, *Eugenia Florescu and Others v Casa Județeană de Pensii Sibiu and Others*, 13 June 2017, ECLI:EU:C:2017:448, para. 63 vd.

Tüm bunların yanı sıra direktif ile birlikte hem üye devletler açısından bir savunma aracı hem de üye devletlere getirilen bir yükümlülük düzenlenmiştir. Bu bağlamda mesleki gereklilikler ve pozitif eylem başlıkları da bu direktif altında yer almaktadır.¹⁰⁴ Üye devletler açısından bir savunma aracı olarak kullanılabilecek mesleki gereklilikler, üye devletlerin (amacın meşru ve gerekliliğin orantılı olması şartıyla) mesleki faaliyetlerin niteliği veya bunların yürütüş şekillerinin, özgün ve belirleyici bir mesleki gereklilik teşkil etmesi halinde ırk ve etnik köken temelindeki farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağını öngörebilecektir.¹⁰⁵ Üye devletler açısından bir yükümlülük olarak karşımıza çıkan pozitif eylem ise uygulamada tam olarak eşitliğin sağlanması için kullanılan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Pozitif eylem bakımından, eşit muamele yükümlülüğünün üye devletleri ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılığa uğrayan kişileri korumak veya buna yönelik tazminini sağlamak üzere belirli önlemleri almasının önüne geçmemesi olarak bir tanım yapılmıştır.¹⁰⁶

Bu direktifteki bir başka önemli nokta ispat yükü adı altında ayrı bir başlığın düzenlenmiş olmasıdır. Buna göre üye devletler, kendisine eşit muamele edilmediğini iddia eden kişiler bir mahkeme ya da yetkili bir kuruluş nezdinde doğrudan ya da dolaylı bir ayrımcılık bulunduğunu gösterir olguları ortaya koyduğunda, eşit muamele yükümlülüğünün ihlal edilmediğini ispat etme yükümlülüğünün karşı tarafa geçmesini sağlayan ulusal yasal düzenlemeleri yapmak durumundadır.¹⁰⁷ Burada klasik bir ispat yükü formülünün bulunduğunu görmekteyiz. Buna göre iddia sahibi iddiasını ortaya koymakta sonrasında ise karşı taraf bu iddianın asılsız olduğunu kanıtlamak yönünden sorumluluk almaktadır.

¹⁰⁴ Bu çalışma kapsamında üye devletlerin AB Hukukundan doğan pozitif yükümlülükleri ile karışmaması adına bu kavram yerine pozitif eylem kavramı kullanılacaktır.

¹⁰⁵ 2000/43 sayılı Irk Direktifi m.4.

¹⁰⁶ *Ibid.* m.5.

¹⁰⁷ *Ibid.* m.8/1.

Son olarak direktifin uygulanması ile ilgili olarak üye devletlerin 5 yılda bir olmak üzere direktifin uygulanmasıyla ilgili bilgileri Komisyona iletmesi hususu düzenlenmiştir.¹⁰⁸ Bu sayede direktifin uygulamadaki etkinliği AB kurumları nezdinde değerlendirilebilecek ve gerekli görülmesi durumunda uygun önlemler alınabilecektir. Aynı zamanda üye devletlere de kişiler arasında eşitliğin sağlanması ve ırk temelinde ayrımcılığın önlenmesine yönelik olarak yetkili organlar oluşturulması yükümlülüğü getirilmiştir.¹⁰⁹ Bu sayede ulusal seviyede de ayrımcılık yasaklarının hukuki yetisinin artırılması söz konusudur.

Görüldüğü üzere Irk Direktifi sınırlı bir kapsamda da olsa birçok ayrımcılık türü bakımından uygulanabilecek hukuki bir araç görünümündedir.

1.2.2.2. 2000/78 Sayılı Çerçeve Direktif

2000/78 sayılı Çerçeve Direktif, iş ve meslekler açısından eşit muamele ilkesini düzenleyen ve din/inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa karşı genel bir çerçeve oluşturan hukuki bir araçtır.¹¹⁰ Bu nedenle de ismi bu çalışmada Çerçeve Direktif olarak kullanılacaktır.

Bu Direktif de tıpkı Irk Direktifi gibi dibace kısmında insan haklarına saygı ilkesini vurgulamış ve belli başlı unsurlar ortaya koymuştur. Bu bağlamda, üye devletler arasındaki istihdam politikalarının koordinasyonunun artırılmasının Antlaşmalardan gelen bir unsur olduğu vurgusuyla birlikte istihdam ve mesleklerin vatandaşların

¹⁰⁸ *Ibid.* m.17/1. Ayrıca bkz. European Commission, Report From The Commission to The European Parliament and The Council on the Application of Council Directive 2000/43/EC Implementing the Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin ('the Racial Equality Directive') and of Council Directive 2000/78/EC Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation ('the Employment Equality Directive') COM(2021) 139 final, Brussels, 19.3.2021.

¹⁰⁹ *Ibid.* m.13.

¹¹⁰ 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.1. Burada Direktifin sadece sayılan temellerde ayrımcılık açısından kullanılabileceği ayrıca belirtilmelidir. Maddenin lafzına bakıldığında çok kesin ve sınırlı bir ayrımcılık temeli listesi bulunduğu görülmektedir. Birliğe verilen yetki temelinde değerlendirildiğinde, bu alanları içtihat yoluyla genişletmenin uygun olmadığı görülmektedir. Nitekim ABAD da bu hususu maddenin lafzına göre yorumlayarak kimi kararlarında vurgulamaktadır. Bkz. C-644/19, *FT v Universitatea „Lucian Blaga” Sibiu and Others*, 8 October 2020, ECLI:EU:C:2020:810, para. 31. ; C-406/15, *Petya Milkova v Izpalnitelen Direktor Na Agensiata Za Privatizatsia i Sledprivatizatsionen Kontrol*, 9 March 2017, ECLI:EU:C:2017:198, para. 34.

ekonomik, kültürel ve sosyal hayata katılımı bakımından etkisi ve fırsat eşitliği yaratacağı gibi unsurlar belirtilmiştir.¹¹¹ Bu bağlamda Irk Direktifine oranla ekonomik temellere daha fazla bir ağırlık verildiği görülmektedir. Bu direktifin dibacesinde ayrıca uygulamaya yönelik olmak üzere birçok noktanın altının çizildiği görülmektedir. Örneğin engellilerin işyerine uyumu için gerekli önlemlerin alındığı durumlarda, bu önlemin aşırı bir yük getirmesi halinde bu yükün nasıl değerlendirilmesi gerektiği ya da yaş temelinde ayrımcılık bakımından haklı gösterme usulünün nasıl değerlendirileceğine yönelik olarak birçok ayrıntı direktifin dibacesinde yer almaktadır.¹¹²

Toplam olarak 21 maddeden oluşan bu direktifte de tıpkı Irk Direktifinde olduğu üzere ayrımcılık türleri tanımlanmıştır.¹¹³ Temel olarak bakıldığında doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımlarının bire bir olarak aynı olduğu görülür ancak dolaylı ayrımcılık bakımından ek bir tanımlama yapılmıştır. Bu da engellilik temelinde ayrımcılığa ilişkin olarak getirilen bir eklemedir. Buna göre belirli bir engeli olan kişiler için direktifi uygulamakla mükellef olan taraf, ulusal hukuka göre ve makul uyumlaştırma tedbirleri kapsamında ilgili engelli kişi açısından oluşacak dezavantajlı durumları ortadan kaldırmak üzere hareket ettiğinde bu husus dolaylı ayrımcılık oluşturmayacaktır.¹¹⁴ Kişilere yönelik olarak direktifin kapsadığı alanlardan birisinde ayrımcılık yapılması talimatı da yine ayrımcılık sayılmaktadır.¹¹⁵ Benzer şekilde taciz kavramı da ayrımcılık türleri arasında sayılmaktadır.¹¹⁶ Bu direktifin ayrımcılık türlerini ortaya koyan bu maddesinde ayrıca önemli bir husus daha düzenlenmektedir. Bu da Çerçeve Direktifin, ulusal hukuk çerçevesinde ortaya koyulan ve “... *demokratik bir toplumda, kamu*

¹¹¹ 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi Dibacesi para. 4-9.

¹¹² *Ibid.* para. 20 vd.

¹¹³ 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.2 vd.

¹¹⁴ *Ibid.* m.2/2-b(ii). Burada dikkati çeken unsur engellilik ile birlikte sağlık ya da hastalık gibi ifadelerin kullanılmamış olmasıdır. AİHS’de de buna ilişkin bir kayıt bulunmazken AİHM engellilik ifadesinin sınırlarını sağlık çerçevesine de genişletmiştir. ABAD’ın konu hakkındaki yorumu ayrımcılık temelleri başlığı altında ayrıca ele alınacaktır.

¹¹⁵ 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.2/4.

¹¹⁶ 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.2/3-4. Temel ayrımcılık türleri haricinde taciz ve ayrımcılık talimatı kavramları da Irk Direktifi ile aynı şekilde düzenlenmiştir.

güvenliği, kamu düzeninin muhafaza edilmesi ve ceza gerektiren suçların önlenmesi, sağlığın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan tedbirlere ...” hâlel getirmeyecek olmasının düzenlenmesidir. Buna göre aslında ayrımcılık türlerinin uygulamasına yönelik olarak kesin istisnalar getirilmiş bulunduğu görülmektedir.

Makul uyumlaştırma kavramı engellilik temelinde ayrımcılığı kapsayan bu direktifte düzenlenmiş bulunmaktadır. Ayrımcılık türlerinden birisi olarak ele alınabilecek olan makul uyumlaştırma, bu kapsamda alınacak tedbirler işverene orantısız bir yük getirmediği, engelli bir kişinin istihdama erişimi ya da mesleğinde ilerlemesi için gerekli olan, uygun olan tedbirler şeklinde düzenlenmektedir.¹¹⁷ Her ne kadar ayrı bir madde ile düzenlenmişse de direktifin dolaylı ayrımcılığı düzenleyen maddesindeki ifadeden sanki makul uyumlaştırmanın da dolaylı ayrımcılığın bir türü olduğu gibi bir sonuç da çıkarılabilecektir. Tezin ilerleyen başlıkları altında makul uyumlaştırma ayrıca ele alınacaksa da bu husus göz ardı edilmemelidir. Yasa koyucunun bu yöndeki niyetinin ABAD tarafından nasıl yorumlandığı ilgili başlıklar altında ele alınacaktır.

Pozitif eylem de aynı şekilde düzenlenmekle beraber burada da yine engelli kişiler açısından ek bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre engelli kişiler söz konusu olduğunda ve işyerinde sağlık ya da güvenliğin korunması ya da çalışma hayatına katılımın sağlanması bakımından, üye devletlerin karar alma ya da uygulama yapması gerektiğinde bu durum eşitlik ilkesinin sağlanabilmesi önünde engel oluşturmayacaktır.¹¹⁸ Buradaki ifadeden üye devletlerin üzerine aslında bahsi geçen durumlarda eyleme geçme yönünde pozitif bir yükümlülük yüklendiğinden de bahsedilebilecektir.

Çerçeve Direktifin kapsadığı alan da yine Irk Direktifinde olduğu üzere sınırlı şekilde sayılarak belirlenmiştir. Buna göre kapsam, istihdama erişim, mesleki rehberlik ve eğitime erişim, işten çıkarma ve maaş da dahil olarak istihdam şartları ve işçi örgütlerine katılım şeklinde daha da sınırlı olarak sayılmıştır. Bu da AİHS sisteminde

¹¹⁷ *Ibid.* m.5.

¹¹⁸ *Ibid.* m.7.

şüpheli alan olarak görülen ve özel önem atfedilen ayrımcılık temellerinin, kapsadığı alanı daraltan bir düzenlemedir.

Bu direktifte, kapsadığı ayrımcılık temellerinin daha geniş olması nedeniyle, mesleki gerekliliklerin daha geniş olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu direktifte aynı zamanda mesleki gereklilikler, dini kurumlara ilişkin bazı istisnalar ve yaşa dayalı özel uygulamaların AB Hukuku kapsamında öne sürülebilecek savunmalar olarak düzenlendiği ve ayrıntıyla ele alındığı görülmektedir.¹¹⁹ Buna göre mesleki gereklilikler açısından, üye devletler, (amacın meşru ve gerekliliğin orantılı olması şartıyla) mesleki faaliyetlerin niteliği veya bunların yürütüş şekillerinin, özgün ve belirleyici bir mesleki gereklilik teşkil etmesi halinde ilgili temeldeki farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağını öngörebilecektir.¹²⁰ Bu gibi bir savunma, ilgili maddenin ikinci fıkrası ile birlikte dini kurumlar bakımından istihdam ve mesleki koşullar açısından da ayrıca kaleme alınmıştır.¹²¹ Dahası emniyet ve kamu güvenliği ilgili kamu hizmetleri bakımından daha net bir şekilde mesleki gerekliliklerin belirlenebileceği de direktifin dibacesinde ayrıca öngörülmüştür.¹²² Yaşa dayalı özel uygulamalar bakımından ise (meşru bir) istihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim hedeflerine yönelik olduğu sürece ve bu amaca ulaşılmakta kullanılan araç gerekli ve uygun olduğunda yaş ayrımcılığına izin verileceği şeklinde bir düzenleme mevcuttur.¹²³ Bu düzenleme çerçevesinde bazı yaşa dayalı uygulama örnekleri sunulmuşsa da bunların sınırlı sayıda olmadığı görülmektedir. Bu istisnai uygulama sadece istihdam politikası ya da eğitim hedeflerine de yönelmemektedir. İlgili maddenin devamında mesleki sosyal güvenlik

¹¹⁹ *Ibid.* m.4/1, m.4/2, m.6.

¹²⁰ *Ibid.* m.4.

¹²¹ Kuzey İrlanda'nın polis ve eğitim hizmetleri alanında dini hassasiyet ve denge nedeniyle sürdürdüğü politikalar bakımından da ayrıca bir madde düzenlendiği görülmektedir. Bkz. 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.15.

¹²² 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi Dibacesi para. 17-18.

¹²³ 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.6/1.

programlarına erişim ve bu programlar kapsamındaki haklar bakımından da yaş temelinde ayrımcılığın haklı bulunabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır.¹²⁴

Ayrımcı muameleyi gerçekleştiren taraf açısından savunma mekanizmaları da bu şekilde belirlendikten sonra bu direktifte de ispat yükünün ayrıca düzenlendiği görülmektedir. Buna göre üye devletler, eşit muamele yükümlülüğünün uygulanmadığını iddia eden kişiler bir mahkeme ya da yetkili bir kuruluş nezdinde doğrudan ya da dolaylı bir ayrımcılık bulunduğunu gösterir olguları ortaya koyduğunda, eşit muamele yükümlülüğünün ihlal edilmediğini ispat etme yükümlülüğü karşı tarafa geçmesini sağlayan ulusal yasal düzenlemeleri yapmak durumundadır.¹²⁵ Burada da yine Irk Direktifinde olduğu şekliyle bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla aynı şekilde, ayrımcılık iddiasında bulunan taraf bunu ortaya koyacak sonrasında ise karşı taraf bu iddianın geçersizliğini ya da haklı olduğunu ortaya koymak durumunda kalacaktır.

Görüldüğü üzere Irk Direktifi ve Çerçeve Direktif paralel şekilde değerlendirildiğinde, cinsel yönelim, din ve inanç, ırk ve etnik köken, yaş ve engellilik temelinde ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bu direktifler yasaklanan temellerde ayrımcılığa ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Gerek ayrımcılık türleri gerek ispat yükü gerek eşitlik kurumlarının oluşturulması gibi ayrıntılı konular da kapsam dahiline alınmıştır. Burada ortaya koyulabilecek sorun ise direktiflerin kapsama alanıdır. Genellikle istihdam ve eğitim alanı dışına çıkmayacak şekilde kaleme alınan bu direktifler sınırlı kapsamı nedeniyle eleştirilebilecektir. Bu durumu değiştirmek üzere 2008 yılında Komisyon, Çerçeve Direktifin koruma altına aldığı ayrımcılık yasaklarının

¹²⁴ *Ibid.* m.6/2.

¹²⁵ *Ibid.* m.10.

kapsamını genişletecek bir teklif hazırlamıştır.¹²⁶ Ancak bu çalışma oybirliği sağlanamadığından ötürü hala geçerlilik kazanamamıştır.¹²⁷

1.3. Ayrımcılık Yasağının Düzenlenmesi Bağlamında Sistemsel Tespitler

Avrupa Konseyi ve AB bağlamında ayrımcılık düzenlemeleri kısaca değerlendirildiğinde birkaç tespit yapmak mümkündür. İlk olarak düzenlemenin genel ve kurumsal kapsamı değerlendirilmelidir. Buna göre bu iki sistem ayrımcılık hukukunun düzenlenmesi açısından oldukça farklı görünümlere sahiptir. Avrupa Konseyi çerçevesinde ayrımcılık yasakları, bir uluslararası sözleşme (AİHS) ve buna bağlı olan ancak hala taraf devletlerinin bir kısmını bağlamayan bir protokol ile düzenleme alanı bulunmaktadır. AB söz konusu olduğunda ise ayrımcılık yasaklarının çok katmanlı bir hukuk sistemi içerisinde ve birbirleriyle etkileşim halinde olan hukuki enstrümanlar ile düzenlendiği görülür.

İkinci olarak ise ayrımcılık düzenlemelerinin maddi boyutuna bakılmalıdır. Burada genele yönelik ve özel olmak üzere ikili bir değerlendirme yapılabilir. Bu bağlamda genel olarak söz konusu ayrımcılık düzenlemelerinin asgari bir müşterek oluşturma bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda amacı ve kapsamı Avrupa’da insan haklarını tesis etmek olan AİHS’nin ilgili düzenlemelerinin bu amaç çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla AİHS’nin 14. maddesinin sınırlı sayıda olmayacak şekilde ayrımcılık temellerini genel bir ayrımcılık yasağı kapsamında saydığı ancak ayrımcılık türleri ya da uygulamaya ilişkin bir düzenleme barındırmadığı görülür. Belirli alanlarda boşluk taşımasına rağmen bu düzenleme ayrımcılık hukuku bakımından bölgesel olarak belirli bir insan hakları standardı getirdiği

¹²⁶ European Commission, Proposal for a Council Directive on Implementing the Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Religion or Belief, Disability, Age or Sexual Orientation, COM(2008) 426 final, 2.7.2008.

¹²⁷ Süreç ile ilgili olarak bkz. <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-anti-discrimination-directive> AB’nin bu alandaki yetkisi ve orantılılık üzerine kurumsal bir rapor için bkz. Council of the European Union, Report no. 14046/21, Brussels, 23 November 2021.

yönünde yorumlanabilecektir. Böyle bir asgari müşterek oluşturma özelliği ise AB Hukuku kapsamında THŞ'den yapılan atıfla görülmektedir. Nitekim Şartın, AİHS ile teminat altına alınmış olan haklara tekabül eden hakları içermesi durumunda, bu hakların anlamı ve kapsamı, AİHS'de belirtilenlerle aynı olacaktır. Belirlenen bu asgari müşterek ise AB Hukukunun ayrımcılık alanında daha üst seviyede bir koruma getirmesini ise engellemeyecektir.

Söz konusu düzenlemelerin özel olarak maddi boyutuna tekrar baktığımızda, AİHS'nin 14. maddesinin sözleşmenin diğer maddelere bağlanarak kullanılabildiğini ancak AB Hukuku ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerin böyle bir koşuldan bağımsız olarak kullanım alanı bulduğu hukuki metinlerin lafzından anlaşılmaktadır. Ancak AB Hukuku ayrımcılık temellerinin uygulanabileceği alan yönünden ikincil hukuk yani direktifler söz konusu olduğunda daha dar bir şekilde kaleme alındığından, başka bir hakka bağlanma gibi bir zorunlulukları olmasa da etki alanının AİHS'nin oluşturduğu çerçeveye göre daha dar olduğu söylenebilecektir. Ancak bu dar etkiye kıyasla söz konusu direktiflerin AİHS'ye nazaran kapsamlı düzenlemeleri bir yandan da sağladıkları korumayı güçlendirmektedir. Birlik hukukunun genel ilkeleri ve THŞ açısından ele alındığında ise buradaki standardın AİHS ile daha uyumlu olduğu değerlendirilebilir. Bu bağlamda Avrupa kamusal alanını oluşturmak yönünden AİHS daha genele yönelirken, AB Hukuku ikincil hukuku ile bu alanı daha özel bir çerçeveye indirgemektedir.

Üçüncü olarak ayrımcılık düzenlemelerinin ilgili sistem kapsamındaki devletler bakımından muhtemel etkisi değerlendirilmelidir. AİHS, taraf devletlere yönelik belirli bir insan hakları standardı getirmeye yöneliktir. Ancak uluslararası bir anlaşma olduğu unutulmadan lafzi olarak ele alındığında taraf devletlere bu standardın üzerine çıkmak bakımından bir sorumluluk yüklememektedir. AB'de ise ayrımcılık direktifleri bu alanda asgari şartları düzenlemekle birlikte aslında üye devletlere yine doğrudan sorumluluk yüklemeksizin bunun üzerine çıkma şansı da tanımaktadır. Benzer bir durum THŞ

açısından da geçerlidir. Bu husus, ayrımcılık hukuku alanında daha ileriye gitmeye yönelik olarak üye devletler arasında bir yarış doğurabilme ihtimalini bünyesinde barındırmaktadır. Bu bağlamda değerlendirildiğinde kanımca önemli bir unsurdur.

2. KURUMSAL BOYUTUYLA DENETİM

Kurumsal boyutta ayrımcılık yasağının denetimi AİHS ve AB Hukukunda farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda denetim başlığı her ne kadar temel olarak yargısal koruma alanı esas alınarak incelenecekse de yeri geldikçe (ve özellikle AB Hukukunun katmanlı yapısından ve kendisine has özelliklerinden kaynaklandığı üzere) idari ve siyasi boyutlar da kısaca zikredilecektir. Devam edilen başlıklar altında ayrımcılık yasağı ile uyumun denetlenmesi bakımından önce Avrupa Konseyi sonrasında ise AB ele alınacaktır.

2.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi): Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesi ve Yargısal Koruma

AİHS'nin yargısal denetimi AİHM tarafından gerçekleştirilmektedir. 1959 yılında kurulan mahkemenin şu an için 47 hâkimi bulunmaktadır. Burada söz konusu denetimi daha iyi ortaya koyabilmek amacıyla kısaca mahkemenin yargısal yapısına da değinmek gerekmektedir.¹²⁸

AİHM yargısal olarak; tek hâkim, 3 hâkimli komite, 7 hâkimli daire ve 17 hâkimli büyük daire şeklinde oluşmaktadır. AİHM'ye yapılan başvurular duruma göre tek hâkim, komite veya daire şeklinde toplanacak oluşumlardan biri tarafından incelenmektedir. Tek hâkim, devlet başvuruları dışındaki başvurularda, bir başvuru kabul edilebilirlik kriterlerini taşıyamıyorsa bu başvuruyu karara bağlamaktadır. 3 hâkimli komite, bir başvuru AİHM'nin daha önce hakkında kararları bulunan bir konu ile ilgiliyse bu

¹²⁸ Bkz. AİHS m.26 vd. Bu başlık altında kullanılan çalışma için bkz. Merve Ağzitemiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (European Court of Human Rights)” içinde *AB Ansiklopedisi*, (İstanbul: İktisadi Kalkınma Vakfı Yayın No: 320, 2021) 200.

başvuruyu karara bağlamaktadır. 7 hâkimli daire, bir başvuru AIHM'nin daha önce hakkında kararları bulunmayan bir konu ile ilgiliyse bu başvuruyu karara bağlamaktadır. 17 hâkimli büyük daire; başkan, başkan yardımcıları, bölüm başkanları ve başvurunun yöneldiği taraf devlet hâkimi ile birlikte kura ile seçilecek diğer hakimler ile oluşmaktadır. Bu daire, 7 hâkimli daire tarafından verilen kararların temyizen incelenmesi ya da daireler tarafından büyük daire lehine yargılama yetkisinden el çekildiği durumlarda başvuruyu ele almaktadır. Ayrıca taraf devletlerin, AIHM kararlarını uygulama yükümlülüklerini yerine getirmedişine ilişkin meseleleri de incelemektedir. Bu bağlamda, AIHS'nin yorumu ve uygulanması bakımından önemli olarak görülen sorunlara ilişkin davalara baktığı söylenebilecektir. Yargısal olarak ele alındığında AIHM'nin resen hareket etmesinin mümkün olmadığı görülür. Yani sadece sözleşme kapsamında kendisine başvurulması durumunda yargısal denetimini ortaya koyabilmektedir. Ayrıca eklenmesi gereken bir diğer husus da sözleşmeye taraf olan devletler dışında bir devlete başvurunun yöneltilemeyeceğidir. Yani mahkemenin uygulama alanı bu bağlamda sınırlanmış durumdadır.

AIHM'nin önüne gelen bir dosya ile ilgili olarak iki aşamalı bir inceleme söz konusudur. İlk aşamada kabul edilebilirlik ele alınmaktadır. Bu aşamada kabul edilemezlik kriterleri bakımından inceleme yapılmaktadır. Bunlar; usule, yargı yetkisine ya da esasa ilişkin olabilir. Usule ilişkin kabul edilemezlik kriterleri; iç hukuk yollarının tüketilmemesi, isimsiz başvurular, sürelerle riayet edilmemesi, mahkeme tarafından daha önceden incelenmiş bir başvuruyla aynı olma ve başvuru hakkının kötüye kullanılması gibi durumlardır. Yargılama yetkisine ilişkin kriterler; kişi, yer ve zaman bakımından bağdaşmazlık halinde ele alınmaktadır. Esasa ilişkin kriterler ise, dayanaktan yoksun olma ve önemli bir zararın bulunmaması olarak değerlendirilebilir.¹²⁹ Mesela çok kısa bir örnek olarak iç hukuk yollarının tüketilmemesine ilişkin olarak eşcinsel çifte bebek

¹²⁹ AIHS m.35. Başvuru ve kabul edilebilirlik şartları için bkz. Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018) 240 vd.

yapma tedavisinin uygulanmaması hakkındaki bir başvuru idari bir karara karşı idari hukuk yollarına gidilmeden AİHM önüne getirildiği için mahkeme tarafından reddedilmiştir.¹³⁰

İkinci aşamada ise davanın esası ele alınmakta ve bir karar verilmektedir. Verilen bu karar ihlal bulunduğu yönünde olabileceği gibi ihlal bulunmadığı yani davanın reddi şeklinde de olabilmektedir. AİHM kararını verdiğinde bu karar taraf devletler açısından bağlayıcı konumdadır ve taraf devletler sözleşmeye uygun olarak bu kararlara uymayı taahhüt etmektedir.¹³¹ Kesin olan kararların infazının denetlenmesi ise Bakanlar Komitesi tarafından gerçekleştirilmektedir.¹³²

Son bir özellik olarak ise eklemek gerekmektedir ki taraf devletler, AİHS'nin yorumu ya da uygulanmasından doğan bir anlaşmazlık söz konusu olduğunda aralarındaki bir anlaşmaya ya da bildirgeye dayanarak sözleşmede öngörülen dışında bir çözüm yöntemine başvuramayacaktır.¹³³ Bu bağlamda da aslında AİHM yetkisinin münhasır ve salt sözleşme kapsamındaki durumlarda ve belirli şekillerde yargılama yapabilmesi dolayısıyla da sınırlı olduğundan bahsedilebilecektir.

Sonuç olarak mahkemenin amacı, kendi içtihat hukukunda da belirttiği üzere, genel olarak kamu düzenine ilişkin konuları ortaya koymak ve böylelikle insan hakları korumasının standardını yükseltmek ve bu alandaki içtihadın taraf devlet toplumlarında yayılımını sağlamaktır.¹³⁴ Bu bağlamda hukukun dönüştürücü bir gücü olduğu ve mahkemenin bunu kullanarak sözleşmecî tarafların toplumsal dinamiklerini etkilemeye yönelik olarak karar verdiği söylenebilecektir.

¹³⁰ *Charron and Merle-Montet v. France*, no. 22612/15, 08.02.2018.

¹³¹ AİHS m.46/1. Ayrıca bkz. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, (Bursa: Ekin Basım, 2017) 341 vd.

¹³² AİHS m. 46/2 Kararların bağlayıcılığı ve infazı ile ilgili olarak bkz. Council of Europe, *Guide on Article 46 of the European Convention on Human Rights Binding Force and Execution of Judgments* 30 April 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_46_ENG.pdf (Son Erişim Tarihi: 20.08.2022)

¹³³ AİHS m.55.

¹³⁴ *Konstantin Markin v. Russia*, no. 30078/06, 22 March 2012, para. 89.

Tezimizin konusu olan ayrımcılık yasakları bağlamında ise mahkemenin genel bir karar kurgulama metodu bulunmaktadır. Buna göre Mahkemenin genel olarak 14. madde kapsamında önüne gelen olaylarda öncelikle kabul edilebilirlik kriterlerini değerlendirdiği görülmektedir.¹³⁵ Bu bağlamda ulusal başvuru yollarının tüketilmesi ve başvuru sahiplerinin gerçekten ilgili muamelenin mağduru olduğuna ilişkin iddiaların ele alındığı görülmektedir.

İlk aşamada teknik olarak bakıldığında ayrımcılık ile ilgili davalarda karar yazımı mahkemenin diğer kararlarında olduğu gibidir. Burada ek olarak olayın 14. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, olay bu kapsamda değerlendirilebiliyorsa farklı muamelenin varlığı ve son olarak da farklı muamelenin varlığının kabulü halinde haklı gösterilip gösterilemeyeceği şeklinde ilerleyen bir inceleme sistemi bulunmaktadır. Unutulmaması gereken nokta ise 14. madde tek başına kullanılmamakta, sözleşmenin diğer madde ve protokolleri ile desteklenmektedir.¹³⁶

2000'li yılların başında mahkeme hem iş yükünü hafifletmek hem de verdiği kararların etkinliğini arttırmak adına pilot dava uygulamasını hayata geçirmiştir.¹³⁷ Buna göre büyük bir grubu oluşturan benzer davalar söz konusu olduğunda mahkeme bunların arasından bir ya da birkaçını özel önemli olarak seçerek bunlar üzerinden karar verme yoluna gidebilmektedir. Dolayısıyla verilecek karar da aslında seçtiği bu davaları aşacak şekilde olmalıdır. Kararda, sözleşmenin ihlali sonucu doğuran ulusal hukuk temelinin belirlenmesinin yanı sıra bu durumun nasıl aşılabileceğinin de belirtilmesi söz konusu olacaktır ancak burada en önemli nokta mahkemenin bu prosedür sürecinde benzer olan diğer davaları bekletebilmesidir. Bu unsurun taraf devletlerin gerekli çözüm yollarına

¹³⁵ Bu husus oldukça kapsamlı olduğundan başka bir çalışmanın konusu olarak ele alınabilecektir. Bu çalışmada ayrıca üzerinde durulmayacaktır.

¹³⁶ Ayrıca bkz. *Molla Sali v Greece*, no. 20452/14, 19 December 2018, para 85.

¹³⁷ Prosedür hakkında detaylı bilgi ve bu prosedür temelinde verilen kararlar için bkz. ECHR, Factsheet – Pilot judgments, December 2021, https://www.echr.coe.int/documents/fs_pilot_judgments_eng.pdf (Son Erişim Tarihi: 10.02.2022)

daha etkin bir şekilde yönelmesine neden olması mümkün görülmüştür.¹³⁸ Ancak 2021 yılı itibariyle bu şekilde verilen kararların sayısının hala belirli bir seviyeyi geçmediği ve ayrımcılık hukuku alanında karar verilmediği görülmektedir.

İcrai etkiyi arttırmak adına bu şekilde karar vermenin bir başka olumsuz yönü de AIHS ile Bakanlar Komitesine verilen icrai denetim yetkisinin bir bakıma onun yerine geçerek mahkeme tarafından kullanılarak hukuki bir yapının dışında idari bir rol almaya çalışması olarak yorumlanabilecek olmasıdır.¹³⁹ Mahkemenin kararlarının yazım şeklinin icrai etkiyi başka bir boyutta etkileme ihtimali de bulunmaktadır. Örneğin geniş bir şekilde ele alınan bir karar sonucu itibariyle daha geniş bir topluluğun hak korumasını sağlayacakken dar yazılmış bir karar sadece başvurucunun durumunu kapsayacaktır.¹⁴⁰ Bu bağlamda geniş ele alınacak kararların taraf devletler açısından icrasına yönelik daha büyük külfet getirdiği de düşünülebilecektir. Nitekim daha sonraki başlıklar altında incelenecek *D.H. and Others*, kararında bu gibi bir durum mevcuttur.¹⁴¹ Tabi bir kararın geniş olan uygulama alanı daha fazla bireyi kapsayacağından ve taraf devletler buna yönelik benzer çalışmalar yapmak durumunda kalacağını ele alırsak, ortak bir Avrupa kamu düzeni kurulumuna da yardımcı olacağı gerçeği göz ardı edilmemelidir.

Genişlik ve dar kapsamlı olma durumuna diğer bir yansıma daha eklenebilecektir. Bu da maddi ya da manevi tazminat ile giderilebilen bireysel durumlar ve tazminat ile giderilemeyecek ve taraf devletin etkin ve esaslı şekilde değişiklik yapmasını gerektiren durumlar arasında bir fark olup olmadığıdır. Kanımızca ikinci durum taraf devletler

¹³⁸ Bkz. https://www.echr.coe.int/documents/pilot_judgment_procedure_eng.pdf Ancak Sundberg'e göre bu durum hukuk dışı bir alan yaratmaktadır. F. Sundberg "L'effectivité des recours internes suite à des 'arrêts pilote'" içinde G. Cohen-Jonathan, J.F. Flauss and E. Lambert Abdelgawad (eds), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant/Nemesis, Droit et Justice, No. 69, 2006, pp. 259-275, aktaran (Abdelgawad, *The execution of judgments*, 2008, 49)

¹³⁹ Nitekim kısmi karşı görüşünde hâkim Zagrebelsky bu tehlikeyi ortaya koymaktadır. Bkz. Partly Dissenting Opinion of Judge Zagrebelsky in Case of *Hutten-Czapska v. Poland*, no. 35014/97, 19 June 2006.

¹⁴⁰ Möschel, *European Convention of Human Rights/Council of Europe*, 2018, 534.

¹⁴¹ *D.H. and Others v. Czech Republic*, no. 57325/00, 13 November 2007. Bu karar tüm Roman çocuklar yönünden geçerli olacaktır.

açısından yüksek olasılıkla daha külfetli bir çözüm anlamına gelebilecektir. Buradaki soru ise mahkeme bu farklı durumlar söz konusu olduğunda ayrımcılık hukukunu farklı yorumlama eğilimine sahip midir?¹⁴²

AIHM yargı yetkisini kullanırken bu ilkeler ışığında hareket etmekte ve içtihadını geliştirmektedir. Her ne kadar bu şekilde bir gelişme imkânı olsa da ortak bir Avrupa kamusal alanı kurmak kolay olmamaktadır. Özellikle de yeni gelişen bazı hak temelleri düşünüldüğünde mahkemenin içtihadının bu düzeni oluşturma yönünden yardımcı araçlarla desteklenmesi gerekip gerekmediği sorusu sorulmalıdır. Sonuç olarak devlet egemenliği kavramının baskın olduğu bir uluslararası hukuk düzleminde bulunan bu alan, mahkeme kararlarının doğrudan uygulanması gibi bir yöntemi bize sunmamaktadır. Sözleşmeden açıkça görüleceği üzere Konseyin Bakanlar Komitesi dahi kararı uygulamakla değil sadece uygulanmasını gözlemlemek açısından sorumlu kılınmıştır.¹⁴³ Dolayısıyla mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde tam sorumlu olan taraf devletlerdir ve yöntem seçimi de kendilerine kalmıştır.¹⁴⁴

2.2. Avrupa Birliği: Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Yargısal Koruma

ABAD'ın yargı yetkisine ve bu alanda sağladığı hukuksal korumaya geçmeden önce AB'nin kurumsal yapısına kısaca değinmek uygun olacaktır. Bu bağlamda AB kurumlarına genel olarak baktığımızda Avrupa Parlamentosunun Konsey ile birlikte yasama faaliyetinde bulunduğunu görmekteyiz. Avrupa Komisyonu (Komisyon) ise

¹⁴² Ayrımcılık temelinden çok olayın kişisel temelde tazminat ile çözülmesi ya da üye devlet tarafından esaslı bir değişiklik yapılması ve büyük grupları kapsamasının mahkeme kararını etkilediği görüşü için bkz. Möschel *European Convention of Human Rights/ Council of Europe*, 2018, 540. Başka bir yaklaşım ise 14. maddenin esasından kaynaklanacak şekilde, sadece taraf devletlere pozitif yükümlülükler yüklendiğinde ya da negatif yükümlülükler dahilinde 14. maddenin uygulamada var olabileceğini ortaya koymaktadır. *Belçika Dil Davası*, 1968, para, 4.

¹⁴³ AIHS m. 46/2.

¹⁴⁴ Mahkemenin de karar yapısını değiştirerek bu sürece katıldığı ve artık icraya yönelik olarak yol gösterici bir tavır takındığı belirtilmişse de kanımca burada süreci sonuçlandıracak olanlar her durumda ulus devletler olmaktadır. Elisabeth Lambert Abdelgawad, *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, Human Rights Files, no 19, (Council of Europe Publishing, 2008) 36 vd.

yürütme bakımından görev üstlenmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ise söz konusu düzenlemelerin yargısal denetiminden sorumlu olan organdır.

Bu alandaki yapılanmayı daha iyi ortaya koyabilmek için öncelikle yasama ve yürütme ayaklarına bakmamız gerekmektedir. Yasama bakımından ise kısaca yasama önerisi sunma görevinin Komisyon tarafından yerine getirildiği ve Parlamento ve Konseyin de yasama tasarruflarını kabul etmek bakımından yetkili oldukları söylenebilecektir.¹⁴⁵

Yürütme aşamasında ise Komisyonun bu görevi üstlendiğini görürüz. Buna göre Komisyon, ayrımcılıkla mücadele ve ayrımcılık yasaklarının etkin uygulanması açısından farklı görevler üstlenmektedir. Örneğin farkındalık yaratma açısından, sivil toplum kuruluşları ve üye devlet eşitlik kurumları ile ortak çalışmalar gerçekleştirmekte, buna ilişkin eğitim faaliyetleri planlamakta ve üye devletler arasında, ulusal seviyede eşitlik politikalarının oluşturulmasında destek sağlamaktadır. Bu sayede ayrımcılık konusunda farkındalığın artırılması hedeflenmiştir.¹⁴⁶ Politikaların belirlenmesi açısından Komisyonun bu alanda bazı strateji ve planlama belgeleri kabul ettiğini görmekteyiz.¹⁴⁷ Yürütme açısından ise yürürlükteki direktiflerin uygulanmasına ilişkin rapor ve görüşlerini hazırlayarak sürekli olarak bu alanı denetlediğini göstermektedir.¹⁴⁸ Yine bu alandaki yetkisini kullanarak sürekli olarak AB hukukunu ihlal eden bir üye devlete karşı ihlal davası açma hakkı da bulunmaktadır.¹⁴⁹

ABAD ise birliğin yargı organı olarak görev yapmaktadır. Bu bağlamda antlaşmalar ile kendisine verilen yetkiler çerçevesinde hareket ederek çeşitli dava türleri

¹⁴⁵ Bu durum olağan yasama süreci için geçerli olup, diğer uygulamalar ve yasama dışı tasarruflar bakımından kurucu antlaşmaların ilgili maddelerine bakmak gerekmektedir.

¹⁴⁶ Bkz. https://europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/tackling-discrimination/raising-awareness-discrimination_en (Son Erişim Tarihi: 20.02.2022)

¹⁴⁷ European Commission, Communication from The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions A Union of equality : EU Anti-Racism Action Plan 2020-2025, COM(2020) 565 final, Brussels, 18.9.2020.

¹⁴⁸ European Commission, Report on the Application of Council Directive 2000/43 and of Council Directive 2000/78, 2021.

¹⁴⁹ ABIHA m.258.

üzerinden AB hukukunun yargısal denetimi bağlamında sorumludur.¹⁵⁰ Çalışmanın devamından görüleceği üzere ayrımcılık hukuku söz konusu olduğunda ABAD'ın yargısal denetimi çoğunlukla ön karar prosedürü üzerinden devam etmiştir. Buna göre Antlaşmaların yorumu ve Birlik kurumlarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu söz konusu olduğunda ve bu sorun ulusal mahkeme nezdinde ortaya koyulduğunda, ulusal mahkeme kendi kararını vermek için bu konuya ilişkin bir karara ihtiyaç duyduğunda ABAD'dan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilecektir.¹⁵¹

Genel olarak ABAD'ın ayrımcılık alanında karar yazım metodunu ele aldığımızda bunun belirli bir şekle uygun olarak yapıldığı görülmektedir. Tıpkı AİHM'nin usulüne benzer şekilde burada da öncelikle önüne gelen uyuşmazlık hakkında temel bilgiler verilmekte sonrasında ise söz konusu olayın AB Hukuku kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilmektedir.¹⁵² Devamında ise ayrımcılık oluşturan farklı muamelenin varlığı ve bunun haklı gösterilip gösterilemeyeceği ortay koyulmaktadır. ABAD kendisine yöneltilen soruları kimi zaman gruplayabilir ya da sorulan sorular dağınık veya birbiriyle bağlantılı gibi görüldüğünde bunları birleştirip tekrar formüle edebilmektedir.¹⁵³ Soyut ya da hipotetik olarak gördüğü sorulara da cevap vermeyi gerekli görmeyebilmektedir.¹⁵⁴ Burada ek olarak belirtmek gereklidir ki ABAD önüne gelen uyuşmazlıklarda, AİHM'de olduğu üzere iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gibi bir kabul edilebilirlik kriteri uygulamamaktadır.

¹⁵⁰ ABİHA m.258 vd.

¹⁵¹ ABİHA m. 267

¹⁵² Bir örnek olarak bkz. C-411/05, *Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*, 16 October 2007, ECLI:EU:C:2007:604, para. 42-47. Bu durum için tezin bu bölümünde incelenen davaların geneline de bakılabilecektir. Bu çalışmada genel olarak ön karar prosedürü çerçevesinde verilen kararlar değerlendirildiği için yazım metodunun benzerliği de bunun üzerinden ele alınmıştır.

¹⁵³ Özellikle ayrımcılık yasakları bakımından ulusal mahkemenin önündeki olayın AB Hukuku kapsamındaki yorumu için liste halinde hazırladığı soruları belirli bir sistematik içerisinde toparlayan bir karar için bkz. Joined Cases C-159/10 and C-160/10, *Gerhard Fuchs and Peter Köhler v. Land Hessen*, 21 July 2011, ECLI:EU:C:2011:508.

¹⁵⁴ ABAD'ın yaş temelinde ayrımcılık bakımından ön karar usulü ile önüne gelen bir olayda, yöneltilen soruların bir kısmı için bu yönde verdiği karar için bkz. C- 152/11, *Johann Odar v. Baxter Deutschland GmbH*, 6 December 2012, ECLI:EU:C:2012:772, para. 26-29.

Ayrımcılık temelinde ABAD önüne getirilen ihlal davasının ise sınırlı sayıda bazı örnekleri mevcuttur. Örneğin *European Commission v Italian Republic* kararı ile birlikte ABAD, Çerçeve Direktifin makul uyumlaştırmaya yönelik olarak getirdiği tedbirleri, tüm işverenler açısından engelli kişilere yönelecek bir makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğü şekliyle iç hukukuna düzgün aktarmadığından bahisle ihlal kararı vermiştir.¹⁵⁵ *European Commission v Hungary* kararında da yine Direktifin iç hukuka aktarımı bakımından bir üye devletin ihlali söz konusudur.¹⁵⁶ Ancak buradaki olay bu sefer, Macaristan'ın hakim, savcı ve noterler bakımından 62 yaşına gelmeleriyle birlikte zorunlu emekliliklerini düzenleyen bir mevzuatı yürürlüğe koymasından kaynaklanmıştır. Mahkeme burada da ayrımcılığın ortaya koyulması bakımından benzer bir usul ile hareket etmiştir. Öncelikle Komisyonun ortaya koyduğu ulusal önlem değerlendirilmiş, sonrasında ise söz konusu önlemden etkilenen kişilerin karşılaştırılabilir olup olmadıklarını değerlendirmiş ve yaş temelinde doğrudan ayrımcılığa sebebiyet verebileceğini ortaya koymuştur.¹⁵⁷ Sonrasında ise ilgili önlemin haklı gösterilip gösterilemeyeceği değerlendirilmiştir. Bu bağlamda yaş temelinde standardizasyon getirme amacı ve genç çalışanların istihdama katılması gibi sebepler ele alınarak bunlar meşru amaçlar olarak görülmüştür.¹⁵⁸ Son olarak uygunluk ve gereklilik denetimi yapan mahkeme, bu unsurların eksikliğinden ötürü ilgili ulusal önlemi haklı bulmamış ve üye devletin Çerçeve Direktif bakımından yükümlülüklerini yerine getirmediğine hükmetmiştir.¹⁵⁹

Burada bir ek olarak bir durumu belirtmek gereklidir. Bu da AB Hukuku kapsamında çıkartılan direktiflerin üye devletler tarafından iç hukuka aktarımının sağlamadığı durumda ne olacağıdır. Daha önceki başlıklar altında da kısaca yer verildiği

¹⁵⁵ C-312/11, *European Commission v Italian Republic*, 4 July 2013.

¹⁵⁶ C- 286/12, *European Commission v Hungary*, 6 November 2012, ECLI:EU:C:2012:687.

¹⁵⁷ *Ibid.* para. 48-54.

¹⁵⁸ *Ibid.* para. 61 vd.

¹⁵⁹ *Ibid.* para. 66 vd. Yaş temelinde ayrımcılıkla ilgi kurulabilecek başka bir ihlal davası için ayrıca bkz. C-619/18, *European Commission v Republic of Poland*, 24 June 2019, ECLI:EU:C:2019:531.

üzere direktifler, muhatap aldıkları üye devletleri bu direktif ile ulaşılması hedeflenen sonuçları itibariyle bağlamaktadır ancak şekil ve yöntemin seçimi üye devletlere bırakılmaktadır.¹⁶⁰ Yani bir direktife tam ve doğru aktarım ile etki verecek taraf üye devletlerin ulusal otoriteleridir. Ulusal seviyede bu etki verilmediği durumlarda dahi ilgili kişilerin direktiflere başvurma imkânı vardır.¹⁶¹ Bu da ‘doğrudan etki ilkesi’ adı altında bireylerin ilgili direktif hükümlerine dayanmalarını sağlayan bir uygulamadan kaynaklanmaktadır.

Kısaca belirtmek gerekirse doğrudan etki ilkesi Antlaşmalarda düzenlenmemiştir ancak içtihat hukuku ile ortaya koyularak geliştirilmiştir.¹⁶² İchtihat ile belirlenen bu ilkenin uygulanabilmesi için bazı şartlar bulunmaktadır.¹⁶³ Bunlar, direktifin ilgili hükmünün açık, koşulsuz ve takdir yetkisine yer bırakmayacak şekilde olduğunun ortaya koyulması gerekliliğidir. ABAD, direktifler söz konusu olduğunda dikey etki doğurabildiklerini yani devlete karşı öne sürülebileceklerini kabul etmektedir.¹⁶⁴ Yatay ilişkiler yani bireyler arasındaki ilişkilerde bu etki ise direktifler yönünden kabul görmemektedir.¹⁶⁵ Ancak bir çözüm yolu olarak uygun yorum ilkesi ve devlet sorumluluğu ilkesi ile bireylere verilen zararların karşılanması şeklinde bir usul oluşturulmaya çalışılmıştır.¹⁶⁶ Bir ön not olarak belirtmek gerekir ki, AB Hukukunun bireyler arasındaki ilişkilere etkisi yani yatay doğrudan etki bakımından

¹⁶⁰ ABİHA m.288.

¹⁶¹ Ayrımcılık Direktiflerin usulüne uygun olarak ve zamanında iç hukuka aktarılmasına ilişkin olarak verilen kararlar için bkz. C-43/05, *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, 23 February 2006, ECLI:EU:C:2006:145 ; C-133/05, *Commission of the European Communities v Republic of Austria*, 23 February 2006, ECLI:EU:C:2006:148.

¹⁶² C-26/62, *Van Gend en Loos* . Bu davada kurucu antlaşmanın doğrudan etkisi kabul edilmiş olup aynı zamanda bu değerlendirme yapılırken kurucu antlaşmaların Uluslararası Anlaşmalardan farkı da ortaya koyulmuştur. Kurucu antlaşmaların doğrudan etkisi kabul edildikten sonra Antlaşmanın ilgili hükmü de doğrudan etkili olup olmadığı yönünden değerlendirilmiştir.

¹⁶³ AB Hukukunun kaynaklarının doğrudan etkilerinin değerlendirilmesi özellikle de yatay yani bireylere karşı öne sürülebilecek doğrudan etki ilkesi söz konusu olduğunda farklılaşmaktadır. Bu husus özellikle de direktiflerin yatay ilişkiler söz konusu olduğundaki etkisi bakımından gündeme gelmektedir. Direktifler açısından bu ilkenin temelini atan karar için bkz. C-41/74, *Van Duyn v Home Office*, 4 December 1974, ECLI:EU:C:1974:133.

¹⁶⁴ *Ibid.* para. 12.

¹⁶⁵ C-152/84, *Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, 26 February 1986, ECLI:EU:C:1986:84, para. 43.

¹⁶⁶ Bkz. C-91/92, *Faccini Dori v Recreb*, 14 July 1994, ECLI:EU:C:1994:292, para. 26-27.

değerlendirildiğinde aslında davalarda söz konusu olan olayların bireysel tasarruflardan kaynaklanmadığı, aksine bu kişilerin dayandıkları ulusal önlem ya da uygulamalar hak ihlalinin doğuşuna sebebiyet verdiği için hem negatif hem de pozitif yükümlülük kapsamında üye devletlere atfedilebilecek bir durum meydana geldiği ifade edilebilecektir.

Buna göre devlet sorumluluğu ilkesi kapsamında AB Hukukunun ihlali nedeniyle zarar gören kişilerin bu zararlarının tazmini söz konusu olmaktadır ve bu ilkeye ilişkin koşullar, ihlal edilen hukuk kuralının bireylere hak tanımayı amaçlamış olması, meydana gelen ihlalin yeterince ciddi olması ve son olarak, meydana gelen ihlal ile bundan ötürü mağdur olan kişinin zararı arasında illiyet bağı kurulmasıdır.¹⁶⁷

ABAD'ın yaş temelinde ayrımcılık bakımından verdiği bazı kararlarında, devlet sorumluluğu ilkesine de değindiği görülmektedir. İkincil hukuk kapsamında olan Çerçeve Direktifin 1 ve 2. maddelerinin ortaya koyduğu üzere bu direktif genel ve açık bir şekilde belirli bir kapsamda ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bu bağlamda ilk koşul yerine getirilmiş sayılmaktadır.¹⁶⁸ İkinci koşul açısından ise ihlal edilen kuralın açıklık ile kesinliği ve bu kuralın üye devlete tanıdığı takdir hakkının boyutu dikkate alınmalıdır. Buna göre Çerçeve Direktifin 6. maddesi ele alındığında, üye devletlerin meşru bir amaç ile yaş temelinde farklı muamele oluşturabilecek önlemleri kabul edebileceği görülür. Bu da geniş bir takdir yetkisi olarak yorumlanmaktadır.¹⁶⁹ Son olarak illiyet bağının kurulması açısından her ne kadar mahkemenin önündeki belgelerden bu görülmekteyse, bu hususun

¹⁶⁷ Devlet sorumluluğu ilkesi ilk olarak *Francovich* kararı ile ortaya koyulmuştur. Joined cases C-6/90 and C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic*, 19 November 1991, ECLI:EU:C:1991:428. Bu karara göre kurucu antlaşma aslında üye devletlerin hukuk sistemlerine entegre olmakla ulusal mahkemelerin uygulaması gereken bir hukuk sistemi yaratmıştır. Bu hukuk sisteminde (üye devletlerin yanı sıra) kişiler de hak kazanabilecekleri gibi yükümlülük altına da girebilecektir *Ibid.* para. 31.. Bu durumda bireylerin bu sistemden doğan haklarının zedelenmesi halinde zararın tazmini gerekmektedir. Ancak bunun bazı koşulları bulunmaktadır. Devlet sorumluluğu ilkesinin koşulları bakımından bkz. Joined cases C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 and C-190/94, *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula and Trosten Knor v Bundesrepublik Deutschland*, 8 October 1996, ECLI:EU:C:1996:375, para. 55 vd.

¹⁶⁸ Joined Cases C- 501/12 to C- 506/12, C- 540/12 and C- 541/12, *Specht and Others*, 19 June 2014, ECLI:EU:C:2014:2005, Para. 101.

¹⁶⁹ *Ibid.* para. 103.

tespiti işini ulusal mahkemelere bırakmıştır.¹⁷⁰ Mahkemenin de ortaya koyduğu üzere genel olarak yaş temelinde ayrımcılık söz konusu olduğunda kişilerin ayrımcı muamele nedeniyle uğradıkları zararlara ilişkin devlet sorumluluğunun tespiti açısından AB içtihadındaki koşulların yerine gelip gelmediğini değerlendirme işini üye devlet ulusal mahkemelerine bırakıldığı görülmektedir.¹⁷¹

Ancak direktifin düzenlediği alan bir hukukun genel ilkesi ile karşılanabilmekteyse bu durumda birincil hukuk üzerinden yatay ilişkiler yönünden doğrudan etki ilkesinin doğumundan söz edilebilecektir.¹⁷² AB Hukukunun genel ilkeleri ise ABAD tarafından ortaya koyulan, üye devletlerin ortak anayasal teamüllerinden ya da uluslararası anlaşmalardan beslenen yazılı olmayan hukuk kurallarıdır.¹⁷³ Yani direktifin bireyler arasında etkili olabilmesi için özellikle ayrımcılık yasakları bakımından bir açık kapı bulunmaktadır denilebilecektir.¹⁷⁴

AMS kararı ise bu alanda verilen ayrıca önemli bir karar olmaktadır. Buna göre ABAD bu karar ile birlikte, THŞ'nin hangi durumlarda kişilere karşı (kişi vs. kişi) kullanılabileceğini ortaya koymaktadır. Burada, AB ayrımcılık direktiflerini iç hukuka aktarmış sayılan ulusal hukuka dayanarak çalışanların danışma hakkını reddeden ve sadece stajyerler ve diğer özel sözleşmeli çalışanlar için istisna uygulayan bir işveren söz konusudur.¹⁷⁵ ABAD burada (daha sonraki başlıklar altında ele alınacak olan) önceki tarihli *Küçükdeveci* ve *Mangold* kararlarına atıfla çalışanların işverenlerine karşı yaş

¹⁷⁰ *Ibid.* para. 106-107.

¹⁷¹ C-20/13, *Daniel Unland v Land Berlin*, 9 September 2015, ECLI:EU:C:2015:561, para. 67-69.

¹⁷² Yaş temelinde ayrımcılığa ilişkin olarak verilen *Mangold* kararında böyle bir durumun ortaya çıktığı görülmektedir. Karara ilişkin açıklamalar daha sonraki başlıklar altında yapılacaktır. Bkz. C-144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, 22 November 2005, ECLI:EU:C:2005:709.

¹⁷³ Baykal - Göçmen, *AB Kurumsal Hukuku*, s.354-356.

¹⁷⁴ Burada ayrıca öncelik ilkesine de kısaca değinmek gerekmektedir. ABAD'a göre ise AB Hukukunun önceliği ilkesi, ABAD'a ön karar ile soru soran ulusal mahkemenin, esas olaydaki davalara bakma ve yargılama yetkisini saklı tutan ulusal hukuk hükmünü uygulamaması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır. Ki bu da bu gibi davalarda aslında bağımsızlık ve tarafsızlık kriterlerini karşılayan ve ilgili ulusal hüküm olmasaydı ilgili alanda yargı yetkisine sahip olacak bir mahkemenin söz konusu davalara bakabileceği anlamına gelmektedir. Bkz. Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, *A. K. and Others v Sąd Najwyższy, CP v Sąd Najwyższy and DO v Sąd Najwyższy*, 19 November 2019, ECLI:EU:C:2019:982.

¹⁷⁵ C- 176/12, *Association de médiation sociale v Union Locale des Syndicats CGT*, 15 January 2014, ECLI:EU:C:2014:2.

temelinde ayrımcılık yapmaması ilkesini öne sürebileceğini ve bu ilkenin THŞ'nin 21. maddesinden kaynaklanabileceğini tekrar vurgulamıştır.¹⁷⁶ Bu davayı önemli hale getiren ise yaş temelinde ayrımcılık yapmama ilkesinin haklı gösterilebilecek bir kural olduğunun açıkça ortaya koyulmasıdır.¹⁷⁷

Direktiflerden bağımsız olarak THŞ'nin 21. maddesinin bireysel olarak kullanılması durumunda da tıpkı ayrımcılık direktiflerinde olduğu üzere öncelikle söz konusu ulusal önlemin ayrımcılık oluşturup oluşturmayacağı, eğer oluşturmaktaysa meşru bir amaç kapsamında haklı gösterilip gösterilmeyeceği incelenecektir. Bu bağlamda karşılaştırma unsuru ve ispat yükü gibi metodolojinin aynen buraya da yansıtacağı düşünülmektedir.¹⁷⁸ Ancak mahkemenin de ortaya koyduğu üzere ve aslında direktiflerden de bir adım önde olduğu konu din ve inanç temelinde ayrımcılık yasağının, AB Hukukunun genel bir ilkesi olarak zorunlu olduğudur. THŞ'nin 21. maddesi bağlamında da düzenlenen bu yasak AB Hukuku kapsamında, bireylere diğer bireylerle

¹⁷⁶ Burada ek olarak THŞ'nin 27. maddesi ile düzenlenen işçilerin işletme içinde bilgi alma ve danışma hakkının da özel işverenlere yani bireylere karşı öne sürülüp sürülemediği değerlendirilmiş ve bunun mümkün olmadığı ortaya konulmuştur. Buna göre mahkeme THŞ'nin 27. maddesinin lafzından açık bir şekilde, bu hükmün tam etkili olması için AB Hukukunda veya ulusal hukukta daha spesifik bir ifadeye yer verilmesi gerektiği ve bu maddeden veya ona ilişkin açıklamalardan üye devletlerin ilgili direktifi uygularken çalışan kategorilerini hariç tutmasını yasaklayan 'doğrudan uygulanabilir' bir kural olduğu sonucunu çıkarmanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda THŞ'nin 27. maddesi direktifler ile birlikte ele alındığında dahi yatay doğrudan etki doğuruyor şeklinde yorumlanamayacaktır *Ibid.* para. 46..

¹⁷⁷ *Ibid.* para. 47 vd. Bu karar ve THŞ'nin bireyler arasındaki ilişkilere uygulanması bakımından ayrıca bkz. Steve Peers, *When does the EU Charter of Rights apply to private parties?*, 15 January 2014, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/01/when-does-eu-charter-of-rights-apply-to.html> (Son Erişim Tarihi: 05.07.2019) Bu karar özellikle THŞ'nin 51. maddesine göre şart sadece üye devletlere yönelik gibi görünmekteyse de aslında böyle olmayabileceğini ortaya koyması bakımından da oldukça önemli olarak değerlendirilmelidir. Aynı zamanda ayrımcılık direktifleri bakımından ele aldığımızda bu karar ayrıca önemlidir çünkü örneğin yaş temelinde bir ayrımcılığı ortaya koymak için artık THŞ'nin ilgili direktif ile beraber kullanımı zorunluluğu ortadan kalkıyor gibi durmaktadır. Bu da aslında AB hukukunu ayrımcılık yasakları söz konusu olduğunda bir adım daha ileriye götürdüğü düşünülmektedir. Her ne kadar AİHS'ne taraf olmamışsa da AİHM tarafından getirilen insan haklarının koruma eşiğine yaklaşılmaya çalışılması oldukça önemli bir harekettir. Bu husus kanımca ayrımcılık yasaklarının kökenini oluşturan genel eşitlik anlayışından ve aslında AB'yi oluşturan üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden gelen bu ilkeden kaynaklanmaktadır Dahası salt olarak ayrımcılık yasakları değil, genel olarak AB'de insan haklarının durumu gün geçtikçe ilerlemektedir. Bunun ticaret açısından örneğini ise AB'nin taraf olacağı ticaret anlaşmaları bağlamında insan haklarına ilişkin istisnai hükümlerin bu anlaşmalarda yer almasına yönelik eylemleri oluşturmaktadır. Bkz. European Parliament, *Human Rights in EU Trade Agreements The Human Rights Clause and Its Application*, PE 637.975 – July 2019.

¹⁷⁸ Karşılaştırılabilirlik bakımından tıpkı ayrımcılık direktiflerinde olduğu gibi değerlendirileceğine ilişkin bir yorum için bkz. C-49/18, *Carlos Escribano Vindel v Ministerio de Justicia*, 7 February 2019, ECLI:EU:C:2019:106, para. 58. Bu davada bir ek bilgi olarak ABA m. 19'a ilişkin bir değerlendirmede de bulunulmuştur *Ibid.* para. 61 vd.

olan ilişki ve uyumsuzluklarında öne sürebilecekleri bir hak bahşetmek bakımından yeterlidir.¹⁷⁹

Son olarak Komisyonun yukarıda bahsedilen direktifler ile ilgili olarak hazırladığı raporda, üye devletlerin direktifleri usulüne uygun şekilde iç hukuka aktardıkları ve uygulamaya koydukları görülmektedir.¹⁸⁰

2.3. Ayrımcılık Yasağının Kurumsal Boyut Bakımından Denetimi

Bağlamında Sistemsel Tespitler

Avrupa Konseyi ve AB bağlamında ayrımcılık yasağının kurumsal boyut bakımından denetimi kısaca değerlendirildiğinde birkaç tespit yapmak mümkündür. Bu tespitler genel olarak yapılanma ve bundan doğan işlevselliğe ilişkindir. İlk olarak, daha genel bir yaklaşımla hareket edildiğinde Avrupa Konseyinin münhasır bir insan hakları sistemi olduğu söylenebilecektir. AİHS ise bunun temel hukuki aracıdır. AB ise bir insan hakları sistemi olma amacıyla yola çıkmamıştır. Ancak gerek kapsadıkları coğrafi bölge gerek üyeleri açısından değerlendirildiğinde aslında ortak bir Avrupa kültürünü yansıttıkları söylenebilir. Bu bağlamda AB'nin kurumsal yapısından gelen avantajını, AİHS kapsamında oluşturulmaya çalışılan asgari standartların ve nihayetinde ortak bir Avrupa kamusal alanının oluşturulması yönünde kullanması kanımca bu alanda oldukça önemli bir ilerleme sağlama ihtimalini içinde barındırmaktadır. Tabi bu derece katmanlı bir yapı ve üye devletler ve Birlik arasındaki hukuki ve siyasi ilişki ağının, ayrımcılık gibi hassas konular söz konusu olduğunda, söz konusu ilerlemeyi daha yavaş gerçekleştirme riski de göz ardı edilmemelidir.

¹⁷⁹ C-414/16, *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, 17 April 2018, ECLI:EU:C:2018:257, para. 76. Yaş temelinde ayrımcılık bakımından THŞ'nin 21. maddesi ile ilgili olarak ayrıca bkz. C- 176/12 *Association de médiation sociale*, para. 47.

¹⁸⁰ Tüm bunların yanı sıra ayrımcılık hukuku bakımından AB kapsamında çalışan organ ofis ve ajanslar da bulunmaktadır. Bkz. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), European Institute for Gender Equality (EIGE) ve European Network of Equality Bodies (Equinet).

İkinci olarak, AİHS taraf devletleri her ne kadar bu sözleşmeye bağlı olsalar ve mahkemenin kararlarının icrası söz konusu olsa da bu husus onların düzenli olarak iç hukuk enstrümanlarını düzenleyecek ulus üstü bir güce sahip değildir. Yani bir bakıma incelemesini yaptığımız ayrımcılık alanında hukukun çok boyutlu değil daha tek boyutlu ve doğal olarak üst katmanda yani Konsey çerçevesinde kalan bir görünümü olduğu düşünülmektedir. AB söz konusu olduğunda ise sadece üye devletlere bu alanda yükümlülük yüklenmekle kalmamaktadır. Unutulmamalıdır ki AB ulus üstü bir yapı olarak üye devletlerin egemenliklerinin bir kısmını devrettiği bir birliktir. Bu bağlamda Avrupa Konseyinden farklı olarak hem Birlik nezdinde hem de üye devletler nezdinde AB Hukukunun uygulanması söz konusudur.

Üçüncü olarak, AİHS iç hukuka aktarılan bir hukuki araç değildir. Bu bir uluslararası sözleşmedir. Ayrıca bu hukuk sistemi dahilinde ancak iç hukuk yollarının tüketilmesi sonucu bu seviyede bir başvuru yapılabilmektedir. AB’de ise ayrımcılık düzenlemeleri direktifler yoluyla iç hukukun bir parçası haline gelmekte ve hukuki denetime tabi olmaktadır. Bu bağlamda ABAD’ın yargısal anlamda işlevselliği daha yüksektir çünkü elindeki araçlar bunu desteklemektedir.

Son olarak ise AİHS kapsamında devletin sorumluluğu esas olarak görülür. Sözleşmenin yatayda yani kişiler arasındaki ilişkilerde uygulanması çok kabul gören bir görüş değildir. AB Hukukunda ise her ne kadar direktiflerin yatay doğrudan etkisi kabul edilmese de AB Hukukunun genel ilkeleri bağlamında kişiler arasındaki ilişkilere de yansıma kabiliyeti ona oldukça önemli bir hareket kabiliyeti kazandırmaktadır. Bu bağlamda mahkemenin bu alandaki etkin denetiminin devamı, AB kurumsal yapısından gelen icrai sistem ve ABAD’ın yatay ilişkiler bakımından direktiflerin uygulanmasının önünü açması ihtimali birlikte değerlendirildiğinde ayrımcılık alanının daha da ileriye gideceği düşünülmektedir.

3. MADDİ BOYUTUYLA DENETİM

Ayrımcılık yasağının neyi öngördüğünü ortaya koyabilmek için bu yasağın kapsam ve sınırlarını çizmemiz gerekmektedir. Örneğin her alanda ayrımcılık yasak mıdır veya mahkeme belirli durumlarda ayrımcılık yasağını yeni hukuki kavramlara genişletebilmekte midir? Bu başlık altında öncelikle ayrımcılık yasağını ortaya koyan hükmün uygulama alanları ele alınacak sonrasında ise ayrımcılık yasağı testi bakımından inceleme aşamasına geçilecektir. Her başlık altında Avrupa Konseyi ve AB ayrı ayrı ele alınacaktır. Bu sayede maddi boyutuyla ayrımcılık yasağı ile uyumun nasıl denetlendiği ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

3.1. Ayrımcılık Yasağı Hükmünün Uygulama Alanı

Ayrımcılık, bir bireyin topluluk içerisinde belirli bir gruba aidiyeti nedeniyle diğer bireylerle eşit muamele görmesini engelleyen herhangi bir yasa ya da davranışı ifade eder şekilde ele alındığında bunun çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceği anlaşılabilecektir. Bunlar da en genel ifadeyle doğrudan ve dolaylı olarak ortaya çıkabilmektedir. Şekli eşitlikte benimsenen ayrımcılık, çok net bir şekilde doğrudan ayrımcılıktır çünkü burada ayrımcılık yoksa eşitlik vardır. Maddi eşitlikte ise birçok farklılık dikkate alınmakta ve sadece basit bir neden sonuç ilişkisinin dışına çıkılarak ayrımcılık eşitlik denklemi karmaşıklaşmaktadır. Bu ifadelerden çıkarılacak genel sonuç ise ayrımcılık yasağının aslında eşitlik ilkesine ulaşmada bir araç olduğudur. Ayrımcılıktan bahsederken ayrıca bu kavramın 3 ayaklı olduğu görülür. Bunlardan ilki negatif bir eylemin varlığıdır. Burada sorun olarak görülebilecek olan şey negatif eylemin tamamlanamaması durumunun ayrımcılık olarak nitelendirilmemesidir. İkinci ayak bu fiilin motivasyonunun sosyal inanışlar ya da uygulamalar kaynaklı olmasıdır. Son olarak ise bu eylemin bir zarar meydana getirmesi gerekmektedir.¹⁸¹

¹⁸¹ Solanke, *Discrimination as Stigma*, 50.

Dinamik bir yapısı olan ayrımcılık alanında, içtihat ilerledikçe ve aynı zamanda temel haklar kavramı da günün koşullarına uyarlanıp yeni görünümlere kavuşukça, ayrımcılığın tezahür şekilleri de gelişmeye başlamıştır. Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarına pozitif eylem ve makul uyumlaştırma gibi kavramlar eklenmiş, bunun yanı sıra birçok yeni kavram da bunların altında yerini almıştır. Devam eden başlıklar altında öncelikle Avrupa Konseyi sonrasında ise AB açısından bu kavramlar ele alınacaktır.

3.1.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)

AİHS kapsamında ayrımcılık türleri düzenlenmemiştir. Buradaki ayrımcılık türlerinin AİHM içtihadından oluştuğundan söz edilebilecektir.

AİHM içtihadına bakıldığında her ne kadar farklı temellerde farklı ayrımcılık yaklaşımları olsa da genel bir çıkarım yapmak mümkün olmaktadır. Mahkemeye göre benzer durumda olan kişilere uygulanan muamelede farklılık olması durumunda ayrımcılık bahsiyle sözleşme korumasından yararlanmak mümkündür. Bu bağlamda salt olarak davranışın ayrımcı olması yeterli değildir. Kimi durumlarda ayrımcı muamele haklı da gösterilebilmektedir. Nitekim içtihat hukukunda da haklı gösterme bakımından uygulanan sınırlar değişmekle birlikte temelde objektif ve makul şekilde haklı gösterilen yani meşru bir amaca hizmet eden ve araç ile ulaşılacak istenen amaç arasında orantılı bir ilişki kurulmuş bulunan muameleler ayrımcı olsalar dahi haklı sayılacaktır. Genel olarak, sözleşmeye taraf olan devletlere (taraf devletler) bu temelde oranları değişen şekilde takdir hakkı bırakıldığı görülmektedir.¹⁸²

Bu başlık altında ayrımcılık türleri sıralanarak ilerlenecektir. Bu bağlamda her bir sistem kapsamında düzenleme alanı bulan ya da içtihat hukuku ile geliştirilen ayrımcılık türlerinin ne oldukları açıklanmaya çalışılacaktır.

¹⁸² Taraf devletlerin takdir hakkı değerlendirilirken genel olarak vakıaya, konuya ve bunu oluşturan arka plana bakılsa da mahkemenin de belirttiği üzere, sözleşmenin gereklerinin yerine getirilip getirilmediğine ilişkin nihai karar mahkemenindir. Bkz. *Zhdanov and Others v. Russia*, 12200/08 35949/11 58282/12, 16 July 2019, para. 178.

3.1.1.1. Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık kısaca, yasaklanmış bulunan ayrımcılık temellerinden birisine dayalı olarak bir kişi ya da topluluğa uygulanan farklı muamele olarak tanımlanabilecektir.¹⁸³ Daha geniş bir tanımla ise doğrudan ayrımcılık, yasaklanan ayrımcılık temellerinden birisine dayanılarak kendisi ile karşılaştırılabilir durumda olan kişilere göre kişi ya da grupların farklı muameleye maruz kalması sonucu ortaya çıkmaktadır.¹⁸⁴ Bu ifade kendi içerisinde bazı sınırlamalar içermektedir. Öncelikle salt olarak benzer kişi ya da gruplar arasındaki farklı muamelelerin ele alınması unsuru bulunmaktadır. Doğrudan ayrımcılığın bu doğası, farklı ya da görece farklı durumda olan kişi ya da grupları kapsam dışında bırakmaktadır. İkinci olarak ise eşit muamelenin her durumda eşitlik ile sonuçlanacağı yanılığısıdır. Kanımca başka bir sorun, doğrudan ayrımcılığın normatif ve uygulama düzlemlerinde farklı şekilde sonuç vermesidir. İlkinde norm, salt eşitlik ilkesi ele alınarak herkes için aynı olacak şekilde düzenlenmektedir. Bu düzenleme, hakkında düzenleme yapılanları daha iyi bir seviyeye getirebileceği gibi daha aşağıya çekme vasfı da taşıyabilecektir.¹⁸⁵ İkinci olarak uygulama düzleminde ise eşit olarak görülen norm, herkese aynı şekilde uygulandığında statüleri ya da gereksinimleri farklı olan bireyler ya da grupların olumsuz olarak etkilenmesi gibi bir sonuç ortaya çıkarma ihtimali taşımaktadır.

AİHS'nin 14. maddesi ayrımcılık türleri ile ilgili bir düzenleme barındırmamaktadır. Genel ayrımcılık yasağını düzenleyen 12 no'lu Protokol de yine bu

¹⁸³ Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, 2017, 203

¹⁸⁴ Daniel Moeckli, "Equality and Non-Discrimination" içinde International Human Rights Law. ed. Moeckli, Daniel; et al. (United Kingdom: Oxford University Press, 2010) 198. Ayrıca 14. madde kapsamındaki ayrımcılık kavramı, Sözleşme tarafından daha elverişli bir muamele ortaya koyulmadığında dahi, bir kişi veya gruba meşru bir gerekçe olmaksızın diğerlerine göre daha az lehte muamele edildiği durumları da içerir şeklinde yorumlanmalıdır. *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, no.17484/15, 25/07/2017, para 44 Ayrıca bkz. *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, nos. 60367/08 and 961/11, 2017, para. 64 ; *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, para. 82.

¹⁸⁵ Doğrudan ayrımcılığın katı olarak uygulandığı durumda ortaya çıkan başka bir unsur ise herkesin eşit olarak daha iyi muamele görmesi ile herkesin eşit olarak kötü muamele görmesi şeklinde yansıyan bir eşitlik anlayışıdır. Her ne kadar istenen ilki olsa da kimi durumlarda göreceli olarak daha iyi durumda olan tarafın aşağıya çekilerek eşitlik kurma çalışmasına maruz kalması ve ikinci durumu ortaya çıkarması sorunu bulunmaktadır. Bkz. Sandra Fredman, *Discrimination Law*, (Oxford University Press, 2011) 167-168.

madde gibi ayrımcılık türlerini içermeksizin kaleme alınmıştır. Bu bağlamda da hükmün yargısal yorumuna bakmak gerekmektedir. Mahkemenin yerleşik içtihat hukuku incelendiğinde genel olarak her iki düzenleme ile ilgili şu yorum yapılabilir. Bu madde kapsamında bir ayrımcılık iddiasının geçerli olması karşılaştırılabilir durumdaki bireylere yönelen, nesnel ve makul olarak haklı gösterilemeyen bir muamelenin varlığına bağlıdır. Yani aslında bu alandaki içtihat hukuku standart olarak doğrudan ayrımcılık temeli üzerine inşa edilmiş durumdadır. Verilen kararların büyük çoğunluğunun da bu yönde olduğu görülmektedir.

Bir ayrımcılık her zaman doğrudan ilgisine yönelmeyebilir. Kimi durumlarda görünürde eşit bir uygulama da ayrımcılık doğurabilecek bir etkiye sahiptir. Dolaylı ayrımcılık olarak adlandırılan bu etki devam eden başlık altında ele alınacaktır.

3.1.1.2. Dolaylı Ayrımcılık

Fredman’a göre her ne kadar bazı kişi ya da grupların benzer durumda olduğunu kabul etsek de bunların eşitlik adı altında her durumda aynı muameleye maruz kalmaları kimi zaman sürekli bir eşitsizlik durumunun ortaya çıkmasını sağlayarak bazı durumlarda farklı muamelenin gerekliliğini ortaya çıkaran bir paradoksa dönüşebilmektedir.¹⁸⁶ Gerçekten de bazı durumlarda belirli kişi ya da gruplara farklı muamele edilmesi gerekebilmektedir. Burada da dolaylı ayrımcılık unsurunun incelenmesi gerekir.

Dolaylı ayrımcılık bir yasal düzenleme, uygulama veya tedbirin görünüşte herkes için eşit uygulanırken (tarafsızlıkla) bazı kişi/gruplar üzerinde farklı ya da diğer kişi veya gruplardan daha olumsuz etki yaratması durumu olarak açıklanabilecektir. Yine dolaylı ayrımcılığın bir başka yönü ise bir tedbir ya da uygulamanın, belirli bir gruba dahil olan belirli sayıdaki kişileri diğer gruptakilere nazaran daha dezavantajlı duruma sokmasıdır. Burada doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak herkes için eşit şekilde uygulanan ‘aynı

¹⁸⁶ Fredman, *Discrimination Law*, 2 vd. Ayrıca bkz. s.180 vd.

muamele’ söz konusudur. Ancak düşünöldüğünde aynı muamelenin dahi bazen eşit olmayan sonuçlar yaratabileceğı açıktır. Yani dolaylı ayrımcılık burada ‘aynı/eşit’ muamelenin ya da farklılık gözetmeyerek istisna uygulamamanın bir sonucu olarak doğmaktadır.¹⁸⁷

Dolaylı ayrımcılık bakımından AİHS’de bir düzenleme bulunmaz. AİHM de bu konuda kesin bir tanım yapmamaktadır. Hatta AİHM dolaylı ayrımcılığı bir tür olarak nispeten geç kabul etmiştir. Mahkemenin bu alanda biraz çekimser ve sınırlı şekilde hareket ettiği dahi söylenebilecektir. Genel olarak mahkemenin yönelimi doğrudan ayrımcılık olup olmadığının araştırılması yönündedir. Dolaylı ayrımcılığın kabulü ve bu alanda içtihadın gelişmesi önemlidir çünkü bu ayrımcılık türünde haklı gösterme bakımından mahkemenin belirlediğı farklılaşan bir standart uygulanmaktadır.

Thlimmenos v. Greece davası ile birlikte dolaylı ayrımcılık bakımından aslında 14. maddenin farklı bir yanı olduğu kabul edilmiştir.¹⁸⁸ Buna göre mahkeme, devletlerin durumları bariz şekilde farklı olan kişilere farklı muamele sağlayamamasının da 14. madde kapsamında ihlal olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁹ AİHM’nin gerçek anlamda dolaylı ayrımcılığı ele alarak yorum yaptığı ilk dava ise *D.H. and Others v. the Czech Republic* olarak belirlenebilecektir.¹⁹⁰ Çekya’da zihinsel bozuklukları olan çocuklar için özel eğitim kurumları hazırlanmış olup, zihinsel testten geçemediğı düşünölen çocuklar bu

¹⁸⁷ *De Shutter’a* göre kişi ya da grupların mevcut farklılıkların dikkate alınmaması dolaylı ayrımcılık olarak görölebilecektir. O. de Schutter, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law. Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives* (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005) 52. <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/The%20prohibition%20of%20Discrimination%20under%20Human%20Rights%20Law.pdf> (Son Erişim Tarihi: 20.07.2019)

¹⁸⁸ *Thlimmenos v. Greece*, no.34369/97, 06 April 2000.

¹⁸⁹ *Ibid.* para. 44. Mahkeme her ne kadar böyle bir belirleme yapmışsa da kanımca bu davanın özünde daha sonra üzerinde durulacak olan AB hukukundan anlaşılan şekliyle dolaylı ayrımcılık ele alınmamıştır. Bu konudaki akademik tartışma için bkz. Christa Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, (Luxembourg:Office for Official Publication of the European Communities, 2008) 13. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/aa081c13-197b-41c5-a93a-a1638e886e61> (Son Erişim Tarihi: 20.07.2019) AB hukukunda dolaylı ayrımcılığın nasıl ele alındığı bu tezin ikinci bölümünde anlatılacaktır.

¹⁹⁰ *D.H. and Others v. Czech Republic*. Bu dava engellilik temelinde ayrımcılık bakımından daha sonra detaylı olarak incelenecektir. Dava hakkında daha detaylı bilgi için ayrıca bkz. Rodoljub Etinski, “Concept Of Indirect Discrimination Under Article 14 of The European Convention on Human Rights”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, no.70 (2015) 45 vd.

kuruluşlara gönderilmektedir. Ancak burada dikkati çeken husus bu tip okullara genellikle çingene çocuklarının yerleştirilmiş olduğudur. AİHM, dava önüne ilk geldiğinde ayrımcılık olmadığına ilişkin karar vermişse de temyiz kararında bu alandaki içtihadını oldukça değiştirerek ayrımcılık bulunduğu karar vermiş ve dolaylı ayrımcılık konseptinin temelini atmıştır.¹⁹¹ Mahkeme, seviyelerine göre gönderilecekleri okulların seçilmesi için yapılan test sınavlarının Roman çocuklarına adapte edilmemesi yönünden taraf devletin dolaylı ayrımcılığı oluşturduğunu ortaya koymuştur. Hatta bunu yapmak yerine yetkililer bu test sınavını Roman vatandaşların gereksinimlerini göz ardı ederek genel Çek nüfusunun geneline göre planlamış ve onların sınavı geçememesi olası hale gelmiştir.

Dolaylı ayrımcılık bakımından ayrımcılık niyetinin varlığı da mahkeme tarafından dikkat çekilen noktalardan birisini oluşturmaktadır. *Horváth and Kiss v. Hungary* kararında mahkeme burada da görünüşte tarafsız olan belirli politika ya da kuralın belirli kişi ya da gruplar üzerinde orantısız etkiler doğurabileceğini kabul etmiş ve bu durumun dolaylı ayrımcılık doğurabileceğini bu defa açıkça belirtmiştir. Bu dolaylı ayrımcılığı oluşturan durum bakımından da ayrımcılık niyeti/amacı taşınması gerekmediğinin altı çizilmiştir.¹⁹² Yürürlükteki mevzuatın bu şekilde ayrımcı bir etki gösterdiği ortaya koyulduğunda mahkeme, istihdam ve hizmet sunumu davalarında da görüldüğü üzere eğitim alanında da yetkililerin ayrımcılık niyeti bulunduğunu kanıtlamanın ayrıca gerekli olmadığını belirtmiştir.¹⁹³ Dahası bu olayda da tarafsız gibi görünen kural yine etnik temelde belirli bir grubun ayrımcı muameleye maruz kalmasına neden olmuştur ve mahkemeye göre meşru bir amacı yoksa ve bu amaca ulaşmak için uygun, gerekli ve orantılı araçlar kullanılarak haklı gösterilmemişse ilgili kural ayrımcı olarak kabul edilecektir. Hatta mahkeme sözleşmeye bu şekilde aykırılık oluşturan bir

¹⁹¹ *Ibid.*, para 46.

¹⁹² *Horváth and Kiss v. Hungary*, no. 11146/11, 29 January 2013, para. 105. Ayrıca bkz. *D.H. and Others v. Czech Republic*, para. 184, 194.

¹⁹³ *Ibid.*, para. 106.

ayrımcılık durumunun *de facto* olarak da meydana gelebileceğinin altını çizmektedir.¹⁹⁴ *Biao v. Denmark* kararında da görünüşte tarafsız olan bir kuralın, Danimarka etnik kökenine sahip kişilere nazaran daha sonradan vatandaşlık kazanmış ve etnik kökeni farklı olan kişileri dezavantajlı duruma düşürdüğünü ve bu bağlamda dolaylı bir etkisi olduğunu kabul etmiştir.¹⁹⁵ Burada da yine dolaylı ayrımcılık bakımından ayrımcılık niyetinin bulunmasının gerekli olmadığına altı çizilmiştir.¹⁹⁶

Oršuš and Others v. Croatia kararında da daha önce belirtildiği gibi Roman kökenli çocukların okulda sadece Roman öğrencilere yönelik sınıf oluşturularak ve bu sınıflarda seyretilmiş eğitim verilerek ayrımcılık yaratıldığı iddia edilmişti.¹⁹⁷ Mahkeme burada, genel bir uygulama kapsamında öğrencilerin dil sorunları bulunması gerekçesiyle geçici olarak farklı sınıflara yerleştirilmesinin otomatik olarak ayrımcılık doğurmayacağını göstermekle birlikte söz konusu uygulamanın bir grubu orantısız şekilde etkilemesi konusuna değinmiştir.¹⁹⁸ Mahkeme bu değerlendirmesini yaparken ise eğitimin ilk aşamasında öğrencilerin ayrı sınıflara yerleştirilmeleri, uygulanan müfredat, normal sınıflara geçirilme ve takip mekanizması, okul hayatına katılım/okulu bırakma oranları ve velilerin katılımı gibi ayrı ayrı açılardan oldukça kapsamlı şekilde incelemesini yaparak taraf devletin yeterli önlemleri almadığını ortaya koymuştur.¹⁹⁹

Kimi durumlarda ise mahkemenin dolaylı ayrımcılık kavramına daha ihtiyatlı yaklaştığı, bunu üzeri kapalı şekilde vurguladığı ya da hiç değinmemeyi tercih ettiği davalar olabilmektedir.²⁰⁰ Örneğin her ne kadar mahkeme tarafından doğrudan ayrımcılık

¹⁹⁴ *Ibid.*, para. 105.

¹⁹⁵ *Biao v. Denmark*, no. 38590/10, 24/05/2016, para. 130.

¹⁹⁶ *Ibid.*, para. 103.

¹⁹⁷ *Oršuš and Others v. Croatia*, no. 15766/03, 16 March 2010.

¹⁹⁸ *Ibid.*, para. 157.

¹⁹⁹ *Ibid.*, para. 158-179. Bu kararda 8 hâkim ise karşı oy kullanarak 1 no'lu Protokolün 2. maddesi ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşamayacağını oldukça kapsamlı bir şekilde açıklayarak karşı oylarını şerh düşmüşlerdir.

²⁰⁰ Tobler'a göre özellikle de cinsel yönelim temelinde ayrımcılık söz konusu olduğunda dolaylı ayrımcılık yönünde karar verilmemesi şaşırtıcı bir hareket değildir. Christa Tobler, "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", *Heidelberg Journal of International Law* 74, no 3 (2014) 554 vd.

kapsamında değerlendirilse de *Baczowski and Others v. Poland* kararında mahkeme, tarafsız görünen genel bir politika ya da kuralın, kişiler ya da gruplar üzerinde orantısız etkiler doğurabileceğini ve örneğin bu davada bu gruba giren kişilerin etnik kriterler temelinde tanımlanabildikleri ve doğrudan bu grubu hedef almasa da bu nedenle yapılan uygulamanın ayrımcı olarak tanımlanabileceğini üzeri kapalı bir şekilde ortaya koymuş bulunmaktadır.²⁰¹ Yine her ne kadar mahkeme doğrudan bir dolaylı ayrımcılık tanımı yapmamaktaysa da *E.B. and Others v. Austria* kararındaki gerekçelendirme göz önüne alındığında bu davanın bir dolaylı ayrımcılık olgusuyla ele alındığı da düşünülebilecektir.²⁰²

Yukarıda incelenen ayrımcılık temellerinden özellikle ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılık söz konusu olduğunda dolaylı ayrımcılığın gündeme geldiği çıkarımı yapılabilecektir. Bu gibi bir dolaylı ayrımcılık da bir gruba yöneldiğinden, uygulamanın haklı gösterilmesi ve ispat yönünden daha farklı usullere tabi tutulmaktadır. Bu gibi konular sonraki başlıklar altında ayrıca ele alınacaktır.

Ayrımcılık türlerinin temel olarak doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı kapsadığı düşünülebilecekse de aslında bu alan daha geniştir. Bu bağlamda devletlerin sözleşmeden doğan bazı yükümlülüklerini yerine getirmemeleri, kişilere istisna uygulamaksızın eşit muamele etmeleri ve kimi durumlarda teknik imkanların sunulmaması gibi birçok alan farklı ayrımcılık türlerine hayat vermektedir. Devam eden başlık altında da bunlar incelenmeye devam edilecektir.

²⁰¹ *Baczowski and Others v. Poland*, no. 1543/06, 03/05/2007, para.100. Ayrıca bkz. *Sampanis and Others v. Greece*, no. 32526/05, 5 June 2008, para.68 ; *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, 4 May 2001, para.154. Ayrıca bkz. *Horváth and Kiss v. Hungary*, para. 48. Her ne kadar *E.B. and Others v. Austria* kararı da bu kapsamda değerlendirilebilir gibi düşünülebilecekse de kararda bu yönde açık bir vurgu ya da ifade bulunmamaktadır. *E.B. and Others v. Austria*, nos. 31913/07 38357/07 48098/07, 07/11/2013.

²⁰² *E.B. and Others v. Austria*.

3.1.1.3. Pozitif Eylem (Ayrımcılığa Karşı Koruma) ve Devletlerin

Ayrımcılık Bakımından Pozitif Yükümlülüğü

Pozitif eylem en genel olarak, dezavantajlı ya da ötekileştirilmiş gruplara iyi muamele edilmesi bakımından devletin alması gerekli olan önlemleri kapsamaktadır.²⁰³

14. maddenin lafzına baktığımızda bu hususta açık bir düzenleme olmadığını görürüz. Ancak burada hak ve özgürlüklerden yararlanmanın hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanması gerektiğinin düzenlenmiş olması pozitif eylemin kapsam içerisinde kalabileceğini bize düşündürmektedir. Nitekim bu alandaki AIHM kararlarına baktığımızda aslında taraf devletlerin maddi/fiili eşitsizlik durumunu ortadan kaldırma bağlamında belirli gruplara farklı muamelelerde bulunması beklenmekte ve hatta bu farklı muameleler üzerinden bu eylemi gerçekleştirmemesi 14. maddenin ihlali sonucu doğurabilmektedir.²⁰⁴ Bu çıkarıma da insan haklarının korunması bağlamında sözleşmenin ilk ve en önde gelen sistem olduğu da göz önüne alınarak mahkemenin taraf devletlerdeki örneğin ulaşılmaması gerekli standartların oluşturulması gibi değişen koşullara cevap verebiliyor olması gerekmektedir, gibi bir yaklaşım sonucu vardığı düşünülmektedir.²⁰⁵ Bu konuda mahkemenin doğrudan verdiği bir karar bulunmamaktaysa da buna yönelik olarak Belçika dil davasından da görüleceği üzere mahkeme pozitif eylemi, kabul edilebilir bir farklı muamele olarak sınıflandırmakta ve

²⁰³ Lisa Waddington ve Andrea Broderick, *Promoting Equality And Non-Discrimination For Persons With Disabilities*, (Council of Europe, March 2017) 14. Söz konusu isimlendirme hem devletlerin pozitif yükümlülüğü hem de ileride ele alınacak olan AB Hukukundan kaynaklanan (Pozitif) Olumlu eylem ile karıştırılabilir olarak değerlendirildiğinden bu çalışmada pozitif eylem ifadesi kullanılacaktır.

²⁰⁴ *Taddeucci and McCall v. Italy*, no. 51362/09, 30/06/2016, para. 81. ; *D.H. and Others v. Czech Republic*, para. 175 ; *Muñoz Díaz v. Spain*, no. 49151/07, 08/12/2009, para 48. ; *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, para. 44 ; *Horváth and Kiss v. Hungary*, para. 101.

²⁰⁵ *Kuric and Others v. Slovenia*, no. 26828/06, 26/06/2012, para. 387. Her ne kadar incelenen temellerden birisine giren bir karar olmasa da *Pla and Puncernau v. Andorra* kararında mahkeme Sözleşmenin, devletlere pozitif sorumluluklar yükleyen dinamik ve yaşayan bir belge olduğunu ve dolayısıyla söz konusu unsurların, günümüz koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu ifade ile yaşayan enstrüman ilkesinin etkin bir şekilde ayrımcılık alanında uygulanmaya devam ettiği ve evlilik birliği içerisinde ve dışında doğan çocuklar konusunun dahi kapsama alanına alındığı görülmektedir. *Pla and Puncernau v. Andorra*, no. 69498/01, 13/07/2004, para. 62.

devlet eliyle yaratılan bazı hukuki eşitsizliklerin fiili durumdaki eşitsizlikleri gidermek amacıyla yapılması durumunu bu sınıf içerisine sokmuş görünmektedir.²⁰⁶

Mahkemeye göre, eğitim alanındaki ayrımcılık ile ilgili olarak daha önce ayrımcılığa uğrayan ve bunun devam eden etkisine maruz kalan grubun üyelerinin, okul hayatlarını devam ettirebilmeleri açısından yapısal eksikliklerin giderilmesi yönünde ayrımcılığa karşı korunmaları gerekir. Bu korumanın getirdiği yükümlülük ise özellikle geçmişte yaşanan doğrudan ayrımcılık olayları söz konusu olduğunda daha sıkı bir yapıya bürünmektedir. Bu bağlamda söz konusu sorunlara karşı alınan önlemlere ek olarak aktif ve yapısal bir yaklaşım sergilenerek ilgili öğrencilerin, okulda fırsat eşitliğinden yararlanabilmeleri için, uygun şekilde ve pozitif eylem kapsamında desteklenmesi sağlanmalıdır.²⁰⁷ Bu ifadeden de anlaşılabileceği gibi devletler pozitif eylemi bir önlem ile öngörebilecek ya da uygulama ile gerçekleştirebileceklerdir. Bu eylemleri ise nesnel ve makul şekilde haklı kılınabildiği ölçüde ayrımcılık oluşturmayacaktır. Ancak burada belirtilmesi gereken son nokta, devletlerin bu eylemi yapmak yönünde bir yükümlülüklerinin olmamasıdır.²⁰⁸ Ancak bu hususun, şekli eşitliğin ötesinde maddi eşitliğin sağlanması bakımından da önemli bir araç olduğu unutulmamalıdır.²⁰⁹

Devletlerin ayrımcılık bakımından pozitif yükümlülüğü ise özel kişilerin farklı (ayrımcı) muamelelerine karşı kişileri korumak bakımından söz konusu olmaktadır. Bu

²⁰⁶ *Belçika Dil Davası*, para. 10.

²⁰⁷ *Horváth and Kiss v. Hungary*, para. 104. ayrıca bkz. Council of Europe: Committee of Ministers, *Recommendation No R (2000) 4 of the Committee of Ministers to Member States on the Education of Roma/Gypsy Children in Europe*, 3 February 2000, R (2000) 4.

²⁰⁸ Marc De Vos, *Beyond Formal Equality Positive action under directives 2000/43 and 2000/78*, (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007) 51 <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5fc68cca-c88a-4800-bcfd-b8ce17ddab36> (Son Erişim Tarihi: 20.07.2019)

²⁰⁹ Ancak pozitif eylemin süreklilik kazanması da başka bir ayrımcılık riskini içerisinde barındırmaktadır. Bu bağlamda aslında Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi çerçevesindeki özel önlemlerin kapsamına baktığımızda “...*bu yolla eşitsiz veya ayrı standartların kalıcılığı gibi bir duruma da izin*

verilmez; fırsat ve muamele eşitliği sağlandığında da, bu önlemlere son verilir” şeklinde bir sınırlama getirildiği görülmektedir. dolayısıyla bu kuralın AIHS sistemi ve devam eden başlıklar altında ele alınacak AB Hukuku kapsamında da benzer şekilde yorumlanması kanımca uygun olacaktır. bkz. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi Genel Tavsiye Kararları 1986 – 2013, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/453_1.pdf s.59. (Son Erişim Tarihi: 10.05.2020)

husus dini simgelerin işyerinde kullanımına ilişkin olarak mahkeme önüne gelen *Eweida and Others v. The United Kingdom* davasında negatif yükümlülükler ile birlikte ifade edilmiştir. Burada taraf devletlerin sözleşmeden kaynaklanan negatif ve pozitif yükümlülükleri arasındaki sınır net olarak çizilememekle birlikte bunlara uygulanacak ilkelerin benzer olduğu vurgulanmaktadır.²¹⁰ Buna göre her iki durumda da birey ve toplumun yarışan çıkarları arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir.²¹¹

AİHM, *Abdu v. Bulgaria* kararında ise daha ileriye giderek sözleşmenin birinci maddesine atıf yapmış ve taraf devletlerin kendi yetki alanlarında olan bireylerin haklarını koruması gerektiğini belirterek diğer özel kişilerden gelse bile kişilerin kötü muameleye maruz kalmamalarını sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir.²¹² Bu bağlamda devletlerin pozitif yükümlülüğü örneğin bireylerin ciddi ve suç içeren eylemleri söz konusu olduğunda gerekli cezai hükümlerin yasalaştırılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.²¹³ Hatta ırkçı saikle işlendiği iddia olunan şiddet suçlarının soruşturması esnasında, olaylarda ırkçı saikin tespiti bakımından taraf devletlerin ciddi bir araştırma yükümlülüğü olduğu vurgulanmıştır.²¹⁴

Burada kabul edilmesi gerekli olan bir nokta bulunmaktadır. Mahkemenin de altını çizdiği üzere ırkçı saiki kanıtlamak her zaman çok kolay bir görev olmayabilir.²¹⁵ Bu bağlamda taraf devlete yüklenen bu görevin belirli ve kesin bir sonuca ulaşma zorunluluğu anlamına gelmediği ve önemli olanın olayın özelliklerine göre alınması gerekli tüm önlemlerin yerine getirilmesi olduğunun altı çizilmiştir.²¹⁶ Bu bağlamda

²¹⁰ Önüne gelen davanın hangi boyut ile ilgili olduğunun sınırını çizmesi bakımından bkz. *Orlandi and Others v. Italy*, nos. 26431/12, 26742/12, 44057/12 and 60088/12, 14 December 2017, para. 198. Ayrıca bkz. *Keegan v. Ireland*, no. 16969/90, 26 May 1994, para. 49.

²¹¹ *Eweida and Others v. The United Kingdom*, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, 15/01/2013, para 84.

²¹² *Abdu v. Bulgaria*, no. 26827/08, 11/03/2014, para. 40.

²¹³ *Ibid.*, para. 41. *Identoba and Others v. Georgia* kararında da sözleşmenin 3. maddesi bağlamında her türlü kötü muameleyi önlemek bakımından taraf devletlerin pozitif yükümlülüğü açıkça vurgulanmıştır. *Identoba and Others v. Georgia*, no. 73235/12, 12 May 2015, para. 66 ve para. 94. Ayrıca bkz. *Genderdoc-M and M.D. v. The Republic Of Moldova*, no.23914/15, 14/12/2021, para. 36.

²¹⁴ *Abdu v. Bulgaria*, para. 44.

²¹⁵ *Genderdoc-M and M.D. v. The Republic Of Moldova*, no.23914/15, 14/12/2021, para. 37.

²¹⁶ *Abdu v. Bulgaria*, para. 45.

devlet yükümlülüğünün daha çok ırkçı saikle işlenen şiddet eylemlerinde görülebileceği söylenebilecektir. Bu bağlamda her ne kadar eylem özel kişiler arasında gerçekleşse de devletin etkin soruşturma yükümlülüğü kişiler arasındaki ilişkiler bakımından eylemin mağdurunu korumaya yönelik bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır.

Benzer bir durum, cinsel yönelim temelinde yaşanan ayrımcı şiddet olayları bakımından da öne sürülebilecektir.²¹⁷ Yine geniş olarak düşünüldüğünde dini simgeler nedeniyle işten çıkartılan bir kişi gibi engelliliği, sağlığı ya da yaşı ortaya koyularak ayrımcı şekilde işten çıkartılan bireylerin haklarının korunması bağlamında da devletlerin pozitif yükümlülüğü gündeme gelebilecektir.²¹⁸ Bu kavrama yönelik ifadeler göreceli olarak yeni tarihli ayrımcılık davalarında görüldüğünden, bu alandaki içtihat hukukunun gelişmeye devam edeceği söylenebilecektir. Unutulmaması gereken ise bir pozitif yükümlülük söz konusu olduğunda, taraf devletin bunu yerine getirip getirmediğinin değerlendirmesi yapılırken birçok kriterin değerlendirmeye alınması ve olaya özgü geniş kapsamlı bir yorum yapılmasını gerektirmektedir.²¹⁹

Pozitif eylem ve devletlerin pozitif yükümlülüğünün yanı sıra bazı özel durumlarda, taraf devletlerin belirli şekillerde hareket etmesini ya da uygun somut ihtiyaçları gidermesini gerektiren durumlar da ortaya çıkabilecektir. İşte bu nedenle makul uyumlaştırma kapsamına giren bu konu bir sonraki başlık altında ayrıca ele alınacaktır.

²¹⁷ Hatta daha geniş bir tabirle doğası düşünüldüğünde dolaylı ayrımcılığa ilişkin davalarda bu yükümlülüğün öne sürülmesi çok daha olasıdır.

²¹⁸ Bu alandaki içtihat ve tartışmalar özellikle de taraf devletlerin negatif ve pozitif görünümlü yükümlülüklerinin değerlendirmesi için bkz. Laurens Lavrysen, *Human Rights in a Positive State*, (Intersentia, 2016) 213 vd.

²¹⁹ Örnek olarak bkz. *Identoba and Others v. Georgia*, para. 99-100.

3.1.1.4. Makul Uyumlaştırma

AİHS makul uyumlaştırmaya ilişkin bir tanım içermemektedir. Bu bağlamda AİHM kararlarındaki atıflara dayanarak, bu kavramın genel bir tanımı ve nasıl ele alınması gerektiği BM, Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme ile örneklendirilirse:

*“Makul uyumlaştırma”, engellilerin tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini diğerleriyle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere somut durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve uyarlamaları ifade eder.”*²²⁰

Bu tanımdan anlaşılacağı üzere makul uyumlaştırma sayesinde engelli bireyler diğer tüm bireyler ile birlikte sosyal hayata eşit katılım sağlayabilecektir. Bu bağlamda makul uyumlaştırma, eşitliğin sağlanması yönündeki araçlardan birisidir. Makul uyumlaştırmanın öznesinin kim olduğu sorusunun cevabı insan hakları hukuku kapsamındaki uluslararası metinlerden anlaşılabilirken kimi yazarlara göre uyumlaştırmanın meşru ve nesnel gerekçelerle haklı gösterilmesi ve içeriği özel hukuk çerçevesinde anlaşılmalıdır.²²¹

Bu kavram önceki başlık altında ele alınan pozitif eylem ile karıştırılabilecekse de aralarındaki fark makul uyumlaştırmanın kişilere yönelmesi ve süreklilik arz etmesidir.²²² AİHS’ye baktığımızda makul uyumlaştırma ile ilgili bir düzenleme içermediğini görürüz. AİHM kararlarında da bu olgunun açıkça yer almadığı ancak makul uyumlaştırma olarak kabul edilebilecek bir yaklaşımın ortaya konduğu söylenebilecektir.²²³ Engellilik temelinde ayrımcılığın 14. madde kapsamına dahil edildiği *Glor v Switzerland* kararından

²²⁰ BM, Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, (2007) m.2. Ayrıca bu sözleşmenin 5. maddesi ayrımcılık ve makul uyumlaştırma kavramlarını düzenlemektedir.

²²¹Katja Karjalainen ve Marjo Ylhainen, “On the Obligation to Make Reasonable Accommodation for an Employee with a Disability”, *European Labour Law Journal* 12, no 4 (2021) 558.

²²² Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, 2017, 259.

²²³ Tekrardan belirtmek gerekir ki çalışmamızın inceleme alanı 14. madde ve 12 no’lu Protokol olduğundan ötürü genel kararlar dışında sadece bu alanda verilen kararlar değerlendirilmiştir. Makul uyumlaştırma ile ilgili olarak mahkemenin diğer kararlarından bir örnek için bkz. *R.P. and Others v. the United Kingdom*, no. 38245/08, 9 October 2012.

bu yana gelişme gösteren bu nispeten yeni alan hala mahkemenin yorumuna çok açıktır. Bu bağlamda her ne kadar makul uyumlaştırmanın kabulü yönünde bir yaklaşımdan söz edilebilecekse de bu husus mahkemenin bu kavrama gerçek bir değer vererek içtihadına kesin olarak yerleştirmesi ile sonuçlanmamıştır.

Makul uyumlaştırma kavramına AİHM tarafından ilk defa en çok yaklaşılın dava olan *Thlimmenos v. Greece* davası olmuştur. Burada mahkeme, Yehova Şahidi olup bu dini inancı nedeniyle askerlik sürecinde askeri kıyafeti giymeyi reddetmesi nedeniyle ceza alan ve bu nedenle daha sonra hesap uzmanlığı görevine atanması ret olmuş bir kişinin başvurusunu değerlendirmiştir. Burada mahkeme taraf devletin hedef gruba yönelik olarak farklılaştırılmış bir kural ortaya koyması gerektiğini vurgulamıştır. Ancak bu açıklamanın ötesine geçmeyen mahkeme kanımca bu alanda tıpkı dolaylı ayrımcılık kavramı bakımından olduğu gibi AİHS hukukuna bu kavramı kazandırma fırsatını o dönemde kaçırmıştır.²²⁴

Çam v. Turkey davasında ise mahkemenin bu sınırı aşp makul uyumlaştırma kavramına etkinlik kazandırdığı görülmektedir. Görme engeli nedeniyle müzik akademisine kabul edilmeyen başvurucuya ilişkin olarak bu davada mahkeme, engellilik temelinde ayrımcılığın kapsamını genişleterek örneğin engelli öğrenciler için farklı eğitim ya da organizasyon geliştirmek gibi makul uyumlaştırma unsurları kullanılmaması durumunu da bu ayrımcılık kapsamında saymıştır. Mahkemeye göre engellilerin hak ve özgürlüklerden başkalarıyla eşit bir şekilde yararlanma beklentileri ve makul uyumlaştırmaya ilişkin metinlerin gereklilikleri ışığında okunarak bunun “belirli bir durumda gerek bulunduğu, orantısız veya aşırı bir yük getirmeyen gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeler” olarak anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır. Makul uyumlaştırmanın ise, haksız ve dolayısıyla ayrımcılığa neden olan eşitsizliklerin

²²⁴ Benzer bir görüş için bkz. Kristin Henrard, “Duties of Reasonable Accommodation on Grounds of Religion in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: A Tale of (Baby) Steps Forward and Missed Opportunities”, *I•CON* 14, no 4 (2016) 966 vd.

düzeltilmesine yardımcı olacağı ortaya koyulmuştur.²²⁵ Mahkemenin burada kullandığı ifadelerin, Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmedeki ifadelere çok benzediği görülmektedir. Bu da bize mahkemenin bu alandaki uluslararası içtihadı kendi sistemine yansıtma eğilimi olduğunu düşündürmüştür.

Guberina v. Croatia kararı ile de *Çam v. Turkey* kararındaki tutumunu devam ettirdiği ve hatta biraz daha ileriye gittiği görülmektedir. Burada mahkeme engellilik temelinde ayrımcılık söz konusu olduğunda daha geniş kapsamlı bir değerlendirme yapmanın gerekliliğini vurgulayarak, başka bir kişinin statüsü ya da korunan karakteristiği temelinde ayrımcı muameleye maruz kalan kişinin de 14. madde kapsamında ayrımcılıktan korunacağını belirlemiştir.²²⁶

Her ne kadar engelli bir çocuğun okula erişimi ile ilgili olan *Stoian v. Romania* kararında ayrımcılık bakımından ihlal bulunmadığına karar verilmişse de mahkemenin bu kararın yazımında makul uyumlaştırma kavramına değinildiği de görülmektedir.²²⁷ Özellikle de önceki davalarda daha üzeri kapalı bir yaklaşım benimsemişken burada engelli bireyler yönünden taraf devletlerin makul uyumlaştırma yapma yükümlülüğü açıkça ortaya koyulmuştur.²²⁸ Bu yükümlülük açık olmakla birlikte mahkeme tarafından yine *Çam v. Turkey* davasına benzer şekilde, bu kavram ile devletlerin üzerine orantısız ya da geri döndürülemez bir yük yüklenemeyeceği şeklinde bir sınırlama da getirilmiştir.²²⁹

²²⁵ *Çam v. Turkey*, no. 51500/08, 23/02/2016, para. 65 vd.

²²⁶ *Guberina v. Croatia*, no. 23682/13, 22/03/2016, para. 78. Ayrıca bkz. Delia Ferri, “Reasonable Accommodation as a Gateway to the Equal Enjoyment of Human Rights: From New York to Strasbourg”, *Social Inclusion* 6, no 1 (2018) 46 vd.

²²⁷ *Stoian v. Romania*, no.289/14, 25/06/2019.

²²⁸ *Ibid.*, para. 98. Ayrıca bkz. para 101 vd.

²²⁹ *Ibid.*, para. 102. *Çam v. Turkey*, para. 65. Bir görüşe göre iki şekilde olaya yaklaşılabilecektir. İlk olarak bir uyumlaştırma tedbirinin gerekli ve uygun görülebilmesi için taraf devlete orantısız ve geri döndürülemez bir yük yüklememesi gerekmektedir. Eğer böyle bir yük içeriyorsa ilgili tedbirin alınmasına yönelik iddia meşru sayılmayacak ve taraf devletin bu durumu daha kolay ispat etmesi söz konusu olacaktır. Diğer durumda ise uyumlaştırma tedbiri meşru bulunacak ancak taraf devlete çok ağır bir yük getirdiğinden ötürü gerekli görülmeyebilecektir. Ancak uygulamada bunu ortaya koymak zordur. Lisa Waddington, “When it is Reasonable for Europeans to be Confused: Understanding when a Disability Accommodation is ‘Reasonable’ from a Comparative Perspective”. *Comparative Labor Law & Policy Journal* 29, no 3 (2008) 338.

Görüleceği üzere sözleşmede bulunmayan bir kavram mahkeme eliyle içtihat kapsamına alınmış ve yeni de olsa uygulanmaya başlanmıştır. Bu bağlamda ilgili yaklaşım değişikliği sevindirici olsa da özellikle karşılaştırılabilirlik unsuru ve haklı gösterme bakımından makul uyumlaştırma kavramının devam eden süreçte daha net bir şekilde ortaya koyulması ve bir çerçeve yaratılması gerekmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki mahkeme her ne kadar kavramı olduğu gibi kullanmaktaysa da hala bunu pozitif eylem alanı içerisine yedirmeye çalışır gibi bir yaklaşımı bulunmaktadır.²³⁰

Bu başlık altındaki ayrımcılık türleri ve içerikleri AIHM içtihadı doğrultusunda ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Burada yer almayan ve tür sınıflandırmasına girebilecek olan taciz, mağdurlaştırma ve ayrımcılık talimatı gibi ayrımcılığın diğer görünümleri devam eden başlıklar altında AB Hukuku kapsamında ele alınacaktır.

3.1.2. Avrupa Birliği

AB ayrımcılık direktiflerine baktığımızda özellikle ayrımcılık türleri söz konusu olduğunda geniş bir şekilde bunların düzenlendiği görülür. Hem Irk Direktifi hem de Çerçeve Direktif, AIHM kararlarından farklı olarak daha fazla türde ayrımcılık sınıflandırmasını benimsemiştir. Buna göre sırayla ayrımcılık direktiflerinde yer alan düzenlemeler hakkında açıklamalar yapılacaktır.

3.1.2.1. Doğrudan Ayrımcılık

AB Hukuku kapsamında doğrudan ayrımcılık aslında salt bir kavram olarak ele alındığında AIHS kapsamındaki doğrudan ayrımcılık kavramından ayrılmamaktadır. Burada da özne olarak bir birey ve eylem olarak da bu bireye yapılan bir farklı muamele söz konusudur. Bu bağlamda doğrudan ayrımcılığın varlığından söz edebilmek için, aynı

²³⁰ *Çam v. Turkey*, para. 54 ; *Stoian v. Romania*, para. 97 ; *Guberina v. Croatia*, para. 70. Nitekim konseyin 14. madde ve 12. Protokolün uygulamasına yönelik olarak hazırladığı kitapçıkta da burada bahsi geçen davalar pozitif eylem başlığı altında yer almıştır. Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*, (2022) 13 vd.

ya da benzer durumda olan kişi ya da gruba yapılan farklı bir muamelenin tespit edilmesi gerekmektedir.²³¹

Bu bağlamda Çerçeve Direktif ve Irk Direktifi doğrudan ayrımcılığın tanımına aynı şekilde yer vermektedir. Buna göre doğrudan ayrımcılık;

“... bir kişinin, korunan ayrımcılık temeline dayalı olarak, benzer durumdaki diğer bir kişiye göre daha az lehine olan muamele gördüğü, görmüş olduğu veya göreceği zaman vuku bulmuş kabul edilir.”²³²

Bu tanım üzerinden hareketle öncelikle farklı bir muamelenin varlığı sonrasında ise bu muamele farklılığının bir kişiyi benzer durumdaki kişilerden ayırması gerektiği söylenebilecektir. Bu bağlamda AİHS sistemi ile benzer durumdadır. Ancak AİHS sisteminden asıl ayrıldığı nokta doğrudan ayrımcılık teşkil edecek bir farklı muamelenin direktifle düzenlenen nedenler dışında genel bir nedenle nesnel ve meşru şekilde haklı gösterilemeyecek olmasıdır.²³³ Dolayısıyla burada söylenebilecek olan husus, AB Hukuku söz konusu olduğunda doğrudan ayrımcılığın daha sert bir yargısal denetime tabi kılınmış olmasıdır. Peki mesleki gereklilikler ya da daha sonraki başlıklar altında ele alınacak ve pozitif eylem oluşturan özel önlemler gibi uygulamalar haricinde doğrudan ayrımcılığın haklı gösterilebilmesi mümkün müdür?

Her ne kadar doğrudan ayrımcılığa ilişkin nesnel ve meşru nedenler öngörülmemiş olsa da gerek Çerçeve Direktifte gerek Irk Direktifinde bazı farklı muamelelerin ayrımcılık teşkil etmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda mesleki gereklilikler doğrudan ayrımcılığı haklı kılabilen bir düzenleme alanı oluşturmaktadır. Ancak unutulmaması gerekir ki mesleki gereklilikler de sınırsız bir uygulama alanına ve üye devletlere tanınan geniş bir takdir yetkisi alanına sahip değildir. Çerçeve Direktif ile

²³¹ Eda Manav, “2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, (2013), 737 vd. ss. 731-779.

²³² Bkz. 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.2/2-a. ; 2000/43 sayılı Irk Direktifi m.2/2-a.

²³³ İç Pazar hukukunda doğrudan ayrımcılık ve haklı gösterme açısından bkz. Bkz. İlke Göçmen, *Avrupa Birliği Maddi Hukuku: İç Pazar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017)

düzenlenen bir alan olan yaşa bağlı muamele farklılıklarında haklı gerekçe başlığı da benzer şekilde istisnai bir alan olarak tanımlanabilir.²³⁴

Her ne kadar ilgili direktifler temelinde doğrudan ayrımcılığın tanımı yapılmış olsa da aslında buna ilişkin olaylar ABAD önüne geldiğinde doğrudan ayrımcılığa ilişkin değerlendirmenin kimi zaman oldukça belirsiz bir şekilde yapıldığı görülmektedir. Bunun nedeni aslında AB Hukuku özellikle de içtihat hukuku bağlamında doğrudan ve dolaylı ayrımcılık arasında çok kesin bir ayrışma yaratılmamış olmasıdır. Nitekim eşitliğe ilişkin olarak kurucu antlaşmalardan kaynaklanan bir davada hukuk sözcüsünün bu yöndeki görüşü oldukça önemlidir. Hukuk sözcüsü Sharpston'a göre AB içtihat hukuku doğrudan ayrımcılığın açık ve kesin bir tanımını yapmamaktadır ve bu alandaki açıklamalar daha çok mahkemenin eşitlik ilkesi ve dolaylı ayrımcılık bakımından yaptığı yorumlardan kaynağını bulmaktadır.²³⁵

Burada AB Hukukundaki doğrudan ayrımcılık kavramına yöneltilebilecek ikinci eleştiri ise doğrudan ayrımcılığa uğrayan kişinin bunu ortaya koyabilmesi için kendisi ile karşılaştırılabilir durumda olan bir kişinin durumunu göstermesi gerekmektedir. Her ne kadar karşılaştırılabilirlik unsurunun geniş bir yorumla ele alınabileceği düşünülebilecekse de ABAD'ın bu kavramı karşılaştırılabilir ya da benzer olarak yorumladığı görülmektedir, dolayısıyla dar bir yorum çerçevesi benimsediğine yönelik düşünceler mevcuttur.²³⁶ Ancak daha sonra görüleceği üzere ayrımcılık direktifleri üzerinden ilerleyen içtihat hukukunda gerek varsayımsal karşılaştırma öğelerinin benimsenebilmesi gerek ayrımcılığa uğrayan kişinin belirli bir gruba örneğin ırk temelinde bir aidiyetinin zorunlu görülmemesi yönünde verilen kararlar aslında ABAD'ın bu alandaki açığı kapatmayı çalıştığını düşündürmektedir.

²³⁴ C- 152/11, *Odar*, para. 36 vd. Burada doğrudan ayrımcılık bulunamasa bile yaş temelinde getirilen istisnaların bir haklı gösterme sebebi olarak kullanılabileceği belirtilmiştir.

²³⁵ OPINION OF ADVOCATE GENERAL SHARPSTON on C- 73/08, *Nicolas Bressol and Others and Céline Chaverot and Others v Gouvernement de la Communauté française*, 25 June 2009, para. 43.

²³⁶ Bu yöndeki bir görüş için bkz. Michael Connolly, *Equality, Discrimination and the Law*, (Routledge, 2022) 13 vd.

3.1.2.2. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık, ayrımcılık direktiflerine kadar gelen süreçte ABAD tarafından hem iç pazar hukuku kapsamında hem de eşitlik ilkesi bağlamında ortaya koyulmuş bir kavramdır.²³⁷ Aslında doğrudan ayrımcılığı tamamladığı iddia edilebilecek olan ve maddi eşitlik kavramının bir tezahürü olan bu önemli kavram özellikle ayrımcılık direktifleri ile kesin bir tanıma kavuşmuştur. Bu çerçevede iç pazar hukukuna paralel ancak bağımsız bir içtihat seyri de kazanmış olduğu söylenebilecektir. Çerçeve Direktif ve Irk Direktifi bu kavramın tanımını yapmış olsa da bu genel bir tanımdır ve aslında 2000’li yıllardan itibaren ABAD kararları ile şekillenerek kavramın lafzi yanından doğan boşluklar tamamlanmaya çalışılmıştır.

Ayrımcılık direktifleri ele alınırsa buradaki kavramın dolaylı ayrımcılığı ilk bakışta kapsayıcı bir şekilde ele aldığı söylenebilir. Buna göre dolaylı ayrımcılık;

*“... görünüşte tarafsız bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın korunan ayrımcılık temeline sahip kişileri, diğer kişilerle karşılaştırıldığında, özellikle dezavantajlı bir konumda bıraktığı zaman vuku bulmuş kabul edilir...”*²³⁸

Bu tanımdan anlaşılacağı üzere dolaylı ayrımcılık ilk başta görülebilen bir durum değildir. Aksine burada söz konusu olan, tarafsız bir önlem ya da uygulama olduğundan her bir olay kendi içerisinde ayrıntısıyla değerlendirilerek karar verilmesi gerekmektedir. Yani dolaylı ayrımcılığın tezahürü için ilk olarak tarafsız yani herkese eşit şekilde uygulanan bir önlemin varlığı gerekmektedir. İkinci aşamada ise bu önlemin etkisi söz konusu olmaktadır. Burada da söz konusu tanımdan anlaşılacağı üzere dolaylı ayrımcılıkta olduğu gibi bir karşılaştırma unsuru bulunmaktadır. Dolayısıyla, dolaylı ayrımcılık bir kişiyi diğer kişilerle karşılaştırıldığında daha dezavantajlı bir duruma

²³⁷ Bir örnek olarak bkz. C-170/84, *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, 13 May 1986, ECLI:EU:C:1986:204.

²³⁸ Bu bağlamda Çerçeve Direktifin Irk direktifinden, koruduğu ayrımcılık temelleri nedeniyle farklılaştığı, dolayısıyla dolaylı ayrımcılık tanımında yer verilen ve engelli kişilere yönelik makul uyumlaştırma kavramının dolaylı ayrımcılığın bir alt kavramı gibi düzenlendiği söylenebilecektir. Bkz. 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.2/2-b(ii).

düşürmelidir. Üçüncü husus ise maddede yer alan ve meşru bir amaçla nesnel olarak haklı gerekçelere dayandırıldığı ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar orantılı ve gerekli olduğu zaman söz konusu durumda dolaylı ayrımcılığın oluşmayacağıdır.

Ayrımcılık direktifleri ile genel bir çerçevede düzenlenen dolaylı ayrımcılık kavramı, ABAD tarafından geliştirilerek ve bu kavramdaki soru işaretleri giderilmeye çalışılarak ilerletilmeye çalışılmıştır. Örneğin tarafsız görünen bir uygulamanın olumsuz etkilerinin tespiti nasıl değerlendirilmelidir? Buna göre bir ulusal önlem tarafsız görüldüğünde eğer bazı kişiler açısından olumsuz etkisi bulunmamaktaysa bu durumda dolaylı ayrımcılıktan bahsedilememektedir. Örneğin *Horgan and Keegan* kararında, işe yeni alınan öğretmenlerin belirli bir tarihten itibaren (2011) maaşlarında kesinti yapılmasını düzenleyen bir ulusal önlem söz konusudur. Ayrıca iddiaya göre yeni işe giren öğretmenler eski öğretmenlere nazaran, ödeme/kesinti cetvelinin farklı bir noktasında konumlanmaktadır.²³⁹ Bu önlemlerin, bütçe kısıtlamalarından geçilen bir dönemde kamu hizmetlerinden kaynaklanan giderlerin orta ölçekli olarak yapılandırılmasının sağlanması ve kamu finansmanındaki belirgin bir açığı kapatması amacı taşıdığı vurgulanmaktadır.²⁴⁰ Bay Horgan ve Bayan Keegan'a göre 2011 tarihinden sonra işe yeni giren öğretmenlerin büyük bir çoğunluğu 25 yaşın altındadır. Ulusal mahkemenin ise ortaya koyduğu üzere söz konusu önlem 2011 yılından itibaren işe alınan tüm öğretmenler açısından yaş ya da farklı bir ayırım gözetmeksizin uygulanmaktadır.²⁴¹

ABAD burada, söz konusu önlemin dolaylı bir ayrımcılık yaratıp yaratmadığını tespit etmeye çalışmıştır. Bunun için ABAD, 2011 yılından sonra işe alınan öğretmenlerin daha öncesinde işe alınan öğretmenlere nazaran yaş temelinde daha farklı muameleye uğrayıp uğramadığını değerlendirmiştir. Burada öncelikle ulusal önlemin sadece '2011

²³⁹ C-154/18, *Tomás Horgan and Claire Keegan v Minister for Education & Skills and Others*, 14 February 2019, ECLI:EU:C:2019:113.

²⁴⁰ *Ibid.* para. 9.

²⁴¹ *Ibid.* para. 13 vd.

yılı itibariyle kamu hizmetine başlayanlar' kriteri çerçevesinde düzenlendiğini ve her ne kadar 2011'den sonra işe yeni giren öğretmenlerin büyük bir çoğunluğu 25 yaşın altında olduğu iddia edilmişse de işe alım tarihinden bağımsız olarak hem 2011 yılından sonra hem de önce alınan öğretmenlerin ortalama yaşlarının 25 ya da daha az olduğu değerlendirilmiştir.²⁴² Bu bağlamda görünürde tarafsız olan bir ulusal önlemin dolaylı ayrımcılıkta olduğu üzere belirli bir gruba yönelen olumsuz etkileri bulunmadığı çıkarımı yapılarak ilgili ulusal önlem yaş temelinde dolaylı ayrımcılık yaratmadığı ortaya koyulmuştur.²⁴³

Dolaylı ayrımcılık kavramdaki karşılaştırma unsurunun nasıl ele alınması gerektiği de yine ABAD kararları ile ortaya koyulmuştur. Örneğin *Escribano Vindel* kararında mahkemenin dolaylı ayrımcılık bakımından karşılaştırma unsuruna yoğun bir şekilde değindiği görülmektedir. Buna göre ilk olarak, yaş temelinde ayrımcılık iddiasından kaynaklanan bu davada ulusal mahkemenin, Bay Escribano Vindel'in yaşını belirtmediği veya onunla karşılaştırılabilir durumda olan başka bir kişiyi tanımlamadığı, yalnızca yargı mensupları maaş derecelerine ilişkin söz konusu mevzuatın, esas dava üzerindeki daha az olumlu etkisine dikkat çektiği belirtilmiştir. İkinci olarak ise eğer Bay Escribano Vindel, üye devlet ve Komisyonun iddia ettiği gibi belirli bir maaş seviyesinde olmaya hak kazanmışsa, lehte/olumlu muamele gören yargıçlar arasında sayılacağından, diğer çalışanlara kıyasla yaş temelinde ayrımcılığı mağduru olarak kabul edilemeyecektir. Ancak eğer daha alt grup maaş seviyesinde bulunuyorsa bu durumda kendi maaş derecesindeki yargı mensuplarının, diğer maaş derecesindeki yargı mensuplarının ait oldukları yaş grubundan farklı bir yaş grubuna ait olup olmadığının tespit edilmesinin

²⁴² *Ibid.* para. 20 vd.

²⁴³ *Ibid.* para. 28. *Milkova* kararında ise mahkeme doğrudan ayrımcı bir muamele bulunmadığını ortaya koyduktan sonra olaydaki ulusal mevzuatın, tarafsız terimlerle (yani diğer ulusal önlemlerle belirlenen istihdam ilişkisinin doğasına uygun ve korunan temel/özellik ile ilgili olmayan kriterlere atıfta bulunarak) formüle edilmiş olmasına rağmen, mahkemenin engellilik temelinde ayrımcılığa ilişkin içtihadının kapsamı dahilinde bu temelde bir özelliğe sahip kişiler açısından dezavantajlı duruma gelme gibi bir sonuca yol açar şeklinde görünmemektedir. Bkz. C-406/15, *Milkova*, para. 43.

önemli olduğunun altını çizmektedir. Bu bağlamda ABAD direktiften kaynaklanan karşılaştırılabilirlik unsurunu değerlendirirken, bir yandan durumların özdeş olmasının değil, sadece karşılaştırılabilir olmasının gerekli olduğuna ve diğer yandan durumların karşılaştırılabilir olup olmadığının genel ve soyut bir şekilde değil ancak ilgili menfaat ışığında belirli ve somut bir şekilde belirlenmemesine dikkat edilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.²⁴⁴

Dolaylı ayrımcılığın kapsadığı kişi ya da kişi gruplarının belirlenmesine yönelik olarak verilmiş kararlar da bulunmaktadır. Dolaylı ayrımcılığın etkileri değerlendirilirken kimi durumlarda belirli bir kişinin maruz kaldığı farklı bir muamele değil de belirli bir grubu dezavantajlı duruma düşüren muamele farklılıklarının da karar verme yönünden göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Ancak bu unsurun dikkatle ele alındığı ve her zaman geniş gruplar açısından uygulama alanı bulamayacağı da ortadadır. Örneğin *Bowman* kararında ABAD toplu sözleşmelerin dolaylı ayrımcılık yaratabilecek unsurları ihtiva edip etmediği yönünden bir karar vermiştir.²⁴⁵ Böyle bir durumun varlığı için ise sözleşmedeki hükümlerin lafzının tarafsız olmasına rağmen aslında gerçekte belirli yaştaki kişileri ya da belirli bir yaş grubundakileri daha dezavantajlı duruma düşürüp düşürmediğinin değerlendirilmesi gerekliliğini vurgulamıştır.²⁴⁶ Her ne kadar burada dezavantajlı duruma düşen grubun genelde genç kişilerden oluştuğu iddia edilmişse de yaş temelinde dolaylı ayrımcılık yaratan farklı muamelenin varlığının sadece bu unsura dayanarak ortaya koyulamayacağını vurgulamıştır.²⁴⁷

Kimi durumlarda dolaylı ayrımcılığa neden olan ulusal önlem ya da uygulama, geleceğe etkileri olan muhtemel riskleri de içerisinde barındırabilecektir. Örneğin belirli bir temelde ayrımcılığa uğraması muhtemel olan kişiler ya da gruplar açısından,

²⁴⁴ C-49/18, *Escribano Vindel*, para. 44-50. Ayrıca bkz. C- 143/16, *Abercrombie & Fitch Italia*, 19 July 2017, ECLI:EU:C:2017:566, para. 25.

²⁴⁵ C-539/15, *Bowman*.

²⁴⁶ *Ibid.* para. 24.

²⁴⁷ *Ibid.* para. 26, 27.

muhtemel risklerin ele alınması unsuru ABAD kararlarından da görülmektedir. *Odar* kararında ABAD, 54 yaş üstü çalışanların genç olanlara göre daha az işten çıkarma tazminatı almasına neden olan yeni bir ulusal önlemin değerlendirilmesi söz konusu olmuştur.²⁴⁸ Buradaki iddiaya göre eğer bu tazminat hizmet süresine göre hesaplama yapılmasını öngören eski ulusal hukuk kurallarına göre alınmış olsaydı, miktarı oldukça fazla olacaktı bu nedenle yeni düzenlemenin yaş temelinde ayrımcılık oluşturduğu iddia edilmiştir. ABAD burada doğrudan bir ayrımcılık bulunmadığını ancak engellilik temelinde dolaylı bir ayrımcılık bulunduğunu ortaya koymuştur.²⁴⁹ ABAD bunu yaparken, muameledeki farklılığın yani yeni tarihli ulusal önlemin, ağır engelli kişilerin zaman içinde özellikle yeni iş bulma konusunda karşı karşıya kaldıkları riskleri ve emeklilik yaşına yaklaştıkça bu risklerin şiddetlenme eğilimini göz ardı ettiğine karar vermiştir. Her ne kadar burada sosyal politika hedeflerine ulaşılması meşru bir amaç olarak öne sürülmekteyse de engelli bir işçiye, engeli olmayan bir işçiye ödenen miktardan daha düşük bir tazminat ödenmesine yol açan önlem, engelli işçilerin meşru menfaatleri üzerinde aşırı derecede olumsuz bir etkiye sahiptir ve bu nedenle, gerekli olanın ötesine geçmiştir. Görüleceği üzere ABAD dolaylı ayrımcılık bakımından gelecekteki muhtemel riskleri de değerlendirmesine dahil etmektedir. Bu bağlamda dolaylı ayrımcılığın kapsamını genişlettiği ve üye devletler tarafından öne sürülecek meşru sebeplere bırakılan alanı en azından engellilik temelinde daralttığı söylenebilecektir.

Nobel Plastiques Ibérica kararı daha sonra ayrıntılarıyla görüleceği üzere sadece engellilik kavramını değil, işveren tarafından objektif olarak ortaya koyulan işten çıkarma kriterlerinin engellilik temelinde dolaylı ayrımcılık yaratıp yaratmayacağı hususunu da ele almaktadır. Buna göre ABAD öncelikle, söz konusu kriterlerin (ki bunlar, belirlenen ürün üzerinde çalışmak, %95 oranının altında üretkenlik göstermek, yapılan

²⁴⁸ C- 152/11, *Odar*.

²⁴⁹ *Ibid.*, para. 59 vd.

görevlendirmelerde çoğul becerilerin düşük olması ve yüksek oranda işe devamsızlıktır) engelli ve engelli olmayan çalışanlara aynı şekilde uygulandığını bu bağlamda doğrudan ayrımcı olmadığını belirtmiştir.²⁵⁰ ABAD, uygulamada tarafsız görünen bu kriterlerin özellikle devamsızlık bakımından önceki içtihadını devam ettirerek, engelli kişilerin işe devamsızlık nedeniyle işten çıkarılma riskine daha açık olduğu ve bu bağlamda ilgili kriterin dolaylı ayrımcı doğasını ortaya koymuştur.²⁵¹ Burada ise engelli kişilere yönelik olarak makul uyumlaştırma gündeme gelmektedir ve dolaylı ayrımcılığın haklı gösterilmesi söz konusu olmaktadır. Söz konusu olayda işyerinin, ilgili çalışana çalışma şekli bakımından sağladığı imkanların ise bu kapsamda değerlendirip değerlendirilmeyeceği ulusal mahkemeye bırakılmıştır. Bu bağlamda eğer Çerçeve Direktifin 5. maddesi ile uyumlu bir şekilde hareket edildiyse bu durumda işten çıkarma bakımından belirlenen kriterler engellilik temelinde dolaylı ayrımcılık yaratıyor gibi yorumlanamayacaktır.²⁵² Buradan çıkarılabilecek olan ise makul uyumlaştırmaya yönelik tedbirler söz konusu olduğunda ve bunlar uygun şekilde uygulanırsa görünüşte tarafsız olan ancak belirli kişiler üzerinde farklı etkiler yaratarak dolaylı ayrımcılık ortaya çıkarabilecek olan bir uygulama haklı görülebilecektir.

CHEZ Razpredelenie Bulgaria kararında ABAD, dolaylı ayrımcılık, doğrudan ayrımcılığın aksine, tarafsız görünen terimlerle formüle edilmiş bir önlemden de kaynaklanabileceğini belirlemektedir. Bu bağlamda korunan durumlara yönelmeyen bu tarafsız görünümlü önlem, bu duruma sahip kişileri dezavantajlı duruma düşürme sonucunu doğurabilmektedir.²⁵³ Bu kararında ayrıca ABAD'ın dolaylı ayrımcılık kavramının içeriğine yönelik de açıklayıcı bir şekilde yaklaştığı görülmektedir. Örneğin ırk temelinde dolaylı ayrımcılık bakımından başka kişilere göre belirli bir dezavantajlı

²⁵⁰ C-397/18, *DW v Nobel Plastiques Ibérica SA*, 11 September 2019, ECLI:EU:C:2019:703, para. 57.

²⁵¹ *Ibid.* para. 59.

²⁵² *Ibid.* para. 71vd.

²⁵³ C-83/14, "*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*" AD v Komisija Za Zashtita Ot Diskriminatsia, 16 July 2015, ECLI:EU:C:2015:480, para. 94.

durumda olmak kavramının doğumuna, doğrudan ayrımcılık bakımından daha kötü muameleye maruz kalmak kavramına atıfla sadece ciddi, açık ve önemli olayların mı yol açacağı sorgulanmıştır.²⁵⁴ ABAD burada direktifin düzenlemesinin sadece ciddi, açık ve önemli bir eşitsizlik durumunda ortaya çıkacağına ilişkin bir düzenlemesi olmadığını belirtmiştir.²⁵⁵ Ancak söz konusu kavramın, ulusal önlem nedeniyle dezavantajlı duruma düşen kişileri kapsadığını bu unsurun da tarafsız görünen bir ulusal önlemin, belirli bir ayrımcılık temelindeki statüye sahip olanları buna sahip olmayanlara göre daha dezavantajlı duruma getirdiğine ilişkin içtihat ile uyumlu olduğunu vurgulamıştır.²⁵⁶

AİHS'nin ayrımcılık türlerini tanımlamaması ve AİHM'nin de dolaylı ayrımcılık kavramını nispeten geç ve daha dolaylı yoldan kabul etmiş olması kanımca bu alanda AB Hukukunu bir adım ileriye taşımaktadır. Gerek ayrımcılık direktiflerindeki kapsamlı tanım gerek ABAD'ın iç pazar hukukundan kaynaklanan ayrımcılık türlerine ilişkin derin içtihadı, ayrımcılık yasaklarında ayrımcılık türlerinin uygulanması bakımından etkin bir düzenleme alanı oluşturulmasını sağlamıştır.

3.1.2.3. Pozitif eylem (Ayrımcılığa Karşı Koruma) ve Devletlerin Ayrımcılık Bakımından Pozitif Yükümlülüğü

AİHS sisteminde de açıklandığı üzere kimi durumlarda şekli eşitlik yeterli olmamakta ve maddi eşitliğin de sağlanması gerekmektedir. İşte bu gibi durumlarda da bazen ulusal düzenleme ve hükümlerde bazı değişiklikler yapılarak özel önlemlerin uygulamaya koyulması gibi çözümler gündeme gelebilecektir. Bu bağlamda dezavantajlı grupların durumlarının iyileştirilmesi temelinde alınacak önlemler bakımından söz konusu olacaktır. AB Hukukuna baktığımızda pozitif eylem kavramının ayrımcılık direktiflerinde '(Pozitif) Olumlu Eylem' başlığı altında düzenlendiği görülmektedir.²⁵⁷

²⁵⁴ *Ibid.* para. 98.

²⁵⁵ *Ibid.* para. 99.

²⁵⁶ *Ibid.* para. 100-102.

²⁵⁷ AİHS incelenirken ortaya koyulduğu üzere bu kavram farklı hukuk sistemlerinde farklı isimlerle ele alınabilmektedir. Bu bağlamda ayrımcılık direktiflerinde düzenlendiği şekliyle Pozitif (Olumlu) eylem, üye

Çerçeve Direktifin 7. maddesi ve Irk Direktifinin 5. maddesine baktığımızda aşağıdaki düzenlemeyi görmekteyiz:²⁵⁸

“Uygulamada tam eşitliğin sağlanması amacıyla, eşit muamele ilkesi, herhangi bir üye devleti, korunan ayrımcılık temeli ile bağlantılı dezavantajları önlemek veya bunları telafi etmek için özel önlemler muhafaza etmesini veya kabul etmesini engellemez.”

Maddenin lafzına baktığımızda aslında pozitif eylemin kendisinin de bir farklı muamele olduğu ancak bunun hukuki sınırlar içerisinde istisnai bir alan yarattığı görülmektedir.²⁵⁹ Bu bağlamda üye devletlerin bu istisnai farklı muameleyi uygulamaması sonucunda da ayrımcılık söz konusu olabilecektir.²⁶⁰

Ayrımcılık bakımından devletlerin yükümlülükleri değerlendirilirken bunun iki boyutlu olduğu görülür. Buna göre negatif boyut ve pozitif boyuttan bahsedilebilir. AB Hukuku kapsamında ayrımcılık yasaklarını ihlal etmemek yönünden üye devletlerin negatif bir yükümlülüğü vardır. Örneğin THŞ’nin 21. maddesi ile ayrımcılık yasaklamıştır, aynı şekilde ayrımcılık direktifleri de benzer bir şekilde üye devletler

devletlerin ve AIHS sisteminde taraf devletlerin sözleşmeden ve AB Hukukundan kaynaklanan pozitif yükümlülükleri ile karıştırılabilecek şekilde olduğundan bu çalışmamızda Pozitif eylem kavramının kullanılması uygun görülmüştür. Nitekim ayrımcılık direktiflerinin ilgili maddesi dahi başlığı pozitif (olumlu) eylemken içeriğine baktığımızda özel önlem ifadesinin kullanılmış olduğu görülür.

²⁵⁸ Benzer bir düzenlemeyi içeren İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 2006/54 sayılı Direktif kapsamındaki olumlu eylemin değerlendirilmesi için bkz. Devrim ULUCAN, Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel S. (2013) 379 vd. ss.369-383 Yine kadın erkek eşitliği bağlamında kadınların kamu hizmetine alınmasında pozitif ayrımcılık kavramının kullanılması ve ABAD’nin uygulanan kota bakımından değerlendirmeleri için bkz. Kamile Türkoğlu Üstün, Kamu Hizmetine Girişte ve Yükselmede Kadınlara Pozitif Ayrımcılık Yapılması ve Avrupa’daki Örnekler, *TBB Dergisi*, özel sayı (2017) 112 vd. ss.93-124.

²⁵⁹ Gül ve Karan’a göre Şekli eşitlik anlayışı, ayrımcılığın yasaklanmasını zorunlu kılmakla birlikte, eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için geçici özel önlemler öngörülmesi yükümlülüğü getirmemekte sadece özel önlemlerin öngörülmesine izin vermektedir. Bu bağlamda AB ayrımcılık direktifleri kapsamında düzenlenen (Pozitif) olumlu eylem, özel önlemlerin kullanılmasını engellemeyeceği ifadesi nedeniyle ve bu anlayışa göre maddi eşitlikten çok şekli eşitlik kavramına hizmet ediyor şeklinde de yorumlanabilecektir. Bkz. İdil Işıl Gül ve Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi*, (İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, 2011) 5.

²⁶⁰ THŞ’nin 23. Maddesi ise söz konusu kavramı erkekler ve kadınlar arasında eşitlik çerçevesinde düzenlemekle yetinmektedir. “...Eşitlik ilkesi, yeterli şekilde temsil edilmeyen cinsin lehine belirli avantajlar sağlanmasını öngören önlemlerin sürdürülmesini veya benimsenmesini engellemez.” Tersine ayrımcılığın vatandaşlık temelinde ele alınan bir kavram olarak yorumlanması için bkz. Willem Maas, *Fundamental Rights and Reverse Discrimination*, Paper Presented at the European Union Studies Association Conference March 3-5, 2011, Boston. C-406/15, *Milkova*, para. 64.

açısından negatif bir yükümlülük taşımaktadır.²⁶¹ Pozitif yükümlülükten bahsederken ise öncelikle ABA'nın 10. maddesine bakmak gerekmektedir. Buna göre AB seviyesinde, politikalarının ve tedbirlerinin belirlenmesinde ve uygulanmasında, belirli temellerde yapılan ayrımcılıkla mücadele için çaba göstermelidir. Buradaki çaba gösterme ifadesi Birlik seviyesinde bir pozitif yükümlülük oluşturmaktadır. Ancak Kurucu Antlaşmalarda üye devletlere yönelik pozitif yükümlülükler ayrıca tanımlanmamıştır. Bu husus daha çok ayrımcılık direktiflerinden çıkartılmaktadır. Üye devletlerin ayrımcılık bakımından pozitif yükümlülüğü ise AİHS sistemi anlatılırken de belirtildiği üzere, özel kişilerin farklı (ayrımcı) muamelelerine karşı kişileri korumak bakımından söz konusu olmaktadır. Ancak görüleceği üzere ne kurucu antlaşmada ne de incelendiğinde ayrımcılık direktifleri ve THŞ'de üye devletlerin pozitif yükümlülükleri ile ilgili ne açık bir ifade ne de tanımın yer aldığı örülecektir.²⁶²

AB Hukuku kapsamında ele alındığında bu durum üye devletlerin ayrımcılık direktiflerine tam etkinlik kazandırması halinde gerçekleşecektir. Aynı zamanda üye devletler Direktif ile ulaşılmaya çalışılan amacın etkinliğini azaltacak hareketlerden sakınmalıdır.²⁶³ Ancak AB Hukukunda direktifler söz konusu olduğunda bireyler arasındaki ilişkiler ve direktiflerin bu ilişkilere uygulanması hala gri bir alanı yansıtmaktadır. Yani direktifler bakımından yatay doğrudan etki doğurmaları genel kabul görmüş bir durum değildir. ABAD burada direktiflerin yatay doğrudan etkisini reddetmekle birlikte üye devlet yetkili makamlarının, üye devletlerin direktiften

²⁶¹ Bunun Birlik kurumlarına yönelik AB seviyesindeki kurumsal görünümü için bkz. Regulation No 31 (EEC), 11 (EAEC), Laying Down the Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants of the European Economic Community and the European Atomic Energy Community, OJ P 045 14.6.1962.

İçtihat hukukuna göre, temel hakların korunmasından doğan yükümlülükler üye devletler açısından (AB Hukukunu uyguladıklarında) bağlayıcıdır dolayısıyla bu gerekliliklere uygun şekilde önlemleri uygulamak durumundadırlar. Bkz. C- 528/13, *Geoffrey Léger v Ministre des Affaires Sociales, de la Santé et des Droits des Femmes, Établissement Français du Sang*, 29 April 2015, ECLI:EU:C:2015:288, para. 41.

²⁶² Bu bağlamda ve uygulamadan doğan sıkıntılar nedeniyle devletlerin negatif ve pozitif yükümlülükleri arasındaki çizginin tam olarak çizilemediğine ilişkin bir görüş için bkz. Alina Tryfonidou, Positive State Obligations under European Law: A Tool for Achieving Substantive Equality for Sexual Minorities in Europe, *Erasmus Law Review*, no 3 (2020) 99. Ss.98-112.

²⁶³ C-144/04, *Mangold*, para. 67 vd.

kaynaklanan ve direktifin öngördüğü amaca ulaşmak için tüm genel ve özel tedbirleri almakla yükümlü olduğunu belirtmiştir.²⁶⁴ İlerleyen başlıklar altında görülebilecek olan *Dansk Industri* kararı ise bu hususta AB ikincil hukukunu bireyler arasındaki ilişkilere yaymak yönünden önemli bir adım atmış görünmektedir.²⁶⁵ Ancak bu husus da yeterli açıklığa kavuşmamıştır.

Bunun haricinde gerek THŞ gerek bir hukukun genel ilkesi olarak ayrımcılık yasağı, bireyler arasındaki yatay ilişkilere uygulanabilmeleri açısından sorun teşkil etmemektedir. Örneğin ABAD'a göre din ve inanç temelinde ayrımcılık yasağı AB Hukukunun genel bir ilkesi olarak zorunludur ve THŞ'nin 21. maddesi ile ortaya koyulan bu yasak bireylere, aralarındaki AB Hukuku kapsamındaki ilişkilerde kullanılmak üzere bir dayanak oluşturmak bakımından yeterlidir.²⁶⁶ Yine yukarıda da değinildiği üzere yatay doğrudan etkinin eksikliği aynı zamanda uygun yorum ve devlet sorumluluğu gibi ilkeler ile kapatılmaya çalışılmaktadır.

Üye devletlerin Irk ve Çerçeve Direktiflerden kaynaklanan ve açık şekilde belirlenen yükümlülüğü ise hakların savunulması yönünden getirilmiştir. Buna göre üye devletler, direktifler tarafından korunan bir ayrımcılık temeli bakımından haksızlığa uğradığını düşünen kişiler için ve direktiflerdeki yükümlülüklerin uygulanması amacıyla, uygun görülen durumlarda (uzlaştırma usulleri dahil olmak üzere) adli ve/veya idari usullerin mevcudiyetini temin etmelidir.²⁶⁷ Burada önemli olan unsur ise bu yükümlülük, söz konusu ayrımcılık ilişkisi bitmiş olsa dahi devam etmektedir. Bu bağlamda bu husus her ne kadar ayrımcılık temelinde değerlendirilecek olsa da kanımca aslında üye devletlerin AB Hukukundan doğan usuli yükümlülüklerini yerine getirmeleri bağlamında

²⁶⁴ C- 555/07, *Küçükdeveci v. Swedex*, 19 January 2010, ECLI:EU:C:2010:21, para. 47.

²⁶⁵ C-441/14, *Dansk Industri (DI), acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen*, 19 April 2016, ECLI:EU:C:2016:278, para. 36 vd.

²⁶⁶ C-414/16, *Egenberger*, para. 76 vd. ; C-68/17, *IR v JQ*, 11 September 2018, ECLI:EU:C:2018:696, para 69 vd.

²⁶⁷ 2000/43 sayılı Irk Direktifi m.7 ve 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.9.

değerlendirilmelidir.²⁶⁸ Bu yöndeki ABAD kararlarına baktığımızda ise, kişilerin AB Hukukundan doğan haklarının kullanılması bakımından başvurulabilecek iç hukuk yollarının, benzer ilişkiler bakımından tanımlanan iç hukuk yöntemlerinden daha aleyhte olmaması gerektiğini yani denklik gerekliliğini ve AB Hukukundan doğan hakların kullanımını zor ya da imkansız hale getirmemesi gerektiğini yani etkililik gerekliliğinin vurgulandığını görürüz.²⁶⁹

3.1.2.4. Makul Uyumlaştırma

Makul uyumlaştırma, engellilik söz konusu olduğunda işverenlere, buna yönelik olarak düzenleme yapma ve bu bağlamda engelli kişinin ayrımcılığa uğramamasını sağlama yükümlülüğünü ifade eden bir kavramdır. Bu kavram engellilik temelinde şekillendiği ve istihdam alanında uygulandığı için AB Hukuku kapsamında Çerçeve Direktif ile düzenlendiği görülmektedir. Çerçeve Direktifin düzenlemesine göre;

“Engelli kişilerle ilgili olarak eşit muamele ilkesine uyumun güvence altına alınması amacıyla, makul uyumlaştırma sağlanacaktır. Bu, işverenlerin belirli bir vakada ihtiyaç duyulduğunda, engelli bir kişinin istihdama erişimini, katılımını veya işte ilerlemesini ya da eğitimden geçmesini sağlamak için, işverene orantısız bir yük getirmediği müddetçe, uygun tedbirler alması anlamına gelmektedir. Bu yük, ilgili üye devletin engellilik politikası çerçevesinde var olan tedbirler tarafından yeterince telafi edildiğinde orantısız sayılmayacaktır.”²⁷⁰

Burada işveren tarafından yapılacak uyumlaştırmanın iki şekilde oluşabileceği öngörülmüştür. İlk olarak reaktif yaklaşım bakımından, bir kişinin ortaya çıkan (engellilik

²⁶⁸ C-33-76, *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer für das Saarland*, 16 December 1976, ECLI:EU:C:1976:188, para. 5.

²⁶⁹ C-246/09, *Susanne Bulicke v Deutsche Büro Service GmbH*, 8 July 2010, ECLI:EU:C:2010:418, para. 25. Ayrıca bkz. C- 429/12, *Siegfried Pohl v ÖBB Infrastruktur AG*, 16 January 2014, ECLI:EU:C:2014:12. Bu husus ise aslında AIHS’de düzenlenen etkili başvuru hakkı ve adil yargılanma hakkını karşılar şekilde düşünülmelidir. Bkz. AIHS m.6 ve m.13.

²⁷⁰ 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.5.

yönündeki) özelliği temelinde bu kişiye uygun (bireyselleşmiş) tedbirlerin alınması söz konusudur. Proaktif uyumlaştırmada ise ortada belirli bir kişiye yönelen uyumlaştırma adımı bulunmamaktadır. Bu bağlamda bireysellik unsurundan çok bir grup ya da topluluğa yönelme niteliği taşıdığı söylenebilecektir. Bu bağlamda ikinci yaklaşımın kimi durumlarda daha çok erişilebilirlik kavramı ile karıştırılması olağandır.²⁷¹ Salt olarak Çerçeve Direktif düzenlemesi ele alındığında ise makul uyumlaştırma kavramının biraz daha dolaylı ayrımcılığın bir alt türü hatta buna ilişkin bir istisna olarak görme eğiliminin ağır bastığı görülecektir. Bu husus ise Çerçeve Direktifin dolaylı ayrımcılığa ilişkin haklı gösterme nedenlerini düzenleyen hükmünün lafzından çıkarılabilecektir.²⁷²

Bu alanda AB içtihat hukukuna baktığımızda ise genel olarak şu söylenebilir. ABAD, makul uyumlaştırma kavramının, engellilerin diğer çalışanlarla eşit bir şekilde profesyonel yaşama tam ve etkin katılımını engelleyen çeşitli engellerin ortadan kaldırılmasına atıfta bulunularak anlaşılması gerektiğine karar vermiştir.²⁷³ Bu husus *XX v Tartu Vangla* kararı ile birlikte tekrar vurgulanmakla birlikte bu sefer yapılan vurgu aynı zamanda makul uyumlaştırmanın geniş bir yorumla ele alınması gerektiğine ve ayrıca, Çerçeve Direktifin dibacesinin 20. paragrafında öngörülen ve sınırlı şekilde sayılmayan fiziksel, organizasyonel veya eğitimsel nitelikteki makul uyum önlemlerinin listesine atıf yapılmak suretiyle ele alınması gerektiğine kaymıştır.²⁷⁴ Bu yorum, engellilerin diğer çalışanlarla eşit bir şekilde mesleki yaşama tam ve etkin katılımını engelleyen çeşitli engellerin ortadan kaldırılması olarak anlaşılması gereken kavramla tutarlıdır.

²⁷¹ Reaktif ve proaktif bakımdan makul uyumlaştırma ve erişilebilirlik ayrımı için bkz. European Network of Equality Bodies, Reasonable Accommodation for Persons with Disabilities: Exploring Challenges Concerning Its Practical Implementation, <https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2021/03/Reasonable-Accommodation-Disability-Discussion-Paper.pdf> 10 vd. (Son Erişim Tarihi: 04.01.2022)

²⁷² 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.2/2-b(ii).

²⁷³ C-397/18, *Nobel Plastiques Ibérica*, para. 64. Ayrıca bkz. Joined Cases C- 335/11 and C- 337/11, *HK Danmark, acting on behalf of Jette Ring v Dansk almennyttigt Boligselskab (C - 335/11) and HK Danmark, acting on behalf of Lone Skouboe Werge v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Pro Display A/S (C - 337/11)*, 11 April 2013, EU:C:2013:222, para. 54.

²⁷⁴ C-795/19, *XX v Tartu Vangla*, 15 July 2021, ECLI:EU:C:2021:606, para. 48.

Bu bağlamda istihdam bakımından engelli duruma gelen bir kişinin bu durumu göz önünde bulundurularak uygun bir çözüm bulunması da bu kapsamda sayılmıştır. Buna göre ABAD, engelli kişiler için Çerçeve Direktifteki makul uyumlaştırma kavramını, işe alındıktan sonra staj yapan biri de dahil olmak üzere, engelliliği nedeniyle temel işlevleri yerine getiremeyeceği beyan edilen bir işçinin (bu tedbir işverene orantısız bir yük getirmediği) işgal ettiği görevden gerekli yeterliliğe, kabiliyete ve müsaitliğe sahip olduğu başka bir pozisyona atanabileceği yönünde yorumlamaktadır.²⁷⁵ Bu bağlamda sadece çalışanlar değil stajyerler de bu kapsama alınmış ve aynı zamanda ilgili kişinin pozisyon değişiklikleri de bu kapsama dahil edilmiştir.

HR Rail kararında kapsam bu şekilde genişletilmişken aynı zamanda daha çok yapılacak olan makul uyumlaştırmanın işveren açısından orantısız bir yük oluşturmaması da vurgulanmaktadır. Buna göre mahkeme öncelikle makul uyumlaştırmaya yönelik genel içtihadını yinelemekte ve AB'nin taraf olduğu BM sözleşmesine atıf yaparak Çerçeve Direktifin 5. maddesinin, BM Sözleşmesinin 2. maddesinin dördüncü fıkrası ışığında ele alındığında, “makul uyumlaştırma” kavramının geniş bir tanımını öngörmekte olduğunu vurgulamıştır.²⁷⁶ Bir çalışanın bir engelinin ortaya çıkması nedeniyle kalıcı olarak işini sürdüremez hale gelmesi durumunda, başka bir göreve yeniden atanması, Çerçeve Direktifin 5. maddesi anlamında makul uyum bağlamında uygun bir önlem teşkil edebilir.²⁷⁷ Makul uyumlaştırmanın orantısızlığının değerlendirilmesi ise ulusal mahkemeye bırakılmakla birlikte, işverenin üzerine düşecek yük bakımından, söz konusu tedbirlerin orantısız bir yük oluşturup oluşturmadığını belirlemek için, özellikle oluşacak maliyetlerle birlikte, kuruluş veya teşebbüsün ölçeği, mali kaynakları ve kamu finansmanı veya başka herhangi bir yardım alma olasılığı

²⁷⁵ C-485/20, *XXXX v HR Rail SA*, 10 February 2022, ECLI:EU:C:2022:85, para. 49.

²⁷⁶ *Ibid.* para. 40.

²⁷⁷ *Ibid.* para. 43,44.

dikkate alınmalıdır.²⁷⁸ Bu şekilde en azından değerlendirmeye yönelik genel bir ilke ortaya koyulmuştur.

3.1.2.5. Taciz

AIHS’de taciz kavramının düzenlenmediği görülmektedir. AIHM kararlarında da açık bir şekilde bu kavramın tanımı yapılmamıştır. AB Hukukunda ise taciz yukarıda da belirtildiği üzere, direktiflerin koruduğu temeli ile alakalı olan istenmeyen bir davranışın bir kişinin onurunu etkileme amacı ya da etkisi taşıması ve caydırıcı, düşmanca, aşağılayıcı ve saldırgan bir ortam oluşturmaktır.²⁷⁹ AIHS kapsamında oluşturulmamış bir kavramın AB Hukukunca tanımlanmış ve bir ayrımcılık türü olarak belirlenmiş olması kanımca AB Hukukunun en azından ikincil hukuk araçlarını kullanarak bu alanda bir adım daha ileriye giderek ayrımcılık yasağının unsurlarını genişlettiğini düşündürmektedir. Ancak farklı bir görüş olarak da bunun aslında ileriye bir adım değil, AB Hukukunun özelliklerinden ve *sui generis* yapısından kaynaklı bir uygulama sonucu olduğu savunulabilir. Nitekim AIHS sistemi hukuki destek araçlarından yoksundur ve bu alanda mahkeme kararlarının inşa ettiği içtihat hukuku dışında bir gelişim imkânı bulması zordur. AB Hukuku ise yukarıda da belirtildiği üzere içtihat hukuku haricinde üye devletler ve AB arasında çok yönlü hukuki bir ilişki ağını bünyesinde barındırmaktadır. Antlaşmalar ile birlikte direktif ve diğer hukuki enstrümanlar etkin bir ulusal hukuk değişimine yol açabildiğinden ayrımcılık yasaklarının ortaya koyulması ve icrası yönünden biraz daha etkili bir konumda olarak görülebilecektir.

Çerçeve Direktifin 2. maddesinin 3. fıkrası ve Irk Direktifinin 2. maddesinin 3. fıkrası bu kavrama yer vermektedir. Buna göre:

“Bir kişinin onurunu zedelemek ve gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü ya da saldırgan bir ortam yaratmak amacı veya etkisiyle, korunan temellerden

²⁷⁸ *Ibid.* para. 45.

²⁷⁹ 2000/43 sayılı Irk Direktifi m.2/3 ve 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m. 2/3.

biriyle bağlantılı olarak istenmeyen bir davranış meydana geldiğinde taciz ayrımcılık sayılacaktır. Bu bağlamda, taciz kavramı üye devletlerin ulusal hukuk ve uygulamaları uyarınca tanımlanabilir.”

Bu tanım kapsamındaki taciz, hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere günlük kullanım bağlamında değil bir ayrımcılık türü olarak ayrımcılık direktiflerinde yerini almaktadır.

Görüleceği üzere taciz kavramını oluşturan eylemin yani ayrımcılık yaratan istenmeyen davranışın kanımca (maddenin lafzına dayanarak) üç boyutu bulunmaktadır. İlk boyutta amaç bir kişinin onurunu zedelemek yönünde istenmeyen bir davranış söz konusuysa aynı zamanda düşmanca ve saldırgan bir ortam yaratmak amacıyla meydana gelen istenmeyen bir davranış da buna eklenmektedir. Dolayısıyla tacizin oluşabilmesi için istenmeyen bir davranışın varlığı aranacaktır. İkinci olarak, söz konusu istenmeyen davranış direktifler kapsamında korunan temellerden birisine dayanan özellikler kapsamında değerlendirilebilir olmalıdır. Son olarak ise burada doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkta olduğu üzere farklı bir muameleden öte olarak insan onurunun zedelenmesi gibi bir unsur da arandığı görülmektedir.

Ayrımcılık direktiflerinde taciz kavramını düzenleyen maddeye daha yakından bakıldığında, doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılamayacağını düzenleyen 1. fıkraya atıf yapmış olması aslında taciz eyleminin de hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık görünümünde ortaya çıkabileceğini bize düşündürmektedir. Ancak yine maddenin lafzına baktığımızda tacizin bunlardan farklı şekilde düzenlendiğini görürüz. Nitekim taciz kavramı çerçevesinde karşılaştırma unsuruna yer verilmemiştir. Yine haklı gösterme ve ispat yükü açısından da bir belirleme yapılmamış olduğu görülmektedir. Ancak buradan tacizin ispat edilmesine gerek olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Bu bağlamda istenmeyen davranışın yarattığı etki ayrımcılık iddiasında bulunan kişi tarafından ortaya

koyulmalı ve karşı taraf da söz konusu davranışın ayrımcılık oluşturmayaacağına ilişkin olarak ispat yükünü üstlenmelidir.

ABAD, engellilik temelinde ayrımcılık kapsamında ele aldığı *Coleman* davasında bu temelden kaynaklanan taciz kavramına da değinmiş ve bu kavramı biraz daha açık bir hale getirmiştir. Buna göre engellilik temelinde ele alındığında taciz, sadece kendisi engelli olan bireylere yönelecek şekilde dar yorumlanmamalıdır. Bu bağlamda kendisi engelli olmayan ancak bakımla yükümlü olduğu çocuğunun sahip olduğu engellilik durumu nedeniyle tacizi oluşturan istenmeyen davranışa maruz kalan kişinin durumu da söz konusu direktif kapsamında taciz olarak sayılacaktır.²⁸⁰ İspat yükü bakımından ise taciz Çerçeve Direktifin 2. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde bir ayrımcılık türü olarak kanıtlandığından ötürü, ispat yüküne ilişkin kurallar da bunlarda olduğu üzere aynı şekilde uygulanmalıdır.²⁸¹

Görüldüğü üzere ABAD hem taciz kavramını bireye bağlı bir durum olmaktan çıkarmış hem de usule ilişkin olarak ispat yükü kurallarının nasıl kullanılması gerektiğini ortaya koymuştur. Mahkemenin önüne gelecek olan davalarda da bu yorumunu devam ettirmesi muhtemel olarak görülmektedir.

3.1.2.6. Ayrımcılık Emri Verme

Tıpkı taciz kavramında olduğu üzere AİHS’de ayrımcılık emri verme kavramı da düzenlenmemiştir. AİHM kararlarında da açık bir şekilde bu kavramın tanımı yapılmamış olsa da yukarıda belirtilen ve bir kişinin eşcinsel kişilere yönelen açıklamaları ve sonuçta ayrımcılığa karşı olan bir yürüyüşün yasaklanması olayının ele alındığı *Bączkowski and Others v. Poland* kararı bu kapsamda değerlendirilebilecekse de yinelemek gerekirse bu bağlamda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.²⁸²

²⁸⁰ C- 303/06, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*, 17 July 2008, ECLI:EU:C:2008:415, para. 58, 59.

²⁸¹ *Ibid.* para. 61, 62.

²⁸² *Bączkowski and Others v. Poland*, no. 1543/06, 3.5.2007.

AB Hukukuna baktığımızda ise direktiflerde açık bir tanımı olmasa da bu ayrımcılık türünün yasak olduğu belirlenmiştir.²⁸³ Hem Irk Direktifi hem de Çerçeve Direktifin 2. maddesinin 4. fıkrası ayrımcılık talimatını düzenlemektedir. Buna göre;

“1. maddede bahsi geçen temellerden birine dayalı olarak kişilere yönelik ayrımcılık yapılması talimatı, 1. fıkranın anlamı dâhilinde ayrımcılık sayılacaktır.”

Burada söz konusu maddenin, doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılamayacağını düzenleyen 1. fıkraya atıf yapmış olması aslında ayrımcılık emri verme eyleminin de hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık görünümünde ortaya çıkabileceğini bize düşündürmektedir. Bu alanda ABAD önüne gelen bir dava olmamıştır ancak önüne bu şekilde bir olay gelmesi halinde gerek doğrudan gerek dolaylı ayrımcılık bakımından içtihat hukukunun bu alanda sürdürülmesinin olası olduğu şeklinde bir yorum yapılabilecektir. Nitekim önceki başlık altında açıklamalara yer verilen taciz kavramı da benzer bir şekilde düzenlenmiş ve sonrasında ABAD tarafından süregelen içtihat ile uyumlu şekilde yorumlanmıştır.

3.1.2.7. Mağdurlaştırma

AİHS kapsamında yer almayan ve AİHM kararlarında da ele alınmayan mağdurlaştırma kavramı kendisine AB Hukukunda yer bulmuştur.²⁸⁴ Çerçeve Direktifin 11. maddesi ve Irk Direktifinin 9. maddesi mağdurlaştırma başlığını taşımakta ve bu kavram her iki direktifte aynı şekilde ve kısaca düzenlenmektedir. Buna göre:

“Üye Devletler, eşit muamele ilkesine uyumu sağlamak amacıyla işyeri bünyesinde yapılan bir şikâyet veya yargı yollarına yapılan bir başvuruya tepki niteliğindeki işten çıkartılmaya veya işveren tarafından başkaca olumsuz muameleye

²⁸³ 2000/43 sayılı Irk Direktifi m.2/4 ve 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m. 2/4.

²⁸⁴ Tufyal Choudhury, Instructions to Discriminate, Incitement to Discriminate and Victimisation, içerisinde Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law. Schiek, Dagmar., Waddington, Lisa. & Bell, Mark. (Oxford: Hart Publishing, 2007)

karşı çalışanları korumak için gereken tedbirleri ulusal hukuk sistemlerine dâhil edecektir.”

Maddenin lafzından görüldüğü üzere mağdurlaştırmanın oluşması bazı koşullara bağlıdır. İlk olarak mevcut bir farklı muamele kapsamında bir şikâyet ya da yargı yollarına başvuru yapılmış olmalıdır. İkinci olarak, söz konusu bu şikâyet işyeri bünyesinden kaynaklanmalıdır. Son olarak ise yapılan bu şikâyet veya başvuru üzerine çalışanlara karşı yönelen örnek olarak işten çıkarma sonucu doğuran bir davranış söz konusu olmalıdır. Ancak maddenin düzenlenme şeklinden de anlaşılacağı üzere ayrımcılık direktifleri, çalışanları mağdurlaştırmaya karşı korumak üzere ulusal hukuk sistemlerinde gerekli adımların atılmasını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda bu husus her ne kadar ayrımcılık temelinde değerlendirilecek olsa da kanımca aslında üye devletlerin AB Hukukundan doğan usuli yükümlülüklerini yerine getirmeleri bağlamında değerlendirilecektir.²⁸⁵

²⁸⁵ Mağdurlaştırmaya ilişkin olarak ABAD önüne Polonya mahkemeleri yargıçlarının yaş temelinde istihdam alanından çıkarılması ve yargı bağımsızlığı kapsamında gelen ön karar talebi bakımından ABAD, karar vermeye gerekli görülmediği kararı vermiştir. Söz konusu başvuru ABAD tarafından değerlendirilmiş olsaydı mağdurlaştırma kavramının ele alınması, üye devletin ABAD’a yönelttiği sorular dikkate alındığında, muhtemel görünmektedir. Bkz. Order of the Court, in Case C- 522/18, *DŚ v Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Jasle*, 29 January 2020, ECLI:EU:C:2020:42. Burada sayılan ayrımcılık temelleri haricinde çoklu temelde ayrımcılık gibi bir kavramdan da bahsedilebilecektir. Irk Direktifi ve Çerçeve Direktifin dibacesinde 8 ve 14. Paragraflar ve 17 ve 19. maddeler bu bakımdan beraber ele alınabilecektir. *Lindorfer* kararı ile ABAD en azından cinsiyet temelinde ayrımcılık ile yaş temelinde ayrımcılığı dikkatle ele almış olsa da örneğin sonraki tarihli *Coleman* kararında sadece engellilik temelinde ayrımcılığı ele alarak çoklu temelde ayrımcılık bakımından yorum yapmaktan kaçınmıştır. Bkz. C-227/04 P, *Maria-Luise Lindorfer v. Council of the European Union*, 11 September 2007, ECLI:EU:C:2007:490. ; C-303/06, *Coleman*. Çoklu temelde ayrımcılık hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Susanne Burri - Dagmar Schiek, Multiple Discrimination in EU Law Opportunities for Legal Responses to Intersectional Gender Discrimination?, https://eige.europa.eu/docs/3028_multipliediscriminationfinal7september2009_en.pdf 6 vd. *Parris* kararında ise ulusal mahkemenin bu bakımdan divana yönelttiği soru önemlidir. Çünkü Divan daha önce yorumdan kaçındığı bir alana değinmektedir. Buna göre ayrı ayrı ele alındıklarında ayrımcılık yönünde karar verilemeyecekse, yaş ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın birleşik etkisinden bahsetmek mümkün müdür? ABAD burada ayrı ayrı bir ayrımcılık bulunmadığı sürece, bir temelden fazla ayrımcılık söz konusu olduğunda bunların birleşiminden doğacak yeni bir ayrımcılık kategorisinin bulunmadığını belirtmiş ve ulusal bir önlem, ne yaş temelinde ne de cinsel yönelim temelinde ayrımcılık oluşturmamaktaysa bu iki faktörün birleşiminden bir ayrımcılık üretilmeyecektir. Bkz. C-443/15, *David L. Parris v Trinity College Dublin and Others*, 24 November 2016, ECLI:EU:C:2016:897, para. 79-82.

3.2. Ayrımcılık Yasağı Testi

Gerek Avrupa Konseyi gerek AB Hukuku açısından ayrımcılık unsurunun ortaya koyulup bir karar alınabilmesi için belirli bir sıra izlenmektedir. Buna göre öncelikle ayrımcı muamele belirlenmekte sonrasında ise bu muamelenin haklı gösterilip gösterilemeyeceği değerlendirilmektedir. Burada ise tarafların kullanabilecekleri meşru savunmaların yanı sıra ispat yüküne ilişkin meseleler ve orantılılık testi gündeme gelmektedir. Devam eden başlıklar altında sırasıyla bu konular ele alınacaktır.

3.2.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)

AİHS, gerek 14. maddesi gerek 12 no'lu Protokolü ile sadece ayrımcılığı yasaklamakta, bunun uygulamaya ilişkin boyutunu ele almamaktadır. Bu bağlamda AİHS kapsamında ayrımcı bir muamelenin nasıl ortaya koyulacağı ya da ispat yükünün nasıl paylaştırılacağı gibi konular AİHM tarafından içtihat ile ortaya koyulmuştur.

3.2.1.1. Ayrımcı Muamelenin Belirlenmesi

AİHM'nin ayrımcılığa ilişkin kararlarına bakıldığında genel olarak ikili bir yapı ile kararını temellendirdiği görülmektedir. Bu metodolojiye göre ilk aşamada olayın sözleşmenin ilgili maddelerinin kapsamı içerisine girip girmediğine bakılmaktadır. 14. maddenin yukarıda da belirtilen ve diğer sözleşme maddeleri ile birlikte kullanılabileceğine ilişkin açıklamalarımız burada da aynı şekilde uygulanmaktadır.²⁸⁶ Mahkeme, 14. maddenin niteliği gereği, sadece sözleşmede yer alan bir hak veya özgürlük bakımından yapılan ayrımcılıkları değerlendirebilecektir. Mahkemenin bu konuya zaman zaman oldukça etkin bir şekilde yaklaşabildiği düşünülmektedir.²⁸⁷ Burada AB hukukundan farklı olarak ayrımcılığın uygulanma alanı bakımından sınırlama

²⁸⁶ Daha önce de belirtildiği üzere her ne kadar *Belçika Dil davası* ile 14. maddenin diğer maddelerden biri ihlal edilmese dahi kullanılabileceğine ilişkin bir yönelim oluşmuşsa da bu durum içtihat hukukunda bir devamlılık kazanmamıştır.

²⁸⁷ Harris ve O'Boyle, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 2021, 600.

getirilmemiştir. Yani geniş bir yaklaşımla, sözleşme kapsamındaki haklar bütününe giren tüm alanlarda ayrımcılık iddiaları mahkeme tarafından değerlendirilebilecektir.²⁸⁸

Genel olarak bakıldığında, başvurucunun durumu sözleşmede yer alan diğer hak ve özgürlükler kapsamında kuvvetli bir şekilde ele alınabiliyorsa ilgili maddeler üzerinden ihlal kararı verme yoluna gidildiğinden bahsedilebilir. Örneğin *Oliari and Others v. Italy*²⁸⁹ ve *Orlandi and Others v. Italy*²⁹⁰ davalarında mahkemenin salt olarak 8. madde temelinde karar verdiğini ve 14. maddeyi kullanmadığı görülmektedir. Ancak tam tersi kararlar da bulunduğu görülmektedir.²⁹¹ Bu husus haricinde mahkemenin cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı değerlendirirken salt diğer maddeler üzerinden karar verebilecekken 14. maddeyi de değerlendirme kapsamına aldığı ve genelde bir ihlal olduğu yönünde karar verdiğini görülmektedir.²⁹² Bu husus özellikle *X v. Turkey* davasında şerh düşülen karşı görüşte açıkça ifade edilmiştir.²⁹³ Bu görüşe göre mahkeme, sözleşmenin bir maddesi bakımından açık bir aykırılık bulduğunda bu unsur üzerinden kararını verebilmelidir. Bu bağlamda her somut olayda mutlaka 14. maddenin de davaya

²⁸⁸ Ayrımcılığın uygulandığı alanlar, istihdam, eğitim ve çalışma koşulları gibi birçok farklı şekilde karşımıza çıkabilmektedir. AB hukuku bu kapsamda sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Bu husus tezin ikinci bölümü altında ayrıca ele alınacaktır.

²⁸⁹ *Oliari and Others v. Italy*, nos. 18766/11 and 36030/11, 21.07.2015. Bu davada mahkeme, 12. maddenin devletlere aynı cinsiyetten kişilere evlenme izni vermesini zorunlu kılmadığını, halihazırda bu izni veren devlet sayısının 11 olduğunu ve bu nedenle söz konusu başvurunun ayrımcılıkla ilgili 14. madde ile birlikte değil salt 12. madde üzerinden ele alınacağını belirtmiştir.

²⁹⁰ *Orlandi and Others v. Italy*. Bu davada mahkeme, devletin yarışan çıkarlar arasında etkin bir denge kuramadığını ve söz konusu konunun çiftlerin haklarının ihlali olduğundan bahisle salt olarak 8. madde üzerinden hareket etmiş ve 14. madde ile ilgili inceleme yapmaya gerek duymamıştır. Bir görüşe göre ise AİHM cinsel yönelim temelinde, aynı cinsiyetten birlikteliklerde henüz oluşmayan Avrupa Konsensüsü ve dolayısıyla bunun getirdiği taraf devletlere tanınan geniş takdir yetkisinden uzaklaşabilmek adına 8. Maddenin sağladığı bireyin kimliğine ilişkin çekinceye dayanmıştır. Bkz. Hyun Jung Lee, *Discrimination Based on Sexual Orientation*, (Springer, 2022) 175. Benzer bir karar için ayrıca bkz. *Perkins and R. v. The United Kingdom*, nos. 43208/98 44875/98, 22/10/2002, para 39.vd ; *Beck, Copp and Bazeley v. The United Kingdom*, nos. 48535/99 48536/99 48537/99, 22/10/2002, para. 51 vd ; *Lashmankin and Others v. Russia*, nos. 57818/09 and 14 others, 7 February 2017,

²⁹¹ Bu bağlamda cinsel yönelim temelinde ayrımcılık bakımından aslında dengeleme ya da orantılı bir uygulama yapılmaya çalışıldığı da tarafımızca düşünülmektedir. Mahkemenin başvuruları salt ilgili madde üzerinden değil 14. madde ile birlikte ele alarak incelediği davalar için yukarıdaki AİHM'nin cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı nasıl yorumladığı ve 14. madde kapsamında diğer maddeler ile nasıl ilişki kurulduğu başlığında açıklanan davalara bakılabilir.

²⁹² Buna rağmen mahkeme kuvvetli bir bağ gördüğünde salt ilgili sözleşme maddesi üzerinden de karar verebilmektedir. Bu husus aşağıda açıklanacaktır. Bkz. Ayrımcı Muamelenin Belirlenmesi.

²⁹³ *X. v. Turkey*, no. 24626/09, 09/10/2012.

dahil edilerek onun üzerinden karar verilmesi eleştirilmiştir. Mahkemenin nispeten daha eski tarihli kararlarına baktığımızda karşı görüşe uygun kararlar verdiği görülmektedir.²⁹⁴

Kanımcı mahkemenin özellikle cinsel yönelime ilişkin kararlarında 14. madde vurgusu yapması önemlidir.²⁹⁵ İlk olarak bu ayrımcılık türü diğer ayrımcılık türlerine göre nispeten yeni bir alanı teşkil etmektedir. Nitekim sözleşmenin ayrımcılık maddesinde dahi açıkça yer almamakta ve içtihat yoluyla ilgili madde kapsamına girmektedir. İkinci olarak sözleşmeye taraf devletlerde cinsel yönelimi farklı olan kişilere ilişkin farklı muameleler artık daha görünür bir boyut kazanmıştır.²⁹⁶ Devletlerin ve dolaylı olarak da toplumların bu bireyleri koruma altına alması ve ayrımcılık yapmaması ise belli ki içtihatlar sayesinde gelişecek bir durumdur. İşte bu gibi nedenlerle mahkemenin 14. maddenin kullanım alanını bu şekilde genişletmesine olumlu yaklaşmaktayız. Ancak bu hususun pratik ve hukuki sonuçları oldukça hassas bir şekilde ve sistemsal bir bütün içerisinde değerlendirilmelidir.

14. maddenin mahkemenin önüne gelen olaya uygulanmasının başka bir boyutu daha vardır. Bu da *Guberina v. Croatia* kararından görüleceği üzere sadece kişilerin veya kişi gruplarının birbirinden ayırt edilmesini sağlayan kişisel bir özelliğe (veya “statüye”) dayalı olan muamele farklılıklarının 14. maddenin kapsamında değerlendirileceğinin genel bir ilke olarak ortaya koyulmuş olmasıdır.²⁹⁷ Bu bağlamda sadece maddede listelenen ayrımcılık temelleri kapsamında ve kişisel özelliklere yönelen farklı

²⁹⁴ *Beck, Copp and Bazeley v. The United Kingdom*, para. 51 vd ; *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*, no.31417/96 32377/96, 27.09.1999. ; *Smith And Grady v. The United Kingdom*, no. 33985/96, 33986/96 27.09.1999; Ayrıca bkz. *Dudgeon v. United Kingdom*.

²⁹⁵ Ancak Mahkeme *Dudgeon v. United Kingdom* kararında, kişisel alandaki eşcinsel faaliyetlerin suç olarak düzenlenmesine ilişkin 8. maddenin ihlali doğrultusunda karar verirken 14. madde bakımından karar verilmesinde faydalı bir hukuki amaç bulunmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkemenin 8. maddenin davanın temel yönlerini kapsadığı ve bunun yeterli olduğunu düşündüğü açıktır. Bkz. *Dudgeon v. United Kingdom*, para. 69.

²⁹⁶ Aslında bu görünürlük global bir seviyededir. Bazı haberler için bkz. <https://www.nbcnews.com/nbc-out/out-news/half-lgbtq-workers-faced-job-discrimination-report-finds-rcna1935> ; <https://news.un.org/en/story/2022/02/1112242> ; <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/06/un-expert-tackling-discrimination-against-lgbt-persons-right-health-and> ; <https://www.independent.co.uk/voices/editorials/lgbt-british-army-ban-government-compensation-civil-rights-a9257081.html> (Son Erişim Tarihi: 01.08.2022)

²⁹⁷ *Guberina v. Croatia*, para. 68 ; *Eweida and Others v. The United Kingdom*, para. 86 ; *Deaconu v. Romania*, no.66299/12, 29/01/2019, para. 22.

muamelelerin yasak olarak kabul edileceği düşünülebilir. Ancak böyle bir dar yorum, ayrımcılık yasağının etkinliğini azaltma etkisine sahiptir. Özellikle de kişisel özellikler ya da statülerin nasıl anlaşılması gerektiği konusu geniş kapsamı nedeniyle ayrı bir sorun yaratmaktadır.²⁹⁸ Ancak Mahkeme kararın devamında dezavantajlı bir gruba doğrudan mensup olmayan ancak çocuğunun engellilik durumu nedeniyle daha kötü bir muameleye maruz kalan kişi açısından ayrımcılık unsuru nasıl değerlendirileceğini ortaya koymuştur.²⁹⁹ Bu bağlamda Mahkeme, 14. maddedeki “başka bir duruma dayalı” ifadesinin geniş yorumlandığını ve bu ifadenin salt kişisel özelliklerle sınırlı olmadığını vurgulamıştır. Bu bağlamda anlaşmanın 14. maddesi, başka bir kişinin statüsü ya da korunan karakteristiği temelinde ayrımcı muameleye maruz kalan kişiyi de koruma kapasitesine sahiptir.³⁰⁰ Her ne kadar yine kişisel özellik kavramını açıkça belirlemese de *Škorjanec v. Croatia* kararı ile bu alandaki görüşünü devam ettirmiş ve hem nefret suçlarında faillerin, mağdurun dahil olduğu gruba yönelik bir önyargıyla hareket edebileceğini hem de mağdurun başka bir kişinin statüsü ya da karakteristik özelliği nedeniyle ayrımcı muameleye maruz kalabileceğini, bunun ise 14. madde kapsamında olduğunu belirtmiştir.³⁰¹

Mahkeme olayın sözleşme kapsamında değerlendirilebileceği düşüncesindeyse ikinci aşamada sözleşme kapsamına giren bu olayda ayrımcılığın temelini belirlemenin amacıyla bir farklı muamelenin varlığını araştırmaktadır. Burada söz konusu olan farklı muamele, başvuru daha olumsuz ya da farklı bir muamele görürken kendisi ile benzer

²⁹⁸ Diğerlerinin yanı sıra 14. maddenin, cinsiyet, ırk ve mülkiyet dahil olmak üzere “statü” oluşturan belirli gerekçeleri listelediği ‘herhangi başka bir duruma dayalı’ sözcüklerine ise genel olarak geniş bir anlam yüklediği ve bunların yorumunda doğuştan gelen kişisel özellikler ile sınırlı tutulmadıkları da mahkeme kararlarında vurgulanmaktadır. Bkz. *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, para. 45. Ayrıca bkz. *Carson and Others v. the United Kingdom*, no. 42184/05, 2010, para. 61 ; *Clift v. the United Kingdom*, no. 7205/07, 13 July 2010, para. 56-58. Bu bağlamda mahkeme, Sözleşme'nin 14. maddesinin amaçları değerlendirildiğinde yaşı madde kapsamında başka bir duruma dayalı ayrımcılık oluşturabileceğini kabul etmektedir. Ancak bugüne kadar yaş temelinde ayrımcılığın, diğer şüpheli kategoriler ile eşdeğer olduğunu ortaya koymamıştır. Bkz. *Schwizgebel v. Switzerland*, no. 25762/07, 10 June 2010, para.86 vd.

²⁹⁹ *Guberina v. Croatia*, para 77.

³⁰⁰ *Ibid.*, para. 78.

³⁰¹ *Škorjanec v. Croatia*, no. 25536/14, 28/03/2017, para. 55. Nitekim daha önceki başlıklarda da belirtildiği üzere bu davada başvuru, erkek arkadaşının Roman vatandaşı olması nedeniyle nefret suçunun unsuru haline geldiği görülmektedir *Ibid.*, para. 6 vd.

durumda olan başkalarının bu şekilde bir muamele görmemesidir. Bu bağlamda devam eden başlık altında karşılaştırılabilirlik unsuru incelenecektir.

3.2.1.2. Karşılaştırılabilirlik Unsuru

Yukarıda da belirtildiği üzere ilgili ayrımcılık yasağı, karşılaştırılabilir durumdaki kişilere yönelen farklı muameleleri kapsamaktadır. Karan'a göre karşılaştırma unsuru incelenirken dikkat edilen bazı noktalar bulunmaktadır. Bunlar, karşılaştırılan kişinin başvurucuya nazaran daha iyi bir muamele görmesi ve ayrımcılık yasağında yer alan statülerden/özelliklerden birisine sahip olmasıdır.³⁰² *Van Der Mussele v. Belgium* davasında gerekli durumlarda ücretsiz hizmet sunmakla yükümlü kılınmış Belçikalı avukatların durumunun, yaptıkları işin doğası ve işe giriş koşulları bakımından farklı statüde olmaları nedeniyle hekimler ve veterinerlerden (ki bu şekilde bir yükümlülükleri bulunmamaktadır) farklı olduğunu ortaya koymuştur.³⁰³ Bu bağlamda mahkemenin karşılaştırma unsurunu belirlerken somut bir yaklaşım benimsediği düşünülebilecektir.

Genel olarak AİHM içtihadı incelendiğinde karşılaştırılabilirlik unsurunun, karşılaştırılabilir ya da göreceli olarak benzer durumda olan kişiler bakımından uygulanan farklı muamelenin ilgili hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi şeklinde kullanıldığını görmekteyiz. Bu husus mahkemenin kimi kararlarında oldukça açık bir şekilde vurgulanmaktadır.³⁰⁴ Mahkeme, karşılaştırma öznelerini mukayese edilemeyecek durumda gördüğünde ise ilgili muamelenin haklı kılınıp kılınamayacağına dair incelemesine geçmemektedir.³⁰⁵

Bununla birlikte, bazı kararlarında açık bir şekilde karşılaştırma ögesine atıf yapmadığı da görülmektedir. Örneğin taraf devletin ayrımcı muameleyi kabul ettiği

³⁰² Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, 2017, 207. İkinci husus önceki başlık altında ele alınmıştır.

³⁰³ *Van Der Mussele v. Belgium*, no. 8919/80, 23/11/1983, Para 45-46.

³⁰⁴ Örnek olarak bkz. *Biao v. Denmark*, no. 38590/10, 24/05/2016; *Carson and Others v. the United Kingdom*, para. 61 ; *Burden v. the United Kingdom*, no. 13378/05, 29 April 2008, para. 60 ; *D.H. and Others v. Czech Republic*, para. 175.

³⁰⁵ *Burden v. the United Kingdom*, para. 62

Karner v. Austria kararında bu unsuru vurgulamamıştır.³⁰⁶ Böyle durumlarda iki sonuç ortaya çıkabilecektir. Birincisi, karşılaştırma unsuru safhasının atlanarak haklı gösterme aşamasında farklı muamelenin sözleşmenin ihlali sonucu doğurmasıdır. İkinci durum ise yine ilk safhanın atlanarak bu sefer farklı muamelenin haklı bulunmasıdır. Her ne kadar kimi kararlarda açık bir karşılaştırma ögesi formülasyonu yapılmamaktaysa da bu durumun mahkemenin önüne gelen benzer olaylar bakımından tekrardan kaçındığı ya da olayda çok açık ve net bir şekilde karşılaştırılabilirlik bulunduğu bu safhayı ayrıca kararına yansıtmadığı düşünülebilecektir.

Karşılaştırma unsurunun mahkeme tarafından katı şekilde uygulanması gibi bir tercih, özellikle yukarıda yer alan ayrımcılık temelleri açısından oldukça dar bir alan yaratacaktır. Makul uyumlaştırma gibi daha ayrık bir konuda ise katı uygulanması, bu ayrımcılık türünün en baştan ölü doğmasına yol açacak bir yaklaşımdır. Makul uyumlaştırma kavramı engelli kişiler açısından uygulandığından, karşılaştırılabilirlik kriterinde engelli kişiler ile engelsiz kişilerin doğrudan karşılaştırılması mümkün görülmemektedir. Bu bağlamda yukarıdaki makul uyumlaştırma tanımından da hareketle, engelli bir kişi makul uyumlaştırma sonucu belirli bir işlevi yerine getirdiğinde yine aynı işlev ve sorumluluğa sahip kişi ile karşılaştırılabilirdir. Bu sayede makul uyumlaştırmanın varlığı ya da yokluğunun ayrımcılık meydana getirip getirmediği de ortaya çıkacaktır. Makul uyumlaştırmaya ilişkin mahkeme içtihadına baktığımızda *Thlimmenos v. Greece* davasında mahkeme, dini inancı nedeniyle askerlik yükümlülüklerini yerine getirmediğinden ağır bir ceza alan ve bu nedenle belirli bir mesleği yapması engellenen kişi ile diğer ağır cezalıların aynı mesleğe alınmaması unsurunu karşılaştırmış görünmektedir.³⁰⁷ Örneğin Çam davasında karşılaştırılabilirlik unsurunun ayrıca ve açıkça değerlendirilmediği görülmektedir. *Guberina v. Croatia* kararında ise karşılaştırılabilirlik unsuru incelenirken engelli çocuğu için

³⁰⁶ *Karner v. Austria*, no. 40016/98, 24 July 2003, para. 34 vd.

³⁰⁷ *Thlimmenos v. Greece*, para. 41-42.

gereksinimlerine uygun şekilde bir ev almak isteyen başvurucunun durumunun, belirli yapı ve teknik şartlara sahip olan evleri alan diğer kişiler ile karşılaştırılabilir durumda olduğunu vurgulamıştır.³⁰⁸ Bu sayede karşılaştırılabilirlik unsuru kanımca biraz da genişletilerek sağlanmaya çalışılmıştır. *Stoian v. Romania* kararında ise yine *Çam* davasında olduğu gibi bu safha üzeri kapalı olarak geçilmiştir.

Boeckel and Gessner-Boeckel v Germany davasında mahkeme, kayıtlı birliktelik ile beraber yaşayan iki kadından birinin, beraberlik esnasında diğer partnerden doğan çocuğun doğum anında hazırlanan doğum sertifikasında ebeveyn olarak yazılmamasına ilişkin yaptığı başvuru hakkında başvuruçuların, evlilik birliği içerisinde farklı cinsiyetteki kişiler ile aynı/benzer durumda olmadıklarından bahisle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.³⁰⁹ Burada mahkeme farklı cinsiyetteki kişilerin evlilik birliği içerisinde doğan çocukları ile aynı cinsiyetteki kişilerin kayıtlı birliktelik içerisinde bir partnerden doğan çocuklarının durumunun benzerliğini değerlendirmiştir. Bu değerlendirme yapılırken ulusal mahkemenin gerekçelendirmeleri dikkate alınmış ve aynı cinsiyetten olan kişilerden birinin çocuğu olduğunda diğer partnerin biyolojik olarak onun ebeveyni olamayacağının altı çizilmiştir.³¹⁰ Dolayısıyla doğum anında çocuğun doğum belgesine eklenmemesi durumunun farklı cinsiyetten kişilerin evlilik birliğinde doğan çocukların doğum sertifikasının hazırlanmasından farklı olduğunu vurgulamıştır.

Karşılaştırma ögesinin durumunun oldukça farklı olduğu hallerde ise bunun dikkate alınması gerekecektir. Şöyle ki, başvuru ile durumu büyük ölçüde farklı olan kişilere farklı davranma yükümlülüğünün devletler tarafından ihlal edilmesi sonucu ayrımcılık ortaya çıkabilecektir. Bu husus özellikle dolaylı ayrımcılık durumunda gündeme gelebilecektir. Yukarıda dolaylı ayrımcılık başlığı altında da belirtildiği üzere *Thlimmenos v. Greece* davasında mahkeme bu konuyu özellikle vurgulamıştır.³¹¹

³⁰⁸ *Guberina v. Croatia*, para. 83.

³⁰⁹ *Boeckel and Gessner-Boeckel v. Germany*, no. 8017/11, 07/05/2013.

³¹⁰ *Ibid.*, para. 29 vd.

³¹¹ *Thlimmenos v. Greece*, no.34369/97, 06 April 2000.

Mahkemeye göre devletler tarafından durumları büyük ölçüde farklı olan kişilere farklı muamele yapılmaması da ayrımcılığa uğramama hakkının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.³¹² Mahkemenin karşılaştırılabilir öğeleri sadece benzer öğeler olarak ele almayıp bu şekilde farklı durumlarda olanlara da farklı davranılması esasını belirlemesi oldukça olumlu bir yorumdur. Bu sayede devletler tarafından ihlal edilen ayrımcılık hakkının daha etkin bir şekilde korunabilmesi sağlanabilecektir.

Mahkeme, ayrımcı muameleyi bu şekilde ortaya koyduktan sonra bu muamelenin haklı gösterilip gösterilemediğini değerlendirmektedir. Devam eden başlık altında bu konu incelenecektir.

3.2.1.3. Nesnellik ve Meşru Nedenlerle Haklı Gösterilebilme Unsuru

İkinci aşamada ise nesnel ve meşru olma unsurunu incelememiz gerekmektedir. AİHM ayrımcılık yasağı bağlamında farklı bir muamelenin varlığı ortaya koyulduğu zaman bu muamelenin haklı gösterilip gösterilemediğini değerlendirmektedir. Bu değerlendirme açısından ise kullandığı bir standardı da olduğu görülür. Bu standart ise temel olarak *Belçika dil davası* olarak adlandırılan dava sonucu oluşturulmuştur.³¹³ Buna göre öncelikle 14. maddenin açık bir şekilde her farklı muameleyi yasaklamadığı vurgulanmıştır. Sonrasında ise hangi farklı muamelelerin yasak kapsamında değerlendirileceğinin denetim ölçüsü olarak farklı muamelenin meşru bir amaç doğrultusunda değerlendirilmesi ve farklı muamele (araç) ile bu meşru amaç arasında orantılılık ilişkisi aranması hususu ortaya koyulmuştur.³¹⁴

Nesnel ve meşru nedenler bakımından haklı göstermede ortaya koyulacak olan meşru amacı ortaya koymak bakımından taraf devlet sorumludur.³¹⁵ Devletin ortaya koyduğu meşru amaç ile başvurucunun iddiasının temelini oluşturan ayrımcı muamele

³¹² *Ibid.* para. 44 vd.

³¹³ *Belçika Dil Davası*, para. 10 vd.

³¹⁴ Bu husus gereklilik ve uygunluk şeklinde orantılılık testi olarak karşımıza çıkmaktadır.

³¹⁵ *Molla Sali v. Greece*, para.135.

ise doğal olarak bağlantılı olmalıdır. Buna göre taraf devlet bir farklı muamelenin gerekçesini ortaya koyduğunda bunun meşru görülebilmesi için hem gerekçenin meşru olması hem de taraf devletin bu savını destekleyecek araçları da beraber öne sürmesi gerekmektedir. Bu bakımdan soyut ya da çok geniş bir alana yayılan iddiaların mahkeme tarafından daha dikkatle değerlendirileceği söylenebilecektir. Bir ülkede dil bakımından yeknesaklık oluşturmak amacıyla sürdürülen politikalar, barış ortamının sağlanması amacı, kamusal hizmetlerin fırsat eşitliğini arttırmak amacıyla kullanımı ve kamu güvenliğinin sağlanması amacı gibi farklı kategorilere giren birçok amaç mahkeme tarafından olayın nitelikleriyle beraber değerlendirildiğinde meşru görülmüştür.³¹⁶

Taraf devletin farklı muamele açısından ortaya koyduğu amaç, mahkeme tarafından meşru görülebilir ancak bu husus, mahkemenin muameleyi her durumda haklı bulacağını göstermemektedir. Taraf devlet farklı muameleyi haklı göstermek amacıyla bir gerekçe ortaya koyabilir. Bu gerekçenin amacı meşru de bulunabilir ancak farklı muamelenin (aracın) meşru görünen bu amaca ulaşmak bakımından uygun da bulunması gerekir ki burada orantılılık unsuru karşımıza çıkmaktadır.³¹⁷

AİHM, farklı muamelenin haklı bulunabilmesi için, bir amacı olması ve kullanılan aracın da bu amaca orantılı olmasını aramaktadır.³¹⁸ Bu bağlamda mahkemenin orantılılık testini klasik bir şekilde uyguladığı söylenebilecektir. Bu bakımdan genel olarak orantılılık unsuru incelenirken, toplumun genel çıkarı ile kişilerin temel haklarının korunması arasında adil bir denge gözetilmelidir.³¹⁹ Gerekli olan bu denge, eğer ilgili kişi bireysel ve aşırı bir yük altında kalmaktaysa kurulamamış sayılacaktır ve mahkeme, bir önlemin hem amacına ulaşmak için uygun olması hem de orantısız olmaması gerektiği

³¹⁶ Bkz. *Belçika Dil Davası*. Ayrıca bkz. *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, para. 45 ; *Eweida and Others v. The United Kingdom*, para. 105.

³¹⁷ Bu husus birçok davada vurgulanmıştır. *Horváth and Kiss v. Hungary*, para. 112. ; *Oršuš and Others v. Croatia*, no. 15766/03, 16 March 2010, para. 196; *Stec and Others v. the United Kingdom*, no. 65731/01, 12/04/2006, para. 51.

³¹⁸ *Molla Sali v. Greece*, para. 135; *Fabris v. France*, no. 16574/08, 07/02/2013, para. 56.

³¹⁹ *Belçika Dil Davası*, para. 10.

kanaatindedir.³²⁰ Örneğin taraf devletin belirli bir alanı düzenleyen ulusal mevzuatının gerekenin çok ötesine geçen etkilerle sonuçlanması nedeniyle orantılılık ilkesini ihlal etmesi olasıdır.³²¹

Olağan durumlarda mahkeme, ayrımcı muameleleri haklı göstermek yönünden devletlere özellikle de ekonomik ve sosyal alanda alınan önlemlerde aslında geniş bir takdir yetkisi sunuyor gibi görünmektedir.³²² Ancak bu durum şüpheli kategoriye giren alanlarda yerini daraltılmış bir takdir yetkisine bırakmaktadır.

Orantılılık değerlendirmesi, aynı zamanda devletlere bırakılan bu takdir yetkisinin de değerlendirildiği basamak olmaktadır. Taraf devletler, yapılan muamelede bir farklılığı haklı gösterip göstermediğini ve ne ölçüde haklı çıkardığını değerlendirirken belirli bir takdir marjından yararlanır.³²³ Nitekim önceki başlıklar altında da belirtildiği üzere *Karner v. Austria* kararı ile ayrımcı muameleyi haklı gösterme açısından geleneksel aile hayatının korunması savunması, soyut ve uygulanabilirlik açısından çok geniş bir önlem çeşitliliğine sahip görülmüştür. Bu bağlamda cinsel yönelime ilişkin ayrımcılık iddialarında bu alandaki takdir yetkisinin daha dar olarak uygulanması gerekliliği ortaya koyulmuştur.³²⁴

Kozak v. Poland kararı ile de taraf devletlerin toplumdaki gelişim ve değişimleri de göz önünde bulundurması gerekliliği buna ek olarak vurgulanmıştır.³²⁵ Taraf devletin uyguladığı muamelelerde bir farklılık söz konusu olduğunda mahkemenin bu farklılığı değerlendirmesi ve haklı gösterilip gösterilemediğini ortaya koyması gerekmektedir. Bu bağlamda öne sürülen iddianın ciddiliği, taraf devletin mahkeme nezdinde bunu haklı kılabilmesini zorlaştıracak bir etmen olacaktır.

³²⁰ *James and Others v. The United Kingdom*, No. 8793/79, 21 February 1986, para. 50.

³²¹ *Ibid.*, para. 69.

³²² *Stec and Others v. the United Kingdom*, no. 65731/01, 12/04/2006, para. 52.; *Burden v. the United Kingdom*, para. 60.

³²³ *Biao v. Denmark*, para. 90 ; *Molla Sali v. Greece*, para. 136.

³²⁴ *Karner v. Austria*, para. 41.

³²⁵ Mahkemeye göre toplumdaki gelişmeler sonucu bir kişinin özel ya da aile hayatını yürütmesi sadece belirli bir şekilde ya da tek tercihle olamayacağı şeklinde günün koşullarına göre yorumlanmalıdır. Bkz. *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, 2 March 2010, para. 98,99.

Mahkemenin belirli farklı muamele örneklerini ki yukarıda incelenen ayrımcılık temelleri bunlar arasındadır, daha ciddi bir seviyede değerlendirme eğiliminde olduğu görülür. Bunlar daha önce de bahsi geçen ve yaş temelinde ayrımcılık hariç olmak üzere, şüpheli kategorilerde bulunan ayrımcılık temelleridir. Taraf devlet tarafından uygulanan muamelenin meydana getirdiği sonuç bakımından ciddiyet boyutu, taraf devletlerin kullandığı aracın amaca ulaşmak bakımından orantısız sayılması sonucunu daha kolay doğuracak bir etkiye sahiptir.³²⁶ Yani takdir yetkisi bu anlamda daralmaktadır. Örneğin *E.B. v. France* davasına bakıldığında mahkemenin bu konuda bilimsel çevredeki bölünme nedeniyle eşcinsel kişilere karşı uygulanan farklı muamelelerin çok ciddi gerekçelerle haklı gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Hatta bilimsel gerekçelerin varlığı bakımından ispat yükünün taraf devlette bulunduğu ve bu iddiayı kanıtlayamamalarının bu alanda yapılmış bir çalışma olmamasından kaynaklandığının da altını çizmektedir.³²⁷

Başka bir örnek olarak *D.H. and Others v. the Czech Republic* kararında mahkeme, çoğulculuk ve farklılıklara saygı gösterme kültürüne sahip modern demokratik toplumlarda bir kişinin etnik kökeni temelinde yapılan ayrımcı muamelenin nesnel ve meşru şekilde haklı gösterilemeyeceğini vurgulamaktadır.³²⁸ *Kozak v. Poland* davasında da benzer şekilde altı çizildiği üzere cinsel yönelime ilişkin ayrımcılıkta uygulamanın amacı ve haklı göstermeye ilişkin nedenler oldukça dar olarak yorumlanmalıdır. Bu dar yorum, yukarıda belirtilen ve makul şüphelerin ötesine geçmeyen durumların da ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesine yol açılması yorumuyla birleştiğinde, mahkemenin bu alanda oldukça cesur ve ilerici bir görüş benimsediği söylenebilecektir. Yine *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* kararından da görüleceği üzere cinsel yönelim temelinde ayrımcılık mahkeme açısından özellikli bir duruma sahip olup farklı muamelenin haklı gösterilmesi bakımından davalı devletlerin savunma alanlarının

³²⁶*Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, 24/06/2010, para. 97 ; *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, para. 78.

³²⁷*E.B. v. France*, para. 58 . Ayrıca bkz. *Fretté v. France*, no. 36515/97, 26 February 2002, para. 42.

³²⁸*D.H. and Others v. Czech Republic*, para. 176.

daraldığı görülür.³²⁹ Hatta bu kararda dikkati çeken bir unsur, boşanan ebeveynlerden olan babanın başka bir erkek ile yaşaması durumunda çocuğu ile görüşmesinin engellenmesi bakımından meşru amaç olarak çocuğun üstün yararı kavramı öne sürülmesine rağmen bunun karşılığında bireyin cinsel yöneliminin bulunduğu vurgulanarak bu iddianın her durumda meşru bir savunma olarak kullanılamayacağını bize göstermiştir.³³⁰

Vallianatos and others v. Greece davasında ise geleneksel anlamdaki aile yapısının korunmak istenmesi, kayıtlı birliktelikler bakımından sadece farklı cinsiyetteki bireylere izin verilmesi uygulaması için bir savunma ve haklı gösterme aracı olarak davalı devlet tarafından kullanılmıştır. Burada mahkeme gerçekten ilerici bir metodla, sözleşmeye taraf diğer devletlerdeki eşcinsel bireylerin evlilik ve kayıtlı birliktelik durumlarını değerlendirmiş ve daha önceki kararlarının benzeri şekilde eşcinsel bireylere evlilik ve beraberlik hakkı tanınmasının yükselen bir trend haline geldiğine vurgu yapmıştır.³³¹ Bu bağlamda geleneksel aile yapısına ilişkin savunma yersiz bulunarak ayrımcı muamelenin sözleşmenin ihlali olduğuna karar verilmiştir. Bu dava da bize yine gelişen ve değişen yaşam ve hukuk karşısında mahkemenin yaşayan enstrüman kavramına uygun şekilde hareket ettiğini göstermektedir.

Geleneksel aile yapısı kapsamında evlilik hakkının da artık yeni bir kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Danisi'ye göre aile yapısı tanımının eşcinsel çiftleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi, LGBTQ+ gruplarının AIHS tarafından korunan tüm hakların kendileri için de tanınmasını talep etme durumlarını arttırmıştır. Bu nedenle devletlere, geleneksel ailenin korunması ile Sözleşme'nin azınlıklara tanıdığı haklar arasında daha iyi bir denge kurmaları çağrısında bulunmaktadır. Bu sonuca rağmen, *Schalk and Kopf v. Austria* kararından da anlaşılacağı üzere eşcinsel çiftlerin evlenme

³²⁹ *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, 21.12.1999.

³³⁰ *Ibid.*, para. 25.

³³¹ *Vallianatos and Others v. Greece*, nos. 29381/09, 32684/09, 7 November 2013, para. 91.

hakkının reddedilmesinin temelinde muhtemelen aranan amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi yatmaktadır.³³² Tobler'e göre ise geleneksel ailenin korunması ile cinsel azınlıkların Sözleşmeden kaynaklanan hakları arasında bir denge kurmak zor ve hassas bir uygulamadır ve devletin, çatışan görüş ve çıkarları uzlaştırmasını gerektirebilecektir. Ancak mahkeme devletlerin (cinsel yönelime dayalı ayrımcılığa neden olan) önlemler kabul etme konusundaki dar takdir marjına atıfta bulunarak eşcinsel birliktelik yaşayan kişileri genel bir hükümle miras hakkının dışında tutmasının geleneksel anlamda ailenin korunması için gerekli olarak görülemeyeceğini vurgulamıştır.³³³

Çocukların korunması ve üstün yararı bakımından ise *D.G. v. Ireland* davasında taraf devlet, başvuranın kendisine uygulanan muamele ile ilgili bir farklılık olduğunu, bunun meşru bir amacı olmadığını ve muamelenin bu amaçla orantılı olmadığını göstermesi gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme ise başvuranın kendisiyle benzer durumda olmayan diğer küçükler, yetişkinler ve vatandaşlardan farklı muameleye tutulduğunu görmekteyse de buradaki gerçek sorunun kendisi ile benzer durumdaki kişilerden farklı muamele görüp görmediği olduğuna vurgu yapmaktadır.³³⁴ Nitekim sınırlama ve eğitim gereksinimi bulunan küçükler ile aynı gereksinimlere sahip yetişkinler arasında bir muamele farkı bulunduğu kabul edilse dahi bu durum başvurucunun durumundaki küçükler mahkeme eliyle uygulanan koruyucu bir uygulama olması nedeniyle ayrımcı sayılmamalıdır ve mahkemeye göre bu nedenle objektif ve haklı bir uygulama olarak kabul edilmelidir.³³⁵

Mahkemenin doğrudan ve dolaylı ayrımcılığa farklı yaklaşımı haklı gösterme aşaması bakımından da kendini göstermektedir. Mahkemenin standart uygulaması olan

³³² Carmelo Danisi, "How far can the European Court of Human Rights go in the fight against discrimination? Defining new standards in its nondiscrimination jurisprudence", *International Journal of Constitutional Law* 9, no 3-4 (2011) 804.

³³³ Tobler, *Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law*, 558.

³³⁴ *D.G. v. Ireland*, no. 39474/98, 16/05/2002, para 113.

³³⁵ *Ibid.*, para. 115.

doğrudan ayrımcılık bakımından klasik bir gerekçelendirme ve haklı gösterme usulü benimsenmişken, özellikle dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda, ayrımcı niyet ve muamelenin etkileri daha belirsiz olduğundan ‘özellikle ciddi gerekçeler’ haklı gösterme bakımından daha öne çıkmaktadır. Bu da taraf devletlerin takdir hakkını ciddi şekilde kısıtlamaktadır.³³⁶

Pozitif eylem bakımından ise yine benzer bir şekilde farklı muamelenin haklı gösterilmesi açısından taraf devletlerin amacın meşruluğu ile amaç ve araç arasındaki orantılılığı ortaya koyması gereklidir. Burada ayrımcılığın özellikle ırk, renk ya da etnik köken temelinde olması durumunda ise bu görevin oldukça sıkı şekilde yorumlanacağını da altı çizilmiştir.³³⁷ Nitekim çocuklarının farklı okula yerleşmesine rıza gösteren ailelerin bu rızasını haklı gösterme açısından kullanmaya çalışan taraf devlete mahkeme, kamu yararına ciddi bir aykırılık durumu yaratabilecek olması nedeniyle, ırk temelinde ayrımcılığa uğramama hakkından feragat edilemeyeceğini kesin bir şekilde belirtmiştir.³³⁸

Taraf devletlerin bazı açılardan savunmalarını da bu şekilde geri çevirdiği görülmektedir. Örneğin bir olayda bir kadının emeklilik hakkından faydalanabilmek için sadece resmi nikah kıymasını yeterli göreceğini öne süren taraf devletin bu iddiası reddedilmiştir. Burada söz konusu olan bir kişinin resmi olarak nikahlanıp nikahlanmaması değildir. Buradaki sorun belirli bir haktan yararlanmada ayrımcılığa uğramamak için kişinin kişisel durumunu değiştirecek sonuçlara yol açacak belirli bir yönde davranışa zorlanmasıdır. Nitekim mahkeme bu durumu vurgulayarak söz konusu uygulamanın sözleşmenin 14. maddesinin özünü ortadan kaldıracağını vurgulayarak bu gerekçeyi haklı bulmamıştır.³³⁹ *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* kararında ise

³³⁶ Bkz. *D.H. and Others v. Czech Republic*, Vallianatos and Others v. Greece, nos. 29381/09, 32684/09, 7 November 2013.

³³⁷ *D.H. and Others v. Czech Republic*, para. 196.

³³⁸ *Ibid.* para. 204.

³³⁹ *Muñoz Díaz v. Spain*, no. 49151/07, 08/12/2009, para. 70.

şüpheli kategorilerde ve özellikle ırkçılık temelinde ayrımcılık bakımından her ne kadar önceki kararlarında devlete tanınan takdir yetkisinin dar olduğu belirtilmişse de burada takdir yetkisinin olayın koşullarına göre değerlendirileceği vurgulayarak değerlendirmesine başlamışsa da sonrasında ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılığa ilişkin uygulanan takdir yetkisi içtihadını devam ettirdiği görülmektedir.³⁴⁰

Bu ifadeler makul uyumlaştırma bakımından ayrıca değerlendirildiğinde ve bu konuda mahkemenin içtihadına baktığımızda makul uyumlaştırmanın haklı gösterilebileceği ve burada kullanılacak ölçütün yukarıda da belirtildiği üzere ‘devletlerin üzerine orantısız ya da geri döndürülemez bir yük yüklenemeyeceği’ şeklinde belirlendiği söylenebilecektir. Kanımca oldukça geniş olan bu kavram, özellikle devletin takdir payının az olduğu şüpheli alanlar ve bunun içerisinde bulunan engellilik temelinde ayrımcılık yönünden takdir yetkisini genişleterek ayrık bir ayrımcılık alanı oluşmasına yol açacak gibi durmaktadır. Yine de karar yazımına bakıldığında en azından nesnel ve meşru nedenlerle haklı gösterilebilme basamağının uygulandığını ve amaç ile araç arasında bir orantılılık ilişkisi kurulmaya çalışıldığını görmekteyiz.³⁴¹

Sonuç olarak ise söylenebilecek olan şudur. Taraf devletlere tanınan takdir yetkisi arttıkça orantılılık değerlendirmesi daha gevşek bir şekilde yürütülürken bu takdir yetkisinin dar olarak yorumlandığı durumlarda söz konusu inceleme daha katı olarak ifade edilebilecek bir yapıda şekillenmektedir. Bu bağlamda bir Avrupa konsensusunun oluşmadığı örneğin aynı cinsiyetten evlilik gibi durumlarda 8. madde ile birlikte 14.

³⁴⁰ *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, para 42.-44.

³⁴¹ *Guberina v. Croatia*, para. 88 vd. Son bir inceleme açısı olarak mahkemenin bu alanda karar yazım metoduna baktığımızda ayrımcı muamelenin tespiti ve sonrasında haklı gösterilmesi aşamaları mahkeme tarafından belirttiğimiz sırayla ancak bu yönde açık bir ayrıma gitmeden ele alınıyor olarak görülmektedir. *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal* davasında ise mahkeme 14. madde ile ilişkiyi incelerken bu adımları açık bir şekilde ikiye ayırarak ve paragrafları numaralandırarak gerçekleştirmiştir. Bu ise kanımca kararların daha anlaşılır ve okunabilir olması açısından iyi bir metot olarak değerlendirilmektedir. Bkz. *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, para. 26 vd. ; *Vallianatos and Others v. Greece*, para. 78 vd. Başka kararlarda da bu metoda yaklaşan şekilde karar yazımı gerçekleştirildiği görülmektedir. Bkz. *Hoffmann v. Austria*, no.12875/87, 23/06/1993, para. 31 vd.

maddenin ihlalinin değerlendirilmesi, takdir yetkisinin genişliğine dayalı şekilde srdrlmştır.

Devam eden başlıklar altında ise davada ortaya koyulan olguların nasıl kanıtlanması gerektiğine yani ispat yüküne ilişkin açıklamalar yapılmaya çalışılacaktır.

3.2.1.4. İspat Yükü

İspat yükü ise ortaya koyulan olgunun kanıtlanması unsurunu ifade etmektedir. Burada konunun daha iyi ortaya koyulabilmesi için ispat yükü e ayrılarak incelenecektir. İlk olarak mahkemenin genel olarak ispat yükü yorumu ele alınacak devamında ise ispat yükünün ters çevrilmesi ve kullanılan istatistiki deliller konuları incelenecektir.

İspat yükündeki temel kural, iddiada bulunan bir kişinin bu iddiasını ispat etmesi gerektiğidir.³⁴² Yani bu konudaki ‘usuli’ yükümlülük, genel bir kural olarak, iddia eden üzerindedir. Genel olarak baktığımızda AIHS’de ispat yüküne ilişkin olarak bir düzenleme yapılmamış olduğunu görmekteyiz. Bu bağlamda ispat yükünün uygulamadaki yansımasını görebilmek için konu hakkındaki içtihat hukukunun incelenmesi gerekmektedir.

Başvurucu, olay mahkemenin önüne geldiğinde, 14. madde içerisinde kaldığı iddia edilen farklı muameleyi ortaya koymalıdır. Bu bağlamda *prima facie*³⁴³ deliller söz konusu olmaktadır. Bu da genel bir tabir ile farklı muamelenin kaynağı olan ve başvurucu üzerinde etki doğuran siyasi, hukuki ya da idari bir yasa, karar ya da uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere ayrımcılık temeli ve farklı muamele bu şekilde ortaya koyulduğunda taraf devlet de meşru gerekçesini haklı gösterme yoluna gidecektir. Burada iki sorun karşımıza çıkmaktadır.

³⁴² İng. *The principle affirmanti incumbit probatio.*

³⁴³ İlk bakışta haklı görülen deliller / delil başlangıcı anlamında kullanılmaktadır.

Bunlardan ilki, başvuru ilgilil delili ortaya koyarken bunun kendi üzerindeki etkisini de göstermesi/tanımlaması gerekmektedir. Burada başvuruçunun sözleşme tarafından statüsü nedeniyle ayrımcılığa uğradığını ortaya koyması gereklidir. Bu unsur diğerine göre daha hafif görünmekteyse de örneğin, cinsel yönelimi nedeniyle geri gönderilmemesi gerekli kişilerin söz konusu olduğu davalarda bunun ortaya koyulması da ayrı bir zorluk yaratmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere mahkeme *I.I.N. v. the Netherlands* kararında başvuru sahibi kötü muameleyle ilişkin somut kanıtları ortaya koyamadığından başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Ancak somut kanıtlarla ortaya koyulan bir iddia söz konusu olduğunda *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal* kararında da belirtildiği üzere, artık bu muamelenin haklı olduğunu göstermenin Hükümetin görevi olduğunu yinelemektedir.³⁴⁴

İkinci sorun ise başvuruçudan tarafından ortaya koyulan yasa ya da kararın açıkça ayrımcı olmadığı durumlardır. Burada *de jure* bir ayrımcılık unsuru bulunmazken, ilgili aracın ayrımcı uygulanmasından doğan *de facto* bir mağduriyet söz konusudur. Bu unsur ise bizi dolaylı ayrımcılık alanına götürmektedir. Dolaylı ayrımcılık bakımından ispat yükü özellikle başvuruçudan açısından önemlidir çünkü görünüşte ayrımcı olmayan bir kural ya da uygulamanın kendisini dezavantajlı konuma düşürdüğünü kendi statü ya da karakteristiğini paylaşan ve benzer şekilde dezavantajlı konuma düşen diğer insanlar ile mukayese ederek ortaya koymalıdır.

Başvuruçudan ayrımcılık iddiasını ortaya koyarken aynı zamanda ayrımcılık niyetini de göstermek zorunda değildir. Çok genel olarak düşünüldüğünde, incelenen temellerde ayrımcılığa uğrayan kişi ya da grupların zaten belirli bir dezavantajlı durumda oldukları görülecektir. Bunun üzerine bir de ayrımcı muamelenin çoğu zaman oldukça soyut olarak değerlendirilebilecek saikinin ortaya koyulması yükünün gelmesi, başvuruçudan işini daha da zorlaştıracak bir etkidir. Bu bakımdan mahkemenin de çeşitli defalar

³⁴⁴ *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, para. 47.

vurguladığı üzere, ayrımcı bir muamelenin ispatı bakımından başvurunun, farklı muameleyi gerçekleştiren tarafın bu yöndeki niyetini ortaya koymasının zorunlu olmadığı söylenebilecektir.³⁴⁵

İspat yükü açısından mahkeme içtihadına baktığımızda tıpkı haklı gösterme aşamasında kullanıldığı gibi bazı standartların oluşturulduğu görülmektedir. Buna göre mahkeme, ispat yükünde eşik değer olarak ‘*makul şüphenin ötesinde*’ kavramını benimsemiş görünmektedir.³⁴⁶ Ancak kimi durumlarda (özellikle de dolaylı ayrımcılık bakımından) bu kavramı genişleterek uygulamakta ve ispat yükünün yer değiştirebilmesini sağlamaktadır. Örneğin *Stoica v. Romania* kararında mahkeme her ne kadar yine makul şüphenin ötesinde bir ispat yükünden bahsetmişse de meydana gelen olaylar hakkında tutulan polis raporunda, kişilerin eylemlerinin ‘salt Roman kökenli’ olmalarına dayandırılmasının ifade edilmesi nedeniyle ve olayların gelişim sürecini de ele alarak ispat yükünün taraf devlette olduğuna karar vermiştir.³⁴⁷ Bu husus sonraki başlık altında incelenecektir.

İspat yükü kapsamında istatistiki deliller de önemli bir yer tutmaktadır. Örneğin bir kural ya da uygulamanın bireyler üzerindeki etkisi değerlendirilirken, kritik inceleme ve araştırma sonucu elde edilen istatistiki veriler başvuru tarafından güvenilir ve *prima facie* delil olarak kullanılmaya yeterlidir. Mahkeme bu hususun aynı zamanda dolaylı ayrımcılığın sadece istatistiki deliller ile ispat edilebileceği anlamına gelmediğini de eklemiştir.³⁴⁸ Bu husus daha sonraki başlıklar altında ele alınacaktır.³⁴⁹

³⁴⁵ *D.H. and Others v. Czech Republic*, para. 194, 195 ; *Horváth and Kiss v. Hungary*, para. 105-106.

³⁴⁶ Bu yöndeki kararlar için bkz. *Identoba and Others v. Georgia*, no. 73235/12, 12 May 2015 ; *Nachova and others v. Bulgaria*, nos. 43577/98 and 43579/98, 6 July 2005 ; *Bekos and Koutropoulos v. Greece* no. 15250/02, 13/12/2005 ; *Stoica v. Romania*, no. 42722/02, 04/03/2008. Bu husus şiddet olayları temelinde daha da ön plana çıkmaktadır.

³⁴⁷ *Stoica v. Romania*, para. 126-130.

³⁴⁸ *Horváth and Kiss v. Hungary*, para.107 ; *D.H. and Others v. Czech Republic*, para. 188.

³⁴⁹ Pozitif eylem dolayısıyla ispat yükü açısından ise farklı durumlarda karşılaştırılabilir bir muamelenin varlığını ortaya koyan başvurunun durumunda bu yaklaşımı haklı gösterme görevi artık taraf devlete geçtiği vurgulanmıştır. *Taddeucci and McCall v. Italy*, para. 90.

Sonuç olarak söylenebilecek şudur ki ispat yükü, davanın önemine göre değişkenlik gösterebilen bir olgudur. Gerekli durumlarda ters çevrilmesi, bu yükün hafifletilmesi ya da ağırlaştırılması mümkündür. Devam eden başlık altında ispat yükünün ters çevrilmesi hususuna değinilecektir.

3.2.1.4.1. İspat Yükünün Ters Çevrilmesi

İspat yükünün ters çevrilmesi bakımından yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere ispat yükü, davayı mahkeme önüne getiren tarafa yani başvurucuya ait olmaktadır. Yani ana kural; başvuru iddia ettiği olayı kanıtlamakla yükümlüdür. Ancak bazı durumlarda bu hususun tam olarak tersine döndüğü de görülmektedir. İşte istisnai olan bu uygulama ispat yükünün ters çevrilmesi olarak adlandırılmaktadır. Başvurucu, dolaylı ayrımcılığa ilişkin olarak bir kural ya da uygulamanın etkilerinin ayrımcı olduğuna ilişkin bir iddiada bulunduğu ispat yükü taraf devlete geçmektedir. Burada artık taraf devlet farklı muamelenin ayrımcı olmadığını kanıtlamakla yükümlüdür. *Nachova and Others* kararında bu çeşit davalarda iddiaların doğası ve unsurları nedeniyle, uygulamada başvuru sahiplerinin bu nitelikteki bir olguyu ispatlamalarının çok zor olacağından bahisle Mahkeme ispat yükündeki bu değişimi açıklamaya çalışmıştır.³⁵⁰

Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary kararından da görüleceği üzere, yeterince güçlü açık ve uygun çıkarımların bulunması veya aksi ispat edilmemiş benzer bir karinenin mevcut bulunması halinde de ispat yükündeki sorumluluğun yerine getirilebileceğini ortaya koymuştur.³⁵¹ Bu gibi bir durumda ispat yükünün ters çevrilmesi, olayın karakteristik özelliklerine, öne sürülen iddianın niteliğine ve iddianın bağlı olduğu Sözleşme maddesinde düzenlenen hak ile ilişkili olarak değerlendirilecektir.³⁵² Ancak Mahkemeye göre bazı durumlarda olaya ilişkin süreç tamamen ya da büyük çoğunlukla

³⁵⁰ *Horváth and Kiss v. Hungary*, para. 108.

³⁵¹ *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*, no. 17247/13, 26/05/2020, para 211. Ayrıca bkz. *Angelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, 13/06/2002, para 111 ve 166.

³⁵² *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*, para. 212 ; *Nachova and others v. Bulgaria*, para. 147.

yetkililerin bilgisi dahilinde olduğunda ispat yükünün ters çevrilmesi ve taraf devletin olayın nasıl meydana geldiği ile ilgili olarak tatmin edici bir açıklama yapması gerekliliği söz konusu olabilecektir. Örneğin *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary* davasında olduğu gibi ırkçı saikin tespitin zor olduğu bazı durumlarda taraf devletin olayın aksini ispat etmesi unsurunu kullanım dışı bırakmamakta ve eğer taraf devlet bu ispat yüküne uygun olarak olayın olmadığını kanıtlayamazsa mahkeme sözleşmenin ilgili maddeleri ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlaline karar verebilecektir.³⁵³ Bu husus aslında ispat yükünün ters çevrilmesinin esasını oluşturmaktadır. Ancak mahkemenin *Cînta v. Romania* kararını esas aldığımızda, ki bu dava engellilik/sağlık kategorisi altına düşmektedir, aslında mahkemenin ispat yükünün ters çevrilmesi durumunu daha da geniş yorumladığı ve kendisine bir yol açtığı da görülmektedir. Nitekim bu kararda, eğer uygulamada ayrımcı muameleyi kanıtlamak çok büyük zorluk ortaya çıkarmaktaysa ispat yükünün tersine çevrileceği vurgulanmıştır.³⁵⁴ Ancak unutulmaması gereken nokta akıl hastalığının söz konusu olduğu bu çeşit bir davada, olayın ve iddianın özünden kaynaklanan bir ispat zorluğu bulunduğu da belirtilmiş olmasıdır. Dolayısıyla mahkemenin önüne gelen olaylarda o olayın karakteristiğine göre yorum yapacağı söylenebilecektir.

3.2.1.4.2. İspat Yükünde İstatistikî Deliller

Dolaylı ayrımcılığa ilişkin davalara baktığımız zaman yukarıda da belirtildiği üzere bunların görünürde eşit olan bir kural ya da uygulamadan kaynaklandığını görürüz. Görünürde eşit olan ancak ayrımcı sonuçları olan bir muameleyi kanıtlamanın kimi zaman daha da zor olacağı aşîkardır. Bu bağlamda dolaylı ayrımcılık özelinde başvuruçuların ayrımcı muameleyi kanıtlamaları/ortaya koymaları oldukça zordur. Bu

³⁵³ *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*, para 212. Ayrıca bkz. *Nachova and others v. Bulgaria*, para. 157; *Stoica v. Romania*, para. 130; *Adam v. Slovakia*, no. 68066/12, 26 July 2016, para. 91.

³⁵⁴ *Cînta v. Romania*, no. 3891/19, 18/02/2020, para. 78-79.

nedenle kimi durumlarda ispat yükünün devlete geçmesi hakkaniyet açısından kanımca önem arz etmektedir.

Genel olarak baktığımızda mahkemenin bu gibi durumlarda kararını oluştururken istatistiki delil ve araştırmalara dayanabildiğini görmekteyiz ancak bu hususta belirli bir eşik öngörülmemiştir. Bu gibi delillerin varlığı, başvurucunun ayrımcılık iddiasını ortaya koymasını oldukça kolaylaştırmaktadır. Eşit görünen bir kural ya da uygulamanın bir grup üzerindeki olumsuz etkilerinin bu çeşit bir veri sayesinde ortaya koyulmasıyla taraf devletin artık bu etkinin olmadığını kanıtlamasını gerektirmektedir. Genel olarak incelenen davalara baktığımızda istatistiki veri kullanımının genel olarak ırk temelinde ayrımcılık bakımından ortaya çıktığını görmekteyiz.³⁵⁵ *D.H. and Others v. Czech Republic* kararı bu bakımdan önemli bir adım atmıştır. Bu kararla birlikte mahkemenin dolaylı ayrımcılık konusuna yaklaşımının değiştiği düşünülmektedir çünkü burada artık daha az katı/yumuşak ispat kurallarının kullanılabilirliğinden önünü açmıştır.³⁵⁶ Bu bağlamda özellikle de bir uygulamanın kişiler üzerindeki etkisi değerlendirilirken, güvenilir istatistikler bulunması başvurucunun durumunu ispat etmesi bakımından yeterli görülmekle birlikte ispat yükü artık taraf devlete geçmiş olacaktır.³⁵⁷ Davanın esasına bakıldığında önceki başlıklar altında da açıklandığı üzere, ‘özel okullara’ gönderilecek çocukların seçimi bir test ve ailenin onamı üzerine gerçekleşmektedir.³⁵⁸ Yani görünüşte herkese eşit uygulanan bir kural vardır. Ancak istatistiki veriler, ‘özel okullara’

³⁵⁵ Her ne kadar inceleme alanımızda olmasa da burada bir not olarak belirtmek gerekir ki, çok geniş bir içtihat alanı bulunan cinsiyet temelinde ayrımcılık bakımından da ırk temelinde ayrımcılıkta olduğu üzere bu tarz verilerin kullanılabilirliği bir durum olmuştur. Bkz. *Hoogendijk v. Holland*, no. 58641/00, 06/01/2005 ; *Trizio v. Switzerland*, no. 7186/09, 02/02/2016, para. 84 vd. Bu kararda dikkat çeken ikinci unsur ise dolaylı ayrımcılık bakımından etkin bir inceleme ve karar yazım tekniğinin kullanılmış olmasıdır. Cinsiyet temelinde ayrımcılıkta istatistiki veri kullanımına ilişkin olarak ayrıca bkz. *Talpis v. Italy*, no. 41237/14, 02/03/2017, para. 145 vd. Yine her ne kadar kabul edilemez bulunmuşsa da cinsiyet temelinde ayrımcılığa ilişkin olarak yapılan başvuruda mahkemenin istatistiki deliller ile ilgili bir vurgu yaptığı görülmektedir. Buna göre her ne kadar istatistiki verilerin otomatik olarak 14. madde kapsamındaki bir iddiayı kanıtlamayacağı belirtilmişse de devlete bu alanda bir açıklama yükümlülüğü getirilmiş ve olaydaki verilerin niteliği değerlendirerek ayrımcı etkiyi tanımıştır. *Hoogendijk v. The Netherlands*, no. 58641/00, 06/01/2005.

³⁵⁶ *D.H. and Others v. Czech Republic*, para. 186 vd. Ayrıca bkz. *Nachova and others v. Bulgaria*, para 147 ve 157.

³⁵⁷ *D.H. and Others v. Czech Republic*, para. 180 vd.

³⁵⁸ *Ibid.*, para. 16.

gönderilen çocukların ağırlıklı olarak Roman kökenli olduklarını ortaya koymuştur.³⁵⁹ Yani tarafsız olarak uygulanan bir eğitim sistemi aslında belirli bir grubu oluşturan Roman çocukları açısından dezavantajlı bir sonuç doğurmuş ve orantısız şekilde bu okullara yerleştirilmelerini sağlamıştır.³⁶⁰ Sonuç olarak mahkeme, başvuruçuların (taraf devletin) ayrımcılık niyetini kanıtlamasına gerek olmadığına ve ilgili olayda dolaylı ayrımcılık olduğu kanısına varma konusunda yeterince güvenilir ve belirgin deliller sunulduğu, ispat yükünün ise bu durumda taraf devlete geçmesi gerektiğini belirlemiştir.³⁶¹

Burada belirtmek gerekir ki dolaylı ayrımcılığa ilişkin bir başvurunun istatistiki veriler ile desteklenmesi bu açıdan çok önemliken bu bir önkoşul ya da zorunluluk şeklinde algılanmamalıdır. Örneğin her ne kadar açık istatistiki deliller bulunmamaktaysa da *Biao v. Denmark* davasında³⁶² mahkeme dolaylı ayrımcılık iddiasını incelemeye devam etmiş ve hatta taraf devletin davaya konu olan ulusal düzenlemesinin neden olduğu farklı etkilerin, etnik kökenden bağımsız olarak meşru ve nesnel bir amaç güttüğünü ortaya koyması beklenmiştir.³⁶³ *Oršuš and others v. Croatia* davasında mahkeme benzer bir şekilde, dolaylı ayrımcılığın istatistiksel delil olmadan da kanıtlanabileceğini kararına eklemiştir.³⁶⁴ Ancak buradaki önemli husus ise bu kararın *D.H. and Others v. Czech Republic* kararından farklılaşarak her istatistiki delilin ispat yükü açısından kabul edilmeyebileceğini bize göstermesidir.³⁶⁵

³⁵⁹ *Ibid.*, para. 18.

³⁶⁰ *Ibid.*, para. 193.

³⁶¹ *Ibid.*, para. 194, 195.

³⁶² Bu dava her ne kadar vatandaşlık temelinde ayrımcılık ile ilgili görülebilecekse de kanımca ve mahkemenin de kararında belirttiği üzere aslında ırk/etnik kimlik temelinde ayrımcılık kapsamında da değerlendirilebilir. *Biao v. Denmark*, para. 130 vd.

³⁶³ *Ibid.*, para. 114.

³⁶⁴ *Ibid.*, para. 152. Ayrıca bkz. *D.H. and Others v. Czech Republic*, para 188.

³⁶⁵ *Oršuš and Others v. Croatia*, para. 152. Burada belirli bir gruba dahil olan öğrencilerin, ayrı sınıflara yerleştirme işleminin tüm okulları kapsamadığı istatistiksel olarak sadece belirli bir okulda gerçekleştiği vurgulanmıştır. Bu nedenle de ilgili veri ispat açısından değerlendirilmemiş, bu değerlendirme yetersiz dil seviyesi nedeniyle yapılan ayrık sınıf yerleştirmesinin sadece Roman çocuklara yönelmesi üzerinden devam ettirilmiştir.

3.2.2. Avrupa Birliği

AB'nin ayrımcılık yasağıyla uyumu denetlemek bakımından elindeki ayrımcılık direktifleri büyük önem teşkil etmektedir. Bu direktifler ayrımcılık türlerini, kapsadığı alanları ve meşru ve istisna savunmalar ile birlikte ispat yükü gibi kuralları açık bir şekilde düzenlediğinden ABAD burada yeni bir içtihat yaratmak yerine var olan ve iç pazar hukukundan gelen içtihadını bu düzenlemelere uyarlayarak bir AB ayrımcılık hukuku alanı oluşturmaktadır. Burada anlatım, Avrupa Konseyi başlığı altındaki ile aynı şekilde ilerleyecektir. İlk aşamada ayrımcı muamelenin belirlenmesi sonrasında ise sırayla haklı gösterme ve ispat yüküne ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

3.2.2.1. Ayrımcı Muamelenin Belirlenmesi

Ayrımcı muamelenin belirlenmesi mahkemenin karar vermesi bakımından önemli bir adımı teşkil etmektedir. Buna göre ayrımcılık oluşturan uygulama ya da önlemin belirlenerek ilgili direktifler kapsamında olup olmadığı ortaya koyulmalıdır. Çünkü daha önce de belirtildiği üzere AB ayrımcılık direktifleri kapsam olarak dar bir şekilde kaleme alınmıştır ve farklı bir muamelenin bu kapsama girip girmediği ayrıca değerlendirilmektedir. Bu bağlamda aslında AB ayrımcılık direktifleri kapsamında (tıpkı AİHM kararlarından görüldüğü üzere) ABAD'ın ayrımcılığa ilişkin kararlarına bakıldığında genel olarak ikili bir yapı ile kararını temellendirdiği görülmektedir. Bu metodolojiye göre ilk aşamada olayın AB tasarrufunun ilgili maddelerinin kapsamı içerisine girip girmediğine bakılmaktadır. Örneğin Çerçeve Direktifin genel olarak istihdam ve mesleğe ilişkin kapsamda ayrımcılığı düzenlediği söylenebilecekse de bu kapsam aslında kendi içerisinde dar olarak belirlenmiştir. Ayrıca yine Çerçeve Direktif esas alındığında ilgili direktifin kapsamını belirleyen 3. maddesi içerisine hangi konuların gireceği bakımından ABAD'ın yorumu da ayrıca önem kazanmaktadır. ABAD'nin bazı durumlarda bu maddede sayılan unsurları genişlettiği görülmektedir. Örneğin ABAD,

“... bir işçi veya işveren örgütüne ya da belirli bir mesleğe mensup olanların üye olduğu herhangi bir örgüte, bu tür örgütler tarafından sağlanan avantajları da içerecek şekilde üye olmak veya böyle bir örgütte faaliyet yürütmek”

şeklindeki düzenlemenin kapsamını yorumlarken, bir işçi örgütünün tüzüğünde belirtilen ve o örgütün sektör organizatörü olmaya uygunluk için belirlenen bir yaş sınırının, bu direktifin kapsamına gireceğini belirtmiştir.³⁶⁶ Başka bir örnek olarak ABAD, futbol oyuncularının durumunu da önceki tarihli içtihadına atıfla ödeme karşılığı yapılan ekonomik bir aktivite olarak tanımlayarak direktif kapsamında olduğunu belirtmiştir.³⁶⁷ Bu bağlamda ayrımcılık iddiasında bulunan kişinin ayrımcı muameleyi ortaya koyarken, bunun direktiflerin düzenleme alanı ile bağını etkin şekilde ortaya koyması gereklidir. Her ne kadar AB Hukuku kapsamındaki ayrımcılık iddiaları, AİHS’nin 14. maddesinden farklı olarak kendi başına dava konusu olabilmekteyse de bu durum aslında ayrımcılık temellerinin sınırlandırılmış olması nedeniyle geniş bir çerçeveye yayılamayacaktır. Ayrımcılık alanında gerçek bir korumanın sınırının çizilebilmesi için daha genel ve ayrımcılık temellerini ucu açık bir şekilde ortaya koyacak hukuki bir enstrümana ihtiyaç bulunmaktadır.³⁶⁸

Ayrımcı muamelenin belirlenmesinin ikinci bir boyutu daha bulunmaktadır. Bu da ayrımcılığa uğrayan bir mağdurun varlığı sorunudur. Burada ABAD, belirlenebilir bir

³⁶⁶ C-587/20, *Ligebehandlingsnævnet acting on behalf of A v HK/Danmark and HK/Privat*, 2 June 2022, ECLI:EU:C:2022:419, para. 54.

³⁶⁷ C- 81/12, *Asociația Accept*, para. 45. Cinsel yönelim temelinde ayrımcılık bakımından hayatta kalan partnere yapılacak ödemelerin direktif kapsamında değerlendirilmesine ilişkin olarak ayrıca bkz. C- 267/06, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1 April 2008, ECLI:EU:C:2008:179, para. 90. Irk Direktifinin kapsadığı bir alan olan eğitim alanına, burs ile ilgili konuların da dahil olduğunu belirleyen bir karar için bkz. C-457/17, *Heiko Jonny Maniero v Studienstiftung des deutschen Volkes eV*, 15 November 2018, ECLI:EU:C:2018:912, para.44.

³⁶⁸ Antlaşmanın yetki sınırları dahilinde ayrımcılık temellerini genişletmeksizin ayrımcılık direktifinin uygulama kapsamını genişletmeye yönelik olarak Komisyon tarafından hazırlanan teklif için bkz. European Commission, *Proposal for a Council Directive on Implementing the Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Religion or Belief, Disability, Age or Sexual Orientation*, COM(2008) 426 final, Brussels, 2.7.2008.

başvurucu yani korunan temellerde ayrımcılığa uğrayan bir mağdurun varlığı zorunlu görülmeyeceğinin altını çizmiştir.³⁶⁹ Ayrıca Direktifin 9. maddesinde yer alan

“...Direktifteki hükümlere uyulmasını sağlamakta meşru bir menfaati bulunan derneklerin, örgütlerin veya diğer tüzel kişilerin, şikâyet sahibi adına veya ona destek olarak, şikâyet sahibinin onayıyla, işbu Direktif kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için öngörülen her türlü adli ve/veya idari usule katılabilmesi...”

ifadesi çerçevesinde, bu dernek ya da örgütlerin belirli bir şikayetçi olmaksızın ya da belirli bir şikayetçi adına hareket etmeksizin ulusal koruma usullerine başvurabileceği de ortaya koyulmuştur.³⁷⁰ Irk Direktifi kapsamında ABAD önüne gelen *Feryn* davasında ise ayrımcılık kavramını geniş bir şekilde yorumlanarak, söz konusu olayda doğrudan bu açıklamalardan etkilenen birisi olmamasının, doğrudan Irk Direktifi kapsamında doğrudan ayrımcılık oluşturmayacağı anlamına gelmeyeceğini vurgulamıştır.³⁷¹ Ayrıca ayrımcılık iddiası, bu eylemden zarar gören bir başvurucunun varlığını da ayrıca gerektirmemektedir.³⁷² Dolayısıyla ayrımcılığın doğrudan bir mağduru olmasa da ayrımcılık iddiası ele alınabilmektedir. Örneğin genel bir ayrımcılık iddiası söz konusu olduğunda bundan zarar gören taraf belirli olmasa da belirli organizasyon ve yapılanmaların bu yönde hak aramaları AB Hukuku ile uyumlu bulunmaktadır.³⁷³

ABAD, önüne gelen olayın AB Hukuku kapsamında değerlendirilebileceği düşüncesindeyse ikinci aşamada bu olayda ayrımcılığın temelinin belirlenmesi amacıyla bir farklı muamelenin varlığını araştırmaktadır. Burada söz konusu olan farklı muamele, başvuru daha olumsuz ya da farklı bir muamele görürken kendisi ile benzer durumda

³⁶⁹ C- 81/12, *Asociația Accept*, para. 36. Ayrıca Irk ve etnik köken temelinde ayrımcılık bakımından bu yöndeki bir karar için bkz. C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV*, 10 July 2008, ECLI:EU:C:2008:397.para 23 vd.

³⁷⁰ C- 81/12, *Asociația Accept*, para. 37.

³⁷¹ C-54/07, *Feryn*.

³⁷² *Ibid.* para. 25.

³⁷³ C-507/18, *NH v Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI - Rete Lenford*, 23 April 2020, ECLI:EU:C:2020:289, para. 64, 65.

olan başkalarının bu şekilde bir muamele görmemesidir. Bu bağlamda devam eden başlık altında karşılaştırılabilirlik unsuru incelenecektir.

3.2.2.2. Karşılaştırılabilirlik Unsuru

AB Hukuku kapsamındaki ayrımcılık yasağı, karşılaştırılabilir durumdaki kişilere yönelen farklı muameleleri kapsamaktadır. Bu bağlamda Çerçeve Direktif ve Irk Direktifinde karşılaştırma unsurları aynı şekilde düzenlenmiştir. Burada doğrudan ayrımcılık bakımından karşılaştırılabilir durumda bulunan bir kişi aranmaktayken dolaylı ayrımcılık bakımından da ayrımcılık iddiası sahibi kişileri, diğer kişilerle karşılaştırıldığında, dezavantajlı bir konumda bırakılmasına dikkat edilmektedir.

Bu hususta ABAD kararlarına baktığımızda ise doğrudan ayrımcılık bakımından bu unsurun biraz daha kolay bir şekilde ortaya koyulabildiği görülmektedir. Örneğin *European Commission v Hungary* kararı ile birlikte, hâkim ve savcıların belirli bir yaşta zorunlu emekliliğini düzenleyen ulusal önlemi değerlendiren mahkeme, bu meslek grubunda olup belirlenen yaşa gelen kişiler ile aynı meslek grubu içerisinde olan daha genç kişilerin karşılaştırılabilir durumda bulunduklarını ortaya koymuştur.³⁷⁴ Cinsel yönelim temelinde bir ayrımcılık söz konusu olduğunda ise kayıtlı birliktelik ve evlilik kurumlarının durumu aynı değilken ulusal mevzuatta buna ilişkin yapılan çalışmalar ve uyumlaştırma hareketleri ile birlikte, kayıtlı birliktelikler aynı cinsiyetten kişilerin durumunu bunlarla (evlilik birliği içerisindeki kişilerle) karşılaştırılabilir hale getirdiği vurgulanmıştır.³⁷⁵

O v Bio Philippe kararında ABAD, öğrenci iken ve tatil döneminde belirli süreli sözleşme ile bir firmada çalışan kişinin sözleşmesinin sonlandırılmasına yönelik

³⁷⁴ C- 286/12, *European Commission v Hungary*, para. 50.

³⁷⁵ C- 267/06, *Maruko*, para. 69, 72. Burada söz konusu karşılaştırılabilirlik unsurunun değerlendirilmesi ise ulusal mahkemeye bırakılmıştır. Ayrıca bkz. C-147/08, *Jürgen Römer v Freie und Hansestadt Hamburg*, 10 May 2011, ECLI:EU:C:2011:286, para. 52. Cinsel yönelim temelinde özellikle evlilik ve kayıtlı birliktelik durumlarında karşılaştırılabilirlik unsurunun ABAD tarafından daha geniş bir şekilde yorumladığı söylenebilecektir.

kendisine ücret ödenmediğine ilişkin olarak yaşı temelinde ayrımcılığa ilişkin olarak bu unsuru doğrudan ayrımcılık bakımından açık ve kapsamlı bir şekilde değerlendirdiği görülmektedir.³⁷⁶ Burada önemli olan, eşit muamele ilkesinin ihlal edildiğine karar vermek üzere gerekli olan durumların karşılaştırılması unsuru, bu durumları karakterize eden tüm faktörler dikkate alınarak ortaya koyulmalıdır.³⁷⁷ Ayrıca durumların birebir aynı olması değil karşılaştırılabilir olması aranmaktadır ve bu karşılaştırma değerlendirmesi geniş ve soyut bir şekilde değil, ilgili hakkın ışığında spesifik ve somut bir şekilde yapılmalıdır.³⁷⁸

Bu bağlamda ABAD, olaydaki gibi tatil döneminde belirli süreli sözleşme ile çalışan bir öğrencinin durumunun, ilgili ulusal önlemin amacı kapsamında sözleşme sonu ödemesi almaya hak kazanan çalışanların durumu ile nesnel şekilde karşılaştırılabilir olup olmadığını değerlendirmiştir.³⁷⁹ Söz konusu ulusal önleme göre, belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşme sonunda yapılan bu ödeme, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde olduğu gibi iş ilişkisi devam etmeyecek olan çalışanlar açısından bir güvence olarak oluşturulmuştur. Ancak ilgili önlem tatil döneminde bu şekilde çalışan öğrencileri yani gençleri iş güvencesi çerçevesinde değerlendirmemekte ve kapsam dışında tutmaktadır. Genç kişilerin bu durumlarının, ilgili önlem çerçevesinde sözleşme sonu ödemesi almaya hak kazanan diğer çalışanlar ile karşılaştırılabilir bulunmaması bakımından ulusal mevzuat sosyal politika alanında takdir yetkisini aşmış görünmekteyse de ulusal önleme ve bağlı olarak diğer önlemlere bakıldığında ilgili öğrencinin durumunun karşılaştırılabilir olduğu örneğin sezonluk çalışanlar gibi grupların da benzer bir muameleye tabi olduğu görülmektedir.³⁸⁰

³⁷⁶ C-432/14, *O v Bio Philippe Auguste SARL*, 1 October 2015, ECLI:EU:C:2015:643.

³⁷⁷ *Ibid.* para. 31.

³⁷⁸ *Ibid.* para. 32.

³⁷⁹ *Ibid.* para. 33 vd.

³⁸⁰ *Ibid.* para. 37-38.

Bu çerçevede mahkeme, ilgili öğrenciyi diğer çalışanlar ile karşılaştırılabilir bir durumda bulmadığından ilgili durumun yaş temelinde ayrımcılık teşkil etmeyeceği yönündeki kararını vermiştir.³⁸¹ ABAD'ın bu kararı bize tıpkı AİHM kararlarından da görüleceği üzere, mahkemenin karşılaştırma unsurunu belirlerken somut bir yaklaşım benimsediğini düşündürmektedir.

Dolaylı ayrımcılık bakımından ise ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişilerin, diğer kişilerle karşılaştırıldığında, özellikle dezavantajlı bir konumda kalması unsurunun aranacağı, ayrımcılık direktifleri ile ortaya koyulmuştur. Tobler'e göre dolaylı ayrımcılık hükümlerinin etkisini azaltmamak için buradaki eşik çok dikkatle değerlendirilmelidir.³⁸² Dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda özellikle karşılaştırma unsurunun kapsamı her zaman için üzerinde kolay karar verilebilecek bir konu değildir. Bu hususta ABAD kararlarından, mahkemenin söz konusu kavramı nasıl yorumladığı değerlendirilmelidir.

Örneğin *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* kararında ABAD, dolaylı ayrımcılık bakımından özellikle dezavantajlı durumun nasıl ortaya koyulacağını yorumlamaktadır. Buna göre direktifin lafzına bakıldığında ilgili hükmün, söz konusu dezavantajlı durumun sadece ciddi, açık ve eşitsizliğin belirgin bir görünümü söz konusu olduğunda ortaya çıkacağına ilişkin bir düzenleme içermediğini belirtmiştir. Bu koşul söz konusu önlem ya da uygulama nedeniyle dezavantajlı olan kişilerin özellikle belirli bir etnik kökene sahip kişiler olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Böyle bir yorum, tarafsız görünen bir önlem ya da uygulamadan kaynaklanan ve korunan temellerdeki durumlara sahip kişileri bunlara sahip olmayanlardan ayıran dolaylı ayrımcılık kavramı ve söz konusu kavramın ciddiyeti hakkında bir belirleme yapmamış olan direktiflerin amacı ile uyumludur.³⁸³

³⁸¹ *Ibid.* para. 39.

³⁸² Christa Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2008) 40.

³⁸³ C-83/14, "*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*", para. 98-103. Ayrıca bkz. Z., C- 363/12, EU:C:2014:159, para. 53.

Burada esas olan karşılaştırma esnasında ayrımcılığa uğrayan kişinin durumunun ne dereceye kadar dezavantajlı olarak değerlendirileceğidir. Bu bağlamda (etnik köken temelinde) dolaylı ayrımcılık bakımından verilen *Maniero* kararında ABAD, farklı muamelenin varlığını ortaya koyabilmek için genel ve soyut bir karşılaştırma değil özel ve somut bir karşılaştırma yapmak gerektiğini belirtmektedir. Söz konusu davada ise bir burs kuruluşunun, burs verme yönünden ortaya koyduğu şart belirli bir sınavın geçilmesi olup burada dezavantajlı grup bu şartı yerine getiremeyenlerin tamamı olacaktır.³⁸⁴ Ancak söz konusu olayda belirli bir etnik grubun bu durumdan daha fazla etkilendiğine ilişkin bir gösterge bulunmadığından dolaylı ayrımcılık iddiası kabul görmemiştir.³⁸⁵ Bu gerekçelendirmeden aslında mahkemenin tıpkı doğrudan ayrımcılıkta olduğu üzere gerçek ve somut bir dezavantajın varlığını aradığı düşünülebilecektir.

Bu bakımdan *Escribano Vindel* kararında da benzer bir çıkarım yapılmış olduğu görülür. Bu kararda mahkemenin dolaylı ayrımcılık bakımından yine karşılaştırma unsuruna yoğun bir şekilde değindiği görülmektedir. Buna göre ilk olarak, yaş temelinde ayrımcılık iddiasından kaynaklanan bu davada ulusal mahkemenin, Bay Escríbano Vindel'in yaşını belirtmediği veya onunla karşılaştırılabilir durumda olan başka bir kişiyi tanımlamadığı, yalnızca yargı mensupları maaş derecelerine ilişkin söz konusu mevzuatın, esas dava üzerindeki daha az olumlu etkisine dikkat çektiği belirtilmiştir. İkinci olarak ise eğer Bay Escríbano Vindel, üye devlet ve Komisyonun iddia ettiği gibi belirli bir maaş seviyesinde olmaya hak kazanmışsa, lehte/olumlu muamele gören yargıçlar arasında sayılacağından, diğer çalışanlara kıyasla yaş temelinde ayrımcılığın mağduru olarak kabul edilemeyecektir. Ancak eğer daha alt grup maaş seviyesinde bulunuyorsa bu durumda kendi maaş derecesindeki yargı mensuplarının, diğer maaş derecesindeki yargı mensuplarının ait oldukları yaş grubundan farklı bir yaş grubuna ait olup olmadığının tespit edilmesinin önemli olduğunun altını çizmektedir.

³⁸⁴ C-457/17, *Maniero*, para. 48, 49.

³⁸⁵ *Ibid.*, para. 50, 51.

Bu bağlamda ABAD, direktiften kaynaklanan karşılaştırılabilirlik unsurunu değerlendirirken, bir yandan durumların özdeş olmasının değil, sadece karşılaştırılabilir olmasının gerekli olduğuna ve diğer yandan durumların karşılaştırılabilir olup olmadığının genel ve soyut bir şekilde değil ancak ilgili menfaat ışığında belirli ve somut bir şekilde belirlenmemesine dikkat edilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.³⁸⁶

Taciz bakımından karşılaştırma unsuruna yer verilmemiştir. Mağdurlaştırma ve makul uyumlaştırma kavramları da kendiliğinden ve doğaları gereği böyle bir unsura gerek duymamaktadır.

3.2.2.3. Nesnellik ve Meşru Nedenlerle Haklı Gösterilebilme Unsuru

Ayrımcı bir muamele ortaya koyulduğunda ve karşılaştırılabilirlik kriteri de sağlandığında sıra söz konusu önlemin nesnellik ve meşru olma bakımından incelenmesine gelmektedir. AB Hukuku kapsamında ABAD, ayrımcılık yasağı bağlamında farklı bir muamelenin varlığı ortaya koyulduğu zaman bu muamelenin haklı gösterilip gösterilemediğini belirli bir usul ile değerlendirmektedir. Öncelikle ayrımcılık iddiasının yöneldiği ulusal önlem ya da uygulamanın amacına bakılmaktadır. Bu bağlamda söz konusu amacın meşruiyeti kapsamında nesnel ve meşru olması beklenmektedir.

Burada kimi durumlarda mahkemenin söz konusu önlemin meşruluğunu değerlendirirken, üye devletlerin bu alandaki takdir yetkisini kapsam dahiline aldığı görülmektedir. Örneğin ayrımcılık yasakları söz konusu olduğunda üye devletler sosyal ve istihdam politikaları çerçevesinde belirlenen amaçlara ulaşmak üzere seçilecek önlemler bakımından geniş bir takdir yetkisine sahiptir.³⁸⁷ Hatta bir görüşe göre ABAD,

³⁸⁶ C-49/18, *Escribano Vindel*, para. 44-50. Ayrıca bkz. C- 143/16, *Abercrombie & Fitch Italia*, para. 25.

³⁸⁷ *Ibid.* para. 62 ; C-411/05, *Félix Palacios de la Villa*, para. 68. ; C- 555/07, *Küçükdeveci* para. 38. ; C- 88/08, *Hütter*, para 45. ; C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark*, para. 33. ; C-45/09, *Rosenbladt*, para. 76. ; C-529/13, *Georg Felber v Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur*, 21 January 2015, ECLI:EU:C:2015:20, para. 30. Daha özel bir örnek olarak Çerçeve Direktifin 6. maddesinin ikinci fıkrasında getirilen yaşa dayalı istisnalardan olan mesleki sosyal güvenlik programlarının belirli şekilde düzenlenmesi bakımından üye devletlere tanınan geniş takdir yetkisine ilişkin olarak bkz. C-159/15, *Franz*

üye devletlerin bu politikalar bakımından herhangi bir seçimini kabul etme eğilimindedir.³⁸⁸ Ancak yine ABAD'ın belirttiği üzere örneğin bu takdir hakkı yaş temelinde ayrımcılık yapılmaması ilkesinin uygulamasını tehlike altına alacak şekilde bir etkiye sahip olmamalıdır.³⁸⁹ Ancak örneğin yine yaş bakımından, ilgili istihdam alanında dengenin sağlanması, çalışanların işten ayrılışlarının planlanması ve yaş temelinde kamu hizmetlilerinin terfi durumları gibi alanlarda alınacak önlemler bakımından üye devletlere geniş bir takdir yetkisi tanındığı da görülmektedir.³⁹⁰ Nitekim bir üye devletin, kamu otoritelerine, analiz ve danışmanlık görevlerine emekli kişilerin getirilmemesine yönelik hareket etme yetkisi veren bir ulusal önlemini, istihdam politikası ve işgücü piyasasına yönelik olarak meşru bir amaç kapsamında görmüştür.³⁹¹

Kimi durumlarda ise üye devlet çok açık ve kesin bir amaç ortaya koymayabilir. ABAD, burada yine üye devlet tarafından açıkça meşru bir amaç ortaya koyulmasa da ulusal düzenlemelerde bu şekilde belirgin bir amaç bulunmaması onların otomatik olarak haklı gösterilebilme aşamasından çıkarılması anlamına gelmeyeceğini vurgulamaktadır.³⁹² Ancak ortaya koyulan ya da olayın doğasından çıkarılan bu amacın kanımca ayrımcı muamele ile bağlantılı da olması gerekmektedir.

Bazı durumlarda ise ABAD'ın olayın niteliğine göre sosyal ve istihdama ilişkin politikalar çerçevesindeki amaçları daha kısıtlı şekilde kabul etme eğiliminde olduğu görülmektedir. Örneğin bir üye devletin içerisinde olduğu akut ekonomik kriz, o üye devletin iflası ve Avro alanının istikrarını bozmak gibi ciddi sonuçlar doğurabilmekteyse

Lesar v Beim Vorstand der Telekom Austria AG eingerichtetes Personalamt, 16 June 2016, ECLI:EU:C:2016:451, para. 27 vd. Burada iç pazar hukukundaki 4 temel serbesti bakımından örneğin kamu düzeninin sağlanması kurucu antlaşmadan kaynaklanması sebebiyle genel bir meşru sebep olarak ele alınabilecekken, her bir dolaşım serbestisinin doğasından kaynaklı olarak ona uygun meşru sebepler kabul edilmesi de olasıdır ki bu unsur kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler olarak değerlendirilebilir ve bu bağlamda aslında sınırsız bir liste şeklindedir.

³⁸⁸ Wiesbrock, *Case Note* (2010), 545.

³⁸⁹ Case C- 388/07, *Age Concern*, para. 51 ; C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark*, para.33

³⁹⁰ C-411/05, *Palacios de la Villa*, para. 68 ; Joined Cases C-159/10 and C-160/10, *Fuchs and Köhler*, para. 61.

³⁹¹ C-670/18, *CO v Comune di Gesturi*, 2 April 2020, ECLI:EU:C:2020:272, para. 42 vd.

³⁹² C-388/07, *Age Concern*, para. 44. ; C-411/05, *Palacios de la Villa*, para. 56.

de alınan ulusal önlemin amacının kapsamını etkilememektedir. Bu bağlamda ekonomik kriz, bir üye devlete farklı bir muameleyi haklı çıkarmak için izlediği sosyal ve istihdam politikasıyla ilgili olanlar dışında ve yalnızca bu amaca güvenerek ayrımcılık hükümlerini pratik etkiden yoksun bırakma yetkisi vermeyecektir.³⁹³

Tıpkı AİHM kararlarından görüleceği üzere aslında burada da üye devletin ortaya koyduğu meşru amaç ile başvurucunun iddiasının temelini oluşturan ayrımcı muamele doğal olarak bağlantılı olmalıdır. Buna göre taraf devlet bir farklı muamelenin gerekçesini ortaya koyduğunda bunun meşru görülebilmesi için hem gerekçenin makul olması hem de taraf devletin bu savını destekleyecek araçları da beraber öne sürmesi gerekmektedir. Bu bakımdan soyut ya da çok geniş bir alana yayılan iddiaların ABAD tarafından daha dikkatle değerlendirileceği söylenebilecektir.

Ancak AB Hukuku bir noktada AİHM'nin nesnel ve meşru savunmalarına ilişkin içtihadından ayrılmaktadır. Bu da doğrudan ayrımcılık söz konusu olduğunda gerçekleşmektedir. Buna göre ayrımcılık direktifleri kapsamında kalan bir olayda doğrudan ayrımcılık söz konusu olduğunda, bu ayrımcı uygulama ya da önlem sadece direktiflerde açıkça belirtilen amaçlar çerçevesindeyse haklı kılınabilecektir.³⁹⁴ Bu da hem Çerçeve Direktiften hem de Irk Direktifinden görülebileceği üzere mesleki gereklilikler olmaktadır³⁹⁵ salt olarak Çerçeve Direktiften görüleceği üzere inanç temelli kuruluş olan işverenler tarafından din ve inanç bazında ayrımcılık yapılabilmesini öngören düzenleme³⁹⁶ ve yine belirli durumlarda yaş temelinde ayrımcılığa ilişkin getirilebilecek istisna uygulama ve önlemler olmaktadır.³⁹⁷

³⁹³ C-511/19, *AB v Olympiako Athlitiko Kentro Athinon – Spyros Louis*, 15 April 2021, ECLI:EU:C:2021:274, para. 35-37.

³⁹⁴ Bu husus özel savunmalar olarak da adlandırılabilir.

³⁹⁵ 2000/43 sayılı Irk Direktifi m.4 ve 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.4.

³⁹⁶ 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.4/2.

³⁹⁷ 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.6. Mesleki gerekliliklerin değerlendirilmesi bakımından bkz. C-188/15, *Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v Micropole SA*, 14 March 2017, ECLI:EU:C:2017:204, para. 37. İnanç temelli kuruluş olan işverenler tarafından din ve inanç bazında ayrımcılık yapılabilmesini öngören düzenleme bakımından yapılan inceleme için bkz. C-414/16, *Egenberger*, para 69. Bu kararda dini/inanç temelli işverenlerin, belirli bir işin sadece belirli bir inanca

Orantılılık bakımından ise ABAD'ın söz konusu amaca ulaşmak üzere kullanılan aracın gerekliliği ve uygunluğunu aradığını görmekteyiz.³⁹⁸ Ayrımcı olduğu iddia edilen önlemin uygun ve gerekli olduğunun kanıtlanabilmesi için, bu önlemin üye devlet tarafından izlenen amaç ışığında mantıksız görünmemesi ve (ulusal mahkemenin değerlendirmesi gereken) kanıtlarla da desteklenmesi gerekir.³⁹⁹ Bu ise klasik orantılılık testi olarak adlandırılabilir ve AB iç pazar hukukundan gelen görünümüyle ayrımcılık alanında da uygulama bulduğu söylenebilir.⁴⁰⁰ Bu bağlamda uygunluk ve gereklilik adı altında ikili bir değerlendirme yapılmalıdır. Uygunluk bakımından, bir önlemin izlenen amaçlara ulaşılmasını sağlamak bakımından, ancak bu amaca ulaşma endişesini tutarlı ve sistematik bir şekilde gerçekten yansıtıyorsa, uygun olduğu belirtilmiştir.⁴⁰¹ Gereklilik ise ulaşmak istenen amaca erişmek için kullanılan aracın gerçekten etkili olup olmadığının değerlendirildiği basamaktır. Bu bağlamda ilgili amaca erişmek üzere daha az kısıtlayıcı araçların kullanılıp kullanılmayacağı ele alınmaktadır.

Kimi durumlarda yukarıda da belirtildiği üzere üye devletlere geniş takdir yetkisi verilen alanlar söz konusu olabilecektir. Bu gibi durumlarda ise orantılılık testinin daha gevşek şekilde ele alınacağı da düşünülebilir. Bezer bir durum büyük bir grubu ilgilendiren toplu sözleşmeler bakımından da söz konusu olabilmektedir. Örneğin davaya esas olayın özelliklerine göre değerlendirildiğinde, ABAD'ın toplu iş sözleşmelerinde düzenlenen örneğin zorunlu emeklilik yaşı ya da yaşa dayalı ödemeler gibi önlemleri meşru bir amaç kapsamında uygun ve gerekli olarak değerlendirme eğilimi olduğundan

sahip kişilere verilir verilemeyeceğine yönelik olarak alacakları kararların olması gerekenden daha ileriye gittiğini ortaya koyarak bu bağlamda gereklilik kriteri etkin bir şekilde uygulanmıştır

³⁹⁸ C-144/04, *Mangold*, para. 62.

³⁹⁹ Joined Cases C-159/10 and C-160/10, *Fuchs and Köhler*.

⁴⁰⁰ Bu bağlamda meşru görülen bir amaç çerçevesinde orantılılık testini geçemeyen bir ulusal önlem için bkz. C- 286/12, *European Commission v Hungary*, para 66. İç Pazar bütünleşmesi ile birlikte kişisel hakların korunması işlevini de yerine getirmesi bakımından kullanılan orantılılık testi hakkındaki teoriler ve ayrıntılı inceleme için bkz. Wolf Sauter, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?*, TILEC Discussion Paper no. 2013-003, 454 vd.

⁴⁰¹ C- 476/11, *HK Danmark*, para. 67 ; Joined Cases C-159/10 and C-160/10, *Fuchs and Köhler*, para. 85.

bahsedilebilecektir.⁴⁰² Yine *Mangold* kararından görüleceği üzere, üye devletler sosyal ve istihdam politikaları çerçevesinde belirlenen amaçlara ulaşmak üzere seçilecek önlemler bakımından geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak toplu sözleşmelerden farklı olarak, üye devletteki tüm çalışanlar bakımından ve hiçbir ayırım gözetilmeden tek tip olarak iş sözleşmelerinde belirli bir yaş uygulanmasının, gerekli ve uygun olanın ötesine geçtiği ortaya koyulmuştur.⁴⁰³

Yukarıda da belirtildiği üzere dolaylı ayrımcılık, meşru bir amaçla nesnel olarak haklı bir sebebe dayandırılabilir. *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* kararı ile ise aslında dolaylı ayrımcılık bakımından bu husus ortaya koyulmuş görünmektedir. Buna göre maddenin lafzından birebir hareketle, görünüşte tarafsız olan ancak belirli bir ırk veya etnik kökene sahip kişileri belirli bir dezavantaja sokacak bir önlem veya uygulamanın dolaylı ayrımcılık teşkil edeceği ve bu nedenle, meşru bir amaç ve amaca uygun ve gerekli olarak gerekçelendirilmediği sürece yasaktır. Bu bağlamda ilgili unsur ırk ve etnik köken temelinde bir ayrımcılık bakımından söz konusu olduğunda haklı gösterme süreci oldukça sıkı bir incelemeye tabi tutulmalıdır.⁴⁰⁴

Engellilik temelinde dolaylı ayrımcılık bakımından *Ruiz Conejero* kararında ise obezite ve işe gelememe ile ilgili olarak ortaya koyulan önlemler bakımından ABAD, izinli olunabilecek günleri düzenleyen ulusal önlemin ilgili maddesi açısından, hastalığı nedeniyle işe gelemeyen engelli kişileri diğer çalışanlar nazarında daha riskli bir durumda değerlendirmiştir. Dolayısıyla ilgili ulusal önlemin engellilik temelinde dolaylı ayrımcılık

⁴⁰² Bkz. Joined Cases C-297/10 and C-298/10, *Sabine Hennigs v Eisenbahn-Bundesamt and Land Berlin v Alexander Mai*, 8 September 2011, ECLI:EU:C:2011:560, para. 99. Toplu sözleşme yoluyla kabul edilen tedbirlerin niteliği, üye devletler tarafından mevzuat veya düzenleme yoluyla tek taraflı olarak kabul edilenlerin niteliğinden farklıdır, bu bağlamda sosyal ortakların, THŞ'nin 28. maddesinde toplu sözleşme yapma temel hakları ile çıkarları arasında bir denge kurmaya özen göstermelidir. Bkz. *Ibid.* para. 66. Havayollarındaki ücret ödemeleriyle ilgili olarak farklı muamele içeren bir önlem bakımından bkz. C-132/11, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH v Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH*, 7 June 2012, ECLI:EU:C:2012:329, para. 27-31.

⁴⁰³ C-144/04, *Mangold*, para. 65. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki ABAD her durumda çok kesin bir şekilde bu testin aşamalarını kararlarına yansıtmamakta, kimi zaman belirli konuları daha üzeri kapalı olarak geçme eğilimi taşımaktadır.

⁴⁰⁴ C-83/14, *"CHEZ Razpredelenie Bulgaria"*, para. 111-112.

yarattığını ortaya koymuştur.⁴⁰⁵ Bunun ise meşru bir nedenle haklı gösterilip gösterilemeyeceği incelenmiştir. Burada ilgili ulusal önlemin amacının, kısa süreli devamsızlıklar şeklinde ortaya çıkan işe devamsızlık durumunda iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin, işyerinde üretkenlik ve etkililiği arttırmak ve işverenler açısından işgücü maliyetlerinin adaletsizce artmamasını sağlamak olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda söz konusu amaç Çerçeve Direktifin düzenlemeleri kapsamında meşru sayılmıştır.⁴⁰⁶

Sonrasında sırasıyla uygunluk ve gereklilik açısından değerlendirilen ulusal önlem, uygunluk açısından işverenlerin söz konusu devamsızlıktan kaynaklanan doğrudan ve dolaylı yükleri ve işe alım ve sürdürülmesi bakımından da ilgili önlemin işveren üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi işi olay temelinde ulusal mahkemeye bırakılmıştır.⁴⁰⁷ Gereklilik açısından ise ilgili önlem bağlamında ilgili kişilere yönelecek ters etkilerinin ele alınması gerekmektedir. Bu bağlamda ulusal mevzuatın, özellikle engelli kişilere yönelik olarak ilgili faktörleri göz önüne alıp almadığı hususunun değerlendirilmesi de ulusal mahkemeye bırakılmıştır. İlgili ulusal önlemin orantılı olup olmadığına karar verebilmek için de istihdam piyasasına yeniden girişte genellikle engelli olmayan kişilere göre daha büyük zorluklarla karşılaşan ve durumlarının gerektirdiği korumaya ilişkin özel ihtiyaçları bulunan engellilerin maruz kaldığı riskler göz ardı edilmemelidir.⁴⁰⁸

Din ve inanç temelinde ayrımcılığın söz konusu olduğu başka bir davada ise ilgili ulusal önlemin gerekliliği bakımından, işverenin tarafsızlığın yansıtılması amacıyla belirli bir işaret ya da giyim tarzının yasaklanması, sadece müşteriler ile doğrudan ilişki kuran çalışanlar açısından uygulanmaktaysa dar bir yorumla ilgili önlem amaca ulaşmak için gerekli olarak görülebileceği vurgulanmıştır.⁴⁰⁹ Bu bağlamda dolaylı ayrımcılık söz

⁴⁰⁵ C-270/16, *Carlos Enrique Ruiz Conejero v Ferroser Servicios Auxiliares SA and Ministerio Fiscal*, 18 January 2018, ECLI:EU:C:2018:17, para 39 vd.

⁴⁰⁶ *Ibid.* para. 44.

⁴⁰⁷ *Ibid.* para. 47,48.

⁴⁰⁸ *Ibid.* para. 50 vd. Ayrıca bkz. Joined Cases C- 335/11 and C- 337/11, *HK Danmark*, para. 91.

⁴⁰⁹ C-157/15, *Achbita*, para. 42. Ayrıca bkz. C-188/15, *Bougnaoui*.

konusu olduğunda ABAD'ın farklı ayrımcılık temelleri söz konusu olduğunda kamu yararına ilişkin olarak ağır basan sebepleri orantılılık testini ile birlikte söz konusu temelde dar ya da geniş bir şekilde yorumlamayı tercih ettiği düşünülmektedir. Kimi durumlarda ise bu araştırma adımı daha üzeri kapalı olarak geçilmektedir.

Sonuç olarak üye devletler, her bir olay temelinde değerlendirilmek üzere, meşru bir amaç çerçevesinde ve orantılılık ilkesi ile uyumlu şekilde ayrımcılık yasaklarına karşı olarak uygun önlemleri alabilecektir. Yani ayrımcılık oluşturan ulusal önlem, üye devletin meşru amacı kapsamında ve tabi ki orantılılık ilkesi ile de uyumlu görülürse bu alandaki AB Hukuku ihlal edilmemektedir. Doğrudan ayrımcılık bakımından sadece ayrımcılık direktiflerinde belirlenen sebepler meşru amaç olarak kullanılabilirken, dolaylı ayrımcılık bakımından genel bir savunma yapma imkânı bulunmaktadır. AB Hukuku ise bu alanda iç pazar hukukundan gelen içtihadının birikimini ve yansımasını kullanması bakımından aslında köklü bir içtihat hukukuna sahiptir denilebilir.

3.2.2.4. İspat Yükü

İspat yükü ise ortaya koyulan olgunun kanıtlanması unsurunu ifade etmektedir. Burada konunun daha iyi ortaya koyulabilmesi için ispat yükü üçe ayrılarak incelenecektir. İlk olarak mahkemenin genel olarak ispat yükü yorumu ele alınacak devamında ise ispat yükünün ters çevrilmesi ve kullanılan istatistiki deliller konuları incelenecektir.

AB Hukukuna baktığımızda ayrımcılık bakımından ispat yükünün paylaşımlı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Buna göre ayrımcı bir muamelenin varlığını iddia eden kişi bu iddiasını ortaya koyduğunda bu sefer karşı taraf bunun aksini yani farklı muamele bulunmadığını veya farklı muamele bulunmaktaysa bunun haklı olduğunu ispat etmek durumundadır.⁴¹⁰

⁴¹⁰ 2000/43 sayılı Irk Direktifi m.8 ve 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.10.

Doğrudan ayrımcılık iddialarında olguyu ispat etmek nispeten kolaydır çünkü karşılaştırılabilir kişiler arasında bir kişiye yönelen daha ayrımcı bir muamele bulunur ve bu ayırksı durumu genellikle ortadadır. *Asociația Accept* kararından da görüleceği üzere, Burada önemli olan hususlardan birisi, bir spor kulübü adına açıklama yapan kişinin ayrımcılık temelli bu açıklamasının, doğrudan veya dolaylı bir ayrımcılık bulunduğu varsayımı yaratabilecek olguları ortaya koymak bakımından nasıl ele alınacağıdır. Mahkemeye göre olayda açıklamayı yapan kişinin yasal olarak kulüp adına iş sözleşme yapma hakkını elinde bulundurmasa da yönetimde söz sahibi olarak görülmesi ve ilgili spor kulübünün, yapılan ayrımcı açıklamalar ile arasına bir sınır koymaması nedeniyle ortada bir ayrımcılık bulunduğu varsayımı yaratacak olgular ortaya koyulmuş sayılmaktadır.⁴¹¹

Asıl sorun ise dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda da ayrımcılık unsurunu ortaya koyabilen kişinin bu iddiası artık karşı tarafın kanıtlaması gereken bir olguya dönüşmektedir ki bu husus doğrudan ayrımcılığa göre burada daha da önem taşımaktadır. Nitekim burada katı bir şekilde uygulanacak ispat kuralları, eşit muamele ilkesinin kapsamını daraltmanın yanı sıra, görünüşte tarafsız bir önlemin uygulanmasından kaynaklanan dolaylı bir ayrımcılığın mağduru olduğunu iddia eden kişi açısından, belirli bir dezavantajlı durumda olduğunu ortaya koymak bakımından belirli zorluklara yol açabilir.⁴¹²

Ayrımcılık alanında genel olarak bakıldığında ise ayrımcılık saikinın ispatının gerekli olmadığı görülür. Bu noktada ispat yüküne ilişkin açıklamalar aslında AİHM kararları ile uyumludur. Nitekim ABAD'ın *Feryn* davasındaki kararından da görüleceği üzere bir şirket sahibinin yapılan ayrımcılığa ilişkin olarak bunu müşterilerinin talep

⁴¹¹ C- 81/12, *Asociația Accept*, para. 50-53.

⁴¹² Olivier De Schutter, Three Models of Equality & European Anti-Discrimination Law, *Northern Ireland Legal Quarterly* 57, no 1 (2006) 18. ss.1-56.

ettiğine ilişkin beyanı ortaya koyulmuş ve mahkeme bu durumu ayrımcılık unsuru hakkında karar verirken incelemeye gerek bulmamıştır.⁴¹³

Bir başka husus ise mağdurun belirlenmesinin ispat yükünü ve daha da geniş olarak davayı etkileyebilecek durumda olmasıdır. Buna göre ırk temelinde ayrımcılığa ilişkin verilen *Feryn* kararında mahkeme, açık bir mağdur olmasa da dosyayı inceleyip kararını vermiştir. Böyle bir husus AIHM yönünden mümkün olmayacaktır çünkü AIHS'nin ilgili maddeleri ve özellikle davaların kabul edilebilirlik kriterleri incelendiğinde (AIHM m.34) böyle bir mağdur eksikliği durumunda mahkemenin kabul edilemezlik kararı vereceğinin olağan olduğu söylenebilecektir.

Bu bakımdan değerlendirildiğinde AB hukukunda somut olgulara dönüşebilecek soyut ayrımcılık iddialarının da aslında koruma altında olduğundan bahsedilebilecektir. Ancak *Feryn* davasının tamamen soyut bir iddia üzerinden şekillenmediği düşünülmektedir. Burada, var olan ve ayrımcı görünen bir iş ilanı ve potansiyel (mağdur) başvuru vardır. Bu bağlamda ABAD önüne tamamen hipotetik bir olgu geldiğinde bunu reddedebileceği de söylenebilir. Soyut olgulardan bağımsız olarak mahkeme önüne gelen bir olayda (mağdur olma bakımından) hakkın kötüye kullanımını da ayrıca ele alınmalıdır. Bu yöndeki *Kratzer* kararı ile birlikte ABAD, bir kişinin bir iş başvurusu yaptığı anda amacının o işe kabul edilmek değil başvuru sıfatı kazanarak AB Hukuku kapsamındaki ayrımcılık direktifleri bağlamında tazminat elde etme olduğu ortaya koyulduğunda bu hususu Direktifler kapsamında saymamış ve hatta koşulların uygun olması durumunda hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirebileceğini belirtmiştir.⁴¹⁴

Direktiflerin düzenlenmesinden doğan kimi durumlarda ise daha ağır bir ispat yükünün uygulandığı görülmektedir. Örneğin *Age Concern* kararı ile birlikte aslında daha

⁴¹³ C- Feryn

⁴¹⁴ C-423/15, *Nils-Johannes Kratzer v R+V Allgemeine Versicherung AG*, 28 July 2016, ECLI:EU:C:2016:604, para. 43, 44.

önce yukarıda da belirtildiği üzere Çerçeve Direktifin yaş temelinde ayrımcılığa istisna getiren maddesinin uygulaması ortaya koyulmuş ve mahkeme tarafından daha yüksek bir standartta ispat yükü getirmiştir.⁴¹⁵

Daha önce de belirtildiği ve mahkemenin kararlarından da görüldüğü üzere üye devletler sosyal ve istihdam politikaları çerçevesinde belirlenen amaçlara ulaşmak üzere seçilecek önlemler bakımından geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak bununla birlikte, üye devletlerin sosyal politika konularında geniş takdir yetkilerine rağmen bu durumun, izlenen amacın meşruiyetini *yüksek bir standartta* kanıtlama külfetini de yüklediğini belirtmek önemlidir.⁴¹⁶

3.2.2.4.1. İspat Yükünün Ters Çevrilmesi

Eşit muamele ilkesinin kendisine uygulanmadığını düşünen kimseler bu bağlamda ilgili durumda ayrımcılık olduğunu gösterir unsurları ortaya koyduğunda, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğini kanıtlamak artık davalı tarafa düşmektedir. Bu husus ise ispat yükünün ters çevrilmesi olarak ifade edilmektedir.

ABAD'ın da belirttiği üzere, bir ulusal mahkeme bir ayrımcılık karinesi olduğu sonucuna vardığında, eşit muamele ilkesinin etkin bir şekilde uygulanması için, ispat yükünün, bu durumda bunu kanıtlamakla yükümlü olan ilgili davalılara ait olması gerektiğini dikkate almalıdır.⁴¹⁷ Dolayısıyla davalı tarafın burada farklı bir muamele bulunmadığını objektif olarak ortaya koyması gerekmektedir. Objektif olarak ortaya koyulurken de söz konusu savunma somut delillerle desteklenmelidir. Örneğin bir üye devlet elektrik idaresinin, Roman vatandaşların yaşadığı bir bölgede birçok defa sayaçlara zarar verildiği ve kaçak hat çekimi gibi eylemlerde bulunulduğuna, bu nedenle sayaçların kişilerin ulaşamayacakları yüksekliğe takıldığına ilişkin savunması ABAD tarafından değerlendirilmiştir. Buna göre mahkeme, söz konusu iddianın geçerliliği bakımından

⁴¹⁵ C-388/07, *Age Concern*, para. 65-67.

⁴¹⁶ *Ibid.* para. 65.

⁴¹⁷ C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, para. 85. Ayrıca bkz. C- 303/06, *Coleman*, para. 54.

ilgili tarafın gerçek ve somut deliller ortaya koyması gerekliliğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda ispat yükünü üzerinden atmak için genel kaniya dayanan eylem ve riskler delil olarak ortaya konmamalıdır.⁴¹⁸ Bu bağlamda özellikle ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılık söz konusu olduğunda ispat yükü ters çevrildiğinde karşı tarafın oldukça somut bir şekilde eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ortaya koymasının öneminin altı çizilmiş olmaktadır.

Burada üye devlet savunmalarına baktığımız zaman bunların ayrımcılık direktiflerinde belirlenen şekillerde olabileceğini görürüz. Nitekim bunlar mesleki gereklilikler⁴¹⁹, yaşa ilişkin özel düzenlemeler⁴²⁰ ve dini kurumlara ilişkin özel uygulamalar⁴²¹ olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHS sistemi ile karşılaştırıldığında ispata ilişkin öne sürülebilecek savunmalar net olarak düzenlenmediğinden burada daha çok içtihat ile oluşturulan bir alan meydana geldiği ve çocuğun üstün yararı, geleneksel aile hayatının korunması ve dini kurumların özerk statülerine ilişkin savunmaların davalı tarafça ortaya koyulduğu görülmektedir. Ancak görüldüğü üzere AB Hukuku bu konuda her ne kadar dolaylı ayrımcılık bakımından daha genel savunma nedenleri öne sürülebilecek olsa da daha somut ve kanımca uygulamada kolaylık sağlayan bir görünümde-dir.

Her ne kadar davalı tarafın ispat yükü bağlamında somut bir savunma yapması gerekmektedir de bazı durumlarda çatışan haklar bunun daha soyut bir şekilde ele alınması yönünde bir zorunluluk oluşturabilir. Örneğin ispat yükü savunan tarafa geçtiğinde davalı taraf, geçmişte kişilerin belirli cinsel yönelimleriyle işe alındığını kanıtlamak zorunda kalmayacaktır çünkü bu husustaki bir zorlama özel hayatın gizliliğine

⁴¹⁸ C-83/14 , *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, para. 116, 117.

⁴¹⁹ 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi m.4.

⁴²⁰ Yaşa ilişkin olarak Çerçeve Direktifin 6. maddesi gösterilebilecektir. Bu maddenin uygulaması her ne kadar yaş temelinde ayrımcılık iddialarında ele alındığında 4. madde ile karıştırılabilecek gibi dursa da örneğin *Wolf* kararı ile birlikte itfaiyecilik, mesleğin gereği olan fiziksel yeterliliğin değerlendirildiği aşamaya geçmeksizin başvurusu reddedilmiştir. Bu nedenle burada 6. madde kapsamında değil 4. madde kapsamında olan yaş temelinde ayrımcılıkta uygulanacak istisnalar ele alınmalıdır. Bkz. C-229/08, *Colin Wolf*, para. 31.

⁴²¹ 2000/78 sayılı Çerçeve Direktifi Databasesi para. 24 ve m.4/2.

müdahale anlamını taşıyacaktır.⁴²² Bu karardan görüldüğü üzere bireysel bir hak olan özel hayatın gizliliği sayesinde ayrımcılık iddiasının yöneldiği taraf belirli bir oranda ve kapsamda bunu kanıtlama yükümlülüğünü üzerinde atmış gibi görünmektedir.

Feryn kararında ise ispat yükü ve ispat yükünün ters çevrilmesine ilişkin olarak yapılan değerlendirmeler ayrıca önemlidir. Buna göre ABAD öncelikle ispat yükünün ters çevrilmesine ilişkin genel ilkeyi tekrar etmektedir. Eşit muamele ilkesinin uygulanmaması nedeniyle ortada doğrudan veya dolaylı ayrımcılık olduğunu gösterebilecek olguların mahkemeye sunulması halinde bu ilkenin ihlal edilmediğini kanıtlama görevi davalı tarafa düşmektedir. Bu bağlamda ayrımcılığı ortaya koyan olguların varlığı bakımından ABAD bu olayda, bir işverenin kamuya açık şekilde işe alım politikasını belirli ırk veya etnik kökeni dışarıda bırakacak şekilde açıklamasının, ayrımcı muamele bulunduğu karinesini ortaya koymuş olduğunu vurgulamaktadır.⁴²³ Ayrıca artık ispat yükü üzerine düşen söz konusu işverenin, bu ilkeyi ihlal etmediğini ortaya koyabilmesi için örneğin uygulamada işe alımlarının bu açıklamada olduğu gibi olmadığını göstermesi gerekmektedir.⁴²⁴

Bu kararı *Asociația Accept* kararındaki ispat yükü açısından değerlendirdiğimizde ise bu davada özel hayatın gizliliği kavramının, bu yükün değerlendirilmesi bakımından ele alındığı görülmektedir. Buna göre ispat yükü savunan tarafa geçtiğinde, geçmişte kişilerin belirli cinsel yönelimleriyle işe alındığını kanıtlamak zorunda kalmayacaktır çünkü bu husustaki bir zorlama özel hayatın gizliliğine müdahale anlamını taşıyacaktır.⁴²⁵

3.2.2.4.2. İspat Yükünde İstatistikî Deliller

AIHS'nin ilgili başlığı altında da değinildiği üzere dolaylı ayrımcılığa ilişkin davalara baktığımız zaman bunların görünürde tarafsız olan bir kural ya da uygulamadan

⁴²² C- 81/12, *Asociația Accept*, para. 57 vd.

⁴²³ *Feryn* para. 31.

⁴²⁴ *Ibid.* para. 32.

⁴²⁵ C- 81/12, *Asociația Accept*, para. 57 vd.

kaynaklandığını görürüz. Görünürde eşit olan ancak ayrımcı sonuçları olan bir muameleyi kanıtlamak ise kimi zaman daha da zor bir süreç olabilmektedir. Bu nedenle ayrımcılığa ilişkin olgular ortaya koyulduğunda ispat yükünün davalı tarafa geçmesi önemlidir. Bu bakımdan davacının ayrımcılık iddiasını öne sürerken belirli istatistikî delillerden de yararlanması olasıdır ve bunun kabulü ispat yükünün karşı taraf geçmesini sağlama bakımından oldukça önemlidir.

AB'nin ayrımcılık alanındaki hukukî düzenlemelerine baktığımızda ispat yükünde istatistikî delillerin kullanılmasına ilişkin olarak genel bir düzenleme yapılmadığı görülür. Sadece Irk Direktifinin dibacesinde bu duruma yönelik bir açıklama bulunmaktadır. Buna göre

*“Doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın gerçekleşmiş olduğunun çıkarsanabileceği olguların değerlendirilmesi, ulusal hukuk veya uygulama uyarınca ulusal adli ve diğer yetkili organların bir meselesidir. Bu tür kurallar, özellikle de dolaylı ayrımcılık için, istatistiksel kanıtlara dayanma dahil olmak üzere bunların herhangi bir yöntemle kanıtlanmasını öngörebilir.”*⁴²⁶

Dolayısıyla bu düzenleme her ne kadar ayrımcılık bakımından ulusal makamlara araştırma yükümlülüğü getirilmekteyse de bu alanda ulusal yetkili makamların söz konusu ayrımcılık olgusunu, ispat açısından, geniş bir şekilde yorumlanmasına yönelik bir niyet taşıdığı söylenebilecektir. Dolaylı ayrımcılığın özellikle altının çizilmiş olması da önemlidir. Dolayısıyla istatistikî delillerden yararlanılabilmesi, davacıya bu alanda önemli bir kazanım sağlayacak şekilde değerlendirilmelidir. Ancak bu düzenleme Çerçeve Direktifte kendisine yer bulamamıştır. Dahası her iki ayrımcılık direktifinin de ispat yükünü düzenleyen asıl maddeleri arasında da zikredilmemektedir. Bu bağlamda AB yasa koyucusunun özellikle (AİHM kararları ile uyumlu olarak) ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılık söz konusu olduğunda, üye devletlerin, bu unsuru yardımcı bir

⁴²⁶ 2000/43 sayılı Irk Direktifi Dibacesi para.15.

hukuki araç olarak uygulanması niyeti taşıdığını ancak bunu prosedürel bir zorlama ile yapmak yönünde hareket etmediği düşünülmektedir.⁴²⁷ Tıpkı AİHM kararlarında olduğu gibi aslında burada da istatistiki delillerin daha çok cinsiyet eşitliği bağlamında ele alındığı görülmektedir.⁴²⁸

Bu kararlardan görüldüğü üzere ABAD'ın de dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda istatistiki delilleri değerlendirmeye alabileceği ve kararını verme yönünde kullanabileceği söylenebilir. Burada ABAD'ın altını çizdiği husus ise istatistiki delilin kullanılabilmesi açısından belirli bir orana ulaşmasının beklendiğidir.⁴²⁹ Bu konuda eklenebilecek son bir durum ise dolaylı ayrımcılığı kanıtlamak hususunda istatistiki delillerin ortaya konmasının zorunlu olmadığıdır. Bu durum da AİHM'nin bu alandaki görüşü ile uyumludur.⁴³⁰

⁴²⁷ Burada tartışılabilir ikinci nokta ise dolaylı ayrımcılık bakımından davacının 'belirli bir dezavantajlı durumu' ortaya koymasını bekleyen AB Hukuku düzenlemesinin asıl niyetinin istatistiki verileri kullanmaya teşvik olmayıp bundan uzaklaşmaya çalışmak mı olduğu sorunudur. Kanımca böyle bir durumda söz konusu istatistiki veri kullanımına ilişkin düzenlemeye dibace kısmında dahi yer verilmemesi gerekecekti. Bu düzenleme, cinsiyet temelinde verilen ABAD kararları ile birlikte değerlendirildiğinde istatistiki verilerin AB ayrımcılık hukukunda kullanılabilmesini bize göstermektedir. Fredman'a göre ise belirli bir dezavantajlı durumda olduğunun ortaya koyulmasına yönelik olan AB Hukuku düzenlemesi kaynağını AB iç Pazar hukukundan almaktadır ve burada ulusal bir önlemin ayrımcı etki doğurmaya yetkin olduğu sürece, uygulamada belirli oranda kişiyi etkilediğinin ortaya koyulması gerekli görülmemektedir. Böyle bir ispat testi, özellikle istatistiklerin ortaya koyulmadığı durumlar gibi bazı açılardan, daha gevşek gibi görünebilecektir. Ancak ulusal önlemin çok etkin şekilde tarafsız görüldüğü durumlarda, korunan ayrımcılık temeli ile gerçek ve açık bir bağ kurulamayan olaylar açısından da istatistiki veriler davacını işini kolaylaştırabilmektedir. Bkz. Sandra Fredman, *Discrimination Law*, (Oxford University Press, 2011) 187 vd. Ayrıca bkz. Directive 2004/38 of the European Parliament and of the Council on the right of citizens of the Union and Their Family Members to Move and Reside Freely Within The Territory of The Member States, Amending Regulation (EEC) No 1612/68 on Freedom of Movement For Workers Within The Community, 30.4.2004, OJ L 158/77. Ayrıca bkz. C-237/94, *John O'Flynn and Adjudication Officer*, 23 May 1996, ECLI:EU:C:1996:206, para 20 vd. Tobler'e göre ise ispat yükünde istatistiki delillerin aranması bazı zorlukları da beraberinde getirme potansiyelini taşımaktadır. Bkz. Christa Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2008) 41.

⁴²⁸ Joined cases C-4/02 and C-5/02, *Hilde Schönheit v Stadt Frankfurt am Main (C-4/02) and Silvia Becker v Land Hessen*, 23 October 2003, ECLI:EU:C:2003:583. ; C-1/95, *Hellen Gerster v Freistaat Bayern*, 2 October 1997, ECLI:EU:C:1997:452 ; C-167/97, *Regina v Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, 9 February 1999, ECLI:EU:C:1999:60. Ayrıca Bkz. C-171/88, *Ingrid Rinner-Kühn v FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, 13 July 1989, ECLI:EU:C:1989:328.; C-184/89, *Helga Nimz v Freie und Hansestadt Hamburg*, 7 February 1991, ECLI:EU:C:1991:50.

⁴²⁹ C-317/93, *Inge Nolte – Landesversicherungsanstalt Hannover*, 14 December 1995, ECLI:EU:C:1995:438.

⁴³⁰ AB'de bu alandaki sorunun, eşitlik ilkesine ilişkin karşılaştırmalı veri toplanamaması olduğuna ilişkin olarak bkz.

İnceleme alanımız olan ayrımcılık temelleri bakımından ise ABAD önüne bu nitelikte bir dava gelmediği görülmektedir. Ancak cinsiyet temelinde ayrımcılık söz konusu olduğunda oluşturduğu içtihat hukukunun bu alanlara da yansıtacağı düşünülmektedir.

3.3. Ayrımcılık Yasağının Maddi Boyutuyla Denetimi Bağlamında Sistemsel Tespitler

Avrupa Konseyi ve AB bağlamında ayrımcılık yasağının maddi boyutuyla denetimi konusu kısaca değerlendirildiğinde birkaç tespit yapmak mümkündür. İlk olarak, AİHS ayrımcılık türleri ya da ayrımcılığın tespiti ile ilgili bir düzenleme içermemektedir. Bu bağlamda AİHM devreye girmiş ve bu alanda oldukça yoğun bir içtihat oluşmuştur. Bunun olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Olumlu tarafı AİHM'nin günün değişen koşullarına uygun olarak (ve AİHS sınırları çerçevesinde) vereceği kararlar ile ayrımcılık hukukuna hızlıca etki kazandırabilmesi ihtimalidir. Olumsuz tarafı ise açık bir hukuki düzenlemeden yoksunluk durumunun, mahkeme kararı ne yönde olursa olsun subjektif şekilde eleştiriye maruz kalabilecek olmasıdır. AB Hukukunda ise ayrımcılık direktifleri ile (her ne kadar kapsadığı alanlar dar olarak belirlenmişse de) oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlenen bir ayrımcılık hukuku bulunmaktadır. Bu da ABAD'nin söz konusu direktifin yorumunu yaparken işini kolaylaştıran bir yardımcı durumundadır. Her ne kadar zaman zaman örneğin ayrımcı muamelenin belirlenmesi hususunda, kavramların içeriklerine ilişkin olarak uluslararası hukuktan yardım alsa da sonuçta kendi hukuki aracı üzerinden kendi kararını oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra AİHM'nin ihtiyatla yaklaştığı dolaylı ayrımcılık gibi alanlarda hem kendi hukuk kaynağını kullanmakta hem de iç pazar hukukundan kaynaklanan zengin içtihadını buraya aktarma imkânı bulmaktadır.

İkinci olarak, AİHM'nin söz konusu düzenleme eksikliğini kapatmak amacıyla ve kimi ayrımcılık temelleri bakımından şüpheli kategoriler yaratmış olmasıdır. Bu sayede

özellikle belirli ayrımcılık temelleri bakımından ve özellikle de dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda buna ilişkin savunmalar daha sıkı bir denetime tabi olabilmektedir. Bu sınıflandırma sistemi AB Hukukunda açık bir şekilde ifade edilmese de kanımca Kurucu Antlaşmanın belirlediği, ayrımcılıkla mücadele için gerekli tedbirlerin alınacağı alanlar (yaş temelinde ayrımcılık hariç olmak üzere) bu kategoriyle örtüşür şekilde görünmektedir. Bu bağlamda AB Hukukunun en azından ayrımcılık temelleri bakımından bu alandaki standardı sağladığı söylenebilecektir. Nitekim bu temeller bakımından dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda ABAD’ın da örneğin karşılaştırılabilirlik tespitinde, ‘dezavantajlı durum’ gibi kavramları daha dikkatle değerlendirdiği görülmüştür. Bu bağlamda sistemler arasında organik bir ilişki olduğu da iddia edilebilecektir.

Üçüncü olarak her iki sistemde meşru savunmalar değişkenlik göstermektedir. Bu husus mahkemeler önüne gelen davaların yoğunlaştığı ayrımcılık temelleri ile ilişki kurularak değerlendirilebileceği gibi söz konusu sistem ve mahkemelerin ‘bir insan hakları mahkemesi/sistemi’ olma yönünde taşıdıkları nitelikleri bakımından da ayrıca değerlendirilebilecektir. Bu bağlamda AİHM kapsamında temel haklara ilişkin olarak daha çok çocuğun üstün yararı ya da geleneksel anlamda ailenin korunmasına yönelik kapsamlı değerlendirmeler yapılırken AB Hukuku açısından bu savunma ve değerlendirmelerin toplu sözleşme kaynaklı olup olmadığı ya da istihdam ve sosyal hayat bağlamında genel bir amaç taşıyıp taşımadığı değerlendirilmektedir. Bunun da biraz daha istihdam alanına yönelen ve ekonomik kaygı güden ayrımcılık direktiflerinin düzenlenme şekline ve süregelen içtihattan kaynaklandığı değerlendirilebilir.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL OLARAK AYRIMCILIK TEMELLERİ ÜZERİNDEN AYRIMCILIK YASAĞI

Gerek AİHM gerek ABAD kendi sistemleri çerçevesinde ayrımcılık yasaklarının yorumunu yapmakta ve bu alanın gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Bu bağlamda özellikle AB kurucu antlaşmalarından kaynaklandığı şekliyle her iki sistem bakımından da ortak olarak görülebilecek ayrımcılık temelleri bakımından içtihat hukuku bu başlık altında incelenmektedir.⁴³¹ Belirtmek gerekir ki ayrı bir gelişim seyri izlediğinden ve çok kapsamlı şekilde ele alınması gerektiğinden ötürü cinsiyet temelinde ayrımcılık incelenecek ayrımcılık temelleri arasında yer almamaktadır. Bu bağlamda sırasıyla cinsel yönelim, ırk ve etnik köken, din ve inanç, engellilik ve sağlık ve son olarak da yaş temellerinde ayrımcılık bakımından AİHM ve ABAD içtihadı incelenecektir.⁴³²

1. CİNSEL YÖNELİM

Toplumları kavramsal açılardan gruplamaya çalışmak gerek bireysel gerek toplumsal birçok faktörün bir arada değerlendirilmesini gerektirdiğinden oldukça zor bir çalışmadır. Konu insan cinselliğine ve yönelimine geldiğinde ise bu husus daha da karmaşık hale gelmektedir. Üstelik toplumsal gelişmelerle birlikte hem görünürlüğü artan hem de yeni ortaya çıkan kavramlar da bu denkleme eklendiğinde ilgili başlığın kavramsal yorumunu yapmak daha da zorlaşmaktadır. Burada insan hakları komiserinin bu kavram için yaptığı tanımı sadeliği bakımından kullanmak uygun olmaktadır. Buna göre cinsel yönelim, her bir bireyin, yoğun bir şekilde duygusal ve cinsel çekimi ve başka

⁴³¹ Bkz. ABİHA m. 19/1.

⁴³² ABAD içtihadı ayrımcılık direktifleri bağlamında ele alınmakta olup yeri geldikçe THŞ ve hukukun genel ilkelerine ilişkin yorumlara yer verilecektir.

bir cinsiyetten, aynı cinsiyetten ya da her iki cinsiyete yönelen şekilde var olan bir davranış kapasitesi anlamına gelmektedir.⁴³³

Bu bağlamda temel olarak 3 ana yönelimden bahsedilebilecektir. Bunlar aynı cinsiyete yönelim (eşcinsellik /homoseksüellik), karşı cinsiyete yönelim (heteroseksüellik) ve her iki cinsiyete yönelim (biseksüellik) olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴³⁴ Yapılan bu tanım ile bu kavramın kullanımı kolaylaşmış gibi görünmekteyse de aslında kapsamı hem biyolojik cinsiyeti hem de toplumsal cinsiyet kavramını içerdiğinden oldukça geniştir.⁴³⁵ Bu çalışmamızda cinsel yönelime ilişkin somut olaylar bakımından şemsiye bir terim olarak LGBTQ+ ifadesi kullanılacak olup doğrudan cinsel yönelimin doktrinde tartışılan alt kategorileri, bir kişinin cinsiyetini tanımlaması olarak görülen cinsiyet kimliği (gender identitiy) ya da genel bir toplumsal cinsiyet incelemesi üzerinden hareket edilmeyecektir.⁴³⁶ Mahkeme kararlarından hareketle alan hakkında kavramsal temellere girilmeksizin, ilgili sistemlerdeki hukuki

⁴³³ Commissioner for Human Rights, *Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, Background document, (Council of Europe, 2011) 23. Bu bağlamda cinsel yönelim, bir kişinin kendisini ait hissettiği ve bu durumunu ortaya koyduğu/beyan ettiği cinsiyet kimliği ifadesinden farklıdır.

⁴³⁴ Burada *gender* ve *sex* kavramları ayrılmamışsa da *sex* kavramının biyolojik cinsiyet, *gender* kavramının ise toplumsal cinsiyeti ifade ettiği söylenebilecektir. Bkz. Council Of Europe, *Sex and gender*, <https://www.coe.int/en/web/gender-matters/sex-and-gender>

⁴³⁵ Cinsel yönelim kavramının oluşturulması ve iç sınıflandırma hakkında 1980’lerden sonra yapılan bazı çalışmalar için bkz. Randall L. Sell, “Defining and Measuring Sexual Orientation: A Review”, *Archives of Sexual Behavior* 26, no 6 (1997) ; Eli Coleman, “Assessment of Sexual Orientation”, *Journal of Homosexuality* 14, no 1-2 (1987) ; Klein F., Sepekoff B. Ve Wolf T., “Sexual Orientation: A Multi-Variable Dynamic Process”, *Journal of Homosexuality* 11, no 1-2 (1985). Cinsel yönelimi hem biyolojik cinsiyet hem de toplumsal cinsiyet temellerinde inceleyen ve yeni bir bakış açısı sunan bir çalışma için bkz. Robin A. Dembrof, “What Is Sexual Orientation”, *Philosophers’ Imprint* 16, no 3 (2016) 18 vd. Cinsel yönelim kavramının bilimsel açıklaması üzerine bir çalışma için bkz. Simon LeVay, *The Science of Sexual Orientation*, 2. Baskı, (Oxford University Press, 2017) 1-14.

⁴³⁶ LGBTI+ kavramı, lezbiyen, gay, biseksüel ve transseksüel kişileri kapsamakla birlikte bu tanımların içerisine girmeyen kişileri de kapsamı esasıyla kısaltmanın sonuna + ifadesi getirilerek kapsam genişletilmeye çalışılmıştır. Bkz. <https://www.coe.int/en/web/gender-matters/lgbt-> Avrupa Konseyinin konu hakkındaki bilgi kitapçıklarında da görüleceği üzere LGBTI+ terimi şemsiye bir terim olmakla birlikte birçok alt kavramı içerisinde barındırmaktadır. Her alt kavram içinse muameleler ve uygulamaların farklılaşması bakımından ayrı bir araştırma söz konusu olabilecektir. Bu çalışmada başlıklar arası dengenin sağlanabilmesi amacıyla LGBTI+ şemsiye kavramı kullanılacak ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa mahkemenin verdiği cevap bu bağlamda daha bireysel temelde değerlendirilecektir. Mahkeme kararlarının toplumsal cinsiyet ve her bir yönelim açısından etkilerinin, kapsadıkları alanın genişliği itibarıyla ayrı çalışmaların konusu olması gerektiği düşünülmektedir. Council of Europe, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd edition, September 2011, 21 vd. LGBTI+ ifadesi, bir bireyin cinsel yönelimini, lezbiyen ya da gey gibi tanımlayan terimleri içermesinin yanı sıra + ifadesi ile alanının genişletilmesiyle aslında cinsiyet kimliğini de bu şemsiye kavram içerisine soktuğu düşünülmektedir.

düzenlemelerin ihlali üzerinden hareket edilmesi planlanmıştır. Bu bağlamda öncelikle Avrupa Konseyi sonrasında ise AB çerçevesindeki içtihat hukuku ele alınacaktır.

1.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)

Avrupa Konseyi çerçevesinde ve AİHS kapsamında cinsel yönelim temelinde ayrımcılık ele alınırken 12 no'lu Protokol ve cinsel yönelim ile ilgili bir dava bulunmamaktadır. Bu bağlamda AİHS'nin 14. Maddesi üzerinden hareketle bu başlık altında açıklamalar yapılacaktır. Belirtmek gerekir ki AİHS m. 14 ele alınırken de AİHS'deki diğer haklar ile bağı nedeniyle, içtihat hukuku incelenirken hak temelinde hareket etmenin uygun olacağı düşünülmüştür.

Sözleşmeye baktığımızda cinsel yönelim kavramı ve bu temelde yapılacak ayrımcılığın açık bir şekilde sayılmadığı görülür. Ancak maddenin, herhangi başka bir durum (*other status*), kavramı içerisine AİHM tarafından dahil edilmiştir. Bu bağlamda AİHM, her ne kadar sözleşmede açık bir şekilde yer almamaktaysa da cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı uzun süredir kabul etmektedir. Nitekim AİHM, *Fretté v. France* davasında verdiği kararla birlikte bu ayrımcılık türünün de korunması gerekli diğer alanlar içerisine dahil olduğunu açıkça kabul etmiş bulunmaktadır.⁴³⁷ Bu hususun özellikle sözleşmeye taraf devletlerin cinsel yönelimi farklı olan kişilere karşı uyguladığı cezai yaptırımlar bakımından kendini gösterdiği söylenebilecektir.⁴³⁸

AİHM, cinsel yönelim temelinde ayrımcılık durumlarında bütünlüklü kararlar veren bir mahkeme olarak karşımıza çıkmamaktadır. Kimi durumlarda cinsel yönelim temelinde ayrımcılık içeren davalarda sadece sözleşmenin diğer maddelerinin kullanıldığı ve 14. madde bağlamında bir incelemede bulunmadığı görülür.⁴³⁹ Mahkeme bu ayrımcılık

⁴³⁷ *Fretté v. France*, no. 36515/97, 26 February 2002, para. 32.

⁴³⁸ Bkz. *Dudgeon v. United Kingdom*. ; Ayrıca bu alan hakkında daha ayrıntılı bilgi edinmek ve mahkemenin içtihat hukukunu bir arada inceleyebilmek için bkz. Council of Europe, *Guide on the Case-Law of the European Convention on Human Rights-LGBTI rights*, 30 April 2022, https://hr.coe.int/Documents/Guide_LGBTI_rights_ENG.pdf

⁴³⁹ Bu kararlardan en bilineni ise orduda bulunan eşcinsel askerlerin durumuna ilişkin verilmiş olan karardır. Bkz. *Smith and Grady v. The United Kingdom*, no. 33985/96, 33986/96, 27.09.1999.

türünü incelerken öncelikle sözleşmenin diğer maddeleri ile ilişki kurma yoluna gitmektedir. Bu bağlamda mahkemenin, temel bir madde üzerinde yoğunlaşmadığını ve sözleşmenin çeşitli maddelerinin bu ayrımcılık türü ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine dair birçok kararı bulunmaktadır.

Mahkeme her ne kadar genel olarak sözleşmenin tüm maddelerine dayanabilecekse de cinsel yönelime ilişkin davalarda hakkın özünden kaynaklanan bazı durumlar nedeniyle belirli bazı maddelerle bağlantı kurma sıklığı artmaktadır. Bunun en önemli örneklerinden birisi sözleşmenin 3. maddesi olan işkence yasağı ve 2. maddesi olan yaşam hakkıdır. Özellikle 3. maddenin yapısı itibarıyla kişilerin insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye tabi tutulamaması cinsel yönelimden kaynaklanan durumlarda temel belirleyici faktör olmaktadır. Bu unsurun ise mahkeme tarafından oldukça geniş bir şekilde yorumlandığı ve salt olaya özgü bulguların değil davalı olan devletin bu tip olaylardaki genel tutumunun dikkate alınarak karar verdiği görülmektedir. Mahkemenin kurduğu bağlantıları daha açık görebilmek için bu konudaki başlıca davaları incelemek gerekmektedir. Bu davaları incelerken de 3. maddenin ihlal ediliş şekilleri yönünden de bir ayırım yapmamız gerekmektedir. Bu aşamada polis ya da özel şahıslardan gelen kötü muameleye ilişkin davalar, geri gönderme işlemine tabi olan ve ülkelerinde cinsel yönelimleri nedeniyle tehdit altında olan kişilere ilişkin davalar ve tutukluluk koşullarına ilişkin davalar olarak 3 açılı bir inceleme yapılacaktır.

Polis ya da özel şahıslardan gelen kötü muameleye ilişkin davalarda bir ön not olarak belirtilmelidir ki Mahkeme 3. madde ile bağlı olarak 14. maddeye ilişkin bir olayı incelerken konuyu iki boyutlu olarak ele almaktadır. Bu boyutlardan ilki gerçekleştirilmiş bulunan ayrımcı davranışın dayandığı/yarattığı maddi boyuttur. Burada genel olarak ayrımcılığa uğrayan kişi ya da gruplara yetkililer tarafından uygulanan davranışın temelini oluşturan ayrımcı bir kanı bulunup bulunmadığı incelenmektedir. Usul ise bu anlamda incelenen ikinci boyutu oluşturmaktadır. Buna göre ayrımcı muameleye uğrayan

kişi ya da gruplar bakımından yetkililerin etkin harekette bulunmamaları/harekete geçmemeleri gibi unsurlar değerdendirilmektedir.⁴⁴⁰

3. madde ile bağılantılı olarak verilen kararlardan birisi olan *Identoba and Others v. Georgia* davasında mahkeme, toplantı ve gösteri hakkını kullanan ve karşıt görüşlü kişilerce saldırıya uğrayan 13 kişi hakkında kararını oluştururken bu metoda başvurmuştur.⁴⁴¹ Öncelikle Gürcistan'ın homoseksüel bireylere yaklaşımı hakkında hazırlanan raporları değerdendirmiş ve ilgili ülkedeki genel uygulamanın bu kişiler açısından genel bir olumsuzluk içerdığı tespitinde bulunmuştur.⁴⁴² Buradan yola çıkan mahkeme, etrafı sarılan ve karşıt görüşlülerin saldırısına uğrayan bu kişilerin insanlık onurlarının muhakkak zedelenmiş olduğunu ve dahası kolluk kuvvetlerinin gösterinin getirdiğı risklerin bilincinde olması gerekirken bunu yapmadıkları ve koruma görevinde başarısız olduklarının altını çizmiştir. Son olarak yine genel bir yorumla, ilgili devletin ceza hukuku sistemindeki ilgili kuralların bu tip bir ayrımcılık bakımından yeterli olmadığını belirtmiştir.

Bu karar ve benzer diğerd kararlar, mahkemenin olayın arka planının değerdendirirken salt olayla bağılı kalmadığını ve geniş açılı bir değerdendirme yaparak günün şartlarını, devletlerdeki genel uygulamaları, bireylerin genel tutumunu da kapsam içerisine alarak olayla bağılantısını kurduğunu bize göstermektedir.⁴⁴³ *Aghdgomelashvili and Japaridze v. Georgia* kararının da benzer unsurlar taşıdığından bahsedilebilecektir. Bu davada 3. maddenin 14. madde ile bağılantılı olarak hem usul anlamında hem de maddi anlamda ihlal edildiğı sonucuna varmıştır. Buna göre LGBTI+ organizasyon ofisine yapılan polis baskını sonucu üst aramaları, elbiseler çıkartılarak yapılmıştır. Gerek tehdit

⁴⁴⁰ ECHR, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*, 49 vd. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 10.04.2021) mahkemenin bu metodu sadece cinsel yönelime ilişkin davalarda değil diğerd ayrımcılık ile ilgili davalarda da kullandığı görülmektedir. Nitekim özellikle ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığa ilişkin davalarda bu kullanım karşımıza çıkmaktadır.

⁴⁴¹ *Identoba and Others v. Georgia*, para. 63 vd.

⁴⁴² *Ibid.*, para 37 vd.

⁴⁴³ Ayrıca bkz. *M.C. and A.C. v. Romania*, no. 12060/12, 12 April 2016.

edildiklerini gerek eşcinsel oldukları nedeniyle bu şekilde bir aramayla tacize uğradıklarını iddia eden organizasyon çalışanları şikâyet başvurularını gerçekleştirmiştir. Ancak yapılan bu başvuru yetkili makamlarca dikkate alınmayarak işleme konmamıştır. Mahkemeye göre Soruşturmadaki bu uzatım süreci, yetkililerin homofobik ve/veya transfobik güdülerini ile yaptıkları polis tacizi soruşturmasındaki isteksizliklerini ortaya çıkarmış ve bu durum da Gürcistan'ın LGBTI+ topluluğuna karşı kayıtlı düşmanca davranışları arka planında şekillenmiştir. Nitekim bu durum sözleşmenin 3. maddesinin (14. madde ile birlikte) usuli bakımından ihlali şeklinde yorumlanmıştır.⁴⁴⁴ Devamında ise tıpkı *Identoba and Others v. Georgia* kararında olduğu gibi devletin bu konudaki sorumluluğunu ele alarak maddi açıdan da sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Yine benzer bir şekilde *Sabalić v. Croatia* kararında da mahkemenin (*Aghdgomelashvili and Japaridze* kararında olduğu üzere açıkça belirtmese de) usul açısından 3. maddenin ihlali sonucuna ulaştığını görürüz. Nitekim bu davada da eşcinsel kimliğini açıklayan bir kişiye yapılan saldırıda, soruşturma etkin ve doğru bir şekilde yürütülmemiştir. Bu bağlamda da mahkeme sözleşmenin 3. maddesi ile birlikte 14. maddenin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.⁴⁴⁵ *Genderdoc-m v. Moldova* davasında karar verirken ise kararın karşı görüşünde de açıkça belirtildiği üzere, gösteri izni almaya çalışıp reddedilen diğer başvuru sahiplerinin durumları ve ret nedenleri ayrıntılı olarak incelenmeden yani ayrımcılık davalarında bir ölçüt olarak kullanılan karşılaştırılabilirlik kriteri karşılanmaksızın otomatik olarak ihlal sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda mahkemenin 14. maddeyi cinsel yönelim temelinde ayrımcılık bakımından değerlendirirken yerleşik içtihat hukukunu esneterek karar vermeye meyilli olduğundan bahsedilebilecektir.

Mahkemenin geniş arka planları ele alarak devletin sorumluluğuna ilişkin verdiği bu kararlardaki bağlantı ise mahkemenin yaşayan enstrüman yorumu ile uyumlu

⁴⁴⁴ *Aghdgomelashvili and Japaridze v. Georgia*, no. 7224/11, 08 October 2020, para. 45-50.

⁴⁴⁵ *Sabalić v. Croatia*, no. 50231/13, 14 January 2021, para 102 vd.

görülmektedir. AIHM hem günün şartlarına uygun olarak cinsel yönelime ilişkin ayrımcılığı sözleşme kapsamında uygulamakta hem de devletler bazında bu yorum şeklini geniş tutarak bu ayrımcılığa sebebiyet veren unsurları oldukça büyük bir çapta değerlendirmektedir.⁴⁴⁶

Geri gönderme işlemine tabi olan ve ülkelerinde cinsel yönelimleri nedeniyle tehdit altında olan kişilere ilişkin davalarda genel olarak bazı çıkarımlar yapmak mümkündür. Örneğin *I.I.N. v. the Netherlands* kararında olduğu üzere ilgili şahıs, cinsel yöneliminin ülkesine gönderildiğinde kendisi için bir tehdit yaratacağını açık bir şekilde gösterememekteyse mahkeme başvuruyu reddetme eğilimindedir.⁴⁴⁷ Nitekim mahkemeye göre İran, hakkında hazırlanan raporlara göre, mevcut durumda veya geçmişte kişilerin salt homoseksüel olmaları nedeniyle ceza uygulamasında bulunmamıştır. Bu bağlamda başvuru sahibi kötü muameleye ilişkin somut kanıtları ortaya koyamadığından mahkeme başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁴⁴⁸ *M.K.N. v. Sweden* davasında ise yine benzer şekilde Irak'a gönderilecek başvurusunun, ilgili ülkenin artık gelişmeye başlaması ve başvurusunun ilgili ülkenin (Irak) daha rahat noktalarına gidebileceği gerekçesiyle 3. maddenin ihlali bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁴⁴⁹ *B and C v. Switzerland* davasında ise Mahkeme, AB içtihat hukukuna da atıfta bulunarak, salt olarak (gönderilecek) ülkede homoseksüel hareketlerin suç olarak kabul edilmesi durumunun, başvurusunun o ülkeye gönderilmek üzere ülkeden

⁴⁴⁶ 2 ve 3. madde ile bağlantılı olarak mahkemenin önünde çok sayıda devam eden dava olduğu görülmektedir. Bkz. *Chechetkin v. Russia* (no. 42395/15), *Beus v. Croatia* (no. 16943/17), *Romanov v. Russia* and (nos. 58358/14, 7146/15 and 25887/15), *A v. Azerbaijan* (no. 17184/18).

⁴⁴⁷ *I.I.N. v. the Netherlands*, no. 2035/04, 9 December 2004.

⁴⁴⁸ Başvurusunun gönderileceği ülkede salt cinsel yönelimi nedeniyle kötü muameleye maruz kalacağına ilişkin somut bir kanıt bulunmaması haricinde, cinsel yönelimine ilişkin açıklama yapmaması ve iade edilmesi durumunda yaşayacaklarını kanıtlamak üzere sunduğu belgelerde tutarsızlık olması nedenleriyle mahkemenin verdiği bir kabul edilemezlik kararı için bkz. ECHR Press Release, *The implausible allegations made by a Sierra Leonean national did not justify an assumption that he ran a risk of ill-treatment in his country of origin*, ECHR 022 (2018) 18.01.2018.

⁴⁴⁹ *M.K.N. v. Sweden*, no. 72413/10, 27 June 2013, para 44. Her ne kadar dava konusu olay ulusal aşamada çözüldüğünden Mahkemenin dava listesinden çıkarılmasına karar verilmişse de benzer olaylar için bkz. *M.E. v. SWEDEN*, no. 71398/12, 8 April 2015 ; *A.E. v. Finland*, no. 30953/11, 22 September 2015

çıkarılmasını sözleşmenin 3. maddesini ihlal eder hale getirmeyeceğinin altını çizmiştir.⁴⁵⁰

Tutukluluk koşullarına ilişkin davalarda ise iki temel karar karşımıza çıkmaktadır.⁴⁵¹ Bunlardan ilki *X. v. Turkey* kararıdır. Cinsel yönelimi nedeniyle hapisanedeki diğer tutukluların kötü muamelesine uğrayan başvuru, tek kişilik hücrede 8 ay boyunca tecrit edilmiştir. Mahkemeye göre bu şekildeki tutukluluk koşulları başvuru hem fiziki hem de manevi olarak etkilenmesine yol açmış ve uygulanan bu tecridin mahkûmu korumak amacından çok cinsel yönelimi nedeniyle gerçekleşmiştir.⁴⁵² Bu hususun ise 3. madde ile birlikte 14. madde temelinde sözleşmeye aykırılık oluşturduğuna hükmedilmiştir. *Stasi v. France* davasında ise başvuru, cinsel yönelimi nedeniyle diğer tutuklular tarafından kötü muameleye uğradığını ve yetkililerin kendisini korumak için gerekli önlemleri almadığını iddia etmiştir. Mahkemenin bulgularına göre, hapisane görevlilerine cinsel yönelimini bildiren başvuru, yetkililer tarafından özel bir koridor odasına alınmıştır. Kendisine ayrı düş alabileceği bir oda da verilmiş ve bir gözetmen sağlanmıştır. Yine başvuru açlık grevi ve intihara teşebbüsü sırasında doktor hizmeti sağlanmış ve diğer tutuklulardan ayrı tutulması sağlanmıştır ayrıca devam eden tutukluluk sürecinde başvuru kendisine karşı gerçekleşen fiziki kötü muameleyi yetkililerle paylaşmamıştır. Bu nedenlerle mahkeme, yetkililerin alınabilecek tüm önlemleri almış bulunduğundan sözleşmenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.⁴⁵³

AİHS'nin 3. maddesinin kullanımının yanında diğer bir önemli örnek ise 14. maddenin, sözleşmenin toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesi ile birlikte kullanımıdır. Bu madde toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü

⁴⁵⁰ *B and C v. Switzerland*, nos. 889/19 and 43987/16, 17 November 2020, para 59.

⁴⁵¹ Mahkeme, özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen AİHS m.5 bağlamında da ayrımcılığa yönelik olarak iki karar vermiştir. Ancak bu kararlarda göze çarpan unsur 14. madde ile bağlantılı olarak değil, kararların salt olarak 5. madde üzerinden şekillendirilmiş ve sonuca ulaştırılmış olmasıdır. Bkz. *O.M. v. Hungary*, no. 9912/15, 5 July 2016 ve *Berkman v. Russia*, no. 46712/15, 1 December 2020.

⁴⁵² *X. v. Turkey*, no. 24626/09, 09/10/2012, para 52 vd.

⁴⁵³ ECHR, *Press Release*, ECHR 203 (2011), 20.10.2011.

düzenlemektedir. Tıpkı 3. maddenin, ilgili ayrımcılık temeli bakımından organik bir bağlantısı olması gibi toplanma özgürlüğü de kanımca bu ayrımcılık yasağıyla temelden bağlıdır. Sözleşmenin ayrımcılık maddesinin, 11. madde ile birlikte kullanılarak bir ihlal bulunması durumu, cinsel yönelim temelinde ayrımcılık bakımından sık görülmektedir. Aslında burada temel sorun sözleşmeye taraf devletlerin, LGBTI+ toplantılarına ve buna ilişkin dernek, vakıf gibi görünürlüğü yüksek kuruluşların kurulmasına olanak tanımamasıdır. Bu durum ise çok sesliliğin temel bir özellik olduğu demokratik toplumlar açısından bir çıkmaz niteliği taşımaktadır. Nitekim mahkeme de *Alekseyev and others v. Russia* kararında LGBTI+ toplantılarının yetkililerce engellenmesinin var olan bir sosyal ihtiyacın baskılanması anlamına geldiği ve demokratik bir toplumda bunun uygun olmadığına ilişkin görüşünü vurgulamıştır.⁴⁵⁴ Mahkeme bu bağlamda oldukça genişletici bir görüş benimsemiş görünse de *Identoba and others v. Georgia* davasında ayrımcılık iddiasını makul şüphelerin ötesinde olacak şekilde değerlendirmeye devam ederek başvurunun durumunu zorlaştırmaya devam etmiştir.⁴⁵⁵

Mahkemenin genişletici yorumunun istisnasını ise eşcinsel evlilikler oluşturuyor gibi görünmektedir. Örneğin mahkemenin, *Zhdanov and others v. Russia* davasında da açıkça belirttiği üzere cinsel yönelim bakımından özellikle aynı cinsiyetten evliliklerin kabul edilmesi hususunda bir Avrupa konsensüsü bulunmamaktadır.⁴⁵⁶ Bu nedenle özellikle bu bağlamdaki ayrımcı muamelelerin haklı gösterilmesinin daha da kolay olacağını düşünmekteyiz. Mahkeme salt evlilik boyutunda değil kayıtlı birliktelikler bakımından da bu unsuru ele almaktadır. Ancak kayıtlı birlikteliklerin evliliğe nazaran daha esnek bir hukuki düzenleme olmasına ve birçok devletin eşcinsel kişilere kayıtlı

⁴⁵⁴ *Alekseyev and Others v. Russia*, no. 4916/07, 25924/08 and 14599/09, 11 April 2011, para 21. Yine *Baczowski and Others v. Poland* davasında da 11. madde kapsamında çoksensliliği temellendirmiştir. Bkz. *Baczowski and Others v. Poland*, para. 62 vd.

⁴⁵⁵ Nitekim bu hususun başvuran açısından yarattığı zorluk davanın karşı görüş kısmında açıkça vurgulanmıştır. Bkz. Partly Dissenting Opinion of Judge Wojtyczek, *Identoba and Others v. Georgia*, no. 73235/12, 12/05/2015.

⁴⁵⁶ *Zhdanov and Others v. Russia*, para 129.

birliktelik hakkı vermesine dayanarak *Vallianatos others v. Greece* davasında 8. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁵⁷

Hämäläinen v. Finland davasında ise evlilik birliği gerçekleşip ortak çocuk da doğduktan sonra cinsiyet değiştirerek kadın olan davacı, (kadın olarak yeni) kimlik numarasını, sadece evlilik birliği kayıtlı birliktelik olarak değiştirildiğinde alabileceğinden bahisle başvuruda bulunmuştur.⁴⁵⁸ Mahkeme ise evlilik birliği ile kayıtlı birlikteliğin oldukça benzer olduğuna değinerek ve gerek birliktelikteki statüsü gerek çocukla ilişkileri de değişmeyeceğinden 8. madde bakımından ihlal olmadığı kararını vermiştir. Davacının iddia ettiği üzere, doğumda yasal olarak cinsiyet kimliklerine sahip olabilen (ve transseksüel olmayan) ve evlilikleri kendisinininki gibi sonlandırılma tehlikesi ile karşı karşıya olmayan kişiler ile yine yeterli derecede karşılaştırılabilir bulunmadığı için mahkeme bağlantılı olarak 14. madde bakımından da bir ihlalin söz konusu olmadığı kararını vermiştir.⁴⁵⁹ Benzer bir şekilde *Ratzenböck and Seydl v. Austria* davasında mahkeme, heteroseksüel bir çiftin daha hafif ve modern gördükleri kayıtlı birliktelik taleplerinin reddedilmesi ile ilgili olarak bu çifti, Avusturya’da evlilik hakkı bulunmayan ve sadece kayıtlı birliktelik hakkından yararlanabilen eşcinsel çiftlerle karşılaştırılabilir bir durumda bulmamış ve 14. madde bakımından bir ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁴⁶⁰

Ayrımcılık yasaklarının mahkeme eliyle genişletilmesinin bir diğer istisnası olarak görülebilecek durum ise ayrımcılık maddesiyle bağlantı kurulmaksızın doğrudan sözleşmenin diğer maddeleri üzerinden ihlal olup olmadığına karar verilmesidir. Örneğin *Lashmankin and Others v. Russia* davasında LGBT gösterileri yapmak isterken çeşitli nedenlerle devlet tarafından zorluk çıkarılan ve engellenen kişilerin başvurusu söz konusudur. Ancak burada mahkeme, ilginç bir seçimle konuyu salt 11. madde üzerinden

⁴⁵⁷ *Vallianatos and Others v. Greece*, para. 91 vd.

⁴⁵⁸ *Hämäläinen v. Finland*, no. 37359/09, 16.07.2014.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, para. 111-112.

⁴⁶⁰ *Ratzenböck and Seydl v. Austria*, no. 28475/12, 26.10.2017, para. 39 vd.

değerlendirmiş ve ayrımcılık maddesi ile bağlantı kurmayı tercih etmemiştir.⁴⁶¹ *Fedotova and Others v. Russia* davasında da eşcinsel birlikteliklerin yasal statülerinin eksikliği nedeniyle yine salt olarak 8. madde üzerinden karar verilmiştir.⁴⁶²

3. ve 11. maddelerin yanı sıra, cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın AİHS'nin 8. maddesi ile de sıkça ilişkilendirilerek karar verildiği görülmektedir. 8. maddeye göre kişiler, özel ve aile hayatları, konut ve yazışmalarına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu madde ile bağlantı kurulan olaylar dar kapsamda ele alınmamaktadır. Evlat edinme, doğum, kayıtlı birliktelik, kan bağıışı, saldırgan nitelikli yayınlar, velayet, oturma izni, sosyal korunma ve mirasçılık gibi çok çeşitli alanları kapsadığı söylenebilir. Yukarıda yer alan davalara nazaran bu maddeyle ilişkilendirilen ayrımcılık davalarında genel olarak biraz daha farklı bir karar metodu uygulandığı görülmektedir. Ayrımcı muamelelerin kimi durumda haklı gösterilebilmesi kimi durumlarda ise üye devletin yetki alanı dışında bırakılarak haklı gösterilememesi mümkündür. Örneğin, özellikle evlat edinme durumlarında çocuğun üstün yararının ayrımcı uygulamaların kuvvetli bir istisnası olarak kullanılabileceği görülmektedir. Bu husus en etkin şekilde *Fretté v. France* davasında karşımıza çıkmaktadır. Bu davada çocuğun hakları ile bireyin kişilik özelliklerinden olan cinsel yönelim, yarışan çıkarlar olarak görülmüştür. Bu bağlamda taraf devletin, çocuk evlat edinilmesi hususundaki uygulamaları orantılı ve haklı bulunmuştur. Yarışan çıkarlar arasında dengeyi bulmak ve çocuğun üstün yararının korunması bakımından devletin geniş takdir yetkisi de ayrıca vurgulanmıştır.⁴⁶³

J. M. v. the UK kararında ise boşandıktan sonra çocuklarının velayetini almayan ancak iştirak nafakası ödeyen bir kadın, başka bir kadın ile yaşamaya başlayınca bu nafakadan indirim talep etmiş ve bu talep sadece (evli olup olmadıklarına bakılmaksızın) yeni heteroseksüel ilişkiler açısından uygulanabildiğinden bu talebi reddolunmuştur.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ *Lashmankin and Others v. Russia*, para. 471-478.

⁴⁶² *Fedotova and Others v. Russia*, nos. 40792/10, 30538/14 and 43439/14, 13 July 2021.

⁴⁶³ *Fretté v. France*, no. 36515/97, 26 February 2002, para. 42.

⁴⁶⁴ *J.M. v. The United Kingdom*, no. 37060/06, 28/09/2010, para.5 vd.

Mahkeme ise taraf devletin bu uygulamasını ayrımcı bulmuştur. Mahkemenin, ayrımcı uygulamanın haklı gösterilmesi açısından “özellikle ciddi gerekçeler” araması unsurunu burada başvuru lehine yorumladığı görülmektedir.⁴⁶⁵ Ancak bunun yanında cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa ilişkin diğer kararlardan farklı olarak benzer durumda olan kişilerin karşılaştırılarak ayrımcı unsurun belirlenmesi usulü bu konu bazında daha öne çıkmaktadır. Nitekim *Gas and Dubois v. France* davasında mahkeme bu hususun altını çizerek, başvuru lezbiyen kişinin diğer eşin çocuğunu evlat edinmemesindeki durumun, kendisiyle benzer durumda olan diğer bireylere uygulanan muamele bakımından karşılaştırılabilir olduğunu belirtmiştir.⁴⁶⁶ Kararda belirtildiği üzere kayıtlı birliktelik sürdüren heteroseksüel çiftler de benzer bir şekilde diğer çiftin çocuğunu evlat edinmemektedir. Mahkeme, bu nedenle eşcinsel bireylerin daha az ayrıcalıklı muameleye uğramadıklarından bahisle ayrımcılık temelli bir ihlal olmadığı kanısına varmıştır.⁴⁶⁷

Bu alanda en önemli davalardan birisi olan *E.B. v. France* davasında ise lezbiyen olan ve bir birliktelik yaşayan başvuru sahibinin bu sefer tek ebeveyn olarak çocuk evlat edinmesine izin verilmemiştir. Bu davada yine karşılaştırma unsurunu etkin bir şekilde kullanan mahkeme, Fransız hukukunun bekar kişilere evlat edinme hakkını verdiğiinden bahisle, salt olarak başvuru sahibinin cinsel yönelimine dayanılarak yapılan ret işlemlerinin, sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴⁶⁸ Burada dikkati çeken unsurlardan birisi, sözleşmenin yaşayan enstrüman olmasına vurgu yapılarak başvuru sahibinin salt cinsel yönelimine dayanan farklı muamelenin ve buna ilişkin açıklamaların ayrımcılık oluşturmasının altını çizmesidir.⁴⁶⁹

⁴⁶⁵ *Ibid.*, para.56. *Fretté v. France* kararında ise başvuru aleyhine daha yumuşak uygulandığı söylenebilecektir. *Fretté v. France*, no. 36515/97, 26 February 2002, para. 35.

⁴⁶⁶ *Gas And Dubois v. France*, no. 25951/07, 15/03/2012, para. 65 vd.

⁴⁶⁷ Bu durum mahkemenin *X and Others v. Austria* kararı ile de tekrarlanmaktadır. *X and Others v. Austria*, no. 19010/07, 19 February 2013.

⁴⁶⁸ *E.B. v. France*.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, para. 92.

Burada dikkati çeken bir başka unsur ise çocuk haklarının *Fretté v. France* kararında olduğu kadar keskin olarak ele alınmamış olmasıdır. Burada da çocuğun üstün yararı taraf devlet tarafından meşru sebep olarak kullanılabilmeyle, karşılaştırma unsuru burada değer kazanarak kişinin bireysel durumu nedeniyle yapılan çok açık ayrımcı bir muamele sözleşmenin ihlali olarak görülmüştür. Kanımca bunun nedeni mahkemenin kararda da açıkça belirttiği üzere Avrupa’da bu konu hakkındaki genel tutumun değişmesidir. Nitekim mahkeme, karar tarihinde eşcinsel eşlere evlat edinme hakkı veren 10 Avrupa devleti olduğunu belirtmiştir.⁴⁷⁰ Bir diğer nokta ise mahkemenin bu gibi davalarda geliştirip sürdürdüğü ve farklı muameleyi haklı gösterebilmek amacıyla önemli gerekçeler araması durumudur.⁴⁷¹

Mahkemenin 8. madde ile 14. maddeyi bağladığı durumlarda genel olarak cinsel yönelime ilişkin tercihleri özel hayat kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Örneğin. *L. And V. v Austria* ve *S.L. v. Austria* kararlarında başvuru, Avusturya yasaları 14-18 yaş arasında bulunan (lezbiyen ve heteroseksüel) genç bireyler ve yetişkinler arasındaki rızaya dayalı cinsel aktiviteleri ceza hukuku kapsamında suç olarak değerlendirmezken, erkek/homoseksüel aktivitelerin suç kapsamında değerlendirilmesinde cinsel yönelim temelinde ayrımcılık bulunduğunu iddia etmektedir.⁴⁷² Mahkeme bu iddiayı 8. Madde ve özel hayat kapsamında değerlendirmiş ancak ayrımcılık unsuru baskın olduğundan kararını 14. madde ile bağlantılı olarak vermiştir.⁴⁷³ Mahkeme aslında cinsel yönelim kavramını bireye sıkı sıkı bağlı bir kişilik hakkı olarak ve özel hayat kapsamında değerlendirmektedir. Ancak bu değerlendirme kimi zaman ilgili uygulamanın çok sıkı bir şekilde özel hayat içerisinde ele alınmasına ve bu karardan farklı şekilde 14. madde ile kurulabilecek bağın zayıflamasına yol açmaktadır. Bunun sonucu olarak sözleşmenin ayrımcılık maddesi kullanılmamakta ve

⁴⁷⁰ *Ibid.* para. 61.

⁴⁷¹ *Ibid.* para. 91.

⁴⁷² *S.L. v. Austria*, no. 45330/99, 09/01/2003, para 27.

⁴⁷³ *Ibid.*, para. 29 vd.

salt kişisel hayat maddesi ile bağlantı kurularak bunun ihlali olup olmadığı hakkında karar verilmektedir. Özellikle de askeri kurumlara kabulde salt cinsel yönelim değerlendirmesi nedeniyle işlem yapılması/yapılmaması durumu, özel hayatın ciddi olarak ihlal edilmesi kapsamında değerlendirilerek genel olarak bu yönde karar verilmiştir.⁴⁷⁴ Bu davaların önemli bir diğer noktasını ise mahkemenin, ayrımcı muameleyi haklı göstermek açısından özellikle ciddi gerekçeler araması unsuru oluşturmaktadır.⁴⁷⁵ Bu bağlamda cinsel yönelim temelinde ayrımcılık şüpheli kategorilerden sayılıp mahkeme tarafından daha sıkı şekilde denetlenmesi söz konusu olmaktadır.

Burada 8. maddenin kapsamı bakımından bir ara not düşmemiz gerekmektedir. Cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın yasak olması taraf devletlerin her durumda eşcinsel evliliğe onay vermesi ya da düzenleme yapması anlamına gelmemektedir. Ancak mahkemenin diğer kararlarından da açık olduğu üzere düzenli bir ilişkisi bulunan eşcinsel çiftlerin durumu 8. madde kapsamında özel ve aile hayatına saygı çerçevesinde değerlendirilebilmektedir.⁴⁷⁶

Evlilik haricinde ise birlikte yaşayan eşcinsel kişilerin oturma izni alamaması da mahkeme önüne getirilmiş olaylardan birisini oluşturmaktadır. Örneğin *Pajić v. Croatia* kararında mahkeme, Hırvatistan yabancılar yasasında heteroseksüel çiftler ve eşcinsel çiftler arasında bir ayırım yapıldığını belirterek, bunun haklı gösterilip gösterilemeyeceğini değerlendirmiş ve cinsel yönelime ilişkin ayrımcılık davalarında devletlerin takdir yetkisinin dar oluşuna atıf yapmıştır.⁴⁷⁷ Devamında ise ilgili düzenlemenin haklı gösterilememesi nedeniyle ihlal olduğuna dair kararını vermiştir.⁴⁷⁸ Bu davadaki en önemli unsur ise mahkemenin eşcinsel çiftler söz konusu olduğunda

⁴⁷⁴ *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*, no.31417/96 32377/96, 27.09.1999, para 64,108 ; *Dudgeon v. United Kingdom*, para. 41, *Perkins and R. v. The United Kingdom*, nos. 43208/98 and 44875/98, 22.10.2002, para 38-41; *Beck, Copp and Bazeley v. The United Kingdom*, para. 51-53 ; *Smith And Grady v. The United Kingdom*, para. 113-116.

⁴⁷⁵ *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98, 39829/98, 09/01/2003, para. 38 ; *S.L. v. Austria*, no. 45330/99, 09/01/2003, para 30.

⁴⁷⁶ *Schalk and Kopf v. Austria*, para. 90-95.

⁴⁷⁷ *Pajić v. Croatia*, no. 68453/13, 23 February 2016, para. 81 vd.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, para. 83-84.

yaptığı değerlendirme kriterini değiştirmiş gibi görünmesidir. Bu karar ile birlikte mahkeme, eşcinsel çiftlerin duygusal ve seksüel birlikteliklerini 8. maddenin ‘özel hayat’ başlığı altında değerlendirmekten vazgeçerek, ilgili olduğu sürece ‘aile hayatı’ kapsamında değerlendirme yönünde adım atmıştır.⁴⁷⁹ Bu kararda mahkemenin yaşayan enstrüman kavramını etkin şekilde kullandığını görmekteyiz. 2000’li yılların başında verdiği kararlarda eşcinsel çiftlerin durumunu 8. madde kapsamına sadece özel hayat bağlamında sokarken geline nokta ve Avrupa’da hem fiili hem de hukuki olarak bu yönde atılan adımlar neticesinde eşcinsel çiftleri aile hayatı statüsünde değerlendirmeye başlamıştır.

Taddeucci and McCall v. Italy davasında da benzer bir yol izleyen mahkeme, İtalyan ulusal göç yasalarının evli olmayan partnerlerin aile oturma izni almasının önüne geçmesi ve bu durumun haklı gösterilememesi nedeniyle 14. maddenin ihlali olduğu yönünde kararını vermiştir.⁴⁸⁰ Bu davada önemli olan, ilgili devletin eşcinsel çiftler ile heteroseksüel çiftleri eşit şekilde değerlendirmesi sonucu bir ayrımcılığın ortaya çıkmış olmasıdır. Ulusal uygulamaya göre birliktelik statülerini yasal hale getirmeyen heteroseksüel çiftler de bu şekilde bir oturma izninden faydalanamamaktadır. Taraf devlet burada yine ailenin korunması bakımından devletlere tanınan geniş takdir yetkisini haklı gösterme açısından kullanmaya çalışmıştır.⁴⁸¹ Burada mahkeme aslında dolaylı olarak ayrımcılığın varlığını kabul ederek ilgili dönemde yasal statü kazanamayan eşcinsel çiftlere devlet tarafından farklı davranılmamasının bir ayrımcılık oluşturduğunu belirlemiştir.⁴⁸²

Mahkemenin, sosyal güvenlik ve bunun partnerlere yansması ile ilgili konularda yine 8. madde ile birlikte verdiği kararlar bulunmaktadır. Bir örnek olarak *P.B. and J.S.*

⁴⁷⁹ *Ibid.*, para 63 vd. Mahkeme her ne kadar bu alanda Avrupa devletlerinin eşcinsel çiftleri fiilen tanıma eğilimine vurgu yapmışsa da bu konuda hala taraf devletlerin geniş takdir yetkisine de ek vurgu yapmayı tercih etmiş olması kanımca kararın negatif bir yönü olarak değerlendirilebilecektir.

⁴⁸⁰ *Taddeucci and McCall v. Italy*, para 58 vd.

⁴⁸¹ *Ibid.*, para 92.

⁴⁸² *Ibid.*, para 94-95.

v. *Austria* kararında mahkeme, hastalık sigortasının eşcinsel partneri koruyacak şekilde genişletilmesi konusunda ikili bir karar vererek ulusal düzenlemelerin değiştirildiği 2007 yılına kadar olan süreç için ihlal kararı vermiş ancak sonrasındaki dönem için ihlal bulunmadığı yönünde kararını devam ettirmiştir.⁴⁸³ Ölen partnerin kira sözleşmesinin yaşayan partner bakımından devamlılığının sağlanması konusunda ise mahkemenin iki önemli kararı bulunmaktadır. Mahkeme ilk olarak *Karner v. Austria* kararı ile ayrımcılığı haklı gösterme açısından geleneksel bakımdan aile hayatını koruma savunmasının soyut ve uygulanabilirliği açısından çok geniş bir önlem çeşitliliğine sahip olduğunu vurgulamış ve cinsel yönelime ilişkin olaylarda bu takdir yetkisinin daha dar olarak uygulanacağını vurgulamıştır.⁴⁸⁴ *Kozak v. Poland* kararı ile ise bu alandaki içtihadını daha da genişletmiş ve taraf devletlerin her ne kadar geleneksel ailenin korunması hususunda belirli bir oranda takdir yetkisi varsa da sözleşmenin yaşayan enstrüman boyutuna da vurgu yaparak, taraf devletlerin toplumdaki gelişim ve değişimleri de göz önünde bulundurması gerekliliği ek olarak vurgulanmıştır.⁴⁸⁵ Bu da demektir ki cinsel yönelim temelinde ayrımcılık mahkeme eliyle daha etkin ve sıkı bir denetime tabi tutulmaya devam etmektedir.

Ele alınacak son alan ise AİHS 10. maddesi kapsamında bulunan ifade özgürlüğü olacaktır. Bu maddeye göre herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu madde aynı

⁴⁸³ *P.B. and J.S. v. Austria*, no. 18984/02, 22 July 2010, para 40-50. Mahkemenin verdiği bu kararda karşı oy kullanan hakimlerin gerekçesi incelendiğinde, başvuru tarafından 1997 yılında sigortasının koruma kapsamının genişletilmesinin istendiğini ve ilgili hakime göre o dönemde eşcinsel çiftlerin birliktelik ve statülerine yönelik olarak gerek genel gerek sosyal güvenlik konularını kapsayan bir Avrupa Konsensüsü bulunmadığı, bu nedenle ilgili dönem için 8. madde ile birlikte 14. madde kapsamında bir ihlal bulunduğu katılmayacağına yönelik görüşü görülmektedir. Kanımca bir ayrımcılık davasında o dönem bu konuda bir hukuki birlik olmadığından bahisle yapılan açık ayrımcılığı görmezden gelmek kabul edilebilir değildir. Bu nedenle mahkemenin verdiği kısmi ihlal kararına katılmaktayız. Ancak mahkemenin ihlal olmadığı yönünde karar verdiği *Aldeguer Tomás v. Spain* davasında ‘devletlerin geniş takdir yetkisi kullanması’ ifadesi daha kabul edilebilir görünmektedir çünkü bu kararda öncekinden farklı olarak taraf devletlerin eşcinsel birlikteliklere yasal statü vermesi ve hukuki düzenlemeler yapması bakımından gelişmekte olan bir süreçten ve takdir yetkisinden bahsetmektedir. Nitekim divan bu gelişim sürecine temkinli yaklaşmaktadır *Aldeguer Tomás v. Spain*, no. 35214/09, 14/06/2016, para 90. Ayrıca bkz. *Schalk and Kopf v. Austria*, para. 49-53.

⁴⁸⁴ *Karner v. Austria*, para. 41.

⁴⁸⁵ Mahkemeye göre toplumdaki gelişmeler sonucu bir kişinin özel ya da aile hayatını yürütmesi, sadece belirli bir şekilde ya da tek tercihle olamayacağı şeklinde, günün koşullarına göre yorumlanmalıdır. *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, 2 March 2010, para. 98,99.

zamanda kendi içerisinde bazı sınırlamalar da getirmektedir. Buna göre ilgili özgürlüğün kullanılması “... *ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.*”⁴⁸⁶ 14. madde ile bağlantılı olarak karar verilen ve eşcinselliğe yönelik sessiz eylemlerin engellenmesine yönelik olan *Bayev and Others v. Russia* davasında mahkeme, tıpkı diğer maddeler ile bağlantılı davalarda olduğu üzere burada da cinsel yönelim temelinde uygulanan ayrımcı muamele bakımından taraf devletlerin takdir yetkisinin dar bir şekilde anlaşılacağı ve özellikle ciddi gerekçeler ortaya koyularak haklı gösterilebileceğinin altını çizmiştir.⁴⁸⁷ Kendi içerisinde açık sınırlamalar içeren böyle bir maddenin ayrımcılık yasağı bakımından yorumundaki bu sıkı denetim unsuru, şüpheli kategoride olan cinsel yönelim temelinde ayrımcılık kavramına mahkemenin ne kadar hassas yaklaşıma başladığının bir göstergesi olarak sayılabilecektir.

⁴⁸⁶ AİHS m.10/2.

⁴⁸⁷ *Bayev and Others v. Russia*, nos. 67667/09 44092/12 56717/12, /06/2017, para.89, 91. Her ne kadar cinsiyet kimliğine ilişkin konuların incelenmeyeceği söylenmişse de en azından 14. madde ile bağlantılı olarak verilen kararlara dipnotta kısaca değinmenin uygun olduğu düşünülmüştür. Öncelikle cinsiyet kimliğinin kabulü bakımından Her ne kadar 14. Maddenin ayrı olarak incelenmesine gerek duyulmamışsa da *Christine Goodwin v. the United Kingdom* kararında transseksüelliğin ve bu kişilerin karşılaştığı problemlerin toplumsal olarak kabul edilmeye başladığını vurgulayan mahkeme bu alandaki yorumunu güncellemiş ve cinsiyet değişimi sonrası ulusal sigorta numarası güncellenmediği için yeni işyerinde durumu nedeniyle ayrımcılığa uğrayan başvurunun durumunu üye devletin takdir yetkisi dışında ve haklı bulmuştur. Bkz. *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, para 96. Bu husus özellikle mahkemenin 90’lı yıllarda cinsiyet değişiminin tanınması hususunda verdiği *Sheffield & Horsham v UK* kararındaki taraf devletin haklı bulunması ve ilgili konunun taraf devletin takdir yetkisi çerçevesinde sayılması ve dolayısıyla sözleşmenin ihlali bulunmadığı kararından sonra oldukça olumlu bir gelişme olmuştur. Bkz. *Sheffield & Horsham v UK*, nos. 22985/93 23390/94, 30 July 1998. Cinsiyet değişikliği ile ilgili olarak her ne kadar yine 14. maddenin ayrıca incelenmesine gerek duyulmamışsa da *L. v. Lithuania* kararında, cinsiyet değiştirme prosedürüne ilişkin hukuki düzenlemeyi yapmayan taraf devletin bu eyleminin 8. maddenin ihlali sonucunu doğurduğuna hükmetmiştir. Dahası her ne kadar pilot dava prosedürünü uygulamamışsa da mahkeme, kararın uygulanmasına yönelik olarak taraf devlete üç aylık bir süre tanımış ve kararın zamanında icra edilmemesi durumunda da başvurucuya maddi ve manevi belirli bir miktar tazminat ödenmesi hususunda karar vermiştir. *L. v. Lithuania*, no. 27527/03, 11 September 2007. Bu alanda mahkemenin verdiği diğer kararlar için bkz. <https://www.avrupa.info.tr/sites/default/files/2017-05tHR%20Factsheet%20Gender%20Identity.pdf>

1.2. Avrupa Birliği

AB Hukukunda cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler Çerçeve Direktif ile ortaya koyulmuştur. Bu başlık altında ise içtihat hukuku incelenirken bu direktifin kapsamı temelinde hareket ederek kararların gelişimini göstermek üzere tarihsel bir sıra izlenmesi ancak belirli kavramlar etrafında şekillenen kararlar söz konusu olduğunda bunların birlikte ele alınmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

Bu alanda verilen ilk kararlardan olan *Maruko* kararında, ulusal hukuka uygun olarak hayat arkadaşlığı kuran ancak bunu cinsel yönelimi nedeniyle aynı cinsiyetten biri ile gerçekleştiren bir kişinin durumu söz konusudur.⁴⁸⁸ Bay Maruko'nun hayat arkadaşı 2005 yılında ölmüş ve Bay Maruko bunun üzerine dul aylığı almak üzere başvuruda bulunmuş ancak bu talebi reddedilmiştir. Buradaki iddia, sosyal güvenlik düzenlemelerinde hayat arkadaşlığı kurumu ile evlilik aynı statüde gibi düzenlenmiş olmasına rağmen kendisine bu maaşın bağlanmaması durumunun, (Almanya'da resmi olarak evlenememeleri nedeniyle) cinsel yönelimi temelinde dolaylı ayrımcılık nedeniyle olduğudur.⁴⁸⁹ ABAD burada öncelikle bu gibi bir ödemenin Direktifin kapsamına girip girmediğini incelemiştir. Hayattaki partnerin almak istediğı ödemenin, ölen partnerinin hayattayken devam ettiğı iş ilişkisinden kaynaklandığını ve Antlaşmalar çerçevesinde bir maaş olarak algılanması gerektiğı vurgulanarak aynı zamanda bu maaş kavramı Direktifin de kapsadığı alana girdiğinden iddia Direktif çerçevesinde incelenebilir bulunmuştur.⁴⁹⁰ ABAD'a göre üye devlet aynı cinsiyetten insanların evlenmelerine izin vermemekte ve aslında kayıtlı birliktelik kurumu üzerinden onlara farklı bir statü sunmaktadır.⁴⁹¹ Ancak daha sonra sosyal güvenlik mevzuatında yaptığı çalışmalar ile kayıtlı birliktelik ve evlilik

⁴⁸⁸ C- 267/06, *Maruko*.

⁴⁸⁹ *Ibid.* para. 23, 63.

⁴⁹⁰ *Ibid.* para. 56 vd. Bu bağlamda maaş kavramı ile ilgili olarak, hastalık durumunda kamu hizmetlilerine sunulan yardımın (ödemenin) de eğer devlet bu ödemeyi finanse etme yükümlülüğü taşıyorsa Çerçeve Direktif Kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin bir karar için bkz. Joined Cases C- 124/11, C- 125/11 and C- 143/11, *Bundesrepublik Deutschland v Karen Dittrich and Robert Klinke and Jörg-Detlef Müller v Bundesrepublik Deutschland*, 6 December 2012, ECLI:EU:C:2012:771, para. 43.

⁴⁹¹ C- 267/06, *Maruko*, para. 67.

kurumlarının durumunu aynı değilken, aynı cinsiyetten olan birlikteliklerdeki kişilerin durumunu bunlarla karşılaştırılabilir hale getirdiği vurgulanmaktadır.⁴⁹² Sonuç olarak yaşayan eşlere sağlanan hak bu bağlamda yaşayan partnere sağlanmadığından bu kişilerin daha kötü muameleye maruz kaldığı söylenebilir. Bu bağlamda ABAD, ulusal mahkeme bu karşılaştırılabilirlik unsuruna karar verirse, yaşayan tarafa yapılan ödemeler bakımından uygulanan ulusal düzenlemenin cinsel yönelim temelinde doğrudan ayrımcılık oluşturabileceği yönünde karar alınabileceğini belirtmiştir.⁴⁹³

Römer kararında ise kayıtlı birliktelik yaşayan bir kişinin evli kişilere uygulanan emeklilik sistem ödemelerinden aynı şekilde yararlanmaması cinsel yönelim temelinde ayrımcılık bakımından değerlendirilmiştir.⁴⁹⁴ Divan burada öncelikle tamamlayıcı emeklilik sistemi ödemelerinin Çerçeve Direktif kapsamında değerlendirilebileceğini ortaya koymuştur.⁴⁹⁵ Sonrasında ise kayıtlı birliktelik yaşayan kişilerin durumunu evlilik birliği içerisindeki kişiler ile kıyaslamıştır. Buna göre statülerin karşılaştırılması sahip olunan hak ve yükümlülükler temelinde yapılmalıdır ve Alman hukukuna bakıldığında bu iki statüdeki kişiler arasında hukuki bir fark olmadığı görülmüştür. Bunlar arasındaki tek fark evlilik birliğinin farklı cinsiyetten kişiler arasında yapılmasının öngörülmüş olmasıdır.⁴⁹⁶ Bu bağlamda bu iki grup karşılaştırılabilir bulunarak ortada cinsel yönelim temelinde ayrımcı bir muamele bulunduğu belirlenmiştir.⁴⁹⁷ Direktif kapsamında bir bireyin eşit muamele hakkına dayanabilmesi için Direktifin iç hukuka aktarım süresinin geçmiş olması gerektiği vurgulanmaktadır.⁴⁹⁸ Son olarak, cinsel yönelime dayalı

⁴⁹² Ibid. para. 69, 72.

⁴⁹³ Ibid. para. 72-73.

⁴⁹⁴ C-147/08, *Jürgen Römer v Freie und Hansestadt Hamburg*, 10 May 2011, ECLI:EU:C:2011:286.

⁴⁹⁵ Ibid. para. 32-36.

⁴⁹⁶ Ibid. para. 42 vd. Bu hususta benzer şekilde bir yorum için ayrıca bkz. C - 267/12, *Frédéric Hay v Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, 12 December 2013, ECLI:EU:C:2013:823, para. 30 vd.

⁴⁹⁷ C-147/08, *Römer*, para. 52.

⁴⁹⁸ Ibid. para. 61 vd. Burada söz konusu karardan bağımsız olarak ayrıca belirtilmesi gerekli olan husus ise Çerçeve Direktifin zamansal uygulanabilirliği ile ilgili olarak, bu direktifin önceki tarihli bir ulusal hukuk kapsamında ortaya çıkan ve kesin olarak kazanılan yasal durumlara değil, yalnızca gelecekteki etkilerine ve yeni yasal durumlara uygulanacağını altı çizilmektedir. Bkz. C-258/17, *E.B. v Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA*, 15 January 2019, ECLI:EU:C:2019:17, para. 58-70.

ayrımcılığın etkilerine ilişkin olarak, mahkeme, ilk olarak, AB hukukunun önceliği nedeniyle, bir kişi tarafından yerel bir makama karşı eşit muamele hakkının talep edilebileceğini ve bunun için bu hükmün ulusal yasama organı tarafından bir yasayla tutarlı hale getirilmesini beklemek gerekli değildir. İkinci olarak, mahkeme, ancak direktifin iç hukuka aktarılmasına ilişkin süre sınırından sonra bir kişi tarafından eşit muamele hakkının talep edilebileceğini belirtmiştir.

Bu alanda *Asociația Accept* kararı ile önemli bir şekilde ayrımcılığın ortaya koyulması ve ispat yüküne ilişkin yorumun geliştiği görülmektedir.⁴⁹⁹ 2010 yılında işe alımda cinsel yönelim temelinde ayrımcılık bulunduğu bahisle LGBTQ+ bir topluluğun bir futbol kulübü aleyhine ulusal mahkemedeki başvurusu söz konusu olmuştur. İddiaya göre yapılan açıklamalar, cinsel yönelimi ve açıklamaları nedeniyle bir futbolcuyu takıma almaktansa genç takımdan oyuncu alınmasına yönelik olmuştur. İddiaya göre bu husus cinsel yönelim temelinde doğrudan ayrımcılık oluşturmaktadır.⁵⁰⁰

ABAD önüne ön karar usulü ile gelen bu olayda mahkeme öncelikle, Çerçeve Direktifin 2. maddesi kapsamında doğrudan ayrımcılıktan söz ederken, belirlenebilir bir başvuru yani korunan temellerde ayrımcılığa uğrayan bir mağdurun varlığının zorunlu görülmeceğinin altını çizmiştir.⁵⁰¹ Ayrıca Direktifin 9. maddesinde yer alan “...Direktifteki hükümlere uyulmasını sağlamakta meşru bir menfaati bulunan derneklerin, örgütlerin veya diğer tüzel kişilerin, şikâyet sahibi adına veya ona destek olarak, şikâyet sahibinin onayıyla, işbu Direktif kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için öngörülen her türlü adli ve/veya idari usule katılabilmesi...” ifadesi çerçevesinde, bu dernek ya da örgütlerin belirli bir şikayetçi olmaksızın ya da belirli bir şikayetçi adına hareket etmeksizin ulusal koruma usullerine başvurabileceği de ortaya

⁴⁹⁹ C- 81/12, *Asociația Accept*.

⁵⁰⁰ *Ibid.* para. 24-26.

⁵⁰¹ *Ibid.* para. 36. Ayrıca Irk ve etnik köken temelinde ayrımcılık bakımından bu yöndeki bir karar için bkz. C-54/07, *Feryn*, para 23 vd.

koyulmuştur.⁵⁰² Futbol oyuncularının durumunu da önceki tarihli içtihadına atıfla ödeme karşılığı yapılan ekonomik bir aktivite olarak tanımlayarak direktif kapsamında olduğunu belirtmiştir.⁵⁰³ Burada önemli olan hususlardan birisi, kulüp adına açıklama yapan kişinin ayrımcılık temelli bu açıklamasının, doğrudan veya dolaylı bir ayrımcılık bulunduğu varsayımı yaratabilecek olguları ortaya koymak bakımından nasıl ele alınacağıdır. Mahkemeye göre olayda açıklamayı yapan kişinin yasal olarak kulüp adına iş sözleşmesi yapma hakkını elinde bulundurmasa da yönetimde söz sahibi olarak görülmesi ve ilgili spor kulübünün, yapılan ayrımcı açıklamalar ile arasına bir sınır koymaması nedeniyle ortada bir ayrımcılık bulunduğu varsayımı yaratacak olgular ortaya koyulmuş sayılmaktadır.⁵⁰⁴

İspat yükü açısından ise bu davada özel hayatın gizliliği kavramının, bu yükün değerlendirilmesi bakımından ele alındığı görülmektedir. Buna göre ispat yükü savunan tarafa geçtiğinde, geçmişte kişilerin belirli cinsel yönelimleriyle işe alındığını kanıtlamak zorunda kalmayacaktır çünkü bu husustaki bir zorlama özel hayatın gizliliğine müdahale anlamını taşıyacaktır.⁵⁰⁵ Bu karardan görüldüğü üzere bireysel bir hak olan özel hayatın gizliliği sayesinde ayrımcılık iddiasının yöneldiği taraf belirli bir oranda ve kapsamda bunu kanıtlama yükümlülüğünü üzerinden atmış görünmektedir. Ancak en azından ayrımcılık yönünde yapılan açıklamalar söz konusu olduğunda, ortada bir ayrımcılık bulunduğu varsayımı yaratacak olgular ortaya koyulmuş sayılma hususu da kanımca oldukça önemlidir.

Buna benzer başka bir olay ise bir radyo yayını esnasında yayına çıkan bir avukatın, firmasında homoseksüel avukat çalıştırmak ve hizmet almak istemediğini beyan etmesi üzerine ulusal mahkeme ve sonradan ön karar usulü ile ABAD önüne gelen *NH*

⁵⁰² C- 81/12, *Asociația Accept*, para. 37.

⁵⁰³ *Ibid.* para. 45.

⁵⁰⁴ *Ibid.* para. 50-53.

⁵⁰⁵ *Ibid.* para. 57 vd.

davasında görülmektedir.⁵⁰⁶ Söz konusu avukat aleyhinde ulusal mahkemede cinsel yönelim temelinde ayrımcılık bakımından tazminat davası açılmış ve söz konusu olay temyiz aşamasında ABAD önüne gelmiştir. Burada aslında temel soru Çerçeve Direktif kapsamında istihdama erişim kavramının yorumlanmasıdır.⁵⁰⁷ Bu bağlamda mahkemenin, bu kavrama yönelik kısıtlı olmayacak ve özerk bir şekilde yeknesak bir yorum yapılması gerekliliğini vurguladığı görülmektedir.⁵⁰⁸ Homofobik işe alım politikalarına işaret eden eylem ya da açıklamalar, yapılan açıklamalar ile işe alım politikaları arasında varsayımsal olmayan bir bağ olduğunu gösterdiğinde, işe alıma yetkili olmayan kişilerden gelse dahi istihdam/mesleğe erişim kapsamı içerisinde sayılmalıdır. Bu bağlamda işverenin söz konusu açıklamalardan kendisini uzak tutmamış olduğu da değerlendirilmelidir.⁵⁰⁹

Aslında bu karar, *Asociația Accept* kararındaki içtihadın devam ettirildiğini bize göstermektedir. Bu husus bakımından değerlendirme ise ulusal mahkemeye bırakılmıştır. Ulusal mahkemenin işe ele alması gerekli olan unsur söz konusu açıklamaları yapan kişinin statüsü ve bu açıklamayı gerçekleştirebilme kapasitesidir. Aynı zamanda yapılan açıklamanın kamusal ya da özel bir karakter taşıyıp taşımadığı da değerlendirmeye katılmalıdır.⁵¹⁰ Burada tartışılması gereken nokta ise ifade özgürlüğü ile istihdama erişim hakkının çakışmasıdır. Bu bağlamda istihdama erişim bakımından yapılan genişletici yorum, ifade özgürlüğüne potansiyel bir sınırlama getiriyor gibi görünmekteyse de bu yorumun yerindeliği sorgulanamayacaktır. Mahkemeye göre ifade özgürlüğü mutlak bir hak olmayıp bu özgürlüğün uygulamadaki kullanımı kanunla bazı sınırlamalara tabi olabilmekte ve bunlar da yine orantılılık ilkesine tabi olmaktadır.⁵¹¹

⁵⁰⁶ C-507/18, *Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI*.

⁵⁰⁷ *Ibid.* para. 16-27.

⁵⁰⁸ *Ibid.* para. 31.

⁵⁰⁹ *Ibid.* para. 40, 41.

⁵¹⁰ *Ibid.* para. 44 vd.

⁵¹¹ *Ibid.* para.47 vd. Söz konusu olayda bu kısıtlama AB Direktifiyle sağlanmakta ve eşit muamele hakkının korunması meşru amacını taşımaktadır. Ayrıca mahkemeye göre ifade özgürlüğüne yapılıyor gibi görünen müdahale de amaca ulaşmak için gerekeni aşmamıştır.

Bu iki ABAD kararı, AİHM'in *Sousa Goucha v. Portugal* kararının karşısında değerlendirilebilecektir.⁵¹² Bu kararda söz konusu olan ifade özgürlüğü çerçevesinde yapılan bir şaka ya da parodi olarak tanımlanabilecek bir açıklamadır.⁵¹³ Bu bağlamda bu şakanın ifade özgürlüğü içerisinde kalıp kalmadığının değerlendirilmesi bakımından taraf devletlerin takdir yetkilerinin geniş mi yoksa dar bir şekilde mi yorumlanacağı söz konusudur. Davaya konu olan olayda ünlü bir kişi cinsel yönelimini açıkladıktan sonra yayınlanan bir televizyon şovunda yapılan şaka ile kendisinin itibarsızlaştırıldığını iddia etmiştir. AİHM'ye göre bir taraf devletin AİHS'nin 8. maddesinden kaynağını alan, başvurusunun itibarının korunması yükümlülüğü, yapılan açıklamalar sözleşmenin 10. maddesi (ifade özgürlüğü) bağlamında kabul edilebilir görülen sınırları aştığı sürece ortaya çıkacaktır.⁵¹⁴ Bu karara baktığımızda AİHM'nin ABAD'a nazaran ayrımcılığa uğramama hakkı ile yarışan bir hak olan ifade özgürlüğü kavramına biraz daha ağırlık verdiği görülmektedir.⁵¹⁵

Görüleceği üzere mahkemenin önüne cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa ilişkin olarak çok sayıda karar gelmemiştir. Ancak verilen bu kararlardan en azından istihdama erişim söz konusu olduğunda işveren tarafından yapılan ayrımcı açıklamaların AB Hukukuna aykırı olarak değerlendirilebileceği ve cinsel yönelim temelinde özellikle evlilik ve kayıtlı birliktelik durumlarında karşılaştırılabilirlik unsurunu daha geniş bir şekilde yorumladığı söylenebilecektir. Bu bağlamda ABAD'ın bu alandaki içtihat hukukunu geliştirmesi beklenmektedir.

⁵¹² *Sousa Goucha v. Portugal*, no. 70434/12, 22/03/2016.

⁵¹³ *Ibid.* para. 50 vd.

⁵¹⁴ *Ibid.* para. 52. AİHM burada 14. maddenin ihlal edilmediği yönünde kararını vermiştir.

⁵¹⁵ Söz konusu kararın cinsel yönelim temelinde ayrımcılık ve ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirildiğinde aslında ABAD'ın daha da ileriye gitme imkanı olduğuna ilişkin olarak bkz. Alina Tryfonidou, Case C-507/18 NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford: Homophobic speech and EU anti-discrimination law, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 27, no 4 (2020) 519 vd. ss. 513–521

2. IRK VE ETNİK KÖKEN

İrk ya da etnik köken kavramlarını tanımlamak oldukça zordur. Bu alandaki hukuki metinlere bakıldığında dahi ilgili kavramların açıklanmadan ya da kapsamı belirlenmeden salt olarak ayrımcılık yapılmamasına yönlendiği görülmektedir.⁵¹⁶ Genel olarak bir tanımlama yapmak gerekirse ırk kavramı bir kişinin renk ya da uyrukluğ (vatandaşlığı) anlamına gelebilecekken, etnik köken ise etnik ya da ırkın benzer olarak korunan karakteristik özelliklerini taşıyan ve paylaşan insan grubu olarak tanımlanabilecektir.⁵¹⁷ Bu bağlamda ele alındığında ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılığa ilişkin verilen kararlar Avrupa Konseyi ve AB kapsamında olmak üzere iki başlık altında ele alınacaktır.

2.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)

Avrupa Konseyi çerçevesinde ve AİHS kapsamında ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılık ele alınırken AİHS'nin 14. maddesi ve 12 no'lu Protokol ile ilgili kararlar üzerinden hareketle bu başlık altında açıklamalar yapılacaktır. Belirtmek gerekir ki AİHS m. 14 ele alınırken de AİHS'deki diğer haklar ile bağı nedeniyle, içtihat hukuku incelenirken hak temelinde hareket etmenin uygun olacağı düşünülmüştür.

AİHS m. 14'e bakıldığında bu başlık altında incelenecek olan ırk (ve aslında etnik köken) teriminin açık bir şekilde ayrımcılık konuları arasında sayıldığını görmekteyiz.

AİHM'ye göre ise ırk ve etnik köken kavramları örtüşen bir yapıya sahiptir. Nitekim mahkeme *Sejdíć and Finci v. Bosnia and Herzegovina* kararı ile birlikte hem bu

⁵¹⁶ Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 1. maddesi ırk ayrımcılığı tanımını yapmakla yetinmiştir. Avrupa Konseyi Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI) ise ırkçılığı, ırk, renk, dil, din, milliyet veya ulusal veya etnik köken gibi bir temelin, bir kişiyi veya bir grup kişiyi hor görmeyi veya bir kişinin veya bir grup kişinin üstünlüğü fikrini haklı çıkardığı inancı şeklinde ele almıştır. Bkz. The European Commission Against Racism and Intolerance (ECRI), General Policy Recommendation No. 7, 13 December 2002.

⁵¹⁷ Desautels-Stein'e göre ırk kavramı 17 ve 19 yüzyıllar arasında Avrupalı olmayanları belirtmek amacıyla biyolojik olarak inşa edilmiştir Justin Desautels-Stein, "Race as a Legal Concept", *Columbia Journal of Race and Law* 2, no 1 (2012), <https://scholar.law.colorado.edu/articles/137/> 3 vd.

durumu vurgulamakta hem de bu iki kavrama açıklık getirmeye çalışmaktadır.⁵¹⁸ Mahkemeye göre ırk, insanları, cilt rengi ya da yüz özellikleri gibi morfolojik temelde sınıflayarak alt türlere ayırmak amacıyla kullanılan bir biyolojik sınıflandırmadır. Etnik köken ise, ortak uyrukluk, dini inanç, dil veya kültürel/geleneksel kökenler ya da çevreye sahip toplumsal gruplar bakımından söz konusu olmaktadır. Etnik köken temelinde yapılacak bir ayrımcılığın ırk ayrımcılığının bir türü olduğu da vurgulanmıştır.⁵¹⁹ Bu nedenle devam eden başlıklar altında bu iki kavram arasında ayırım yapılmayacak, yeri geldikçe etnik temelde ayrımcılıktan bahsedilecektir. Tıpkı cinsel yönelim temelinde ayrımcılık başlığında olduğu üzere burada da AİHS'nin bağlantılı/ilgili maddeleri üzerinden gidilerek kararlar incelenecektir.⁵²⁰ Ancak kararların kısmen daha dağınık olmasından ötürü bazı ortak noktası olan kararlar belirli gruplar altında ele alınacaktır.

Örneğin ırk temelinde ayrımcılık, tıpkı cinsel yönelim temelinde ayrımcılık başlığında olduğu üzere kimi zaman polis şiddetinden dolayı meydana gelmektedir. Bu ilk inceleme açımızın oluşturduğu alanda olay bazında değerlendirildiğinde, AİHM'nin gerek AİHS'nin 2. ve gerek 3. maddesine dayanarak kararlar aldığı görülmektedir.

Tarihsel bir sıra izleyerek devam etmek gerekirse *Nachova and others v. Bulgaria* kararı ile birlikte mahkeme bu alanda temel belirleyici ilkeleri ortaya koymuştur.⁵²¹ Olay, askere alınmış ancak birliklerinden kaçmış bulunan silahsız iki Roman kökenli vatandaşın, askeri personel tarafından ölümle sonuçlanacak şekilde vurulması neticesinde gerçekleşmiştir. Tanık ifadelerine göre askeri personel silahını kalabalık bir bölgede ateşlemiş ve ateşleme esnasında ırkçı ifadeler kullanmıştır. Mahkeme burada ilk olarak meydana gelen ölümlerin nedeninin (saikin) ırkçı olup olmadığını tespit etmeye

⁵¹⁸ *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*.

⁵¹⁹ *Ibid.*, Para 43. Etnik köken temelinde ayrımcılığın bir alt kavram olarak ırk temelli ayrımcılık altında yer alması Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin düzenlenme şekline de uygundur.

⁵²⁰ Burada da tıpkı cinsel yönelim başlığında olduğu üzere 14. madde üzerinden karar verilebilecekken bunun yapılmadığı kararlar mevcuttur. Bu kararlar da sonuçları açısından ayrımcılık varlığını vurgulaması nedeniyle daha önceki başlıklarda olduğu üzere burada da ele alınacaktır.

⁵²¹ *Nachova and others v. Bulgaria*, nos. 43577/98 and 43579/98, 6 July 2005.

çalışmıştır.⁵²² Devamında AIHS'nin 2. maddesi yükümlülüğünü maddi ve usuli olarak ikiye bölerek devam etmiştir.

Mahkeme burada, maddi yön açısından ispat yükünü taraf devlete çevirmeyerek ve makul şüphenin ötesinde bir ispat sınırı belirleyerek bu alanda kanımca çok önemli ve sınırlı bir şekilde hareket etmiştir. Mahkeme (büyük daire) belirli durumlarda, kendi kontrolleri altındaki bir kişinin gözetiminde ölümü durumunda olduğu gibi olayların tamamen veya büyük ölçüde yetkililerin bilgisi dahilinde olduğu hallerde, ispat yükünün özellikle alıkonulan kişinin ölüm nedenlerine ilişkin tatmin edici ve ikna edici bir açıklama sağlamak için yetkililere geçtiğini kabul eden bir yaklaşım sergilemektedir.⁵²³ Bu yaklaşım, davalı Hükümet'in ilgili kişi açısından belirli bir sübjektif tutumun bulunmadığını kanıtlamasını zorunlu kılacaktır. Bu sayede mahkeme her ne kadar ispat yükünün çevrilmesini bu davada kabul etmese de kanımca ileride alınacak kararlar için açık bir kapı bırakmaya çalışıyor gibi de görünmektedir. Mahkemeye göre, birçok devletin hukuk sistemlerinde, bir politika ya da kararın ayrımcı etkisinin kanıtı, istihdam veya hizmet sunumunda iddia edilen ayrımcılığa ilişkin niyetin kanıtlanması ihtiyacından ötürü dağılmaktayken, bu yaklaşımı bir şiddet eyleminin ırkçı güdümlü olduğu iddia edildiğinde bir davaya aktarmak ayrıca zordur. Mahkeme, yetkililerin olayın ırkçı saikine ilişkin etkili bir soruşturma yürütmediği iddiasının, ispat yükünü hükümete çevirmeyeceğini değerlendirmiş ve yetkililerin, usuli yükümlülüklerine uyup uymadığının ayrı bir konu olduğunun ve ayrıca ele alınacağının altı çizilmiştir.⁵²⁴ Ancak bu bağlamda ırkçı saikle hareket edildiğinin sabit olmaması nedeniyle 2. maddenin maddi olarak ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bu hususun başvuruçular açısından ağır bir ispat

⁵²² *Ibid.*... para 146.

⁵²³ *Ibid.*.. para 157.

⁵²⁴ *Ibid.*.. para 157. devamı

yükü getirdiği ve mahkemeden bir ihlal kararı almalarının ciddi oranda zorlaştığı söylenebilecektir.⁵²⁵

Usuli aşamaya geçmeden önce bir ön not olarak belirtmek gerekirse Sözleşmenin 2. maddesi yaşam hakkını düzenlemektedir. Yaşam hakkının ihlali sonucu yapılacak soruşturmalarda ise usuli olarak taraf devlet yetkililerine bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Bu bağlamda olay temelinde etkili ve ayrımcılık gütmeyen bir soruşturmanın varlığı aranmaktadır.⁵²⁶ Bu davada mahkeme, taraf devletlerin yetkili birimlerinin ırkçı tavırlar ile şiddet olayları arasındaki bağlantıyı araştırmasının, Sözleşmenin 2. maddesinden kaynaklanan usuli yükümlülüklerinin bir başka yönü olduğunu öncelikle vurgulamıştır.⁵²⁷ Devamında ise bu unsurun sadece 2. madde ile sınırlı kalmamasını sağlamış ve 14. madde ile birlikte değerlendirilecek 2. madde bağlamında da taraf devlet yetkili birimlerinin, kişilerin ayrımcılığa uğramaksızın yaşam hakkının kullanılmasının güvence altına alınmasının da yükümlülüklerinin bir parçası olacağını vurgulamıştır.⁵²⁸ Bu bağlamda değerlendirmesini yapan mahkeme, olaylarda ayrımcılık unsurunun rol oynayıp oynamadığının ortaya çıkarılması hususunda yetkili makamlarca yeterli bir inceleme/soruşturma yapılmadığını ortaya koyarak usuli bakımdan sözleşmenin ilgili maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁵²⁹

⁵²⁵ İspat bakımından benzer bir gerekçelendirme *Timichev v. Russia* davasında da karşımıza çıkmaktadır. Kabardino-Balkaria bölgesine girmek isteyen Çeçen kökenli bir kişinin salt kökeni nedeniyle girişinin engellenmesi olayında mahkeme, her ne kadar 14. madde kapsamında ihlal olduğuna hükmetmişse de aslında başvurucaı zorlayacak şekilde farklı muameleyi ortaya koymasına gerektiğini belirlemiş ve sonrasında taraf devletin ilgili muameleyi haklı gösterip gösteremediğini değerlendirmiştir. Bkz. *Timichev v. Russia*, para. 56 vd.

⁵²⁶ Bkz. *Menson and Others v. the United Kingdom*, no. 47916/99, 06/05/2003 ; Örneğin *Burlya and Others v. Ukraine* kararında da bir köyde yaşanan şiddet olaylarında, olaylar sırasında başvuranların bazılarının köyde olmamasına ve kendilerine fiziksel bir şiddet uygulanmamasına rağmen, konu hakkında soruşturma yapılmaması ve şiddet eylemlerinden kimsenin sorumlu tutulmamasını mahkeme dikkatle ele almıştır. Bkz. *Burlya and Others v. Ukraine*, no. 3289/10, 06/11/2018, para. 128. Nitekim mahkeme büyük daire de ilk derecede dairede inşa edilen görüşü aynen korumuş ve yapılacak soruşturmada, ırkçı saikin tespiti çok zor olmakla birlikte yetkililerin soruşturma süresince etkin bir şekilde delil toplaması/saklanması, objektif ve haklı gerekçelere dayanan hüküm kurması gibi sorumlulukları bulunduğunu belirtmiştir. Bkz. *Nachova and others v. Bulgaria*, para 160. Cinsel Yönelim temelinde ayrımcılık başlığında incelenen ayrımcılık temelli şiddet davalarında da benzer ifadeler görmek mümkündür. Bkz. *Identoba and Others v. Georgia*, para. 67.

⁵²⁷ *Ibid.*, para. 161.

⁵²⁸ *Ibid.*, para.161.

⁵²⁹ *Ibid.*, para. 163-168. Ayrıca bkz. *Fedorchenko and Lozenko v. Ukraine*, no. 387/03, 20/09/2012, para 64 vd.

Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary davası ile birlikte ise şiddet olaylarının usulen incelenmesi ayağına ilişkin yeni bir yaklaşım kazanıldığını görmekteyiz. Mahkeme önüne gelen bu olayda, Macaristan'da mağdurun Ermeni etnik kökenine sahip olması nedeniyle cinayet işleyen ve başka kişileri de tehdit eden bir kimsenin, vatandaşı olduğu Azerbaycan'a iadesi söz konusu olmuştur. İlgili kişi Azerbaycan'ın hapis cezasının sürdürüleceğine ilişkin verdiği güvenceye rağmen iade edildiğinde serbest bırakılmış ve hatta belirli bir makama getirilmiştir. Başvurucular burada hem mağdurun etnik kökeni hem de Azerbaycan'ın bu suç ve ceza sürecine yaklaşımı bakımından ayrımcılık olduğu iddiasıyla mahkemeye başvurmuştur.⁵³⁰ Burada dikkat çeken unsur mahkemenin, başka bir ülkede etnik köken nedeniyle işlenen bir suça karşılık olarak verilen cezanın, suçlunun iade edildiği ülkede hukuka uygun olarak uygulanmamasını, sözleşmenin 2. maddesi (usuli aşama) ile birlikte 14. madde açısından ayrımcı bulmuştur.⁵³¹ Burada kanımca önemli olan ilgili maddenin usuli aşamasına ilişkin içtihadın genişletilmiş olmasıdır.

Bekos and Koutropoulos v. Greece davasında mahkeme, Roman vatandaşlara uygulanan polis şiddeti ile ilgili önüne gelen olayda bu sefer 2. madde değil Sözleşmenin 3. maddesindeki insanlık dışı muamele üzerinden *Nachova* kararında olduğu üzere benzer şekilde hareket etmiştir.⁵³² Bu davada mahkeme yine taraf devlet yetkililerinin bu gibi şiddet olaylarında ayrımcılık ve ırkçılık gibi unsurları etkin bir şekilde araştırması gerekliliğinin üzerinde durmuş⁵³³ ve bu açıdan 14. maddenin 3. madde ile birlikte (usuli açıdan) ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁵³⁴ Ancak olayın maddi açısından yaptığı

⁵³⁰ *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*, no. 17247/13, 26/05/2020, para 11-21.

⁵³¹ *Ibid.*, para. 213 vd.

⁵³² *Bekos and Koutropoulos v. Greece* no. 15250/02, 13/12/2005. Ek bilgi olarak mahkemenin 3. madde ile ilgili bu alandaki yorumuna bakıldığında, bu madde çerçevesinde uygulanan kötü muamelenin minimum düzeyde bir şiddet/ciddiyeti sağlaması gerektiği ancak bu düzeyin fiziksel, psikolojik etkileri ve mağdurun yaşı cinsiyeti gibi unsurların ele alınarak olay bazında değerlendirileceğini vurguladığı görülmektedir. İlgili yorum ve geçmiş içtihat hukukuna yapılan atıflar için bkz. *Abdu v. Bulgaria*, para. 36 ; *Burlya and Others v. Ukraine*, no. 3289/10, 06/11/2018, para. 120.

⁵³³ *Bekos and Koutropoulos v. Greece* no. 15250/02, 13/12/2005, para 69 vd.

⁵³⁴ *Ibid.*, para. 75. Ayrıca bkz. *B.S. v. Spain*, no. 47159/08, 24/07/2012, para. 58. Roman kökenli vatandaşlardan farklı olarak Avar kökenli vatandaşlara Çeçen kökenli kişiler tarafından uygulanan

inceleme sonucu, yine makul şüphenin ötesinde ispat sınırını kullanarak 14. maddenin 3. madde ile birlikte ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵³⁵ *Secic v. Croatia* kararında da mahkeme benzer bir şekilde Roman kökenli olması nedeniyle saldırıya uğrayan bir kişinin, şikayeti sonrası soruşturmanın yıllara yayılması ve etkin şekilde yürütülmemesi nedeniyle (yine usuli açıdan) 14. maddenin 3. madde ile birlikte ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵³⁶

Stoica v. Romania kararında mahkeme tekrardan, taraf devletlerin yetkili organlarının ırkçı saiki açığa çıkarmak ve meydana gelen olaylarda, etnik nefret ya da önyargı bulunup bulunmadığını ortaya koymak bakımından ek bir yükümlülüğü bulunduğunu vurgulamış⁵³⁷ ve ırkçılık içeren şiddet olaylarını, ırkçı saik barındırmayan şiddet olayları gibi değerlendirmeyi, temel haklara zarar verebilecek eylemlere göz yummak olarak nitelemiştir.⁵³⁸ Bu davada her ne kadar yine makul şüphenin ötesinde bir ispat yükünden bahsedilmişse de mahkeme, meydana gelen olaylar hakkında tutulan polis raporunda, kişilerin eylemlerinin ‘salt Roman’ olmalarına dayandırılmasının ifade edilmesi nedeniyle ve olayların gelişim sürecini de ele alarak ispat yükünün taraf devlette olduğuna karar vermiştir.⁵³⁹ Özellikle sözleşmenin 2 ve 3. maddelerine dayanan olaylarda mahkemenin kötü muameleye ilişkin yapılan soruşturma esaslı ve tarafsız olmalıdır. Bunun anlamı, yetkili kurumlar her zaman olayı aydınlatmak üzere ciddi girişimde bulunmalı ve soruşturmayı kapatmak ya da kararlarına esas almak üzere ivedi/temelsiz

alıkoyma ve şiddetin soruşturulmaması bakımından verilen benzer yönde bir karar için bkz. *Adzhigitova and Others v. Russia*, nos. 40165/07 2593/08, 22/06/2021, para. 273 vd.

⁵³⁵ *Bekos and Koutropoulos v. Greece* no. 15250/02, 13/12/2005 para 64-68.

⁵³⁶ *Secic v. Croatia*, no. 40116/02, 31/05/2007, para 66-70.

⁵³⁷ Ayrıca bkz. *Turan Cakir v. Belgium*, no. 44256/06, 10/03/2009, para 77. *Turan Cakir v. Belgium* kararında ayrıca “...yetkili makamların ırkçı davranışlarla bir şiddet eylemi arasında bağlantı olup olmadığını araştırma yükümlülüğü, Sözleşme’nin 3. maddesinden kaynaklanan usul yükümlülüğünün bir yönüdür; fakat bu görev aynı zamanda, Sözleşme’nin 14. maddesi uyarınca yetkili makamlara zımni olarak yüklenen, 3. maddeyle tanınan temel değere gösterilecek saygıyı ayrımcılık yapmaksızın sağlama sorumluluğunun da bir parçasıdır...” ifadesiyle devlete yüklenen sorumluluğu da göstermiştir. *Turan Cakir v. Belgium*, no. 44256/06, 10/03/2009, para 78.

⁵³⁸ *Stoica v. Romania*, para. 119.

⁵³⁹ *Ibid...* para 126-130.

sonuçlara dayanmamalıdır.⁵⁴⁰ Hatta kötü muameleye ilişkin bu soruşturma hızla yapılmalıdır.

Özellikle Sözleşmenin 2 ve 3. maddeleri bağlamında bir olay söz konusu olduğunda yürütülmüş olan soruşturmanın etkililiğini değerlendirirken mahkeme, ulusal yetkililerin kendilerine yapılan şikayetlere hızlı bir şekilde tepki verip vermediğini de çoğunlukla değerlendirmektedir.⁵⁴¹ *Škorjanec v. Croatia* kararı ile ise mahkeme, taraf devletlerin ırkçı saik içeren olaylardaki (usuli) soruşturma yükümlülüğünün çerçevesini genişleterek daha net bir şekilde ortaya koymuştur.⁵⁴² Bu bağlamda nefret suçlarında, sadece mağdurun bireysel karakteristik özelliklerinin ele alınmaması gerektiği ve faillerin karmaşık bir motivasyona sahip olabileceği vurgulanmıştır. Faillerin, mağdurun dahil olduğu gruba yönelik bir önyargıyla hareket edebileceği gibi, mağdurun başka bir kişinin statüsü ya da karakteristik özelliği nedeniyle meydana gelen durumunun 14. madde dahilinde koruma altında olduğunu belirtmiştir.⁵⁴³ Nitekim bu davada başvurunun, erkek arkadaşının Roman vatandaşı olması nedeniyle nefret suçunun unsuru haline geldiği görülmektedir.⁵⁴⁴

Sözleşmenin diğer maddeleri bakımından ayrımcılık iddiaları incelenecek olunursa örneğin *Moldovan and others v. Romania* davasında ise mahkeme 6. ve 8. maddeler ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁵⁴⁵ Bu davada diğerlerinden biraz daha farklı olarak Roman kökenli ve diğer vatandaşlar arasında yaşanan bir kavgada ölen (Roman kökeni olmayan) kişiden ötürü bölge halkının, ilgili Roman vatandaşların saklandıkları evi kundaklaması, ilgili şahısların darp edilerek ölümlerine sebep verilmesi ve Romanların yoğun olarak yaşadığı bölgede saldırı ve kundaklama faaliyetlerinin gerçekleştirilmesiyle birlikte, saldırılar esnasında bazı

⁵⁴⁰ *Makhashevy v. Russia*, no. 20546/07, 31/07/2012, para 135.

⁵⁴¹ *Ibid.*, para 136.

⁵⁴² *Škorjanec v. Croatia*, no. 25536/14, 28/03/2017.

⁵⁴³ *Ibid.*, para. 55.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, para. 6 vd.

⁵⁴⁵ *Moldovan and Others v. Romania*, nos. 41138/98 64320/01, 12/07/2005.

polislerin de olay yerinde bulunmalarına rağmen olayları durdurmak için harekete geçmemeleri (ve hatta olayları kışkırttıkları) ayrıca olaylar sonrası cezai soruşturma ve yargılamanın eksik olarak, etkin şekilde yürütülmediği, sürecin çok uzatıldığı ve ayrımcı şekilde karar verildiği iddiasıyla mahkemeye başvurulmuştur.⁵⁴⁶ Mahkeme, saldırıların başvuruçuların Roman olmasına dayandığını, soruşturma ve yargılama sürecinin de uzamasının bu kökenleri nedeniyle ayrımcı bir özelliği olduğunu ve yargılama sürecinde tekrarlar kullanılan ayrımcı ifadelerin Sözleşmenin 8. maddesi bağlamında başvuruçuların haklarının korunmasının önüne geçtiğinden bahisle 6. ve 8. maddeler ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁵⁴⁷

AIHM'nin önüne gelen olayı, AIHS'nin 1 no'lu Protokolünün 2. maddesi ile birlikte değerlendirdiği davalar da mevcuttur.⁵⁴⁸ Bu davaların eğitim hakkına ilişkin olduğu ve temel olarak Roman kökenli kişilerin eğitim hakkına dayandığı görülmektedir.⁵⁴⁹ Bu alandaki en önemli kararlardan biri olan *D.H. and Others v. the Czech Republic* kararında mahkeme, zihinsel ya da sosyal bakımdan eksikliği olması nedeniyle bu öğrenciler için açılan farklı okullara ilişkin bir olayı değerlendirmektedir.⁵⁵⁰ Çekya hükümetine göre bu 'özel okullara' eğitim psikolojisi merkezlerinde yapılan bir test ve velinin yasal onamı neticesinde öğrenci gönderilmektedir.⁵⁵¹ Yapılan araştırma ve istatistiklere göre ise bu okullara ağırlıklı olarak Roman çocuklar alınmaktadır.⁵⁵² Burada

⁵⁴⁶ *Ibid.*, para. 17 vd.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, para. 139-140.

⁵⁴⁸ İlgili düzenlemeye göre "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir." Mahkemeye göre 1. Protokolün 2. maddesine göre saygı gösterme ifadesi, dikkate almak ya da tasdik etmekten daha fazla anlama gelmektedir. Bu bağlamda taraf devlete kimi pozitif yükümlülükler de yükleyebilecektir. Bkz. *Horváth and Kiss v. Hungary*, para. 103.

⁵⁴⁹ AIHM, tarihte yaşananlar neticesinde Roman kökene sahip kişilerin dezavantajlı ve hassas bir grup haline geldiğini ve bu nedenle de eğitim alanı da dahil olmak üzere, özel olarak korunmaları gerektiğini vurgulamaktadır. Örnek olarak Bkz. *Oršuš and Others v. Croatia*, para. 147, 148 ; *D.H. and Others v. Czech Republic*, para. 182 ; *Horváth and Kiss v. Hungary*, para. 102.

⁵⁵⁰ *D.H. and Others v. Czech Republic*, no. 57325/00, 13 November 2007.

⁵⁵¹ *Ibid.*, para 16.

⁵⁵² *Ibid.*, para 18.

açık bir ayrımcılık unsuru değil dolaylı olarak uygulanan bir ayrımcılık bulunmaktadır.⁵⁵³ Taraf devlette uygulanan bu eğitim sistemi doğrudan Roman çocuklar için ayrımcı bir düzenleme içermemekte ancak sistem (bu alanda bir önlem uygulanmadığı için) belirli bir grubun, ki burada söz konusu olan Roman çocuklardır, daha farklı ve kötü muameleye maruz kalmasına yol açmaktadır. Nitekim mahkeme bu unsuru yapılan istatistik araştırması ile birlikte değerlendirerek önemli bir karara imza atmıştır.

Mahkemeye göre öğrenci sayılarına/dağılımına bakıldığında her ne kadar ilgili zaman diliminde özel okullarda yüzde bazında kaç Roman öğrenci olduğu kesin olarak belirlenememekteyse de sayılarının orantısız olarak yüksek olduğu (ve bu okullardaki yoğunluğu oluşturduğu) görülmüştür. Dolayısıyla yürürlükte olan (ve tarafsız görünen) uygulamanın Roman kökenli çocuklar üzerinde Roman olmayan çocuklara oranla daha büyük bir etkisi olduğu bu nedenle özel okullara daha yüksek oranda yerleştirildikleri vurgulanmıştır.⁵⁵⁴ Bu vurgulama önemlidir çünkü açıkça ayrımcılık unsuru içermeyen yasal düzenlemeler söz konusu olduğunda, ayrımcılık iddiasının kanıtlanmasının başvuru bireyler açısından zor olabileceği tahmin edilmektedir. Bu bağlamda mahkeme de bu unsuru göz önünde bulundurarak, etkili bir korumanın sağlanması açısından dolaylı ayrımcılık davalarında daha gevşek ispat kurallarının uygulanabileceğinin altını çizmiştir.⁵⁵⁵

Burada mahkemenin, her ne kadar istatistiki delillere yoğun bir önem verdiğini anlamaktaysak da aslında bu husus dolaylı ayrımcılığın istatistiki deliller bulunmadıkça kanıtlanamayacağı gibi bir anlama gelmeyecektir. Sonuç olarak mahkeme, başvuruçuların (taraf devletin) ayrımcılık niyetini kanıtlamasına gerek olmadığına ve ilgili olayda dolaylı ayrımcılık olduğu kanısına varma konusunda yeterince güvenilir ve

⁵⁵³ Nitekim davaya katılan insan hakları örgütleri de dolaylı ayrımcılık konusunu ön plana çıkarmaya çalışmış ve aslında mahkemenin bu kavramı bir konsept dahilinde kabul etmesi için bu unsuru gerekçelendirmeye çalışmıştır. Bkz. *D.H. and Others v. Czech Republic*, para 161-164.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, para 193.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, para 185, 186. Ayrıca bkz. *Nachova and others v. Bulgaria*, para. 147, 157.

belirgin deliller sunulduğu, ispat yükünün ise bu durumda taraf devlete geçmesi gerektiğini belirlemiştir.⁵⁵⁶ Mahkemeye göre yapılan eğitim düzenlemeleri dezavantajlı sınıfta sayılan ve ihtiyaçlarının takdir yetkisi bağlamında devlet tarafından dikkate alınması gereken Roman çocuklar bakımından koruyucu önlemler içermemiştir. Bu nedenle Roman çocuklar daha basit bir müfredatın uygulandığı zihinsel engelli çocukların devam ettiği okullara yerleştirilmiş ve toplumdaki diğer çocuklardan izole edilmiştir.⁵⁵⁷ Bu bağlamda mahkeme 1 no'lu Protokolünün 2. maddesi ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Sampanis and others v. Greece davasında da mahkeme özellikle ispat yükünün ters çevrilmesine yönelik olan içtihadını devam ettirmiştir.⁵⁵⁸ Roman çocukların okula kayıt edilmemesini takip eden yılda, yaşanan şiddet olayları da nedeniyle ve ilgili çocukların pedagojik olarak normal sınıfa başlayamayacağından bahisle özel hazırlık sınıflarına kaydedilmeleri, özel olarak bu şekilde açılan okul ve sınıfların Roman kökenli çocukların eğitimi için kullanıldığına ve her ne kadar hazırlık olarak geçse de çocukların normal okula devam ettirilmediğine yönelik vakıaları içeren davada mahkeme, 1 no'lu Protokolünün 2. maddesi ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁵⁵⁹ Bu davada önemli olan unsur, mahkemenin kararını verirken aslında yine açılan bu ayrı (ve fiziki olarak tamamen ayrıştırılmış) sınıflardaki Roman kökenli öğrenci oranına bakmasıdır ki zaten o bölgede yoğun olarak yaşayan Roman kökenli öğrencileri kapsadığı görülmüştür.

Oršuš and others v. Croatia davasında mahkeme benzer bir şekilde, Hırvatistan'da yaşayan Roman kökenli vatandaşların okulda sadece Roman öğrencilere yönelik sınıf oluşturularak ayrımcılığa uğradıklarına ilişkin olarak yaptıkları başvuruda,

⁵⁵⁶ *D.H. and Others v. Czech Republic*, para. 194, 195.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, para. 207. Mahkeme burada ayrıca taraf devletin, özel okullardan mezun olan çocukların daha sınırlı iş imkanına sahip olduklarını kabul ettiğini vurgulamıştır.

⁵⁵⁸ *Sampanis and Others v. Greece*, no. 32526/05, 5 June 2008, para. 76-82.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, para. 83-96.

1 no'lu Protokolünün 2. maddesi ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.⁵⁶⁰ İddiaya göre Roman sınıflarında uygulanan müfredat seyreltilmiş bir halde verilmektedir. Bu durum da hem ayrı sınıf bulunması bakımından hem de farklı müfredata tabiiyet bakımından ayrımcılık iddialarının kaynağını oluşturmaktadır. Bir ön not olarak belirtmek gerekir ki, önceki iki davadan farklı olarak burada mahkeme, ayrı sınıflara yerleştirme işleminin tüm okulları kapsamadığı istatistiksel olarak sadece belirli bir okulda gerçekleştiğini vurgulamış, bu nedenle ortaya konulan istatistiklerin uygulamanın ayrımcı olduğuna yönelik yeterli (*prima facie*) delil sayılamayacağını belirtmiştir.⁵⁶¹ Her ne kadar böyle bir belirleme yapmışsa da dolaylı ayrımcılığın istatistiksel delil olmadan da kanıtlanabileceğini de eklemiştir.⁵⁶² Mahkeme devamla, öğrencilerin dil sorunları nedeniyle geçici olarak farklı sınıflara yerleştirilmesinin otomatik olarak ayrımcılık doğurmayacağını altını çizmiştir ancak yapılan uygulama bir grubu orantısız şekilde ve hatta bu davada olduğu gibi münhasır olarak etkilemekteyse bu durumda haklı gösterme bakımından koruma önlemlerinin uygulanıp uygulanmadığına bakılması konusuna değinmiştir.⁵⁶³ Buna göre mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken eğitimin ilk aşamasında öğrencilerin ayrı sınıflara yerleştirilmeleri, uygulanan müfredat, normal sınıflara geçirilme ve takip mekanizması, okul hayatına katılım/okulu bırakma oranları ve velilerin katılımı gibi ayrı ayrı açılardan oldukça kapsamlı şekilde incelemesini yaparak taraf devletin yeterli önlemleri almadığını ortaya koymuştur.⁵⁶⁴

Horváth and Kiss v. Hungary kararında ise mahkeme, yapılan test sonucu hafif zihinsel gerilik tespit edilerek özel okullara gönderilen Roman kökenli öğrenciler hakkında karar vermiştir.⁵⁶⁵ Dünya Sağlık Örgütünün belirlediği zihinsel oranlardan

⁵⁶⁰ *Oršuš and Others v. Croatia*, no. 15766/03, 16 March 2010.

⁵⁶¹ *Ibid.* para. 152.

⁵⁶² *Ibid.* para. 152. Ayrıca bkz. *D.H. and Others v. Czech Republic*, para 188.

⁵⁶³ *Oršuš and Others v. Croatia*, para. 157.

⁵⁶⁴ *Ibid.* para. 158-179. Bu kararda 8 hâkim ise karşı oy kullanarak 1 no'lu Protokolünün 2. maddesi ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşamayacağını oldukça kapsamlı bir şekilde açıklayarak karşı oylarını şerh düşmüşlerdir.

⁵⁶⁵ *Horváth and Kiss v. Hungary*, no. 11146/11, 29 January 2013.

farklı oranlar dikkate alınarak ve test edilen öğrencilerin kişisel ve arka plan özellikleri dikkate alınmadan yapılan bu testler ayrımcı sonuçlara neden olduğundan dolayı bu uygulama bakımından, 1 no'lu Protokolünün 2. maddesi ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.⁵⁶⁶ Bu davadaki önemli bir nokta ise yine dolaylı ayrımcılığın kabulü ve ispat yükünün taraf devlete düşmesidir.⁵⁶⁷

Lavida and others v. Greece davasında da mahkeme, yukarıda *Sampanis* davasında görüldüğü üzere, belirli bir bölgedeki okula (daha yakında başka bir okul daha olmasına rağmen) sadece Roman kökenli çocukların kaydedilmesine dayanan davada daha önceki içtihadını sürdürerek, 1 no'lu Protokolün 2. maddesi ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁵⁶⁸ Nitekim mahkeme genel olarak, taraf devletler arasında azınlıkların çeşitli ihtiyaçlarına yönelik olarak ve bu kişilerin güvenlikleri, yaşam tarzları ve kimliklerinin korunması yönünde uluslararası bir konsensüs oluştuğunu vurgulamaktadır.⁵⁶⁹ Bu vurgu kanımca devam eden süreçte bu alanda benzer içtihadın devam edeceğini yönünde kuvvetli bir ihtimal olarak değerlendirilebilecektir.

Mahkemeye göre bu türde bir ayrımcılık söz konusu olduğunda haklı göstermeye yönelik yapılacak savunmalar olabildiğince dar bir şekilde yorumlanmalıdır.⁵⁷⁰ Yine mahkemeye göre taraf devletler farklılıkların bir tehdit olarak görülmediği aksine bir zenginlik olarak değerlendirilmesi gereken demokrasi anlayışını güçlendirmek bakımından, ırkçılık ile mücadele etmek üzere tüm imkanları kullanmalıdır.⁵⁷¹ Nitekim mahkeme, ırk temelli ayrımcılığın belirli durumlarda başlı başına insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele anlamına geleceğini vurgulamaktadır.⁵⁷² Sonuç olarak AIHM ırk

⁵⁶⁶ *Ibid.*, para. 118 vd.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, para. 110.

⁵⁶⁸ *Lavida and Others v. Greece*.

⁵⁶⁹ *Sampanis and Others v. Greece*, para 72. *Chapman v. the United Kingdom*, para. 93, 94.

⁵⁷⁰ *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, para. 44 ; *D.H. and Others v. Czech Republic*, para. 196.

⁵⁷¹ *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, para 43 ; *Nachova and others v. Bulgaria*, para. 145 ; *Timichev v. Russia*, para. 56. Burada sorulması gereken soru ise kanımca ırk temelinde ayrımcılık söz konusuyken bu denli geniş bir 'haklı gösterme' ölçütünün belirlenmesinin diğer ayrımcılık temellerine de sirayet edip etmeyeceğidir. (ya da etmesi gerekip gerekmediği) Benzer bir görüş için bkz. Harris ve O'Boyle, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 2021, 749.

⁵⁷² *Abdu v. Bulgaria*, para. 36-38.

ayrımcılığını insan onuruna karşı bir eylem olarak belirleyerek yetkililerin bu alanda özel dikkat göstermesi ve yoğun/etkin bir çaba göstermeleri hususunun altını çizmektedir.⁵⁷³

Bunlardan başka, taraf devletlerin, 8. madde kapsamındaki pozitif yükümlülükleri üzerinde durularak karar verilen iki yeni dava bulunmaktadır. Kişiler ifade özgürlüğü kullanırken bunun ırkçı saikle ve ayrımcılık meydana getirecek şekilde nefret söylemine dönüşmesi durumlarında devletlerin sorumluluğuna ilişkin olarak *Behar and Gutman v. Bulgaria* davasında, bir parti yöneticisinin (doğrudan devlete atfedilmeyen) Roman vatandaşlara ve diğer azınlıklara yönelen ırkçı söylemlerinin tazminine yönelik olarak yargının olumsuz bir eylemi söz konusudur.⁵⁷⁴ *Budinova and Chaprazov v. Bulgaria* kararında da yine aynı kişinin bu defa Yahudilere karşı gerçekleştirilen söylemleri hakkındaki iddialar ele almıştır.⁵⁷⁵ Bu davalarda, Bulgar Mahkemelerinin karşı tarafın ifadelerini ele alma şekli ilgili politikacının ifade özgürlüğü ile başvuruçuların özel hayata saygı haklarını dengeye oturtma şeklinde yansımaktadır. Ulusal mahkeme burada her iki hak arasındaki gerilimi göz önünde bulundurmuşsa da AİHM'ye göre olaydaki göreceli önemini hesap edememiştir. Etnik, dini ya da diğer gruplar aleyhinde radikal açıklamalar yapma eylemi, sözleşmenin 10. maddesi çerçevesinde ya çok az ya da hiç korunmamaktadır.⁵⁷⁶ Sonuç olarak olayda, ırkçı söylemlerin yöneldiği kişilerin bunun tazmini taleplerinin geri çevrilmesi mahkemeye göre devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getiremediği anlamına gelmiştir.⁵⁷⁷

Belirtmek gerekir ki tıpkı cinsel yönelime ilişkin ayrımcılık davalarında olduğu üzere bu alanda da mahkeme kimi durumlarda sözleşmenin ilgili maddesinin ihlali üzerinden giderek ayrıca 14. madde üzerinden hareket etmediği görülmektedir.⁵⁷⁸ Bu gibi

⁵⁷³ *Nachova and others v. Bulgaria*, para. 63.

⁵⁷⁴ *Behar and Gutman v. Bulgaria*, no. 12567/13, 16/02/2021, para. 41.

⁵⁷⁵ *Budinova and Chaprazov v. Bulgaria*, no. 29335/13, 16/02/2021.

⁵⁷⁶ *Behar and Gutman v. Bulgaria*, no. 12567/13, 16/02/2021, para. 105 ve *Budinova and Chaprazov v. Bulgaria*, no. 29335/13, 16/02/2021, para. 94.

⁵⁷⁷ *Behar and Gutman v. Bulgaria*, no. 12567/13, 16/02/2021, para. 106. *Budinova and Chaprazov v. Bulgaria*, no. 29335/13, 16/02/2021, para. 95.

⁵⁷⁸ *V.C. v. Slovakia*, no. 18968/07, 08/11/2011, para. 176-180.

durumlarda ilgili sözleşme maddesinden kaynaklanan hakkın özünün daha kuvvetli olduğu düşünölmekle birlikte mahkemenin yeni gelişen alanlarla birlikte 14. maddeye müracaat bakımından çekimser olup olmadığı da bir soru işaretidir. Bunun karşısında olan bir durumu ise mahkemenin cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın ‘özellikle ciddi gerekçeler’ ileri sürölerek haklı gösterilebileceğine ilişkin inşa ettiğı içtihat oluşturmaktadır. Buna göre cinsel yönelim temelinde ayrımcılık iddiaları mahkemenin şüpheli kategoriler listesinde yer almakta ve taraf devletler açısından daha sıkı bir denetime tabi tutulmaktadır.

Son olarak, Konsey üyesi devletlerde, Amerika Birleşik Devletleri ya da Güney Afrika’da olduğu üzere ırk ve etnik köken temelindeki ayrımcılığın siyahi vatandaşlara yönelen şekli yerine Roman kökenli vatandaşlara yönelen ırkçı saikle yaklaşım ve şiddet eylemlerinin görüldüğü söylenebilecektir.⁵⁷⁹

2.2. Avrupa Birliğı

AB Hukukunda ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler Irk Direktifi ile ortaya koyulmuştur. Bu başlık altında ise içtihat hukuku incelenirken bu direktifin kapsamı temelinde hareket ederek kararların gelişimini göstermek üzere tarihsel bir sıra izlenmesi ancak belirli kavramlar etrafında şekillenen kararlar söz konusu olduğunda bunların birlikte ele alınmasının uygun olacağı düşünölmüştür.

Tıpkı AİHS’de olduğu üzere Irk Direktifi de ırk ve etnik kökenin tanımını yapmamaktadır. Ancak bu direktifte AİHS ve AİHM içtihadından farklı olarak ırk ile ilgili olarak söylenebilecek olan şudur: Irk Direktifi uyrukluk temelinde ayrımcılığı dışlar şekilde kaleme alınmıştır. Bu husus kanımca AB serbest dolaşım lar kapsamında görüldüğünden ayrı bir düzenleme alanında ve etkin şekilde ele alınmaktadır.⁵⁸⁰ Burada

⁵⁷⁹ Avrupa ve AB’de Roman kökenli kişilerin uğradığı ayrımcılığa geniş bir yaklaşım için bkz. Salomea Popoviciu ve Cristian Tileagă, “Roma Prejudices In the European Union Responses to Structural Inequality” içinde. *The Routledge International Handbook of Discrimination, Prejudice and Stereotyping*, ed. Cristian Tileagă, et. al (Routledge, 2022) 90-103.

⁵⁸⁰ ABİHA m.18.

belirlenmesi gereken ikinci durum ise ırk temelinde bir ayrımcılık söz konusu olduğunda Çerçeve Direktif değil bu direktif temelinde yorum yapılması gerekliliğidir. Bu husus ise söz konusu direktiflerin dar kapsamından ve belirlenen temellerde ayrımcılıklara özel olarak kurgulanmasından kaynaklanmaktadır. AİHM'nin bu alanda belirli bir içtihadı bulunmaktayken ABAD'ın önüne bu alanda çok fazla dosya gelmediği görülmektedir.

İrk Direktifi kapsamında ABAD önüne gelen ve ilgili direktifin yorumunun yapıldığı ilk dava *Feryn* olmuştur.⁵⁸¹ Belçika'da eşit muamelenin sağlanması amacıyla oluşturulan bir eşitlik kurumu, işe alımda ayrımcılık nedeniyle Feryn şirketi aleyhine iş mahkemelerine başvurmuştur. Bunun gerekçesi ise söz konusu şirket yetkilisinin montaj işinde çalışacak kişilerin işe alımı bakımından göçmenleri bu işe almayacakları çünkü müşterilerin bu durumda kendilerine işin tamamlanması süresince özel mülklerine giriş izni vermekte isteksiz olduğunu belirten açıklamalarıdır. Bu bağlamda söz konusu olay ön karar usulü ile ABAD önüne getirilmiştir. ABAD öncelikle burada ayrımcılık bulunup bulunmadığını, söz konusu olayda henüz herhangi bir ayrımcılık öznesi bulunmaması ve ayrımcılık iddiasının salt olarak kamuoyu açıklamaları çerçevesinde şekillenmiş olmasını değerlendirmiştir.⁵⁸²

ABAD burada ayrımcılık kavramını geniş yorumlayarak, söz konusu olayda doğrudan bu açıklamalardan etkilenen birisi olmamasının, doğrudan İrk Direktifi kapsamında doğrudan ayrımcılık oluşturmayacağı anlamına gelmeyeceğini vurgulamıştır. ABAD'a göre İrk Direktifi Dibacesinde yer alan sosyal olarak kapsayıcı bir işgücü piyasası için gerekli koşulların geliştirilmesi gerekliliği bu direktifin kapsamını işe seçilme kriterleri ve koşullarını da kapsar hale getirmektedir.⁵⁸³ Bu bağlamda bir işverenin açık bir şekilde ırk veya etnik kökene dayanarak belirli kişileri işe almayacağını açıklaması kuvvetle muhtemel olarak bu işe başvuracak bazı kişilerin bundan

⁵⁸¹ C-54/07, *Feryn*.

⁵⁸² *Ibid.* para. 21 vd.

⁵⁸³ *Ibid.* para. 23.

vazgeçmesine ve dolayısıyla istihdam piyasasına girişlerini engellemeye neden olmaktadır ve işe alım bakımından direktif temelinde doğrudan ayrımcılık oluşturmaktadır. Ayrıca ABAD’a göre bu ayrımcılık iddiası, bu eylemden zarar gören bir başvuruçunun varlığını da ayrıca gerektirmemektedir.⁵⁸⁴ Görüldüğü üzere mahkeme burada oldukça ilerici bir yorumla ayrımcılık iddiasını, doğrudan ayrımcı muameleden zarar gören bir kişi ortaya koyulmasa da kabul etme eğiliminde olduğunu göstermiştir.

Bu davadaki ikinci bir önemli nokta ise ispat yükü ve ispat yükünün ters çevrilmesine ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerdir. Buna göre eşit muamele ilkesinin uygulanmaması nedeniyle doğrudan veya dolaylı ayrımcılık olduğu gösterilebilecek olguların mahkemeye sunulması halinde bu ilkenin ihlal edilmediğini kanıtlama görevi davalı tarafa düşmektedir. Bu bağlamda ayrımcılığı ortaya koyan olguların varlığı bakımından ABAD bu olayda, bir işverenin kamuya açık şekilde işe alım politikasını belirli ırk veya etnik kökeni dışarıda bırakacak şekilde açıklamasının, ayrımcı muamele bulunduğu karinesini ortaya koymuş olduğunu vurgulamaktadır.⁵⁸⁵ Ayrıca artık ispat yükü üzerine düşen söz konusu işverenin, bu ilkeyi ihlal etmediğini ortaya koyabilmesi için örneğin uygulamada işe alımlarının bu açıklamada olduğu gibi olmadığını göstermesi gerekmektedir.⁵⁸⁶

Runevič-Vardyn kararında ise Litvanya’da yaşayan Polonyalı vatandaşı olmayan ama bu ülkedeki Polonyalı azınlığa dahil olan bir kişinin doğum ve evlilik belgesine isminin istenenden farklı şekilde ve Litvanya diline uygun şekilde kayıt edilmesi ve buna itiraz edilmesine rağmen ulusal hukuk açısından bunun mümkün olmadığı gerekçesiyle bu taleplerinin reddi söz konusudur.⁵⁸⁷ İlgili olay ön karar usulü ile ABAD önüne gelmiştir. Mahkeme burada ilk olarak bir kişinin medeni halini gösterir belgelerde salt olarak o

⁵⁸⁴ *Ibid.* para. 25.

⁵⁸⁵ *Ibid.* para. 31.

⁵⁸⁶ *Ibid.* para. 32.

⁵⁸⁷ C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn and Łukasz Paweł Wardyn v Vilniaus miesto savivaldybės administracija and Others*, 12 May 2011, ECLI:EU:C:2011:291.

ülkenin resmi diline uygun olarak ve ilgili kişinin talebi reddedilerek ortaya koyulan kayıt işleminin Irk Direktifi kapsamında dolaylı ayrımcılık yaratıp yaratmadığı üzerinde durmuştur. Burada da öncelikle Irk Direktifinin tüm kişileri ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılıktan koruma amacı güttüğünü belirlemiştir. Bu bağlamda ilgili direktifin dibacesine atıfla bir kişinin ırk ve etnik kökene bakılmaksızın, demokratik ve hoşgörülü bir toplum oluşturmak için, bu alandaki eylemler çalışma faaliyetlerine erişimin ötesine geçerek daha geniş alanları kapsamalıdır.⁵⁸⁸ Ayrıca ABAD burada çok daha önemli olarak, direktifin amacı, koruma altına aldığı hakların doğası ve bu direktifin AB Hukukunun genel ilkelerinden olan eşitlik ilkesinin somut bir ifadesi olması unsurları çerçevesinde söz konusu Direktifin kapsamının dar bir şekilde yorumlanamayacağını vurgulamıştır.⁵⁸⁹ Ancak bu gibi açıklamaların arkasından söz konusu olayın direktifin gerek sayılan diğer kapsadığı alanlar gerek “barınma dahil halka açık mal ve hizmetlere erişim ve bu mal ve hizmetleri sunma” kapsamında bir hizmet değerlendirilemeyeceğini vurgulayarak kapsam dışında bırakmıştır.⁵⁹⁰ *Feryn* kararında olduğu gibi geniş bir yorumdan sonra ABAD’ın direktifin kapsamını daraltıcı yorum yapması kanımca zaten sınırlı bir alanı kapsayan ancak barındırdığı haklar bakımından oldukça önemli bir amaca hizmet eden ilgili direktifin etkililiğini azaltacak bir yöntem olarak görülmelidir.

Meister kararında ise (Rusya’dan almış olan ve) Almanya’da eşdeğerliği kabul edilen sistem mühendisliği diplomasını çerçevesinde buna yönelik uygun bir işe başvuru yapan Bayan Meister’in iş görüşmesine çağırılmaksızın başvurusunun reddedilmesi ve tekrar iş ilanına çıkılması söz konusu olmuştur. Bayan Meister’in iddiasına göre iş ilanındaki tüm nitelikleri karşılaması ile birlikte kendisi karşılaştırılabilir başka bir kişiye oranla cinsiyet, yaş ve ırk temelinde daha kötü muameleye tabi kalmıştır ve kendisine işe alım sürecine yönelik istediği bilgiler verilmemiştir. Bu bağlamda değerlendirilmesi

⁵⁸⁸ *Ibid.* para. 41.

⁵⁸⁹ *Ibid.* para. 43.

⁵⁹⁰ *Ibid.* para. 44 vd.

gereken konu başvurusu reddedilen kişi ayrımcılık direktifleri çerçevesinde bilgi alma hakkının kullanılıp kullanılmayacağıdır.⁵⁹¹ Burada ABAD her ne kadar işe alım ile ilgili konular Irk Direktifi kapsamında kalmaktaysa da ilgili direktif hükümlerinin, işveren nezdinde, bir kişiyi işe almama sonucunda ilgili kişiye başka bir başvuranın işe alınıp alınmadığı ilgili bilgiler verilmesi yönünde bir yükümlülük tesis etmediğini ortaya koymuştur.⁵⁹²

Direktifin kapsamının yorumlandığı bu gibi kararlardan sonra ABAD oldukça önemli olarak sayılabilecek *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* kararını vermiştir.⁵⁹³ Bu davadaki olayda, Bayan Nikolova Roman vatandaşların yoğun olarak yaşadığı bir bölgede bir bakkal dükkânı işletmektedir. Elektrik idaresi bu bölgede diğer bölgelerden farklı olarak çok uzun elektrik direkleri yerleştirmiş ve sayaçları da bu yüksekliğe takmıştır. Bölgenin diğer sakinleri ile birlikte sayacını okuması oldukça zorlaşan Bayan Nikolova söz konusu bölge Roman vatandaşların yoğunlukta olduğu bir bölge olduğu için böyle bir farklı muamelenin doğrudan ayrımcılık oluşturduğu iddiasıyla mahkemeye başvurmuştur.⁵⁹⁴ ABAD burada öncelikle elektrik dağıtım ve buna yönelik hizmetleri, Irk Direktifinin “barınma dahil halka açık mal ve hizmetlere erişim ve bu mal ve hizmetleri sunma” kapsamında bir hizmet olarak kabul etmiş ve söz konusu olayın Direktifin kapsamında kaldığını ortaya koymuştur.⁵⁹⁵

Burada ABAD oldukça önemli bir şekilde Irk Direktifinin koruduğu kişiler açısından da yorumunu yapmıştır. Bayan Nikolova Roman vatandaşı değildir ancak aynı şekilde muameleye maruz kalmaktadır. Buna göre Direktifin sağlamaya çalıştığı eşitlik ilkesi sadece ırk ve etnik köken temelinde belirli bir gruba aidiyeti olan kişileri değil, bu gruba dahil olmasa da belirli bir dezavantaj yaşayan ya da daha kötü muameleye maruz

⁵⁹¹ C-415/10, *Galina Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH*, 19 April 2012, ECLI:EU:C:2012:217.

⁵⁹² *Ibid.* para. 46, 47.

⁵⁹³ C-83/14, “*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*”.

⁵⁹⁴ *Ibid.* para. 21-37.

⁵⁹⁵ *Ibid.* para. 44.

kalan kişileri de korumaktadır.⁵⁹⁶ Ayrıca söz konusu uygulamanın, ilgili bölgede yaşayan kişilerin çoğunluğunun ırk ve etnik kökenine göre yapıldığı değerlendirildiğinde doğrudan ayrımcılık teşkil edeceği ancak bu durumu belirlemenin ulusal mahkemeye düştüğünü ortaya koymuştur.⁵⁹⁷

Son olarak ise söz konusu muamelenin doğrudan ayrımcılık oluşturmadığının ulusal mahkemece tespiti halinde dolaylı ayrımcılık kavramının kullanımı tartışılmıştır. Buna göre direktif kapsamında dolaylı ayrımcılık oluşturan ‘görünüşte tarafsız bir uygulama’ ifadesi, bir uygulamanın tarafsızlığı açık bir şekilde ortada olduğunda mı yoksa uygulama görünürde ya da ilk bakışta tarafsız görünmekteyse mi bu kapsamda sayılacaktır? Mahkemeye göre ikinci durum uygulamanın tarafsızlığının belirlenmesinde geçerli olmaktadır.⁵⁹⁸ Burada doğrudan ayrımcılığın aksine dolaylı ayrımcılık kavramına ilişkin mahkemenin yerleşik içtihadı ışığında bu anlamın verilmesi gereklidir. Mahkemeye göre doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak dolaylı ayrımcılık, tarafsız bir şekilde yani korunan özellik ile ilgili olmayan diğer kriterlere atıfta bulunarak formüle edilmiş olsa da, özellikle bu özelliğe sahip kişilerin dezavantajlı duruma getirilmesi sonucunu doğuran bir önlemden kaynaklanabilmektedir.⁵⁹⁹

Bir olayın Irk Direktifi kapsamında doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık oluşturup oluşturmayacağı bakımından söz konusu olaydaki uygulamanın doğrudan ya da bundan ayrılamaz bir şekilde etnik köken (ve ırk) ile bağlantılı olması gerekmektedir. Bu bağlamda etnik kökenin tanımını yapan mahkeme bunun, özellikle ortak milliyet, dini inanç, dil, kültürel ve geleneksel kökenler ve geçmişlerine göre işaretlenmiş toplumsal gruplardan kaynaklandığını belirtmiştir.⁶⁰⁰ Bir kişinin doğum yeri bu sayılan listede

⁵⁹⁶ *Ibid.* para. 59, 60.

⁵⁹⁷ *Ibid.* para. 76 vd. Elektrik idaresinin birçok Roman bölgesinde sayaçları çok yükseğe takmasının aynı dağıtım şirketi tarafından elektrik sağlanan diğer tüm kişilerin durumu ile karşılaştırılabileceğini de ayrıca belirtmiştir. *Ibid.* para. 90.

⁵⁹⁸ *Ibid.* para. 93.

⁵⁹⁹ *Ibid.* para. 94.

⁶⁰⁰ C-668/15, *Jyske Finans A/S v Ligebehandlingsnævnet, acting on behalf of Ismar Huskic*, 6 April 2017, ECLI:EU:C:2017:278, para. 16, 17. Ayrıca bkz. C-83/14, "*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*", para. 46.

olmasa da bu ifadedeki ‘özellikle’ kavramına dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda sayılan liste sınırlı olarak algılanmamalıdır ve bir kişinin doğum yeri bu kapsam dışında sayılmamalıdır. Ancak bu hususun, bir kişinin etnik bir gruba mensup olduğu sonucunu haklı çıkarabilecek belirli faktörlerden yalnızca biri olduğu ve bu konuda belirleyici olmadığı açıktır. Bu bağlamda etnik köken tek bir kritere göre belirlenemeyecektir, tam tersine, bazıları nesnel, bazıları öznel olmak üzere çok sayıda faktöre dayanmaktadır. Dahası, bir kişinin doğum yerinin, genel anlamda belirtilen tüm bu kriterlerin yerine geçemeyeceği de tartışılmayacaktır.⁶⁰¹ Ancak sonuç olarak bir kişinin doğum yeri kendi başına bu iki kavram arasında doğrudan veya ayrılmaz bir bağlantının varlığını ortaya koyacak şekilde, o kişinin belirli bir etnik grubun üyesi olduğuna dair genel bir varsayımı haklı çıkaramayacaktır. Ayrıca, her devletin sadece bir etnik kökene sahip olduğu da varsayılacaktır.⁶⁰² Görüldüğü üzere ABAD en azından etnik köken kavramının nasıl ele alınması gerektiğini kısmen de olsa ortaya koymaya çalışmaktadır.

Maniero kararında ise bu defa istihdam ya da hizmet sunumu dışında, eğitim alanında ırk temelinde ayrımcılığın değerlendirildiğini görmekteyiz.⁶⁰³ Olaya göre Bay *Maniero*, İtalya doğumlu olup Almanya’da ikamet etmektedir ve hukuk alanındaki lisansını Ermenistan’daki bir üniversitede tamamlamıştır. Bir burs programı ile ilgili olarak gerekli birim ile iletişim kuran ilgili, burs programına başvurabilmek için belirli bir sınavı geçme şartı bulunması nedeniyle uyarılmıştır. Bay *Maniero* ise sahip olduğu diplomanın aslında daha üst bir sınav yerine geçtiğini ve bunu bildirmesine rağmen burs veren kuruluşun tavrı nedeniyle bu başvuruyu yapmaktan vazgeçtiğini bu bağlamda yaş ya da etnik köken temelinde ayrımcılığa uğradığını iddia ederek ulusal mahkemeye başvurmuştur.⁶⁰⁴ ABAD burada öncelikle ilgili olayın direktif kapsamındaki eğitim

⁶⁰¹ C-668/15, *Jyske Finans*, para. 18, 19.

⁶⁰² *Ibid.* para. 20, 21.

⁶⁰³ C-457/17, *Maniero*.

⁶⁰⁴ *Ibid.* para. 11-26.

kavramının içerisinde girip girmediğini değerlendirmiştir. Buna göre belirlenen ödemeler ve eğitim kavramının içerisinde giren araştırma projelerine ya da çalışmalara katılım arasında yeterince yakın bir bağ bulunduğu özel bir kuruluş tarafından verilecek araştırma projelerini destekleme ve yurtdışı eğitimlerine yönelik burslar da eğitim kavramı içerisinde değerlendirilebilecektir.⁶⁰⁵ Devamında ise söz konusu başvuru şartı uygulamasının ırk ve etnik köken temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre dolaylı ayrımcılık görünüşte tarafsız olan bir hüküm (ırk ve etnik köken temelinde) bir kişiyi diğer kişilerle karşılaştırıldığında daha dezavantajlı bir konumda bıraktığı zaman ortaya çıktığı kabul edilir. Bu bağlamda farklı muamelenin varlığını ortaya koyabilmek için genel ve soyut bir karşılaştırma değil özel ve somut bir karşılaştırma yapmak gereklidir. Söz konusu davada ise burs kuruluşunun, burs verme yönünden ortaya koyduğu şart belirli bir sınavın geçilmesi olup burada dezavantajlı grup bu şartı yerine getiremeyenlerin tamamı olacaktır.⁶⁰⁶ Ancak söz konusu olayda belirli bir etnik grubun bu durumdan daha fazla etkilendiğine ilişkin bir gösterge bulunmadığından dolaylı ayrımcılık iddiası kabul görmemiştir.⁶⁰⁷

Braathens Regional Aviation AB kararı ise Irk Direktifinin hakların savunulması ve yaptırımlar ile ilgili maddelerinin yorumunun yapıldığı görülmektedir.⁶⁰⁸ Bu davaya söz konusu olan olayda bir kaptan pilot Şili kökenli bir yolcuya ek güvenlik kontrolü uygulatmıştır. Yapılan şikâyet üzerine yetkili makamlar ilgili yolcunun etnik köken temelinde ayrımcılığa uğradığı iddiasını kabul ederek bu durumu tazmin etmek üzere karar almıştır. Ayrımcı muameleyi gerçekleştirdiği iddia edilen pilot ise tazminat ödemeyi kabul etmekte ancak bunun kaynağının ayrımcılık olmasına karşı çıkmaktadır. Ulusal usul hukukuna göre, yargı makamı tazminat ödemeleri bağlamında tazminat

⁶⁰⁵ *Ibid.* para. 42-44. Burada aynı zamanda direktifin hazırlık çalışmalarına da atıf yapılarak aslında eğitim kavramının bu direktif kapsamında geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır.

⁶⁰⁶ *Ibid.* para. 48, 49.

⁶⁰⁷ *Ibid.* para. 50, 51.

⁶⁰⁸ C-30/19, *Diskrimineringsombudsmannen v Braathens Regional Aviation AB*, 15 April 2021, ECLI:EU:C:2021:269.

ödeyecek kişinin muvafakatiyle bağlı olup, söz konusu olayda ayrımcılık niteliği bulunup bulunulmadığını araştırmaksızın yargılamayı sonlandırmıştır. Temyiz mahkemesinin önüne gelen bu olay bağlamında ulusal hukukun etkili kanun yoluna başvuru ve adil yargılanma hakkı bağlamında AB Hukukundan kaynaklanan gereklilikleri yerine getirip getirmediğinin sorgulanması söz konusudur.⁶⁰⁹ Bu bağlamda üye devletlerin usule ilişkin özerkliğinin sınırlarının belirlenmesi bağlamında da dikkat çekici bir karar olmuştur.

ABAD burada öncelikle genel çıkarımlar yapmıştır. Buna göre “*Irk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığa tabi olan kişiler, yeterli hukuki koruma yollarına sahip olmalıdır. Daha etkili bir koruma seviyesi sağlamak için, mahkemeler önünde temsil edilme ve savunmaya ilişkin ulusal usul kurallarına hâle gelmeksizin, dernekler ve tüzel kişiler de üye devletlerin belirleyeceği şekilde, mağdur adına veya yararına yasal işlemde bulunabilmek için yetkilendirilmelidir.*”⁶¹⁰ Bu bağlamda üye devletler ayrımcılık eylemi sonlanmış olsa dahi haksızlığa uğradığını düşünen kişiler açısından Direktifteki yükümlülüklerin uygulanması amacıyla idari ve adli usullerin mevcudiyetini ortaya koymalıdır.⁶¹¹ Üye devletler ayrıca direktif çerçevesinde düzenlenen ulusal hükümlerin ihlali halinde uygulanacak yaptırımlarla ilgili kurallar belirlemeli ve uygulamaya yönelik tüm önlemleri almalıdır.⁶¹² Bu bağlamda sadece tazminat ödenmesine karar verilebilecek olması, eşitlik hakkı böyle bir ihlale uğrayan ve bu yönde bir mahkeme kararı almaya çalışan kişi açısından yeterli ve etkili bir yargısal koruma olduğu anlamına gelmeyecektir.⁶¹³ Bu hususun usul ekonomisi ya da dostane çözüm gibi usul hukuku ilkeleri ile de haklı gösterilemeyeceğini vurgulayan mahkeme söz konusun ulusal önlemin AB Hukukuna uygun olmadığını ortaya koymuştur.⁶¹⁴

⁶⁰⁹ *Ibid.* para. 18-28. Bu bağlamda aslında ABAD’a yöneltilen soru, davalının söz konusu gibi bir olayda tazminat ödemeyi kabul etmesine rağmen mahkeme yine de ayrımcılık iddiasında bulunan tarafın talebiyle ayrımcılığın varlığı hususunda inceleme yapabilecek midir?

⁶¹⁰ *Ibid.* para. 32. Ayrıca bkz. 2000/43 sayılı Irk Direktifi Dibacesi para. 19.

⁶¹¹ C-30/19, *Braathens Regional Aviation AB*, para. 33.

⁶¹² *Ibid.* para. 36, 37. Ayrıca bkz. C-54/07, *Feryn*, para. 35 vd.

⁶¹³ *Ibid.* para. 47.

⁶¹⁴ *Ibid.* para. 52 vd.

Burada ele alınması gerekli bir nokta daha bulunmaktadır bu da AB Hukukunun aslında burada olaya uygun düşecek yeni bir kural yaratılmasını beklemediği, sadece ulusal mahkemenin mevcut bir ayrımcılık iddiası hakkında karar vermesini engelleyen usul hukukuna ilişkin önlemi uygulamamasını vurguladığıdır.⁶¹⁵ Aynı zamanda söz konusu direktifin ilgili maddeleri, ırk ve etnik köken bakımından ayırım yapılmaksızın kişiler arasındaki eşit muamele hakkının gerçek ve etkin bir şekilde yargısal olarak korunmasını sağlamak yönünde düzenlendikleri ve bu husus da THŞ’de düzenlendiği şekilde adil yargılanma hakkının spesifik bir düzenlemesi olduğundan kendi başına (başka bir AB Hukuku kuralı ile daha spesifik hale getirilmesi gerekmeksizin) bireylere dayanabilecekleri bir hak yaratmaktadır şeklinde oldukça önemli görülebilecek bir yorum yapılarak söz konusu değerlendirmeyi kapatmıştır.⁶¹⁶ Burada aslında ABAD’nin, THŞ kullanılarak yani Irk Direktifi ile THŞ birleştirilerek, direktifin (ilgili maddelerinin) yatay etkisinin mevcut olabileceği yönünde bir niyet beyan ettiğini düşünmekteyiz. Bu hususun diğer ayrımcılık direktiflerine yayılıp yayılmayacağı ve hatta söz konusu direktiflerin bütününe genişleyip genişlemeyeceği bakımından ABAD önüne gelecekte gelmesi muhtemel davaların incelenmesi gerekmektedir.

3. DİN VE İNANÇ

Din kavramının sözlükteki karşılığına bakıldığında bunun Tanrı’ya, doğaüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum olduğunun ifade edildiği görülmektedir. İnanç ise inanılan bir şeye, görüş ya da öğretiye işaret etmektedir.⁶¹⁷ Avrupa Konseyi ise çok genel olarak din kavramını, insanlığı maneviyatı ve bazen de ahlaki değerleriyle ilişkilendirilebilen kültürel sistemler, inanç sistemleri ve dünya görüşlerinin bir toplamı olarak ifade etmektedir. İnancı ise, tam olarak emin olmadığımız veya kanıtlayamadığımız halde bir şeyi doğru olarak kabul

⁶¹⁵ *Ibid.* para. 55 vd.

⁶¹⁶ *Ibid.* para. 57.

⁶¹⁷ Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlükleri.

ettiğimizde ortaya çıkan bir zihin durumunu ifade etmek üzere kullandığı görülmektedir.⁶¹⁸

Bu kavramların tanımların da anlaşılacağı üzere iç içe gene bu kavramlar hem somut hem de soyut bir anlam taşıdığından kapsamaları da geniş olabilecektir. Bu bağlamda devam eden başlıklar altında Avrupa Konseyi ve AB kapsamında söz konusu kavramın nasıl ele alındığı ve içtihat hukukunun nasıl şekillendiği ele alınacaktır.

3.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)

Avrupa Konseyi çerçevesinde ve AİHS kapsamında din ve inanç temelinde ayrımcılık ele alınırken doğrudan 12 no'lu Protokol çerçevesinde karar verilen dava bulunmamaktadır. Bu bağlamda AİHS'nin 14. Maddesi üzerinden hareketle bu başlık altında açıklamalar yapılacaktır. Belirtmek gerekir ki AİHS m. 14 ele alınırken de hem AİHS'deki ayrı düzenleme alanı hem de diğer haklar ile bağı nedeniyle, içtihat hukuku incelenirken hak temelinde hareket etmenin uygun olacağı düşünülmüştür.

Din ve inanç bakımından ayrımcılık ele alındığında AİHS'de 14. maddenin ayrımcılık koruması haricinde bu başlığın kendisine ait bir maddeyle düzenlendiği görülmektedir. AİHS'nin 9. maddesi 'Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü' başlığını taşımaktadır. Madde iki fıkradan oluşmaktadır. Buna göre,

“Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.”

Maddenin bu ilk fıkrasına bakıldığında ilgili özgürlüğün ibadet, açıklama ve inanç değiştirme gibi sayılı unsurları içerdiği görülmektedir. Ancak din, inanç ve düşünce gibi kavramların oldukça geniş anlamları olduğu ve dolayısıyla çok farklı olaylarda farklı

⁶¹⁸ <https://www.coe.int/en/web/compass/religion-and-belief>

şekillerde tezahür edebilecekleri kabul edilmelidir. Bu madde salt olarak din özgürlüğünü değil sonuç olarak ‘ve sınırlı da olsa’ düşünce ve vicdan özgürlüğünü de ele almaktadır. Bu bağlamda düşünüldüğünde, inançsız kişilerin ya da örneğin agnostik kişilerin de bu madde kapsamında koruma altında olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Nitekim *Kokkinakis v. Greece* davasında mahkeme, 9. maddenin düzenlemesinin demokratik toplumun temellerinden birini oluşturduğunu, dini açıdan sadece inananlar için değil aynı zamanda ateist, agnostik, skeptik ve ilgisiz kişiler bakımından da önemli bir unsur olduğunu vurgulayarak, demokratik bir toplumun ayrılmaz parçasını oluşturan ve yüzyıllar içerisinde kazanılan çoğulculuk kavramının da bu maddede tanımlanan özgürlüğe bağlı olduğunun altını çizmiştir.⁶¹⁹ Burada Yehova şahitlerinden olan başvurucunun, dini yayma/ kendi dinine çevirme eylemleri nedeniyle altmış kereden fazla olacak şekilde tutuklanmasının (ve diğer eylemlerinin) ele alındığı bu davada mahkeme incelemesini yaparken, başkalarını kendi dinine çevirmeye çalışma ya da dini yayma olarak nitelendirilen kavram üzerinden hareket etmiş, bu eylemin kanuna ve kişisel özgürlüklere aykırı yapılabileceği gibi düzgün ve başka kişilerin haklarını ihlal etmeden de yapılabileceğini ortaya koymuştur.⁶²⁰ Burada taraf devletlerin, diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması yönündeki savunması meşru bir amaç olarak mahkeme tarafından kabul görmüşse de başvurucunun eylemlerinin yasadışı/uygunsuz olup olmadığı konusunda yeterli inceleme ve değerlendirme bulunmadığından 9. maddenin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.⁶²¹

Burada ayrımcılık konusu etrafında şekillenen davalara devam etmeden önce genel olarak mahkemenin 9. maddenin özellikle de 2. fıkrasının yorumlayış şekliyle ilgili bazı ön bilgiler vermek gereklidir. Genel olarak bu alanda alınan kararlarda, AİHS’nin 9.

⁶¹⁹ *Kokkinakis v Greece*, no 14307/88, 25 May 1993, para. 31. Ayrıca bkz. *Moscow Branch of The Salvation Army v. Russia*, no.72881/01, 05/10/2006, para. 57 vd. ; *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, no. 45701/99, 13/12/2001, para 114 vd. AİHS’nin 9. maddesinin özellikle inançsız kişiler açısından önemine değinen bir karar için bkz. *Grzelak v. Poland*, no. 7710/02, 15/06/2010.

⁶²⁰ *Kokkinakis v Greece*, no 14307/88, 25 May 1993, para. 46 vd.

⁶²¹ *Ibid.*, para. 49 vd.

maddesinin ikinci fıkrasından da görüleceği üzere ‘demokratik bir toplum’ vurgusu, özellikle 9. maddenin koruduğu hakların kısıtlanması ve bunların haklı kılınabilir olması bakımından kısıtlamanın orantılılığını değerlendiren bir unsur olmuştur. Nitekim AİHS’nin 9. maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde bir düzenleme öngörmektedir:

“Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”

Buradan anlaşılan ise devletlerin ilgili özgürlüğün sınırını çizilebileceğidir. Ancak bu sınırların nereye kadar ilerleyebileceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Salt olarak maddenin lafzına bakıldığında temel bazı unsurların ayrıştırılması mümkündür. Örneğin bir devlet ilgili hak bakımından bir önlem uygulayacağı zaman bu durum sadece ‘yasa ile öngörülebilir’dir. Aynı zamanda yasa ile yapılan bu müdahalenin meşruiyet zeminine oturması gereklidir. Yani kamu düzeni, genel sağlık, ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacı taşıyan düzenlemeler devletlerin bu alana yönelik kısıtlamalarının meşru temelini oluşturabilecektir. Yine demokratik bir toplum ifadesi de ilgili önlemin orantılılığını değerlendirmek açısından bir kriter olarak görülebilecektir. Sonuçta ilgili önlemin demokratik bir toplumda gerekliliğinin değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Nitekim mahkemenin de kararlarında bu hususun tartışıldığı görülmektedir.

Yükseköğretim kurumlarında başörtüsü takılmasına ilişkin olan *Leyla Şahin v. Turkey* davasında mahkeme, dini inancı nedeniyle başörtüsü takan bir öğrencinin ders/sınavlara alınmaması nedeniyle ilgili önlemin 9. maddeye aykırılığı bakımından yaptığı başvuruyu ele almıştır.⁶²² Mahkeme devletçe alınan önlemin AİHS’nin 9. maddesinin ikinci fıkrasındaki gerekçelerle haklı kılınıp kılınamayacağına ilişkin olarak;

⁶²² *Leyla Şahin v. Turkey*, no.44774/98, 10/11/2005.

müdahalenin yasallığı, meşru zemine oturması ve demokratik bir toplum açısından gerekli olması bakımından değerlendirmelerini yapmıştır.⁶²³ Mahkeme öncelikle ilgili önlemin yasal bir çerçevede uygulandığını kabul etmiş ve ilgili önlemin başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve kamu düzeni açısından gerekli olduğunu vurgulamıştır. Demokratik bir toplumda ise devletin farklı inançlar bakımından tarafsız ve adil bir düzenleyici konumunda bulunması, herkesin inancının ve farklı grupların çıkarlarının korunabilmesi için sınırlamalar getirebileceği, çoğulculuk, tolerans ve açık görüşlülük gibi kavramların demokratik toplumun özellikleri olduğu ve tüm bunların devamlılığını sağlayabilmek açısından devletlere bu alanda takdir yetkisi tanındığını vurgulamıştır.⁶²⁴ Devamında ise laiklik ilkesinin Türkiye’deki demokratik sistemin korunması bakımından gerekli olduğunun altını çizerek ilgili önlemi devletin yetki sınırları içerisinde, meşru amaçlara uygun ve orantılı bulmuştur.⁶²⁵ Her ne kadar meşru ve orantılı bulunmuşsa da bu karardaki karşı oy bize bu formülün her durumda etkin bir şekilde kullanılamayacağını göstermektedir. Nitekim Hâkim Tulkens’in muhalefet şerhine bakıldığında, sekülerlik ve eşitlik bağlamında ilgili bireyin üniversiteden uzaklaştırılmasının kabul edilmesi, ilgili kişinin bu gibi değerlerin gerçek anlamlarının şekillenip gelişeceği liberal bir çevreden dışlanmasını kabul etmek anlamına gelmektedir.

Tulkens’e göre üniversiteler tüm otoritelerden bağımsız olarak bilgiye erişim imkânı sunmaktadır ve sekülerizm ve eşitlik gibi ilkeler hakkında farkındalık oluşturmak için bu ilkelerin içerisinde yaşamak üstlenilmesi gerekli bir yük olarak konumlandırılmasından daha etkili olmaktadır. Bu bağlamda din ve kültürler arası tolerans temelli bir diyalogun kendisi başlı başına bir eğitim olmakla birlikte genç kadınların başörtüsü sebebiyle bundan mahrum bırakılması alaycı bir durumdur.

⁶²³ *Ibid.*, para. 79-113.

⁶²⁴ *Ibid.*, para. 105-110.

⁶²⁵ *Ibid.*, para. 114, 122. Mahkemenin bu davadaki bir başka vurgusu ise cinsiyet eşitliği ilkesi üzerinden olmuştur. Mahkemeye göre başörtüsü güçlü bir dış simge olarak görülmüş ve dini kurallar ile kadınlara yüklenen bu sorumluluğu cinsiyet eşitliği ilkesi ile bağdaştırmanın zorluğu vurgulanmıştır. Bkz para. 111.

Kadınların eşitlik ve özgürlüğünü savunmak, onları geleceklerine karar verme şansından alıkoymak anlamına gelmemelidir. Aynı zamanda buradaki risklerin de altını çizen hâkim, inançlardaki radikalleşme, gizli dışlama, dini okullara dönüş gibi unsurlara dikkat çekmekte ve hoşgörüsüzlüğün hoşgörüsüzlük doğuracağını vurgulamaktadır.⁶²⁶ Bu bağlamda demokratik toplum yapısı ve temel haklar arasında bir denge kurmanın aslında ne kadar zor olduğu da ortadadır. Üstelik buradaki temel haklar da cinsiyet eşitliği, eğitim hakkı, din ve inanç özgürlüğü ve aile/özel hayat gibi farklı alanların iç içe geçmesi nedeniyle ayrıca çözümü ve değerlendirmesi zor bir alanı oluşturmaktadır.

9. madde her ne kadar sınırlı bir şekilde kaleme alınmışsa da yukarıda da belirtildiği üzere kapsadığı hakkın doğasından kaynaklı olarak farklı şekillerde karşımıza çıkabilecek bir yapıya sahiptir. Burada sorulması gereken ise kişilere karşı uygulanan dine dayalı ayrımcılık ile düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkında yararlanırken uğranılan ayrımcılığın mahkemece farklı şekillerde ele alınıp alınmadığıdır.

İlki bireysel olarak din ve inanç özgürlüğü etrafında şekillenen bir koruma alanı yaratırken ikinci durum işin içerisine dini kurumların da girmesini sağlamaktadır. Her iki açıdan da incelenecek alan ise, Sözleşme tarafından korunan din ve inanç özgürlüğü her ne kadar ayrı bir madde ile düzenlenmekteyse de mahkemenin bazı durumlarda bu madde üzerinden değil ilgili diğer sözleşme maddeleri ile birlikte 14. madde üzerinden hareket ettiği durumlardır.⁶²⁷ Örneğin doğrudan dine dayalı ayrımcılık bakımından en bilinen kararlardan birisi olan *Hoffmann v. Austria* kararında sözleşmenin 8. maddesi üzerinden hareket etmiştir.⁶²⁸

⁶²⁶ Bkz. Leyla Şahin v. Turkey, no.44774/98, 10/11/2005. Hâkim Tulkens'in muhalefet şerhi para. 19. Bu konuda farklı bakış açıları için bkz. Hilal Elver, *The Headscarf Controversy: Secularism and Freedom of Religion*, (USA: Oxford University Press, 2021) 5-11.

⁶²⁷ Her ne kadar inceleme alanımız 14. madde kapsamında verilen kararlar temelinde olacaksa da önceki başlıklarda da olduğu üzere yeri geldikçe sözleşmenin diğer maddelerine dayanarak verilen kararlar da ele alınacaktır. Kanımca din ve inanç özgürlüğü alanındaki kararlar, bu alanın sözleşmede ayrı bir madde ile düzenlenmesi nedeniyle, iç içe geçen bir yapılanmaya kavuşmuştur. Her iki türlü verilen kararın da birbirini etkileme olasılığı yüksek olduğundan belirtildiği üzere yeri geldikçe ve önemli noktaların vurgulanması gerektikçe bu kararlar da değerlendirilecektir.

⁶²⁸ *Hoffmann v. Austria*, no.12875/87, 23/06/1993.

Bu dava velayet hakkı ile ilgili olmakla birlikte aslında Yehova Şahidi olan bir başvurunun ayrımcılığa uğradığına dair iddiası sonucu mahkeme önüne gelmiştir. Mahkeme bu kararında dini inancı nedeniyle çocuklarının velayeti kendisine verilmeyen annenin durumu hakkında önemli bir karara varmıştır. Mahkeme öncelikle bu hususu 8. madde kapsamında aile hayatı içerisinde değerlendirerek ayrımcı bir uygulamanın tespitini yapmıştır. Taraf devlet çocukların sağlığı ve hakları ile ilgili bir savunma yapmışsa da maddi vakıalar incelendiğinde yapılan muamelenin salt kişinin dini inancı nedeniyle yapıldığı ve bu bakımdan güdülen amaçla uygulama arasında orantılılık bulunmadığının altını çizmiştir.⁶²⁹ Bu bakımdan aksi yöndeki argümanların varlığının kabul edildiği görülmektedir ancak temelde salt olarak din/inanç farklılığı nedeniyle yapılan bir ayrımcılık var olduğundan, böyle bir ayrımın kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.⁶³⁰ Her ne kadar din temelinde yapılan ayrımcılık açısından böyle bir karar almışsa da kanımca mahkemenin bu kararda taraf devletlerin takdir yetkisini değerlendirmemesi ve daha sıkı bir denetim açısından özellikle ciddi gerekçeler kavramına bu alanda açıklık getirmemeyi tercih etmesi tartışılabilir noktalarından olmaktadır.

Umuma açık yerlerde yüzün kapatılmasını yasaklayan bir kanun üzerine peçe ve burka giyen kadın bir başvurunun durumunun ele alındığı *S.A.S. v. France* davasında da 9. maddenin geniş anlaşılması gerektiği yine açık bir biçimde vurgulanmıştır.⁶³¹ Her ne kadar divan bu şekilde bir özgürlük tanımı yapmışsa da Fransa’da kamusal alanda dini gerekçelerle yüzünü kapamak isteyen kadınların durumunu değerlendirirken AİHS’nin 9. maddesinin ikinci fıkrasını ele almıştır. Burada öncelikle taraf devlet kanunlarının salt bu

⁶²⁹*Ibid.*, para. 32-36.

⁶³⁰ *Ibid.*, Para. 36.

⁶³¹ *S.A.S. v. France*, no. 43835/11, 01/07/2014, para. 124. Devamında ise bu özgürlüğün dini inanç taşıyıp taşıyamama ya da bir dinin gereklerini yerine getirip getirmeme unsurlarını da kapsadığı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca burada mahkemenin, dinin/inancın açıklanış şekline ilişkin de oldukça geniş bir çerçeve çizdiği görülmektedir. Mahkemenin, dini açıdan sadece inananlar için değil aynı zamanda ateist, agnostik, skeptik ve ilgisiz kişiler bakımından da önemli bir unsur olduğunu vurgulayarak, demokratik bir toplumun ayrılmaz parçasını oluşturan ve yüzyıllar içerisinde kazanılan çoğulculuk kavramını vurguladığı görülmektedir.

kıyafeti giyen kadınlara yönelik olmadığını ortaya koyarak incelemeye başladığı görülmektedir.⁶³² Bundan sonra ise devlet eliyle yapılan bu müdahalenin kamu güvenliği ya da diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması için yapılıp yapılmadığını tespit edilmeye çalışılmıştır.⁶³³ Kamu güvenliği açısından Mahkeme, kişilerin kimliğini belirlemek/belirli olmasını sağlamanın devletler tarafından gerekli görülmesini kimlik hırsızlığının önüne geçmek ve kişi ve mülklerin güvenliğini sağlamak üzere meşru olarak görmektedir. Ancak burada gerçek bir güvenlik endişesinin altını çizerek, kamusal alanda yüz kapatma yasağının çok genel bir yasak olduğunu belirterek sadece kamu güvenliğine yönelik genel bir tehdit bulunması halinde orantılı bir uygulama olarak kabul edilebileceğini vurgulamıştır.⁶³⁴ Sonuç olarak ise farklı muamele objektif ve haklı gösterilebilir bulunarak ilgili sözleşme maddesi ile bağlantılı şekilde 14. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Kanımca burada mahkeme, yarışan ya da karşı karşıya gelen haklarda üstünlüğü belirli bir tarafa vererek bir denge kurmaya çalışmıştır. Bu da din ve inanç özgürlüğüne karşı olarak kamusal alanda kişilerin güvenliğinin korunmasının ağır basması olarak tezahür etmiştir. Her ne kadar bir tarafa ağırlık verilmişse de mahkemenin her bir olay bazında farklı değerlendirme yapabileceği unutulmamalıdır.⁶³⁵

Yine salt olarak 9. madde üzerinden hareket edilen başka bir dava olan *Eweida and Others v. the United Kingdom* davasında yine dini duruşu simgeleyen bir eşyanın kullanılması söz konusu olmuştur. Hristiyan inancına sahip başvuru işyerinde haç takmak istemiş ancak işveren tarafından bu husus kabul görmemiştir. Mahkeme ise bu

⁶³² *Ibid.*... para. 137.

⁶³³ *Ibid.*.. para. 138 vd.

⁶³⁴ *Ibid.*.. para. 139.

⁶³⁵ Benzer kararlar için bkz. *Köse and Others v. Turkey*, no. 26625/02, 24/01/2006 ; *Eweida and Others v. The United Kingdom*, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, 15/01/2013. Her ne kadar bu davadaki olgular *Ahmet Arslan and Others v. Turkey* davasına benzemekteyse de buradaki fark, başvuru kişinin tüm yüzünü kapatacak şekilde giyinmek istemesidir. *Hoffmann v. Austria* kararından farkı ise bu kararda devletlerin takdir yetkisine açıkça değinilmesi olup burada bu takdir yetkisinin oldukça geniş bırakılmasıdır. Bkz. *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, no. 41135/98, 23/02/2010 ; *Hoffmann v. Austria*, no.12875/87, 23/06/1993.

durumu bir terazide denge kurmaya benzeterek bir kefeye başvurucuyu ve onun dini açıklama özgürlüğünü koymuş diğer tarafa ise işverenin kurumsal imajını koruma isteği yerleştirilmiştir. Mahkeme her ne kadar işverenin bu amacını uygun bulmuşsa da bu amaca fazla ağırlık verildiği ve olayda hem kullanılan simgenin görünür olmadığı hem de diğer çalışanlarca önceden verilen izin ile kullanılan başörtüsü gibi dini simgelerin de kurum imajına zarar verdiğinin ortaya koyulmaması nedeniyle haklı gösterilemeyeceğini ortaya koymuştur.⁶³⁶ Bu bağlamda mahkemenin, 9. madde kapsamında pozitif yükümlülüğün ihlal edildiği şeklinde karar verdiği görülmektedir.

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark davasında mahkeme, ayrımcı uygulamanın, kişiler ya da grupların ayırt edilebilirliğine dayanak olacak şekilde, ilgili kişinin karakteristik özelliklerine ya da bireysel durumuna dayalı olması hususunu aramaktadır.⁶³⁷ Nitekim bu davada bireysel özelliklere dayanarak yapılan bir uygulama bulunmadığından bahisle ayrımcılığa ilişkin ihlal bulunmadığına karar vermiştir.⁶³⁸ Bu bağlamda AİHM'nin yerleşik içtihadına göre kişi ya da grupları bir diğer kişi ya da gruptan ayırıcı bireysel bir niteliğe dayalı olarak yapılan ayrımcılık 14. madde kapsamında yasak olarak değerlendirilebilecektir.⁶³⁹

Yehova Şahidi olup bu dini inancı nedeniyle askerlik sürecinde askeri kıyafeti giymeyi reddetmesi nedeniyle ceza alan ve bu nedenle daha sonra başka bir göreve atanması reddedilmiş bir kişinin başvurusu sonucu verilen *Thlimmenos v. Greece* kararı ise dolaylı ayrımcılık bakımından yaptığı atıf nedeniyle bu alanda verilen diğer kararlar arasından ayrılmaktadır.⁶⁴⁰ İşe alımlarda ve atamalarda hükümlüler ile adli sicili temiz

⁶³⁶ *Eweida and Others v. The United Kingdom*, para. 94.

⁶³⁷ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark*, nos. 5095/71, 5920/72, 5926/72, 07/12/1976, para. 56.

⁶³⁸ *Ibid.*, para 56. Ayrıca bkz. Janneke Gerards, "The Discrimination Grounds of Article 14 of the ECHR", *Human Rights Law Review* 13, no 1, 104 vd.

⁶³⁹ Ancak daha sonra önüne gelen davalarda bu katı tutumunu yumuşattığı ve bu durumu bir genel kriter olarak uygulama yoluna gittiği söylenebilir. Bunun bir sonucu olarak bireyselliğe sıkı sıkıya bağlı karakteristik özellikleri ayrımcı uygulamanın temeli olarak görme hususunda daha yumuşak davranmıştır. Bu husus ilerideki davalarda ayrıca gösterilecektir.

⁶⁴⁰ *Thlimmenos v. Greece*, no.34369/97, 06 April 2000.

olanlar arasında (belirli sınırlar dahilinde) bir ayırım yapılması doğaldır. Başvurucu da askerlik dönemindeki inancına dayalı hareketi nedeniyle 4 yıllık bir hapis cezası almış ikinci yılında ise şartlı tahliye ile salınmış. Sonraki dönemde ise Yunanistan’da bir serbest meslek olan yetkili hesap uzmanı olmak üzere kamu personel sınavına girerek ikinci olmuş ancak kendisine bu statü önceden aldığı hüküm sebep gösterilerek verilmemiştir. Bu davada esas olarak başvurunun sonraki dönemde başvurduğu bir işe hükümlü olması nedeniyle alınmaması söz konusu gibi görünmekteyse de aslında olayın esası dini inanç temelinde yapılan bir ayrımcılık nedeniyle alınan bir ceza hükmü ile diğer hükümlülerin eş tutularak hareket edilmiş olmasıdır.⁶⁴¹ Bu bağlamda salt olarak inancı doğrultusunda hareket eden bir kişinin inancını açıklama özgürlüğünün kısıtlanması gündeme gelmektedir.

Mahkeme burada öncelikle doğrudan bir ayrımcılık olmadığını ortaya koymuş ve 14. madde kapsamına dolaylı ayrımcılık unsurlarını da sokmuştur. Buna göre temel bir kural olarak benzer/karşılaştırılabilir durumdaki kişilere yapılan ve haklı gösterilemeyen farklı muamele, sözleşmenin 14. maddesi kapsamında değerlendirilebilecektir ancak mahkeme burada 14. maddenin tek yüzünün bu olmadığını, durumları benzer ya da karşılaştırılabilir olmayan kişiler açısından yapılan muamelelerin de haklı gösterilemediği sürece 14. madde çerçevesinde ayrımcılık teşkil edebileceğini göstermiştir.⁶⁴² Olay temelinde de diğer suç ve hüküm çeşitlerinden farklı olarak dini inanç nedeniyle alınan cezanın, başvurunun güvenilir sayılması gibi mesleğini devam ettirmesini engelleyecek bir anlama gelmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu bağlamda taraf devlet her ne kadar ülkesine hizmet etmeyen kişilerin uygun şekilde cezalandırılmasını savunmaktaysa da mahkeme, başvurunun halihazırda hapis cezasını çektiğini ve kendisine ek yaptırım uygulanmasını orantısız bulmuştur.⁶⁴³

⁶⁴¹ *Ibid.*, para. 41-42.

⁶⁴² *Ibid.*, para. 44.

⁶⁴³ *Ibid.*, para. 47.

Sonuç olarak her ne kadar yetkililer kanun gereği başvuruycuyu reddetmekle yükümlü olmuşlarsa da bu husus devletin sözleşme temelindeki yükümlülüğünü etkilemeyecektir. Taraf devlet burada ciddi suç işleyenlerin yetkili hesap uzmanı olmasını engelleyen kurallara uygun istisnalar getirmeyerek başvuruycunun ayrımcılığa uğramasına neden olmuştur.⁶⁴⁴ Bu temelde de 9. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği yönündeki kararını vermiştir. Bu bakımdan burada taraf devletin aslında doğrudan bir eyleminden bahsedilemeyecektir. Buradaki ayrımcı muamele her ne kadar hukuki bir temeli olsa da eylemsizlikten kaynaklanan fiili (*de facto*) bir duruma da dayanıyor şeklinde değerlendirilebilecektir.

Dolaylı ayrımcılık bakımından daha sonraki *Eweida and Others v. The United Kingdom* davasında da benzer bir karar yazımı olduğu görülmektedir. Nitekim tıpkı *Thlimmenos v. Greece* kararında olduğu üzere 14. maddenin sadece karşılaştırılabilir konumda olan kişiler bakımından yapılan ayrımcı muameleler temelinde değil, durumları önemli ölçüde farklı olan kişileri, haklı gösterilemeyecek şekilde farklı muamele etmeme temelinde de değerlendirilebileceğini tekrardan ortaya koymuştur.⁶⁴⁵ Ayrıca mahkeme bu kararda karşılaştırılabilir benzer durumda kişilerin farklı muameleyle uğraması veya farklı durumda olan kişilerin farklı değerlendirilmemesi ayrımcıdır şeklinde açık bir ekleme de yapmıştır.⁶⁴⁶ Burada görülmektedir ki bu dolaylı ayrımcılık tanımı bakımından ırk temelli ayrımcılıktaki bir davaya atıf yapılmakta ve karardaki gerekçelendirme benzer şekilde formüle edilmektedir.

Molla Sali v. Greece davasında, Yunan medeni hukukuna göre düzenlenmiş yasal bir vasiyet bulunmaktayken, miras bırakanın Müslüman topluluğa dahil olmasından ötürü şeri hukuk uyarınca mirasının farklı bölüştürülmesi konusu mahkeme önüne gelmiştir.⁶⁴⁷ Miras bırakanın eşi, Yunan medeni kanunu uygulanması gerekirken şeri hukuk

⁶⁴⁴ *Ibid...* para. 48.

⁶⁴⁵ *Eweida and Others v. The United Kingdom*, para 87.

⁶⁴⁶ *Ibid..* Para 88.

⁶⁴⁷ *Molla Sali v. Greece*, no.20452/14, 19/12/2018.

kurallarının uygulanması sonucu miras hakkının bir bölümünden mahrum kaldığını, Müslüman olmayan bir kişinin medeni hukuka uygun hazırlanan vasiyetinin uygulanması durumu ile benzer olarak vasiyet sahibinin Müslüman olması nedeniyle ayrımcılığa uğradığını iddia etmiştir.⁶⁴⁸ Mahkeme burada mülkiyetin korunasına ilişkin olan 1. no'lu Protokolün 1. maddesi üzerinden hareket etmeyi tercih etmiştir.⁶⁴⁹

Burada öncelikle, her ne kadar Yunanistan uluslararası anlaşmalar ile Müslüman azınlığı korumayı taahhüt etmişse de şeri hukuku uygulamak bakımından bir zorunluluğu bulunmadığı ilk aşamada ortaya koyulmuştur. Sonrasında ise şeri hukuk uygulanacaksa bile bu hukukun kapsamının İslami vasiyetler ve miras işleri olduğunu ancak burada miras bırakanın resmi bir noterde medeni hukuka uygun bir vasiyet hazırladığının altını çizmiştir.⁶⁵⁰ Mahkeme burada bir ek yaparak, şeri hukukun uluslararası hukuk ve insan hakları standartlarını karşılayıp karşılamadığını ve şeri hukuk uygulanan durumlarda hem o topluluktaki erkeklere hem de Müslüman olmayan Yunan vatandaşlarına kıyasla kadın ve çocuklar açısından ayrımcılık oluşup oluşmadığı iddialarına yer vermiştir.⁶⁵¹ Mahkeme burada taraf devlete belirli bir dini gruba bu yönde ayrıcalıklı bir statü vermesini değil, verilen bu statünün ayrımcılık yaratmaksızın sürdürülmesinin sağlanması yönündeki sorumluluğu yüklemektedir.⁶⁵² Bu bağlamda azınlık gruptakilerin, bu gruplarından çıkarak ulusal hukuk bağlamında değerlendirmeye alınmayı istemelerinin engellenmesi ayrımcı muameleye sebebiyet verecektir.⁶⁵³ Mahkeme de bu temelden hareketle mirasçı başvurucuya uygulanan farklı muameleyi ayrımcı bularak 1.

⁶⁴⁸ *Ibid.* para. 8 vd.

⁶⁴⁹ *Ibid.* para. 86.

⁶⁵⁰ *Ibid.* para. 151-152.

⁶⁵¹ *Ibid.* para. 154.

⁶⁵² *Ibid.* para. 155.

⁶⁵³ *Ibid.* para. 157. Azınlık gruba dahil olmamayı seçme hakkı, gruba dahil olmayı seçme hakkı kadar sınırlı değildir. Bu bağlamda bkz. Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities, m.3.

no'lu Protokolün 1. maddesi ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği yönündeki kararını vermiştir.⁶⁵⁴

Mahkemenin bazı kararlarında ise düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkından yararlanırken uğranılan ayrımcılığın ele alındığını görmekteyiz. Burada söz konusu olan bir bakıma artık doğrudan bireylerin ayrımcılığa uğraması değil, kurumsallaşmış bir yapı olarak inancın (ki genel olarak bakıldığında kiliselerin) ve bu yapı ile devlet arasındaki ilişkiden kaynaklanan sorunların ön plana çıktığı gözlemlenmektedir. Örneğin *Canea Catholic Church v. Greece* kararında, tüzel kişilik tanınması (ve dolayısıyla hukuki işlem yapabilmek) bakımından Yunanistan'ın diğer kiliseler (Ortodoks Kilisesi ile Yahudi cemaati) ile kendi kilisesi arasında ayırım yaptığını iddia eden bir başvuru söz konusudur.⁶⁵⁵ Bu bağlamda mahkemenin çok derine inmeden salt olarak adil yargılanma hakkıyla bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna vardığı görülmektedir.⁶⁵⁶ Kararda salt olarak, kendi arazisi ve yapılarına sahip olan kiliseye, Ortodoks ve Yahudi topluluklara herhangi bir formalite ya da prosedür uygulanmadan hak verilmekteyken, bunları korumak üzere yasal süreçte yer alma hakkının tanınmaması ifadesi kullanılmış ve çok kısaca bu nedenle ve objektif olarak da bu uygulama haklı gösterilemediğinden bahisle ilgili sözleşme hükümlerinin ihlaline karar verilmiştir.⁶⁵⁷

Cha'are Shalom ve Tsedek v. France kararında ise belirli bir topluluğun uygulamaları ele alınmıştır. Burada belirli bir şekilde kurban kesmek isteyen ancak yetkililerce bu iş için belirli bir izin verilen Yahudi cemaatini temsil etmedikleri gerekçesiyle kesim yapmalarına izin verilmeyen belirli bir Yahudi cemaati söz konusudur.⁶⁵⁸ İlgili cemaat kendi inanışları doğrultusunda kesim yapılmadığı sürece et

⁶⁵⁴ *Molla Sali v. Greece*, para. 161-162. Her ne kadar din ve inanç ile ilgili bireysel bir sözleşme maddesi bulunmaktaysa da mahkemenin kimi durumlarda (özellikle de aile hayatı ve özel hayat konularında) sözleşmenin ilgili diğer maddelerine başvurduğu görülmektedir.

⁶⁵⁵ *Canea Catholic Church v. Greece*, no. 25528/94, 16/12/1997.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, para. 44 vd.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, para 47.

⁶⁵⁸ *Cha'are Shalom and Tsedek v. France*, no.27417/95, 27/06/2000.

yememekte ya da belirli yerlerden ithal etleri tüketmektedir. Mahkeme bu kararında kesim usullerinin düzenlenme şekli, hayvan sağlığı ve kamu sağlığı gibi gerekçeleri inceleyerek ele almış ve kamu sağlığının korunması yönünde yetkililerce atılan adımlar, sınırlı ve gerekli olmaları nedeniyle, objektif ve haklı bulunmuştur.⁶⁵⁹

Alujer Fernandez and Caballero Garcia v. Spain kararında ise belirli miktardaki verginin kişilerden alınarak doğrudan ilgili dini kuruma (kiliseye) aktarılması sorunu gündeme gelmiştir.⁶⁶⁰ Protestan Baptist Kilisesi üyeleri, gelir vergisi beyannamelerini doldururken kendilerine iki seçenek sunulmaktadır: ya verginin bir kısmı Katolik Kilisesi mali yardımını yönünde ya da çeşitli yardım amacıyla kullanılacaktır. Ancak başvuruçular, vergilerinin bir kısmının doğrudan üyesi oldukları kiliseye gitmesini talep etmiş, yetkili kurumlar ise bu talebi Kiliselerin bu tip bir vergi avantajından yararlanması için devlet ile bir anlaşma yapma gerekliliğinden dolayı reddetmiştir. Mahkemeye göre vergi düzenlemeleri devletlerin geniş takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır. Hatta mahkeme buradaki takdir yetkisi bağlamında devlet ile din arasında kurulan hassas ilişkiye de değinmiş ve vergiden yararlanmak üzere devlet ile bir anlaşma yapılması hususunu temelsiz ya da orantısız bulmamıştır. Bu nedenle de mahkemenin bu başvuruyu kabul edilemez bulduğu görülmektedir.

Mahkemenin bu alanda geniş bir takdir yetkisi tanıdığı aşıkardır ancak devletlerin bu yetki çerçevesindeki tutumları nasıl olmalıdır. Örneğin bir devletin, kurumsal temelde düşünüldüğünde, dini örgütler ve cemiyetler ile bağlantısı olacağı açıktır. Ancak bu bağlantıdaki tarafsızlık koşulu nasıl değerlendirilmektedir? Mahkemenin önüne gelen bazı olaylarda buna yönelik kararlar alındığı görülmektedir. Genel olarak ise vurguladığı husus şudur: her durumda mahkeme, taraf devletlerin tarafsızlık ve eşitlik yükümlülüğünü değerlendirmekte ve bu yükümlülük devletlerin dini inançların

⁶⁵⁹ *Ibid.*, para. 74 vd. Taraf devletin ayrımcı muamelesinin meşru bir amaca sahip olduğu ve bu amaca ulaşmakta kullanılan aracın orantılı olduğuna ilişkin bir diğer karar için bkz. *ÁSATRÚARFÉLAGID v. ICELAND*, Application no. 22897/08, 7 July 2011, para 34.

⁶⁶⁰ *Alujer Fernandez and Caballero Garcia v. Spain*, no. 53072/99, 14/06/2001.

meşruiyetini değerlendirmesi bakımından kullandığı güç ile uyuşmamakta ancak devletlerin çatışan grupların ki bu gruplar aynı grubun içerisinde olsa dahi, birbirini tolere etmesini, sağlamasını gerektirmektedir.

Din bakımından ayrımcılık davalarında görmekteyiz ki mahkeme özellikle 9. madde bakımından incelemesini devam ettiriyorsa öncelikle maddenin ilk fıkrası bağlamında bir özgürlüğün kısıtlanıp kısıtlanmadığını ele almakta meşru gösterme aşamasında ise maddenin ikinci fıkrasındaki listeyi olaya uygun şekilde değerlendirmektedir. Bu bağlamda haklı gösterme açısından elinde açık bir hüküm bulunması kanımca mahkemenin işini kolaylaştırmaktadır.

Buradaki ikinci durum ise mahkemenin ne zaman 14. maddeye dayanacağı, salt olarak bu madde üzerinden gidip gidemeyeceği ya da hiç dayanmamayı seçtiği durumlar oluşturmaktadır. Örneğin *Hoffmann v. Austria* davasında mevcut olay daha önceki 14. madde ile birlikte ele alınan davalara benzediğinden ayrıca ve tek olarak 8. maddenin incelenmesine mahkeme tarafından gerek duyulmamıştır.⁶⁶¹ Ancak tam tersi durum daha sık olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim mahkeme 14. maddenin ayrı bir varlığı olmadığını ancak diğer sözleşme hükümlerinin bireylere tanıdığı hakları kullanırken benzer durumda olan bireyleri ayrımcılığa karşı koruduğu için bu diğer hükümleri tamamlamak yönünde önemli bir yerde olduğunu vurgulamaktadır. Bu bağlamda söz konusu olay açıkça hem ilgili sözleşme maddesine hem de 14. madde ile birlikte ayrı ayrı dayanıldığında ve sözleşmenin ilgili maddesine dayalı ayrı bir ihlal bulunduğunda, mahkemenin davayı 14. madde kapsamında incelemesi genellikle gerekli olmamaktadır. Ancak bir hakkın kullanımı bakımından açık bir eşitsizlik söz konusuysa ve bu unsur davanın temel açısını oluşturmaktaysa durumun tam tersi olacağı açıkça mahkeme tarafından vurgulanmaktadır.⁶⁶²

⁶⁶¹ *Hoffmann v. Austria*, no.12875/87, 23/06/1993, para. 37.

⁶⁶² *Moscow Branch of The Salvation Army v. Russia*, no.72881/01, 05/10/2006, para 100 ; *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, no. 45701/99, 13/12/2001, para. 133-134. Ayrıca bkz. *Chassagnou and Others v. France*, nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, 29 April 1999, para. 89.

Buraya kadar olan kısımda 14. maddenin yanı sıra 9. madde kapsamında verilen kararlara da ayrıntısıyla değinilmiş olup, mahkemenin bu alandaki genel yöneliminin ortaya koyulması amaçlanmıştır. Burada ise artık mahkemenin bu alanda verdiği kararlardan özellikle 14. madde kapsamında verdiği ve taraf devletlerin din temelindeki farklı muamelelerini her zaman haklı gösteremedikleri durumları genel olarak da tasnifi söz konusu olacaktır. Genel olarak bakıldığında mahkemenin bu alandaki kararlarının, ayrımcılık temelinde şiddet, eğitim, aileye ilişkin konular ve çalışma hakkı ile ilgili olduğu görülmektedir.⁶⁶³ Burada sırayla ilgili konular üzerinde durulacaktır.

İlk olarak kişilerin inancına dayalı olarak yaşanan şiddet olayları bakımından verilen kararlara değinmek gerekmektedir. Bu kararlardan birisi olan *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others v. Georgia* kararında mahkeme, olay yerinde hemen müdahalede bulunmayan polis yetkililerinin eylemlerini ele almıştır.⁶⁶⁴ Buna göre dini kaynaklı şiddete uğrayan kişiler ve çocuklarını korumak üzere olay yerine hemen gitmeyen polis yetkililerinin bu eylemi ve daha sonrasında farklı yetkili birimlerin, bu kişilerin dini görüşü nedeniyle uyguladığı ayrımcı tutum değerlendirilmiştir. Taraf devlet de bu hususta ek bir aksi bir kanıt sunamadığından mahkeme, ayrımcı muamelenin haklı gösterilemediği yönünde kararını vermiştir.⁶⁶⁵

Burada dikkat çeken iki unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki mahkemenin bahsi geçen olayda ispat yükünü açıkça altını çizmeden ve net sınırlar belirlemeden taraf devlete geçirmiş olmasıdır. İkinci nokta ise genelde ayrımcılığa dayalı şiddet olaylarında gördüğümüz üzere karar yazımında çok açık bir şekilde maddi ve usuli olarak olayı iki

⁶⁶³ Diğer durumlar da yine burada ele alınacaktır.

⁶⁶⁴ *Members of The Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others v. Georgia*, no. 71156/01, 03/05/2007.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, para 140 vd. Hatta burada, devletin olaylara müdahale etme yönündeki yetersizliği ve sonraki süreçteki tavırlarına ki bunlar, dini bir liderin medya aracılığıyla nefret duygusunu körüklemesi ve taraftarlarınca yapılacak dini temelli şiddet olaylarının sürmesi ve hatta kendilerinin yetkililerce üzeri kapalı şekilde desteklendiği yönündedir, vurgu yaparak hareket etmesine yol açmıştır. Bu bağlamda mahkeme, durumun aksini ispat edemeyen taraf devletin hem 3. madde hem de 9. madde ile birlikte 14. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. *Members of The Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others v. Georgia*, no. 71156/01, 03/05/2007, para. 141.

yönlü olarak ele almamış bu kısım biraz daha kararın içerisine yedirilerek geçilmiştir. Daha sonraki tarihli bir karar olan *Milanovic v. Serbia* kararında yine benzer bir şiddet olayı söz konusudur.⁶⁶⁶ Ancak burada öncekinden farklı olarak mahkeme, tıpkı ırkçı saikle hareket edilerek işlenen şiddet suçlarında olduğu üzere, bu tip olayları araştırırken devletlerin, meydana gelen olayda dini saikle hareket edilip edilmediğini ortaya çıkarmaya çalışırken, her türlü önlemi alma ve olaylarda dini nefret ya da önyargının rol oynayıp oynamadığını açığa çıkarma gibi ek yükümlülüğü bulunduğu altı çizilmiştir.⁶⁶⁷

Mahkeme bu hususun zorluğunu kabul etmekle beraber burada aradığı sorumluluk eşiği olayı araştırırken en iyi şekilde çaba sarf edilmesi olup bu sorumluluk mutlak değildir. Yani yetkili otoriteler her bir olayın koşullarına göre makul olan şekilde hareket etmek durumundadır.⁶⁶⁸ Hatta mahkeme bu gibi şiddet olaylarının, diğer olaylarla eşit bir şekilde ele alınmasının da doğası itibariyle temel haklar açısından yıkıcı olabilecek eylemlere göz yummak şekline dönüşebileceği vurgusunu da eklemiştir. Bu bağlamda esasen farklı olan muamele/eylemler arasında ayırım yapılmadan ele alınması, sözleşmenin 14. maddesi ile bağdaşmayan bir şekilde haklı gösterilemeyecek bir muameleye sebebiyet verebilecektir.⁶⁶⁹ Mahkemenin bu karar ile birlikte bu alandaki içtihadını ırkçı saikle işlenen şiddet suçları kapsamındaki içtihadına yakınsadığı ve bir köprü kurduğu görülmektedir.⁶⁷⁰

Eğitim alanı ile ilgili olarak *Savez Crkava "Riječ života" and Others v. Croatia* kararında mahkeme, eğitim hakkı ile ilgili olarak bireysel değil başvurucu reformcu kiliselerin iddiaları üzerine bir karar vermiştir.⁶⁷¹ Bu davada reformist bir gruba bağlı olan

⁶⁶⁶ *Milanovic v. Serbia*, no. 44614/07, 14/12/2010.

⁶⁶⁷ *Ibid.* para. 96.

⁶⁶⁸ *Ibid.* para. 96.

⁶⁶⁹ *Ibid.* para. 97.

⁶⁷⁰ Bkz. *Nachova and others v. Bulgaria*, nos. 43577/98 and 43579/98, 6 July 2005.

⁶⁷¹ *Savez Crkava "Riječ Života" and Others v. Croatia*. Bu başvuru salt olarak eğitim değil daha başka alandaki iddiaları da içermektedir ancak burada eğitim ile ilgili kısım ele alınacaktır.

ve resmi dini kayıtlara geçirilmiş kiliseler devlet ile bir sözleşme yaparak belirli düzeylerde eğitim verme, evlilikleri gerçekleştirebilme ve gerekli durumlarda belirli kişilere manevi destek sağlamak gibi eylemleri gerçekleştirmek istemiştir. Yapılacak sözleşme için yetkililerce belirli kriterler ortaya koyulmuş ve başvuru bu kriterlere uymadığından bahisle bahsi geçen bu hakları kullanmaktan mahrum kalmıştır. Yine iddiaya göre diğer kiliseler belirlenen kriterleri karşılamamasına rağmen bu hakları kullanabilmektedir.⁶⁷²

Mahkeme burada öncelikle 9. maddenin kapsamını belirlemek ile işe başlamıştır. Buna göre maddenin 1. fıkrası, her ne kadar dini evlilikler ve dini eğitim bu fıkra kapsamında dinini/inancını açıklama özgürlüğü olarak görülmekteyse de devletlere, devlet okullarında dini eğitim verilmesi ya da dini evliliklerin resmi evlilikler gibi sayılması gibi hususlarda salt bir yükümlülük getiriyor şeklinde yorumlanmamalıdır.⁶⁷³ Ancak davadaki durumda taraf devletin bu hakları diğer inanç gruplarına sağladığı dolayısıyla sözleşmenin 14. maddesi artık devletin sağlamayı tercih ettiği bu ek haklara da uygulanacak ve ayrımcı muameleler sözleşme kapsamında değerlendirilecektir.⁶⁷⁴ Bu bağlamda diğer dini gruplara uygulanmayan kriterlerin ilgili kiliseye uygulanması nedeniyle mahkeme 9. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlali yönündeki kararını vermiştir.⁶⁷⁵ Burada önemli olan mahkemenin her ne kadar 9. maddenin yorumunu geniş yapsa da özellikle devletlere dinini/inancını açıklama özgürlüğü kapsamında ek bir yükümlülük getirmediği, ilgili devlet uygulamalarıyla kendiliğinden bu hakları tanıdığı durumlarda sözleşme kapsamında ayrımcılık iddialarının değerlendirileceği ortaya koyulmuş olmaktadır. Bu davada dikkat çeken ikinci nokta ise 12. no'lu Protokole dayanmak isteyen başvuru sahiplerinin bu talebi reddedilmiştir.⁶⁷⁶

⁶⁷² *Ibid.*, para. 1-41.

⁶⁷³ *Ibid.*, para. 56, 57.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, para. 58.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, para. 91 vd.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, para. 103 vd.

Okullardaki dini eğitimle ilgili olarak *Grzelak v. Poland* kararında ise kendisi ve ailesinin inancı nedeniyle din derslerinden izinli olan öğrenci için etik dersi sınıfının açılmayarak karnesinde din/etik kısmının boş bırakılması olayı ele alınmıştır.⁶⁷⁷ Bu davada başvuru, Polonya eğitim sisteminin Katolik inancı çerçevesinde şekillendiği ve bu inancı paylaşmayan kişilerin ayrımcılığa uğradığını hatta Katolik inancına sahip olmayan ailelerin dahi bu nedenle çocuklarının bu inanca yönelik din dersi sınıflarına gönderdiğini iddia etmiştir. Bu bağlamda bir kişinin bağımsız olarak dinini seçme özgürlüğünün elinden alındığını vurgulamaktadır.⁶⁷⁸

Burada dikkati çeken husus davaya müdahil üçüncü taraf olan bir insan hakları kuruluşunun dosyaya sunduğu istatistiki verilerin ayrıntılarıyla ele alınması olmuştur.⁶⁷⁹ Bu verilere göre din dersi açılan okulların yanında diğer inançlara sahip öğrenciler için etik dersi açılan okulların oranı 1.03% olarak kalmıştır. Ayrıca mahkeme burada devletlerin dinini açıklama özgürlüğü bakımından negatif bir sorumluluğa da sahip olduğunun altını çizmiştir. Buna göre kişiler dinini ya da inancını açıklama yönünde zorlanamaz veya belirli inanca sahip olup olmadıkları anlamına gelecek şekilde bir duruş sergilemek yönünde zorlanamayacaktır.⁶⁸⁰ Bu bağlamda (özellikle de inançsız) kişilerin bu durumlarını doğrudan ya da dolaylı olarak devlet eliyle açıklamaya zorlanmaları, sözleşme hükmünün bu negatif yükümlülük yönünü aktif hale getirecek bir unsurdur. Hatta mahkemenin de altını çizdiğine göre devletlerin kişilere yüklediği böyle bir zorunluluk, önemli bir kamu hizmeti olan eğitim çerçevesinde uygulandığı için ayrıca önem kazanmaktadır.⁶⁸¹ Mahkeme bu olay bazında devletin takdir yetkisini aştığını ve

⁶⁷⁷ *Grzelak v. Poland*, no. 7710/02, 15/06/2010.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, para. 64 vd.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, para. 77 vd.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, para. 87.

⁶⁸¹ *Ibid.*, para. 87. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki mahkeme, kişilerin devlet ile olan ilişkilerinde dini inançlarına ilişkin olan bilgilerin ayırım yapmak üzere kullanılamayacağını, inancın hem bireysel vicdani bir durum olduğunu hem de bir kişinin hayatı boyunca bu durumunun değişebileceğinin altını çizmiştir. *Grzelak v. Poland*, no. 7710/02, 15/06/2010, para 93. Bu bağlamda kimlik kartlarında dini statü düzenlemeleriyle ilgili olarak bkz. *Sofianopoulos and Others v. Greece*, nos. 1977/02, 1988/02 and 1997/02, 25 June 2020, para. 7.

ayrımcı muamelenin haklı gösterilemediğini ortaya koyarak 9. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği yönündeki kararını vermiştir.⁶⁸²

Bu davadaki metoda bakarak mahkemenin ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılık davalarında verdiği kararlara usulen biraz yakınlaştığı söylenebilecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere bu kararda istatistiki verilere oldukça önem atfedildiği görülmektedir. Bu da başvurunun iddialarının oldukça etkin bir şekilde desteklenmesini sağlamış ve mahkeme de mevcut durumu göz önünde bulundurarak kararını vermiştir. Davanın maddi yönü olan devlet ile kişilerin inancına dayanan ilişkilerinin dar bir şekilde birey lehine değerlendirilmesinin ise her durumda devlet ile dinler arasındaki ilişkiye sirayet etmediği ortadadır. Örneğin *Holy Monasteries v Greece* kararında, Yunan kilisesi mallarının devlete devrini sağlayan (ancak diğer patrikhanelere bağlı kiliselerin mallarını hariç tutan) düzenlemenin, Yunan Kilisesi ile devletin yakın ve tarihi ilişkisi nedeniyle, haklı ve objektif bir uygulama olarak değerlendirildiği görülmektedir.⁶⁸³

Bu bağlamda devletlerin dini topluluklar cemaatler ve diğer tanımlı dini oluşumlar ile ilişkilerine dayalı diğer kararlara da ayrı bir yer vermek gerekmektedir. Öncelikle belirtilmelidir ki mahkemenin bu konudaki görüşü, din özgürlüğünün taraf devletlere dini topluluklara imtiyaz tanınmasına yönelik düzenleme yapma zorunluluğu getirmemesidir. Ancak bu şekilde bir statü yaratılması durumunda da taraf devlet hem tarafsızlık ve eşit muamele yükümlülüğünü yerine getirmek hem de dini grupların bu statüye başvurma ve başvuru sırasında uygulanan kriterler ile ayrımcılığa uğramamalarının sağlanmasını kollamak ile yükümlü kılınmıştır.⁶⁸⁴ Alevi vatandaşların, Sünni inanca sahip olanlar gibi dini kamu hizmetlerinden eşit şekilde yararlanamadıklarına yönelik yapılan başvuru sonucu verilen *İzzettin Doğan and Others v. Turkey* kararında ise bu vurgunun yanı sıra

⁶⁸² *Grzelak v. Poland*, no. 7710/02, 15/06/2010, para. 99-101.

⁶⁸³ *Holy Monasteries v. Greece*, no. 13092/87; 13984/88, 09 December 1994, para 91 vd.

⁶⁸⁴ *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*, no. 40825/98, 31/07/2008, para. 92 vd. Ayrıca bu husus Eğitim alanı ile ilgili olarak *Savez Crkava "Riječ Života" and Others v. Croatia*, para 85.

bağlama göre taraf devletler ile çoğunluğun sahip olduğu inanç arasındaki ilişkinin farklı tezahürleri olabileceği de eklenmiştir. Devletin bir dini olması ya da seküler bir düzenleme/sistem ile dini işlerin idame ettirilmesi gibi farklı uygulamalar görülebilmekteyse de mahkemenin burada belirttiği husus ise Sözleşmeye uygunluk açısından her sistemin sonuçta bireylerin din özgürlüğünü koruması gerekliliğine tabi olmasıdır.⁶⁸⁵ Buradan, her ne kadar devlet ve cemaat arasındaki ilişkiler önemli görülmekteyse ve ayrıca davalarda söz konusu olsaydı da mahkemenin sonuç olarak bireysel din özgürlüğünü hem mikro hem de makro boyutta her zaman önemli bir olgu olarak ele aldığını görmekteyiz.

Son olarak yeni inançların ya da yeni olarak nitelendirilebilecek dinlerin durumunun da ele alınması gerekmektedir.⁶⁸⁶ Mahkemenin din temelinde ayrımcılık bakımından verdiği kararlarda genel olarak inişli çıkışlı bir tutum izlemişse de yenilik ya da aslında geleneksel inanışların ötesindeki inançlara olan tutumunun olumlu olduğu görülmektedir. Mahkeme *Church of Scientology Moscow v. Russia* kararında ulusal düzeydeki yasa değişikliği nedeniyle dini cemiyetlerin kayıtlarının yenilenmesi söz konusu olmuş ve Sayentoloji kilisesinin başvurusu taraf devlet yetkililerince sürekli olarak reddedilmiştir. Mahkeme burada ilgili kiliseyi ayırmayarak yukarıda din ve inanç özgürlüğü kapsamında verdiği kararlar doğrultusunda değerlendirip kararını vermiştir.⁶⁸⁷ Mahkeme burada her ne kadar 14. madde bağlamında ayrı bir inceleme yapmaya yer olmadığına karar vermişse de geleneksel inanç sistemlerinin yanı sıra yeni oluşumları da koruması bu alanda kapsayıcı bir yaklaşımla hareket ettiğini bize göstermektedir.

Devlet tarafından tanınmak isteyip bu talepleri reddedilen bir dini kuruluş hakkında verilen yeni tarihli *Ancient Baltic Religious Association “Romuva” v. Lithuania*

⁶⁸⁵ *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, no. 62649/10, 26/04/2016, para 161-164.

⁶⁸⁶ Buradaki durum her ne kadar yukarıda da bahsedilen, devlet ile dini gruplar arasındaki ilişki kapsamında da değerlendirilebilecekse de yeni inanç sistemlerinin farklı bir paragraf altında değerlendirilmesi kanımca daha uygun bulunmuştur.

⁶⁸⁷ *Church of Scientology Moscow v. Russia*, no.18147/02, 05/04/2007.

kararında ise⁶⁸⁸ bu alandaki içtihadını daha ileriye taşıdığı görülmektedir. Mahkeme öncelikle Sözleşmenin teorik ya da hayali hakları değil nesnel ve efektif hakları korumak üzere dizayn edildiğini vurgulayarak incelemesine başlamıştır. Bu bağlamda sözleşmenin 9. maddesi ile birlikte verilen haklar, taraf devletlere verilen takdir yetkisi kapsamında, dini cemaatlerin tanınması bakımından geleneksel olmayanları yasal korumadan dışlayıcı şekilde çok sıkı olarak kullanılması sonucu, teorik ya da hayali bir hale bürünebilecektir.⁶⁸⁹ Mahkemenin bu ifadelere eklediği önemli bir not da vardır. Mahkemeye göre inançların ve bunlara bağlı uygulamaların sözleşmenin 9. maddesi bağlamında ‘din’ olarak tanımlanması yönünde karar verici olmadığı gibi hassas teolojik konularda görüş bildirme gibi bir durumu da yoktur. Mahkeme önüne gelen davalarda, başvuru organizasyonun ‘dini nitelikli’ olarak tanımlanabilmesi için başvuru statüsünün maddi yönünü de göz ardı etmeyerek, ön planda ulusal otoritelerin konu üzerindeki değerlendirmelerini ele almaktadır.⁶⁹⁰

Mahkeme burada daha da ileriye giderek başvuru organizasyonun inancının temelleri ya da tarihi eksikliğine ilişkin dini akademik tartışma da mahkemeye göre inançlarının dini doğasını reddetmek için yeterli değildir. Bu bağlamda başvuru dini temelini sorgulamaya gerek görülmemiştir.⁶⁹¹ AİHM bu karar ile birlikte yeni dini cemiyetlerin dini temellerini/doğasını derin bir şekilde gerekçelendirerek kabul etmiş görünmektedir. Sonuç olarak mahkeme *Church of Scientology Moscow v. Russia* kararına kıyasla daha etkin bir gerekçelendirme yaparak olayı 14. madde kapsamında değerlendirmiş ve bu sefer 9. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁶⁹²

⁶⁸⁸ *Ancient Baltic Religious Association “Romuva” v. Lithuania*, no. 48329/19, 08/06/2021.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, para. 115

⁶⁹⁰ *Ibid.*, para. 116.

⁶⁹¹ *Ibid.*, para. 118.

⁶⁹² *Ibid.*, para. 149.

Genel olarak bakıldığında 9. madde ve bağlantılı olarak 14. madde kapsamında mahkemenin uygulamada işinin oldukça zor olduğu söylenebilecektir. Yukarıda da incelendiği üzere gerek yeni inançlar toplum yaşamına dahil olmakta gerek halihazırda var olan inançların (oruç, kurban kesimleri, kıyafet ve diğer birçok dini ritüel gibi) çeşitli uygulamaları toplum yaşamında gündeme gelmekte ve birçok uygulama nihayetinde mahkeme önüne taşınmaktadır. Mahkemenin ise taraf devletlerin bu alandaki takdir haklarına karşılık olarak kişilerin hak ve özgürlüklerini koruyarak belirli bir denge kurması gibi oldukça zor bir rolü bulunmaktadır. Korunması gereken diğer bir denge açısı ise laiklik ya da ayrıcalıklı statüler dahilinde korunmaya çalışılan inanç unsuru ile farklı inanışlara sahip kişiler/uygulamalar arasında olmaktadır. Dolayısıyla söz konusu temel din ve inanç olunca ayrımcılık alanın bu üçlü yapısı daha hassas karşımıza çıkıyor gibi görünmektedir. Kanımca özellikle görünürlüğü yüksek olduğundan kıyafet ve kurban kesimi gibi ritüelleri içeren olayların devam eden süreçte mahkemenin önüne gelmeye devam etmesi olasıdır. Mahkemenin ise bu alandaki içtihadını devam ettirerek özellikle 9. maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlamaları orantılı bir şekilde ama etkin olarak ele almaya devam edeceğini düşünmekteyiz. Maddi hukuk bakımından zorluğu ise sözleşmenin ayrı bir maddesi bulunmaktayken 14. maddenin uygulanmasının biraz daha gölgede kaldığı kanısına varılmıştır. Durum buyken dahi mahkemenin diğer 14. madde kararları ile uyum içerisinde hareket ettiği de görülmektedir.⁶⁹³

3.2. Avrupa Birliği

AB Hukukunda din ve inanç temelinde ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler Çerçeve Direktif ile ortaya koyulmuştur. Bu başlık altında ise içtihat hukuku incelenirken bu direktifin kapsamı temelinde hareket ederek kararların gelişimini göstermek üzere

⁶⁹³ 14. maddenin incelenmeye gerek görülmediği davalar için bkz *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, no. 45701/99, 13/12/2001; *Moscow Branch of The Salvation Army v. Russia*, no.72881/01, 05/10/2006.

tarihsel bir sıra izlenmesi ancak belirli kavramlar etrafında şekillenen kararlar söz konusu olduğunda bunların birlikte ele alınmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

Din ve inanç temelinde ayrımcılığa ilişkin ayrımcılık Direktifleri ve bağlı olarak diğer hukuk kaynaklarından beslenen uyuşmazlıklardan doğan içtihat hukuku AB Hukuku çerçevesinde nispeten daha genç bir alan olarak sayılabilecektir. Bu alandaki kararların sonraki başlıklar altında ele alınacak yaş ve engellilik temelinde ayrımcılık kararlarından sonra ABAD önüne gelmeye başladığı görülmektedir. Ancak bu alandaki içtihat hukuku hala karar sayısının az olması nedeniyle kanımca daha ileriye gitme potansiyeline sahiptir.

Bu alandaki önemli kararlardan birisini oluşturan *Egenberger* kararında söz konusu olay, Bayan Egenberger'in herhangi bir dini mezhebe kayıtlı olmaması nedeniyle, yapılacak işin kilise ile zayıf bir bağlantısı olmasına rağmen, başvurusunun kabul edilmemesidir.⁶⁹⁴ Bayan Egenberger'e göre söz konusu durum, AB Hukuku kapsamında yorumlandığında Alman Eşit Muamele Yasasına aykırı bir eylem oluşturmaktadır. Burada aslında sorunun, Çerçeve Direktifin 4. maddesinden kaynaklandığı söylenebilecektir. Bu düzenlemeye baktığımızda;

“Üye devletler, kiliseler ve değerler sistemi dine veya inanca dayanan diğer kamu kurumları veya özel kuruluşlar bünyesindeki mesleki faaliyetler açısından, kişinin dinine veya inancına dayalı bir muamele farklılığının, bu faaliyetlerin veya bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği bağlamın niteliği sebebiyle kişinin dininin veya inancının söz konusu kuruluşun değerler sistemi bakımından gerçek, meşru ve haklı bir mesleki şart oluşturduğu hallerde ayrımcılık teşkil etmeyeceğini öngören, işbu Direktifin kabul edildiği tarihte yürürlükte olan ulusal mevzuatlarını muhafaza edebilir veya işbu Direktifin kabul edildiği tarihte mevcut olan ulusal uygulamaları da içine alacak şekilde gelecekte bu yönde bir mevzuat çıkartılmasını sağlayabilirler. Bu muamele farklılığı üye

⁶⁹⁴ C-414/16, *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, 17 April 2018, ECLI:EU:C:2018:257.

devletlerin anayasal hüküm ve ilkeleri ve yanı sıra Topluluk hukukunun genel ilkeleri dikkate alınarak uygulanacaktır ve başka bir sebebe dayalı ayrımcılığı haklı kılmamalıdır.”

şeklinde ve aslında dini kuruluşlar söz konusu olduğunda üye devletlere geniş bir takdir yetkisi verildiğini görürüz.⁶⁹⁵ ABAD burada öncelikle Çerçeve Direktifin ilgili maddesinin yorumunu yapmıştır. Buna göre bir yanda kiliselerin ve doğası din veya inanca dayanan örgütlerin özerklik hakkı dururken diğer yanda (işe alındıklarında) işçilerin hakkı arasında adil bir denge kurmak ve bu hakların çatışabileceği durumlarda din veya inanç nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmamayı sağlamak gereklidir.⁶⁹⁶

Bu bağlamda din veya inanca dayalı bir kilise veya kuruluş, faaliyetlerin doğası veya faaliyetlerin yürütüleceği bağlam nedeniyle ve kilisenin veya örgütün değerleri göz önünde bulundurulduğunda, dinin, gerçek, meşru ve haklı gerekçelere dayanan bir mesleki gereklilik oluşturduğu durumlarda, bir kişinin din veya inancına dayalı bir muamele farkının ayrımcılık oluşturmayabileceği ancak bu hususun belirli bir davada karşılandığından emin olmak için etkili bir yargı denetimine ihtiyaç bulunduğu değerlendirilmiştir.⁶⁹⁷ Bu maddeye göre mesleki yeterliklerin hukuka uygun olarak yorumlanabilmesi için gerekli olan ‘gerçek, meşru ve haklı gerekçelere dayanan’ ifadesine bakıldığında ABAD, öncelikle gerçek ifadesi açısından, Kilisenin veya örgütün

⁶⁹⁵ Çerçeve Direktifin bu bağlamda objektif bir düzenleme olduğu ancak bu alandaki üye devlet hukukunun subjektif bir şekilde düzenlendiğini ve uyumsuzluğun kaynağı olduğuna ilişkin görüş için bkz. Aurelia Colombi Ciacchi, The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights, *European Constitutional Law Review* 15, no 2 (2019) 297. Ss. 294-305.

⁶⁹⁶ C-414/16, *Egenberger*, para. 51. Burada adil denge kavramını sürdürmek üzere ABAD’ın oldukça ince bir çizgide hareket etmesi gerekmiştir. Bu bağlamda AİHM içtihadına göre taraf devletler, dini bir örgütün inançlarının meşruiyetini değerlendirememektedir. Bununla birlikte, aynı zamanda, din veya inançla ilgili mesleki bir şartın dayatılmasının, (dini işverenin) değerlerini göz önünde bulundurarak, hakiki, meşru ve haklı olmasını sağlamak zorundadır. Bu nedenle, işverenin değerlerinden kaynaklanan özel gerekliliklerinin, klasik orantılılık testinin nesnel gereklilikleriyle nasıl karşılanacağına karar vermek zorundaydı.

⁶⁹⁷ *Ibid.* para. 55. Bu bağlamda Birliğin üye devletlerdeki kilise ve dini birliklere karşı tarafsızlığını ortaya koyan ABİHA’nın 17. maddesinin bu sonuca ulaşmak önünde bir engel olmadığı da vurgulanmaktadır. *Ibid.* para. 56 vd. nitekim ABİHA’nın 17. maddesinin, dini bir festivali kutlamak amacıyla bazı çalışanlar bakımından belirli günlerin resmi tatil günü olarak belirlenmesinin farklı bir muamele oluşturması gibi bir olayı Direktifin kapsamı dışına çıkarmayacağını vurgulayan bir yorum için bkz. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH v Markus Achatzi*, 22 January 2019, ECLI:EU:C:2019:43, para. 31.

değerlerinin dayandığı din veya inancın kabul edilmesi, söz konusu mesleki faaliyetin bu değerlerin tezahürü için önemi veya kilisenin veya örgütün özerklik hakkını kullanması nedeniyle gerekli görülmesi anlamında yorumlanacağını vurgulamıştır. İkinci sırada, meşru ifadesi açısından, Kilisenin veya örgütün değerlerinin dayandığı din veya inancın açıklanması gerekliliğinin, bu değer veya anlayışla ilgisi olmayan bir amaca ulaşmak için kullanılmamasını sağlaması gerektiği yönünde yorum yapmıştır. Son olarak ise haklı gösterilebilmek açısından, mesleki gerekliliği uygulayan kilisenin veya örgütün, olayın koşullarına göre bunu uygulamamanın, kendi değerleri veya özerklik hakkına zarar verme riskinin muhtemel ve önemli olduğunu göstermekle yükümlü olduğunu ve böyle bir şartın getirilmesinin gerçekten gerekli olduğunu ortaya koyması gerektiğini belirlemiştir.

Bu bağlamda Çerçeve Direktifin 4/2. maddesindeki mesleki gereklilikler, söz konusu Kilise ya da dini örgütün değerleri ya da özerkliği ile bağlantılı olmayan çıkarım ve değerlendirmeleri kapsamayacaktır. Aynı zamanda bu gereklilikler orantılı olmak durumundadır.⁶⁹⁸ Kanımca bu karardan çıkarılabilecek sonuç, dini temelli işverenlerin, belirli bir işin sadece belirli bir inanca sahip kişilere verilip verilemeyeceğine yönelik olarak alacakları karar bakımından üye devlet hukukunun çok geniş bir şekilde yorumlanarak aslında olması gerekenden daha ileriye gittiğini ortaya koymuştur. Bu bağlamda gereklilik kriteri etkin bir şekilde uygulanmıştır.

Bu kararda önemli olarak görülebilecek son bir nokta daha bulunmaktadır. Bu da bireyler arasındaki ilişkilerde yani yatay ilişkilerde direktiflerin doğrudan etki doğurup doğurmayacağına ilişkin olan en tartışmalı AB Hukuku sorunlarından birisidir. ABAD bu kararında bu soruyu adım adım ele almıştır. Öncelikle, ulusal hukuku AB hukuku ile uyumlu olarak yorumlama gerekliliğinin, gerektiğinde ulusal mahkemelerin yerleşik içtihadını değiştirme yükümlülüğünü içereceğini ortaya koymuştur. Bu bağlamda bir ulusal mahkeme, ulusal hukukun bir hükmü sırf o hüküm sürekli olarak AB Hukuku ile

⁶⁹⁸ C-414/16, *Egenberger*, para. 69.

bağdaşmayan bir şekilde yorumlanmış olduğu için, AB Hukuku ile uyumlu olarak yorumlayamayacağını ileri süremeyecektir.⁶⁹⁹ Sonrasında ise ABAD, varsayımsal olarak bir ulusal mahkemenin bir ulusal hükmü ilgili direktif ile uyumlu olarak yorumlayamaması durumunda nasıl hareket edileceğini değerlendirmiş ve aslında AB temel haklarının yatay etkisine ilişkin tartışmanın içerisine girmiştir.⁷⁰⁰

Buna göre ABAD din ve inanç temelinde ayrımcılık bakımından THŞ'nin 21. maddesinin doğrudan etkisini tartışmıştır. ABAD'a göre din ve inanç temelinde ayrımcılık yasağı AB Hukukunun genel bir ilkesi olarak zorunludur. THŞ'nin 21. maddesi ile ortaya koyulan bu yasak bireylere, aralarındaki AB Hukuku kapsamındaki ilişkilerde kullanılmak üzere bir dayanak oluşturmak bakımından yeterlidir. Ayrıca THŞ'nin 21. maddesinin bu zorunlu etkisi ile ilgili olarak, ayrımcılık bireyler arasındaki sözleşmelerden kaynaklansa bile, bunun çeşitli temellerde ayrımcılığı yasaklayan kurucu antlaşmaların çeşitli hükümlerinden farklı olmadığını da eklemiştir.⁷⁰¹ Ayrıca, ulusal mahkemeden, ABİHA'nın 17. maddesinde belirtilen kiliselerin statüsüne saygı gibi ilgili çeşitli çıkarları dengelerken, THŞ'nin 21. ve 47. maddelerinin gözetilmesinin sağlanması istendiğinde, THŞ'den kaynaklanan yükümlülükleri belirlemek üzere Çerçeve Direktifte bu menfaatler arasında kurulan dengeyi dikkate alması gerektiğini de eklemiştir.⁷⁰²

Bu bağlamda iki kişi arasındaki bir uyuşmazlığa bakan ulusal mahkeme, ulusal hukuku Çerçeve Direktifin 4/2. maddesi ışığında yorumlaması mümkün olmadığında, kişiler açısından THŞ'nin 21. ve 47. maddelerinden kaynaklanan yargısal korumayı sağlamak ve gerekirse ulusal hukuktaki aksi bir hükmü uygulamayarak bu maddelerin tam olarak etki kazanmasını sağlamakla yükümlüdür.⁷⁰³ Burada aslında Çerçeve

⁶⁹⁹ *Ibid.* para. 71 vd.

⁷⁰⁰ Burada bir not düşmek gerekirse ABAD'nin kararı bu noktada Hukuk Sözcüsünün görüşünden oldukça farklılaşmaktadır. Bkz. Opinion of AG Tanehev in Case C-414/16 *Egenberger*, ECLI:EU:C:2017:851, para. 119 vd.

⁷⁰¹ C-414/16, *Egenberger*, para. 76, 77.

⁷⁰² *Ibid.* para. 81.

⁷⁰³ *Ibid.* para. 82.

Direktifin genel bir eşit muamele ilkesini içermediği ve sadece belirli bir kapsamda ayrımcılık yasaklarını düzenlediği, THŞ'nin 21. maddesinin ise gerçek anlamda bir eşit muamele ilkesini içerisinde barındırdığını ve üye devletlerin bu düzenlemeye tam etki kazandırmak yönünden yükümlülükleri ortaya koyulmuştur.

IR v. JQ kararı da aslında *Egenberger* kararındaki olaya benzemektedir. Burada Katolik Kilisesine bağlı bir işletmede çalışan bir kişinin, boşandıktan sonra medeni hukuka uygun olarak yeniden evlenmesi ancak eski evliliğini Katolik inancına göre sonlandırmadığı için bu nedenle iş sözleşmesinin feshi söz konusu olmuştur.⁷⁰⁴ Bu kararda ABAD yine, değerleri din veya inanç dayalı bir örgütün yönetim görevlerini yerine getiren, çalışanlarını inanç veya inanç eksikliğine göre farklılık gösteren iyi niyet ve bağlılıkla hareket etme şartına tabi tutmaya karar veremeyeceğini açıkça belirtmiştir.⁷⁰⁵ Bu bağlamda ilgili ulusal önlem direktifin düzenlemesine aykırı bulunmuştur.

Bu kararda da yine direktiflerin yatay doğrudan etkisi tartışılmıştır. Buna göre ABAD tıpkı *Egenberger* kararında olduğu üzere THŞ'ye Antlaşmalar ile aynı hukuki değeri veren Lizbon Antlaşması yürürlüğe girmeden önceki dönemde, bu ilkenin üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden ortaya çıkarıldığını belirtmiştir. Bugün için ise din ve inanç temelinde ayrımcılık THŞ'nin 21. maddesinde ortaya koyulduğu üzere yasaktır ve bu AB Hukukunun zorunlu ve genel bir ilkesi durumundadır. Aynı zamanda kişiler arasındaki AB Hukuku kapsamındaki ilişkilerde kullanılmak üzere bir dayanak oluşturmak bakımından da yeterlidir.⁷⁰⁶ *Egenberger* ve *IR v JQ* kararları ile, istihdam alanında ve yatay olarak temel hak ve özgürlüklerin doğrudan uygulanmasına ilişkin olarak yaratılan çerçeve, üye devletler açısından gerek uygulama gerek yargılama süreçlerinde en azından istihdam alanında yeknesaklığın sağlanması yönünde önemli bir

⁷⁰⁴ C-68/17, *IR v JQ*, 11 September 2018, ECLI:EU:C:2018:696.

⁷⁰⁵ *Ibid.* para. 61.

⁷⁰⁶ *Ibid.* para. 69-71. Bu bağlamda ABAD'ın *Egenberger* kararındaki çıkarımlarının bire bir aynısı burada da yer almaktadır.

adım olarak görülmelidir. Bu bağlamda söz konusu kararların, ilgili çerçevede bir Avrupa kamusal alanı oluşturmaya yönelik bir adım olarak da değerlendirilebileceği düşünülmektedir.

Din ve inanç temelinde ayrımcılık konusu söz konusu olduğunda dine uygun giyim kuşam ve bu kapsamda kullanılan işaretlerin kullanımından kaynaklanan olayların da mahkeme önüne gelmesi kaçınılmazdır. Bu bağlamda hem *Achbita* hem de *Bougnaoui* kararlarında bu unsurların ABAD tarafından değerlendirmeye alındığını görmekteyiz. *Achbita* kararında söz konusu olan, İslami başörtüsü kullanmak isteyen bir çalışana, kamu ve özel sektöre yönelik resepsiyon hizmeti sunan işyerinin, görünür şekilde politik felsefi ya da dini simgelerin kullanılması/giyilmesinin tarafsızlığını bozacağı gerekçesiyle izin verilmemesi ve bu nedenle iş akdinin feshedilmesidir.⁷⁰⁷ Bu bağlamda ABAD öncelikle Çerçeve Direktifte ifade edilen ‘din’ kavramına açıklık getirmeye çalışmıştır. Bunu yapmak üzere ise Çerçeve Direktifin dibacesindeki atfa dayanarak AİHS’nin 9. maddesine yönelmiştir.⁷⁰⁸ Aynı zamanda üye devletlerin anayasal geleneklerinden beslenecek şekilde oluşturulan THŞ’ye de atıf yapmıştır.⁷⁰⁹ Bu bağlamda hem AİHS hem de THŞ din kavramını geniş bir şekilde ele aldığından ötürü Çerçeve Direktif kapsamındaki ‘din’ kavramı da bu şekilde anlaşılmalıdır.⁷¹⁰

ABAD bu açıklamasından sonra Çerçeve Direktif temelinde ayrımcılık oluşup oluşmadığını değerlendirmeye geçmiştir. Mahkemeye göre burada şirket kuralının tüm çalışanlara aynı şekilde uygulandığını belirterek doğrudan ayrımcılık teşkil etmeyeceğini ancak bu tarafsız görünen kuralın, belirli bir dine inanan belli çalışanları daha kötü etkilemesi durumunun ortaya koyulması halinde dolaylı ayrımcılık oluşturabileceğini

⁷⁰⁷ C-157/15, *Achbita*.

⁷⁰⁸ *Ibid.* para. 26.

⁷⁰⁹ *Ibid.* para. 27. Bu bağlamda THŞ’de düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, AİHS’nin 9. Maddesi ile uyumlu olduğu ve THŞ’nin 52. maddesine uygun olarak THŞ’de düzenlenen bu hakkın aynı anlam ve kapsama sahip olacağı ortaya koyulmuştur.

⁷¹⁰ *Ibid.* para. 28.

belirtmiştir.⁷¹¹ Devamında ise dolaylı ayrımcılık olduğunun tespiti halinde bu uygulamanın haklı gösterilip gösterilemeyeceğine ilişkin unsurları ortaya koymuştur. Nitekim burada klasik orantılılık testinin uygulanması söz konusudur. Yani ayrımcı muameleyi gerçekleştiren taraf meşru bir amaç ortaya koymalı ve bu amaca ulaşmakta kullanılan araç (önlem) de amaca uygun ve gerekenin ötesine geçmeyecek şekilde gerekli bulunmalıdır.⁷¹² Bu bağlamda işyerinin, müşterilerine karşı tarafsız konumda bulunmak istemesi meşru bir amaç olarak değerlendirilmiştir.⁷¹³ Burada söz konusu önlemin uygunluğu bakımından tarafsızlık politikasının sağlanabilmesi amacıyla tüm personele yönelen ve tam anlamıyla ve sistematik şekilde uygulanan önlemin bu kriteri karşıladığı belirtilmiştir.⁷¹⁴ İlgili önlemin gerekliliği bakımından ise tarafsızlığın yansıtılması amacıyla belirli bir işaret ya da giyim tarzının yasaklanması, sadece müşteriler ile doğrudan ilişki kuran çalışanlar açısından uygulanmaktaysa dar bir yorumla ilgili önlem amaca ulaşmak için gerekli olarak görülebilecektir.⁷¹⁵

Bouagnaoui kararında da benzer bir olay söz konusudur.⁷¹⁶ Burada yine müşteriler ile temas kuracak çalışanların İslami başörtüsü kullanımının işveren tarafından engellenmesi ve bu nedenle iş akdinin feshi söz konusu olmuştur.⁷¹⁷ Burada tıpkı *Achbita* kararında olduğu üzere ‘din’ kavramının AİHS’nin 9. maddesi ve THŞ’nin 10. maddesi çerçevesinde geniş bir yorumla ele alınacağı tekrarlanmıştır.⁷¹⁸ Burada yine aynı şekilde doğrudan bir ayrımcılık bulunmadığını belirterek inceleme işini ulusal mahkemeye bırakmıştır. Bu bağlamda eğer ulusal mahkeme söz konusu önlem/eylem meşru bir amaçla nesnel olarak haklı gerekçelere dayandırılmazsa ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar orantılı ve gerekli görülmezse dolaylı ayrımcılığın varlığını kabul

⁷¹¹ *Ibid.* para. 32-36.

⁷¹² *Ibid.* para. 36 vd.

⁷¹³ *Ibid.* para. 39. Burada önemli olan unsur ise ABAD’ın bu değerlendirmeyi yaparken AİHM’nin *Eweida and Others v. United Kingdom* kararındaki gerekçelendirmeye açık bir şekilde dayanmasıdır.

⁷¹⁴ *Ibid.* para. 40.

⁷¹⁵ *Ibid.* para. 42.

⁷¹⁶ C-188/15, *Bouagnaoui*.

⁷¹⁷ *Ibid.* para. 13-19.

⁷¹⁸ *Ibid.* para. 28-30.

edebilecektir.⁷¹⁹ Eğer Bayan Bougnaoui, işyerinin iç düzenleme kurallarına uygun olarak işten çıkarılmadıysa bu durumda ulusal mahkemenin aynı zamanda işverenin, müşterinin Bayan Bougnaoui gibi giyimli bir çalışandan hizmet almamayı istemesini dikkate alması yönündeki istekliliğin, gerçek ve belirleyici mesleki bir gereklilik oluşturup oluşturmayacağını değerlendirmelidir.⁷²⁰ Kanımca burada mesleki gereklilikler bağlamında üye devletlere açık bir kapı bırakılması ve müşterilerin talebi karşısında işverenin durumuna ağırlık veriliyor gibi bir duruş sergilenmesi özellikle din ve inanç kapsamında giyim ve dini işaretleri taşıyan kişiler açısından olumsuz sonuçlar yaratabilecek bir durumdur. Bu husus *Achbita* kararındaki müşteriler ile ilişki kuran personelin giyimi bakımından alınan önlemlerin uygun ve gerekli görülebilecek olması ile birleştiğinde dini giyim ve simgeler açısından içtihat hukukunun hassas bir yola girmiş olduğu söylenebilecektir.⁷²¹

ABAD'ın dini simge ve kıyafetlerin işyerinde giyilmesine yönelik kararları (İslami başörtüsüne ilişkin olarak) *WABE* kararı ile devam etmiştir.⁷²² ABAD'a göre tıpkı yukarıdaki kararlarında olduğu üzere çalışanların işyerinde görünür şekilde politik, felsefi ya da dini inançlarını gösterir şekilde giyinmelerine getirilen yasak, genel ve şarta bağlı olmadan uygulandığı sürece doğrudan ayrımcılık teşkil ediyor şeklinde

⁷¹⁹ *Ibid.* para. 32, 33.

⁷²⁰ *Ibid.* para. 34. ABAD burada mesleki gereklilikler bakımından içtihadını da yinelemiştir.

⁷²¹ Bu konuda benzer görüşler için bkz. Mark Bell, Leaving Religion At the Door? The European Court of Justice and Religious Symbols in the Workplace, *Human Rights Law Review* 17, (2017) ; Adina Portaru, CJEU Cases C-157/15 Achbita And C-188/15 Bougnaoui: Following in The Footsteps of The European Court of Human Rights or Moving Away?, *European Journal of Current Legal Studies* 25, no 2 (2019) ; Filip Dorssemont, Freedom of Religion in The Workplace and the Court of Justice of the European Union: A Return To The Principle Of Cuius Regio, Eius Religio?, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 4, (2017) ; Giorgia Baldi, Re-Conceptualizing Equality In The Work Place: A Reading Of The Latest CJEU's opinions over the practice of veiling, *Oxford Journal of Law and Religion* 7, no 2 (2018) ; Saïla Ouald-Chaib ve Valeska David, European Court of Justice Keeps the Door to Religious Discrimination in the Private Workplace Opened. The European Court of Human Rights Could Close It, <https://strasbourgobservers.com/2017/03/27/european-court-of-justice-keeps-the-door-to-religious-discrimination-in-the-private-workplace-opened-the-european-court-of-human-rights-could-close-it/> ; Di Marcella Ferri, The Interplay Between Religious Discrimination in The Workplace and Fundamental Rights: The Cherry-Pick Approach of the EU Court of Justice, <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Qui25.pdf>

⁷²² Joined Cases C-804/18 and C-341/19, *IX v WABE eV and MH Müller Handels GmbH v MJ*, 15 July 2021, ECLI:EU:C:2021:594.

yorumlanamayacaktır.⁷²³ Bunu değerlendirirken ise Çerçeve Direktifin 1. maddesi ile korunan din veya inanç temeline ilişkin olarak ayrımcılık yasağının, yalnızca belirli bir dine veya inanca sahip kişiler ile buna sahip olmayan kişiler arasındaki muamele farklılıkları ile sınırlı olduğunu vurgulamaktadır. Öte yandan din veya inancın bir sonucu olarak daha kötü muamele veya özel bir dezavantajlı durum yaşanmadıkça din ve inanç temelinde ayrımcılığın meydana geldiği söylenemeyecektir.⁷²⁴

ABAD devamla, görünürde tarafsız olan bir uygulama ve işverenin tarafsızlık amacı taşıdığı iddiaları bakımından ise dolaylı ayrımcılık ve bunun meşru amaçlarla haklı gösterilip gösterilemeyeceğine ilişkin değerlendirmesini de yapmıştır. Buna göre ABAD öncelikle bir işverenin tarafsızlığını ortaya koyma amacının kendi başına yeterli olmadığını vurgulamıştır. Bu bağlamda söz konusu amaç sadece böyle bir politikaya gerçekten ihtiyaç duyulduğunun gösterilmesi halinde haklı bulunabilecekti. Böyle bir ihtiyacı ortaya koymak için de dini, felsefi ya da eğitim inançları çerçevesinde çocuklarının eğitim ve öğretiminin sağlanması veya çocukları ile ilişki sırasında din ya da inançlarını belli etmeyecek kişiler tarafından eğitilmelerini isteme hakkı gibi durumda olan müşterilerin yasal taleplerinin değerlendirmeye alınması gerekmektedir.⁷²⁵ Her ne kadar bu şekilde bir takdir hakkı bırakılmışsa da ABAD'ın aynı zamanda çalışanların dinini açıklama özgürlüğünü göz önünde bulundurarak burada daha sıkı bir ispat yükü getirmiş olduğu da göz ardı edilmemelidir.

Bu kararda ayrıca sadece görünür işaret ve kıyafetler değil aynı zamanda belirli bir büyüklüğe sahip işaretler de değerlendirilmiştir. Buna göre ABAD, işverence uygulanacak ve sadece büyük işaret ve giyimler açısından yasak getiren kuralların bu bağlamda Direktif kapsamında kabul edilmesinin olası olmadığını vurgulamıştır. Çünkü böyle bir önlem, genel bir önleme kıyasla İslam çerçevesinde başörtü kullanılması gibi

⁷²³ *Ibid.* para. 51-55.

⁷²⁴ *Ibid.* para. 49.

⁷²⁵ *Ibid.* para. 56 vd.

büyük bir simge taşıyan belirli bir dine yönelik olarak algılanabilecek unsurlar barındırmaktadır. Bu bağlamda bu dine inananlar bakımından da doğrudan ayrımcılık doğurması söz konusu olabilecektir.⁷²⁶ Genel olarak baktığımızda kanımca bu kararda, işverenler açısından getirilen ve tarafsızlık politikalarını daha etkin bir şekilde kanıtlamalarına yönelik gereklilik, ABAD'ın önceki içtihadının yarattığı olumsuz etkiyi hafifletmek amacıyla attığı bir adım olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu adıma rağmen söz konusu içtihadın, çocukları ile ilişki sırasında din ya da inançlarını belli etmeyecek kişiler tarafından eğitilmelerini isteme hakkı gibi haklar ile genişletilmesi ve tarafsızlık gerekliliğinin kaynağına ilişkin olarak daha ayrıntılı bir araştırma istenmemesi ile birlikte özellikle de her halükârda işyerinde başörtüsü kullanımına ilişkin olarak işverenlere geniş bir önlem koyma yetkisini taşımaya devam etmesi de eleştirilebilecektir.

Aynı zamanda lafzi olarak büyük simgeler ve küçük simgeler arasında bu şekilde bir ayrıma gitmeyi tercih etmesi de ayrıca tartışma yaratabilecek bir alan doğmasına neden olmuştur. Avrupa kamusal alanını değerlendirdiğimizde ise daha farklı bir soru akla gelmektedir, bu da Müslüman olup başörtüsü kullanan kadınların istihdam çerçevesindeki koşul ve durumlarının nasıl şekilleneceğidir.⁷²⁷ Her ne kadar her iki mahkeme önüne gelen davanın esasları aynı/benzer olsa da ABAD'ın sürdürdüğü bu içtihadı ile birlikte bir denge kurmaktan uzak olduğu ve işverenlerin tarafsızlık amacına daha fazla ağırlık verdiği söylenebilecektir. Bu bağlamda kararlarında yaptığı tüm atıflara rağmen ABAD'ın, AİHM'nin bu alanda belirlediği standardın altında kaldığı düşünülmektedir. Bu bağlamda 'tarafsızlık' savunması, üye devletler ve işverenler açısından ayrımcılığa yönelebilecek yeni bir çıkış yaratmaya devam etmektedir.

⁷²⁶ *Ibid.* para. 76-78.

⁷²⁷ Bkz. *Eweida and Others v. The United Kingdom*.

4. ENGELLİLİK VE SAĞLIK

Gerek AİHS gerekse AB Hukukunda engellilik ve bağılı olarak sağlık kavramının tanımlanmasına yer verilmemiştir. Bu bağlamda gerek AİHM kararlarında bir kaynak olarak görülmesi gerekse AB'nin taraf olması nedeniyle burada engellilik kavramı genel olarak BM'nin Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme kapsamında ele alınabilir. Buna göre engellilik gelişmekte olan bir kavram olup engelli kişilerin ayrımcılığa maruz kalmasının her bireyin doğuştan sahip olduğu insanlık onuru ve değerinin de ihlal edilmesi anlamına geldiği bu sözleşme ile vurgulanmaktadır.⁷²⁸ Bu sözleşme ile aynı zamanda engellilik temelinde ayrımcılık da tanımlanmaya çalışılmıştır. Buna göre,

*“Engelliliğe dayalı ayrımcılık” siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlamayı kapsamaktadır. Engelliliğe dayalı ayrımcılık makul düzenlemelerin gerçekleştirilmemesi dahil her türlü ayrımcılığı kapsar.”*⁷²⁹

Bu genel tanımlar ışığında Avrupa Konseyi ve AB'de engellilik temelinde ayrımcılığın nasıl ele alındığı devam eden başlıklar altında incelenecektir.

4.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)

Avrupa Konseyi çerçevesinde ve AİHS kapsamında engellilik temelinde ayrımcılık ele alınırken AİHS'nin 14. maddesi ve 12 no'lu Protokol ile ilgili kararlar üzerinden hareketle bu başlık altında açıklamalar yapılacaktır. Belirtmek gerekir ki AİHS m. 14 ele alınırken de AİHS'deki diğer haklar ile bağı nedeniyle, içtihat hukuku incelenirken hak temelinde hareket etmenin uygun olacağı düşünülmüştür.

⁷²⁸ BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme Dibacesi, para. (e), (h).

⁷²⁹ BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme m.2.

AİHS'nin 14. maddesi engellilik konusuna açıkça yer vermemektedir. Ancak tıpkı bu bağlamda maddenin kapsadığı 'herhangi başka bir duruma dayalı' kavramının içerisine girip girmeyeceği değerlendirilmelidir. Yukarıda bahsedilen konularda olduğu gibi engellilik hususunun da ucu açık tutulan bu madde kapsamında değerlendirilebileceği açıktır. Nitekim mahkeme de bunu *Glor v. Switzerland* kararında açıkça belirtmiştir. Bir kişinin engelliliği de kapsayacak şekilde sağlık durumu geniş şekilde 14. madde kapsamındaki başka bir duruma dayalı olma kapsamında sayılmıştır.⁷³⁰

Mahkeme engellilik ile ilgili olayların bu madde kapsamında değerlendirilmesiyle kalmayıp *Guberina v. Croatia* kararı ile birlikte engellilik yönünden ayrımcılıkta bir ilke imza atmıştır.⁷³¹ Bu davada engelli çocuğu bulunan ve evi üçüncü katta bulunan bir kişinin, bu engellilik durumu nedeniyle ihtiyaca uygun olarak kullanabilecekleri bir gayrimenkulün satışında vergi muafiyeti talebinde bulunması söz konusudur. Yetkililer ise başvuruçunun oğlunun özel durumunu ele almayarak halihazırda mülk sahibi olduklarını da ekleyerek bu başvuruyu reddetmiştir. Söz konusu olay başvuruçunun engelinden değil, bakmakla sorumlu olduğu çocuğunun engel durumundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda dezavantajlı bir gruba mensup olmayan ancak çocuğunun durumu nedeniyle daha kötü bir muameleye maruz kalan kişi açısından ayrımcılık unsuru nasıl değerlendirilmelidir?⁷³² Bu bağlamda Mahkeme, "başka duruma dayalı" ifadesine içtihatlarında genel olarak geniş bir anlam verildiğini ve bu yorum kapsamında uğranılan ayrımcılık bakımından (doğuştan gelen özellikler anlamında)

⁷³⁰ Bkz. *Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, 30/04/2009, para. 80. ; *Kiyutin v. Russia*, no. 2700/10, 10/03/2011, para. 57. ; *I.B. v. Greece*, no. [552/10](#), 2013, para. 73. *Glor v. Switzerland* kararı ile birlikte, BM engelli kişilerin hakları sözleşmesinin (CRPD) de etkin bir şekilde karara dayanak olarak kullanıldığı görülmektedir. bkz. *Ibid.*, para 52 vd. Mahkeme burada dolaylı da olsa tıpkı cinsel yönelim davalarında olduğu üzere yaşayan enstrüman ilkesine atıf yaparak sözleşme ve protokollerinin günün koşullarına göre incelenmesi gerektiğini vurgulamış ve bu bağlamda hem Avrupa hem de dünya çapında engelli kişileri ayrımcılıktan korumaya yönelik bir fikir birliği bulunduğunu belirtmiştir. Bu husus hem BM sözleşmesi hem de Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin engellilerin sosyal hayata katılımına ilişkin 1592 no'lu Tavsiye Kararı'na (2003) dayandırılmıştır. İlgili tavsiye kararı için bkz. Council of Europe Recommendation, *Towards full social inclusion of people with disabilities* 1592 (2003), 29 January 2003. Benzer bir husus *Guberina v. Croatia* kararında da görülmektedir. bkz. *Guberina v. Croatia*, para. 34 vd. Ayrıca bkz. *Enver Şahin v. Turkey*, no. 23065/12, 30/01/2018, para 53.

⁷³¹ *Guberina v. Croatia*, no. 23682/13, 22/03/2016.

⁷³² *Ibid.*, para 77.

kişisel olan özelliklerle sınırlı olmadığını vurgulamıştır. Bu bağlamda anlaşmanın 14. maddesi, başka bir kişinin statüsü ya da korunan karakteristiği temelinde ayrımcı muameleye maruz kalan kişiyi de koruyacaktır.⁷³³ Bu olaydaki gibi kişisel bağın ve bakım yükümlülüğünün bulunduğu çocuğunun engelliliği üzerinden uygulanan bir farklı muamelenin ise engellilik temelinde ayrımcılığın bir formu olduğu vurgulanarak 14. madde kapsamında değerlendirilebileceğine hükmedilmiştir.⁷³⁴ Burada sorulması gereken ise bahsi geçen engelli kişinin yakınlık derecesi, bakım yükümlülüğünün oranı, bakım usulleri gibi konular mahkemenin önüne gelecek davalarda nasıl değerlendirileceğidir. Kanımca mahkeme bu tür bir olayda önüne gelecek davalarda olay bazında incelemesini yapacak ve her ne kadar burada geniş bir marj belirlemişse de 14. madde kapsamına girilip girilmediğini etkin şekilde denetleyecektir.

14. madde kapsamına giren durumları bu şekilde genişleten mahkeme benzer bir şekilde devletlerin bu alandaki takdir yetkisini de daraltma yoluna gitmiştir. Örneğin *Glor v. Switzerland* davasıyla birlikte mahkemenin de açıkça belirttiği üzere bu alanda devletlere tanınan takdir yetkisi azaltılmıştır. Örneğin Mahkeme bu davada, engelli başvurusu askerlik hizmetini yapma fırsatı verilmedikten sonra bir vergi ödemeye zorlamanın, engellilere karşı ayrımcılığı önleme ve onların toplumsal yaşama katılımını ve entegrasyonunu teşvik etme ihtiyacıyla çelişkili olabileceği sonucuna ulaşmıştır. Hal böyleyken, Devletlerin engelliler için farklı yasal muameleler uygulamak bakımından sahip oldukları takdir yetkisi önemli ölçüde azaltılmıştır.⁷³⁵

Devletlerin bu alandaki takdir yetkisi de daraltılmışken eklemek gerekir ki aynı zamanda engellilerin haklarının korunmasına yönelik olarak ‘makul uyumlaştırma’ bakımından da pozitif açıdan yükümlü kılınmışlardır.⁷³⁶ Hatta bu bağlamda haklarını

⁷³³ *Ibid.*, para. 78.

⁷³⁴ *Ibid.*, para. 79 vd.

⁷³⁵ *Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, 30/04/2009, para 84.

⁷³⁶ CRPD m.2.

kullanamamaları ayrımcılık kararlarına yol açmaktadır. Bu kararların ise temelde eğitim hakkına ilişkin olarak verildiği görülmektedir.

Örneğin engellilik nedeniyle üniversite eğitimindeki zorluklar bakımından *Enver Şahin v. Turkey* kararında mahkeme, devletlerin uyumlaştırma yükümlülüğünü, engelliler için hem maddi eşitsizliklerin giderilmesi hem de engellilik temelinde ayrımcılığın önlenmesi şeklinde yorumlamaktadır.⁷³⁷ Ancak bu yorumu yaparken mahkemenin makul uyumlaştırma tanımına kesin bir çerçeve çizmekten kaçındığı ve örneğin eğitim alanında uygulanabilecek maddi ve maddi olmayan uygulamaların devletler tarafından daha iyi bilinebileceğini de vurgulamıştır.⁷³⁸

Eğitim alanında yaşanan ve salt görme engeli nedeniyle müzik akademisine kabul edilmeyen başvuru konulu alan *Çam v. Turkey* davasında ise yine aynı şekilde Sözleşme'nin 14. maddesinin, engellilerin hak ve özgürlüklerden başkalarıyla eşit bir şekilde yararlanma beklentileri ve makul uyumlaştırmaya ilişkin metinlerin gereklilikleri ışığında okunarak bunun “belirli bir durumda gerek bulunduğu, orantısız veya aşırı bir yük getirmeyen gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeler” olarak anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır. Makul uyumlaştırmanın ise, haksız ve dolayısıyla ayrımcılığa neden olan eşitsizliklerin düzeltilmesine yardımcı olacağı ortaya konulmuştur.⁷³⁹

G.L. v. Italy kararında ise mahkeme, konuşma engeli olan otizmli bir çocuğun iletişim becerilerini ve öğrenim sürecini geliştirmeye yönelik olarak iki sene boyunca uzman desteği alamamasını değerlendirirken öncelikle geçmişte önemli ölçüde ayrımcılığa maruz kalmış ve toplumdaki özellikle hassas bir gruba temel haklara ilişkin bir kısıtlama uygulanması durumunda, Devletin takdir yetkisinin önemli ölçüde daraldığını ve söz konusu kısıtlama için çok zorunlu nedenlere sahip olması gerektiğini vurgulamış ve engellilik de dahil olmak üzere özellik veya statüleri nedeniyle farklı

⁷³⁷ *Enver Şahin v. Turkey*, no. 23065/12, 30/01/2018, para. 60.

⁷³⁸ *Ibid.*, para. 61

⁷³⁹ *Çam v. Turkey*, para. 65. Mahkemenin burada, ifadeleri birebir kullanarak yine CRPD'ye atıf yaptığı görülmektedir. Bkz. Convention on the Rights of Persons with Disabilities m.2.

muameleye maruz kalan bu tür savunmasız grupları belirlediğinin altını çizmiştir.⁷⁴⁰ Bu bağlamda olay temelinde değerlendirdiğinde mahkeme, yetkililerin kendilerine orantısız/gereksiz bir yük getirmeden, başvurucunun diğer çocukların sahip olduğu koşullara mümkün olduğunca benzer koşullar altında eğitimine devam etmesini sağlamak için gerçek ihtiyaçlarını veya olası çözümlerini belirlemeye çalışmadığı sonucuna varmıştır.⁷⁴¹ Söz konusu engelli çocuğun diğer çocuklar gibi eğitim hakkını kullanmaması nedeniyle taraf devletin, yarışan çıkarlar arasında etkin ve adil bir denge kurulması yönünde eksiği olduğu kabul edilmiş ve sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.⁷⁴²

Eğitim alanında uygulanan engellilik temelinde ayrımcılığın söz konusu olduğu bu davalarda mahkemenin özellikle makul uyumlaştırma bakımından genel olarak benzer eğilimle hareket ettiği ve davaları 1 no'lu Protokolün 2. maddesi ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği şeklinde karara bağladığı görülmektedir.

Fiziki ya da psikolojik olarak engelli olmanın yanı sıra bazı akıl hastalıkları ya da genel hastalıklar da bireylerin ayrımcı muameleye maruz kalmaları sonucuna yol açabilmektedir. Bu nedenle de bu bölümün başlığında salt engellilik değil geniş kapsamlı olarak engellilik ve sağlık ifadesi kullanılmıştır. Bu alanda uygulanan ayrımcı muameleler bakımından da mahkemenin bazı kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin *Cînta v. Romania* davasında şizofreni tanılı bir hastanın boşanma sonrasında çocuğu ile iletişimi söz konusu olmaktadır.⁷⁴³ Bu davada sağlık durumundan kaynaklı bir muamelenin değerlendirilmesi söz konusudur. Mahkeme, bir bireyin sağlık durumu temel alınarak yapılan bir ayrımcılığın engellilik ya da bunun bir çeşidi olarak ele alınarak 14. madde kapsamında herhangi başka bir duruma dayalı 'other status' içerisinde

⁷⁴⁰ *G.L. v. Italy*, no. 59751/15, 10/09/2020, para. 54.

⁷⁴¹ *Ibid.*, para. 70. Ayrıca mahkeme bu davada, ilköğretim seviyesinde alınan eğitime ayrıca bir önem atfettiğini göstermiş ve genel eğitim ve sosyal entegrasyon bakımından bu seviyedeki eğitimden engellenmenin önemini vurgulamıştır. Bakınız para 71 vd.

⁷⁴² *Ibid.*, para. 72.

⁷⁴³ *Cînta v. Romania*, no. 3891/19, 18/02/2020.

değerlendirilmesi gerektiğini belirlemiştir.⁷⁴⁴ Bu durumda akıl hastalıkları çerçevesinde uygulanan muamelelerin her durumda ayrımcı sayılıp sayılamayacakları sorulabilecektir. Mahkeme burada diğer nedenler yanında akıl hastalığını belirleyici ve bazen tek neden olarak ele alarak yapılan ve aslında hastalığın olayda olduğu üzere çocuk ile görüşmesini etkilemeyecek uygulamalara dayanmanın ayrımcılık yaratabileceğini vurgulamaktadır.⁷⁴⁵ Buradan da mahkemenin bu tip olaylar önüne geldiğinde genel olarak vaka bazında hareket edeceğini söylemek mümkündür.

Akıl hastalıklarından farklı olarak mahkeme, önüne gelen bir olayda bulaşıcı hastalıklara sahip kişilerin durumunu da ayrıca değerlendirmiştir. Bu değerlendirme *Kiyutin v. Russia* kararında, yukarıda açıklananlar ile paralel şekilde ilerlemiş ve tıpkı *Glor v. Switzerland* davasında olduğu üzere her ne kadar 14. madde açık bir şekilde sağlık durumu ya da medikal durumu korunan ayrımcılık temelleri arasında saymamaktaysa da mahkeme fiziksel engeller ve çeşitli sağlık sorunlarını bu hüküm çerçevesinde değerlendirmeyi uygun bulmuştur.⁷⁴⁶ Bu davada yapılan medikal kontroller üzerine (hukuken hak kazanmasına rağmen) Rusya tarafından kendisine oturma izni verilmeyen HIV pozitif bir başvurusunun durumu incelenmiştir. Mahkeme, BM İnsan Hakları Komisyonuna da atıf yaparak uluslararası hukuki belgelerde ayrımcılık ile ilgili hükümlerde geçen herhangi başka bir duruma dayalı olma kavramının HIV enfeksiyonunu da kapsayacak şekilde sağlık durumlarını içine alacak şekilde yorumlanabileceğine vurgu yapmıştır. Bu sayede mahkeme, kişilerin HIV enfeksiyonuna sahip olması gibi sağlık durumlarının temel alınarak yapılan ayrımcılık olaylarının, gerek engellilik ya da bunun bir görünümü şeklinde 14. madde çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.⁷⁴⁷

⁷⁴⁴ *Ibid.*, para. 66

⁷⁴⁵ *Ibid.*, para. 68.

⁷⁴⁶ *Kiyutin v. Russia*, no. 2700/10, 10/03/2011.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, para. Daha sonraki tarihli bir karar olan *I.B. v. Greece* kararında ise işe alma ve HIV pozitif bireyleri içeren durumların sözleşmedeki özel hayat kapsamına girebileceği belirtilmiştir. Hatta özel

Bu davada ayrıca haklı gösterme açısından hassas gruplara vurgu yapılarak ilerlendiği görülmektedir.⁷⁴⁸ Nitekim burada 80’li yıllardan bu yana HIV/AİDS ile yaşayan kişilerin dışlandığı ve ötekileştirildiği ayrıca eşcinsel birliktelikler, fuhuş ve madde kullanımı ile ilişkilendirildiği bu nedenle de bireylerin kişisel sorumluluğu ve enfeksiyon arasında yanlış bir bağ kurulduğu belirtilmiştir. Dahası enfeksiyonun önlenmesi ve tedavi yöntemleri gelişmesine rağmen durumun aynı kaldığı belirtilmiş ve bu kişiler mahkeme tarafından hassas grup içerisinde sayılmış ve devletlere dar bir takdir yetkisi alanı bırakılmıştır.⁷⁴⁹ Rusya’nın HIV pozitif bireylere yönelik uygulamaları değerlendirilmiş ve temel olarak kısa dönemli ülkede bulunan kişilere yönelik böyle uygulamalar yapılmadığı, uzun dönemli kalacak/ikamet edecekler için yapılan bu farklı muamele ise ilgili kişilerin kamuya yük olabilmeleri bağlamında değerlendirilebilecekse de bu durum oturum izni olan yabancıların sağlık sisteminden tam ya da belli oranda yararlandığı yasal sistemlerde söz konusu olacaktır. Mahkemeye göre Rusya’nın sağlık sisteminde ise böyle bir durum söz konusu değildir. Üstelik devlet tarafından hastalıkların yayılmasını önlemek amacıyla bu bireylere yönelik olarak uygulanan kısıtlamalarının, kişileri yasa dışı yollarla ülkede kalmaya sevk edebileceği, ayrıca yerel halkın bu durumu bir yabancı sorunu (dış sorun) olarak görerek kendilerini korumaya gerek olmadığı yanılışına kapılmaya yol açabileceği de karara eklenmiştir.⁷⁵⁰ Bu gibi nedenlerle mahkeme, her ne kadar kamu sağlığını korumak meşru bir amaç olarak görülse de, taraf devlet bu konuda ek ve objektif argümanlar ortaya koyamadığı için yapılan muameleyi ayrımcı bulmuş ve 8. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁷⁵¹

hayatın her alanında kendisini gösterebilen bir etkisi olduğundan, bu rahatsızlığın salt olarak medikal bir durumu yansıtmamanın ötesine geçtiğini ifade etmektedir. *I.B. v. Greece*, no. 552/10, 03/10/2013, para 70. .

⁷⁴⁸ *Kiyutin v. Russia*, no. 2700/10, 10/03/2011, para. 62 vd. HIV pozitif hastaların hassas grupta sayılmasına ilişkin olarak ayrıca bkz. *I.B. v. Greece*, no. 552/10, 03/10/2013, para 81 vd.

⁷⁴⁹ *Kiyutin v. Russia*, para. 64. Burada sadece hassas gruplar yönünden takdir hakkının sınırlandırılmasına değinmekle kalınmamış aynı zamanda konu hakkında Avrupa genelindeki uygulamalar değerlendirilip bir konsensüs olduğu ortaya koyulmaya çalışılmış ve bu bağlamda da devletlerin bu alandaki takdir yetkisinin dar olacağı vurgulanmıştır. *Kiyutin v. Russia*, no. 2700/10, 10/03/2011, para. 65.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, para. 71.

⁷⁵¹ *Ibid.*, para. 72 vd.

Bu davada mahkemenin ek olarak, taraf devletin hukuki düzenlemelerinin genel nitelikli/kapsayıcı doğasına da değindiği görülmektedir. Nitekim kararda, HIV negatif durumunu ibraz etmeyen kişilere oturum izni verilmeyeceği ve HIV pozitif olduğu ortaya çıkan vatandaş olmayan kişilerin ise sınır dışı edilmesine yönelik yapılan yasal düzenlemelerin olay ve birey bazında değerlendirme yapmaya imkân tanımadığının altı özellikle çizilmiştir.⁷⁵²

Mahkemenin, ayrımcı muamele haklı olduğu durumda ya da taraf devletçe yapılan uygulama bireyin durumu göz önünde bulundurularak yapılmaktaysa 14. madde çerçevesinde ihlal oluşmadığına yönelik kararları da bulunmaktadır. Örneğin *R.P. and Others v. The United Kingdom* kararında mahkeme, prematüre olarak doğan ve dolayısıyla doğum sonrası özel bakım gerektiren bir bebek dünyaya getiren ve öğrenme güçlüğü nedeniyle bu bakımı yerine getiremeyeceği belirlenerek kendisine, çocuk bakımı ve süreçte alınacak kararlar konusunda hukuki vekil atanan bir başvurucunun durumunu değerlendirmiştir.⁷⁵³ Mahkeme bu olayda, taraf devletin öğrenme güçlüğü gibi zihinsel problemler yaşayan kişilerin korunması için gerekli önlemleri almasının gerektiğini ve hukuki vekil atama uygulamasının devletin takdir yetkisinde olduğunu belirtmiştir.⁷⁵⁴ Dahası mahkeme her ne kadar zihinsel engeli bulunan bu kişinin temyiz kudretine haiz kişilerden ayrı bir muameleye maruz kaldığını kabul etmekteyse de ilgili kişinin temyiz kudretine haiz kişilerden farklı bir durumda olduğunu vurgulamış ve olay bazında farklı muameleyi objektif ve haklı gösterilebilir bulmuştur.⁷⁵⁵ *Strøbye and Rosenlind v. Denmark* kararında ise temyiz kudretine bağlı olarak kişilerin genel seçimlerde oy verme

⁷⁵² *Ibid.* para. 72. HIV/AIDS gibi konuların uluslararası insan hakları çerçevesine girmesinin olumlu yanlarının yanı sıra görünürlüğünün artarak uluslararasılaşmasının olumsuz bazı sonuçları da olabileceğine ilişkin görüş için bkz. Gabriel Blouin-Genest ve Mikey Erb, “Improving HIV/AIDS Drugs Access: A Genealogy of the Human Right to Health from Below” içinde *Human Rights as Battlefields*, ed. Blouin-Genest G et. al (Palgrave Macmillan, 2019) 236.

⁷⁵³ *R.P. and Others v. The United Kingdom*, no. 38245/08, 09/10/2012.

⁷⁵⁴ *Ibid.* para. 89.

⁷⁵⁵ *Ibid.* para. 89. Ayrıca bkz. para 68 vd. Benzer bir karar için bkz. *J.D. and A. v. The United Kingdom*, nos. 32949/17 34614/17, 24/10/2019.

haklarının ellerinden alınmasına yönelik bir başvuru ele alınmıştır.⁷⁵⁶ Mahkeme burada öncelikle taraf devletin seçimlerde oy verecek vatandaşların belirli bir zihinsel kapasiteye sahip olması amacını uygun bulmuştur.⁷⁵⁷ Orantılılık bakımından ise zihinsel yetersizliğin tespiti usulünün oldukça sıkı olması ve çakışan çıkarlar arasında bir denge kurulmuş bulunması sebebiyle devletçe uygulanan bu muamele aynı zamanda orantılı bulunmuştur.⁷⁵⁸

Caamaño Valle v. Spain kararında ise yine benzer bir şekilde oy hakkı kısıtlanan bir kişinin başvurusu değerlendirilmiş ve zihinsel engellilik nedeniyle yapılan bu kısıtlama tıpkı yukarıdaki kararda olduğu üzere amaca uygun ve orantılı bulunmuştur.⁷⁵⁹ Burada karara ek olarak üzerinde durulması gereken nokta ise mahkemenin 14. madde kapsamında ayrımcılık oluşabilmesi için kişiye uygulanan farklı muamelenin onun belirli karakteristik özelliklerine ya da statüsüne dayanması koşulunu gündeme getirmesidir.⁷⁶⁰ Bu husus *Guberina v. Croatia*, kararındaki, başka bir kişinin statüsü ya da korunan karakteristiği temelinde ayrımcı muameleye maruz kalan kişinin korunması, unsurunun etkinliğini azaltabilecek bir yapıda görülebilecekse de kararların her bir olay temelinde ve o olayın özelliklerine göre incelendiği unutulmamalıdır.⁷⁶¹ Mahkeme *Guberina v. Croatia* ile bu alanda bir açık kapı bırakmıştır.

Her ne kadar 14. madde kapsamında değerlendirilmemiş olsa da *Alajos Kiss v. Hungary* kararında mahkemenin önüne yine benzer bir olay gelmiştir. Kısmen vasi tayin edilmiş kişilerin oy kullanma hakkı ile ilgili olan bu davada her ne kadar taraf devletlerin bu alanda bir takdir yetkisi bulunmaktaysa da bu durumun, ilgili kişilerin oy haklarının

⁷⁵⁶ *Strøbye and Rosenlind v. Denmark*, nos. 25802/18 27338/18, 02/02/2021, para. 127-131.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, para. 97.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, para. 98 vd. Nitekim mahkeme olayda, zihinsel engellilerin genel bir grup halinde haklarından mahrum bırakılmadığını, yalnızca kişiselleştirilmiş bir adli değerlendirmeden sonra temyiz kudretinden yoksun bulunanlar açısından kısıtlama getirildiği bu bağlamda da *Alajos Kiss* davasından farklılaştığı yönünde de değerlendirmelerde bulunmuştur. Bkz. *Strøbye and Rosenlind v. Denmark*, nos. 25802/18 27338/18, 02/02/2021, para 113

⁷⁵⁹ *Caamaño Valle v. Spain*.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, para. 81.

⁷⁶¹ *Guberina v. Croatia*, para. 78.

otomatik bir şekilde ellerinden alınması hususunu haklı çıkarmayacağı belirtilerek sözleşmenin ilgili maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁷⁶² Burada önemli olan mahkemenin, bilişsel veya zihinsel engellilere tek bir sınıfmışçasına muamele edilmesinin şüpheli bir sınıflandırma olduğunu ve bu kişilerin haklarının kısıtlanmasının sıkı bir incelemeye tabi tutulması gerektiğini değerlendirmesidir. Ayrıca mahkeme bu nedenle, bireyselleştirilmiş bir değerlendirme olmaksızın ve yalnızca kısmi vesayet gerektiren zihinsel bir engele dayalı olarak oy haklarının ayırım gözetilmeksizin kaldırılmasının, oy hakkının kısıtlanması için meşru gerekçelerle bağdaşmayacağı sonucuna varmıştır.⁷⁶³ Ayrıca temel haklara ilişkin bir kısıtlama, zihinsel engelliler gibi geçmişte önemli ölçüde ayrımcılığa maruz kalmış toplumdaki hassas bir gruba uygulanıyorsa burada devletin takdir yetkisi önemli ölçüde daha dardır ve bu yetkisini kullanırken çok kuvvetli gerekçeleri olmalıdır.⁷⁶⁴ Bu çıkarımı ile kanımca bu alandaki içtihadını oldukça ilerletmiş ve tıpkı HIV pozitif kişilerin geçmişte yaşadıkları göz önüne alınarak hassas gruba dahil edilip devletlerin bu alandaki takdir yetkisinin daha dar bir şekilde ele alınması gibi burada da bir yetki kısıtlamasından söz edilebilecektir. Ancak *Caamaño Valle v. Spain* kararı ile *Alajos Kiss v. Hungary* kararındaki atılım durdurularak 14. madde kapsamında yapılan değerlendirme daha dar tutulmuştur.⁷⁶⁵ Kanımca mahkeme taraf devletlerin seçme ve seçilme gibi siyasi haklarını düzenleme yetkisinin karşısında belirli bir oranda eşitlik unsurunu dengede tutmayı amaçlamaktadır.

Son olarak eklemek gerekirse yakın tarihte AİHM önüne gelen ve engellilik temelinde ayrımcılığa ilişkin olan bir davada 12 no'lu Protokol çerçevesinde karar verildiği görülmektedir. *Negovanović and Others v. Serbia* kararında AİHM, görme engelli satranç oyuncularının, turnuva vb. yarışlarda başarılı olmalarına karşılık devlet tarafından diğer engelli sporculara ve görme engeli bulunmayan satranç oyuncularına

⁷⁶² *Alajos Kiss v. Hungary*, No. 38832/06, 20/05/2010.

⁷⁶³ *Ibid.*, para. 44.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, para. 42.

⁷⁶⁵ Ayrıca bkz. Dissenting Opinion of Judge Lemmens in *Caamaño Valle v. Spain*, para. 15 vd.

uygulanen ekonomik yarar ve ödüller ile birlikte resmi tanıma evrakının düzenlenerek kendilerine verilmediğine ilişkin başvuruyu değerlendirmiştir.⁷⁶⁶ Buna göre mahkeme öncelikle farklı muamelenin, 12 no'lu Protokolün ayrımcılık kategorilerinden üçüncüsüne ve dolayısıyla kapsamı içerisine girdiğini belirlemiştir.⁷⁶⁷ Mahkeme sonraki aşamada ayrımcı muameleyi ortaya koymaya çalışmış ve satranç olimpiyatlarının, devletin ödüllendirme sisteminde yer aldığını ancak görme engelli satranç olimpiyatlarının burada yer almadığını ve bu bağlamda kısmen de olsa başvurularda ayrımcı bir muamele uygulandığı belirtilmiştir.⁷⁶⁸ Karşılaştırılabilirlik açısından ise bir tarafa görme engelli sporcuları diğer tarafa ise engeli olmayan sporcuları koymuş ve ortak noktalarının satranç oyunu olduğunu belirterek bu kişileri karşılaştırılabilir bulmuştur.⁷⁶⁹ Ayrımcı muameleye karşı meşru ve haklı bir gerekçe de öne sürülmediğine yönelik karar verildiğinden, 12 no'lu Protokolün 1. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.⁷⁷⁰

4.2. Avrupa Birliği

AB Hukukunda engellilik temelinde ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler Çerçeve Direktif ile ortaya koyulmuştur. Bu başlık altında ise içtihat hukuku incelenirken bu direktifin kapsamı temelinde hareket ederek kararların gelişimini göstermek üzere tarihsel bir sıra izlenmesi ancak belirli kavramlar etrafında şekillenen kararlar söz konusu olduğunda bunların birlikte ele alınmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

⁷⁶⁶ *Negovanović and Others v. Serbia..*

⁷⁶⁷ *Ibid.*, para. 54.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, para. 81.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, para. 83.

⁷⁷⁰ Burada mahkemenin özellikle karşılaştırılabilirlik unsurunu biraz gevşek uyguladığını düşünmekteyiz. Nitekim davanın aksi görüşünde, taraf devletin, büyük başarı, önemli yarışmalarda temsil beklentisi ve alınan ödüllerin devlet profiline katkısı gibi birçok nedenle ödül ya da imtiyaz verilebilecek spor alanları listesini belirleyebileceğini ve bunun için kriterler ortaya koyabileceğini belirtmektedir. Nitekim burada paralimpik sporlar da yer aldığından ve liste spor disiplinleri ve yarışmalara göre şekillendirildiğinden, olayda başvurunun engelliliği temel alınarak yapılmış bir eylem olmadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda karşılaştırılabilirlik kriteri sağlanmamış sayılmalıdır. Yine meşru amaç ve devletlerin bu alandaki takdir yetkisi kısmının çok üzeri kapalı olarak geçildiği kanısı mevcuttur. Bu gibi bir karar standardının belirlenmiş olması ise ilgili hakimlerce gereğinden fazla geniş bulunmuş olup ilerideki sonuçlarına dikkat çekilmeye çalışılmıştır. Bkz. Joint Dissenting Opinion of Judges Kjølbrot and Koskelo in *Negovanović and Others v. Serbia*, nos. 29907/16 and 3 others 25 January 2022, para. 9 vd.

Navas kararı ile birlikte ABAD, engellik temelinde ayrımcılığa ilişkin ve ayrımcılık Direktifleri temelinde ilk defa karar vermiştir.⁷⁷¹ Bayan Navas, Eurest nezdinde yemek hizmetlerinde çalışmaktayken 2003 yılında hastalığı nedeniyle çalışmaya uygun olmadığı ve kısa sürede işine dönemeyeceği yetkili bir sağlık kuruluşunca belirlenmiştir. 2004 yılında neden belirtilmeden işten çıkarılan Bayan Navas, 8 ay boyunca izinli olduğunu ve kurumun kendisini tekrardan aynı pozisyona alması gerektiğini savunmaktadır. Burada söz konusu olan hastalık kavramının İspanya Hukukunda bireyler arasında yasaklanan temelde ayrımcılıklar arasında yer almamış olmasıdır.⁷⁷² Ulusal mahkeme bu hususu kendisi ele almış ve engellilik kavramının kapsayıcı bir ifade olduğunu ve hastalık ve engellilik kavramları arasında bir bağ kurmak yönünden hareket etmiştir.⁷⁷³ Ancak AB Hukukunun doğrudan hastalık kavramını ayrımcılık türleri arasında saymamış olmasına ilişkin olarak bu durumu ön karar usulü ile ABAD önüne getirmiştir.⁷⁷⁴

ABAD burada öncelikle bir iş ilişkisinin sona erdirilmesinin direktifin kapsamı içerisinde kaldığını ortaya koymuştur.⁷⁷⁵ Devamında ise engellilik kavramının ilgili direktifte açıklanmadığını ve AB Hukukunda yeknesaklığın sağlanması açısından ilgili kavramın açıklanması gerektiği vurgulanarak engellilik, ilgili kişinin iş hayatına katılımını engelleyecek fiziksel, zihinsel ya da psikolojik bir noksanlıktan kaynaklanan bir kısıtlama durumunu ifade etmektedir.⁷⁷⁶ Ancak bu kavramı esas aldığında bunu sağlık durumlarını kapsamadığını ve salt olarak sağlık temelinde yapılan işten çıkarmaların direktif kapsamında olmadığını belirlemiştir.⁷⁷⁷ ABAD'a göre hastalık, direktifte açıkça düzenlenmediği gibi Antlaşmalarda da bulunan ve AB'ye düzenleme yapma yetkisi

⁷⁷¹ C-13/05, *Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA*, 11 July 2006, ECLI:EU:C:2006:456.

⁷⁷² *Ibid.* para. 21.

⁷⁷³ *Ibid.* para. 22-23.

⁷⁷⁴ *Ibid.* para. 25.

⁷⁷⁵ *Ibid.* para. 37.

⁷⁷⁶ *Ibid.* para. 43.

⁷⁷⁷ *Ibid.* para. 52.

verilen bir ayrımcılık temeli değildir. Bu bağlamda ilgili direktifle yasaklanan ayrımcılık temelleri arasına eklenemeyecektir.⁷⁷⁸

Bu dava engellilik temelinde ayrımcılığın sağlık durumlarını içermeksizin daraltması sebebiyle kanımca oldukça önemlidir. ABAD'ın dışlayıcı yorumu bu alandaki AB Hukukunun, AİHM içtihatlarından geride bir noktada kalmasına neden olmuştur.

Engellilik ile ilgili olarak bu sefer ispat yükünün nasıl ele alınacağını da vurgulayan *Coleman* kararı ele alınmalıdır.⁷⁷⁹ Burada çocuğunun durumu özel bakım gerektirdiğinden gönüllü işten çıkarılmayı kabul etmiştir. Ancak sonrasında kendisinin engelli çocuğunun bakımıyla yükümlü olan asli kişi olması dolayısıyla diğer çalışanlara nazaran daha kötü muameleye maruz kaldığını iddia etmiş, bu iddiası ulusal mahkeme önündeysen ön karar usulü ile ABAD önüne taşınmıştır. Aslında buradaki temel sorun, kişinin kendisi engelli değilken başkasının engellilik durumunun kullanılıp kullanılmayacağıdır. Aynı husus ilk bölümde açıklandığı üzere AİHM kararlarında da görülmüştü ve mahkeme orada engellilik durumunu bakımla yükümlü olan kişiye de yansıtmıştı.

ABAD burada, Çerçeve Direktifin, istihdam ve meslekler kapsamında ve engellilik temelinde ayrımcılığın her şeklini ortadan kaldırma amacı taşıdığını ve sadece belirli kategorideki kişilere yönelmediğini vurgulamış ve bir kişi aslen engellilik temelinde doğrudan ayrımcılığa uğramaktaysa, onu sırf kendisi engelli olmadığı için kapsam dışında tutmanın, direktifin etkisini ve garanti altına almaya çalıştığı korumanın etkililiğini azaltacağını belirtmektedir.⁷⁸⁰ Aynı husus Direktifte yerini bulan taciz ile ilişkili olarak da ele alınmıştır ve taciz kavramının da sadece bireyin kendi engelinden kaynaklanmayabileceği ortaya koyulmuştur.⁷⁸¹ İspat yükü açısından ise⁷⁸² böyle bir

⁷⁷⁸ *Ibid.* para. 53-57.

⁷⁷⁹ C-303/06, *Coleman*.

⁷⁸⁰ *Ibid.* para. 50-51.

⁷⁸¹ *Ibid.* para. 61-63.

⁷⁸² *Ibid.* para. 52 vd.

olayda Çerçeve Direktifin 10/1. maddesi bağlamındaki ispat yükü bakımından üye devletlerin, kendilerine eşit muamele ilkesi uygulanmadığı için haksızlığa uğradıklarını düşünen kişilerin, bir mahkeme veya yetkili makamlar önünde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık olduğu (ilk bakışta) *prima facie* varsayılabilir olguları ortaya koyması halinde bu ilkenin ihlal edilmediğini kanıtlamak yükümlülüğünün davalıya ait olmasını sağlamak için, ulusal yargı sistemlerine uygun olarak gerekli önlemleri almaları gerekmektedir. Bu bağlamda davacılar açısından daha lehte ispat kuralları da getirilebilecektir.⁷⁸³

Ring and Skouboe Werge kararında ise ABAD, *Navas* kararından sonra ‘hastalık’ kavramının engellilik temelinde ayrımcılık çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin yorumunu yapmıştır.⁷⁸⁴ Buna göre mahkeme öncelikle *Navas* kararında olduğu üzere engellilik kavramının ilgili direktifte açıklanmadığını ve bu kavramın, ilgili kişinin iş hayatına katılımını engelleyecek fiziksel, zihinsel ya da psikolojik bir noksanlıktan kaynaklanan bir kısıtlama durumunu ifade etmesi gerektiğini tekrarlamıştır.⁷⁸⁵ Devamında ise (tedavi edilebilen veya edilemeyen) bir hastalık bir kişinin diğer çalışanlara göre, iş hayatına katılımını engelleyecek fiziksel, zihinsel ya da psikolojik bir kısıtlama durumunu (uzun süreli olarak) ortaya çıkarmaktaysa bu durumda ilgili hastalık, Direktif bakımından engellilik kapsamında sayılabilecektir. Ancak bu şekilde bir kısıtlama getirmeyen hastalık durumları bu kapsam dışında kalacaktır.⁷⁸⁶ *Navas* kararından sonra mahkemenin bu alandaki içtihadını genişletmesi olumlu olarak karşılanmalıdır. Bu davadaki diğer önemli nokta ise mahkemenin makul uyumlaştırma kavramının sınırlarına ilişkin olarak bir yorumda bulunarak, engelli çalışan açısından

⁷⁸³ *Ibid.* para. 53, 54.

⁷⁸⁴ Joined Cases C- 335/11 and C- 337/11, *HK Danmark, acting on behalf of Jette Ring v Dansk almennyttigt Boligselskab (C - 335/11) and HK Danmark, acting on behalf of Lone Skouboe Werge v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Pro Display A/S (C - 337/11)*, 11 April 2013, ECLI:EU:C:2013:222.

⁷⁸⁵ *Ibid.* para. 34 vd.

⁷⁸⁶ *Ibid.* para. 41-42. Aynı zamanda bu kavramın belirlenmesinde, işverenin aldığı önlemlerin ayırıcı olmayacağı da vurgulanmıştır.

çalışma saatlerinin azaltılmasını da bir makul uyumlaştırma örneği olarak kabul etmesidir.⁷⁸⁷

Yine engellilik kavramının sınırlarını belirleyen bir karar olarak görülebilecek olan FOA kararından görüleceği üzere bu defa obezite durumunun engellilik çerçevesinde ilgili Direktif kapsamına girip girmediği değerlendirilmiştir.⁷⁸⁸ Buna göre, tıpkı *Ring and Skouboe Werge* ve *Navas* kararlarındaki içtihadı uygun olarak obezite durumu, bir kişinin diğer çalışanlara göre, iş hayatına katılımını engelleyecek fiziksel, zihinsel ya da psikolojik bir kısıtlama durumunu (uzun süreli olarak) ortaya çıkarmaktaysa bu durumda ilgili hastalık, Direktif bakımından engellilik kapsamında sayılabilecektir.⁷⁸⁹

Obezitenin yarattığı fiziksel sorunlar nedeniyle belirli günlerde (aralıklı olarak) işine devam edemeyen ve devamsızlık süresini aştığı için işten çıkarılan kişinin durumu ise *Ruiz Conejero* kararında ele alınmıştır.⁷⁹⁰ Buna göre mahkeme öncelikle obezitenin engellilik kavramının kapsamında değerlendirileceğini yinelemiştir.⁷⁹¹ Devamında ise farklı muamelenin hangi ayrımcılık türü kapsamında değerlendirileceğini ele almıştır. Bu bağlamda tüm çalışanlara eşit şekilde uygulanan ve aralıklı devamsızlık durumunda işten çıkarmaya olanak veren ulusal önlemin engelli kişiler bakımından ayrımcılık yaratıp yaratmadığı değerlendirilmiştir.⁷⁹² Mahkeme burada, izinli olunabilecek günleri düzenleyen ulusal önlemin ilgili maddesi açısından, hastalığı nedeniyle işe gelemeyen engelli kişileri diğer çalışanlar nazarında daha riskli bir durumda değerlendirmiştir. Dolayısıyla ilgili ulusal önlemin engellilik temelinde dolaylı ayrımcılık yarattığını ortaya

⁷⁸⁷ *Ibid.* para. 49 vd.

⁷⁸⁸ C- 354/13, *Fag og Arbejde (FOA) v Kommunernes Landsforening (KL)*, 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2463.

⁷⁸⁹ Ancak bu hususta detaylı tespit işi ulusal mahkemeye bırakılmıştır. *Ibid.* para, 64. Ulusal mahkemenin, olayda obez kişinin durumunu ilgili koşullar çerçevesinde tespit etmesi halinde, ispat yükünün Çerçeve Direktifin 10. Maddesindeki usule göre klasik şekilde uygulanacağını da ayrıca belirtmiştir. *Ibid.* para, 63. Buradaki ‘uzun sürenin’ nasıl değerlendirileceğine ilişkin olarak bkz. C-395/15, *Mohamed Daouidi v Bootes Plus SL and Others*, 1 December 2016, ECLI:EU:C:2016:917, para. 37 vd.

⁷⁹⁰ C-270/16, *Ruiz Conejero*.

⁷⁹¹ *Ibid.* para. 29-30. Ancak burada ilgili kişinin obezite durumunun değerlendirilmesini ulusal mahkemeye bırakmaktadır.

⁷⁹² *Ibid.* para. 36 vd.

koymuştur.⁷⁹³ Devamında ise bunun meşru bir nedenle haklı gösterilip gösterilemeyeceği incelenmiştir. Burada ilgili ulusal önlemin amacının, kısa süreli devamsızlıklar şeklinde ortaya çıkan işe devamsızlık durumunda iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin, işyerinde üretkenlik ve etkililiği arttırmak ve işverenler açısından işgücü maliyetlerinin adaletsizce artmamasını sağlamak olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda söz konusu amaç Çerçeve Direktifin düzenlemeleri kapsamında meşru sayılmıştır.⁷⁹⁴

Sonrasında sırasıyla uygunluk ve gereklilik açısından değerlendirilen ulusal önlem, uygunluk açısından işverenlerin söz konusu devamsızlıktan kaynaklanan doğrudan ve dolaylı yükleri ve işe alım ve sürdürülmesi bakımından da ilgili önlemin işveren üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi işi olay temelinde ulusal mahkemeye bırakılmıştır.⁷⁹⁵ Gereklilik açısından ise ilgili önlem bağlamında ilgili kişilere yönelecek ters etkilerinin ele alınması gerekmektedir. Bu bağlamda ulusal mevzuatın, özellikle engelli kişilere yönelik olarak ilgili faktörleri göz önüne alıp almadığı hususunun değerlendirilmesi de ulusal mahkemeye bırakılmıştır. İlgili ulusal önlemin orantılı olup olmadığına karar verebilmek için de istihdam piyasasına yeniden girişte genellikle engelli olmayan kişilere göre daha büyük zorluklarla karşılaşan ve durumlarının gerektirdiği korumaya ilişkin özel ihtiyaçları bulunan engellilerin maruz kaldığı riskler göz ardı edilmemelidir.⁷⁹⁶

Engellilik temelinde ayrımcılık bakımından verilen Z v. A. kararı ise tüm bunlardan farklı olarak AB Hukukunun Uluslararası Hukuk karşısındaki durumunu yorumlayan bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁹⁷ Buna göre devlet tarafından ödemelerinin yapıldığı şekilde bir okulda öğretmenlik yapan Bayan Z., cinsel organlarında bulunan bir eksiklikten ötürü çocuk sahibi olamamaktadır. Bu nedenle

⁷⁹³ *Ibid.* para. 39.

⁷⁹⁴ *Ibid.* para. 44.

⁷⁹⁵ *Ibid.* para. 47,48.

⁷⁹⁶ *Ibid.* para. 50 vd. Ayrıca bkz. Joined Cases C- 335/11 and C- 337/11, *HK Danmark*, para. 91.

⁷⁹⁷ C- 363/12, *Z. v A Government Department and The Board of Management of a Community School*, 18 March 2014, ECLI:EU:C:2014:159.

taşıyıcı annelik yolunu denemek üzere Kaliforniya'ya (ABD) gitmiştir. Bu işlem sonucu doğan bebeğini alarak ülkesi İrlanda'ya dönen Bayan Z. annelik izni ve ödemelerini almak istemiş ancak bu talebi hamile kalmamış olması ve çocuk doğuramayacak olması sebebiyle reddedilmiştir. Bayan Z.'nin buradaki iddiası cinsiyet, ailesel durum ve engellilik temelinde ayrımcılığa uğradığıdır.⁷⁹⁸ Bu bağlamda mahkemeye yöneltilen soru, Çerçeve Direktifin gerekirse ilgili BM sözleşmesi ışığında yorumlanarak bu şekilde bir ulusal önlemin engellilik temelinde ayrımcılık teşkil edip etmeyeceğidir.⁷⁹⁹

2010 yılında bu sözleşmeye taraf olan AB'nin kendi hukukunun buradaki ilkeler ve kavramlar ışığında nasıl yorumlanacağı bu karar ile ortaya koyulmuştur. Mahkemeye göre, ikincil hukuk araçları üzerinden AB tarafından akdedilmiş uluslararası anlaşmaların önceliği, bu araçların bu anlaşmalar ile olabildiğince uyumlu şekilde yorumlanması anlamına gelmektedir. Hatta bu bağlamda AB Çerçeve Direktifi, BM'nin bu alandaki sözleşmesi ile ilgili olan araçtır.⁸⁰⁰ Dolayısıyla, mevcut davada, mümkün olduğu kadar bu Sözleşme ile uyumlu bir şekilde yorumlanması gerekmektedir.⁸⁰¹ Ancak AB'nin bir hükmünün geçerliliği, uluslararası hukuk kurallarına aykırı olması nedeniyle etkilenebilecektir. Böyle bir aykırılık ulusal mahkemeler önünde öne sürüldüğünde ABAD, ABİHA'nın 267. maddesine uygun olarak, AB'nin ilgili hukuki aracının geçerliliğini, dayandığı uluslararası hukuk kuralları ışığında ele alarak önündeki davada belirli koşulların sağlanıp sağlanmadığını belirleyebilir.⁸⁰² Ancak unutulmaması gereken unsur bunun için ilgili uluslararası anlaşmanın doğrudan etkili olarak tanımlanabilmesi gerekmektedir ki bunun için de söz konusu anlaşmanın ilgili hükmü herhangi bir önlemin

⁷⁹⁸ *Ibid.* para. 34-44.

⁷⁹⁹ *Ibid.* para. 68.

⁸⁰⁰ *Ibid.* para. 72.

⁸⁰¹ *Ibid.* para. 74-75. Dolayısıyla burada söylenebilecek olan husus AB'nin uluslararası anlaşmalarının AB'nin ikincil hukukuna göre daha öncelikli bir statüde olduğudur. Bkz. C-308/06, *The Queen, on the application of International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) and Others v Secretary of State for Transport*, 3 June 2008, ECLI:EU:C:2008:312, para. 40 vd.

⁸⁰² C- 363/12, *Z. v A*, para. 84-85.

alınmasını gerektirmeyecek şekilde açık ve kesin bir yükümlülük içermekteyse doğrudan etkili olarak kabul edilebilecektir.⁸⁰³

Bu bağlamda değerlendirildiğinde aslında ABAD'ın, uluslararası anlaşmalar karşısında ikincil hukukun durumuna ilişkin içtihadını devam ettirdiği ve bunu ayrımcılık alanına da taşımış olduğu görülmektedir.⁸⁰⁴ Ancak söz konusu davada ABAD tarafından yapılan son değerlendirmede, BM Sözleşmesinin doğası ve geniş kapsamlı mantığı incelenmeye gerek olmaksızın bu sözleşmenin hükümlerinin muhteviyatı nedeniyle koşulsuz ve kesin olmadığı ve dolayısıyla AB Hukuku bağlamında doğrudan etki doğurmayacağı ortaya koyulmuştur. Bu bağlamda söz konusu sözleşme ikincil hukuk statüsündeki Çerçeve Direktifin hukuka uygunluk denetiminde bir ölçüt olarak kullanılamayacaktır.⁸⁰⁵

Bundan farklı olarak *TC and UB* kararında ABAD, görme engelli bir kişinin ceza muhakemesi esnasında jüri üyesi olarak görevlerini yerine getirmesinin her şekilde engellenmesini AB Hukukuna aykırı bulmuştur.⁸⁰⁶ Bu değerlendirmeyi yaparken ise etkin şekilde CRPD'nin yorumlanmasına dayandığı söylenebilecektir. Nitekim ABAD'a göre ilgili direktif mümkün olduğu ölçüde bu uluslararası sözleşme ile uyumlu şekilde yorumlanmalıdır.⁸⁰⁷

Nobel Plastiques Ibérica kararında ise küçük çocuklarının velayeti kendisinde olan bir çalışan çalışma saatlerinde azaltım talep etmiştir. Söz konusu çalışan aynı zamanda mesleki bir hastalık ve bu nedenle de bir ameliyat geçirmiştir. Bu nedenle belirli bir dönemde çalışmamış sonrasında ise anksiyete bozukluğu rahatsızlığı ortaya çıkmış ve yine belirli aralıklarla işe devam edememiştir. 2011 yılından itibaren söz konusu işyeri

⁸⁰³ *Ibid.* para. 85-87.

⁸⁰⁴ Bkz. C- 12/86, *Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, 30 September 1987, ECLI:EU:C:1987:400, para. 14 vd.

⁸⁰⁵ C- 363/12, *Z. v A*, para. 90.

⁸⁰⁶ C-824/19, *TC and UB v Komisia za zashtita ot diskriminatsia and VA*, 21 October 2021, ECLI:EU:C:2021:862.

⁸⁰⁷ *Ibid.* para. 59.

ulusal düzenlemeler uyarınca ‘çalışanlarının mesleki risklere açık’ olarak sınıflandırılmıştır. İlgili çalışan, çalışmaya tekrar başladığı dönemde şirketin medikal bölümüne başvurarak ağrıları hakkında bilgilendirme yapmış ve işverenden çalışma koşullarını uygun hale getirmesini talep etmiştir. Bunun üzerine hastalığını daha az tetikleyecek şekilde ve diğer çalışanlardan öncelikli olarak daha küçük boyutlu ürünler üzerinde çalışmasına izin verilmiştir.⁸⁰⁸ Bu süreçte ise ilgili işyeri işten çıkarmaya ilişkin bir dizi objektif kriter belirlemiştir. Bunlar; belirlenen ürün üzerinde çalışmak, %95 oranının altında üretkenlik göstermek, yapılan görevlendirmelerde çoğul becerilerin düşük olması ve yüksek oranda işe devamsızlıktır. İşyeri, söz konusu çalışanı bu kriterler çerçevesinde ve tekrar çalışamamaya başlaması sebebiyle işten çıkarmıştır. Ulusal mahkemeye başvuran bu çalışanın durumu hakkındaki olay ön karar usulü ile ABAD önüne gelmiştir.⁸⁰⁹

Burada aslında ABAD’a sorulan soru Çerçeve Direktifin, çalışanlarının mesleki risklere açık olarak sınıflandırıldığı bir işyeri çalışanın belirli işleri yapmasına engel teşkil eden ve kendisi için risk oluşturan sağlık durumunun direktif kapsamında koruma altına alınan engellilik kapsamına girip girmeyeceğidir. Bu bağlamda yorum bakımından CRPD’ye başvuran mahkeme, bu bağlamda engellilik kavramına girebilecek durumlar hakkındaki içtihadını yinelemiştir.⁸¹⁰ Ancak burada önemli olarak, bir çalışanın salt olarak mesleki risklere açık olarak sınıflandırılmasının engellilik teşkil etmeyeceğini ve direktif kapsamında engellilik kavramı çerçevesinde sayılabilmesi için içtihat hukukundaki kriterleri karşılaması gerekliliğini vurgulayarak bu husustaki incelemeyi ulusal mahkemeye bırakmıştır.⁸¹¹ Bu bağlamda aslında mahkemenin engellilik kavramına ilişkin hem biraz daha dar bir yorum yaptığını hem de olay temelinde inceleme işinin ayrıntılarını ulusal makamlara bıraktığı görülmektedir.

⁸⁰⁸ C-397/18, *Nobel Plastiques Ibérica*, para. 17-35.

⁸⁰⁹ *Ibid.* para. 24.

⁸¹⁰ *Ibid.* para. 39-46.

⁸¹¹ *Ibid.* para. 49-51.

5. YAŞ

Gerek AİHS gerekse AB Hukukunda yaş kavramı ayrımcılık bakımından tanımlanmamıştır. Bu bağlamda yaş ifadesinin bir kişinin doğumundan itibaren yaşamını sürdürdüğü süre olarak genel bir şekilde ifade edilebilecektir.⁸¹² Dolayısıyla bir kişinin karakteristik bir parçası olan yaş temelinde de ayrımcılığa uğraması mümkündür. Devam eden başlıklar altında AİHS ve AB Hukuku kapsamında yaş temelinde ayrımcılığa ilişkin içtihat hukuku ele alınacaktır.

5.1. Avrupa Konseyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)

Avrupa Konseyi çerçevesinde ve AİHS kapsamında yaş temelinde ayrımcılık ele alınırken 12 no'lu Protokol ve yaş ile ilgili bir dava bulunmamaktadır. Bu bağlamda AİHS'nin 14. Maddesi üzerinden hareketle bu başlık altında açıklamalar yapılacaktır. Belirtmek gerekir ki AİHS m. 14 ele alınırken de AİHS'deki diğer haklar ile bağı nedeniyle, içtihat hukuku incelenirken hak temelinde hareket etmenin uygun olacağı düşünülmüştür.

Yaş temelinde yapılan bir ayrımcılık bakımından 14. madde açık bir koruma getirmemektedir. Maddenin kapsamında ise 'herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin' ifadesi yer aldığından dolayı kanımca yaş ile ilgili ayrımcılık iddiaları da bu kapsamda mahkeme tarafından incelenebilmelidir. Nitekim mahkeme *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal* davasında açık bir şekilde yaş temelinde ayrımcılığın, 14. maddedeki diğer statüler arasına girdiğini kabul etmiştir.⁸¹³ Ancak bu kararda dikkat çekici biçimde, bugüne kadar yaş temelinde ayrımcılığın şüpheli kategoride yer alan diğer ayrımcılık temelleri ile eşit olarak değerlendirilmesi gerektiğine

⁸¹² Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlükleri.

⁸¹³ *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, no.17484/15, 25/07/2017.

ilişkin bir vurgu yapmadığını belirtmiştir.⁸¹⁴ Her ne kadar bu şekilde bir inceleme alanı yaratılmışsa da mahkemenin bu alanda fazla kararı olmadığı görülmektedir.

Bouamar v. Belgium davasında ise her ne kadar mahkeme 14. madde ile bağlantılı olarak bir ihlal olmadığı yönde karar vermişse de bu davada önemli olan ayrımcı uygulamanın haklı gösterilebilmesi olmuştur.⁸¹⁵ Bu davada yetişkin ve reşit olmayan bireyler arasında tutukluluk (durumuna itiraz) bakımından farklı uygulamalar olduğu ve bu nedenle yetişkin ve reşit olmayanlar arasında ayrımcı bir uygulamanın varlığı iddia edilmiştir.⁸¹⁶ Burada mahkeme, taraf devlet tarafından da aksi iddia edilmeyen bu tip bir farklı uygulamanın ayrımcılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Bu belirtmeyi yaparken ise bahsi geçen ve Belçika’da reşit olmayanlara uygulanan bu sistemin, uygulamanın cezalandırıcı değil koruyucu olan özünden kaynaklandığını ve bu bağlamda objektif ve haklı görülebileceği vurgulanmıştır.⁸¹⁷

Burada her ne kadar uygulamanın özüne değinerek onu objektif ve haklı bulsa da mahkemenin 14. madde kapsamında ayrımcılık iddialarını değerlendirirken diğer başlıklarda olduğu üzere daha derin bir objektiflik kriteri ya da haklı gösterme açısından belirli kriterler ortaya koymadığı görülmektedir. Kanımca bu durum iki şekilde yorumlanabilecektir. İlk olarak orantılılık ve bahsi geçen dava seksenli yıllarda görülmüştür ve mahkemenin ayrımcılığa ilişkin içtihadı ilerleyen yıllarda gelişip güçlenmiştir yani bir bakıma bu daha öncül bir davadır. İkinci olarak ise yaş temelinde ayrımcılığın mahkeme tarafından sözleşmenin diğer maddeleri ve tabi 14. madde ile bağının net olarak kurulamaması/kurulmaya yanaşılmaması düşünülebilecektir. Yine

⁸¹⁴ *Ibid.*, para. 45. Ayrıca bkz. *British Gurkha Welfare Society and Others v. The United Kingdom*, no. 44818/11, 15/09/2016, para. 88.

⁸¹⁵ *Bouamar v. Belgium*, no.9106/80, 29/02/1988.

⁸¹⁶ *Ibid.*, para. 66.

⁸¹⁷ *Ibid.*, para. 67. Benzer bir olay ve karar için ayrıca bkz. *D.G. v. Ireland*, no. 39474/98, 16/05/2002, para. 111 vd. Yetişkin suçlulardan olan başvuruçuların, çocuk suçluların ömür boyu hapis cezasından ayrık tutulmasına ilişkin yaptıkları ayrımcılık iddiasını değerlendiren mahkeme, benzer şekilde bu ayrımcı muameleyi haklı görmüş ve dahası bu durumu hem uluslararası hukuk düzenlemelerine hem de çocuk suçluların rehabilite edilmesi amacına yönelik olarak uygun bulmuştur. Bu bağlamda bu gibi durumlarda devletin takdir yetkisini geniş tutmaktadır. Bkz. *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, para 75 vd.

yukarıda açıklandığı gibi bu ayrımcılık türünü diğer şüpheli kategorideki ayrımcılık temelleri ile de eşit hale getirmemiştir. Nitekim incelenen ve incelenecek davalardan da görüleceği üzere yaş temelinde ayrımcılık söz konusu olduğunda haklı gösterme açısından sadece ‘özellikle ciddi gerekçeler’ kullanılan davalardan olmamakta ve bu bağlamda devletlere geniş bir takdir yetkisi bırakmaktadır.

Schwizgebel v. Switzerland davası da aslında bu durumu destekler şekilde formüle edilmiş gibi görünmektedir. Bu davada belirli bir yaşın üzerindeki başvuru bu nedenle evlat edinme işlemini gerçekleştirememiş ve kendisi ile aynı yaşta olan ve biyolojik olarak çocuk sahibi olabilen kadınlar ile kendisi arasındaki ayrımcılık iddiasıyla mahkemeye başvurmuştur.⁸¹⁸ Mahkeme ilk olarak karşılaştırma unsuru bakımından konuyu ele almıştır. Burada başvuru kendisi ile aynı yaşta ve biyolojik olarak çocuk sahibi olan kadınlarla karşılaştırmasına katılmayarak bu kadınların kendisi ile benzer ya da aynı durumda olmadığını belirtmiştir.⁸¹⁹ Sonrasında ise başvuru ile benzer durumda bulunan ve çocuk evlat edinme bakımından izin alabilecek daha genç kadınlarla karşılaştırıldığında farklı bir muameleye maruz kaldığını iddia edebileceğini vurgulamıştır.⁸²⁰ Ayrımcı muamele bu şekilde ortaya koyulduktan sonra ise çocuğun üstün yararının korunması ve yalnız bir annenin ikinci çocuğu evlat edinmesinin getireceği yük gibi durumlar ele alınarak ilgili muamelenin objektif ve haklı görülebilir olduğuna karar vermiştir.⁸²¹ Bu bağlamda daha da ileri gitmek gerekirse, mahkemenin devletlere tanıdığı takdir payının keyfi kullanılamayacağına yönelik uyarısına rağmen, bu çeşit bir ayrımcılık söz konusu olduğunda bir bakıma devletlerin kamu yararını gözetken uygulamalarını ayırık tutma eğilimi taşıdığı da söylenebilecektir.⁸²²

⁸¹⁸ *Schwizgebel v. Switzerland*, no. 25762/07, 10/06/2010.

⁸¹⁹ *Ibid.*, para. 84.

⁸²⁰ *Ibid.*, para. 85.

⁸²¹ *Ibid.*, para. 96.

⁸²² *Ibid.*, para. 94. Nitekim cinsel yönelime ilişkin yukarıda da incelenen davalarda her ne kadar yaş temelinde ayrımcılıktan farklı olarak haklı gösterme aşamasında özellikle ciddi gerekçeler uygulanmaktaysa da söz konusu olan çocuk olduğunda çocuğun üstün yararı savunmasının oldukça kuvvetli bir haklı gösterme gerekçesi olarak kullanıldığı da görülmüştür.

Bahsi geçen davalardan başka, devletlerin yetkili makamlarınca yapılması gereken ödeme ve kesintiler hakkında da mahkeme önüne iki olay gelmiştir. Örneğin *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal* davasında jinekolojik bir ameliyat geçirdikten sonra devam eden şikayetleri ve yaşadığı şiddetli ağrı neticesinde operasyonda hata yapıldığı ortaya çıkan bir kadın başvuru söz konusudur. Başvurucu tazminat için yerel mahkemede dava açmış ve süreç temyiz aşamasına geldiğinde tazminata hükmedilmişse de kendisinin yaşı, halihazırda iki çocuğu olması ve cinsel birlikteliğin bu yaşta genç yaşta olduğu kadar önemli olmaması gibi gerekçelerle tazminat miktarından indirim yapılmıştır.⁸²³ Olay AİHM önüne geldiğinde mahkeme ayrımcı muameleyi belirlerken, yerel mahkemede cinselliğin genç yaştakilerle kıyasen, 50 yaşında çocuklu bir kadın için önemli olmadığı varsayımından hareket edildiği ve bu varsayımın kadın cinselliği üzerindeki geleneksel yargılara dayandığını vurgulamış ayrıca bu söylemin sadece talihsiz bir üslup olarak da nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir.⁸²⁴ Sonuç olarak mahkeme 8. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği yönünde kararını vermiştir.⁸²⁵

Yine yerel mahkemenin tazminata ilişkin hükmü hakkında başvuru olan *Deaconu v. Romania* davasında da benzer bir sorun bulunmaktadır.⁸²⁶ Başvurucunun iddiasına göre kız kardeşlerini trafik kazasında kaybeden bu ailede, kardeşlerden büyük olanlarına tazminat hakkı verilirken kaza esnasında 14 yaşından küçük olup kardeşlerinin ölümünün negatif sonuçlarının bilincine varamayacakları varsayılan diğer kardeşlere tazminat hakkı verilmemiştir.⁸²⁷ Burada üzerinde durulması gereken mahkemenin 14. madde ile birlikte

⁸²³ *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, para. 12-16.

⁸²⁴ *Ibid.*, para. 52, 53.

⁸²⁵ *Ibid.*, para. 56 vd. Mahkeme bu kararı verirken aslında sadece yaşa dayalı ayrımcılık üzerinden ilerlememiştir. Taraf devlet olan Portekiz'in yargı erki hakkında hazırlanan uluslararası raporlara dayanarak, bu ülkede geleneksel düşünce yapısı ve cinsiyet temelli ayrımcılık stereotipine dikkat çekilmiştir. Bu bağlamda ilgili davanın salt yaş temelinde ayrımcılık olarak değil de karma bir ayrımcılık davası olarak düşünülmesi gerekmektedir. Burada sorulması gereken ise eğer cinsiyete dayalı ayrımcılık ile bu kadar yoğun olarak desteklemeseydi, mahkemenin kararını gerekçelendirmesinin nasıl olacağıdır.

⁸²⁶ *Deaconu v. Romania*, no.66299/12, 29/01/2019.

⁸²⁷ *Ibid.*, para. 18-20.

dayanak yaptığı AIHS maddesidir. Bu da 1 no’lu Protokolün 1. maddesi olmuştur. Mahkemenin bu maddeye dayanarak ayrımcılık iddiasını değerlendirirken başvurucunun iddia edilen aktif varlık üzerinde ulusal hukuka dayanan bir hakkının olması gerekliliği şeklinde bir test uygulamaktadır.⁸²⁸ Mahkeme bu davada başvuruçuların tazminat haklarının salt yaşları nedeniyle engellenmesi unsuru ile birlikte başvuruçuların bu maddi menfaatlerinin ilgili sözleşme maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi açısından ilgili testin gereğini karşıladığını vurgulamıştır.⁸²⁹

Mahkeme, burada ayrıca başvuruçuların benzer durumda olan diğer kişilere nazaran farklı muameleye maruz kalıp kalmadığını ele almış ve normal şartlarda böyle bir kaybın tüm kardeşler üzerinde yaşları değerlendirilmeksizin derin etkisi olacağını vurgulayarak kendilerinin farklı muameleye tabi kılındığını belirlemiştir.⁸³⁰ Devamında ise mahkeme bu durumu haklı göstermek açısından özellikle ciddi gerekçeler bulunmasından bahsetmişse de bu ifadenin cinsel yönelim davalarında olduğu gibi olmadığı burada ikna edicilik ile birlikte özellikle ciddi gerekçeler arandığı görülmektedir.⁸³¹ Nitekim mahkeme burada salt olarak yerel mahkemenin ölümden etkilenme yaşını belirlerken uzman görüşlere ya da psikolojik değerlendirmelere dayanmadığını (ki aksi durumda bu hususun, farklı muameleyi objektif olarak haklı çıkarabileceğini belirterek) ve tazminat talebi reddedilen kardeşlerin aslında olay zamanında yerel mahkemenin belirlediği 14 yaş sınırına çok yakın yaşlarda olup aksi de kanıtlanmadığı için o yaşta karmaşık duyguları anlayıp hissedebileceklerini belirmiş ve 1 no’lu Protokolün 1. maddesi ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸³²

⁸²⁸ *Ibid.*, para. 25.

⁸²⁹ *Ibid.*, para. 25 vd.

⁸³⁰ *Ibid.*, para. 32.

⁸³¹ *Ibid.*, para. 33 vd.

⁸³² *Ibid.*, para. 35 vd. Bu davada dikkati çeken diğer bir nokta, yerel mahkeme kararının yazım tarzı bakımından, bunun talihsiz bir üslup olarak nitelendirilemeyeceği tıpkı *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal* davasında olduğu üzere açıkça belirtilmiştir. Bkz. *Deaconu v. Romania*, no.66299/12, 29/01/2019, para 38. Bu davalardan başka olarak ise ceza yargılamalarında yaşa ilişkin iki davada AİHM’nin kararı bulunmaktadır. Bu iki dava benzer konuları kapsamaktadır ve mahkeme her ikisinde de sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiş ve 14. madde kapsamında inceleme yapmaya gerek duymamıştır.

Görüleceği üzere yaşa dayalı ayrımcılık bakımından az sayıda karar verilmiştir. Bu alandaki kararların sayısı az olduğu gibi kapsadığı alanların da dar bir şekilde olduğu incelenen davalardan görülmektedir. Yaş unsuru düşünüldüğünde bunun hayatın her alanında ayrımcılık yaratabilecek bir unsur olduğu söylenebilecektir. Özellikle emeklilik ya da sağlıktan yararlanma gibi sosyal hakların yanı sıra işe girme, çalışma ve vergi ödeme gibi daha birçok alanda yaş unsurunun karşımıza çıkması olasıdır. Bu unsur karşımıza çıkarken doğal olarak ayrımcılık yaratan farklı muameleler de söz konusu olabilecektir. Doktrindeki kimilerine göre yaşa dayalı ayrımcılık diğer ayrımcılık temelleri kadar önemli görülmemektedir.⁸³³ Ancak ayrımcılık alanı bir bütün olarak değerlendirildiğinde bir temeli kapsam dışında bırakmak tıpkı bir katı zayıf şekilde inşa edilen bir binaya benzeyecektir. Her ne kadar AİHM'nin ayrımcılık temellerine yaklaşımı bazı açılardan farklı olsa da bu husus bazı ayrımcılık temellerinin keyfi olarak kapsam dışında bırakılmasını haklı göstermemelidir.⁸³⁴ Bunun bazı nedenleri olabileceği düşünülmektedir. Verilen bu kararlarda da diğer ayrımcılık temellerinde olduğu üzere genel olarak benzer bir metodoloji üzerinden hareket edilmiştir. Ancak tekrardan vurgulanması gerekli olan nokta yaşa dayalı ayrımcılığın şüpheli kategoride olmayıp haklı gösterme açısından daha sıkı bir denetime tabi olmamasıdır.

5.2. Avrupa Birliği

AB Hukukunda yaş temelinde ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler Çerçeve Direktif ile ortaya koyulmuştur. Bu başlık altında ise içtihat hukuku incelenirken bu direktifin kapsamı temelinde hareket ederek kararların gelişimini göstermek üzere tarihsel bir sıra

Bkz. *T. v. The United Kingdom* no.24724/94, 16/12/1999 ve *V. v. The United Kingdom*, no.24888/94, 16/12/1999.

⁸³³ Richard Posner, In *Aging and Old Age* (Chicago: University of Chicago Press, 1995) 204. Issacharoff, S ve Harris, E “Is Age Discrimination Really Age Discrimination: The ADEA's Unnatural Solution” *New York University Law Review* 72, (1997).

⁸³⁴ Bu yöndeki görüş için bkz Stuart Goosey. “Is Age Discrimination a Less Serious Form of Discrimination?”, *Legal Studies* 39, no 3 (2019). AİHM'nin yaşa dayalı ayrımcılık bakımından verdiği kararların kısaca değerlendirilmesi için ayrıca bkz. O'Cinneide, C “Age discrimination and the European Court of Justice: EU Equality Law Comes of Age” *Revue des Affaires Europeennes* 2, (2009), 253.

izlenmesi ancak belirli kavramlar etrafında şekillenen kararlar söz konusu olduğunda bunların birlikte ele alınmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

Mangold kararı aslında bu alanda verilen ve aynı zamanda AB Hukukunun sistematığını ve direktiflerin yatay ilişkiler bakımından etkisini ortaya koyan en önemli kararlardan birisini oluşturmaktadır. Burada Bay Mangold ve Bay Helm arasındaki iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlık ön karar usulü ile ABAD önüne gelmiştir.⁸³⁵ Belirli süreli iş sözleşmelerinde yenileme ve yaş şartlarının hukuki düzenlemelere aykırı olduğuna ilişkin olan bu uyuşmazlıkta mahkeme öncelikle ön karar usulü çerçevesinde yargılama yapıp yapılamayacağını ortaya koymuştur.⁸³⁶ Devamında ise Çerçeve Direktifin 6. maddesi, üye devletlerin yaş temelinde ayrımcılık bakımından uygulayabileceği istisnalar nedeniyle ele alınmıştır.

Nitekim yukarıda da ele alındığı üzere ilgili madde, (meşru bir) istihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim hedeflerine yönelik olduğu sürece ve bu amaca ulaşmakta kullanılan araç gerekli ve uygun olduğunda yaş temelinde ayrımcılığına izin verileceği şeklinde bir düzenleme içermektedir. Üye devlet savunmasında, belirli süreli iş sözleşmelerinin sonlanmasına getirdiği yaşa dayalı bu istisnanın yaşlı kişilerin mesleğe entegrasyonu meşru amacını taşıdığını vurgulamıştır. Bu husus mahkemece kabul edilmiş olsa da söz konusu amaca ulaşmak üzere kullanılan aracın gerekliliği ve uygunluğu da sonraki adımda sorgulanmıştır.⁸³⁷ Buna göre üye devletler sosyal ve istihdam politikaları çerçevesinde belirlenen amaçlara ulaşmak üzere seçilecek önlemler bakımından geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak üye devletteki tüm çalışanlar bakımından hiçbir ayırım gözetilmeksizin iş sözleşmelerinde belirli bir yaş uygulanması gerekli ve uygun olanın ötesine geçmektedir.⁸³⁸

⁸³⁵ C-144/04, *Mangold*.

⁸³⁶ *Ibid.* para. 32-39.

⁸³⁷ *Ibid.* para. 62 vd.

⁸³⁸ *Ibid.* para. 65.

Bu davada dikkat çekilen ikinci unsur ise bahsi geçen iş sözleşmesinin sonuçlanması sürecinde ilgili direktifin iç hukuka aktarım süresinin dolmamış olmasıdır. Mahkemeye göre öncelikle üye devletler direktif ile ulaşılmaya çalışılan amacın etkinliğini azaltacak hareketlerden sakınmalıdır.⁸³⁹ Devamında ise direktif ile sağlanmaya çalışılan yaş temelinde ayrımcılığın AB Hukukunun genel bir ilkesi olduğu ortaya koyulmuş ve üye devletlerin de buna uygun olarak düzenleme yapması gerektiği belirlenmiştir.⁸⁴⁰ Buradan çıkarılabilecek sonuç ise evet ilgili direktifin ilgili düzenlemesi yatay ilişkilerde doğrudan etkili olmasa dahi hukukun genel ilkelerinden sayılmasıyla ulaşmaya çalıştığı sonuç itibarıyla artık geçerlilik kazanmıştır. Kanımca bu husus ABAD'ın direktiflere etkinlik kazandırmasının çok önemli bir örneğini teşkil etmektedir.⁸⁴¹

Palacios de la Villa kararında ise 1940 doğumlu Bay Palacios'un iş sözleşmesinin 2005 yılında zorunlu emeklilik yaşına gelmesi nedeniyle (ve toplu iş sözleşmeleri gereğince) otomatik olarak sonlandırılması söz konusudur.⁸⁴² Bay Palacios bu durumun salt olarak 65 yaşına gelmesi nedeniyle uygulandığını bu nedenle ayrımcı olduğunu iddia etmiştir. Söz konusu olay ön karar usulü ile ABAD önüne geldiğinde mahkeme öncelikle bu olayın direktifin kapsamında olan işten çıkarma ve maaş da dahil olarak istihdam şartları çerçevesinde değerlendirilebileceğini ortaya koymuştur.⁸⁴³ Devamında ise yaş temelinde otomatik olarak iş sözleşmesinin sonlanması uygulaması, çalışma hayatındaki diğer kişiler ile kıyaslandıklarında, belirli bir yaşa erişen çalışanlar bakımından, doğrudan uygulanan bir farklı muamele olarak görülmüş ve bunun yaş temelinde doğrudan ayrımcılık oluşturan bir düzenleme olduğu ortaya koyulmuştur.⁸⁴⁴

⁸³⁹ *Ibid.* para. 67, 72.

⁸⁴⁰ *Ibid.* para. 75 vd.

⁸⁴¹ Yaş temelinde ayrımcılıkta farklı bir boyut olarak demografik etkinin değerlendirilmesi ve içtihat hukukuna yansması bakımından bkz. Gözde Kaya, EU Age Discrimination in Light of EU's Demographic Challenges and ECI Case Law, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no 1 (2015) 79-117.

⁸⁴² C-411/05, *Palacios de la Villa*.

⁸⁴³ *Ibid.* para. 46.

⁸⁴⁴ *Ibid.* para. 51.

Söz konusu önlemin haklı gösterilip gösterilemeyeceği konusu ise ayrıca ele alınmış olup, her ne kadar ulusal düzenlemelerden, istihdamın jenerasyonlar arasında etkin şekilde dağıtımı gibi meşru bir amaç açıkça ortaya koyulmasa da ulusal düzenlemelerde bu şekilde belirgin bir amaç bulunmaması onların otomatik olarak haklı gösterilebilme aşamasından çıkarılması anlamına gelmemektedir. Böyle bir durumda ulusal düzenlemenin geneli ele alınarak meşru bir amaç bulunup bulunmadığı ortaya koyulmalı devamında ise alınan önlemin bu amaca ulaşmak bakımından uygunluk ve gerekliliği değerlendirilmelidir.⁸⁴⁵ ABAD bu bağlamda ulusal mevzuatı değerlendirmiş ve sosyal politika kapsamında ilgili uygulamayı meşru bulmuştur.

Uygunluk ve gereklilik bakımından ise istihdam piyasasına erişimin etkin şekilde sağlanabilmesi amacıyla alınan yaş önlemi uygun ve gerekli bulunmuştur⁸⁴⁶ *Ingeniørforeningen i Danmark* kararında ise bazı maaşlı çalışanların, 50 yaşından önce belirli bir emeklilik planına katılmış olması gerekliliğini ortaya koyarak kıdem tazminatı almalarını engelleyen ulusal mevzuatın değerlendirilmesi yapılmıştır.⁸⁴⁷ Mahkeme burada *Palacios de la Villa* kararından farklı olarak, her ne kadar çalışanları istihdam piyasasında tutma amacı meşru olsa da benzer çalışma süresine sahip olan çalışanlardan farklı muamele görmeleri ve ilgili düzenlemenin daha farklı ele alınabileceğinden bahisle ulusal uygulamanın gerekli olanın ötesine geçtiğini ortaya koymuştur.⁸⁴⁸

Daha sonraki tarihli *Ingeniørforeningen i Danmark v Tekniq* kararında ise bir işletmede uzun hizmet süresine sahip çalışanların korunması ve onlara yeni iş bulunması bakımından yardım sağlanabilmesi gibi bir amaç yine meşru bulunmuştur.⁸⁴⁹ Ancak burada, olayda söz konusu olan kıdem tazminatı ödeme ve kısıtlamaları önlemleri

⁸⁴⁵ *Ibid.* para. 56-57.

⁸⁴⁶ *Ibid.* para. 69-74. Ayrıca yaş bakımından ilgili istihdam alanında dengenin sağlanması, çalışanların işten ayrılışlarının planlanması ve yaş temelinde kamu hizmetlilerinin terfi durumları gibi alanlarda alınacak önlemler bakımından üye devletlere geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Bkz. *Ibid.* para. 68.

⁸⁴⁷ C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark v Region Syddanmark*, 12 October 2010, ECLI:EU:C:2010:600.

⁸⁴⁸ *Ibid.* para. 36 vd.

⁸⁴⁹ C-515/13, *Ingeniørforeningen i Danmark v Tekniq*, 26 February 2015, ECLI:EU:C:2015:115, para. 22.

Ingeniørforeningen i Danmark kararında ele alınanlardan farklıdır ve söz konusu önlemler burada amaca erişmek üzere uygun ve gerekli olarak değerlendirilmiştir.⁸⁵⁰

Bartsch kararında ise ölen kocasından ötürü dul maaşı almak isteyen bir kadının, yaşının kocasından 15 yaş daha küçük olması nedeniyle bu talebinin emeklilik fonunca uygulanan talimatlara göre reddedilmesi hususu ön karar usulü ile ABAD önüne gelmiştir.⁸⁵¹ Buna göre böyle bir düzenlemenin Birlik Hukuku ile uyumu sorulmuş ve aslında ABAD'ın özellikle yaş temelinde ayrımcılıkta uygulanacak haklı gösterme sebeplerini incelemesi beklenirken mahkeme bunun yerine yaş temelinde ayrımcılığa ilişkin olarak AB Hukukunun bu davaya uygulanamayacağını çünkü Bayan Bartsch'ın kocasının 2004 yılında öldüğünü, bu tarihin ise ilgili Direktifi iç hukuka aktarma süresi dolmadan öncesine tekabül ettiğini ve yine ilgili dönemde yaş temelinde ayrımcılığı düzenleyen ulusal mevzuatın da bulunmadığını vurgulayarak olayın AB Hukuku ile bağının kurulamadığına karar vermiştir.⁸⁵² ABAD bu kararının *Mangold* kararından nasıl farklılaştığını da ortaya koymuştur. Buna göre, *Mangold* davasında AB Hukuku ile bağ kurulmasını sağlayan ve Direktifin iç hukuka aktarılmış olduğunu gösteren kurallar bulunmaktayken, bu davada sadece öneri niteliğindeki talimatların bulunması, kurulması beklenen bağın kurulmadığı şeklinde yorumlanmıştır.⁸⁵³ Kanımca bu karar ilgili dönemde *Mangold* kararının getirdiği yenilik ve geniş yorumdan dönülmesi olarak yorumlanmalıdır.

Age Concern kararı ise 2000/78 sayılı Direktifin tam olarak iç hukuka aktarımının sağlanmadığı iddiasıyla ulusal mahkeme nezdinde ve direktifi aktaran ulusal mevzuata karşı yapılan bir başvuru sonucu ön karar usulü ile ABAD önüne gelen bir dava

⁸⁵⁰ *Ibid.* para. 37 vd.

⁸⁵¹ C-427/06, *Birgit Bartsch v Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, 23 September 2008, ECLI:EU:C:2008:517.

⁸⁵² *Ibid.* para. 25.

⁸⁵³ *Ibid.* para. 24.

sonucunda verilmiştir.⁸⁵⁴ İddiaya göre söz konusu olan düzenleme, 65 yaş üzeri kişiler için uygulanan emeklilik ile işten çıkarma durumunu yaş temelinde ayrımcılığın bir istisnası olarak düzenlemektedir. ABAD burada *Palacios de la Villa* kararına atıf yaparak söz konusu düzenlemelerin Direktifin kapsamında kaldığını ortaya koymuştur.⁸⁵⁵ Mahkeme burada yine üye devlet tarafından açıkça meşru bir amaç ortaya koyulmaması da ulusal düzenlemelerde bu şekilde belirgin bir amaç bulunmamasının onların otomatik olarak haklı gösterilebilme aşamasından çıkarılması anlamına gelmeyeceğini vurgulamaktadır.⁸⁵⁶

Bu davadaki esas unsur ise yaş temelinde ayrımcılık söz konusu olduğunda izlenecek haklı gösterme usulüdür. Buna göre ABAD bu bağlamda Çerçeve Direktifin 2. maddesi ile 6. maddesinin kapsamının farklı olduğunu ortaya koymaktadır.⁸⁵⁷ Direktifin 6. maddesi kapsamında üye devletler, ulusal mevzuatları bağlamında meşru istihdam politikası, iş piyasası ve mesleki eğitim hedefleri dahil olmak üzere meşru bir amaçla nesnel ve meşru bir biçimde haklı gerekçelere dayandırılıyorsa ve bu amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan araçlar uygun ve gerekli ise, yaş temelindeki muamele farklılıklarının ayrımcılık oluşturmayacağını sağlayabilecektir. Ancak unutulmamalıdır ki bu durum üye devletlere meşru amacı ortaya koymak bakımından daha yüksek bir ispat yükü standardı getirmektedir. Bu husus ise bu maddenin, direktifin 2. maddesinden farklı olarak ‘meşru bir biçimde haklı gerekçelere dayandırılmak’ şeklinde kaleme alınmasından kaynaklanmaktadır.⁸⁵⁸ Görüleceği üzere bu karar ile birlikte aslında Çerçeve Direktifin yaş temelinde ayrımcılığa istisna getiren maddesinin uygulaması

⁸⁵⁴ C-388/07, *The Queen, on the Application of The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, 5 March 2009, ECLI:EU:C:2009:128.

⁸⁵⁵ *Ibid.* para. 22.

⁸⁵⁶ *Ibid.* para. 44.

⁸⁵⁷ *Ibid.* para. 58 vd.

⁸⁵⁸ *Ibid.* para. 67.

ortaya koyulmuş ve mahkeme tarafından daha yüksek bir standartta ispat yükü getirmiş olduğu lafzi bir yorum ile vurgulanmıştır.

Hütter kararında ise 1986 doğumlu bir kişinin kamu kurumu olarak sayılan bir kuruluştaki laboratuvar teknisyeni olarak staj süresini tamamlaması ve sonrasında kendisinden 22 ay büyük olan meslektaşıyla aynı yerde çalışmalarına rağmen meslektaşının yaşı nedeniyle kendisinden daha farklı bir ücret alması söz konusudur.⁸⁵⁹ Bay *Hütter*'e göre mesleki deneyimleri aynı ya da benzerken yaş temelinde ayırım yapılarak kendisine farklı bir muamele uygulanmıştır.⁸⁶⁰ ABAD'a göre bu farklı muamele yaş temelinde doğrudan ayrımcılık oluşturmaktadır.⁸⁶¹ Bu bağlamda uygulanan ulusal mevzuatın, Çerçeve Direktifin 6. maddesindeki istisnalar kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve haklı gösterme unsuru da ele alınmıştır. Buna göre Avusturya yasama organı, hukuki ehliyet kazanılmadan önce edinilen mesleki deneyimin akreditasyonunu hariç tutmak şeklinde bir meşru amacı olduğunu öne sürmektedir. Bu bağlamda ilgili amaç, 6. madde düzenlemesi içinde kalmaktadır. Devamla, üye devlet tarafından seçilen aracın amaca olan uygunluğu değerlendirilmiş ve yaş temelli bir kriterin bu amaç ile doğrudan bağlantısı kurulamadığı belirtilmiştir.⁸⁶² Dolayısıyla üye devletin yürürlükteki mevzuatı Direktif ile uyumsuz bulunmuştur.

Hütter kararı sonrası ulusal mevzuatında gerekli değişiklikleri yapan üye devlet, finansal yük oluşturmaması adına bu değişikliklerde kademeli bir geçiş öngörmüştür.⁸⁶³ Başka bir kademeye geçecek kamu görevlilerinden beklenen belirli bir süre şartı olması

⁸⁵⁹ C-88/08, *David Hütter v Technische Universität Graz*, 18 June 2009, ECLI:EU:C:2009:381.

⁸⁶⁰ *Ibid.* para. 18.

⁸⁶¹ *Ibid.* para. 38.

⁸⁶² *Ibid.* para. 47. Dava sürecinde üye devlet tarafından öne sürülen meşru amacın diğer görünüşleri ve ABAD'ın bu hususta kullanılan aracı amaca ulaşmak bakımından uygun bulmaması için bkz. para. 48-49. *Hütter* kararından farklı olarak 18 yaş öncesi çalışmaları değil ancak devam edilen eğitimi ele alan ve buna yönelik düzenlenen bir ulusal önlemin meşru ve haklı bulunmasına ilişkin olarak bkz. C-529/13, *Felber*, para. 32 vd. *Hütter* kararından sonra gelen ve aynı konudan kaynaklanan başka bir davada ise mahkemenin yorumu için bkz. C-482/16, *Georg Stollwitzer v ÖBB Personenverkehr AG*, 14 March 2018, ECLI:EU:C:2018:180, para. 44.

⁸⁶³ C- 530/13, *Leopold Schmitzer v Bundesministerin für Inneres*, 11 November 2014, ECLI:EU:C:2014:2359, para. 11 vd.

hususundaki uyuşmazlık ulusal mahkemece tekrar ABAD önüne getirilmiştir.⁸⁶⁴ *Schmitzer* kararında mahkeme, yaş temelinde ayrımcılığı ortadan kaldırması gereken mevzuat değişikliklerinin aksi yönde olarak bunun doğumuna sebebiyet verdiğini ve eski sistemde kalan kamu görevlilerine nazaran yeni sisteme tabi olan kamu görevlilerinin bu farklı muameleden etkilendiğini vurgulamaktadır.⁸⁶⁵ Kararın devamında üye devletin bütçeye ilişkin savunmasını ortaya koyduğu görülmektedir. ABAD'a göre tıpkı ileride ele alınacak *Fuchs and Köhler* kararında olduğu üzere, bütçeye ilişkin çekinceler ve bu yöndeki çıkarımlar Çerçeve Direktifin 6. maddesi bağlamında değerlendirilebilecekse de bunların tek başına meşru bir amaç olarak kabul edilemeyeceği vurgulanmış ve ulusal önlem ayrımcı bulunmuştur.⁸⁶⁶

Wolf kararında yine yaş temelinde doğrudan bir ayrımcılık söz konusudur.⁸⁶⁷ Buna göre Bay Wolf itfaiye teknikeri olarak istihdam edilmek üzere bir başvuruda bulunmuştur. Ancak bu başvuru işe başlayacağı tarih itibariyle 30 yaşını geçmiş olacağı için reddedilmiştir. Buradaki amaç yangın ile mücadele edecek kişilerin belirli bir yaş çerçevesinde etkin bir şekilde görev alabilmelerini sağlamaktır.⁸⁶⁸ ABAD'a göre bu ulusal düzenleme, 30 yaşını aşan kişiler bakımından diğer kişiler ile kıyaslandıklarında daha kötü bir muamele ortaya koymaktadır ve bu doğrudan ayrımcılık anlamına gelmektedir.⁸⁶⁹ Burada mahkemenin bir ayırım yapması gerekmiştir. Bu da itfaiyecilik mesleği açısından getirilen yaş sınırlamasının Direktif kapsamında düzenlenen mesleki gereklilik kavramı içerisine girip girmeyeceğidir.

⁸⁶⁴ *Ibid.* para. 16-21.

⁸⁶⁵ *Ibid.* para. 29-35.

⁸⁶⁶ *Ibid.* para. 41 vd. Ayrıca bkz. Joined Cases C-159/10 and C-160/10, *Fuchs*, para. 73-74. Ödemeler ve terfi sisteminde ayrımcılık yaratılmaması amacıyla uygulandığı öne sürülen bir ulusal önlem, salt olarak idari kaynaklı olduğundan, tıpkı sadece bütçeye ilişkin faktörlerin meşru amaç oluşturmayacağı gibi tek başına meşru sayılamayacaktır. Bu yöndeki yorum için bkz. C-417/13, *ÖBB Personenverkehr AG v Gotthard Starjakob*, 28 January 2015, ECLI:EU:C:2015:38, para. 36. Ayrıca bkz. C-396/17, *Leitner*, para. 43.

⁸⁶⁷ C-229/08, *Colin Wolf v Stadt Frankfurt am Main*, 12 January 2010, ECLI:EU:C:2010:3.

⁸⁶⁸ *Ibid.* para. 34.

⁸⁶⁹ *Ibid.* para. 29.

Daha önce de belirtildiği üzere mesleki gereklilikler açısından, üye devletler, (amacın meşru ve gerekliliğin orantılı olması şartıyla) mesleki faaliyetlerin niteliği veya bunların yürütüş şekillerinin, özgün ve belirleyici bir mesleki gereklilik teşkil etmesi halinde ilgili temeldeki farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağını öngörebilmektedir. Bu nedenle burada 6. madde kapsamında değil 4. madde kapsamında olan yaş temelinde ayrımcılıkta uygulanacak istisnalar ele alınmalıdır.⁸⁷⁰ Burada üye devlet tarafından öne sürülen yangın ile etkin mücadele ve buna yönelik fiziksel gerekliliklerin sağlanması amacı meşru bulunmuş ve kullanılan araç, yani yaş sınırı uygulaması da uygun ve gerekenin ötesine geçilmediği şeklinde değerlendirilmiştir.⁸⁷¹ Bu bağlamda da ele alındığında yangın ile mücadele etmek amacıyla işe alınacak olan kişilerin belirli bir yaş sınırlamasına tabi tutulmasına yönelik ulusal mevzuatın AB Hukukuna aykırılık teşkil etmeyeceği belirlenmiştir.⁸⁷²

Çerçeve Direktifin 4. maddesine göre, ayrımcılık temellerden biriyle ilgili bir özelliğe dayalı bir farklı muamele, belirli mesleki faaliyetler ya da bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği bağlamın karakteristiği nedeniyle, gerçek ve belirleyici bir mesleki şart oluşturabilmektedir. Nitekim ABAD hem bu kararda hem de *Vital Pérez* kararında maddenin bu yönünü özellikle yaş temelinde uygulanan fiziki gereklilik koşulunun bu karakteristiği oluşturduğu bağlamında değerlendirmektedir.⁸⁷³ Ancak bu kararda ABAD, polis memurlarına uygulanan 30 yaş sınırını orantısız bulmuş ve söz konusu ulusal önlemin AB Hukukuna aykırılığını değerlendirmiştir.⁸⁷⁴ *Vital Pérez* davasından farklı olarak daha sonraki bir kararda ise üye devlet tarafından, polislere yüklenen tüm operasyonel sorumluluğu üstlenen hizmetler bakımından ise 35 yaş sınırı getirilmesi

⁸⁷⁰ *Ibid.* para. 31 vd.

⁸⁷¹ *Ibid.* para. 44.

⁸⁷² *Ibid.* para. 46.

⁸⁷³ Bkz. C- 416/13, *Mario Vital Pérez v Ayuntamiento de Oviedo*, 13 November 2014, ECLI:EU:C:2014:2371, para. 36-37.

⁸⁷⁴ *Ibid.* para. 58.

Çerçeve Direktifin düzenlediği mesleki gereklilikler bakımından uygun bulunmuştur.⁸⁷⁵

Bu bağlamda polis hizmetlerinin operasyonel kabiliyeti ve düzgün işlemesi amacı meşru olarak değerlendirildiğinde yaş temelinde alınan bu önlem uygun ve gerekenin ötesine de geçmediğinden ötürü gerekli bulunmuştur.⁸⁷⁶ Buradan ABAD'ın mesleki gereklilikler söz konusu olduğunda bu kavramı, olaya özgüleyerek, kişiden beklenen hizmetin karakteristiğini göz önünde bulundurarak ve işe alım sürecini dikkatli bir incelemeye tabi tutarak direktifler kapsamında değerlendirmeye karar verdiği söylenebilecektir.⁸⁷⁷

Petersen kararı da tıpkı *Wolf* kararı ile benzer bir olay sonucu ABAD önüne gelmiştir.⁸⁷⁸ Burada da yine üye devlet tarafından belirli bir meslek grubu için uygulanan yaş sınırlaması söz konusudur ancak bu sefer meslek grubu diş hekimleridir. Üye devlet mevzuatına göre diş hekimleri 68 yaşını doldurduktan sonra çalışmamaktadır. Ancak burada mevzuatta bir ayırım bulunmaktadır. Yasal hastalık sigortaları kapsamında istihdam edilen diş hekimleri için bu kural uygulanırken özel hasta tedavisi kapsamında bu kuralın uygulanmadığı belirlenmiştir.⁸⁷⁹ Bu davada devletin medikal alanda yaş sınırı koyması yönündeki takdir yetkisini ele alan mahkeme, ikili bir sonuca varmaktadır. Buna göre yaşı ilerlemiş olan diş hekimlerinin performansları bakımından hastaların korunmak istendiği savunması meşru bulunmamış ancak yaş sınırlaması, diş hekimlerinin farklı jenerasyonları arasında istihdam edilebilirlik hedefinin yükselmesi ve herkese istihdam imkânı tanınması yönünde bir amaç taşımaktaysa bu durumda meşru ve orantılı kabul edilebilecek ve AB Hukuku ile uyumlu sayılabilecektir.⁸⁸⁰ Bu iki karardan görüleceği üzere ABAD, yaş temelinde ayrımcılık bakımından üye devlet tarafından öne sürülen savunmalara dikkatle yaklaşmakta ve gerekirse iki yönlü olarak kararını verebilmektedir.

⁸⁷⁵ C-258/15, *Gorka Salaberria Sorondo v Academia Vasca de Policía y Emergencias*, 15 November 2016, ECLI:EU:C:2016:873, para. 40.

⁸⁷⁶ *Ibid.* para.

⁸⁷⁷ Ayrıca bkz. C-795/19, *XX v Tartu Vangla*, 15 July 2021, ECLI:EU:C:2021:606, para. 32.

⁸⁷⁸ C-341/08, *Domnica Petersen v Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, 12 January 2010, ECLI:EU:C:2010:4.

⁸⁷⁹ *Ibid.* para. 18 vd.

⁸⁸⁰ *Ibid.* para. 78.

Bunlardan sonra Çerçeve Direktifin minimum gereklilikleri ve savunma haklarını düzenleyen 8 ve 9. maddelerinin yorumunun yapıldığı görülmektedir. *Bulicke* kararından görüleceği üzere ayrımcılığa karşı gerekli yollara başvurmak üzere diğer ulusal yöntemlere nazaran daha kısa olarak belirlenen başvuru süreleri söz konusu olmaktadır.⁸⁸¹ Burada ABAD, kişilerin AB Hukukundan doğan haklarının kullanılması bakımından başvurulabilecek iç hukuk yollarının benzer ilişkiler bakımından tanımlanan iç hukuk yöntemlerinden daha aleyhte olmaması gerektiğini yani denklik gerekliliğini ve AB Hukukundan doğan hakların kullanımını zor ya da imkansız hale getirmemesi gerektiğini yani etkililik gerekliliğini vurgulamıştır.⁸⁸²

Bu husus ise AB Hukukundan doğan haklar bakımından, AB Hukuku bir konuda hukuki çare ya da prosedür öngörmediğinde ortaya çıkmaktadır ve uygulanacak kural ulusal prosedürel özerktir.⁸⁸³ ABAD buradaki uygulama, benzer ulusal hukuk prosedürlerine benzediğinden ve AB hukukundan doğan hakların kullanımını zorlaştırmadığından ötürü ilgili düzenlemeyi AB Hukukuna uygun bulmuştur.⁸⁸⁴ Benzer bir tartışma *Pohl* kararında da görülmektedir.⁸⁸⁵ *Hütter* kararı sonrasında, hukuki belirliliğin sağlanması amacıyla ulusal mevzuatta bazı süre sınırlamalarının öngörülmüş olmasının, AB hukukundan doğan hakların kullanımını zorlaştırmadığı müddetçe, AB Hukukuna aykırılık teşkil etmeyeceği burada da benzer şekilde belirlenmiştir.⁸⁸⁶ *Specht*

⁸⁸¹ C-246/09, *Bulicke*.

⁸⁸² *Ibid.* para. 25. Bu ilkenin etkin şekilde vurgulandığı bir başka karar için bkz. . Joined Cases C-773/18 to C-775/18, *TK and Others v Land Sachsen-Anhalt*, 27 February 2020, ECLI:EU:C:2020:125, para. 68 vd.

⁸⁸³ Bkz. ABA m.19/1. “Üye devletler, Birlik hukukunun kapsadığı alanlarda etkili hukuki koruma sağlamak için gerekli hukuki başvuru yollarını temin ederler.” Konu hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Craig-Burca, *EU Law*, (2015) 226 vd.

⁸⁸⁴ C-246/09, *Bulicke*, para. 42, 48.

⁸⁸⁵ C- 429/12, *Siegfried Pohl v ÖBB Infrastruktur AG*, 16 January 2014, ECLI:EU:C:2014:12.

⁸⁸⁶ *Ibid.* para. 29 vd. *Hütter* ve devam eden diğer kararlar sonrasında ilgili üye devletin alması gerekli olan önlemler bakımından burada ayrıca ön karar usulü ile ABAD tarafından verilen bir kararın etkisi de tartışılmıştır. Buna göre ABAD’ın ön karar usulü sonucu önüne gelen olayda verdiği karar bir hukuk ya da hukuk değişikliği yaratmamaktadır. Bu karar ilke olarak yorumu yapılan önlemin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren etki doğurma sonucunu barındıran bir tespit niteliği taşımaktadır. *Ibid.* para. 30. Etkililik bakımından bkz. *Ibid.* para 32. Ayrıca bkz. C-417/13, *Starjakob*, para. 65. Bu kararın sonuç bölümü, etkililik ilkesini değerlendirmekle birlikte aslında görüleceği üzere ABAD, daha önce söz konusu olan ve ayrımcı niteliği bulunan bir ulusal önlemin yankılarını ve etkilerini önlemeye çalışmaktadır.

and Others kararında da benzer bir çıkarım yapılmış olmakla birlikte⁸⁸⁷ bu kararda ayrıca artan finansal yükler ve muhtemel idari zorluklar bakımından öne kullanıldığı iddia edilen üye devlet önlemlerinin, yaş temelinde ayrımcılık yasağından doğan yükümlülüklerini yerine getirmemelerini haklı kılamayacağı vurgulanmıştır.⁸⁸⁸

Küçükdeveci kararı ise ABAD'ın, *Bartsch* kararından farklı olarak aslında *Mangold* kararını devam ettirmesi beklenen bir karar olmuştur.⁸⁸⁹ Burada söz konusu olan olay işveren ve işçi arasındaki ihbar süresindeki uyuşmazlıktır. 10 yıldan fazla süreli çalışmalarda 4 aylık uygulanması gereken süre Bayan Küçükdeveci için 1 ay olarak uygulanmıştır. Söz konusu şirket bu uygulamayı Alman mevzuatına dayandırmaktadır. Buna göre 25 yaş öncesindeki çalışmalar, ihbar süresinin hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır ve ilgili kişi de çalışmaya 18 yaşında başladığından kendisine 4 aylık süre uygulanmamıştır. Bayan Küçükdeveci bu düzenlemenin AB Hukukuna aykırılığı ile ilgili olarak ulusal mahkemelere başvurmuş ve olay ön karar usulü ile ABAD önüne gelmiştir.

Mahkeme burada öncelikle tıpkı *Mangold* kararında olduğu gibi yaş temelinde ayrımcılığın önlenmesinin AB hukukunun genel ilkelerinden birisi olduğunu tekrarlamış ve 2000/78 sayılı Direktifin bu hususu somutlaştırdığını ortaya koymuştur.⁸⁹⁰ 25 yaştan önceki çalışmaların hesaplamalara dahil edilmemesini yaş temelinde doğrudan ayrımcılık olarak kabul etmiştir.⁸⁹¹ Üye devletin, personel yönetimindeki esneklik ve bu doğrultuda genç çalışanların daha kolay ve hızlı bir şekilde işsizliğin üstesinden gelmesi politikasını meşru gören mahkeme, bir işe giren tüm 25 yaş altını kapsamı bakımından ilgili düzenlemeyi ilgili amaca ulaşmak için uygun bulmamıştır ve orantısız olduğuna karar vermiştir.⁸⁹² Ancak bu davanın devamında ABAD'ın *Mangold* kararındaki tutumunu

⁸⁸⁷ Joined Cases C- 501/12 to C- 506/12, C- 540/12 and C- 541/12, *Thomas Specht and Others v Land Berlin and Bundesrepublik Deutschland*, 19 June 2014, ECLI:EU:C:2014:2005, para. 112-115.

⁸⁸⁸ *Ibid.* para. 77-78.

⁸⁸⁹ C- 555/07, *Küçükdeveci*.

⁸⁹⁰ *Ibid.* para. 21. Ayrıca devamlı, *Bartsch* kararından farklı olarak yaş temelinde ayrımcılık oluşturduğu iddia edilen ulusal düzenlemeye dayanan farklı muamele, üye devletin ilgili direktifi iç hukuka aktarması için öngörülen son tarihten sonra gerçekleşmiştir.

⁸⁹¹ *Ibid.* para. 29.

⁸⁹² *Ibid.* para. 41.

sürdürmek ve direktiflerin yatay doğrudan etkisini kabul etmek yerine karmaşık bir şekilde bu olguyu reddettiği görülmektedir.⁸⁹³ Bu yoruma neden olan soru aslında, ulusal mahkemelerin önüne bireyler arası ilişkilere dayanan bir uyuşmazlık geldiğinde, bunu AB Hukukuna aykırı görülen ulusal mevzuatı uygulamamak şeklinde mi yoksa ön karar usulü ile ABAD'a başvurarak mı çözülmesi gerektiğidir.⁸⁹⁴ ABAD burada direktiflerin yatay doğrudan etkisini reddetmekle birlikte üye devlet yetkili makamlarının, üye devletlerin direktiften kaynaklanan ve direktifin öngördüğü amaca ulaşmak için tüm genel ve özel tedbirleri almakla yükümlü olduğunu belirtmiştir.⁸⁹⁵ Yani buradan çıkartılacak sonuç ulusal hukukun, mümkün olduğu ölçüde AB Hukukuna uyumlu şekilde yorumlanması gerekmektedir.

Dansk Industri kararı ise bu hususta AB ikincil hukukunu bireyler arasındaki ilişkilere yaymak yönünden önemli bir adım atmış görünmektedir. Bu dava genel olarak kurucu antlaşmalarda tesis edilen ayrımcılık yasaklarının ve bu hükümlerin etkisinin yeknesak yorumuyla ilgilidir. Bu bağlamda söz konusu etki, üye devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmemek için AB hukukunun uygulanmasına ilişkin sınırları araç olarak kullanmalarını önleme kapsamına sahiptir. Burada söz konusu üye devlet mevzuatı, yaş temelinde ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişi açısından iş ilişkisinin erken sonlandırılması yönünden belirli durumlarda tazminat hakkı sağlamamaktadır. İşveren de bu önleme dayanarak bu yöndeki talebi reddetmiştir. Bu ret üzerine işveren aleyhinde ulusal mahkemeye başvuran ayrımcılık mağdurunun durumu değerlendirilmiştir.

⁸⁹³ *Ibid.* para. 46. ABAD'ın buradaki yorumunun doğrudan etki ilkesinin yatay ilişkilerdeki durumunu daha da karmaşık hale getirdiğine ilişkin bir görüş için bkz. Anja Wiesbrock, Case Note – Case C- 555/07, *Kücükdeveci v. Swedex*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 January 2010, *German Law Journal* 11, no 05 (2010) 543-544. Ayrıca bkz. Mirjam de Mol, *Kücükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law: Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) Judgment of 19 January 2010, Case C-555/07, Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, *European Constitutional Law Review* 6, no 2 (2010) ss.293-308.

⁸⁹⁴ C- 555/07, *Kücükdeveci*, para. 44.

⁸⁹⁵ *Ibid.* para. 47.

Ulusal mahkeme önüne gelen bu olayda ABAD’a aslında, söz konusu uygulamadan ötürü ilgili kişinin üye devlet aleyhine tazminat davası da açabilecekken, burada ulusal önlemin uygulanmayıp ilgili AB direktifi kapsamında ayrımcılık yapmama ilkesinin kullanılıp kullanılmayacağını sormuştur. Bu bağlamda ABAD’ın yeknesak yorum ve genel ilkelerin uygulanması arasındaki farkı açık bir şekilde ortaya koyması bakımından bu karar önem kazanmaktadır. Buna göre ayrımcılık yapmama yükümlülüğünü içeren ayrımcılık direktifi uygulanamaz durumdaysa, bu durumda genel ilke uygulanabilecektir.⁸⁹⁶

Bu bağlamda ulusal mahkemeler Çerçeve Direktifin kapsamına giren ve bireyler arasındaki bir uyuşmazlıkta hüküm verirken, ulusal hukuku uyguladıkları sırada bunların direktif ile uyumlu şekilde yorumlanması, eğer bu şekilde bir yorum yapılamıyorsa ulusal hukukun yaş temelinde ayrımcılık yapmama ilkesi ile ters düşen ilgili önlemini uygulamamaları gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda hukuki belirlilik ve yasal beklentilerin korunması ilkelerinin yanı sıra, AB Hukukuna aykırı bir ulusal önlem nedeniyle hak kaybına uğradığını öne süren kişinin üye devletin devlet sorumluluğu kapsamında bunu giderebilecek olması bu yükümlülüğü ortadan kaldırmayacaktır.⁸⁹⁷ Bu karar aslında *Küçükdeveci* kararından sonra, direktiflerin yatay doğrudan etkisinin yorumlanmasında oldukça olumlu karşılanması gereken bir durum yaratmaktadır.⁸⁹⁸

Küçükdeveci kararından sonra ise *Age Concern* kararındaki olaya benzer bir durumun daha ABAD önüne getirildiği görülmektedir. Buna göre *Rosenbladt* davasında

⁸⁹⁶ Bu yönde bir görüş için bkz. Giovanni Zaccaroni, More on the horizontal direct effect of the principle of nondiscrimination on the ground of age: Dansk Industries (DI), 14 JULY 2016 <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/07/more-on-horizontal-direct-effect-of.html>

⁸⁹⁷ C-441/14, Dansk Industri (DI), acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen, 19 April 2016, ECLI:EU:C:2016:278.

⁸⁹⁸ Benzer ve aynı zamanda karşıt bir görüş için bkz. Elise Muir, *EU Equality Law: The First Fundamental Rights Policy of the EU*, (Oxford, 2018) 115 vd. ABAD’ın ayrımcılık hukuku alanında yatay doğrudan etki kavramına yaklaşımı için ayrıca bkz. Mirjam De Mol, The Novel Approach of the CJEU on the Horizontal Direct Effect of the EU Principle of Non-Discrimination: (Unbridled) Expansionism of EU Law?, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 18, no 1-2 (2011) 109-135. Ayrıca bkz. *Dansk Industri*, para 36.

söz konusu olay yine 65 yaşında sonlandırılan iş sözleşmelerine dayanmaktadır.⁸⁹⁹ ABAD'ın burada ortaya koyduğu bir husus önemlidir. Bu da sözleşmeleri otomatik olarak sona erdiren maddeler düzenlemenin birçok üye devlet iş hukukunda kabul edilen bir usul olduğu belirtilmiştir. Bu durum sosyal, ekonomik ve bütçeye ilişkin menfaat dengesinin de bir yansıması olduğundan mahkeme nesnel ve meşru şekilde gerekli bulmuştur.⁹⁰⁰ Bu da mahkemenin genel eğiliminin, üye devlet sosyal ve istihdam politikaları bakımından onların yetkilerine ağırlık verme yönüne kayıp kaymadığını düşündürmektedir. Üniversite çalışanlarının 68 yaşında emekliliği ve 65 yaş sonrası belirli süreli sözleşmelerle çalışabilmesi hakkındaki *Georgiev* davasında da benzer bir çıkarım yapıldığı görülmektedir.⁹⁰¹ Buna göre kaliteli bir eğitim verilmesi ve öğretim üyelerini oluşturan jenerasyonlar arasında en iyi şekilde dağılımın yapılabilmesi gibi bir amaç bu yönden meşru sayılabilecek ve getirilen bu yaş sınırlaması da amaca uygun ve gerekli olarak değerlendirilebilecektir. Ancak bu hususu takdir etme görevi ulusal mahkemeye bırakılmıştır.⁹⁰²

Prigge and Others kararında ise mahkeme, bunlardan farklı olarak, pilotların 60 yaşında otomatik olarak iş sözleşmelerinin sonlanması durumunu AB Hukuku ile uyumsuz bulmuştur.⁹⁰³ Burada her ne kadar pilotluk mesleğinin gerektirdiği niteliklerin 60 yaş sonrasında azaldığı ve bu nedenle kamu güvenliği ve sağlığını korumak yönünden bu şekilde bir uygulama yapıldığı üye devlet tarafından ortaya koyulmuşsa da mahkeme, bu alanda ulusal ve uluslararası düzenlemelerin aslında 65 yaşı sınır olarak belirlediğini, bu nedenle ilgili düzenlemenin amacının mesleki gereklilikler çerçevesinde meşru

⁸⁹⁹ C-45/09, *Gisela Rosenblatt v Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, 12 October 2010, ECLI:EU:C:2010:601.

⁹⁰⁰ *Ibid.* para. 44 vd. Ayrıca bkz. C-46/17, *Hubertus John v Freie Hansestadt Bremen*, 28 February 2018, ECLI:EU:C:2018:131, para. 24 vd.

⁹⁰¹ Joined cases C-250/09 and C-268/09, *Vasil Ivanov Georgiev v Tehniceski universitet - Sofia, filial Plovdiv*, 18 November 2010, ECLI:EU:C:2010:699.

⁹⁰² *Ibid.* para. 68.

⁹⁰³ C-447/09, *Reinhard Prigge and Others v Deutsche Lufthansa AG*, 13 September 2011, ECLI:EU:C:2011:573.

bulunamayacağını ortaya koymaktadır.⁹⁰⁴ Bunun yanı sıra Çerçeve Direktifin 6. maddesindeki yaş temelindeki istisnaları da tekrar yorumlayan mahkeme, hava trafiğinin güvenliğinin sağlanması yönünden üye devletlerce öne sürülecek bir amacın meşru bir amaç olarak değerlendirilemeyeceğini de ortaya koymuştur.⁹⁰⁵

Benzer bir şekilde *Fuchs and Köhler* davasında bu defa savcıların zorunlu emeklilik yaşını 65 olarak belirleyen bir ulusal düzenlemeye ilişkin olay ABAD önüne ön karar usulü ile getirilmiştir.⁹⁰⁶ Burada önemli olan unsur ABAD'nin, üye devletlerin birden çok meşru amaç ortaya koyabileceğini kabul etmesidir. Buna göre birçok amacın bir arada bulunması Çerçeve Direktifin 6. maddesi bakımından meşru amacın varlığını engellemeyecektir.⁹⁰⁷ Bu bakımdan, bütçe kısıntıları, meslek içerisinde bir yaş yapılanması oluşturma, genç çalışanların istihdama katılımı gibi farklı amaçlar üye devlet tarafından ortaya koyulmuştur. Burada önemli olan ikinci nokta ise Çerçeve Direktifin 6. maddesi bakımından meşru amacın varlığı, ilgili amaçtaki kamu yararı söz konusuysa yani salt olarak işverene yönelik bireysel nedenlerden kaynaklanmamaktaysa kabul edilebilecektir.⁹⁰⁸ Ayrıca bütçeye ilişkin faktörler ve çıkarımlar da her ne kadar bu durum üye devletin sosyal politikasının bir yansıması olsa da tek başına meşru amaç olarak kabul edilemeyecektir.⁹⁰⁹ Sonuç olarak ABAD, çalışanların 65 yaşında zorunlu emekli edilmesine ilişkin olan ulusal önlemin, işe alımları teşvik etme ve dengeli bir istihdam düzeni sağlama amacına uygun olduğunu ve emekli edilen çalışanlar bakımından makul bir emeklilik aylığı düzenlendiği sürece gereksiz görülmeceğini ortaya koymuştur.⁹¹⁰

⁹⁰⁴ *Ibid.* para. 75. Nitekim mahkemeye göre ayrımcılık yapmama ilkesinden bir istisna olarak mesleki gereklilikler,

Çerçeve Direktifin Dibacesinin 23. paragrafında da belirtildiği üzere “*Din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelimle ilgili bir özelliğin gerçek ve belirleyici bir mesleki gereklilik oluşturduğu hallerde, güdülen amaç meşru olduğunda ve aranan şart orantılı nitelik taşıdığına, bir muamele farklılığı çok sınırlı koşullar altında haklı görülebilir...*” ifadesi bakımından, çok sınırlı koşullar altında haklı gösterilebilecek ve bu hususun dar bir şekilde yorumlanması gerekecektir. *Ibid.* para. 72.

⁹⁰⁵ *Ibid.* para. 77-82.

⁹⁰⁶ Joined Cases C-159/10 and C-160/10, *Fuchs and Köhler*.

⁹⁰⁷ *Ibid.* para. 44-46.

⁹⁰⁸ *Ibid.* para. 52.

⁹⁰⁹ *Ibid.* para. 73-74.

⁹¹⁰ *Ibid.* para. 66.

Mahkeme, *Dansk Jurist- og Økonomforbund* kararında tekrardan ayrımcılık direktifinin 6. maddenin (2. fıkrasının) dar bir şekilde yorumlanması gerektiğini ve bir önlemin, mesleki sosyal güvenlik uygulamalarının tamamını kapsayacak şekilde yorumlamanın bu dar yorumun etkililiğini azaltacağını vurgulamıştır.⁹¹¹ Bu bağlamda Direktifin ilgili maddesindeki istisna kapsamına sadece maluliyet ve ihtiyarlığa ilişkin riskleri kapsayan sosyal güvenlik önlemleri girebilecektir.⁹¹²

ABAD'ın önüne kimi durumlarda vergilendirmeye ilişkin uyumsuzlukların da geldiği görülmektedir. Burada mahkemenin ilgili olayı değerlendirirken, verginin niteliğine ve dolayısıyla AB Hukuku mu yoksa ulusal hukuk kapsamında mı kalacağına karar verdiği görülmektedir. Örneğin mesleki eğitim ödemelerine ilişkin olarak yaş temelinde farklı şekillerde uygulanan vergilerin bu direktif kapsamına girdiği *De Lange* kararı ile belirlenmiştir.⁹¹³ Ancak kaynağını doğrudan ulusal hukuktan alan direkt vergilerde durum farklıdır. Emekli ücretlerinde (yaş temelinde) doğrudan yapılan vergi kesintilerinin Çerçeve Direktifin kapsamına girip girmediğinin değerlendirildiği *C.* kararında ABAD, bu durumu direktifin 3. maddesi çerçevesinde

“...devlet programları dâhilinde yapılan herhangi bir ödeme veya devletlerin sunduğu sosyal güvenlik veya sosyal koruma programları da dâhil olmak üzere benzeri ödemeler açısından geçerli değildir...”

şeklindeki düzenleme üzerinden kapsama ilişkin bir yorum ile değerlendirmiştir.⁹¹⁴ Bu bağlamda öncelikle emeklilik sistemi kapsamında yapılan ödemeler, çalışanın iş ilişkisinden kaynaklandığından, ödeme/ücret kapsamında ele

⁹¹¹ C- 546/11, *Dansk Jurist- og Økonomforbund, acting on behalf of Erik Toftgaard v Indenrigs- og Sundhedsministeriet*, 26 September 2013, ECLI:EU:C:2013:603, para. 41-42.

⁹¹² *Ibid.* para. 43. *Hörnfeldt* kararında ise yine yaş temelinde otomatik olarak iş sözleşmesinin sonlandırılması hususu ABAD tarafından ele alınmaktadır. Bkz. C- 141/11, *Torsten Hörnfeldt v Posten Meddelande AB*, 5 July 2012, ECLI:EU:C:2012:421, para. 45-47.

⁹¹³ C-548/15, *J.J. de Lange v Staatssecretaris van Financiën*, 10 November 2016, ECLI:EU:C:2016:850, para. 15-22.

⁹¹⁴ C-122/15, *C.*, 2 June 2016, ECLI:EU:C:2016:391, para. 20.

almıştır.⁹¹⁵ Ancak direktifin ilgili maddesini dar bir şekilde yorumlayarak emeklilik ödemeleri/ücretleri üzerine koyulacak ek vergilerin bu direktif kapsamına girmediğini belirlemiştir.⁹¹⁶ Çünkü olaydaki gibi bir vergilendirme iş ilişkisinden bağımsız olarak doğrudan ulusal hukuktan kaynaklı ve tüm kişilere uygulanan bir doğrudan vergilendirme çeşidi olarak değerlendirilmiştir.⁹¹⁷ Burada her ne kadar (ulusal mahkeme tarafından) THŞ'nin de olay kapsamında yorumlanması istenmişse de olaydaki önlem herhangi bir AB Hukukunu aktaran bir niteliğe sahip olmadığından ABAD tarafından THŞ'nin 51. maddesi bakımından, şartın ilgili maddelerine dayanılamayacağı şeklinde karar verilmiştir.⁹¹⁸

⁹¹⁵⁹¹⁵ *Ibid.* para. 21-23. Burada ödeme/ücret ibaresi AB Hukuku ilkeleri ışığında yorumlanarak davaya uyarlanmıştır. Yaş temelinde ayrımcılık çerçevesinde verilen başka bir kararda iş ilişkisi belirlenmeye çalışılırken de bu şekilde 'işçi' ifadesinin AB Hukukundaki yorumu üzerinden hareket edildiği görülmektedir. Nitekim çağrı üzerine çalışma durumundaki bir kişinin bu çalışması değerlendirilerek işçi kavramının ve dolayısıyla Çerçeve Direktif kapsamına girdiği görülmüştür. C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia*, para. 19 vd.

⁹¹⁶ *Ibid.* para. 24 vd.

⁹¹⁷ *Ibid.* para. 26.

⁹¹⁸ *Ibid.* para. 28, 29.

SONUÇ

Bu çalışmada cevap aranan temel konu ayrımcılık yasakları söz konusu olduğunda bunun düzenlendiği sistemin, kendi iç işleyiş ve dinamikleri ile birlikte ele alındığında, diğer bir sistem ile etkileşim ve iletişim ile birlikte ayrımcılık hukuku alanında bir etki yaratıp yaratmadığıdır. Bu bağlamda çalışma kapsamında Avrupa Konseyi ve AB ele alınmıştır. Bu iki sistemin hukuki düzenlemeleri ve bu düzenlemelerin çıktıları olan mahkeme kararları birlikte değerlendirilmiştir. Bu bağlamda bir insan hakları sistemi olan Avrupa Konseyinin, AİHS ve içtihat ile ayrımcılık yasağı bakımından ortaya koyduğu asgari insan hakları standardı gözlemlenerek AB'nin bu standardın neresinde durduğu ve bu standardı geçip geçmediği değerlendirilmiştir.

Avrupa Konseyi'nin, her bireyin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma prensibini de içerecek şekilde üyeleri arasında daha güçlü bir birliğe ulaşma şeklinde bir amacı bulunmaktadır. Medeni ve siyasi hakları korumak üzere hazırlanan AİHS ve hukuki denetim mekanizması olan AİHM ise bu amaca ulaşmak yönünde birer araçtır. Adından da açıkça ortada olduğu gibi nihayetinde AİHM uluslararası bir insan hakları mahkemesidir.

46 farklı üye devletin hukuki olarak ortak asgari bir düzlemde buluşturulması oldukça zor bir alandır. Bu bağlamda, ayrımcılık kavramının AİHS'nin nispeten sınırlı düzenlemesi ışığında (ve sınırlı devletçe kabul edilen 12 no'lu Protokolün durumu da göz önüne alındığında) mahkemenin içtihat oluşturma ve günün koşullarına cevap verme çabalarının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. 14. madde genel bir ayrımcılık yasağını düzenlemez ve sözleşmenin diğer maddeleri ile bağlıdır. Yani içtihat ile ilerletilmediği sürece işlevsiz kalma ihtimali bulunmaktadır. 12 no'lu Protokol ise genel bir ayrımcılık yasağını düzenlemekten ziyade taraf sayısının azlığı uygulama alanını daraltmaktadır.

Genel olarak bakıldığında mahkemenin, 14. maddeye etkinlik kazandırmak amacıyla, sözleşmenin diğer maddeleri ile olan bağıni ortadan kaldırılmaya çalıştığı söylenebilecektir. Ancak hala sözleşmenin diğer maddelerindeki hak ihlallerini daha etkin görüp 14. maddeye yönelmeksizin ayrımcılık hususunu inceleme dışında bırakması da ayrıca düşündürücüdür. Yine de son dönemde biraz daha olumlu yaklaşım sergilediği görülmektedir nitekim bu alandaki dava sayısı da artış göstermiştir.

İçtihadın yeni gelişen alanlar ile birlikte şekillenerek genişlemesi ve ayrımcılık hukukunun belirli bir temel ve yeknesak görünüm kazanmaya başlaması olumlu bir unsur iken bu alanda mahkeme tarafından verilen kararların icrası sorunu ortak bir Avrupa kamusal düzeninin bu alanda yaratılıp yaratılamayacağını ve aslında yaratılmasının gerekli olup olmadığını sorgulamaktadır.

Görüleceği üzere özellikle 2000’li yıllardan itibaren mahkeme, yaşayan enstrüman kavramına uygun olarak, 14. maddeyi daha etkin olarak kullanmaya başlamıştır. Özellikle cinsel yönelim ve ırk ve etnik köken temelinde yapılan ayrımcılığa karşı belirli ve yeni bir içtihat hukuku oluşturulduğu görülmektedir. Bu konuda özellikle dolaylı ayrımcılık bakımından içtihadın gelişimi en etkin delil olarak gösterilebilecektir. Aynı zamanda her ne kadar çok kesin olmasa da mahkemenin eski davalarda olduğu üzere sözleşmenin başka bir maddesine doğrudan dayanmaktansa ayrımcılık yasağı uygulaması üzerinden hareket etmeye başladığı söylenebilecektir. Dava sayısının az olduğu engellilik ve yaş gibi alanlara da bu gibi ilerlemelerin iletmeye çalışılması da bu duruma eklenebilecektir. Din ve inanç temelinde ayrımcılık ise sözleşmedeki ayrı düzenlenen bir alan olması sebebiyle hala arada kalmış şekilde yorumlansa da ayrımcılık alanındaki içtihadın belirli bir seviyeye kadar bu alana da yayıldığından da bahsedilebilir.

Mahkeme, ayrımcılık temellerini sözleşmenin diğer maddeleri ile birlikte ele alırken aslında bu maddeleri de genişletmekte olduğu görülmektedir. Bunun en etkili uygulandığı alan ise sözleşmenin 8. maddesi olmuştur. Başka bir örnek ise içtihat eliyle

şüpheli kategoriler yaratılması ve bunların denetiminin daha sıkı gerçekleştirilmesi ve yeni bir standart yaratılmasıdır. Benzer şekilde ayrımcılık saikiyle şiddete dayanan olaylarda davayı maddi ve usuli olarak iki yönlü incelendiği ve aslında devletlere olayların soruşturulması yönünden bir yükümlülük standardı getirdiği görülmektedir. Usuli bu yön açısından ise salt olarak başvuranın bireysel özelliklerinden dolayı yönelen şiddeti değil, bağlantılı olduğu diğer kişilerin karakteristik özelliklerine dayanan şiddet nedeniyle de taraf devletin soruşturma yükümlülüğünün genişletilmesi bu alandaki olumlu bir gelişme olarak görülmelidir. 14. madde doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık bakımından bir ayırım yapmazken ve mahkeme önüne gelen önceki tarihli davalarda sadece üzeri kapalı olarak dolaylı ayrımcılığı vurgularken bu husus da zamanın şartlarına uygun olarak değişmiştir.

Mahkeme salt olarak dolaylı ayrımcılık kavramını (üzeri kapalı şekilde de olsa) kabul etmekle kalmayıp görünüşte tarafsız olan muamelelerin de ayrımcı etkisi olabileceğini ortaya koymuştur. Bu bağlamda mahkeme tarafından yapılan amaçsal yorumla birlikte, her ne kadar her zaman çok ileri gidemese de hem 14. maddenin sayılmayan alanlar eklenerek genişletildiğini hem de günümüz koşullarına uygun olarak yaşayan bir sözleşme temelinde yeniden şekillendirildiğini görmekteyiz.

12 no'lu Protokol ise hala gri bir alandır. Her ne kadar 14. madde yorumu çerçevesinde şekilleneceği düşünülse de esasları farklı olan bu iki düzenlemenin birbirini nasıl etkileyeceği de bir soru işaretidir.

Uluslararası bir insan hakları mahkemesi olarak AİHM sonuç olarak sözleşme ile bağlıdır ve belirli sınırların dışına çıkmadan karar vermek durumundadır. Aynı zamanda verdiği kararların Avrupa'daki büyük grupları da etkilemesi nedeniyle kendisine oldukça büyük bir rol verildiği ve taraf devletlerin karşısında olacak şekilde yük yüklendiği düşünülmektedir. Bu bağlamda verilen kararlara getirilen eleştiriler, dönüşümün bir günde olmayacağı savı elde tutularak makro boyutta düşünülmelidir. İcrai yetkisi görece

zayıf olan bu yapıdan beklentinin de buna göre belirlenmesi daha sağlıklı bir uygulama olacaktır. Yine de mahkemenin 14. madde ve 12 no'lu Protokolün etkisini günün koşullarına göre arttırması beklenmektedir.

AİHM bu alanda etkin bir şekilde çalışarak AİHS'deki düzenlemelerin, lafzından öteye geçtiğini bize göstermektedir. Gerek ayrımcılık temellerinin genişletilmesi gerek ayrımcılık türlerinin belirlenmesinde içtihadın geldiği nokta ortadadır.⁹¹⁹ Ancak mahkemenin de bir noktaya kadar ayrımcılık yasaklarını genişletebildiği görülmektedir. Bu bağlamda özellikle kabul edilebilirlik kriterlerine uyum konusu başvuruçuların dikkat etmesi gerekli bir unsurdur. Bunun yanı sıra ayrımcılık iddiasının ortaya koyulması ve delillerin değerlendirilmesinde karşılaşılan başka sorunlar da mevcuttur.

AB'ye baktığımızda ise bunun 27 üyeli ulus üstü bir sistem olduğu görülmektedir. Bu bağlamda üye devletlerin devrettiği yetkiler çerçevesinde mümkün olduğunca bütünleşme yolunda ilerlemektedir. Ekonomik amaçlarla kurulan ancak doğasında her zaman daha ileri bütünleşme unsurunu barındıran bu birlik insan hakları alanında da özellikle içtihat hukuku ile belirli bir noktaya ulaşmıştır. Ancak Avrupa Konseyinde olduğu üzere yine üye sayısının fazla olması ve belirli alanlarda ortak bir noktada buluşup karar alabilmenin getirdiği zorluklar göz ardı edilmemelidir. AB'nin bir insan hakları sistemi ABAD'ın da bir insan hakları mahkemesi olmadığı göz ardı edilmezse AB'nin kurucu antlaşmalarda kendisine verilen yetki dahilinde, THŞ, hukukun genel ilkeleri ve ikincil hukuk bakımından da direktifler ile hukuki açıdan etkin görünömlü bir ayrımcılık hukuku sistemi oluşturduğu söylenebilir.

Özellikle 2000'li yıllardan itibaren, AİHM kararlarına paralel olarak bu alandaki içtihadın yeni gelişen alanlar ile birlikte şekillenerek genişlemesi ve yine benzer tarihlerde ayrımcılık direktifleri ile birlikte ayrımcılık hukukunun belirli bir temel ve

⁹¹⁹ Tezin ilk bölümünde açıklandığı üzere her ne kadar AİHS 14. maddenin kendi başına bir koruma getirebileceği ve sözleşmedeki diğer haklara bağlılığına gerek kalmadığı düşünölebilecekse de AİHM'nin bu hususa hala dikkatle yaklaştığı görölmektedir.

yeknesaklık kazanmaya başlaması olumlu bir unsur olarak görülebilecektir. Bu husus Avrupa çerçevesinde bir fikir birliğinin sonucu olabileceği gibi Avrupa bütünleşmesinin de olası bir sonucu olarak da değerlendirilebilecektir.

AB ayrımcılık hukukunun en olumlu yönü AB'nin bir sistem olarak bu hukukun gelişimi yönünde sağlayabileceği araçlardır. Bu bağlamda hem birincil hukuk hem de ikincil hukuk ile bu alan düzenlenirken, ayrımcılık yasakları sadece üye devletlere yönelmez. Aynı zamanda kişilere mahkemeler önünde öne sürebilecekleri haklar da yaratır. Aynı zamanda ayrımcılık ile ilgili mevzuatın, ayrımcılık iddialarını başka bir hak ile birlikte ele alması durumu burada görülmez. Tüm bunların yanı sıra AB, kurumsal yapısı itibariyle, Avrupa Konseyine nazaran icra kabiliyeti daha yüksek olarak tanımlanabilecektir. Bu gibi sistemsal işleyiş unsurları ise başlı başına ayrımcılık yasaklarının bir hukuk sistemindeki gelişimi ile ilgili görülmelidir. ABAD, AİHM'den farklı olarak bu alanı içtihat ile yaratmak durumunda kalmamış, hatta var olan içtihat hukukunu hukuki araçlara dayanarak bu yeni bütünleşme alanına aktarmıştır.

AB ayrımcılık hukukundaki temel sorunun hukuki metinlerin kapsamı olduğu görülür. Bu bağlamda Direktiflerin ve (AB hukukunu uyguladıkları sürece üye devletler açısından) THŞ'nin dışında kalan birçok alan bulunmaktadır. Örneğin AİHM'nin önemle ele aldığı aile hayatı ve bağlı olarak özel hayat kapsam dışında kalmıştır. Yine özellikle cinsel yönelim temelinde ayrımcılık bakımından sıkça karşımıza çıkan siyasi katılım ve toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ilgili haklar da diğer birçok alan gibi kapsam dışında kalmıştır.

AB hukukunda yoğunluğun yaş temelinde ayrımcılık alanında toplandığı görülmektedir. Bu durumun, direktifin kapsadığı sınırlı alan göz ardı edildiğinde ekonomik temelli kurulan bu birliğin daha çok istihdam ve çalışma hayatını düzenlemekte ve uyuşmazlıkların da bu alanda çıkmasından kaynaklandığı düşünülebilir. Sonuçta her iki sistemde de yargısal denetim aracı olan mahkemeler, önlerine gelen davalara

bakmakla yükümlü olup bu davaların ayrımcılık temelleri söz konusu olduğunda ne oranda önlerine getirileceği gibi bir yetkiye haiz değildir.

Ancak ABAD kararlarından görüleceği üzere AB Hukuku bu alanda, kendi sisteminden kaynaklanan unsurlar değerlendirme dışı bırakıldığında, AİHM içtihadından çok da farklılaşmamaktadır. Özellikle bu alanda kararların ele alınışına yönelik usul benzerlik göstermektedir. Nitekim her iki mahkeme de önüne gelen davalarda birbirine atıf yapmakta ve bir iletişim sürdürmektedir. Benzer şekilde AİHM'nin kimi kararlarında AB Hukukuna atıf yapması ve örneğin cinsel yönelim temelinde ayrımcılık bakımından kayıtlı birliktelik kavramının artık Avrupa'da ortak bir fikir gibi görmeye başlaması bu etkileşimin çift taraflı olduğunu düşündürmektedir. Bu husus da aynı üyeleri ve aslında aynı Avrupa fikrini taşıdıkları muhtemel görüldüğünde oldukça olağan bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sonuç olarak her iki sistemin de Avrupa kamusal alanının oluşumuna kendi iç dinamikleri ve kaynak aldıkları ortak fikirler çerçevesinde ve aralarındaki iletişimin de çıktılarını kullanarak katkıda bulunduğu söylenebilecektir. Aynı kaynaktan beslenen bu sistemlerin ise etkileşim halinde olmadığı özellikle de AB'nin AİHS'ye katılımı söz konusu olduğundan söylenemeyecektir. Ayrıca AB'nin, insan hakları kapsamındaki ayrımcılık yasakları bağlamında oluşturulan Avrupa asgari standardını geçip geçemediğindense halihazırdaki durumu dikkate alınarak yargısal denetiminin kendi koyduğu standardın gerisine düşmemesinin takip edilmesi daha önemli görülmektedir. Son olarak unutulmamalıdır ki her iki sistem de aslında kendisini oluşturan devletlerin bir yansımasıdır, bu nedenle de insan hakları bağlamında etkin bir eşitlik anlayışı benimsemiş gerçek bir Avrupa konsensusu oluşması biraz da bu faktöre bağlıdır.

KAYNAKÇA

- AĞZITEMİZ, Merve “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (European Court of Human Rights)” içinde *AB Ansiklopedisi*, (İstanbul: İktisadi Kalkınma Vakfı Yayın No: 320, 2021).
- AKDOĞAN, Muzaffer, “Avrupa Birliği ve Birlik Üyesi Devletler Arasında Egemenlik” ilişkisi, *Uluslararası Hukuk ve Politika* 6, no 24 (2010) 55-76.
- ALYANAK, Servet, “Avrupa Birliği’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Katılımı: Saatler İleriye Mi Yoksa Geriye Mi İşliyor?”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, no 2 (2015) 72-88.
- Avrupa Komisyonu, *Ayrımcılıkla Mücadele, Bir Eğitim El Kitabı*, (Lüksemburg: Avrupa Topluluğu Resmi Yayınlar Bürosu, 2006).
- AYBAY, Rona, *İnsan Hakları Hukuku*, (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017).
- BALDI, Giorgia, “Re-Conceptualizing Equality In The Work Place: A Reading Of The Latest CJEU's Opinions Over the Practice of Veiling”, *Oxford Journal of Law and Religion* 7, no 2 (2018).
- BAYKAL Sanem - GÖÇMEN, İlke, “Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi”, *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 2013) 317-365.
- BELINDA.Smith, “It's About Time - For a New Regulatory Approach to Equality”, *Federal Law Review* 36, no 2 (2008) 117-144.
- BELL, Mark, “Leaving Religion At the Door? The European Court of Justice and Religious Symbols in the Workplace”, *Human Rights Law Review* 17, (2017) 784-796.

- BLOUIN-GENEST, Gabriel – ERB, Mikey “Improving HIV/AIDS Drugs Access: A Genealogy of the Human Right to Health from Below” içinde *Human Rights as Battlefields*, ed. Blouin-Genest G et. al (Palgrave Macmillan, 2019), ss. 225-244.
- BOOT, Christine - BENNET, Cinnamon “Gendermainstreaming In The European Union Towards a New Conception and Practice of Equal Opportunities?”, *The European Journal of Women’s Studies* 9, no 4 (2002) 430-446.
- CHARLESWORTH, Hilary, “Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations”, *Harvard Human Rights Journal* 18, no 1 (2005) 1-14.
- CHOUDHURY, Tufyal, Instructions to Discriminate, Incitement to Discriminate and Victimisation, içerisinde *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*. Schiek, Dagmar., Waddington, Lisa. & Bell, Mark. (Oxford: Hart Publishing, 2007)
- COLEMAN, Eli “Assessment of Sexual Orientation”, *Journal of Homosexuality* 14, no 1-2 (1987) 9-24.
- COLOMBI CIACCHI, Aurelia, “The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights”, *European Constitutional Law Review* 15, no 2 (2019) 294-305.
- CONNOLLY, Michael, *Equality, Discrimination and the Law*, (Routledge, 2022)
- CONNOLLY, Michael, *The English Judiciary, Discrimination Law and Statutory Interpretation*, (Routledge, 2019).
- CROON-GESTEFELD, Johanna, *Reconceptualising European Equality Law: A Comparative Institutional Analysis*, (Hart Publishing, 2017).
- DANISI, Carmelo “How far can the European Court of Human Rights go in the fight against discrimination? Defining new standards in its nondiscrimination

jurisprudence”, *International Journal of Constitutional Law* 9, no 3-4 (2011) 793–807.

DE MOL, Mirjam, “Küçükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law: Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) Judgment of 19 January 2010, Case C-555/07, Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG”, *European Constitutional Law Review* 6, no 2 (2010) 293-308.

DE MOL, Mirjam, “The Novel Approach of the CJEU on the Horizontal Direct Effect of the EU Principle of Non-Discrimination: (Unbridled) Expansionism of EU Law?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 18, no 1-2 (2011) 109-135.

DE SCHUTTER, O. *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law. Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives* (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005).

DE SCHUTTER, Olivier, “Three Models of Equality & European Anti-Discrimination Law”, *Northern Ireland Legal Quarterly* 57, no 1 (2006) 1-56.

DE VOS, Marc, *Beyond Formal Equality Positive Action Under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007).

DEMBROF, Robin A. “What Is Sexual Orientation”, *Philosophers' Imprint* 16, no 3 (2016) 1-27.

DESAUTELS-STEIN, Justin, “Race as a Legal Concept”, *Columbia Journal of Race and Law* 2, no 1 (2012).

DORSSEMONT, Filip, “Freedom of Religion in The Workplace and the Court of Justice of the European Union: A Return To The Principle Of Cuius Regio, Eius Religio?”, *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* 4, (2017) 200-2013.

ELVER, Hilal, *The Headscarf Controversy: Secularism and Freedom of Religion*, (USA: Oxford University Press, 2021).

ETINSKI, Rodoljub “Concept Of Indirect Discrimination Under Article 14 of The European Convention on Human Rights”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, no.70 (2015) 41-58.

FERRI, Delia “Reasonable Accommodation as a Gateway to the Equal Enjoyment of Human Rights: From New York to Strasbourg”, *Social Inclusion* 6, no 1 (2018) 40–50.

FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law*, (Oxford University Press, 2011).

FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law*, 2. Baskı (Oxford University Press: 2011)

GERARDS, Janneke, “The Discrimination Grounds of Article 14 of the ECHR”, *Human Rights Law Review* 13, no 1, 99-124.

GOOSEY, Stuart “Is Age Discrimination a Less Serious Form of Discrimination?”, *Legal Studies* 39, no 3 (2019) 1-17.

GÖÇMEN, İlke, *Avrupa Birliği Maddi Hukuku: İç Pazar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017)

GÖZLER, Kemal, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, (Bursa: Ekin Basım, 2017).

GÖZÜBÜYÜK, Şeref - GÖLCÜKLÜ, Feyyaz *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013).

- GÜL, İdil Işıl - KARAN, Ulaş, *Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi*, (İstanbul Bilgi Üniversitesi yayınları, 2011)
- HARRIS, David - O'BOYLE, Michael, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021).
- HARRIS, David - O'BOYLE, Michael, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 1. Baskı (Avrupa Konseyi, 2003).
- HARRIS, Erica – ISSACHAROFF, Samuel, “Is Age Discrimination Really Age Discrimination: The ADEA's Unnatural Solution” *New York University Law Review* 72, (1997) 780-840.
- HEINZE, Eric, *The Logic of Equality A Formal Analysis of Non-Discrimination Law*, (Routledge, 2018).
- HENRARD, Kristin, “Duties of Reasonable Accommodation on Grounds of Religion in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: A tale of (Baby) Steps Forward and Missed Opportunities”, *I•CON* 14, no 4 (2016) 961–983.
- KALABALIK, Halil, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018).
- KARAN, Ulaş, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve”, içinde *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, ed. Kenan Çayır et. al. (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012)
- KARAN, Ulaş, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve*, (İstanbul: Onikilevha, 2017).
- KARJALAINEN, Katja - YLHAINEN, Marjo “On the Obligation to Make Reasonable Accommodation for an Employee with a Disability”, *European Labour Law Journal* 12, no 4 (2021) 547–563.

- KAYA, Gözde, “EU Age Discrimination in Light of EU’s Demographic Challenges and ECI Case Law”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no 1 (2015) 79-117.
- KLAMERT Marcus - KOCHENOV, Dimitry, “Article 2” içinde *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, ed. Manuel Kellerbauer, Marcus Klamert ve Jonathan Tomkin (Oxford University Press, 2019) 22-30.
- KLEIN F., SEPEKOFF B. - WOLF T., “Sexual Orientation: A Multi-Variable Dynamic Process”, *Journal of Homosexuality* 11, no 1-2 (1985) 35-49.
- KONUK, Bahar “Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi”, *Journal of Yaşar University* 8, Özel Sayı (Armağan) (2014).
- LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth, *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, Human Rights Files, no 19, (Council of Europe Publishing, 2008).
- LAVRYSEN, Laurens, *Human Rights in a Positive State*, (Intersentia, 2016)
- LEE, Hyun Jung, *Discrimination Based on Sexual Orientation*, (Springer, 2022)
- LEVAY, Simon, *The Science of Sexual Orientation*, 2. Baskı, (Oxford University Press, 2017.
- MAAS, Willem, *Fundamental Rights and Reverse Discrimination*, Paper Presented at the European Union Studies Association Conference March 3-5, 2011, Boston.
- MANAV, Eda “2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, (2013) 731-779.
- MCCORMICK, John, *Understanding the European Union A Concise Introduction*, 2. Baskı, (New York: Palgrave, 2002).

- MCCORMICK, John, *Understanding the European Union: A Concise Introduction*, 5. Baskı, (Palgrave, 2011).
- MCCRUIDEN, Christopher, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *European Journal of International Law* 19, no 4 (2008) 655-724.
- MCKEAN, Warwick, *Equality and Discrimination Under International Law* (New York: Oxford University Press, 1983)
- MOECKLI, Daniel, “Equality and Non-Discrimination” içinde *International Human Rights Law*. ed. Moeckli, Daniel; et al. (United Kingdom: Oxford University Press, 2010) 189-208.
- MÖSCHEL, Mathias, “European Convention of Human Rights/ Council of Europe” içinde *Comparative Perspectives on the Enforcement and Effectiveness of Antidiscrimination Law*, ed. Mercat-Bruns, Oppenheimer ve Sartorius, (Springer, 2018) 531-542.
- MUIR, Elise, *EU Equality Law: The First Fundamental Rights Policy of the EU*, (Oxford, 2018).
- MUMCU, Ahmet, *İnsan Hakları&Kamu Özgürlükleri*, kaynağıyla Rousseau, İnsanlar Arasındaki Müsavatsızlığın Doğuşu ve Esasları Hakkında Nutuk, (İstanbul, 1945)
- O’CONNELL, Rory, “The role of dignity in equality law” *I•CON* 6, no 2 (2008) 267-286.
- O’CINNEIDE, Colm, “Age discrimination and the European Court of Justice: EU Equality Law Comes of Age” *Revue des Affaires Europeennes* 2, (2009).
- ÖDEN, Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003)
- POLAKIEWICZ, Jörg, “EU law and the ECHR: Will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle?”, *European Human Rights Law Review* 6, (2013) 592–605.

- POPOVICIU, Salomea - TILEAGĂ, Cristian “Roma Prejudices In the European Union Responses to Structural Inequality” içinde. *The Routledge International Handbook of Discrimination, Prejudice and Stereotyping*, ed. Cristian Tileagă, et. al (Routledge, 2022) 90-103.
- PORTARU, Adina, “CJEU Cases C-157/15 Achbita And C-188/15 Bougnaoui: Following in The Footsteps of The European Court of Human Rights or Moving Away?”, *European Journal of Current Legal Studies* 25, no 2 (2019).
- POSNER, Richard, *In Aging and Old Age* (Chicago: University of Chicago Press, 1995).
- SAUTER, Wolf, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?*, TILEC Discussion Paper no. 2013-003.
- SELL, Randall L. “Defining and Measuring Sexual Orientation: A Review”, *Archives of Sexual Behavior* 26, no 6 (1997) 643 – 658.
- SEROZAN, Rona, *Çocuk Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005).
- SOLANKE, Iyiola, *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-Discrimination Law*, (US: Hart Publishing, 2017)
- SUNDBERG, F. “L’effectivité des Recours Internes Suite à des ‘Arrêts Pilote’” içinde G. Cohen-Jonathan, J.F. Flauss and E. Lambert Abdelgawad (eds), *De l’effectivité des Recours Internes dans L’application de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruylant/Nemesis, Droit et Justice, No. 69, 2006, s. 259-275, aktaran (Abdelgawad, The execution of judgments, 2008, 49).
- TALLBERG, Jonas, *European Governance and Supranational Institutions: Making States Comply*, (Routledge, 2003).

TOBLER, Christa, “Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons”, *Heidelberg Journal of International Law* 74, no 3 (2014) 521-560.

TOBLER, Christa, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, (Luxembourg:Office for Official Publication of the European Communities, 2008).

TRYFONIDOU, Alina, “Case C-507/18 NH v Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI – Rete Lenford: Homophobic speech and EU Anti-Discrimination Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 27, no 4 (2020) 513–521.

TRYFONIDOU, Alina, “Positive State Obligations under European Law: A Tool for Achieving Substantive Equality for Sexual Minorities in Europe”, *Erasmus Law Review*, no 3 (2020) 98-112.

TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Kamile, “Kamu Hizmetine Girişte ve Yükselmede Kadınlara Pozitif Ayrımcılık Yapılması ve Avrupa’daki Örnekler”, *TBB Dergisi*, özel sayı (2017) 93-124.

ULUCAN, Devrim, Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel S. (2013) 369-383

ÜNAL, Şeref, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997)

ÜNAL, Şeref, *Uluslararası Hukuk*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005).

WADDINGTON Lisa - BRODERICK,Andrea *Promoting Equality And Non-Discrimination For Persons With Disabilities*, (Council of Europe, March 2017)

WADDINGTON, Lisa, “When it is Reasonable for Europeans to be Confused: Understanding when a Disability Accommodation is 'Reasonable' from a

Comparative Perspective” *Comparative Labor Law & Policy Journal* 29, no 3 (2008) 317-340.

WIESBROCK, Anja, “Case Note – Case C- 555/07, Küçükdeveci v. Swedex, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 January 2010”, *German Law Journal* 11, no 05 (2010) 539-549.

WOODWARD, Allison “European Gender Mainstreaming: Promises and Pitfalls of Transformative Policy”, *Review of Policy Research* 20, no 1 (2003) 65-88.

Kurumsal Kaynaklar

Commissioner for Human Rights, Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in Europe, Background document, (Council of Europe, 2011).

Council Directive, 2000/43, Implementing The Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Racial Or Ethnic Origin, 19.07.2000, OJ L 180.

Council Directive, 2000/78, Establishing A General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, 02.12.2000, OJ L 303.

Council Directive, 92/85/EEC of 19 October 1992 On The Introduction Of Measures To Encourage Improvements In The Safety And Health At Work Of Pregnant Workers And Workers Who Have Recently Given Birth Or Are Breastfeeding, 28.11.1992, OJ L 348.

Council of Europe - European Court of Human Rights, Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, (2022).

Council of Europe, Recommendation, Towards Full Social Inclusion of People with Disabilities 1592 (2003), 29.01.2003.

Council of the European Union, Framework Decision, on Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by Means of Criminal Law, 2008/913/JHA, 28.11.2008, OJ L 328/55.

Council, Framework Decision 2008/913/JHA, On Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by Means of Criminal Law, OJ L 328/55, 6.12.2008.

European Commission Against Racism and Intolerance (ECRI), General Policy Recommendation No. 7, 13 December 2002.

European Commission, Communication from The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions A Union of equality : EU Anti-Racism Action Plan 2020-2025, COM(2020) 565 final, Brussels, 18.09.2020.

European Commission, Proposal for a Council Directive on Implementing the Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Religion or Belief, Disability, Age or Sexual Orientation, COM(2008) 426 final, 02.07.2008.

European Commission, Proposal for a Council Directive on Implementing the Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Religion or Belief, Disability, Age or Sexual Orientation, COM(2008) 426 final, Brussels, 2.7.2008.

European Parliament and Council Directive, 2004/38 of the on the Right of Citizens of the Union and Their Family Members to Move and Reside Freely Within The Territory of The Member States, Amending Regulation (EEC) No 1612/68 on Freedom of Movement For Workers Within The Community, 30.4.2004, OJ L 158/77.

European Parliament and Council Directive, 2006/54 of the of on the Implementation Of The Principle Of Equal Opportunities And Equal Treatment Of Men And Women In Matters Of Employment And Occupation (recast), 26.07.2006, OJ L 204/23.

European Parliament, Human Rights in EU Trade Agreements The Human Rights Clause and Its Application, PE 637.975 – July 2019.

European Union Agency for Fundamental Rights, Fundamental Rights Report 2018 (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018).

European Commission, Report From The Commission to The European Parliament and The Council on the Application of Council Directive 2000/43/EC Implementing the Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin ('the Racial Equality Directive') and of Council Directive 2000/78/EC Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation ('the Employment Equality Directive') COM(2021) 139 final, Brussels, 19.3.2021.

Regulation No 31 (EEC), 11 (EAEC), Laying Down the Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants of the European Economic Community and the European Atomic Energy Community, 14.6.1962, OJ P 045.

United Nations, General Comment No. 18: Non-discrimination, (1989).

İnternet Kaynakları

BURRI, Susanne - SCHIEK, Dagmar, Multiple Discrimination in EU Law Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?, https://eige.europa.eu/docs/3028_multipliediscriminationfinal7september2009_en.pdf

COGHLAN, Niall, One fattened, six starved? The Article 2 TEU Values After the Rule of Law Conditionality Judgments, 15 MARCH 2022,

<https://europeanlawblog.eu/2022/03/15/one-fattened-six-starved-the-article-2-teu-values-after-the-rule-of-law-conditionality-judgments/>

ECHR, Factsheet – Pilot Judgments, December 2021,
https://www.echr.coe.int/documents/fs_pilot_judgments_eng.pdf

European Network of Equality Bodies, Reasonable accommodation for persons with disabilities: Exploring challenges concerning its practical implementation,
<https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2021/03/Reasonable-Accommodation-Disability-Discussion-Paper.pdf>

FERRI, Di Marcella, The Interplay Between Religious Discrimination in The Workplace and Fundamental Rights: The Cherry-Pick Approach of the EU Court of Justice,
<http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Qui25.pdf>

HOLTMAAT, Rikki, “*The Fight Against Discrimination in The Daily Practice*” (Academy of European Law Conference Paper, TRIER, 4 Haziran 2004) (Son Erişim Tarihi: 08.05.2017) http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02_Key_concepts/2004_Holtmaat_EN.pdf

https://europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/tackling-discrimination/raising-awareness-discrimination_en

<https://www.coe.int/en/web/compass/religion-and-belief>

https://www.echr.coe.int/documents/pilot_judgment_procedure_eng.pdf

OUALD-CHAIB Saïla - DAVID, Valeska, European Court of Justice Keeps the Door to Religious Discrimination in the Private Workplace Opened. The European Court of Human Rights Could Close It,
<https://strasbourgobservers.com/2017/03/27/european-court-of-justice-keeps-the-door-to-religious-discrimination-in-the-private-workplace-opened-the-european-court-of-human-rights-could-close-it/>

PEERS, Steve, When does the EU Charter of Rights apply to private parties?, 15 January 2014, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/01/when-does-eu-charter-of-rights-apply-to.html>

SCHUTTER, O. The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law. Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005) <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/The%20prohibition%20of%20Discrimination%20under%20Human%20Rights%20Law.pdf>

TİHEK, Temel Haklar Şartı, Eşitlik ve Ayrımcılık Alanında Avrupa Birliği Direktifleri, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/03/1551818880.pdf

ZACCARONI, Giovanni, More on the Horizontal Direct Effect of the Principle of Nondiscrimination on the Ground of Age: Dansk Industries (DI), 14 JULY 2016 <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/07/more-on-horizontal-direct-effect-of.html>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

“Bosphorus Airways” v. Ireland, no. 45036/98, 30 June 2005..

A.E. v. Finland, no. 30953/11, 22 September 2015.

Abdu v. Bulgaria, no. 26827/08, 11/03/2014.

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, no. 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28 May 1985.

Adam v. Slovakia, no. 68066/12, 26 July 2016.

Adzhigitova and Others v. Russia, nos. 40165/07 2593/08, 22/06/2021.

Ahmet Arslan and Others v. Turkey, no. 41135/98, 23/02/2010.

Airey v. Ireland, no. 6289/73, 9 October 1979.

Alajos Kiss v. Hungary, No. 38832/06, 20/05/2010.

Aldeguer Tomás v. Spain, no. 35214/09, 14/06/2016.

Alekseyev and Others v. Russia, no. 4916/07, 25924/08 and 14599/09, 11 April 2011.

Alujer Fernandez and Caballero Garcia v. Spain, no. 53072/99, 14/06/2001.

Ancient Baltic Religious Association “Romuva” v. Lithuania, no. 48329/19, 08/06/2021.

Angelova v. Bulgaria, no. 38361/97, 13/06/2002.

B and C v. Switzerland, nos. 889/19 and 43987/16, 17 November 2020.

B.S. v. Spain, no. 47159/08, 24/07/2012.

Baczkowski and Others v. Poland, no. 1543/06, 03/05/2007.

Bayev and Others v. Russia, nos. 67667/09 44092/12 56717/12, /06/2017.

Beck, Copp and Bazeley v. The United Kingdom, nos. 48535/99 48536/99 48537/99,
22/10/2002.

Beck, Copp and Bazeley v. The United Kingdom, nos. 48535/99, 48536/99 and 48537/99,
22.10.2002.

Behar and Gutman v. Bulgaria, no. 12567/13, 16/02/2021.

Bekos and Koutropoulos v. Greece no. 15250/02, 13/12/2005.

Berkman v. Russia, no. 46712/15, 1 December 2020.

Biao v. Denmark, 38590/10, 24/05/2016.

Boeckel and Gessner-Boeckel v. Germany, no. 8017/11, 07/05/2013.

British Gurkha Welfare Society and Others v. The United Kingdom, no. 44818/11,
15/09/2016.

Budinova and Chaprazov v. Bulgaria, no. 29335/13, 16/02/2021.

Burlya and Others v. Ukraine, no. 3289/10, 06/11/2018.

Caamaño Valle v. Spain, no.43564/17, 11/05/2021.

Canea Catholic Church v. Greece, no. 25528/94, 16/12/1997.

Carson and Others v. the United Kingdom, no. 42184/05, 2010.

Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal, no.17484/15, 25/07/2017.

Cha'are Shalom and Tsedek v. France, no.27417/95, 27/06/2000.

Charron and Merle-Montet v. France, no. 22612/15, 08.02.2018.

Christine Goodwin v. the United Kingdom, no. 28957/95, 11 July 2002.

Church of Scientology Moscow v. Russia, no.18147/02, 05/04/2007.

Cînța v. Romania, no. 3891/19, 18/02/2020.

Clift v. the United Kingdom, no. 7205/07, 13 July 2010.

Çam v. Turkey, no. 51500/08, 23/02/2016.

D.G. v. Ireland, no. 39474/98, 16/05/2002.

D.H. and Others v. Czech Republic, no. 57325/00, 13 November 2007.

Deaconu v. Romania, no.66299/12, 29/01/2019.

Dudgeon v. United Kingdom, No. 7525/76, 22 October 1981.

E.B. and Others v. Austria, nos. 31913/07 38357/07 48098/07, 07/11/2013.

E.B. v. France, no. 43546/02, 22 January 2008.

Enver Şahin v. Turkey, no. 23065/12, 30/01/2018.

Eweida and Others v. The United Kingdom, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, 15/01/2013.

Fabris v. France, no. 16574/08, 07/02/2013.

Fedorchenko and Lozenko v. Ukraine, no. 387/03, 20/09/2012.

Fedotova and Others v. Russia, nos. 40792/10, 30538/14 and 43439/14, 13 July 2021.

Fretté v. France, no. 36515/97, 26 February 2002.

G.L. v. Italy, no. 59751/15, 10/09/2020.

Gas And Dubois v. France, no. 25951/07, 15/03/2012.

Gaygusuz v. Austria, no. 17371/90, 16 September 1996.

Genderdoc-M and M.D. v. The Republic Of Moldova, no.23914/15, 14/12/2021.

Glor v. Switzerland, no. 13444/04, 30/04/2009.

Grzelak v. Poland, no. 7710/02, 15/06/2010.

Guberina v. Croatia, no. 23682/13, 22/03/2016.

Hämäläinen v. Finland, no. 37359/09, 16.07.2014.

Hoffmann v. Austria, no.12875/87, 23/06/1993.

Holy Monasteries v. Greece, no. 13092/87; 13984/88, 09 December 1994.

Hoogendijk v. The Netherlands, no. 58641/00, 06/01/2005.

Horváth and Kiss v. Hungary, no. 11146/11, 29 January 2013.

Hutten-Czapska v. Poland, no. 35014/97, 19 June 2006.

I.B. v. Greece, no. 552/10, 03/10/2013.

I.I.N. v. the Netherlands, no. 2035/04, 9 December 2004.

Identoba and Others v. Georgia, no. 73235/12, 12 May 2015.

İzzettin Doğan and Others v. Turkey, no. 62649/10, 26/04/2016.

J.D.and A. v. The United Kingdom, nos. 32949/17 34614/17, 24/10/2019.

J.M. v. The United Kingdom, no. 37060/06, 28/09/2010.

James and Others v. The United Kingdom, No. 8793/79, 21 February 1986.

Karner v. Austria, no. 40016/98, 24 July 2003.

Khamtokhu and Aksenchik v. Russia, no.60367/08, 961/11.

Kiyutin v. Russia, no. 2700/10, 10/03/2011.

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark, nos. 5095/71, 5920/72, 5926/72, 07/12/1976.

Kokkinakis v Greece, no 14307/88, 25 May 1993.

Konstantin Markin v. Russia, no. 30078/06, 22 March 2012.

Kozak v. Poland, no. 13102/02, 2 March 2010.

Köse and Others v. Turkey, no. 26625/02, 24/01/2006.

Kurić and Others v. Slovenia, no. 26828/06, 26/06/2012.

L. and V. v. Austria, nos. 39392/98, 39829/98, 09/01/2003.

Lashmankin and Others v. Russia, nos. 57818/09 and 14 others, 7 February 2017.

Lavida and Others v. Greece, no. 7973/10, 30 May 2013.

Loizidou v. Turkey, no.15318/89, 18 December 1996.

Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom, no.31417/96 32377/96, 27.09.1999.

M.E. v. Sweden, no. 71398/12, 8 April 2015.

M.K.N. v. Sweden, no. 72413/10, 27 June 2013.

Makhashevy v. Russia, no. 20546/07, 31/07/2012.

Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary, no. 17247/13, 26/05/2020.

Members of The Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others v. Georgia, no. 71156/01, 03/05/2007.

Menson and Others v. the United Kingdom, no. 47916/99, 06/05/2003.

Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova, no. 45701/99, 13/12/2001.

Milanovic v. Serbia, no. 44614/07, 14/12/2010.

Moldovan and Others v. Romania, nos. 41138/98 64320/01, 12/07/2005.

Molla Sali v. Greece, no.20452/14, 19/12/2018.

Moscow Branch of The Salvation Army v. Russia, no.72881/01, 05/10/2006.

Muñoz Díaz v. Spain, no. 49151/07, 08/12/2009.

N.D. and N.T. v. Spain, no. 8675/15, 8697/15, 13 February 2020.

Nachova and others v. Bulgaria, nos. 43577/98 and 43579/98, 6 July 2005.

Napotnik v. Romania, no. 33139/13, 20 October 2020.

Negovanović and Others v. Serbia, nos. 29907/16 and 3 others 25 January 2022.

O.M. v. Hungary, no. 9912/15, 5 July 2016.

Öcalan v Turkey, no. 46221/99, 12 May 2005.

Oliari and Others v. Italy, nos. 18766/11 and 36030/11, 21.07.2015.

Orlandi and Others v. Italy, no. 26431/12, 14.12.2017.

Oršuš and Others v. Croatia, no. 15766/03, 16 March 2010.

P.B. and J.S. v. Austria, no. 18984/02, 22 July 2010.

Pajić v. Croatia, no. 68453/13, 23 February 2016.

Perkins and R. v. The United Kingdom, nos. 43208/98, 44875/98, 22.10.2002.

Pilav v. Bosnia and Herzegovina, no. 41939/07, 9 June 2016.

Pla and Puncernau v. Andorra, no. 69498/01, 13/07/2004.

Plattform "Ärzte Für Das Leben" v. Austria, no. 10126/82, 21/06/1988.

R.P. and Others v. The United Kingdom, no. 38245/08, 09/10/2012.

Ratzenböck and Seydl v. Austria, no. 28475/12, 26.10.2017.

Relating To Certain Aspects of The Laws on The Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium, Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 July 1968.

Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria, no. 40825/98, 31/07/2008.

S.A.S. v. France, no. 43835/11, 01/07/2014.

S.L. v. Austria, no. 45330/99, 09/01/2003.

Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal, no. 33290/96, 21.12.1999.

Sampanis and Others v. Greece, no. 32526/05, 5 June 2008.

Savez Crkava "Riječ Života" and Others v. Croatia, no. 7798/08, 09/12/2010.

Schalk and Kopf v. Austria, no. 30141/04, 24/06/2010.

Schwizgebel v. Switzerland, no. 25762/07, 10 June 2010.

Secic v. Croatia, no. 40116/02, 31/05/2007.

Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, nos. 27996/06 and 34836/06, 22 December 2009.

Sheffield & Horsham v UK, nos. 22985/93 23390/94, 30 July 1998.

Škorjanec v. Croatia, no. 25536/14, 28/03/2017.

Smith and Grady v. The United Kingdom, no. 33985/96, 33986/96, 27.09.1999.

Sofianopoulos and Others v. Greece, nos. 1977/02, 1988/02 and 1997/02, 25 June 2020.

Stec and Others v. the United Kingdom, no. 65731/01, 12/04/2006.

Stoian v. Romania, no.289/14, 25/06/2019.

Stoica v. Romania, no. 42722/02, 04/03/2008.

Strøbye and Rosenlind v. Denmark, nos. 25802/18 27338/18, 02/02/2021.

T. v. The United Kingdom no.24724/94, 16/12/1999.

Taddeucci and McCall v. Italy, no. 51362/09, 30 June 2016.

Taddeucci and Mccall v. Italy, no. 51362/09, 30/06/2016.

Talpis v. Italy, no. 41237/14, 02/03/2017.

Thlimmenos v. Greece no.34369/97, 06 April 2000.

Timichev v. Russia, nos. 55762/00, 13 March 2006.

Trizio v. Switzerland, no. 7186/09, 02/02/2016.

Turan Cakır v. Belgium, no. 44256/06, 10/03/2009.

V. v. The United Kingdom, no.24888/94, 16/12/1999.

V.C. v. Slovakia, no. 18968/07, 08/11/2011.

Vallianatos and Others v. Greece, nos. 29381/09, 32684/09, 7 November 2013.

Van Der Mussele v. Belgium, no. 8919/80, 23/11/1983.

X and Y v. The Netherlands, no. 8978/80, 26 March 1985.

X. v. Turkey, no. 24626/09, 09/10/2012.

Zhdanov and Others v. Russia, nos.12200/08 35949/11 58282/12, 16 July 2019.

Zornić v. Bosnia and Herzegovina, no. 3681/06, 15 July 2014.

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

C- 12/86, *Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, 30 September 1987,

ECLI:EU:C:1987:400.

C-1/95, *Hellen Gerster v Freistaat Bayern*, 2 October 1997, ECLI:EU:C:1997:452.

C-13/05, *Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA*, 11 July 2006, ECLI:EU:C:2006:456.

C-132/11, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH v Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH*, 7 June 2012, ECLI:EU:C:2012:329.

C-133/05, *Commission of the European Communities v Republic of Austria*, 23 February 2006, ECLI:EU:C:2006:148.

C- 141/11, *Torsten Hörnfeldt v Posten Meddelande AB*, 5 July 2012, ECLI:EU:C:2012:421.

C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl v Antonino Bordonaro*, 19 July 2017, ECLI:EU:C:2017:566.

C-144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, 22 November 2005, ECLI:EU:C:2005:709.

C-147/08, *Jürgen Römer v Freie und Hansestadt Hamburg*, 10 May 2011, ECLI:EU:C:2011:286.

C- 152/11, *Johann Odar v Baxter Deutschland GmbH*, 6 December 2012, ECLI:EU:C:2012:772.

C-152/84, *Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, 26 February 1986, ECLI:EU:C:1986:84.

C-154/18, *Tomás Horgan and Claire Keegan v Minister for Education & Skills and Others*, 14 February 2019, ECLI:EU:C:2019:113.

C- 156/21, *Hungary v European Parliament and Council of the European Union*, 16 February 2022, ECLI:EU:C:2022:97.

C-157/15, *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV*, 14 March 2017, ECLI:EU:C:2017:203.

C-157/21, *Republic of Poland v European Parliament and Council of the European Union*, 16 February 2022, ECLI:EU:C:2022:98, para. 192-194.

C-159/15, *Franz Lesar v Beim Vorstand der Telekom Austria AG eingerichtetes Personalamt*, 16 June 2016, ECLI:EU:C:2016:451.

C-167/97, *Regina v Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, 9 February 1999, ECLI:EU:C:1999:60.

C-170/84, *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, 13 May 1986, ECLI:EU:C:1986:204.

C-171/88, *Ingrid Rinner-Kühn v FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, 13 July 1989, ECLI:EU:C:1989:328.

C- 176/12, *Association de médiation sociale v Union Locale des Syndicats CGT*, 15 January 2014, ECLI:EU:C:2014:2.

C-184/89, *Helga Nimz v Freie und Hansestadt Hamburg*, 7 February 1991, ECLI:EU:C:1991:50.

C-188/15, *Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v Micropole SA*, 14 March 2017, ECLI:EU:C:2017:204.

C-193/17, *Cresco Investigation GmbH v Markus Achatzi*, 22 January 2019, ECLI:EU:C:2019:43.

C-20/13, *Daniel Unland v Land Berlin*, 9 September 2015, ECLI:EU:C:2015:561

C-223/19, *YS v NK*, 24 September 2020, ECLI:EU:C:2020:753.

- C-227/04 P, *Maria-Luise Lindorfer v. Council of the European Union*, 11 September 2007, ECLI:EU:C:2007:490.
- C-237/94, *John O'Flynn and Adjudication Officer*, 23 May 1996, ECLI:EU:C:1996:206
- C-24/17, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft Öffentlicher Dienst v Republik Österreich*, 8 May 2019, ECLI:EU:C:2019:373.
- C-246/09, *Susanne Bulicke v Deutsche Büro Service GmbH*, 8 July 2010, ECLI:EU:C:2010:418.
- C-258/14, *Eugenia Florescu and Others v Casa Județeană de Pensii Sibiu and Others*, 13 June 2017, ECLI:EU:C:2017:448.
- C-258/15, *Gorka Salaberria Sorondo v Academia Vasca de Policía y Emergencias*, 15 November 2016, ECLI:EU:C:2016:873.
- C-258/17, *E.B. v Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA*, 15 January 2019, ECLI:EU:C:2019:17.
- C-26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, 5 February 1963, ECLI:EU:C:1963:1.
- C- 267/06, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1 April 2008, ECLI:EU:C:2008:179.
- C- 267/12, *Frédéric Hay v Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, 12 December 2013, ECLI:EU:C:2013:823.
- C-270/16, *Carlos Enrique Ruiz Conejero v Ferroservicios Auxiliares SA and Ministerio Fiscal*, 18 January 2018, ECLI:EU:C:2018:17.
- C- 286/12, *European Commission v Hungary*, 6 November 2012, ECLI:EU:C:2012:687.

C-30/19, *Diskrimineringsombudsmannen v Braathens Regional Aviation AB*, 15 April 2021, ECLI:EU:C:2021:269.

C-303/06, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*, 17 July 2008, ECLI:EU:C:2008:415.

C-308/06, *The Queen, on the Application of International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) and Others v Secretary of State for Transport*, 3 June 2008, ECLI:EU:C:2008:312.

C-312/11, *European Commission v Italian Republic*, 4 July 2013.

C-312/17, *Surjit Singh Bedi v Bundesrepublik Deutschland and Bundesrepublik Deutschland in Prozessstandschaft für das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland*, 19 September 2018, ECLI:EU:C:2018:734.

C-317/93, *Inge Nolte – Landesversicherungsanstalt Hannover*, 14 December 1995, ECLI:EU:C:1995:438.

C-341/08, *Domnica Petersen v Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, 12 January 2010, ECLI:EU:C:2010:4.

C- 354/13, *Fag og Arbejde (FOA) v Kommunernes Landsforening (KL)*, 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2463.

C-356/12, *Wolfgang Glatzel v. Freistaat Bayern*, 22 May 2014, ECLI:EU:C:2014:350.

C- 363/12, *Z. v A Government Department and The Board of Management of a Community School*, 18 March 2014, ECLI:EU:C:2014:159.

C-388/07, *The Queen, on the Application of The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, 5 March 2009, ECLI:EU:C:2009:128.

C-391/09, *Malgožata Runevič-Vardyn and Łukasz Paweł Wardyn v Vilniaus miesto savivaldybės administracija and Others*, 12 May 2011, ECLI:EU:C:2011:291.

C-395/15, *Mohamed Daouidi v Bootes Plus SL and Others*, 1 December 2016, ECLI:EU:C:2016:917.

C-396/17, *Martin Leitner v Landespolizeidirektion Tirol*, 8 May 2019, ECLI:EU:C:2019:375.

C-397/18, *DW v Nobel Plastiques Ibérica SA*, 11 September 2019, ECLI:EU:C:2019:703.

C-406/15, *Petya Milkova v Izpalnitelen Direktor Na Agensiata Za Privatizatsia i Sledprivatizatsionen Kontrol*, 9 March 2017, ECLI:EU:C:2017:198.

C-41/74, *Van Duyn v Home Office*, 4 December 1974, ECLI:EU:C:1974:133.

C-411/05, *Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*, 16 October 2007, ECLI:EU:C:2007:604.

C-414/16, *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V*, 17 April 2018, ECLI:EU:C:2018:257.

C-415/10, *Galina Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH*, 19 April 2012, ECLI:EU:C:2012:217.

C- 416/13, *Mario Vital Pérez v Ayuntamiento de Oviedo*, 13 November 2014, ECLI:EU:C:2014:2371.

C-417/13, *ÖBB Personenverkehr AG v Gotthard Starjakob*, 28 January 2015, ECLI:EU:C:2015:38.

C-423/15, *Nils-Johannes Kratzer v R+V Allgemeine Versicherung AG*, 28 July 2016, ECLI:EU:C:2016:604.

C-427/06, *Birgit Bartsch v Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, 23 September 2008, ECLI:EU:C:2008:517.

C- 429/12, *Siegfried Pohl v ÖBB Infrastruktur AG*, 16 January 2014, ECLI:EU:C:2014:12.

C-43/05, *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, 23 February 2006, ECLI:EU:C:2006:145.

C-432/14, *O v Bio Philippe Auguste SARL*, 1 October 2015, ECLI:EU:C:2015:643.

C-441/14, *Dansk Industri (DI), acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen*, 19 April 2016, ECLI:EU:C:2016:278.

C-443/15, *David L. Parris v Trinity College Dublin and Others*, 24 November 2016, ECLI:EU:C:2016:897.

C-447/09, *Reinhard Prigge and Others v Deutsche Lufthansa AG*, 13 September 2011, ECLI:EU:C:2011:573.

C-45/09, *Gisela Rosenblatt v Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, 12 October 2010, ECLI:EU:C:2010:601.

C-457/17, *Heiko Jonny Maniero v Studienstiftung des deutschen Volkes eV*, 15 November 2018, ECLI:EU:C:2018:912.

C-46/17, *Hubertus John v Freie Hansestadt Bremen*, 28 February 2018, ECLI:EU:C:2018:131.

C- 476/11, *HK Danmark acting on behalf of Glennie Kristensen v Experian A/S*, 26 September 2013, ECLI:EU:C:2013:590.

C-482/16, *Georg Stollwitzer v ÖBB Personenverkehr AG*, 14 March 2018, ECLI:EU:C:2018:180.

C-485/20, *XXXX v HR Rail SA*, 10 February 2022, ECLI:EU:C:2022:85.

C-49/18, *Carlos Escribano Vindel v Ministerio de Justicia*, 7 February 2019, ECLI:EU:C:2019:106.

C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark v Region Syddanmark*, 12 October 2010, ECLI:EU:C:2010:600.

C-507/18, *NH v Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI-Rete Lenford*, 23 April 2020, ECLI:EU:C:2020:289.

C-511/19, *AB v Olympiako Athlitiko Kentro Athinon – Spyros Louis*, 15 April 2021, ECLI:EU:C:2021:274.

C-515/13, *Ingeniørforeningen i Danmark v Tekniq*, 26 February 2015, ECLI:EU:C:2015:115,

C- 522/18, *DŚ v Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Jaśle*, 29 January 2020, ECLI:EU:C:2020:42.

C- 528/13, *Geoffrey Léger v Ministre des Affaires Sociales, de la Santé et des Droits des Femmes, Établissement Français du Sang*, 29 April 2015, ECLI:EU:C:2015:288.

C-529/13, *Georg Felber v Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur*, 21 January 2015, ECLI:EU:C:2015:20.

C- 530/13, *Leopold Schmitzer v Bundesministerin für Inneres*, 11 November 2014, ECLI:EU:C:2014:2359.

C-539/15, *Daniel Bowman v Pensionsversicherungsanstalt*, 21 December 2016, ECLI:EU:C:2016:977.

C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV*, 10 July 2008, ECLI:EU:C:2008:397.

C- 546/11, *Dansk Jurist- og Økonomforbund, acting on behalf of Erik Toftgaard v Indenrigs- og Sundhedsministeriet*, 26 September 2013, ECLI:EU:C:2013:603.

C-548/15, *J.J. de Lange v Staatssecretaris van Financiën*, 10 November 2016, ECLI:EU:C:2016:850.

C- 555/07, *Küçükdeveci v. Swedex*, 19 January 2010, ECLI:EU:C:2010:21.

C-587/20, *Ligebehandlingsnævnet acting on behalf of A v HK/Danmark and HK/Privat*,
2 June 2022, ECLI:EU:C:2022:419.

C-619/18, *European Commission v Republic of Poland*, 24 June 2019,
ECLI:EU:C:2019:531.

C-644/19, *FT v Universitatea „Lucian Blaga” Sibiu and Others*, 8 October 2020,
ECLI:EU:C:2020:810.

C-668/15, *Jyske Finans A/S v Ligebehandlingsnævnet, acting on behalf of Ismar Huskic*,
6 April 2017, ECLI:EU:C:2017:278.

C-670/18, *CO v Comune di Gesturi*, 2 April 2020, ECLI:EU:C:2020:272.

C-68/17, *IR v JQ*, 11 September 2018, ECLI:EU:C:2018:696.

C-795/19, *XX v Tartu Vangla*, 15 July 2021, ECLI:EU:C:2021:606.

C-824/19, *TC and UB v Komisia za zashtita ot diskriminatsia and VA*, 21 October 2021,
ECLI:EU:C:2021:862.

C-83/14, *"CHEZ Razpredelenie Bulgaria" AD v Komisia Za Zashtita Ot Diskriminatsia*,
16 July 2015, ECLI:EU:C:2015:480.

C-88/08, *David Hütter v Technische Universität Graz*, 18 June 2009,
ECLI:EU:C:2009:381.

C-91/92, *Faccini Dori v Recreb*, 14 July 1994, ECLI:EU:C:1994:292.

Joined Cases C- 124/11, C- 125/11 and C- 143/11, *Bundesrepublik Deutschland v
Karen Dittrich and Robert Klinke and Jörg-Detlef Müller v Bundesrepublik
Deutschland*, 6 December 2012, ECLI:EU:C:2012:771.

Joined Cases C-159/10 and C-160/10, *Gerhard Fuchs and Peter Köhler v. Land Hessen*,
21 July 2011, ECLI:EU:C:2011:508.

Joined cases C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 and C-190/94, *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula and Trosten Knor v Bundesrepublik Deutschland*, 8 October 1996, ECLI:EU:C:1996:375.

Joined cases C-250/09 and C-268/09, *Vasil Ivanov Georgiev v Tehnicheski universitet - Sofia, filial Plovdiv*, 18 November 2010, ECLI:EU:C:2010:699.

Joined Cases C-297/10 and C-298/10, *Sabine Hennigs v Eisenbahn-Bundesamt and Land Berlin v Alexander Mai*, 8 September 2011, ECLI:EU:C:2011:560.

Joined Cases C- 335/11 and C- 337/11, *HK Danmark, acting on behalf of Jette Ring v Dansk almennyttigt Boligselskab (C - 335/11) and HK Danmark, acting on behalf of Lone Skouboe Werge v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Pro Display A/S (C - 337/11)*, 11 April 2013, EU:C:2013:222.

Joined cases C-4/02 and C-5/02, *Hilde Schönheit v Stadt Frankfurt am Main (C-4/02) and Silvia Becker v Land Hessen*, 23 October 2003, ECLI:EU:C:2003:583.

Joined Cases C- 501/12 to C- 506/12, C- 540/12 and C- 541/12, *Thomas Specht and Others v Land Berlin and Bundesrepublik Deutschland*, 19 June 2014, ECLI:EU:C:2014:2005.

Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, *A. K. and Others v Sąd Najwyższy, CP v Sąd Najwyższy and DO v Sąd Najwyższy*, 19 November 2019, ECLI:EU:C:2019:982.

Joined cases C-6/90 and C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic*, 19 November 1991, ECLI:EU:C:1991:428.

Joined Cases C-773/18 to C-775/18, *TK and Others v Land Sachsen-Anhalt*, 27 February 2020, ECLI:EU:C:2020:125.

Joined Cases C-804/18 and C-341/19, *IX v WABE eV and MH Müller Handels GmbH v MJ*, 15 July 2021, ECLI:EU:C:2021:594.

OPINION OF ADVOCATE GENERAL SHARPSTON on C- 73/08, *Nicolas Bressol and Others and Céline Chaverot and Others v Gouvernement de la Communauté Française*, 25 June 2009.

Opinion 2/13, Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU, 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

Opinion 2/94, Opinion pursuant to Article 228 of the EC Treaty, 28 March 1996, ECLI:EU:C:1996:140.



ÖZET

“Avrupa” İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı: Avrupa Konseyi Ve Avrupa Birliği

İnsanların temel ihtiyaçlarından birisi de bir toplumda birlikte yaşadığı kişilerle eşit muamele görmek ve ayrımcılığa maruz kalmamaktır. Bu talepten doğan haklar birçok farklı hukuk sistemi tarafından farklı şekillerde ele alınabilmektedir. Bu bağlamda uluslararası hukuk, bölgesel ve yerel hukukların söz konusu yasağa yaklaşımı değişebilmektedir. Söz konusu bu sistemler Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği olduğunda ise kapsadıkları coğrafi bölge, ortak üyeler ve iletişimlerinin örtüşen bir yapı sergilemesi bakımından ayrıca hukuken incelenmesi gereken bir alanı oluşturmaktadır. Ortak paydalara sahip olmalarının ve iletişimlerinin yanı sıra Avrupa Birliğinin (AB), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) katılımına yönelik hukuki adımlar da böyle bir incelemeyi ayrıca gerekli göstermektedir. Ayrımcılık yasağının bu sistemlerdeki hukuki yorumunun farklılaşıp farklılaşmadığı, bir sistemin daha ileriye gidip gidemediği ve farklılaşma varsa bunun hangi noktalarda yoğunlaştığı gibi sorunlar bu inceleme açısından ortaya koyulabilecektir. Bu bağlamda ayrımcılık yasakları özelinde her iki sistem de kendi iç dinamikleriyle ele alındığında ayrımcılık hukuku alanında nasıl ilerlediğinin yanı sıra bu sistemlerin etkileşimi de değerlendirilmelidir. Bu çalışmada bu etkileşimi ortaya koyabilmek amacıyla da hukuk üzerinden hareketle söz konusu sistemlerin içtihat hukuku değerlendirilerek ayrımcılık yasakları temelindeki asgari standart ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Bu amaçla kullanılan hukuki kaynaklar da söz konusu olan içtihat hukuku ve AB ve AİHS kapsamında ayrımcılık yasağını düzenleyen temel hukuki metinler olmaktadır.

AB Kurucu Antlaşmalarından kaynağını alacak şekilde, ırk ve etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık temelleri bu

etkileşimi ve insan hakları standardını ortaya koymak üzere ele alınmaktadır. Belirlenen bu temellerde ayrımcılık yasağının düzenlenme şekli ve denetim unsuru ele alınacak ayrıca bu denetimin maddi boyutu olarak ayrımcılık türleri ve ayrımcılık yasağı testinin nasıl uygulandığı ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Bu sayede AİHS'nin temel amacının bir insan hakları koruma sistemi oluşturmak olduğu göz ardı edilmeksizin, sistemlerin bu alandaki dinamik yaklaşımı ve ulus üstü bir sistem olan AB'nin bu alanda belirlenen insan hakları standardının neresinde durduğuna ilişkin bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık Yasağı, Avrupa Birliği Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İçtihat Hukuku

ABSTRACT

Prohibition Of Discrimination In “European” Human Rights Law: Council Of Europe And European Union

One of the basic needs of people is to be treated equally with the people they live with in a society and not to be discriminated against others. Rights arising from this demand can be discussed in different ways by many different legal systems. In this context, the approach of international law, regional and national laws to the prohibition may change. In the case of the Council of Europe and the European Union, because of the geographical region they cover, their associate members and the overlapping structure of their communications, these systems constitute an area that needs to be examined in legal terms. In addition to the fact that they have common grounds and their communication, the legal steps towards the accession of the European Union (EU) to the European Convention on Human Rights (ECHR) also necessitate such examination. Problems such as whether the legal interpretation of the prohibition of discrimination in these systems differ, whether a system can go further, and if there is differentiation at what points it is focused, will be put forward in terms of this research. In this context of discrimination research, when both systems are handled with their own internal dynamics, the interaction of these systems should be evaluated as well as how they have progressed in the field of discrimination law. In this research, in order to reveal the interaction, the case law of the systems in question was evaluated and the minimum standard of discrimination prohibitions was tried to be theorized. The legal sources used for this purpose are the case law and the basic legal texts regulating the prohibition of discrimination under the EU and ECHR.

Originating mainly from the EU Founding Treaties race and ethnic origin, religious belief or belief, disability, age and sexual orientation are the grounds of discrimination addressed to set forth this interaction and the human rights standard. The

way the prohibition of discrimination is regulated and the element of control will be discussed on these grounds. On the other hand, types of discrimination and how the non-discrimination test is applied as the material dimension of this control will be tried to be revealed. By this means, without disregarding that the main purpose of the ECHR is to create a human rights protection system, it will be tried to reach a conclusion with the dynamic approach of the systems in this area and the place where the EU (as a supranational system), stands in the human rights standard.

Keywords: Prohibition of Discrimination, EU Law, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, Case Law