

EL KİTABI

# Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı



© Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, 2010.  
Avrupa Konseyi, 2010.

Kaynak belirtmek ve ticari maksat için olmamak şartıyla çoğaltmaya izin verilir.

Fotoğraf (kapak ve i): © iStockphoto

Avrupa Birliği hakkında daha çok bilgiye internet üzerinden ulaşılabilir (<http://europa.eu>).

Katalog verileri bu yayının sonunda yer alır.

Bu El Kitabı İngilizce olarak yazılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı başka dillere yapılan tercümelerin kalitesi konusunda herhangi bir sorumluluk üstlenmez. Bu El Kitabında ifade edilen görüşler AİHM'yi bağlamaz. El Kitabında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üzerine yorumlar ve elkitaplarına atıf yapılmaktadır. AİHM bunların içeriğinden sorumluluk üstlenmez; onların bu listeye dâhil edilmesi bu yayınların herhangi bir şekilde onaylandığı anlamına da gelmez. Sözleşme üzerine başka elkitapları AİHM kütüphanesinin internet sayfalarında listelenmiştir: [echr.coe.int/Library/](http://echr.coe.int/Library/)



# Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı

Funded  
by the European Union



EUROPEAN UNION



COUNCIL  
OF EUROPE  
CONSEIL  
DE L'EUROPE

Implemented  
by the Council of Europe

*Bu kitap Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Birliği ile Avrupa Konseyinin Ortak Programı olan "Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi" kapsamında basılmıştır. Projenin ihale makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.*



## Önsöz

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Haziran 2010'da, ayrımcılık yasağıyla ilgili Avrupa içtihadı üzerine bu El Kitabının hazırlanması konusunda işbirliği yapmaya karar verdiler. Bu ortak çabanın somut neticelerini sunmaktan memnuniyet duyuyoruz.

Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesiyle, Avrupa Birliği Temel Haklar Belgesi hukuken bağlayıcı hale gelmiştir. Buna ek olarak, Lizbon Antlaşması AB'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımını öngörür. Bu bağlamda, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından geliştirilen ortak ilkeler üzerine daha çok bilgi sahibi olunması, arzu edilen bir şey olmakla kalmayıp, Avrupa insan hakları hukukunun çok önemli bir parçası olan ayrımcılık yasağı standartlarının ulusal ölçekte düzgün bir biçimde uygulanması bakımından son derece gereklidir.

2010 yılı, 14. maddesinde ayrımcılık üzerine bir yasak getiren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 60. yıldönümü ve AB düzeyinde ayrımcılığa karşı mücadelede iki temel metnin – Irk Eşitliği Yönergesi ve İstihdamda Eşitlik Yönergesi – kabulünün 10. yıldönümüydü. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından ayrımcılık yasağı alanında geliştirilen büyük miktarda içtihat göz önüne alındığında, AB ve Avrupa Konseyi Üye Devletlerinde ve bunların ötesinde, yargıçlar, savcılar, avukatlar ve kolluk kuvvetleri gibi hukuki uygulamacılara yönelik, kolayca erişilebilen, bir CD-Rom ile birlikte bir El Kitabı sunmak yararlı görünüyordu. İnsan haklarının korunmasında ön sırada yer almalarından dolayı, özellikle bu kişiler, ayrımcılık yasağı ilkelerini pratikte etkili biçimde uygulayabilmek için bu ilkelerin bilincinde olmalıdır. Çünkü ayrımcılık yasağı hükümleri ulusal düzeyde yaşama geçirilir ve sorunlar burada, cephe hattında görünür hale gelirler.

### **Erik Fribergh**

Avrupa İnsan Hakları  
Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

### **Morten Kjaerum**

Avrupa Birliği Temel  
Haklar Ajansı Direktörü



# İçindekiler

ÖNSÖZ .....	3
KISALTMALAR.....	9
1. AVRUPA AYRIMCILIK YASAĞI HUKUKUNUN TANITIMI:	
BAĞLAM, EVRİM VE BAŞLICA İLKELER.....	11
1.1. Avrupa ayrımcılık yasağı hukukunun bağlamı ve arka planı .....	12
1.1.1. Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	12
1.1.2. Avrupa Birliği ve ayrımcılık yasağı yönergeleri.....	13
1.2. Avrupa koruma mekanizmalarında mevcut ve gerçekleşmesi beklenen gelişmeler .....	15
1.2.1. AB Temel Haklar Şartı.....	15
1.2.2. BM insan hakları antlaşmaları.....	16
1.2.3. Avrupa Birliğinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımı .....	17
Temel Noktalar.....	17
Okuma Listesi.....	18
2. AYRIMCILIK KATEGORİLERİ VE SAVUNMALARI .....	21
2.1. Giriş .....	21
2.2. Doğrudan ayrımcılık.....	22
2.2.1. İstenmeyen muamele.....	22
2.2.2. Emsal Kişi.....	23
2.2.3. Korunan hukuki menfaat .....	26
2.3. Dolaylı ayrımcılık.....	29
2.3.1. Tarafsız kural, ölçüt veya uygulama .....	29
2.3.2. Koruma altına alınan grup üzerinde daha olumsuz etki sahibi olma .....	30
2.3.3. Emsal Kişi.....	31
2.4. Taciz ve ayrımcılık emretme.....	31
2.4.1. AB ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamında taciz ve ayrımcılık emri verme .....	31
2.4.2. AİHS kapsamında taciz ve ayrımcılık emri verme.....	34
2.5. Özel veya belirli tedbirler.....	35
Temel Noktalar.....	42

2.6. Avrupa ayrımcılık yasağı hukukları kapsamında daha zararına muamelelerin savunmaları.....	43
2.6.1. Giriş.....	43
2.6.2. Genel savunma analizi.....	43
2.6.3. Genel savunmanın uygulanması.....	45
2.6.4. AB hukuku kapsamında belirli savunmalar.....	45
2.6.4.1. Mesleğe özel gereklilik.....	46
2.6.4.2. Dini kurumlar.....	49
2.6.4.3. Yaşa dayalı istisnalar.....	51
Temel Noktalar.....	54
Okuma Listesi.....	54
<b>3. AVRUPA AYIRIMCILIK YASAĞI HUKUKUNUN KAPSAMI.....</b>	<b>57</b>
3.1. Giriş.....	57
3.2. Avrupa ayrımcılık yasağı hukuku kapsamında korumadan kimler yararlanır?.....	58
3.3. Avrupa Sözleşmesinin kapsamı: 14. madde ve 12. Protokol.....	60
3.3.1. Sözleşmedeki ayrımcılık yasağının niteliği.....	60
3.3.1.1. Sözleşmede düzenlenen haklar.....	60
3.3.1.2. Sözleşme haklarının kapsamı.....	61
3.3.1.3. 12. Protokol.....	63
3.4. AB Ayrımcılık yasağı yönergelerinin kapsamı.....	64
3.4.1. İstihdam.....	65
3.4.1.1. İstihdama erişim.....	65
3.4.1.2. İşten çıkarma ve maaş dahil istihdam şartları.....	65
3.4.1.3. Mesleki rehberlik ve eğitime erişim.....	67
3.4.1.4. İşçi ve işveren örgütleri.....	68
3.4.1.5. Avrupa Sözleşmesi ve istihdam bağlamı.....	68
3.4.2. Refah ve sosyal güvenliğe erişim.....	69
3.4.2.1. Sosyal güvenlik ve sağlık hizmetleri dahil sosyal koruma.....	69
3.4.2.2. Sosyal avantajlar.....	70
3.4.2.3. Eğitim.....	71
3.4.2.4. Avrupa Sözleşmesi ile sosyal refah ve eğitim bağlamı.....	72
3.4.3. Konut dahil mal ve hizmet teminine erişim.....	73
3.4.3.1. Avrupa Sözleşmesi ve konut dahil mal ve hizmetler bağlamı.....	76



3.4.4. Adalete erişim .....	77
3.4.4.1. Avrupa Sözleşmesi ve adalete erişim bağlamı.....	78
3.5. Sözleşmenin AB hukuku ötesinde geçerliliği .....	79
3.5.1. 'Kişisel' alan: özel hayat ve aile hayatı, evlat edinme, konut ve evlilik .....	79
3.5.2. Siyasi katılım: ifade, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ve serbest seçimler .....	81
3.5.3. Yasayı uygulama .....	82
3.5.4. Ceza hukuku meseleleri.....	84
Temel Noktalar.....	85
Okuma Listesi.....	86
<b>4. KORUNAN HUKUKİ MENFAATLER .....</b>	<b>89</b>
4.1. Giriş.....	89
4.2. Cinsiyet.....	90
4.3. Cinsel yönelim .....	97
4.4. Engellilik.....	100
4.5. Yaş .....	102
4.6. Irk, etnik mensubiyet, renk ve ulusal bir azınlığa aidiyet .....	104
4.7. Milliyet veya milli köken.....	107
4.8. Din veya inanç .....	111
4.9. Dil .....	114
4.10. Sosyal köken, doğum ve mülkiyet .....	115
4.11. Siyasi veya diğer görüşler.....	117
4.12. 'Diğer statüler'.....	118
Temel Noktalar.....	119
Okuma Listesi.....	119
<b>5. AYRIMCILIK YASAĞI HUKUKUNDA KANITA DAYALI KONULAR.....</b>	<b>123</b>
5.1. Giriş.....	123
5.2. İspat yükünü paylaşmak .....	124
5.2.1. İspat edilmesi gerekli olmayan faktörler .....	127
5.3. İstatistikler ve başka verilerin rolü.....	129
Temel Noktalar.....	133
Okuma Listesi.....	134

DAVALAR LİSTESİ.....	135
Uluslararası Adalet Divanının içtihadı .....	135
Avrupa Birliği Adalet Divanının içtihadı .....	135
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadı.....	138
Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin içtihadı.....	141
İnsan Hakları Komitesinin içtihadı .....	142
Ulusal Mahkemelerin içtihadı .....	142
HUKUKİ METİNLER TABLOSU .....	145
Uluslararası mevzuat .....	145
AB enstrumanları .....	145
ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR.....	147
ATIFLAR ÜZERİNE NOT .....	149
CD-ROM ÜZERİNDE BULUNAN İLAVE MATERYALLER.....	151

## Kısaltmalar

<b>AB</b>	Avrupa Birliği
<b>ABAD</b>	Avrupa Birliği Adalet Divanı
<b>AİHM</b>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AK</b>	Avrupa Konseyi
<b>BM</b>	Birleşmiş Milletler
<b>CEDAW</b>	Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme
<b>CRC</b>	Çocuk Hakları Sözleşmesi
<b>ECRI</b>	İrkçiliğe ve Hoşgörüsüzlüğe karşı Avrupa Komisyonu
<b>FRA</b>	Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı
<b>ICCPR</b>	Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
<b>ICERD</b>	Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi
<b>ICESCR</b>	Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
<b>ICJ</b>	Uluslararası Adalet Divanı
<b>İHK</b>	İnsan Hakları Komitesi
<b>UN CRPD</b>	BM Engelli Hakları Sözleşmesi
<b>ÜÜV</b>	Üçüncü Ülke Vatandaşı



# 1

## Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukukunun Tanıtımı: Bağlam, Evrim ve Başlıca İlkeler

Bu tanıtıcı bölüm, Avrupa’da ayrımcılık yasağı hukukunun kökenlerini ve hem maddi hukukta, hem de koruma prosedürlerinde bugünkü ve gelecekteki değişimleri açıklayacaktır.

En başta belirtmek gerekir ki hem hakimler, hem de savcılar, dava tarafınca gündeme getirilip getirilmediğine bakılmaksızın, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa Birliği (AB) ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamında öngörülen koruma tedbirlerini uygulamak zorundadırlar. Ulusal mahkemeler ve adalet mercileri, taraflarca öne sürülen hukuki argümanlar ile sınırlı olmayıp, ilgili taraflarca ortaya konulan olgular çerçevesinde geçerli hukuku tespit etmelidirler; esas itibarıyla bu, bir davanın tarafları öne sürdükleri argümanlar ve kanıtlar yoluyla bir ayrımcılık yasağı iddiasının nasıl sunulacağını kendileri seçer anlamına gelmektedir. Bu husus, her ilgili sistemde açık olan temel hukuki ilkelerin, örnek olarak, AB hukukunun AB’yi oluşturan 27 Üye Devletle doğrudan uygulanabilirliği ve bütün AB ve Avrupa Konseyi (AK) Üye Devletlerinde uyulması gereken AİHS’ye bahşedilen doğrudan uygulanabilirliğin sonucudur. Ancak, bu gereklilik üzerinde önemli bir kısıtlama bulunmakta olup bu kısıtlama, zaman aşımı süresi biçimindedir. Ayrımcılık yasağı korumalarını uygulamayı düşünmeden önce, uygulamacılar düşünülen yargı alanı bakımından geçerli olan ilgili herhangi bir sınırlama süresini bilmek ve söz konusu mahkemenin davayı ele alıp alamayacağını tespit etmek zorundadır.

Bunun uygulamadaki sonuçlarına göre, uygulamacılar, uygun olduğunda, ilgili ayrımcılık yasağı araçlarını ve konuya dair içtihatları ulusal mahkemeler ve merciler nezdinde gündeme getirebilecektir.

Bu durum, uygulamacıların, ayrımcılık yasağı alanında halen mevcut olan sistemleri, bunların uygulamasını ve belirli hallerde nasıl uygulanacağını anlamalarını zorunlu kılmaktadır.

## 1.1. Avrupa ayrımcılık yasağı hukukunun bağlamı ve arka planı

“Avrupa ayrımcılık yasağı hukuku” terimi ayrımcılık yasağıyla ilgili Avrupa çapında tek bir kurallar sistemi olduğunu ifade eder; ancak, bu aslında çeşitli bağlamların oluşturduğu bir hukuktur. Bu El Kitabı esas olarak AİHS ve AB hukukuna dayanmaktadır. Ne zaman ve neden oluşturulduklarına bakıldığında bu iki sistemin ayrı kökenlere sahip olduğu görülecektir..

### 1.1.1. Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AK, diğerlerinin yanı sıra, hukuk devletini, demokrasiyi, insan haklarını ve sosyal gelişmeyi ilerletmek amacıyla (Avrupa Konseyi Kurucu Anlaşmasının 1. maddesine bakınız) İkinci Dünya Savaşından sonra bir araya gelen devletlerin oluşturduğu devletler arası bir örgüttür (HAÖ). AK Üye Devletleri, bu amaçların gerçekleştirilmesine yardım etmek için, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesini temel alan modern insan hakları antlaşmalarının ilki olan AİHS'yi kabul ettiler. AİHS, üyelerine, egemenlikleri altında olan (sadece vatandaşlar değil) herkese bir insan hakları listesini garanti etmek için hukuken bağlayıcı yükümlülükler getirmektedir.. AİHS'nin uygulanması, Üye Devletlere karşı açılan davaları gören Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından denetlenmektedir (Mahkemeye başlangıçta bir Komisyon yardım etmekteydi). Avrupa Konseyinin halen 47 üyesi bulunmaktadır ve katılmak isteyen herhangi bir devlet AİHS'ye de taraf olmak zorundadır.

1950'deki başlangıcından bugüne kadar AİHS'de 'Protokoller' yoluyla değişiklik ve eklemeler yapılmıştır. AİHS'deki en önemli prosedür değişikliği, AİHM'i daimi ve tam zamanlı bir organa dönüştüren ve Komisyonu lağveden 11. Protokol (1994) oldu. Bu Protokolün amacı, Berlin Duvarının çökmesi ve eski Sovyetler Birliğinin dağılmasından sonra Avrupa Konseyine katılan Doğu Avrupa ülkelerinden dolayı davaların sayısındaki artışa karşı AİHS mekanizmalarına yardım etmektir.

Ayrımcılık yasağı, Sözleşmede belirlenen diğer hakların kullanımında eşit muameleyi garanti eden AİHS 14. maddesiyle<sup>1</sup> teminat altına alınmıştır. Bütün AB Üye Devletlerince henüz onaylanmamış<sup>2</sup> olan AİHS'ye ek 12. Protokol (2000) (milli hukuk kapsamındaki haklar dâhil) herhangi bir hakkın kullanımında eşit muameleyi garanti ederek ayrımcılık yasağının kapsamını genişletir. Protokolün Açıklayıcı Raporuna göre, bu Protokol, insan haklarını garanti etmenin temel bir parçası olarak kabul edilen ayrımcılığa karşı korumayı güçlendirmek arzusuyla ihdas edilmiştir. Protokol, özellikle cinsiyet ve ırk eşitliğinin nasıl güçlendirileceği konusunda tartışmalardan doğmuştur.

Bu El Kitabının aslı amacı olmamakla birlikte belirtmek isteriz ki ayrımcılık yasağı ilkesi bazı AK belgelerinde temel bir ilkedir. Avrupa Sosyal Haklar Şartı'nın 1996 tarihli sürümünde, cinsiyete dayalı ayrımcılığa karşı koruma temin eden, istihdam ve çalışma konularında hem fırsat eşitliği hem de eşit muamele hakları yer alır.<sup>3</sup> Milli Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi<sup>4</sup>, İnsan Ticaretine Karşı AK Sözleşmesi<sup>5</sup> ve Resmi Belgelere Erişim AK Sözleşmesinde ayrımcılığa karşı ilave koruma görülebilir. Bilişim Suçları Sözleşmesine İlave Protokolde de ayrımcılığın teşvikine karşı koruma sağlanmaktadır. Ayrımcılık yasağı konusu, AK tarafından üretilen yasal belgelerin şekillenmesinde açıkça etkili olmuştur ve korunması gereken bir temel özgürlük olarak görülmektedir.

## 1.1.2. Avrupa Birliği ve ayrımcılık yasağı yönergeleri

Avrupa Birliği (AB) başlangıçta hükümetler arası bir örgüttü, fakat şimdi ayrı bir hukuki varlıktır. AB halen 27 Üye Devletten oluşur. 1950'lerde kurulan, enerji güvenliği ve serbest ticaret ile ilgilenen ( hep birlikte 'Avrupa Toplulukları' adıyla bilinen) üç ayrı HAÖ'den geliştirilmiştir. Avrupa Topluluklarının temel amacı, malların, sermayenin, insanların ve hizmetlerin serbest dolaşımı yoluyla ekonomik gelişmenin teşvik edilmesiydi. Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma'da (1957), Üye Devletler arasında eşit şartlar oluşturmak için, istihdam bağlamında cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklayan bir hüküm yer alıyordu. Bu hüküm, üye ülkelerin kadınlara daha az ücret veya daha

1 AİHS'nin 14.maddesinin uygulanmasıyla ilgili rehberlik sunan bir PowerPoint sunum biçiminde bir eğitim kılavuzu Avrupa Konseyi Hukukçular İçin İnsan Hakları Eğitimi web sitesinde bulunabilir:[www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1](http://www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1).

2 12.Protokolü onaylamış AB Üye Devletlerinin sayısı için bakınız: [www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ENG](http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ENG).

3 Avrupa Sosyal Haklar Belgesinin 20. maddesine ve V. Kısımdaki E maddesine bakınız.

4 Milli Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesindeki 4,6(2) ve 9 sayılı maddelere bakınız.

5 İnsan Ticaretine Karşı Eylem AK Sözleşmesindeki 2(1) sayılı maddeye bakınız.

az ayrıcalıklı çalışma şartları sunarak birbirleri üzerinde rekabet avantajı kazanmalarına engel olacaktı. Bu mevzuat önemli bir evrim geçirerek emekli maaşları, gebelik ve yasal sosyal güvenlik rejimleri gibi alanları da kapsamına almış olmakla beraber, 2000 yılına kadar AB’de ayrımcılık yasağı hukuku sadece istihdam ve sosyal güvenlik bağlamına uygulanıyor ve sadece cinsiyet temelini kapsıyordu.

1990’lar boyunca, AB hukukunda ayrımcılık yasağının ırk ve etnik köken, cinsel yönelim, dini inanç, yaş ve engellilik gibi diğer alanları da içine alacak şekilde genişletilmesini savunan kamusal çıkar grupları tarafından önemli lobi çalışmaları yapıldı. Bazı AB Üye Devletleri arasında aşırı milliyetçiliğin canlanmasıyla ilgili korkular, Topluluğa bu konularda mevzuat çıkarma yetkisini vererek Avrupa Topluluğu Antlaşmasının tadil edilmesi için liderler arasında yeterli siyasi iradenin oluşmasına yol açtı.

2000 yılında, iki yönerge kabul edildi: İstihdamda Eşitlik Yönergesi cinsel yönelime, dini inanca, yaşa ve engelliliğe dayalı olarak istihdam alanında ayrımcılığı, İrksal Eşitlik Yönergesi istihdam bağlamında ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılığı ve aynı zamanda refah sistemi ve sosyal güvenlik ile, mal ve hizmetlere erişimde ayrımcılığı da yasaklıyordu. Bu yönergeler AB çerçevesinde ayrımcılık yasağı hukukunun kapsamında önemli bir genişlemeyi temsil ediyordu; bireylerin istihdam piyasasında tam potansiyellerine ulaşabilmesi için, sağlık, eğitim ve konut gibi alanlara da eşit erişimlerini temin etmenin şart olduğu kabul ediliyordu. 2004 yılında, Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi cinsiyet ayrımcılığının kapsamını mal ve hizmetler alanına genişletti. Ancak, cinsiyet temelinde koruma İrk Eşitliği Yönergesindeki koruma kapsamına denk sayılmaz çünkü Cinsiyet Sosyal Güvenlik Yönergesi, sağlık hizmeti ve eğitime erişim ve sosyal koruma gibi daha geniş refah sistemiyle değil, sadece sosyal güvenlikle ilgili olarak eşit muameleyi garanti eder.

Cinsel yönelim, dini inanç, engellilik ve yaş istihdam bağlamında yegâne korunan hukuki menfaatler olmakla beraber, bu hukuki menfaatler için korumayı mal ve hizmetlere erişim alanına genişletmeye yönelik teklif (‘Yatay Yönerge’ olarak bilinir) halen AB kurumlarında müzakere edilmektedir.



## 1.2. Avrupa koruma mekanizmalarında mevcut ve gerçekleşmesi beklenen gelişmeler

### 1.2.1. AB Temel Haklar Şartı

Avrupa Topluluklarının ilk antlaşmalarında insan haklarına veya onların korunmasına herhangi bir atıf yer almıyordu. Avrupa’da bir serbest ticaret alanı yaratılmasının insan haklarıyla ilgili herhangi bir etkisi olabileceği düşünülüyordu. Ancak, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) önüne Topluluk mevzuatının sebep olduğu insan hakları ihlalleri iddiasıyla davalar gelmeye başladı, ABAD, Topluluk Hukukunun ‘genel ilkeleri’ olarak bilinen, yargıçlarca oluşturulan bir hukuk manzumesi geliştirdi. ABAD’a göre, bu genel ilkeler ulusal anayasalarda ve insan hakları antlaşmalarında, özellikle AİHS’de bulunan insan hakları korumasının içeriğini yansıtacak. ABAD, Topluluk Hukukunun bu ilkelere uygunluğunu temin edeceğini açıkladı.

Politikalarının insan hakları üzerinde bir etkisi olabileceğini kabul ederek ve vatandaşların AB’ye ‘daha yakın’ hissetmelerini sağlamak gayretiyle, AB ve Üye Devletler 2000 yılında AB Temel Haklar Şartı’nı ilan ettiler. Şart, Üye Devletlerin anayasalarında, AİHS’de ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi gibi evrensel insan hakları antlaşmalarında bulunan haklardan ilham alınarak oluşturulan bir insan hakları listesini içerir. 2000 yılında kabul edilen Şart sadece bir ‘beyanname’ niteliğindeydi, yani hukuken bağlayıcı değildi, fakat Avrupa Komisyonu (yeni AB mevzuatı teklif etmeye yetkili asli organ) tekliflerinin Şart ile uyum içinde olacağını beyan ettiler.

Lizbon Antlaşması 2009’da yürürlüğe girince Temel Haklar Şartı’nın statüsünü değiştirerek onu hukuken bağlayıcı bir belge haline getirdi. Sonuç olarak, AB kurumları artık bu Şart’a uymak zorundadır. AB Üye Devletleri de sadece AB hukukunu uygularken bu Şart’a uymak zorundadır. Çek Cumhuriyeti, Polonya ve Birleşik Krallık ile ilgili olarak, bu sınırlamayı açıkça yeniden ifade edilen bir protokol kararlaştırıldı. Şart’ın 21.maddesi muhtelif temellerde ayrımcılığa karşı bir yasaklama içerir. El Kitabında bu konu ilerleyen bölümlerde ele alınmaktadır. Şart’a uyulmamış olduğunu düşünen bireyler AB mevzuatına veya AB hukukunu uygulayan ulusal mevzuat hakkında şikâyetle bulunabilirler.

Ulusal mahkemeler, AB'nin İşleyişi Antlaşmasınının 267. maddesi kapsamındaki ön karar prosedürü yoluyla ABAD'dan AB hukukunun doğru yorumu hakkında rehberlik talebinde bulunabilirler.

## 1.2.2. BM insan hakları antlaşmaları

İnsan hakları koruma mekanizmaları elbette ki Avrupa ile sınırlı değildir. Amerika, Afrika ve Orta Doğu'daki diğer bölgesel mekanizmaların yanı sıra, Birleşmiş Milletler (BM) yoluyla oluşturulmuş önemli bir Uluslararası insan hakları hukuku bulunmaktadır. Bütün AB Üye Devletleri tamamında bir ayrımcılık yasağının yer aldığı BM'nin şu insan hakları antlaşmalarına taraftır: Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (ICCPR)<sup>6</sup>, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ICESCR)<sup>7</sup>, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (ICERD)<sup>8</sup>, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (CEDAW)<sup>9</sup>, İşkenceye Karşı Sözleşme<sup>10</sup> ve Çocuk Hakları Sözleşmesi (CRC)<sup>11</sup>. BM seviyesinde oluşturulan en yeni insan hakları antlaşması 2006 Engelli Hakları Sözleşmesidir (UNCRPD)<sup>12</sup>. Geleneksel olarak, insan hakları antlaşmaları sadece devletlerin katılımına açık olmuştur. Ancak, devletler kendilerine önemli yetki ve sorumluluklar devrettikleri hükümetlerarası örgütler (HAÖ) yoluyla daha çok işbirliği yaptıkça, HAÖ'lerin de kendi Üye Devletlerinin insan hakları yükümlülüklerini gerçekleştirme taahhüdüne girmelerini temin etmeye yönelik acil bir ihtiyaç söz konusudur. Bölgesel entegrasyon örgütlerinin üyeliğine açık olan ilk BM seviyesinde insan hakları antlaşması UNCRPD'dir. AB bu antlaşmayı Aralık 2010'da onaylamıştır.

UNCRPD, engelli kişilerin haklarının kullanımında eşitliği temin etmek amacıyla bu kişiler için geniş bir haklar listesi içerir ve pozitif tedbirler alınmasına yönelik olarak devlete çeşitli yükümlülükler getirir. Temel Haklar Şart'ı gibi, bu Sözleşme AB kurumlarını bağlar ve AB hukukunu tatbik

6 999 BMAS (Birleşmiş Milletler Anlaşmalar Serisi) 171.

7 993 BMAS 3.

8 660 BMAS 195.

9 1249 BMAS 13.

10 1465 BMAS 85.

11 577 BMAS 3. Ayrıca, bazı Üye Devletler BM Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesine (UN Doc. A/61/611, 13 Aralık 2006) ve Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması İçin Uluslararası Sözleşmeye de (UN Doc. A/61/488, 20 Aralık 2006) taraftır; fakat hiçbir Üye Devlet Bütün Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmeye (UN Doc. A/RES/45/158, 1 Temmuz 2003) henüz taraf değildir.

12 UN Doc. A/61/611, 13 Aralık 2006.

ederken Üye Devletleri bağlayacaktır. Ayrıca, münferit Üye Devletler halen UNCRPD'ye kendi adlarına katılma sürecinde olduklarından UNCRPD onlar için de doğrudan yükümlülükler getirmektedir. Bu Sözleşme, büyük olasılıkla, engellilik temelinde ayrımcılığa ilişkin AB ve AİHM hukukunun yorumlanması için bir referans noktası olarak kabul edilecektir.

### 1.2.3. Avrupa Birliğinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılımı

AB hukuku ve AİHS halen yakından bağlantılıdır. AB'nin bütün Üye Devletleri AİHS'ye katılmıştır. Yukarıda kaydedildiği gibi, ABAD, AB hukuku çerçevesinde insan hakları korumasının kapsamını tespit ederken AİHS'den ilham alır. Temel Haklar Şartı aynı zamanda bununla sınırlı olmamakla beraber AİHS'deki haklar kapsamını da yansıtmaktadır. Buna uygun olarak, AB'nin henüz AİHS'ye taraf olmamış olmasına rağmen AB hukuku esas olarak AİHS ile uyumludur. Ancak, bir birey AB'ye ve onun insan haklarını garanti edememesi hakkında şikâyetle bulunmayı istemesi durumunda, AB'yi AİHM nezdinde dava etme hakkına sahip değildir. Bunun yerine, ulusal mahkemeler nezdinde dava açması gerekir ki bu durumda mahkeme ön karar prosedürü yoluyla davayı ABAD'a havale edebilir, ya da bir Üye Devlete karşı dava açarken AB'yi ABAD önünde dolaylı olarak dava etmesi gerekir.

Lizbon Antlaşmasında, AB'nin kendi başına bir taraf olarak AİHS'ye katılmasına yetki veren bir hüküm vardır ve 14. Protokol, buna olanak tanıyacak şekilde AİHS'de değişiklik yapmaktadır. AB'nin katılımıyla ilgili müzakereler birkaç yıl alabileceğinden bunun pratikte nasıl bir etkisinin olacağı ve özellikle ABAD ile AİHM arasında gelecekteki ilişkinin ne olacağı henüz belli değildir. Ancak, en azından, bireyler AİHS'yi ihlal ettiği gerekçesiyle AB'yi AİHM nezdinde doğrudan dava edebilecektir.

#### Temel Noktalar

- Avrupa'da ayrımcılığa karşı koruma hem AB hukukunda, hem AİHS'de bulunmaktadır. Bu iki sistem, büyük ölçüde, tamamlayıcı ve karşılıklı olarak birbirlerini güçlendirici nitelikte olmakla beraber, ikisi arasında uygulamacıların bilmesi gereken bazı farklar mevcuttur.

- AİHS taraf olan 47 devletin yetki alanındaki bütün bireyleri korur; AB ayrımcılık yasağı yönergeleri ise sadece 27 Üye Devletin vatandaşlarına koruma temin eder.
- AİHS'nin 14. maddesi kapsamında, ayrımcılık sadece antlaşmanın garanti ettiği başka bir hakkın kullanımıyla ilgili olarak yasaklanmıştır. 12. Protokol kapsamında, ayrımcılık yasağı bağımsız bir kural olarak yer almaktadır.
- AB ayrımcılık yasağı hukukunda, ayrımcılık yasağı bağımsız bir kuraldır, fakat istihdam gibi belirli bağlamlar ile sınırlanmıştır.
- AB kurumları, ayrımcılık yasağı hükümleri de dahil olmak üzere Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na uymak zorundadırlar. AB Üye Devletleri de AB hukukunu gerçekleştirirken Şart'a uymak zorundadır.
- Avrupa Birliği UN CRPD'ye ve AİHM'ye katılacaktır. Bu katılım AB'yi dış izleme organlarının denetimine tabi kılabacak ve bireyler, AİHS'nin AB tarafından ihlalini doğrudan AİHM nezdinde dava edebilecektir.

## Okuma Listesi

Bamforth, Malik and O'Conneide, *Discrimination Law: Theory and Context* (London, Sweet and Maxwell, 2008), Chapter 1 'Key Issues and Questions in Discrimination Law', Chapter 2 'Sources and Scope of Domestic Discrimination Law'.

Barnard, 'EC Employment Law', (3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2006), Chapter 1 'The Evolution of "EC" Social Policy'.

Besson, 'The European Union and Human Rights: Towards a Post-National Human Rights Institution?', *6 Human Rights Law Journal* (2006) 323.

Butler, 'A Comparative Analysis of Individual Petition in Regional and Global Human Rights Protection Mechanisms', *23 University of Queensland Law Journal* (2004) 22.

Chalmers (et al), *European Union Law: Text and Materials*, (2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010), Chapter 1 'European Integration and the Treaty on European Union', Chapter 2 'EU institutions' and Chapter 6, 'Fundamental Rights'.

Costello, 'The Bosphorus ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe', *6 Human Rights Law Review* (2006) 87.

Craig and de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (4th ed. Oxford, Oxford University Press, 2008), Chapter 1 'The Development of European Integration', Chapter 11 'Human Rights in the EU'.

Eicke, 'The European Charter of Fundamental Rights – Unique Opportunity or Unwelcome Distraction', 3 *European Human Rights Law Review* (2000) 280.

Ellis, 'EU Anti-Discrimination Law' (Oxford, Oxford University Press, 2005), Chapter 1 'Introduction'.

Equinet, 'Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice', Volumes I-IV, available at: [www.equineteurope.org/equinetpublications.html](http://www.equineteurope.org/equinetpublications.html). Fitzpatrick (et al), 'The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article', 25.4 *Industrial Law Journal* (1996) 320.

Guliyev, 'Interdiction générale de la discrimination : droit fondamental ou droit de "second rang" ? CourEDH, Gde Ch., Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine, 22 décembre 2009', 10 *L'Europe des libertés : revue d'actualité juridique*, (2010) 31.

Heringa and Verhey, 'The EU Charter: Text and Structure', 8 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2001) 11.

Llorente, 'A Charter of Dubious Utility', 1.3 *International Journal of Constitutional Law* (2003) 405.

Martin, 'Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudences sous influence?', 18 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, (2007) 69.

Quesada Segura, 'La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea', *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (2008) extraordinary number.

Royer, *The Council of Europe/Le Conseil de l'Europe* (Strasbourg, Council of Europe, 2010/2009).

Sadurski, 'Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments', 9 *Human Rights Law Review* (2009) 397.

Syrpis, 'The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?', 37.3 *Industrial Law Journal* (2008) 219.

Tulkens, 'L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme', in Carlier (ed.), *L'étranger face au droit* (Bruxelles, Bruylant, 2010).



# 2

## Ayrımcılık Kategorileri ve Savunmaları

### 2.1. Giriş

Ayrımcılık yasağı hukukunun amacı, bütün bireylere bir toplumda mevcut olan fırsatlara erişmek için eşit ve adil bir imkân temin etmektir. Kimlerle arkadaşlık ettiğimiz, nerede alışveriş yaptığımız ve nerede çalıştığımız gibi konularda her gün seçimler yaparız. Öznel tercihlerimizi ifade etmek yaygın ve normal olmakla beraber, kimi zaman bizi yetkili konumuna getiren veya başkalarının hayatları üzerinde doğrudan etkisi olabilecek kararlar almamıza olanak tanıyan görevler yürütebiliriz. Kamu yetkilerinin nasıl kullanıldığına veya özel mal ve hizmetlerin nasıl sunulduğuna karar veren devlet memuru, dükkân sahibi, işveren, emlak maliki veya doktor olabiliriz. Kişisel olmayan bu alanlarda, ayrımcılık yasağı hukuku yaptığımız seçimlere iki yoldan müdahale eder:

İlk olarak, benzer durumlarda olan bireylerin eşit muamele görmeleri gerektiğini, sahip oldukları belirli bir 'korunan' özellik nedeniyle onlara daha az elverişli bir biçimde muamele edilmemesi gerektiğini öngörür. Bu türden muamele 'doğrudan' ayrımcılık olarak bilinir. Doğrudan ayrımcılık, AİHS çerçevesinde, genel bir nesnel haklı bir nedene dayandırma savunmasına tabidir; ancak, AB hukukunda doğrudan ayrımcılığa karşı savunmalar belli ölçüde sınırlıdır.

İkinci olarak, ayrımcılık yasağı hukukuna göre, farklı durumlarda olan bireyler, başkalarıyla aynı esasta belirli fırsatlardan istifade edebilmelerine imkân verecek ölçüye kadar farklı muamele görmelidir. Böylece, belirli uygulamaları gerçekleştirirken veya belirli kurallar oluştururken aynı 'korunan hukuki menfaatler' dikkate alınmalıdır. Bu 'dolaylı' ayrımcılık olarak bilinir. Dolaylı

Ayrımcılık yasağı hukuku, aynı durumdaki kişilerin veya grupların farklı muamele gördükleri ve farklı durumlardaki kişilerin veya grupların aynı şekilde muamele gördükleri senaryoları yasaklar.<sup>14</sup>

ayrımcılığın bütün biçimleri, iddianın AİHS'ye mi, AB hukukuna mı dayalı olduğuna bakılmaksızın, haklı bir nedene dayandırmaya bağlı bir savunmaya tabidir.

Bu bölümde, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın anlamı, taciz veya ayrımcılık emretme gibi belirli ayrımcılık şekillerinden bazıları ve bunların içtihat yoluyla pratikte nasıl işlediği daha ayrıntılı olarak Daha sonra ayrımcılık savunmalarının nasıl işlediği incelenmektedir.

## 2.2. Doğrudan ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık AİHS'de ve AB hukukunda benzer şekilde tanımlanır. Irk Eşitliği Yönergesinin 2(2). maddesine göre 'bir kimse ırk veya etnik köken temelinde benzer bir durumda başka bir kimsenin gördüğü, görmüş olduğu veya göreceği muameleye kıyasla daha zararına bir muamele görürse doğrudan ayrımcılık olduğu kabul edilir'.<sup>14</sup> AİHM'nin kullandığı formülasyona göre, doğrudan ayrımcılıktan söz edilebilmesi için, 'benzer durumlardaki kişilerin gördükleri muamelede, belirlenebilir bir özelliğe dayalı bir farklılık olmalıdır'.<sup>15</sup>

- Bir birey, benzer bir durumdaki başkalarının görmüş olduğu veya göreceği muameleye kıyasla
- İstenmeyen bir muamele gördüğünde ve
- Bunun nedeni, onun sahip olduğu ve 'korunan temel' kapsamına giren belirli bir özellik ise,

Doğrudan ayrımcılık meydana gelmiş demektir.

### 2.2.1. İstenmeyen muamele

Doğrudan ayrımcılığın odağında bir bireyin farklı muameleye tabi olması vardır. Bundan ötürü, doğrudan ayrımcılığın ilk özelliği istenmeyen muamelenin kanıtıdır. Genellikle istatistikî verilerin gerekli olduğu dolaylı ayrımcılığa (bkz. aşağıda) nispeten tespiti kolay olabilir. Bu El Kitabında atıf yapılan davalardan verilebilecek örnekler şunlardır: bir restorana veya dükkâna kabul edilmeme;

13 Örnek olarak bkz. AİHM, Hoogendijk ve Hollanda Davası (karar) (No.58641/00), 6 Ocak 2005.

14 Benzer şekilde: İstihdamda Eşitlik Yönergesi, Madde 2(2)(a); Cinsiyet Eşitliği Yönergesi, Madde 2(1)(a); Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi, Madde 2(a)

15 AİHM, Carson ve Diğerleri – İngiltere [GC] (No. 42184/05), 16 Mart 2010; paragraf 61. Benzer şekilde, AİHM D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti [GC] (No. 57325/00), 13 Kasım 2007, paragraf 175; AİHM, Burden – İngiltere [GC] (No. 13378/05), 29 Nisan 2008, paragraf 60.



daha düşük emekli maaşı veya daha az ücret alma; sözlü istismara veya şiddete uğrama; bir kontrol noktasında girişin reddedilmesi; daha ileri veya daha erken emeklilik yaşına tabi olma; belirli bir mesleğe alınmama; miras hakları talep edememe; genel eğitim sisteminden dışlanma; sınır dışı edilme; dini semboller taşımaya izin verilmeme; sosyal güvenlik ödemelerinden mahrum bırakılma veya bunların iptaline maruz kalma.

## 2.2.2. Emsal Kişi

İstenmeyen muamele, benzer durumdaki bir kimseyle karşılaştırıldığında istenilmeyen muamelenin söz konusu olduğu durumlarda ayrımcılığın tespitinin yapılması ile ilgilidir. 'Düşük' ücretle ilgili şikâyet, ücretin aynı işveren tarafından benzer bir görevin yapılması için istihdam edilen başka bir kimsenin ücretinden daha düşük olduğu gösterilmedikçe, bir ayrımcılık iddiası değildir. O halde, bir 'emsal kişi' yani, büyük ölçüde benzer durumda olan bir kişi gerekmektedir. Bu kişiyle diğeri arasındaki başlıca fark 'korunan hukuki menfaat' olmalıdır. Bu El Kitabında tartışılan davalar, bir emsal kişiyi ispat etmenin genellikle ihtilafı olmadığını gösterir ve kimi zaman ne davanın tarafları, ne de mahkeme emsal kişiyi açıkça tartışır. Aşağıda, emsal kişinin ispatının karar veren organ tarafından açıkça gündeme getirildiği davaların bazı örnekleri verilmiştir.

Örnek: *Müstakim* davasında, bir Fas vatandaşı birkaç suçtan mahkûm edilmişti ve bundan ötürü sınır dışı edilecekti.<sup>16</sup> Fas vatandaşı, sınır dışı etme kararının ayrımcı muamele oluşturduğunu iddia etti. Belçika vatandaşlarının cezai suçlardan mahkûmiyetin ardından sınır dışı edilmediklerini söyleyerek, milliyet temelinde ayrımcılığa uğradığını ileri sürdü. AİHM, başvurunun Belçika vatandaşlarıyla benzer bir durumda olmadığına karar verdi, çünkü bir devlet AİHS kapsamında kendi vatandaşlarını sınır dışı edemezdi. Bu durumda, bu kişinin sınır dışı edilmesi ayrımcı muamele oluşturmuyordu. AİHM, başvurunun (dolaşım özgürlüğüyle ilgili AB hukuku nedeniyle sınır dışı edilmeleri mümkün olmayan) diğer AB üye ülkelerinin vatandaşlarıyla benzer bir durumda olduğunu kabul etmekle beraber, muamele farkının haklı bir nedene dayandığı belirlendi.

Örnek: *Allonby* davasında, bir kolejde okutman olarak çalışan davacının sözleşmesi kolej tarafından yenilenmemiştir.<sup>17</sup> Bunun üzerine, eğitim

16 AİHM, *Müstakim* – Belçika (No.12313/86), 18 Şubat 1991.

17 *ABAD, Allonby* – Accrington and Rossendale College, Dava C-256/01 [2004]ECR I-873, 13 Ocak 2004.

kurumlarına okutmanlar temin eden bir şirket için çalışmaya başlamıştı. Bu şirket, davacıyı eski kolejinde göndermişti. Davacı orada geçmişte yapmış olduğu görevleri yapıyor, fakat kolejin ona vermiş olduğu ücretten daha düşük bir ücret alıyordu. Davacı, kolej için çalışan erkek okutmanlara daha yüksek ücret ödendiğini söyleyerek, cinsiyet temelinde ayrımcılık yapıldığını iddia etti. ABAD, kolej tarafından istihdam edilen erkek okutmanların benzer bir durumda olmadıklarına hükmetti. Çünkü kolej, hem kendisinin doğrudan istihdam ettiği erkek okutmanın, hem de bir dış şirketin istihdam ettiği davacının ücret seviyesini belirlemekten sorumlu değildi. O halde, bu kişiler benzer bir durumda bulunuyorlardı.

Örnek: *Luczak* davasında, Polonya'da yaşayan ve çalışan bir Fransız çiftçi, özellikle Polonyalı çiftçileri desteklemek için kurulmuş olan özel bir Polonya sosyal güvenlik rejimine girmesine, rejimin vatandaş olmayanlara açık olmadığı gerekçesiyle izin verilmediğinden şikâyet etti.<sup>18</sup> AIHM, başvurucunun daimi olarak ikamet etmesi, vatandaşlar gibi vergi ödemesi ve böylece sosyal güvenlik sisteminin finansmanına katkı yapması ve daha önce genel sosyal güvenlik rejiminde yer almış olması nedeniyle, bu rejimden istifade eden Polonyalı çiftçilere benzer bir durumda olduğunu kabul etti.

Örnek: *Richards* davasında, şikâyetçi cinsiyet değiştirme ameliyatı yoluyla erkeklikten kadınlığa geçmişti. İngiltere'de kadınların emekliliğe hak kazanma yaşı olan 60 yaşına geldiğinde emekli olmak için başvurmak istedi. Hükümet, şikâyetçinin benzer bir durumda olan kişilere göre istenmeyen muamele görmemiş olduğunu savunarak, emekli maaşı bağlamayı reddetti. Hükümet, burada doğru emsal kişinin 'erkekler' olduğunu, zira şikâyetçinin hayatını bir erkek olarak yaşamış olduğunu öne sürdü. ABAD, ulusal hukuka göre bir bireyin cinsiyetini değiştirebilmesi nedeniyle, doğru emsal kişinin 'kadınlar' olduğunu belirledi. Dolayısıyla, kendisine daha yüksek bir emeklilik yaşı uygulanmak suretiyle şikâyetçi diğer kadınlara kıyasla daha zararına muamele görmekteydi.<sup>19</sup>

Örnek: *Burden – İngiltere* davasında, iki kız kardeş 31 yıl boyunca beraber yaşamıştı.<sup>20</sup> Ortaklaşa bir mülk sahibi oldular ve her biri vasiyetinde kendi

18 AIHM, *Luczak – Polonya* (No.77782/01), 27 Kasım 2007; ayrıca bkz. AIHM, *Gaygusuz – Avusturya* (No.17371/90), 16 Eylül 1996.

19 ABAD, *Richards – İstihdam ve Emekli Maaşlarından Sorumlu Devlet Bakanı*, Dava C-423/04 [2006] ECR I-3585, 27 Nisan 2006.

20 AIHM, *Burden – İngiltere* [GC] (No.13378/05), 29 Nisan 2008.

payını diğerine bıraktı. Davacılar, taşınmazın değeri belli bir eşiği aştığından, birinin ölümü üzerine diğerinin miras vergisi ödemek zorunda olacağından şikâyet ettiler. Bunun onların mülkiyet hakkına ayrımcı bir muamele olduğu şikâyetinde bulundular zira evli çiftler ve medeni hukuk ortaklıklarına girmiş olan çiftler miras vergisinden muaftı. Ancak, AİHM, kardeş olan başvuruçuların kendilerini evli veya medeni hukuk ortağı durumundaki çiftler ile mukayese edemeyeceklerini belirledi. Evlilik ve medeni hukuk ortaklıkları, sözleşmeye dayalı haklar ve sorumluluklar oluşturmak için özgürce ve bilinçli olarak girilen özel ilişkiler oluşturur. Buna karşılık, başvuruçular arasındaki ilişki kan bağına dayanıyordu ve temel olarak farklıydı.

Örnek: *Carson ve Diğerleri – İngiltere* davasında, başvuruçular, İngiltere hükümetinin yurt dışında yaşayan emeklilere yurt içinde yaşayan emeklilerin maaş zammını vermediğinden şikâyet ettiler.<sup>21</sup> İngiltere hukukuna göre, emekli maaşı zamları, İngiltere ile karşılıklı bir sosyal güvenlik düzenlemesi içinde bulunan ülkelerde ikamet eden İngiltere vatandaşları hariç, sadece İngiltere’de ikamet eden emeklilere uygulanıyordu. Böyle bir anlaşma yapmış bir ülkede ikamet etmeyen başvuruçular, ikamet yeri temelinde ayrımcılığa maruz kalmış olduklarını iddia ettiler. AİHM, İngiltere içinde yaşayan emeklilere veya İngiltere ile karşılıklı bir anlaşma yapmış ülkelerde ikamet eden emekli İngiliz vatandaşlarına benzer bir konumda olduklarını iddia eden başvuruçular ile aynı fikirde değildi. AİHM, bu farklı grupların hepsinin milli sigorta ödenmesi yoluyla devlet gelirlerine katkı yapmalarına rağmen, bunun bir emeklilik fonu değil, kamu harcamalarının değişik yönlerini finanse etmek için genel kamu geliri oluşturduğuna karar verdi. Ayrıca, hükümetin maaş zamları uygulaması, İngiltere’deki geçim standardı maliyetindeki artışa dayanıyordu. Bu nedenle, başvuruçular diğer gruplara benzer bir durumda değildi ve dolayısıyla ayrımcı muamele olmamıştı.

En azından istihdamla ilgili olarak AB hukuku bağlamında, uygun bir ‘emsal kişi’ bulmanın belirgin istisnası, maruz kalınan ayrımcılığın bireyin hamileliğine bağlı olmasıdır. Çok önemli bir dava olan *Dekker* davasından başlayarak uzun bir ABAD kararları silsilesi içinde, bir bireyin uğradığı ayrımcılığın hamileliğine bağlı olması halinde, bir emsal kişiye gerek olmaksızın, bireyin cinsiyeti temelinde doğrudan ayrımcılık olarak sınıflandırılacağı artık gayet iyi bilinen bir ilkedir.<sup>22</sup>

21 AİHM, *Carson ve Diğerleri – İngiltere* [GC] (No.42184/05), 16 Mart 2010.

22 ABAD, *Dekker – Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV – Centrum) Plus*, Dava C-177/88 [1990] ECR I-3941, 8 Kasım 1990. Benzer şekilde, *ABAD, Webb – EMO Air Cargo (UK) Ltd*, Dava a

### 2.2.3. Korunan hukuki menfaat

Bölüm 4'te Avrupa ayrımcılık yasağı hukukunda mevcut olan 'korunan hukuki menfaat', yani cinsiyet, cinsel yönelim, engellilik, yaş, ırk, etnik köken, ulusal köken ve din veya inanç tartışılacaktır. Bu bölüm, daha zararına muamele ile korunan hukuki menfaat arasında nedensel bir bağlantı olması ihtiyacına odaklanacaktır. Bu ihtiyacı karşılamak için şu basit soruyu sormak yeterlidir: kişi farklı bir cinsiyetten, farklı bir ırktan veya farklı bir yaşta olsaydı veya diğer korunan hukuki menfaatlerin herhangi biri kapsamında farklı bir konumda olsaydı daha zararına bir muamele görür müydü? Cevap evet ise, söz konusu temel daha zararına muameleye açıkça neden olmaktadır.

Uygulanmakta olan kural veya pratik, korunan hukuki menfaatten ayrılması mümkün olmayan bir başka faktörle ilgili olduğu sürece, açık bir şekilde 'korunan hukuki menfaat' ile ilgili olmak zorunda değildir. Esas olarak, doğrudan ayrımcılık gerçekleşmiş olup olmadığını düşünürken, daha zararına muamelenin şikâyet edilen belirli faktörden ayırlamayacak bir 'korunan hukuki menfaat' nedeniyle olup olmadığı değerlendirilir.

Örnek: *James – Eastleigh Borough Council* davasında, Bay James şehirdeki bir yüzme havuzuna girmek için ücret ödemek zorunda, eşi Bayan James ise böyle bir ödeme yapmak zorunda değildi.<sup>23</sup> Ücretsiz giriş hakkından sadece Bayan James yararlanabiliyordu çünkü emekliydi, oysa Bay James henüz emekli olmamıştı, zira İngiltere'de erkekler 65 yaşında, kadınlar ise 60 yaşında emekli olurlar. Yüzme havuzuna ücretsiz giriş kuralı emeklilik statüsüne dayalı olduğu halde, emekli olabilmek hakkı cinsiyete göre değişiyordu. İngiltere Lordlar Kamarası, Bay James karşı cinsten olsaydı eşiyse aynı muameleyi göreceğine karar verdi. Ayrıca, muamelenin ardında yatan niyet ve saikin konuyla ilgisiz olduğu belirlendi; odak noktasında sadece muamelenin kendisi vardı.

Örnek: *Maruko* davasında, eşcinsel bir çift bir 'yaşam ortaklığı' içine girmişti.<sup>24</sup> Davacının ortağı ölmüştü ve davacı vefat etmiş ortağının mesleki emeklilik programını yöneten şirketten 'dul maaşı' almak

23 James - Eastleigh İlçe Belediyesi [1990] İngiltere Lordlar Kamarası 6, 14 Haziran 1990.

24 ABAD, Maruko – Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, Dava C-267/06 [2008] ECR I-1757, 1 Nisan 2008.

istiyordu. Dul maaşlarının sadece eşlere ödendiği ve davacının ölen kişiyle evlenmemiş olduğu gerekçesiyle şirket onun talebini reddetti. ABAD, maaşı ödemeyi reddetmenin istenmeyen muamele oluşturduğunu ve evli çiftler emsal kişi olarak alındığında bunun daha zararına bir muamele olduğunu kabul etti. Almanya'da 'yaşam ortaklığı' kurumunun, özellikle devlet emekli maaşı programları bakımından, yaşam ortakları için eşlerin hak ve sorumluluklarından birçoğunu getirdiği tespitini yaptı. Dolayısıyla, bu dava yönünden, yaşam ortaklarının eşlere benzer bir durumda olduklarını belirledi. Daha sonra, cinsel yönelim temelinde ayrımcılık yapılmış olduğuna karar verdi. Onların birbiriyle evlenememesi onların cinsel yöneliminden ayrılamaz nitelikteydi.

Örnek: *Aziz-Kıbrıs* davasında, başvuru Kıbrıs Türkü olması nedeniyle oy verme hakkından mahrum bırakıldığından şikâyetçiydi.<sup>25</sup> Kıbrıs mevzuatına göre, Kıbrıs Türkleri ve Kıbrıs Rumları parlamento seçimlerinde sadece kendi etnik toplumlarından adaylar için oy verebilirdi. Ancak, Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs'ı işgal etmesinden sonra, Türk toplumunun büyük çoğunluğu bölgeyi terk etmiş ve parlamento katılımı askıya alınmıştı. Dolayısıyla, davacının oy verebileceği bir aday listesi artık yoktu. Hükümet, davacının oy verememesinin oy verebileceği adaylar olmaması gerçeğine bağlı olduğunu iddia etse de, AİHM'nin kanaatine göre, seçim kurallarıyla Kıbrıs Türk toplumuna mensubiyet arasındaki yakın bağlantı, hükümetin yeni durum ışığında seçim kurallarında değişiklik yapmamasıyla birlikte, etnik köken temelinde doğrudan ayrımcılık oluşturuyordu.

Mahkemeler 'korunan hukuki menfaat' kavramını geniş bir kapsamda yorumlamıştır. Bunun kapsamında, ayrımcılık mağduru olan kişinin değil de, onun bağlantılı olduğu bir kişinin korunan özelliğe sahip olduğu 'bağlantı yoluyla ayrımcılık' olabilir. Ayrıca, belirli temelin soyut bir biçimde yorumlanması da bunun kapsamına girebilir. Bu nedenle, uygulamacıların daha zararına muamelenin ardındaki sebepleri detaylı olarak analiz etmeleri, korunan hukuki menfaatin doğrudan veya dolaylı olarak söz konusu muamelenin sebebi olduğu yönünde kanıtlar aramaları zorunludur.

25 AİHM, *Aziz - Kıbrıs* (No. 69949/01), 22 Haziran 2004.

Örnek: *Coleman* davasında, bir anne, oğlunun engelli olması nedeniyle işyerinde istenmeyen muamele gördüğünü iddia etti.<sup>26</sup> Oğlunun engelli olmasından ötürü arada sırada işe geç geliyor ve izin süresinin oğlunun ihtiyaçlarına göre ayarlanmasını talep ediyordu. Şikâyetçinin bu husustaki talepleri geri çevrilmiş ve işten çıkarılmakla tehdit edilmişti. Ayrıca, çocuğunun durumuyla ilgili kötüyeyici yorumlara muhatap oluyordu. ABAD, kadının benzer görevlerde bulunan ve çocuklu olan meslektaşlarını emsal kişi olarak kabul etti ve onlara talep edildiğinde esneklik tanındığını belirledi. Ayrıca, bunun çocuğunun engelli olması temelinde ayrımcılık ve taciz oluşturduğuna da karar verdi.

Örnek: *Weller* davasında, Romanyalı bir kadın Macaristanlı bir adam ile evliydi ve çiftin dört çocuğu vardı.<sup>27</sup> Kadın, Macaristan vatandaşı olmadığı için, doğumdan sonra ödenen annelik yardımını talep etme hakkına sahip değildi. Kocası bu yardımı almak için uğraştı, fakat sadece annelere ödendiğini bildiren hükümet onun talebini geri çevirdi. AİHM, kocaya karşı (cinsiyet değil) babalık temelinde ayrımcılık yapılmış olduğunu tespit etti, zira bir çocuğu evlat edinen babalar veya erkek vasiler yardımı talep etme hakkına sahipti, doğal babalar ise bu hakka sahip değildi. Çocuklar tarafından da bir dava açılarak babalarına yardımın ödenmesinin reddi temelinde ayrımcılık yapıldığı iddia edildi. AİHM bu iddiayı kabul etti. Babanın doğal baba olması temelinde çocuklara karşı ayrımcılık yapılmıştı.

Örnek: *P.v.S. – Cornwall County Council* davasında, şikâyetçi erkeklikten kadınlığa geçiş için cinsiyet değiştirme sürecindeyken işvereni tarafından işten çıkarılmıştı. ABAD bunun istenmeyen muamele olduğunu tespit etti.<sup>28</sup> Uygun emsal kişi bakımından, ABAD şunları beyan etti: 'Bir kimse cinsiyet değiştirmeye niyetli olması veya değiştirmiş olması nedeniyle işten çıkarıldığında, daha önce mensup olduğu kabul edilen cinsiyetteki kişilere kıyasla istenmeyen muamele görmüş demektir'. Şikâyetçinin bir erkek veya bir kadın olması nedeniyle farklı muamele görmüş olduğu ispat edilemeyecek olsa da, farklı muamelenin onun cinsiyetine dair anlayışın etrafında temellendiği gösterilebilirdi.

26 ABAD, *Coleman* – Attridge Law and Steve Law, Dava C-303/06 [2008] I-5603, 17 Temmuz 2008.

27 AİHM, *Weller* – Macaristan (No. 44399/05), 31 Mart 2009.

28 ABAD, *P.v.S. – Cornwall County Council*, Dava C-13/94 [1996] ECR I-2143, 30 Nisan 1996.

## 2.3. Dolaylı ayrımcılık

Hem AİHS, hem de AB hukukunda ayrımcılığın, benzer durumdaki kişilere farklı muamele edilmesiyle olabileceği gibi, farklı durumlarda olan kişilere aynı şekilde muamele edilmesinden de ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir. İkinci duruma 'dolaylı' ayrımcılık denilir, zira muamele farklı değildir, ama sonuçları farklıdır ve farklı özelliklere sahip insanlarca farklı şekilde hissedilecektir. İrk Eşitliği Yönergesinin 2(2)b maddesine göre 'tarafsız gibi görünen bir düzenleme, ölçüt veya uygulama belli bir ırktan veya etnik kökenden olan kişileri başkalarına kıyasla belirli bir dezavantaj içine sokuyorsa dolaylı ayrımcılık meydana geldiği kabul edilecektir'.<sup>29</sup> AİHM yakın tarihli kararlarından bazılarında dolaylı ayrımcılığın bu tanımına dayanarak 'bir muamele farkının, tarafsız bir dille ifade edilmiş olmakla beraber bir gruba karşı ayrımcılık oluşturan genel bir politika veya düzenlemenin orantısız aleyhte etkileri şeklini alabileceğini' beyan etmiştir.<sup>30</sup>

### Dolaylı ayrımcılığın unsurları:

- Bir 'korunan temel' itibariyle tanımlanan bir gruba
- Benzer durumdaki başkalarına kıyasla
- Önemli ölçüde daha olumsuz etkileyen tarafsız bir kural, ölçüt veya uygulama.

### 2.3.1. Tarafsız kural, ölçüt veya uygulama

Tespit edilebilen birinci koşul, görünüşte tarafsız olan kural, ölçüt veya uygulamadır. Başka bir ifadeyle, herkese uygulanan bir koşul olmalıdır. Aşağıda iki dava örnek olarak verilmiştir. Başka örnekler için, kanıtla ilgili konular ve istatistiklerin rolü ile ilgili Bölüm 5'e bakınız.

Örnek: *Schönheit* davasında, yarı zamanlı çalışanların emekli maaşları tam zamanlı çalışanlara göre farklı bir oran kullanarak hesaplanmaktaydı.<sup>31</sup> Bu farklı oran, harcanan çalışma süresindeki farklılıklara dayanmıyordu. Böylece, yarı zamanlı çalışanlar diğerlerine göre, farklı hizmet süreleri dikkate alındığında bile, daha küçük bir emekli maaşı alıyor, yani onlara daha az ödeme yapılıyordu. Emekli maaşlarının hesaplanmasıyla ilgili

29 Benzer şekilde: İstihdamda Eşitlik Yönergesi, Madde 2(2)(b); Cinsiyet Eşitliği Yönergesi, Madde 2(1)(b); Cinsiyet Mallar ve Hizmetler Yönergesi, Madde 2(b).

30 AİHM, D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti [GC] (No. 57325/00), 13 Kasım 2007, paragraf 184; AİHM, Opuş – Türkiye (No. 33401/02), 9 Haziran 2009, paragraf 183; AİHM, Zarb Adami – Malta (No. 17209/02), 20 Haziran 2006, paragraf 80.

31 ABAD, Hilde Schönheit – Stadt Frankfurt am Main ve Silvia Becker - Land Hessen, Birleştirilen Davalar C-4/02 ve C-5/02 [2003] ECR -12575, 23 Ekim 2003.

bu tarafsız kural bütün yarı zamanlı işçilere eşit biçimde uygulanıyordu. Ancak, yarı zamanlı işçilerin %88 kadarı kadın olduğundan, bu kuralın etkisi erkeklere kıyasla kadınlar için orantısız derecede olumsuzdu.

Örnek: *D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti* davasında, çocukların genel eğitimden özel okullara aktarılmasının gerekli olup olmadığını belirlemek için bir dizi zekâ ve uygunluk testi yapılıyordu.<sup>32</sup> Bu özel okullar, zihinsel engelli olan veya farklı öğrenme zorlukları çeken öğrenciler için tasarlanmıştı. Özel okullara yerleştirilmesi düşünülen bütün çocuklara aynı test uygulanıyordu. Ancak, pratikte, bu test genel Çek nüfusuna dayalı olarak tasarlanmıştı ve sonuçta Roman öğrenciler düşük performans gösterdiklerinden bunların %50 ila % 90'ı genel eğitim sistemi dışında eğitim görüyordu. AİHM bunun dolaylı ayrımcılık vakası olduğunu tespit etti.

### 2.3.2. Koruma altına alınan grup üzerinde daha olumsuz etki sahibi olma

Tespit edilebilen ikinci koşul, görünüşte tarafsız olan düzenleme, ölçüt veya uygulamanın korunan bir grubu belli bir dezavantaja sokmasıdır. Odaklanmayı farklı muameleden farklı etkilere kaydırması nedeniyle dolaylı ayrımcılık bu noktada doğrudan ayrımcılıktan farklılaşır.

ABAD ve AİHM, korunan grubun benzer bir durumda olanlara kıyasla orantısız bir derecede olumsuz etkilendiğine dair istatistikî kanıtları değerlendirirken, olumsuz etkilenenlerin çok büyük bir kısmının 'korunan grup' içindeki insanlardan oluştuğunu gösteren kanıt arayacaktır. Kanıtlı ilgili konular hakkındaki 5. Bölüm'de bu husus daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Şimdilik, cinsiyet ayrımcılığından söz ederken *Nolte* davasında Başsavcının Görüşünde geçen, ABAD tarafından kullanılan aşağıdaki ifadelere atıf yapılmaktadır:

'Ayrımcı sayılması için düzenleme "erkeklerden çok fazla sayıda kadını" [*Rinner-Kühn*<sup>33</sup>] veya "kadınlara göre hayli daha düşük oranda erkekleri" [*Nimz*<sup>34</sup>,

32 AİHM, *D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti* [GC] (No. 57325/00), 13 Kasım 2007, paragraf 79.

33 ABAD, *Rinner-Kühn – FWW Spezial Gebaudereinigung*, Dava C-171/88 [1989] ECR 2743, 13 Temmuz 1989.

34 ABAD, *Nimz – Freie und Hansestadt Hamburg*, Dava C-184/89 [1991] ECR I-297, 7 Şubat 1991.



*Kowalska*<sup>35</sup>] veya “erkeklerden çok daha fazla kadını” [*De Weerd, née Roks, ve Diğerleri*<sup>36</sup>] etkilemelidir.<sup>37</sup>

### 2.3.3. Emsal Kişi

Doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi, belirli bir kural, ölçüt veya uygulamanın etkisinin benzer durumdaki diğer bireyler üzerindeki etkiye kıyasla önemli derecede daha olumsuz olup olmadığını belirlemek için mahkemenin yine bir emsal kişi bulması gerekecektir. Mahkemelerin bu konudaki yaklaşımı, doğrudan ayrımcılıkta izlenen yaklaşımdan farklı değildir.

## 2.4. Taciz ve Ayrımcılık Emretme

### 2.4.1. AB ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamında taciz ve ayrımcılık emri verme

AB ayrımcılık yasağı hukukunun bir parçası olarak taciz etme veya ayrımcılık emretmenin yasaklanması daha geniş koruma temin etmeye yönelik nispeten yeni bir gelişmedir.

Taciz etme AB ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamında özel bir ayrımcılık tipi olarak yer alır. Daha önceleri, doğrudan ayrımcılığın belirli bir tezahürü olarak değerlendirilmişti. Yönergeler kapsamında bunun ayrı bir başlık altına konulması, kavramsal düşüncede bir değişime değil, ayrımcı muamelenin bu son derece zararlı şeklini ayrıca ele alma gereğine dayanmaktadır.

Ayrımcılık yasağı yönergelerine göre,

- Bir kimsenin haysiyetini zedelemek niyetiyle veya bu etkiye yol açacak şekilde
- ve/veya korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, onur kırıcı veya rencide edici bir ortam yaratmak niyetiyle veya bu etkiye yol açacak şekilde
- bir korunan temel ile ilgili arzu edilmeyen bir davranış olduğunda, tacizin ayrımcılık olduğu kabul edilecektir.<sup>39</sup>

35 ABAD, Kowalska – Freie und Hansestadt Hamburg, Dava C-33/89 [1990] ECR I-2591, 27 Haziran 1990.

36 ABAD, De Weerd, kızlık soyadı Roks, ve Diğerleri – Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen ve Diğerleri, Dava C-343/92 [1994] ECR I-571, 24 Şubat 1994.

37 Başsavcının Görüşü, 31 Mayıs 1995, paragraf 57 – 58, ABAD, Nolte – Landesversicherungsanstalt Hannover, Dava C-317/93 [1995] ECR I-4625, 14 Aralık 1995. AİHS kapsamında benzer bir yaklaşım benimsenmesinin bir örneği için, bkz. D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti davası [GC] (No. 57325/00), 13 Kasım 2007 (Bölüm 5.2.1.’de tartışılıyor).

38 Bkz. İrk Eşitliği Yönergesi, Madde 2(3); İstihdamda Eşitlik Yönergesi, Madde2(3); Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi, Madde 2(c); Cinsiyet Eşitliği Yönergesi, Madde 2(1)(c).

Cinsiyet Eşitliği Yönergeleri, cinsel tacizi de özel bir ayrımcılık tipi olarak ayrıca ortaya koymaktadır; burada arzu edilmeyen 'sözlü, sözsüz veya fiziksel' davranış 'cinsel' niteliktedir.<sup>39</sup>

Bu tanıma göre, tacizi ispat etmek için bir emsal kişiye gerek yoktur. Bu durum, esas olarak, tacizin aldığı şekil (sözlü, sözsüz veya fiziksel istismar) ve potansiyel etkisi (insan haysiyetini zedelemek) nedeniyle yanlış olduğu gerçeğini yansıtır.

AB düzeyinde tacizle ilgili rehberliğin çoğu, Cinsel Tacize Karşı Mücadele Kuralları dâhil işyerinde kadınlar ve erkeklerin haysiyetinin korunması hakkında Komisyon Tavsiyesinin uygulanması hakkındaki 19 Aralık 1991 tarihli Konsey Deklarasyonuna<sup>40</sup> dayanır. AB hukukunda esnek bir nesnel/öznel yaklaşım benimsenir. İlk olarak, tacizin gerçekleşmiş olup olmadığını belirlemek için mağdurun muameleyle ilgili algılaması kullanılır. Ancak, ikinci olarak, mağdur tacizin etkilerini fiilen hissetmese bile, şikâyetçi söz konusu davranışın hedefi olduğu sürece bir tespit yine de yapılabilir.

Davranışın taciz teşkil edip etmediği hakkında maddi olgular, davaların ABAD'a havale edilmesinden önce, genellikle ulusal seviyede belirlenir. Dolayısıyla, aşağıdaki örnek davalar ulusal yargı organlarından alınmıştır.

Örnek: İsveç Temyiz Mahkemesi önündeki bir davada, şikâyetçi bir köpek yavrusu satın almak istemişti. Satıcı, alıcının eşcinsel olduğunu anlayınca, eşcinsellerin hayvanlar ile cinsel fiillere girdiklerini beyan ederek, köpek yavrusunun menfaati gerekçesiyle satışı yapmayı reddetmişti. İsveç Temyiz Mahkemesi, köpek yavrusunu satmayı reddetmenin doğrudan

39 Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi, Madde 2(d); Cinsiyet Eşitliği Yönergesi, Madde 2(1)(d).

40 Cinsel tacize karşı mücadele kuralları dâhil işyerinde kadınlar ve erkeklerin haysiyetinin korunması hakkında Komisyon Tavsiyesinin uygulanması üzerine 19 Aralık 1991 tarihli Konsey Deklarasyonu, Resmi Gazete C 27,04.02.1992 s.1; İşyerinde kadınlar ve erkeklerin haysiyetinin korunması üzerine 92/131/EEC sayılı Komisyon Tavsiyesi, Resmi Gazete L 49,24.02.1992, s.1.

ayrımcılık oluşturduğuna, özellikle de cinsel yönelim temelinde taciz oluşturduğuna karar verdi.<sup>41</sup>

Örnek: Macaristan Eşit Muamele Kurumu nezdindeki bir davada, Roman öğrencilere, yaptıkları yaramazlıkların (Romanlara karşı aşırı şiddet eylemleri gerçekleştirmekle tanınmış milliyetçi bir teşkilat olan) Macaristan Muhafızlarına haber verilmiş olduğunu söyleyen öğretmenler hakkında şikâyetle bulunuldu.<sup>42</sup> Öğretmenlerin bu teşkilatın ırkçı görüşlerini zımnen onayladıkları ve tacize sebep olacak şekilde korku ve yıldırma havası yarattıkları belirlendi.

Buna ek olarak, ayrımcılık yasağı yönergelerinin hepsi taciz etme talimatı vermenin ayrımcılık teşkil edeceğini belirtir.<sup>43</sup> Ancak, yönergelerin hiçbiri bu terimle ne kastedildiğini tanımlamaz. Ayrımcı uygulamalara karşı mücadelede herhangi bir değer taşıması için, bunun sadece mecburi nitelikte talimatlar ile sınırlandırılmaması, korunan temellerin birine bağlı olarak bireylere daha az istenen muamele etme yönünde ifade edilmiş bir tercihin veya bu yönde bir teşvikin olduğu durumları da kapsamaması gerekir. Bu, mahkemelerin içtihatları yoluyla geliştirebilecek bir alandır.

Ayrımcılık yasağı yönergeleri, Üye Devletlere, ayrımcılık fiillerine karşı ceza hukukunu kullanma mecburiyeti getirmese de, Avrupa Birliği Konseyinin bir Çerçeve Kararıyla bütün Üye Devletler, ırkçı veya yabancı düşmanı materyallerin yayılması, soykırımın inkârı veya önemsizleştirilmesi, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar yanında, ırk, renk, soy, din veya inanç, milli veya etnik köken temelinde şiddet veya nefrete tahrik ile ilgili olarak cezai yaptırımlar koyma mecburiyetini getirir.<sup>44</sup> Üye Devletler, ayrıca, ırkçı veya yabancı düşmanı niyetleri ağırlaştırıcı bir durum olarak görmek zorundadır.

41 Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılığa Karşı Ombudsman v.A.S., Dava No. T-3562-06, Svea Temyiz Mahkemesi, 11 Şubat 2008. İngilizce özet, Ayrımcılık Yasağı Alanında Avrupa Hukuki Uzmanlar Şebekesi, 8 (Temmuz 2009) 'Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku Dergisi', s.69.

42 Karar No. 654/2009, 20 Aralık 2009, Eşit Muamele Kurumu (Macaristan). İngilizce özet, Ayrımcılık Yasağı Alanında Avrupa Hukuki Uzmanlar Şebekesi, 'Yeni Rapor': [www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU\\_harassment\\_of\\_Roma\\_pupils\\_by\\_teachers.pdf](http://www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU_harassment_of_Roma_pupils_by_teachers.pdf).

43 İstihdamda Eşitlik Yönergesi, Madde 2(4); Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi, Madde 4(1); Cinsiyet Eşitliği Yönergesi, Madde 2(2)(b); Irk Eşitliği Yönergesi, Madde 2(4).

44 Irkçılık ve yabancı düşmanlığının belirli şekilleri ve ifadelerine karşı ceza hukuku yoluyla mücadele üzerine 2008/913/JHA sayılı ve 28 Kasım 2008 tarihli Konsey Çerçeve Kararı, Resmi Gazete L 328, 6.12.2008, s.55.

Dolayısıyla, taciz fiilleri ve ayrımcılığa tahrik fiillerinin, ayrımcılık teşkil etmeye ek olarak, özellikle ırk veya etnik durum ile ilgili olduklarında, ulusal ceza hukuku kapsamına alınabilmesi hayli muhtemeldir.

Örnek: Bulgar mahkemeleri önündeki bir davada, bir parlamento üyesi genel olarak 'yabancılar'ın yanı sıra Roman, Yahudi ve Türk topluluklarına sözlü olarak saldıran bazı beyanlarda bulunmuştu. Bu toplulukların, Bulgarların kendi devletlerini yönetmelerine engel olduklarını, suç işleyip ceza almadıklarını, Bulgarları yeterli sağlık hizmetinden mahrum ettiklerini söylemiş ve insanları, devletin bu çeşitli grupların bir 'kolonisi' haline gelmesini önlemeye çağırıyordu.<sup>45</sup> Sofya Bölge Mahkemesi, bu sözlerin, ayrımcılık emretmenin yanında, taciz oluşturduğunu tespit etti.

## 2.4.2. AİHS kapsamında taciz ve ayrımcılık emri verme

AİHS, taciz veya ayrımcılık emri vermeyi özel olarak yasaklıyor olmasa da, aynı alanla ilgili belirli haklar içermektedir. Böylece, taciz etme AİHS'nin 8. maddesiyle korunan özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının kapsamına veya 3. madde çerçevesinde insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezadan azade olma hakkının kapsamına girebilir; ayrımcılık emretme ise, duruma göre, 9. veya 11. madde çerçevesinde din veya toplanma özgürlüğü gibi başka maddelerin kapsamına sokulabilir. Bu fiiller ayrımcı bir neden gösterdiğinde, AİHM, ilgili maddelerin iddia edilen ihlallerini, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddeyle bağlantılı olarak inceleyecektir. Yukarıda tartışılanlara benzer olgular üzerine, AİHM bağlamında mütalaa edilen davaların iki örneğine aşağıda yer verilmiştir.

Örnek: *Baczowski ve Diğerleri – Polonya* davasında, Varşova belediye başkanı, cinsel yönelim temelinde ayrımcılık konusunda bilinçlendirme amacıyla yapılacak bir yürüyüşe izin vermeyeceğini beyan ederek, eşcinseller aleyhine açıklamalar yapmıştı.<sup>46</sup> Müracaat ilgili idari makamın önüne geldiğinde, göstericiler arasındaki çatışmaları önleme gereği

45 Sofya Bölge Mahkemesi, Karar No. 164, Hukuk Davası No. 2860/2006, 21 Haziran 2006. İngilizce özeti, FRA InfoPortal, Dava 11-1.

46 AİHM, *Baczowski ve Diğerleri – Polonya* (No. 1543/06), 3 Mayıs 2007.

gibi farklı gerekçelere dayalı olarak yürüyüşe izin verilmemişti. AİHM, belediye başkanının açıklamalarının ilgili makamların kararını etkilemiş olabileceğini ve kararın cinsel yönelim temeline dayalı olduğunu ve böylece, ayrımcılıktan azade olma hakkıyla bağlantılı olarak, özgürce toplanma hakkının bir ihlalini teşkil ettiğini belirledi.

Örnek: *Paraskeva Todorova – Bulgaristan* davasında, milli mahkemeler, Roman kökenli bir bireyi mahkûm ederken, Roman azınlık arasında bir cezasızlık kültürü mevcut olduğunu beyan ederek ve bu kişinin ibret olsun diye cezalandırılması gerektiğini ima etmiş ve savcının mahkûmiyeti askıya alma talebini açıkça reddetmişti.<sup>47</sup> AİHM, ayrımcılıktan azade olma hakkıyla bağlantılı olarak, başvuruçunun adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olduğuna karar verdi.

## 2.5. Özel veya belirli tedbirler

Yukarıda kaydedildiği gibi, dolaylı ayrımcılık vakalarında ayrımcılık olduğunun kabul edilmesinin nedeni, ilgili farklılıklar dikkate alınmadan aynı kuralın herkese uygulanmasıdır. Bu tür durumları düzeltmek ve önlemek için, hükümetler, işverenler ve hizmet sağlayıcılar, kural ve uygulamalarını, ilgili farkları dikkate alacak şekilde ayarlamak üzere tedbirler almak, yani mevcut politikalar ve tedbirlerde ayarlama yapmak zorundadır. BM bağlamında bunlara ‘özel tedbirler’ denilirken, AB hukukunda ‘belirli tedbirler’ veya ‘pozitif eylem’ ifadesi kullanılır. Hükümetler, özel tedbirler almak yoluyla, sadece ‘biçimsel eşitlik’ değil, ‘maddi eşitlik’, yani toplumda mevcut olan imkânlarla erişim fırsatlarından eşit ölçüde yararlanmayı da temin edebilirler. Hükümetler, işverenler ve hizmet sağlayıcılar, özel tedbirler almanın yerindeliğini mütalaa etmediklerinde, kural ve uygulamalarının dolaylı ayrımcılık oluşturma riskini arttırmış olurlar.

AİHM’ye göre ‘AİHS kapsamında garanti edilen hakların kullanılmasında ayrımcılığa uğramama hakkı... Devletler durumları önemli farklılık gösteren kişilere farklı muamele etmediklerinde de ihlal edilir’<sup>48</sup> Benzer şekilde, AB ayrımcılık yasağı yönergeleri pozitif eylem olanağını açıkça öngörmektedir:

47 AİHM, *Paraskeva Todorova – Bulgaristan* (No. 37193/07), 25 Mart 2010.

48 AİHM, *Thlimmenos – Yunanistan* [GC] (No. 34369/97), 6 Nisan 2000, paragraf 44. Benzer şekilde, AİHM, *Pretty – İngiltere* (No. 2346/02), 29 Nisan 2002, paragraf 88.

'Pratikte tam eşitliği sağlamak amacıyla, herhangi bir Devletin [korunan hukuki menfaat] ile bağlantılı dezavantajları önlemek veya telafi etmek için belirli tedbirler alması veya sürdürmesine eşit muamele ilkesi engel değildir'<sup>49</sup>

İstihdamda Eşitlik Yönergesinin 5. maddesinde, fiziksel veya zihinsel engellilere eşit istihdam fırsatları tanınması amacıyla işverenlerin 'makul düzenleme' yapmalarını gerektiren, engelli kişiler bakımından belirli tedbirler öngören genel kuralın özel ifade şekilleri yer alır. Makul düzenleme kavramı, 'bu tedbirler işverene orantısız bir külfet getirmediği, engelli bir kişinin istihdama erişmesi, katılması veya çalışma hayatında ilerlemesi için gerekli olan, uygun tedbirler' olarak tanımlanır. Bu kapsamda, tekerlekli sandalye ile girişe olanak vermek amacıyla işyerinde bir asansör veya rampa kurulması veya engelliler için bir tuvalet yapılması gibi tedbirler yer alabilir.

Örnek: *Thlimmenos – Yunanistan* davasında, ulusal hukuka göre, cezai mahkûmiyet yeminli muhasebecilik mesleğine girişte engel teşkil ediyordu, zira cezai mahkûmiyet almış bir kişinin bu mesleği ifa etmek için gereken dürüstlük ve güvenilirliğe sahip olmadığı zımnen kabul ediliyordu. Bu davada başvuru askerlik hizmeti esnasında askeri üniforma giymeyi reddetmesi nedeniyle cezai mahkûmiyet almıştı. Çünkü pasifizme bağlı bir dini grup olan Yehova Şahitlerinin bir üyesiydi. AİHM, cezai mahkûmiyetleri güvenilirlik veya dürüstlük konularıyla ilgisiz olan kişilerin bu meslekten dışlanması için haklı bir sebep olmadığına karar verdi. Hükümet, ayrımcılık yasağıyla bağlantılı olarak, (AİHS'nin 9. maddesi kapsamında) dini inancı gösterme hakkını ihlal ederek, bu türden durumlar için kurala bir istisna getirmemek suretiyle başvurucuya karşı ayrımcılık yapmıştı.

Örnek: Kıbrıs Eşitlik Kurumu nezdindeki bir davada, görme engelli olan şikâyetçi devlet memuriyetine girmek için bir sınava katılmıştı.<sup>50</sup> Sınavı bitirmek için ek süre istemiş ve kendisine 30 dakika ek süre verilmiş, fakat bu süre herkesin hakkı olan mola zamanından mahsup edilmişti. Eşitlik Kurumu, özel durumları olan adaylar için makul düzenleme yapılması gerektiğinde standart bir sınav prosedürünün mevcut olmadığını ve maddi olgulara bakılırsa, şikâyetçinin diğer adaylar ile adil bir şekilde

49 İrk Eşitliği Yönergesi, Madde 5; İstihdamda Eşitlik Yönergesi, Madde 7; Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi, Madde 6; ve ayrıca biraz farklı bir ifadeyle: Cinsiyet Eşitliği Yönergesi, Madde 3.

50 Eşitlik Kurumu (Kıbrıs), Ref A.K.I. 37/2008, 8 Ekim 2008, İngilizce özeti, Ayrımcılık Yasağı Alanında Avrupa Hukuki Uzmanlar Şebekesi, 8 (Temmuz 2009) 'Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku Dergisi', s.43.

yarışabileceği şartları oluşturmak için yeterince tedbir alınmamış olduğunu belirledi. Eşitlik Makamı, makul düzenleme gerektiren bu türden durumları bireysel esasta mütalaa etmek üzere standart bir prosedürün parçası olarak devlet tarafından bir uzmanlar heyeti kurulmasını tavsiye etti.

Örnek: Fransız mahkemelerinde, tekerlekli sandalyeye bağlı bir kişi, belirli bir göreve tayin edilmediği için Eğitim Bakanlığına karşı dava açtı.<sup>51</sup> Şikâyetçinin müracaatı adaylar listesinde üçüncü sıraya konulmuştu. İlk iki aday görev teklifini reddedince, davacı yerine dördüncü adaya teklif yapılmıştı. Davacıya, tekerlekli sandalye ile girişi olan farklı bir dairede görev teklif edilmişti. Devlet, bu kararına gerekçe olarak, makul düzenleme mükellefiyetini yerine getirmek amacıyla işyeri mekânlarında tadilat yapmak için fon harcamaının kamu yararına olmadığını belirtmişti. Mahkeme, Eğitim Bakanlığının engelli kişiler için makul düzenleme yapma mükellefiyetini yerine getirmemiş olduğuna, yönetimle ilgili mülhazaların bu mükellefiyeti azaltamayacağına karar verdi.

‘Özel tedbirler’ ifadesi, bazen, kişileri onların korunan menfaatlerine dayalı olarak (dezavantajlı duruma getirmeyip) kayıran farklı muameleyi de içerir. Örneğin, belli bir göreve erkekler yerine bir kadının seçilme nedeni onun bir kadın olması ve işverenin, personeli arasında kadınların eksik temsilini düzeltmeye yönelik bir politika izlemesi olduğunda, böyle bir durum söz konusudur. Bunu anlatmak için kullanılan terimler çok değişiktir: ‘pozitif’ veya ‘tersine’ ayrımcılık, ‘tercihli muamele’, ‘geçici özel tedbirler’ veya ‘olumlu eylem’ gibi birçok farklı terim kullanılır.<sup>52</sup> Bu durum, normal olarak ayrımcılığa uğrayacak bireylere karşı önyargıları kırmanın ve ayrıca aynı özelliği paylaşan başkalarına ilham olacak rol modelleri yaratmanın kısa vadeli ve istisnai bir yolu olarak kabul gören işlevini yansıtır.

51 Rouen İdari Mahkemesi, Boutheiller – Eğitim Bakanlığı, Karar No. 0500526-3, 24 Haziran 2008. İngilizce özeti, Ayrımcılık Yasağı Alanında Avrupa Hukuki Uzmanlar Şebekesi, 8 (Temmuz 2009) ‘Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku Dergisi’, s.46.

52 Örneğin, İrk Ayrımcılığının Tasfiyesi üzerine BM komitesi, ‘Genel Tavsiye No.32: İrk Ayrımcılığının Bütün Biçimlerinin Tasfiyesine dair Uluslararası Sözleşmede Özel Tedbirlerin Anlamı ve Kapsamı’ UN Doc. CERD/C/GC/32, 24 Eylül 2009; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar üzerine BM Komitesi, ‘Genel Yorum 13: Eğitim Hakkı’ UN Doc. E/C.12/1999/10, 8 Aralık 1999; Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Tasfiyesi üzerine BM Komitesi, ‘Genel Tavsiye No. 25 : Sözleşmenin 4(1) maddesi (geçici özel tedbirler)’ UN Doc. A/59/38 (SUPP), 18 Mart 2004; BM İnsan Hakları Komitesi, ‘Genel Yorum No.18: Ayrımcılık Yasağı’ UN Doc. A/45/40 (Vol.1.) (SUPP), 10 Kasım 1989; İrk Ayrımcılığının Tasfiyesi üzerine BM Komitesi, ‘Vatandaş Olmayanlara Karşı Ayrımcılık üzerine Genel Tavsiye No. 30’ UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7/Add. 1, 4 Mayıs 2005.

Dezavantajlı gruplar lehine pozitif tedbirler alınabileceği, BM insan hakları antlaşmalarını yorumlamaktan sorumlu olan izleme organlarınca çıkarılan rehberlik ile daha da güçlendirilmiştir. Bu organlar, söz konusu tedbirlerin, eşitsizliği düzeltmek için gerekli olan süre veya kapsamın ötesine gitmeyip geçici nitelikte olmaları gerektiğini vurgulamıştır.<sup>53</sup> Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması ile ilgili BM Komitesine göre, bu gibi tedbirlerin kabul edilebilir olması için, tek amacı mevcut eşitsizlikleri ortadan kaldırmak ve gelecekte dengesizliklerin ortaya çıkmasını önlemek olmalıdır.<sup>54</sup> Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması ile ilgili BM Komitesi, bu türden 'geçici özel tedbirler' arasında 'tercihli muamele; hedeflenmiş işe alım, çalıştırma ve terfi; süre çerçevelerine bağlı sayısal hedefler; ve kota sistemleri' olabileceğini belirlemiştir.<sup>55</sup> Aşağıda tartışılan ABAD içtihadına göre, bu türden tedbirlerin orantılı olup olmadıkları dikkatle incelenecektir.

Mahkemeler, bu bağlamda ayrımcılığı, kendi başına ayrı bir ayrımcılık biçimi olarak değil, ayrımcılık yasağının bir istisnası olarak görme eğiliminde olmuştur. Başka bir ifadeyle, mahkemeler farklı muamele yapılmış olduğunu kabul etmekte, ama bunun işyerinde belirli grupların eksik temsili gibi önceden mevcut olan bir dezavantajı gidermek bakımından haklı olabileceğini kabul etmektedir.

Farklı muameleye ilişkin bu gerekçe zaman zaman Devletler tarafından ileri sürülmektedir. Bu durumu iki farklı açıyla ele alabiliriz. Yararlanan kişinin bakış açısından, daha elverişli muamele, benzer durumdaki bir kişiye kıyasla, bir korunan özellik temelinde sağlanır. Zarar görenin bakış açısından, daha az elverişli muamele, onun korunan özelliğe sahip olmaması temelinde sağlanır. Tipik örnekler arasında, toplumun bileşimini daha iyi yansıtmak amacıyla, erkek hâkimiyetindeki işyerlerinde kadınlar için veya asayiş gibi kamu hizmetlerinde etnik azınlıklar için pozisyonlar ayrılması vardır. Buna bazen 'tersine' ayrımcılık denilir çünkü ayrımcı muamelelerin gerekçesi, geçmişteki toplumsal eğilimlere dayalı olarak daha az elverişli muamele görmesi beklenen bireyi kayırmaktır. Bazen de 'pozitif' eylem olarak adlandırılır çünkü geleneksel olarak dezavantajlı konumdaki grupların katılımını arttırmak yoluyla geçmişten gelen dezavantajı

53 Aynı yerde.

54 Irk Ayrımcılığının Tasfiyesi üzerine BM Komitesi, 'Genel Tavsiye No.32: Irk Ayrımcılığının Bütün Biçimlerinin Tasfiyesine Dair Uluslararası Sözleşmede Özel Tedbirlerin Anlamı ve Kapsamı' UN Doc. CERD/C/GC/32, 24 Eylül 2009, paragraf 21-26.

55 Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Tasfiyesi üzerine BM Komitesi, 'Genel Tavsiye No. 25: Sözleşmenin 4.maddesinin 1. fıkrası (geçici özel tedbirler)' UN Doc. A/59/38 (supp), 18 Mart 2004, paragraf 22.



düzeltilmek için özellikle uygulanır; bu anlamda, belirli gruplara karşı önyargılı olmaya değil, iyi niyetli bir gayeye dayanır.

Bu kavram, AIHM içtihadında nadiren görüldüğü halde, ABAD'ın istihdam alanında davalara baktığı durumlarda, AB hukuku bağlamında daha büyük bir ilgiyle karşılaşmıştır. Belirli tedbirler, ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamında ve ABAD içtihadında, ayrıca, aşağıda Bölüm 2.6.4.1'de tartışıldığı gibi, 'sahici mesleki gereklilik' savunması içinde başlı başına bir savunma olarak görünürler.

Özel tedbirler ile ilgili başlıca ABAD davaları, yani *Kalanke* davası<sup>56</sup>, *Marschall* davası<sup>57</sup> ve *Abrahamsson* davası<sup>58</sup>, cinsiyet eşitliği bağlamında ortaya çıkmıştır. Bu davalar, hep birlikte, kadın işçilerin yıllar boyunca uğramış oldukları dezavantajları telafi etmek için özel tedbirlerin ne kadar ileriye götürülebileceği konusunda sınırları tanımlamıştır.

Örnek: *Kalanke* davasında, ABAD belirli pozisyonlarda kadınların eksik temsilini düzeltmeye yönelik tercihli muameleyle ilgili kesin bir yaklaşım benimsedi. Bu dava, bölgesel olarak kabul edilmiş olan, tayin veya terfi başvurularında kadın adaylara otomatik öncelik tanıyan mevzuat ile alakalıydı. Erkek ve kadın adayların eşit ölçüde vasıflı olmaları ve söz konusu sektörde kadın işçilerin eksik temsil edilmeleri halinde, kadın adaylara öncelik verilecekti. Kadın işçilerin söz konusu pozisyondaki çalışanların en azından yarısını teşkil etmemeleri halinde eksik temsilin mevcut olduğu kabul ediliyordu. Bu davada, başarısız bir erkek aday, Bay Kalanke, cinsiyeti temelinde ayrımcılığa uğramış olduğu iddiasıyla ulusal mahkemelere başvurmuştu. Ulusal mahkemeler de, davayı ABAD'a havale ederek, bu kuralın 1976 tarihli Eşit Muamele Yönergesinin 2(4) maddesi (Cinsiyet Eşitliği Yönergesinin 'pozitif eylem' üzerine 3. maddesinin halefi olan madde) ile uyumlu olup olmadığını sordular. Söz konusu madde şu ifadeyi içerir: 'Bu Yönerge, özellikle kadınların fırsatlarını etkileyen mevcut eşitsizlikleri gidermek yoluyla erkekler ve kadınlar için fırsat eşitliğini arttırmaya yönelik tedbirleri engellemez.'<sup>59</sup>

56 ABAD, *Kalanke* – Freise Hansestadt Bremen, Dava C-450/93 [1995] ECR I-3051, 17 Ekim 1995.

57 ABAD, *Marschall* – Land Nordrhein - Westfalen, Dava C-409/95 [1997] ECR I-6363, 11 Kasım 1997.

58 ABAD, *Abrahamsson* ve *Leif Anderson* – Elisabet Fogelqvist, Dava C-407/98 [2000] ECR I-5539, 6 Temmuz 2000.

59 Eşit Muamele Yönergesi 76/207/EEC, Resmi Gazete L 39, 14.02.1976, s.40.

ABAD, 2(4) sayılı maddenin 'görünüşte ayrımcı olmakla beraber, aslında, sosyal hayatın gerçekliğinde mevcut olabilen fiili eşitsizlik durumlarını gidermeye veya azaltmaya yönelik'<sup>60</sup> tedbirlere imkân vermek için tasarlanmış olduğunu beyan etti. Kuralın, meşru bir amaç olan, işyerinde mevcut eşitsizlikleri gidermeye yönelik olduğu kabul edildi. Böylece, prensipte, kadınlara işyerinde (terfi dâhil) belirli bir avantaj sağlayan tedbirler, işgücü piyasasında böyle bir ayrımcılık olmadan rekabet edebilme kabiliyetlerinde bir iyileşme sağlamayı gözeterek alınmış oldukları müddetçe, kabul edilebilir olacaktır.

Ancak, eşit muamele hakkında herhangi bir istisnanın kesin bir şekilde yorumlanması gerektiği de ifade edildi. Söz konusu kuralın 'tayin veya terfilerde kadınlara mutlak ve şartsız öncelik' tanınmasını garanti etmesi halinde, bunun aslında eşit muamele hakkıyla ilgili olarak eşitsizliği giderme amacıyla orantısız olacağına karar verildi. Dolayısıyla, yapılan tercihli muamele bu davada haklı görülmedi.

Yine de, daha sonraki davalar göstermektedir ki kuralın otomatik ve şartsız öncelik tanımayı gerektirmemesi halinde belirli tedbirler kabul edilebilir olacaktır.

Örnek: *Marschall* davası, esas itibarıyla, *Kalanke* davasına benzer nitelikteki mevzuat ile alakalıydı. Ancak, burada söz konusu olan kurala göre, 'belli bir erkek adaya özgü sebepler dengeyi onun lehine değiştirmedikçe' eşit vasıflı kadınlara öncelik verilmeliydi. Pozisyona tayin edilmesi bir kadın aday lehine reddedilen Bay Marschall, milli mahkemelerde, bu kuralın hukukiliğine itiraz etti. Milli mahkemeler de, davayı ABAD'a havale ederek, bu kuralın Eşit Muamele Yönergesiyle uyumlu olup olmadığını sordular. ABAD, bu türden bir kuralın 'her münferit durumda, kadın adaylar ile eşit vasıflı erkek adaylar için, münferit adaylara özgü bütün kriterleri dikkate alacak ve bu kriterlerden biri veya birkaçının dengeyi erkek aday lehine değiştirmesi halinde kadın adayların önceliğini geçersiz kılacak nesnel bir değerlendirme yapılacağı garantisini sağladığı müddetçe' eşitsizliği giderme meşru amacıyla orantısız olmadığını belirledi. Böylece, kuralın içine yerleştirilmiş olan takdir payı önceliğin mutlak olmasını engelliyordu ve dolayısıyla işyerinde eşitsizliği düzeltme amacıyla orantılı nitelikteydi.

60 Bu ifade şekli ayrımcılık yasağı yönergelerinin başlangıçlarında büyük ölçüde benimsenmiştir: Cinsiyet Eşitliği Yönergesinin 21. paragrafı; İstihdamda Eşitlik Yönergesinin 26. paragrafı; İrk Eşitliği Yönergesinin 17. paragrafı.

Örnek: *Abrahamsson* davası, *Kalanke* davasındaki kuralın şartsız önceliği ve *Marschall* davasında oluşturulan takdir payı arasındaki İsveç mevzuatının geçerliliği hakkındaydı. Söz konusu kurala göre, eksik temsil edilen bir cinsiyetten olup görevi yapmak için yeterli vasıflara sahip bir adaya öncelik verilmeliydi, meğerki 'adayların vasıfları arasındaki fark, tayinlerde nesnelik gereğinin ihlali sebepleri olabilecek kadar büyük olsun'. ABAD, bu mevzuatın aslında eksik temsil edilen cinsiyetten adaylara otomatik biçimde öncelik tanıdığını belirledi. Düzenlemenin sadece vasıflarda önemli bir fark olması halinde bunu engellemesi, kuralın etkileri bakımından orantısız olmasını engellemiyordu.

Bu davalar gösteriyor ki ABAD belirli tedbirlerin adalet ilkesinden üstün olmasına izin verme yaklaşımında genellikle ihtiyatlı davranmıştır. Sadece belirli tedbirlerin şartsız ve mutlak olmadığı sınırlı hallerde ABAD ulusal kuralların 2(4). Maddedeki istisnanın kapsamına girmelerine izin verecektir.

Uygulamacılar, AB ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamında belirli tedbirlere dair bir konuyla karşı karşıya oldukları zaman, belirli bir grup lehine tesis edilmiş olan 'eylem'e özel dikkat göstermelidir. Yukarıda yer verilen ABAD içtihadıyla açıklandığı gibi, belirli tedbirlerin son çare olduğu açıkça kabul edilmiştir. Uygulamacılar ve mahkeme yetkilileri, belirli tedbirlere dair bir davayla ilgilenirken, söz konusu işveren tarafından değerlendirilen bütün adayların, özel tedbirler düzenlemesinin hedeflemediği adaylar dâhil, söz konusu pozisyon için nesnel ve adil bir biçimde değerlendirilmiş olmalarına dikkat etmelidir. Özel tedbirler, sadece, nesnel bir değerlendirmeyle (hedeflenen gruptan bireylerin de yer aldığı ) belli sayıda adayın hepsinin görevi yerine getirmek için eşit ölçüde yetenekli olduğunun tespit edilmesi halinde kullanılabilir. Sadece bu takdirde, hedeflenen grubun bir üyesi, işyerinde geçmişten gelen ayrımcılık nedeniyle, hedef grubun dışında kalan bir bireyin yerine o göreve tayin edilebilecektir.

AIHM, özel tedbirlerle ilgili davaları derinlemesine inceleme fırsatını henüz bulmamıştır; ancak, sınırlı sayıda davada bu konu incelenmiştir.

Örnek: *Wintersberger – Avusturya* davasında<sup>61</sup>, AIHM bir iddianın kabul edilebilirliği hakkında bir karar verdi. Engelli olan başvurunun işine Devlet tarafından son verilmişti. Ulusal hukuka göre, işten çıkarma için özel bir

61 AIHM, *Wintersberger – Avusturya* (dostane çözüm) (No. 57448/00), 5 Şubat 2004.

komiteden önceden onay alınması gerekli olduğundan engelli kişiler işten çıkarmaya karşı özel olarak korunuyordu. İşverenin engellilik durumundan haberdar olmaması halinde, bu onay geriye doğru verilebilirdi. Engelsiz kişiler için bu tür bir onay gerekli değildi. Başvurucu, engelli kişiler için onay geriye doğru verilebilirken engelsiz kişiler için bunun mümkün olmamasının ayrımcılık teşkil ettiğini ileri sürdü. AİHM, bu düzenlemenin aslında engelli kişilerin faydasına olduğuna ve dolayısıyla tersine ayrımcılığın bir örneği olarak haklı olduğuna karar verdi. Buna göre, iddia kabul edilemez bulundu.

## Temel Noktalar

- Ayrımcılık bir bireyin 'korunan bir özellik' nedeniyle mağdur edildiği durumu anlatır.
- Ayrımcılığın farklı biçimleri vardır: Doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, taciz etme ve ayrımcılık emretme.
- Doğrudan ayrımcılık farklı muameleyle belirlenir: mağdur olduğu iddia edilen kişinin 'korunan hukuki menfaat' kapsamına giren bir özelliğe sahip olması nedeniyle daha zararına muamele görmüş olduğu kanıtlanmalıdır.
- Daha zararına muamele, mağdur olduğu iddia edilen kişi ve benzer durumda bulunan, fakat korunan özelliğe sahip olmayan bir başka kişi arasında bir karşılaştırma yoluyla tespit edilir.
- 'Korunan hukuki menfaat' farklı muamelenin ardındaki açık sebep olmayabilir. Açık sebebin 'korunan menfaat'ten ayrılamaz olması yeterlidir.
- ABAD ve ulusal mahkemeler bağlantı yoluyla ayrımcılık kavramını kabul etmişlerdir; burada bir birey 'korunan bir özelliğe' sahip başka bir bireyle olan bağlantısı nedeniyle daha zararına muamele görür.
- Taciz etme, AB hukuku kapsamında ayrı olmakla beraber, doğrudan ayrımcılığın özel bir tezahürüdür.
- Dolaylı ayrımcılık etkilerin farklı olmasıyla belirlenir: bir grubun belli bir karardan emsal gruba kıyasla mağdur olduğu gösterilmelidir.
- Dolaylı ayrımcılığı kanıtlamak için, korunan bir özelliği paylaşan kişilerin grup olarak, bu özelliğe sahip olmayanlara kıyasla farklı etkilere maruz olduklarını gösteren delil sunmak gerekir.

- Herkesin haklardan eşit ölçüde yararlanmasını temin etmek için, hükümetler, işverenler ve hizmet sağlayıcıların kural ve uygulamalarını farklı özelliklere sahip kişilere adapte etmek için özel veya belirli tedbirler almaları gerekebilir.
- ‘Özel tedbirler’ ve ‘belirli tedbirler’ terimleri, korunan bir özelliğe sahip olanların geçmişte uğradığı mağduriyetin düzeltilmesini de içerebilir. Buna yönelik tedbirler, orantılı olmak şartıyla, bir ayrımcılık gerekçesi teşkil edebilir.

## 2.6. Avrupa ayrımcılık yasağı hukukları kapsamında daha zararına muamelelerin savunmaları

### 2.6.1. Giriş

Belirli durumlarda, mahkemeler farklı muamele yapmış olduğunu, fakat bunun kabul edilebilir nitelikte olduğunu kabul edecektir. AB hukuku kapsamında savunmalara yaklaşım biçimi AİHM'nin yaklaşımından farklıdır; ancak, bu yaklaşımlar özünde çok benzerdir.

Avrupa ayrımcılık yasağı hukukunda, bir savunma genel veya daha sınırlı özel bir şekilde ifade edilebilir. AİHM'nin yaklaşımı, hem doğrudan ayrımcılık bağlamında, hem dolaylı ayrımcılık bağlamında, genel olarak ifade edilen bir savunma işletmektedir. Buna karşılık, AB hukukunda doğrudan ayrımcılığa sadece belirli sınırlı savunmalar ve dolaylı ayrımcılık bağlamında sadece genel bir savunma öngörülür. Başka bir deyişle, ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamında, doğrudan ayrımcılık sadece o yönergelerde açıkça ifade edilen belirli gayelere yönelik olduğu zaman haklı kılınabilecektir.

Ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamındaki belirli savunmalar AİHM'nin tanıdığı genel savunmanın daha geniş bağlamında ele alınabilir ve genel savunmanın içtihatındaki uygulanma tarzıyla tutarlıdır. Esas itibarıyla, ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamındaki belirli savunmalar, genel savunmanın istihdam alanında işleyen ve ona uyarlanmış özel biçimleridir.

### 2.6.2. Genel savunma analizi

Kaydedildiği gibi, genel savunma AİHS kapsamında hem doğrudan, hem de dolaylı ayrımcılık açısından kullanılabilir ve AB hukuku kapsamında sadece dolaylı ayrımcılık bakımından kullanılabilir bir savunmadır. AİHM'ye göre,

*'...benzer durumlardaki kişilere muamelede bir fark... nesnel ve makul bir gerekçesi olmadığı takdirde ayrımcılıktır; başka bir deyişle, muamele meşru bir gayeyi takip etmiyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık yoksa ayrımcıdır.'*<sup>62</sup>

AB ayrımcılık yasağı yönergelerinde dolaylı ayrımcılıkla ilgili olarak benzer ifadeler kullanılır. Irk Eşitliği Yönergesi şunları beyan eder:

Farklı muameleyi haklılaştırmak için:

- söz konusu kural veya uygulamanın meşru bir gayeyi takip ettiği;
- bu gayeyi gerçekleştirmek için seçilen araçların (yani, farklı muameleyi doğuran tedbirin) bu gaye ile orantılı olduğu ve ona ulaşmak için gerekli olduğu gösterilmelidir.

*'Görünüşte tarafsız bir düzenleme, ölçüt veya uygulama belli bir ırktan veya etnik kökenden olan kişileri başka kişilere kıyasla dezavantajlı bir konuma yerleştiriyorsa dolaylı ayrımcılık yapıldığı kabul edilecektir, meğer ki o düzenleme, ölçüt veya uygulama meşru bir gaye ile nesnel olarak haklı bir nedene dayalı ve o gayeyi gerçekleştirmenin araçları uygun ve gerekli olsun.'*<sup>63</sup>

Hem AİHS'nin, hem de ayrımcılık yasağı yönergelerinin kullandığı ifade tarzına göre, bu aslında bir ayrımcılık savunması değil, farklı muameleyi haklı bir nedene dayandıracak ve ayrımcılık tespiti yapılmasına engel olacak bir durumdur. Ancak, şekil itibariyle olmasa bile, esas itibariyle, mahkemeler haklı bir nedene dayalı konuları ayrımcılık savunmaları olarak görmektedir.

Örnek: ABAD, *Bilka - Kaufhaus GmbH – Weber Von Hartz* davasında<sup>64</sup> nesnel haklı bir nedene dayandırma kavramının ayrıntılı bir açıklamasını verdi. Burada, bir süpermarket olan Bilka'nın mesleki emeklilik programından dışlanan yarı zamanlı personel, bunun kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılık oluşturduğundan şikâyet etti, zira kadınlar yarı zamanlı personelin büyük çoğunluğunu teşkil ediyordu. ABAD, bu yararlanma farkının - haklı bir nedene dayandırılmadığı müddetçe - ayrımcılık oluşturacağını tespit etti. Haklı bir nedene dayandırılması için şunu göstermek gerekiyordu: 'Bilka tarafından seçilen tedbirler... bu işletmenin gerçek bir ihtiyacına tekabül etmektedir ve istenen gayelere ulaşmak için uygun ve gereklidir'.

62 ALHM, Burden – İngiltere [GC] (No. 13378/05), 29 Nisan 2008, paragraf 60.

63 Irk Eşitliği Yönergesi, Madde 2(2)(b); İstihdamda Eşitlik Yönergesi, Madde 2(2)(b); Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi, Madde 2(b); Cinsiyet Eşitliği Yönergesi, Madde 2(1)(b).

64 ABAD, *Bilka - Kaufhaus GmbH – Weber Von Hartz*, Dava 170/84 [1986] ECR 1607, 13 Mayıs 1986.

Bilka, muamele farkının arkasındaki gayenin yarı zamanlı çalışmayı caydırmak ve tam zamanlı çalışmayı teşvik etmek olduğunu, zira yarı zamanlı çalışanların akşam saatlerinde veya Cumartesi günlerinde çalışmaya genellikle isteksiz olduklarını, böylece yeterli personel bulundurmanın zorlaştığını iddia etti. ABAD bunun meşru bir gaye olabileceğini belirledi. Ancak, yarı zamanlı çalışanları emeklilik programından dışlamanın bu gayeye ulaşılmasıyla orantılı olup olmadığı sorusu cevaplanmıyordu. Alınan tedbirlerin 'gerekli' olmaları şartı, eşit muamele ilkesine daha az müdahaleye sebep olacak makul alternatif araçlar bulunmadığını göstermek gerektiğini ima etmektedir. Hukukun davadaki olaylara uygulanması ulusal mahkemeye bırakıldı.

Farklı muamelenin orantılı olup olmadığını tespit etmek için, mahkeme şunlara kani olmalıdır.

- Söz konusu gayeye ulaşmak için, eşit muamele hakkına daha az müdahale teşkil eden başka bir araç yoktur. Başka bir deyişle, katlanılan mağduriyet, istenen gayeye ulaşmak için olabilecek en düşük seviyede olmalıdır;
- Ulaşılabilecek gaye bu müdahale seviyesini haklaştırmak için yeterince önemlidir.

### 2.6.3. Genel savunmanın uygulanması

İstihdam bağlamında, ABAD işverenlerin ekonomik çıkarlarıyla ilgili yönetim gerekçelerine dayanan farklı muameleyi kabul etmekte isteksiz iken mali sonuçları olan daha geniş sosyal politika ve istihdam politikası hedeflerine dayanan farklı muameleyi kabul etmekte daha fazla isteklidir. ABAD, ikinci türden mülahazalara dair davalarda, devletlere geniş bir 'takdir payı' tanıyacaktır. AİHS bağlamında ise, AİHM'nin, şahsi haysiyetin merkezinde sayılan hususlar ile ilgili olduğunda farklı muameleyi – örneğin ırk veya etnik köken, ikamet yeri veya özel hayat ve aile hayatı temelinde ayrımcılığı – kabul etmesi daha az muhtemeldir; diğer yandan, daha geniş sosyal politika mülahazalarıyla ilgili olduğunda, özellikle bunların mali sonuçları olması durumunda, farklı muameleyi kabul etmesi daha muhtemeldir. AİHM, farklı muamelenin haklı olup olmadığını tespit ederken devletin takdir sahasına atf yapan 'takdir payı' terimini kullanır. Bu takdir payı 'dar' kabul edildiğinde, AİHM daha yüksek seviyede bir inceleme yapar.

### 2.6.4. AB hukuku kapsamındaki belirli savunmalar

Yukarıda tartışıldığı gibi, ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamında, sınırlı durumlarda farklı muamelenin haklı bir nedene dayandırılmasına imkân

veren belirli savunmalar mevcuttur. İstihdamla ilgili olmadığından Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi hariç, yönergelerin her birinde ‘sahici mesleki gereklilik savunması’ bulunmaktadır; buna göre işverenler, belli bir işi yapma kapasitesiyle veya iş için gereken vasıflar ile asli bir bağlantı içinde olması halinde korunan hukuki menfaat bazında bireylere karşı ayrımcılık uygulayabilir.<sup>65</sup> Diğer iki savunma yalnızca İstihdamda Eşitlik Yönergesinde bulunmaktadır: ilk olarak, inanç temelli kuruluş olan işverenler tarafından din ve inanç bazında ayrımcılık yapılabilmesi<sup>66</sup>; ikinci olarak, belirli durumlarda yaş ayrımcılığı yapılabilmesi.<sup>67</sup> Farklı muamele savunmalarının yorumlanmasında ABAD’ın kesin yaklaşımı, herhangi bir istisnanın dar yorumlanacağı anlamına gelmektedir, zira AB hukuku kapsamında bireyler için yaratılan hakların önemine vurgu yapılmaktadır.<sup>68</sup>

### 2.6.4.1. Mesleğe özel gereklilik

İstihdam alanıyla ilgili oldukları ölçüde, ayrımcılık yasağı yönergelerine göre:

*‘Üye Devletler, amacın meşru ve gerekliliğın orantılı olması şartıyla, ilgili somut mesleki faaliyetlerin niteliğı veya bunların içinde yürütüldükleri bağlam nedeniyle, özgün ve belirleyici bir mesleki gereklilik teşkil etmesi halinde [korunan hukuki menfaat] ile bağlantılı bir özelliğē dayanan bir muamele farkının ayrımcılık oluşturmayacağıı öngörebilirler.’<sup>69</sup>*

Bu savunmaya göre işverenler, belli bir pozisyonun gerektirdiğı görevleri yapmak için uygunluk veya yetkinlik ile doğrudan bağlantılı olan bir korunan hukuki menfaat bazında bireylere karşı ayrımcılık uygulayabilirler.

Mesleğe özel gereklilik istinasının kapsamına giren net belirlenmiş meslekler vardır: *Komisyon ile Almanya* arasındaki davada, ABAD, cinsiyet ayrımcılığı bakımından istisnanın kapsamı üzerine bir Komisyon araştırmasına istinaden,

65 Cinsiyet Eşitliğı Yönergesi, Madde 14(2); Irk Eşitliğı Yönergesi, Madde 4; İstihdamda Eşitlik Yönergesi, Madde 4(1).

66 İstihdamda Eşitlik Yönergesi, Madde 4(2).

67 İstihdamda Eşitlik Yönergesi, Madde 6.

68 Örnek olarak, bkz. ABAD, Johnston – Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Dava 222/84 [1986] ECR 1651, 15 Mayıs 1986, paragraf 36.

69 Cinsiyet Eşitliğı Yönergesi, Madde 14(2); Irk Eşitliğı Yönergesi, Madde 4; İstihdamda Eşitlik Yönergesi, Madde 4(1).



bu savunmanın geçerli olabileceği belirli meslekleri gösterdi.<sup>70</sup> Performans tarzında belli bir zevke uygun olmak üzere bir kadın şarkıcının, belli bir rolü oynamak için genç bir aktörün, dans etmek için sağlam vücutlu bir kişinin veya belli tiplerde moda mankenliği için erkekler veya kadınların talep edilmesi gibi, asli özellikler olarak belirli nitelikleri gerektirebilen sanat mesleklerine özellikle dikkat edildi. Ancak, burada eksiksiz bir liste vermeye teşebbüs edilmedi. Bir Çin restoranında otantik havayı korumak için etnik mensubiyeti Çinli olan bir kimsenin veya kadınlara mahsus jimnastik salonlarında kadınların istihdam edilmesi örnek olarak verilebilir.

Örnek: *Komisyon – Fransa* davasında, ABAD, belirli durumlarda, erkek hapisanelerinde istihdam kadrolarını esas olarak erkek adaylar için, kadın hapisanelerinde ise kadın adaylar için ayırmanın hukuka aykırı olmayacağını belirledi.<sup>71</sup> Ancak, bu istisna, belirli bir cinsiyetten olmanın önem taşıdığı faaliyetleri ilgilendiren kadrolar bakımından kullanılabilir. Bu davada, Fransız makamları, kadroların belli bir yüzdesini, sadece erkeklerin yapabileceği başka görevler ile birlikte, karışıklık çıkarabilecek kişileri caydırmak için kuvvet kullanma ihtiyacı doğabileceğinden, erkek adaylar için ayırmak istiyorlardı. ABAD bu argümanları prensip olarak kabul etmekle beraber, Fransız makamları sadece erkek adaylar tarafından yapılması gereken belirli faaliyetler bakımından şeffaflık şartını yerine getirmemekteydi; cinsiyet açısından uygunluğa dair genellemeler yeterli olmayacaktır.

Örnek: *Johnston* davasında, Kuzey İrlanda'da çalışan bir kadın polis memuru sözleşmesinin yenilenmediği yönünde şikayette bulundu. Emniyet Müdürü, kadın memurlara ateşli silah eğitimi verilmemesi ve bunun 'ülke içinde ciddi karışıklıklar durumunda kadın polislerin ateşli silah taşımalarının onların öldürülme riskine yol açabileceği ve dolayısıyla kamu emniyetinin gereklerine aykırı olabileceği' gerçeğine dayalı olması şeklinde bir gerekçe sundu. ABAD, polis memurlarına yönelik bu tehlikenin dikkate alınmasının gerekli olduğunu ancak, bunun erkekler ve kadınlar için eşit ölçüde geçerli olduğunu, kadınların daha büyük bir risk altında olmadıklarını belirledi. Gerekçelendirme, hamilelik esnasında çocuğunun korunması gibi kadınlara özgü biyolojik faktörler ile ilgili olmadıkça, farklı muamele, kadınları koruma talebine istinaden haklı bir nedene dayandırılmazdı

70 ABAD, Komisyon – Almanya, Dava 248/83 [1985] ECR 1459, 21 Mayıs 1985.

71 ABAD, Komisyon – Fransa, Dava 318/86 [1988] ECR 3559, 30 Haziran 1988.

Örnek: *Mahlburg* davasında, hamile olan şikâyetçi, ameliyathanelerde önemli miktarda mesai gerektiren daimi hemşirelik kadrosuna kabul edilmemişti.<sup>72</sup> Gerekece olarak, ameliyathanede zararlı maddelere maruz kalmanın çocuğa zarar verebileceği gösterilmişti. ABAD, kadronun daimi olması nedeniyle, şikâyetçiyi işe almanın orantısız olduğunu, zira doğumdan sonra ameliyathanede çalışabileceğini belirledi. Hamile kadınların çalışma şartlarıyla ilgili kısıtlamalar kabul edilebilir olsa da, bunlar ona zarar verebilecek görevlerle kesin olarak sınırlanmalıydı ve istihdamdan genel olarak dışlanmayı getiremezdi.

İstihdamda Eşitlik Yönergesinin Önsüzünün 18. paragrafında, emniyet ve güvenlikle ilgili bazı kamu hizmetleri bakımından mesleğe özel gereklilik savunmasının daha net bir ifadesi yer almaktadır. Bu kendi başına ayrı bir savunma değildir, fakat belirli bir bağlamda mesleğe özel gereklilik savunmasının sonuçlarından bir tanesini açıkça ortaya koyan bir ifade olarak görülmelidir:

*'Bu Yönerge, özellikle, silahlı kuvvetler ve polis, hapisane veya acil durum hizmetlerinin, kendi operasyon kapasitelerini muhafaza etmeye ilişkin meşru amaçları bakımından yerine getirmeleri istenebilecek fonksiyonları gerçekleştirmek için gerekli kapasiteye sahip olmayan kişileri işe almalarını veya istihdam etmeyi sürdürmelerini gerektirmez.'*<sup>73</sup>

Bu husus, tipik olarak, fiziksel bakımdan çok güçlü olmayı gerektiren bazı görevlere belli bir yaşın üstündeki veya engelli kişilerin alınmamasında geçerli olabilir. Bu açıdan, Yönergenin 3(4). maddesi, Üye Devletlerin, Yönerge hükümlerini silahlı kuvvetlere uygulamalarına izin verir. Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Yönergesinde böyle bir düzenleme olmamakla beraber, cinsiyet ayrımcılığı ve silahlı kuvvetlere dair iki dava incelenerek işleme şekli görülebilir. Bu davalar, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Yönergesi'nin (yeni şekli) 14 (2) Maddesinde yer alan ve "mesleğe özel gereklilik" savunmasını içeren Eşit Muamele Yönergesi'nin 2(2). Maddesi kapsamında ele alınmıştır.

Örnek: *Sirdar* davasında, şikâyetçi bir komando birliğinde aşçı olarak çalışmıştı. Askeri giderlerde kesintiler yapılması ve komando birliklerinde 'birlikte işlerlik' prensibinin uygulamaya konulmasıyla, bu kadın aşçının

72 ABAD, *Mahlburg* – Land Mecklenburg Vorpommern, Dava C-207/98 [2000] ECR I-549, 3 Şubat 2000.

73 İstihdamda Eşitlik Yönergesi 2000/78/EC, Resmi Gazete L 303, 2.12.2000, s.16.

işine son verilmişti.<sup>74</sup> 'Birlikte işlerlik' prensibine göre, her birey, personel yetersizliği nedeniyle, muharebe rolünde görev yapabilmeliydi. ABAD, muharebe etkinliğini garanti etmek için sadece erkeklerden oluşan komando birliklerinin haklı bir sebebe dayandığını ve birlikte işlerlik prensibinin kadınları dışladığını kabul etti. Çünkü komandolar genellikle herhangi bir taarruzun ilk dalgasında yer alan, küçük, uzmanlaşmış bir kuvvetti. ABAD, muharebe etkinliğini temin etme gayesi bakımından kuralın gerekli olduğunu belirledi.

Örnek: *Kreil* davasında, şikâyetçi silahlı kuvvetlerde elektrik mühendisi olarak çalışmak için başvurmuştu.<sup>75</sup> Ancak, kadınlar (şikâyetçi bir kadını) silah kullanmayı içeren askeri görevlere alınamazdı ve silahlı kuvvetlerin sadece sağlık ve müzik hizmetlerine katılabilirdi. ABAD, bu dışlamanın fazlasıyla kapsamlı olduğunu, zira bütün askeri görevleri kapsadığını, bu görevlerde kadınların şu veya bu zamanda silah kullanmak zorunda kalabilecek olması nedeniyle ve sırf bu nedenle bütün askeri görevleri kapsadığını belirledi. Her türlü gerekçelendirme, belirli pozisyonlarda tipik olarak yerine getirilen görevler ile daha yakından bağlantılı olmalıydı. Hükümetin gerekçesinin inandırıcılığı da sorgulandı zira, kadınlara açık olan görevlerde bile, kadınlar kendilerini veya başkalarını savunma amacıyla yine de temel silahlı eğitimden geçmek zorundaydı. Dolayısıyla, bu tedbir gayesiyle orantılı değildi. Ayrıca, hamilelik esnasında korunma ihtiyacı gibi kadınların durumlarına özgü faktörler ile bağlantılı olmadıkça, kadınlar için daha çok koruma gerekli olması temelinde kadın ve erkek arasında ayrımlar yapılmamalıydı.

Belirli güvenlik veya acil durum hizmetlerinin etkinliği veya verimliliğine istinaden cinsiyet ayrımcılığını haklı bir nedene dayandırmak, toplumsal cinsiyet rolleri ve sosyal tutumlar geliştikçe, zaman içinde daha da zorlaşabilir ve Üye Devletler, kısıtlayıcı tedbirleri, bunun ışığında periyodik olarak gözden geçirmekle mükelleftir.<sup>76</sup>

## 2.6.4.2. Dini kurumlar

İstihdamda Eşitlik Yönergesi, 'din' veya 'inanç' temelli kuruluşların çalışanlar

74 ABAD, *Sirdar* – The Army Board and Secretary of State for Defence, Dava C-273/97 [1999] ECR I-7403, 26 Ekim 1999.

75 ABAD, *Kreil* – Bundesrepublik Deutschland, Dava C-285/98 [2000] ECR I-69, 11 Ocak 2000.

76 Cinsiyet Eşitliği Yönergesi, Madde 31(3).

üzerine belirli şartlar koymalarına açıkça izin verir. Yönergenin 4(2) sayılı maddesi 'kiliselerin ve din veya inanç temelli diğer kamusal veya özel kuruluşların... kendileri için çalışan bireylerden, onların temel ilkelerine sadakatle ve iyi niyetle davranmalarını talep etme hakkına' Yönergenin müdahale etmediğini belirtir. Ayrıca, dini kuruluşlarla bağlantılı işverenler, söz konusu kuruluşların dini esasları temelinde farklı muameleye izin veren 'mesleğe özel gereklilik' savunması kapsamında yer alabilirler.

Böylece, 4(1). ve 4(2.) madde, kilise gibi kuruluşların, o dinin ilkelerine aykırı olması halinde kadınları rahip veya papaz olarak istihdam etmeyi reddetmesine izin verir. ABAD bu hükmün yorumlanmasıyla ilgili bir karar verme fırsatını henüz bulmamış olsa da, bu hüküm ulusal seviyede uygulanmıştır. Aşağıda, cinsel yönelim temelinde farklı muameleyi haklı bir nedene dayandırmak için bu savunmaya başvurulmasına ilişkin iki dava özetlenmiştir.

Örneğin: Finlandiya mahkemeleri önündeki bir davada, Finlandiya Evanjelik Lutheran Kilisesi eşcinsel birinin yardımcı papaz olarak görevlendirilmesini reddetmişti.<sup>77</sup> Vaasa İdare Mahkemesi, heteroseksüel olmanın bu görev için özgün bir mesleki gereklilik sayılamayacağı gerekçesiyle, kilisenin kararını iptal etti. Kilisenin tüzüğünde rahip ve papazların tayiniyle ilgili olarak cinsel yönelimden bahsedilmediği gerçeğine dikkat çekildi.

Örnek: *Amicus* davasında, dini işverenler bağlamında özgün mesleki gereklilik savunmasını iç hukuka aktaran ulusal düzenlemelerin İstihdamda Eşitlik Yönergesine uygunluğu hakkında İngiltere mahkemelerince karar verilmesi isteniyordu.<sup>78</sup> Eşit muamele ilkesinin herhangi bir istisnasını dar yorumlamak gerektiği vurgulandı. Ulusal düzenlemelerde kullanılan ifadeler, istihdamın 'organize bir dinin amaçlarına yönelik' olması halinde farklı muameleye izin veriyordu ve bunun 'bir dini kuruluşun amaçlarına yönelik' ifadesinden çok daha kısıtlayıcı olacağına işaret edildi. Mahkeme böylece, bu istisnanın dinin tanıtımı ve temsiliyle ilgili rahiplik gibi çok sınırlı sayıda görevler bakımından geçerli olacağı yolunda hükümetin yaptığı sunuşları kabul etti. Bu istisna, dini okullar veya dini huzur evleri

77 Vaasa İdare Mahkemesi, Finlandiya, Vaasan Hallinto – oikeus – 04/0253/3. İngilizce özeti, FRA InfoPortal, Dava 187-1.

78 *Amicus MSF Section, R (on the application of) v. Secretary of State for Trade and Industry [2004] EWHC (Admin)*, İngiltere Yüksek Mahkemesi, 26 Nisan 2004. İngilizce özeti, FRA InfoPortal, Dava 187-1.

gibi kuruluşların (eğitim amacına yönelik olan) öğretmen kadrosu veya (sağlık hizmeti amacına yönelik olan) hemşire kadrosunun 'organize bir dinin amacı' kapsamında olduğunu iddia etmelerine izin vermezdi.

### 2.6.4.3. Yaşa dayalı istisnalar

İstihdamda Eşitlik Yönergesinin 6.maddesi yaş temelinde muamele farklılıkları için iki ayrı gerekçe öngörmektedir.

Yönergenin 6(1). maddesi, orantılı olmak şartıyla, 'meşru istihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim hedeflerine' yönelik yaş ayrımcılığına izin verir. Farklı muamelenin ne zaman haklı olabileceği konusunda sınırlı sayıda örnek verilmiştir: Madde 6(1)(b) 'istihdama giriş için yaş, mesleki tecrübe veya hizmette kıdem bakımından asgari şartların belirlenmesine' müsaade eder. Ancak, bütün durumları kapsaması öngörülmeleyen bu liste duruma göre genişletilebilir.

6(2). Madde, orantılı olma şartı aranmaksızın, mesleki sosyal güvenlik programlarına erişim ve bu programlar kapsamındaki haklar bakımından yaş ayrımcılığına izin verir.

Örnek: *Palacios de la Villa* davasında, 6. maddenin zorunlu emeklilik yaşları bağlamında geçerliliğini mütalaa etmesi istenen ABAD bu maddenin kapsamını ilk defa inceleme fırsatını buldu.<sup>79</sup> Zorunlu emeklilik yaşının 6. madde kapsamına girdiğini tespit ettikten sonra, bunun nesnel olarak haklı bir nedene dayandırma imkânı olup olmayacağını araştırdı. Aşağıdaki konular ABAD tarafından önemli olarak kabul edilmiştir.

- İlk olarak, orijinal düzenlemenin, temel özelliği yüksek oranda işsizlik olan ekonomik ortamda, işgücü piyasası fırsatları yarattığı ifade ediliyordu;
- İkinci olarak, geçici düzenlemenin, nesiller arasında daha iyi bir iş dağılımını temin etmek için, sendikalar ve işveren kuruluşlarının teklifiyle benimsenmiş olduğu anlaşılıyordu;
- Üçüncü olarak, 14/2005 sayılı kanun yine sendikaların ve işveren kuruluşlarının işbirliğiyle çıkarılmış olup, bu defa düzenlemenin 'istihdam politikasıyla tutarlı olan ve toplu sözleşmede belirtilen hedefler ile bağlantılı' olması şeklinde açıkça ifade edilmiş bir gerekliliğe dayanıyordu;

79 ABAD, *Palacios de la Villa* – Cortefiel Servicios SA, Dava C-411/05 [2007] ECR I-8531, 16 Ekim 2007.

- Dördüncü olarak, toplu sözleşmedeki zorunlu emeklilik maddesinin 'istihdamı arttırma yolunda faydalı olacağı' ifade ediliyordu.

Bu faktörleri mütalaa eden ABAD, 'kendi bağlamı içine konulduğunda, geçici düzenlemenin, özellikle işsizliğe engel olmak amacıyla, ulusal işgücü piyasasını tanzim etmeye yönelik olduğu' sonucuna vardı. Bu temelde, toplu sözleşmenin meşru bir gaye taşıdığına karar verdi. ABAD, meşru bir gayenin izlendiğini kabul ettikten sonra, düzenlemenin o gayeye ulaşmak için 'uygun ve gerekli' olup olmadığını araştırmalıydı. ABAD, Üye Devletlerin sosyal politika ve istihdam politikası alanında geniş bir takdir payına sahip olduklarını tekrarladı ve dolayısıyla 'somut düzenlemeler Üye Devletlerdeki duruma göre değişebilirdi'. Önemli olan, ilgili işçilerin 'makul bir seviyede olması gereken' emekli maaşı alabilmeleri gereği idi. Söz konusu hükümlerin sendikalar ve işveren kuruluşları arasında toplu sözleşmeyle tespit edilmiş olması, emekliye ayrılma kararında ilgili işgücü piyasasını ve belirli iş gereksinimlerini dikkate alma imkânı veren bir esnekliğin sürecin içine yerleştirilmiş olması da eşit ölçüde etkiliydi. ABAD, bu gerçekler temelinde, Bay Palacios'u ilgilendiren geçici düzenlemenin ve toplu sözleşmenin nesnel olarak haklı bir nedene dayandırıldığına ve böylece AB hukukuyla uyumlu olduğuna karar verdi. ABAD tarafından vurgulanan yaklaşıma göre, yukarıda tartışıldığı gibi, ayrımcılık yasağı korumasının diğer temelleri kapsamında nesnel haklı bir nedene dayandırıldığına nasıl mütalaa ediliyorsa 6. madde de aynı şekilde mütalaa edilecektir.

Örnek: İngiltere'deki *MacCulloch* davasında, yaşa ve hizmet süresine göre işten çıkarma ödemelerinin artmasını öngören işten çıkarma ödemesi programlarının durumunun incelenmesi mahkemeden talep edildi.<sup>80</sup> Ödemelerin yaşa ve hizmet süresine göre belirlenmesi nedeniyle, daha uzun hizmet sürelerine sahip olan daha yaşlı çalışanlar daha genç olanlara kıyasla çok daha büyük işten çıkarma ödemelerine hak kazanıyordu. İngiltere temyiz mahkemesi, prensip olarak, daha yaşlı çalışanların sadakatini ödüllendirme, onların işgücü piyasasındaki dezavantajını dikkate alarak onlara daha büyük ödemeler yapma ve daha yaşlı işçileri ayrılmaya teşvik etme, böylece gençler için istihdam fırsatları oluşturmanın bir yolu olarak bu uygulamanın nesnel olarak haklı kılınabileceğini kabul etti. Ancak, nesnel

80 MacCulloch – Imperial Chemical Industries plc [2008] IRLR 846, İngiltere İstihdam Temyiz Mahkemesi, 22 Temmuz 2008.

haklı bir nedene dayandırma konusuna nasıl yaklaşmak gerektiğine de işaret edilerek, bu konuda sonuçlara varılabilmesi için orantılılık meselesinin geniş çapta incelenmesinin gerekli olduğu ifade edildi.

Örnek: *Hütter* davasında, ABAD'dan 18 yaşına gelmeden önceki çalışma tecrübesinin ücret tespitinde dikkate alınamayacağını öngören bir Avusturya kanunuyla ilgili bir başvuruyu incelemesi istendi. Bay Hütter ve bir meslektaşı Graz Teknoloji Üniversitesinde çırak olarak çalışmışlardı ve çıraklıklarını bitirdikten sonra onlara 3 aylık bir sözleşme teklif edilmişti. Söz konusu kanun temelinde, o sırada 18 yaşını biraz geçmiş olan Bay Hütter'in ücreti kazandığı 6,5 aylık çalışma tecrübesine göre tespit edilmiş, ondan 22 ay daha büyük olan meslektaşının ücretiyse kazandığı 28,5 aylık çalışma tecrübesine göre tespit edilmişti. Bu durum, her ikisinin de benzer seviyelerde tecrübe edinmiş olmalarına rağmen, aylık ücrette bir farklılığa sebep oluyordu.

Bay Hütter, bu kuralın 18 yaşına ulaştıktan sonra tecrübelerini edinen kişilerin daha çok lehinde olduğunu iddia ederek dava açtı. ABAD kanunun asli gayelerinin meşru sayılabileceğini kabul etti: (1) mesleki eğitim almış olan kişilere kıyasla, genel orta öğretimden geçmiş olan kişileri dezavantajlı bir duruma sokmamak; ve (2) çıraklıkları daha maliyetli hale getirmekten kaçınmak ve böylece çıraklık eğitimi almış olan gençlerin işgücü piyasasına girmesini kolaylaştırmak. Meşru gayelerin uygun ve gerekli olup olmadıklarının tespitinde Üye Devletin geniş bir takdir payına sahip olduğunu kabul etmekle beraber, ABAD, bu davada olduğu gibi, tecrübe süresinin aynı olduğu fakat başvuruçunun yaşının ücret miktarını etkilediği durumlar başta olmak üzere, söz konusu yasal düzenleme genç işçileri orantısız bir ölçüde etkilediğinden nesnel bir haklı bir nedene dayandırmanın layıkıyla yapılmamış olduğunu belirledi.

Bu yaklaşımın, Bölüm 4.2'de *Stec* ve *Diğerleri* davasında tartışılan, AİHS bağlamında farklı emeklilik yaşları konusunu incelemiş olan AİHS'nin yaklaşımıyla da tutarlı olduğu kaydedilmelidir. Bu anlamda, yaşla ilgili istisnalar, mahkemelerin istihdam ve sosyal politika gerekçelerine yaklaşımlarıyla tutarlıdır.

## Temel Noktalar

- AİHS kapsamında, doğrudan ayrımcılıkla ilgili genel bir savunma vardır. AB hukuku kapsamında ise, istihdam bağlamına özgü belirli savunmalar bulunmaktadır.
- AİHS ve AB hukuku kapsamında dolaylı ayrımcılık genel bir nesnel haklı bir nedene dayandırma savunmasına tabidir.
- Meşru bir gayeye yönelik olduğunda ve araçlar uygun ve gerekli olmak şartıyla farklı muamele haklı bir nedene dayandırılabilir
- AB ayrımcılık yasağı hukuku kapsamında dolaylı ayrımcılıkla ilgili genel savunmaya ek olarak, daha belirli savunmalar da vardır: (i) mesleğe özel gereklilikler; (ii) dini kurumlarla ilgili istisnalar; ve (iii) yaş ayrımcılığına özgü istisnalar.
- Yaş ayrımcılığı, doğrudan ayrımcılığın nesnel olarak haklı kılınabildiği tek AB korunan hukuki menfaattir.

## Okuma Listesi

Bamforth, Malik and O'Conneide, *Discrimination Law: Theory and Context* (London, Sweet and Maxwell, 2008), Chapters 4, 5, 6, 8.

Barnard, *EC Employment Law* (Oxford, Oxford University Press, 2009), Chapters 6, 7, 8, 9, 10.

Bercusson, *European Labour Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), Chapters 10, 11, 22.

Dubout, 'L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? Epilogue dans l'affaire D.H. et autres c. République tchèque, Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), 13 novembre 2007', 19 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, (2008) 75.

Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2005), Chapter 6.

ERRC/Interights/MPG *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), Annex 5.



European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *The Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination* (Luxembourg, Publications Office, 2008).

European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, *Beyond formal equality: positive action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC* (Luxembourg, Publications Office, 2007) – also available in French and German.

European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, *Age discrimination and European Law* (Luxembourg, Publications Office, 2005) – also available in French and German.

European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, *Religion and Belief in Employment* (Luxembourg, Publications Office, 2006) – also available in French and German.

Fredman, *Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2002), Chapter 4.

Heyden and von Ungern-Sternberg, 'Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK', *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2009).

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (London, Interights, 2005), Chapters 3 and 4.

Marguénaud, 'L'affaire Burden ou l'humiliation de la fratrie : Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch.), Burden et Burden c. Royaume Uni, 29 avril 2008', 20 *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, (2009) 78.

Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Oxford, Hart Publishing, 2004), Chapter 7.

Schiek, Waddington and Bell (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Oxford, Hart Publishing, 2007), Chapters 2, 3 and 7.



# 3

## Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukukunun Kapsamı

### 3.1. Giriş

Avrupa ayrımcılık yasağı hukuku dolaylı ve doğrudan ayrımcılığı yasaklamakla beraber, bunu sadece belirli bağlamlarda yapar. AB'de ayrımcılık yasağı hukuku, iç pazarın işleyişini kolaylaştırmak için getirilmiş ve bu nedenle geleneksel olarak istihdam alanıyla sınırlandırılmıştır. 2000 yılında İrk Eşitliği Yönergesinin çıkarılmasıyla, bu alan genişletilerek işyerinde eşitliği sağlamak için, istihdam üzerine etkisi olabilecek başka alanlarda da eşitliği temin etmenin gerekli olduğu düşüncesiyle, mal ve hizmetlere erişim ve refah devleti sistemine erişim de kapsam içine alınmıştır. Cinsiyet temelinde eşitliğin kapsamını mal ve hizmetlere de yaymak için daha sonra Mal ve Hizmetler Toplumsal Cinsiyet Yönergesi çıkarılmıştır. Ancak, cinsel yönelim, engellilik, yaş ve din veya inanç temelinde ayrımcılığı yasak eden 2000 İstihdamda Eşitlik Yönergesi sadece istihdam bağlamında geçerlidir. Bölüm 1.1.2'de tartışıldığı gibi, bu temeldeki korumanın kapsamını mal ve hizmetler bağlamına ve sosyal refah sistemi erişimine genişletme düşüncesi halen yasama organı tarafından incelenmektedir.

Buna karşılık, AİHS'nin 14. maddesi AİHS ile teminat altına alınan maddi hakların kullanımıyla ilgili olarak eşitliği garanti eder. Ayrıca, 2005 yılında yürürlüğe girmiş olan AİHS'ye ek 12 no'lu protokol ayrımcılık yasağının kapsamını genişleterek, bir AİHS hakkının kapsamına girmediği durumlarda bile, ulusal düzeyde garanti edilen herhangi bir hakkı bu yasağın kapsamına almıştır. Ancak, söz konusu protokol 47 Avrupa Konseyi Üye Devletinden sadece 17'si tarafından onaylanmıştır. Bunlar arasında altı tanesi AB Üye

Devlettir. Bu demektir ki AB Üye Devletleri arasında Avrupa ayrımcılık yasağı hukuku alanında farklı düzeylerde yükümlülükler mevcuttur.

Bu bölümde Avrupa ayrımcılık yasağı hukukunun geçerlilik kapsamı ortaya konulacaktır. İlk olarak, AİHS'nin 14. maddesinin ve 12 no'lu protokolünün kapsamı ve bunun geçerlilik alanını belirlemek için AİHM tarafından benimsenen yöntem genel olarak açıklanacaktır. Daha sonra, Ayrımcılık yasağı yönergelerinin kapsadığı belirli somut alanlar incelenecek, bunların aynı zamanda 14. madde kapsamına giren durumlara karşılık gelmesi de belirtilecektir. Son olarak, 'kişisel alan' ve yasanın uygulanması alanında olduğu gibi, AB hukukunun özel bağlamı ötesinde AİHS'nin geçerli olduğu alanlar hakkında genel bir bakış sunulacaktır.

### **3.2. Avrupa ayrımcılık yasağı hukuku kapsamında korumadan kimler yararlanır?**

AB hukuku ve AİHS kapsamında korumadan yararlanan kişiler konusu üzerine öncelikle bir ön tespit yapılmalıdır. AİHS, vatandaşı olsun veya olmasın bir Üye Devletin yetkisi altında olan bütün kişilere ve hatta ulusal sınırların ötesinde, devletin fiilen kontrolünde bulunan (işgal edilmiş topraklar gibi) alanlarda bulunan kişilere koruma güvencesini tanıır.<sup>81</sup> Buna karşılık, AB hukukunun koruma kapsamı daha sınırlıdır. AB hukukunda milliyete göre ayrımcılığın yasaklanması kişilerin serbest dolaşımı bağlamında geçerlidir ve sadece AB Üye Devletlerinin vatandaşlarına sağlanır. Buna ek olarak, Ayrımcılık yasağı yönergelerinde üçüncü ülke vatandaşları (ÜÜV) tarafından başvuru yapılmasını dışlayan çeşitli hükümler vardır. Bir ÜÜV, AB üyesi olmayan bir devletin vatandaşı olan bir bireydir.

Ayrımcılık yasağı yönergelerinde bunların milliyet ayrımcılığına uygulanması açıkça dışlanmıştır. Bu konu Serbest Dolaşım Yönergesi<sup>82</sup> kapsamında düzenlenir. Bu yönergeye göre, sadece AB Üye Devletlerinin vatandaşları diğer AB Üye Devletlerine girme ve orada ikamet etme hakkına sahiptir. Bir AB vatandaşı, bir başka AB Üye Devletinde beş yıl boyunca kanuna uygun olarak ikamet ettikten sonra, daimi ikamet hakkını kazanır, böylece 'işçi' kategorisinde olanların haklarına eşdeğer hakların sahibi olur. Bu, elbette ki, başka Üye

81 AİHM, Loizidu – Türkiye davası (No. 15318/89), 18 Aralık 1996.

82 Birlik vatandaşları ve aile üyelerinin Üye Devlet topraklarında serbestçe dolaşma ve ikamet etme hakkı üzerine 2004/38/EC sayılı Yönerge, Resmi Gazete L 158, 30.4.2004, sayfa 77.

Devletlerin vatandaşlarının Ayrımcılık yasağı yönergeleriyle korunmadığı anlamına gelmez. Yunanistan'da cinsel yönelimi nedeniyle işten çıkarılan bir Alman eşcinsel İstihdamda Eşitlik Yönergesine istinat edebilecektir. Milliyet temelinde ayrımcılık şikâyetinde bulunurken, mağdur olan kişi bunu ırk veya etnik köken gerekçesine bağlamaya çalışmak veya Serbest Dolaşım Yönergesine istinat etmek durumunda olacaktır.

Hem Irk Eşitliği Yönergesi, hem de İstihdamda Eşitlik Yönergesi, giriş ve ikamet şartlarıyla ilgili olarak üçüncü ülke vatandaşları (ÜÜV) için herhangi bir eşit muamele hakkını getirmediklerini ifade eder. İstihdamda Eşitlik Yönergesi ayrıca, istihdam ve çalışmaya erişimle ilgili olarak ÜÜV'ler için herhangi bir eşit muamele hakkı getirmediğini de ifade eder. Irk Eşitliği Yönergesi 'üçüncü ülke vatandaşlarının yasal statüsünden doğan herhangi bir muameleyi' kapsamadığını ifade eder. Ancak, bu durum Üye Devletlerin ÜÜV'ler için korumayı tamamen dışlamalarına izin veriyor gibi görünmez, çünkü başlangıç kısmında, istihdama erişim dışında, ÜÜV'lerin yönergeyle korunacakları ifade edilir. Cinsiyet Eşitliği Yönergesi ve Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi ÜÜV'ler için korumayı dışlamaz.

Ancak, ÜÜV'ler (başka şartlar yanında beş yıl boyunca kanuna uygun ikamet şartını gerektiren) Üçüncü Ülke Vatandaşları Yönergesi<sup>83</sup> kapsamında 'uzun süre ikamet edenler' olmaları halinde, Ayrımcılık yasağı yönergelerinin kapsamına giren genel olarak aynı alanlarda eşit muamele hakkından yararlanacaktır. Buna ek olarak, Ailelerin Yeniden Birleşmesi Yönergesi bir Üye Devlette kanuna uygun olarak ikamet eden ÜÜV'lerin aile üyeleriyle birleşmesine bazı durumlarda izin vermektedir.<sup>84</sup>

Elbette, AB hukukundaki bu kurallar, Üye Devletlerin kendi ulusal hukukları kapsamında daha elverişli şartlar belirlemelerini engellemez. Buna ek olarak, Bölüm 4.7'de tartışıldığı gibi, AİHM içtihadı göstermektedir ki bir devlet vatandaş olanlar ve olmayanların benzer bir konumda olmamalarını (ve belirli hallerde farklı muamele görmelerinin mümkün olmasını) öngörebilse de, prensip olarak AİHS'deki bütün haklar devletin yetki alanı içinde bulunan bütün kişilere eşit şekilde garanti edilmelidir. AİHS, bu bakımdan, ÜÜV'ler ile ilgili olarak Üye Devletler üzerine bazı alanlarda AB hukuku gereklerinin ötesine giden yükümlülükler koyar.

83 Uzun süre ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarının statüsü hakkında 2003/109/EC sayılı Yönerge, Resmi Gazete L 16, 23.01.2004, sayfa 44.

84 Ailenin yeniden birleşme hakkı üzerine 2003/86/EC sayılı Yönerge, Resmi Gazete L 251, 3.10.2003, sayfa 12.

### **3.3. Avrupa Sözleşmesinin kapsamı: 14. madde ve 12. Protokol**

#### **3.3.1. Sözleşmedeki ayrımcılık yasağının niteliği**

AİHS'nin 14. maddesi sözleşmede belirlenen 'haklar ve özgürlüklerin kullanımında' eşitliği garanti eder. Bu nedenle, AİHM ayrımcılık konusunda yapılan şikâyetleri, bunlar AİHS ile korunan haklardan biri kapsamına girmedikleri sürece, incelemeye yetkili olmayacaktır.

AİHM, 14. maddenin iddia edilen bir ihlalini ele aldığında, bunu her zaman maddi bir hak ile bağlantılı olarak yapar. Bir başvuru genellikle maddi bir hakkın ihlalini ve buna ek olarak 14. madde bağlamında maddi bir hakkın ihlalini iddia edecektir. Başka bir ifadeyle, kişi haklarına yapılan müdahale, maddi hakkın gerektirdiği standartlara aykırı olması yanında, ayrımcı nitelikteydi, çünkü benzer durumlarda olan kişiler benzer bir dezavantaj ile karşılaşmıyorlardı. 4. Bölüm'de belirtildiği gibi, AİHM maddi hakkın ihlalini tespit ettiğinde, esas olarak aynı şikâyetin incelenmesini gerektireceğini düşünmesi halinde ayrımcılık şikâyetini genellikle ele almayacaktır.

Bu bölümde ilk olarak AİHS ile teminat altına alınan haklar kısaca ortaya konulacak ve daha sonra AİHM'nin 14. maddeyi uygulamak amacıyla AİHS'nin kapsamını nasıl yorumlamış olduğu açıklanacaktır.

#### **3.3.1.1. Sözleşmede düzenlenen haklar**

14. madde tamamıyla AİHS'de teminat altına alınan maddi haklardan biri temelinde ayrımcılığa bağlı olduğundan, AİHS'nin kapsadığı hakları iyi anlamak gerekir. AİHS esas itibarıyla 'medeni ve siyasi' olarak nitelendirilen bir haklar listesi içerir; ancak, belirli 'ekonomik ve sosyal' hakları da korur.

AİHS'de yer alan maddi haklar son derece geniş kapsamlıdır. Bunlar arasında, örnek olarak, yaşam hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ve düşünce, vicdan ve din özgürlüğü vardır.

Bir ayrımcılık konusu bir AİHS hakkının kapsamındaki alanlardan biriyle ilgili olduğunda, AİHM 14. maddenin ihlal edildiği iddiasında bulunan şikâyetleri ele alacaktır.

Bu hususta AB hukuku ve AİHS arasında çok ciddi bir ayrım vardır; AİHS ayrımcılık yasağı ile ilgili AB hukukunda düzenlenmeyen konularda ayrımcılığa karşı koruma sağlar. AB Temel Haklar Şartı'na göre, AB (ayrımcılığa karşı yasak dâhil) aldığı tedbirlerde insan haklarına müdahale etmemek zorunda olduğu halde, Temel Haklar Şartı Üye Devletler için sadece AB hukukunu uygularken geçerlidir. Üye Devletler için sadece bu sınırlı durumda geçerlidir çünkü AB'nin kendisi Üye Devletlerde AB hukukunu uygulamak için idari bir mekanizmaya aslında sahip değildir. AB hukuku Üye Devletlerin kendi yönetimleri tarafından uygulamaya konulur. Dolayısıyla, Üye Devletlerin AB'ye yetki devretmemiş oldukları alanlarda, Temel Haklar Şartı geçerliliğe sahip değildir.

Ayrımcılık yasağı yönergelerinin çıkarılmasından ve bunların koruma kapsamının mal ve hizmetlere erişim ve sosyal refah sistemine erişim yönünde genişletilmesinden bu yana, AİHS ve yönergeler ile sunulan koruma arasında kapsam farkı azalmıştır. Yine de, AİHS'nin belirli alanlarda AB hukukundan fazla koruma sağladığı tespit edilebilir. Bunlar aşağıda incelenecektir.

### 3.3.1.2. Sözleşme haklarının kapsamı

AİHM, 14. maddeyi uygularken, AİHS haklarının kapsamıyla ilgili genişletici bir yorum benimsemiştir:

- AİHM, ilk olarak, maddi bir hakla bağlantılı olarak 14. madde kapsamında oluşturulan iddiaları maddi hakkın kendisi ihlal edilmemiş olsa bile inceleyebileceğini açıklamıştır;<sup>85</sup>
- İkinci olarak, AİHS'nin kapsamının garanti edilen hakların lafzından öteye geçtiğini kabul etmiştir. Olayın gerçekleri AİHS kapsamında korunan hususlarla geniş olarak bağlantılıysa bu yeterli olacaktır.

Örnek: *Zarb Adami – Malta* davasında, başvuru jüri hizmetine çağrılan erkeklerin orantısız ölçüde yüksek sayıda olması nedeniyle cinsiyet temelinde ayrımcılıktan şikâyet etti.<sup>86</sup> AİHS'nin 4(2). maddesi zorla çalıştırmayı yasaklamaktadır. Ancak, 4(3)(d) maddesi 'normal yurttaşlık yükümlülüklerinin' zorla çalıştırma kavramı içine girmediğini ifade eder. AİHM, 'normal yurttaşlık yükümlülükleri' bu madde kapsamına

85 Örnek olarak bkz. AİHM, *Sommerfeld – Almanya* [GC] (No. 31871/96), 8 Temmuz 2003.

86 AİHM, *Zarb Adami – Malta* (No. 17209/02), 20 Haziran 2006.

girmedığı (başka bir ifadeyle, AİHS jüri hizmeti yapmaktan azat olma hakkı vermediği) halde, olayın gerçeklerinin bu hakkın kapsamına girdiklerini tespit etmiştir. Bu tespitine gerekçe olarak, 'normal yurttaşlık yükümlülüklerinin' ayrımcı bir şekilde uygulanmaları halinde 'anormal' duruma gelebileceklerini belirtti.

Örnek: *E. B. – Fransa* davasında, ülke makamları partneriyle yaşayan bir lezbiyenin evlat edinme müracaatını reddettiler.<sup>87</sup> Başvurucu 14. maddeyle birlikte alındığında 8. maddenin ihlal edildiği iddiasında bulundu. AİHM, 8. maddenin kendisinin ihlal edilmiş olup olmadığı konusunda bir karar talep edilmediğini kaydetti. Bu maddenin kendisi bir aile kurma veya evlat edinme hakkı vermediğinden böyle bir talep olmamasını önemli bulmuştur. Ancak, söz konusu olan mesele AİHS'nin tanıdığı özel bir hak ile bağlantılı olmasa bile, bir ayrımcılık şikâyetinin belli bir hakkın kapsamına girmesinin mümkün olduğuna işaret etti. Fransa'nın kendi mevzuatında evlat edinme hakkı tesis edilmiş olduğundan, olayın gerçeklerinin kesinlikle 8. madde kapsamına girdiklerini belirledi. Olayın gerçekleri temelinde, başvurunun cinsel yöneliminin resmi makamlar tarafından onun evlat edinme isteğinin reddinde belirleyici bir rol oynamış olduğunu da tespit etti. Ülke hukukuna göre evlat edinme hakkına sahip olan diğer bekâr insanlara kıyasla bu kişiye ayrımcı muamele yapıldığına hükmetti.

Örnek: *Sidabras ve Dziutas – Litvanya* davasında, başvuruçular, kamu hizmetinde ve bazı özel istihdam alanlarında çalışmaya erişim haklarının devletçe kısıtlanması nedeniyle özel yaşama saygı haklarına müdahale edilmiş olduğundan şikâyet ettiler.<sup>88</sup> AİHM kapsamında garanti edilen bir çalışma hakkı yoktur. Bununla birlikte, AİHM bu olayın 8. madde kapsamına girdiğini belirledi, çünkü devletin koyduğu kısıtlama 'bu kişilerin dış dünya ile ilişkiler kurma yeteneğini çok ciddi bir ölçüye kadar etkilemiş ve geçimlerini temin etme bakımından onlar için ciddi zorluklar yaratmış, onların özel yaşamları üzerinde bunun çok açık yansımaları olmuştur.'<sup>89</sup>

Örnek: *Carson ve Diğerleri – İngiltere* davasında, başvuruçular, devletin onların emekli maaşlarına İngiltere içinde veya İngiltere'nin bu hususta ikili bir anlaşma yapmış olduğu ülkelerden birinde ikamet eden emekliler

87 AİHM, *E.B. – Fransa* [GC] (No. 43546/02), 22 Ocak 2008.

88 AİHM, *Sidabras ve Dziutas – Litvanya* (No. 55480/00 ve 59330/00), 27 Temmuz 2004.

89 Aynı yerde, paragraf 48.



ile aynı esasta zam yapmayı reddederek kendilerine karşı ikamet bazında ayrımcılık yapmış olduğundan şikâyet ettiler.<sup>90</sup> AİHM, sosyal güvenlik veya emekli maaşı ödemeleri konusunda AİHS'nin bir hak tesis etmemesine rağmen, devletin kendisinin böyle bir hak tesis etmeye karar vermiş olduğu durumlarda, bunun mülkiyetle ilgili bir menfaat oluşturacağını, bu menfaatin de 1 no'lu protokolün 1. maddesi kapsamında korunacağını tespit etmiştir.

AİHM benzer bir şekilde, herhangi bir devlet ödeneğine hak kazanılan başka birçok olayda, 14. maddenin uygulanması bakımından, bunun (mülkiyet olarak kabul edilmesi nedeniyle)<sup>91</sup> ya 1 no'lu protokolün 1. maddesi<sup>92</sup> kapsamına, ya da (aile yaşamını veya özel yaşamı ilgilendirmesi nedeniyle)<sup>93</sup> 8.madde kapsamına gireceğini tespit etmiştir. Bu husus, yukarıda Bölüm 3.2'de tartışılan milliyet ayrımcılığı bakımından özellikle önemlidir, çünkü AB hukuku bu konuda çok daha kısıtlayıcıdır.

### 3.3.1.3. 12. Protokol

12. Protokol 'kanunla düzenlenen tüm hakların kullanımı' bakımından ayrımcılığı yasakladığı için, sadece AİHS ile teminat altına alınan haklar bakımından geçerli olan 14. maddeye göre daha geniş bir kapsama sahiptir. Avrupa Konseyinin Açıklayıcı Raporunda bu terimlerin anlamı üzerine verilen açıklama, bu hükmün aşağıdaki ayrımcılık türleriyle ilgili olduğunu belirtir:

- i. ulusal hukuk kapsamında bir kişiye özel olarak verilen herhangi bir hakkın kullanımında ayrımcılık;
- ii. ulusal hukuk kapsamında bir kamu makamının açık bir yükümlülüğünden çıkarsama yoluyla türetilen bir hakkın kullanımında, yani, bir kamu makamının ulusal hukuka göre belirli bir şekilde davranmak zorunda olduğu durumda ayrımcılık;

90 AİHM, *Carson ve Diğerleri – İngiltere* [GC] (No. 42184/05), 16 Mart 2010.

91 Avrupa Konseyi Hukukçular için İnsan Hakları Eğitimi internet sitesinde 1 no'lu protokolün 1. maddesi tam olarak incelenmiştir: Grgic, Mataga, Longar ve Vilfan, 'AİHS kapsamında mülkiyet hakkı', *İnsan Hakları El Kitabı*, No. 10, 2007, [www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123](http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123) adresinde bulunabilir.

92 Örnek olarak, AİHM, *Stec ve Diğerleri – İngiltere* [GC] (No. 65731/01 ve 65900/01), 12 Nisan 2006 (emekli maaşları ve maluliyet ödenekleri); AİHM, *Andrejeva – Letonya* [GC] (No. 55707/00), 18 Şubat 2009 (emekli maaşları); AİHM, *Koua Poirrez – Fransa* (No. 40892/98), 30 Eylül 2003 (iş göremezlik ödeneği); AİHM, *Gaygusuz – Avusturya* (No. 17371/90), 16 Eylül 1996 (işsizlik ödeneği).

93 Örnek olarak, AİHM, *Weller – Macaristan* (No. 44399/05), 31 Mart 2009 (çocuklu aileleri desteklemek için bir sosyal güvenlik ödemesi).

- iii. takdir yetkisinin kullanılmasında (örneğin belirli mali yardımların verilmesinde) bir kamu makamı tarafından yapılan ayrımcılık;
- iv. bir kamu makamının başka herhangi bir fiil veya ihmaliyle (örneğin, bir isyanı kontrol altına alırken yasayı uygulama memurlarının davranışıyla) oluşan ayrımcılık.<sup>94</sup>

Yorumda ayrıca Protokol'ün, esas olarak bireyleri devletin ayrımcılığına karşı korumakla beraber, özel kişiler arasında devletin normal olarak düzenlemesi beklenen ilişkiler, 'örneğin çalışmaya erişimin, restoranlara girişin veya özel kişilerce topluma sunulan sağlık hizmeti gibi hizmetlere veya su/elektrik gibi altyapı hizmetlerine erişimin keyfi olarak kısıtlanması hususunu da kapsadığına işaret edilmektedir.<sup>95</sup> Genel olarak, 12. no'lu Protokol, bireylerin kamuya açık mal ve hizmetlerin nasıl sunulacağına dair karar verme pozisyonunda olmaları gibi durumlar haricinde tamamıyla kişisel bağlamdaki ayrımcılığı yasaklamaktadır.

12 no'lu Protokolün 1. maddesi kapsamında AİHM tarafından incelenmiş tek dava olan, Bölüm 4.6'da tartışılan *Sejdic ve Finci ile Bosna-Hersek* davasında, AİHM Sözleşmenin 'genel bir ayrımcılık yasağı getirdiğini' beyan etmiştir. Ayrımcılık davalarının analizinin 14. madde bağlamında AİHM tarafından yapılan analiz ile aynı olacağını da beyan etmiştir.

### 3.4. AB Ayrımcılık yasağı yönergelerinin kapsamı

Ayrımcılık yasağı yönergelerinde, ayrımcılık yasağının kapsamı üç alana yayılır: istihdam, sosyal refah sistemi ve mal ve hizmetler. Halen, Irk Eşitliği Yönergesi bu alanların üçüne de uygulanmaktadır. İstihdamda Eşitlik Yönergesini bu alanların üçüne de yayacak mevzuat görüşülmekte olup, bu Yönerge halen yalnızca istihdama uygulanmaktadır. Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Yönergesi (yeni şekli) ve Toplumsal Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi, istihdam konusunda ve mallar ile hizmetlere erişim konusunda geçerlidir, fakat sosyal refah sistemine erişim konusunda geçerli değildir.

94 İnsan Hakları ve Temel Hakların Korunması Sözleşmesine ait 12 no'lu protokol (ETS No. 177), Açıklayıcı Rapor, paragraf 22. Bulunabileceği adres: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>.

95 Aynı yerde, paragraf 28.

### 3.4.1. İstihdam

İstihdam alanında ayrımcılığa karşı koruma, ayrımcılık yasağı yönergelerinde öngörülen bütün koruma sahalarına yayılır.

#### 3.4.1.1. İstihdama erişim

'İstihdama erişim' kavramı ABAD tarafından kapsamlı olarak yorumlanmıştır.

Örnek: *Meyers – Kararlaştırma Memuru*<sup>96</sup> davasında, ABAD, istihdama erişimin 'sadece bir istihdam ilişkisi oluşmadan önce mevcut bulunan şartları' değil, bireyin bir iş teklifini kabul edip etmeme kararını vermeden önce dikkate alınması gereken bütün etkileyici faktörleri de kapsadığına hükmetmiştir.<sup>97</sup> Meyers davasında, (gelir düzeyine bağlı olarak ödenen) belli bir devlet yardımının verilmesi bu alanın kapsamına girebilirdi. İşte bu yüzden, aday bir görevi kabul edip etmemeyi düşünürken bu yardımı alma hakkına sahip olup olmayacağından etkilenecekti. Dolayısıyla, bu husus istihdama erişim üzerinde etkiliydi.

Örnek: *Schnorbus – Hessen Eyaleti* davasında, şikâyetçi yargı üstlenme ehliyetinin bir parçası olarak bir staj kadrosuna müracaat etmişti.<sup>98</sup> Ulusal hukuka göre, önce ulusal sınavı geçmek, sonra staj dönemini tamamlamak ve daha sonra da ikinci bir sınavı geçmek gerekiyordu. Şikâyetçi ilk sınavı geçmiş, fakat boş kadro olmadığı gerekçesiyle staj kadrosuna alınmamıştır. Böylece, yeni kadrolar açılıncaya kadar yargı mesleğine katılması gecikmişti. Şikâyetçi, ona karşı ayrımcılık uygulandığını, çünkü askerlik görevlerini tamamlamış erkek adaylara öncelik verildiğini iddia etmiştir. ABAD, staj kadrosuna kabul tarihini düzenleyen ulusal mevzuatın 'istihdama erişim' kapsamına girdiğine, çünkü böyle bir staj döneminin hem kendi başına, hem de yargı içinde kadro elde etme sürecinin bir parçası olarak 'istihdam' niteliğinde olduğuna karar verdi.

#### 3.4.1.2. İşten çıkarma ve maaş dahil istihdam şartları

Yine, ADD bu alanın kapsamını geniş bir anlayışla yorumlamıştır. Böylece, nihai olarak, çalışma ilişkisinden türeyen her türlü şartın bu kategori altında yer aldığı kabul edilmiştir.

96 Kararlaştırma memuru başvuru formlarını inceleyen memurdur, örneğin göçmen başvuruları vb.

97 AAD, *Meyers – Kararlaştırma Memuru*, Dava C-116/94 [1995] ECR I-2131, 13 Temmuz 1995.

98 AAD, *Schnorbus – Hessen Eyaleti*, Dava C-79/99 [2000] ECR I-10997, 7 Aralık 2000.

Örnek: *Meyers* davasında, çocuklu ve dul bir kadın olan başvuru, aile kredisine çocuklu dul kadınların hak kazanmasına ilişkin kullanılan hesaplama yöntemi nedeniyle dolaylı cinsiyet ayrımcılığından şikâyet etti.<sup>99</sup> Bir devlet yardımı olan aile kredisi sağlamanın yalnızca bir sosyal güvenlik konusu mu olduğunu, yoksa bir istihdam şartı mı teşkil ettiğini açıklığa kavuşturmak durumunda olan ABAD, aile kredisinin aşağıdaki üç şart yerine getirildiği zaman ödenebilir olduğunu dikkate aldı: talep eden kişinin geliri belli bir miktarı geçmemeliydi; talep eden kişi veya partneri çalışıyor olmalıydı; ve talep eden kişi veya partneri bir çocuktan sorumlu olmalıydı. ABAD, söz konusu yardımın bir sosyal güvenlik sisteminin bir parçasını oluşturması nedeniyle (bugün Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Yönergesiyle ikame edilmiş olan) (yeni şekil) Eşit Muamele Yönergesinin uygulanamaz kabul edilemeyeceğine hükmetti. Bunun yerine, yardımın bir çalışma ilişkisiyle bağlantılı olarak verilir verilmeyeceğine bakan daha geniş bir yaklaşım benimsendi. Bu durumda, aile kredisi sisteminden yararlanmak için, başvuru, kendisi veya partnerinin ücretli çalışma içinde olduğunu kanıtlamak zorundaydı. Bir çalışma ilişkisini kanıtlama gerekliliği, aile kredisi sistemini, çalışma şartları kategorisine dâhil etmiştir.

İstihdam ve çalışma şartları kavramına böyle geniş bir tanımlama uygulayan ABAD, işyeri kreşlerinin<sup>100</sup> sağlanması ve çalışma süresinin azaltılmasının da bu kavramın kapsamında olduğunu değerlendirdi.<sup>101</sup>

ABAD işten çıkarma ve maaş konularında da oldukça kapsamlı bir yaklaşım kabul etmiştir. İşten çıkarma alanıyla ilgili olarak, çalışma ilişkisinin sonlandırıldığı neredeyse tüm durumlar kapsam dâhilindedir. Bu kapsamda, örneğin, çalışma ilişkisine bir gönüllü ayrılma programı çerçevesinde son verilmesi<sup>102</sup> veya zorunlu emeklilik yoluyla ilişkinin feshedilmesi<sup>103</sup> gibi durumların da olduğu kabul edilmiştir.

Maaş kavramı, AB'nin İşleyişi Antlaşmasınının 157. maddesinde, 'işçinin istihdamıyla ilgili olarak işvereninden doğrudan veya dolaylı olarak nakden veya aynen aldığı normal temel veya asgari ücret veya maaş ve başka herhangi bir karşılık' şeklinde tanımlanmıştır. Bunun kapsamına, işçinin bir çalışma

99 AAD, *Meyers – Kararlaştırma Memuru*, C-116/94 [1995] ECR I-2131, 13 Temmuz 1995.

100 AAD, *Lommers – Minister Van Landbouw*, Dava C-476/99 [2002] ECR I-2891, 19 Mart 2002.

101 AAD, *Jamstalldetsombudsmannen – Örebro Lans Landsting*, Dava C-236/98 [2000] ECR I-2189, 30 Mart 2000.

102 AAD, *Burton – British Railways Board*, Dava 19/81 [1982] ECR 55, 16 Şubat 1982.

103 AAD, *Palacios de la Villa – Cortefiel Servicios SA*, Dava C-411/05 [2007] ECR I-8531, 16 Ekim 2007.

ilişkinde girmiş olması nedeniyle aldığı çeşitli haklar da girer. Bu tanımın kapsamı ABAD önündeki çeşitli davalarda mütalaa edilmiş ve indirimli tren seyahati<sup>104</sup>, yurtdışı ödenekleri<sup>105</sup>, Noel ikramiyeleri<sup>106</sup> ve mesleki emekli aylıkları<sup>107</sup> dâhil işle bağlantılı bütün hakları kapsadığına karar verilmiştir. Konunun 'maaş' terimi içine girip girmediğini tespit ederken, esas olarak, bir çalışma ilişkisinin varlığından türeyen, şu veya bu şekilde bir hakkın olup olmadığı aranır.

### 3.4.1.3. Mesleki rehberlik ve eğitime erişim

'Mesleki rehberlik ve eğitim' kavramının tanımı, kişilerin serbest dolaşımı bağlamında ABAD'ın dikkatini çekmiştir.<sup>108</sup> ABAD geniş bir tanımı benimsemiştir.

Örnek: *Gravier* davasında, Fransız vatandaşı olan bir öğrenci Liege'deki Güzel Sanatlar Akademisinde bant karikatür dalında eğitim almak istiyordu.<sup>109</sup> Kendisinden kayıt ücreti alındı; oysa ev sahibi ülkenin vatandaşı olan öğrencilerden böyle bir ücret alınmıyordu. ABAD şunları beyan etti:

'... kişiyi belli bir meslek, sanat veya istihdama hazırlayan veya böyle bir meslek, sanat veya istihdam için gerekli eğitim ve becerileri kazandıran her türlü öğretim, ona katılan öğrencilerin yaşı ve eğitim düzeyi ne olursa olsun ve eğitim programında bir genel öğretim unsuru olsa bile, mesleki eğitimidir.'

Örnek: Bu tanımlama, şikâyetçinin bir veteriner hekimlik programında öğretim görmeki için müracaat ettiği *Blaizot* davasında uygulandı.<sup>110</sup> ABAD, programın sonunda verilen derece belli bir meslek, sanat veya istihdam için gerekli ehliyeti doğrudan doğruya sağlamadığı takdirde bile,

104 AAD, *Garland – British Rail Engineering Limited*, Dava 12/81 [1982] ECR 455, 9 Şubat 1982.

105 AAD, *Sabbatini – Avrupa Parlamentosu*, Dava 20/71 [1972] ECR 345, 7 Haziran 1972.

106 AAD, *Lewen – Denda*, Dava C-333/97 [1999] ECR I-7243, 21 Ekim 1999.

107 AAD, *Barber – Guardian Royal Exchange Assurance Group*, Dava C-262/88 [1990] ECR I-1889, 17 Mayıs 1990.

108 Topluluk içinde işçilerin dolaşım özgürlüğüne dair 1612/68 sayılı Yönetmeliğin (Resmi Gazete L 257, 19.10.1968, s.2) 7(3) maddesine göre, bir işçi, ülke işçilerine kıyasla daha az elverişli şartlara tabi olmaksızın, mesleki okullar ve yeniden eğitim merkezlerinde eğitime erişme imkânına sahip olacaktır.

109 AAD, *Gravier – Ville de Liege ve Diğerleri*, Dava 293/83 [1985] ECR 593, 13 Şubat 1985.

110 AAD, *Blaizot – Liege Üniversitesi ve Diğerleri*, Dava 24/86 [1988] ECR 379, 2 Şubat 1988.

genel olarak bir üniversite derecesinin 'mesleki eğitim' kapsamına gireceğini kararlaştırdı. Söz konusu programın belki bir meslek, sanat veya istihdamda gerekli bilgi, eğitim veya becerileri kazandırması yeterliydi. Böylece, belirli mesleklerin resmi bir ehliyet gerektirmemesi veya üniversite derecesinin kendi başına bir mesleğe resmi giriş şartını teşkil etmemesi, programın 'mesleki eğitim' olarak görülmesini engellemeyecektir. Bunun tek istisnası, 'özel nitelikleri itibarıyla, kendilerini belirli bir mesleğe hazırlamak değil, genel bilgilerini geliştirmek isteyen kişiler için tasarlanmış bazı öğrenim kurslarıdır'.

### 3.4.1.4. İşçi ve işveren örgütleri

Bu başlığın içeriği, bir işçi veya işveren örgütüne üyelik ve erişim ile sınırlı olmayıp, kişilerin bu örgütler içindeki faaliyetini de kapsar. Avrupa Komisyonu tarafından çıkarılan rehberde göre, bu kavram örgütlere üyelik veya bunlardan elde edilen faydalar bağlamında da ayrımcılık olmamasını hedefler.<sup>111</sup>

### 3.4.1.5. Avrupa Sözleşmesi ve istihdam bağlamı

AİHS'nin kendisi bir istihdam hakkı içermediği halde, 8. madde bazı durumlarda istihdam alanını da kapsıyor olarak yorumlanmıştır. Yukarıda belirtilen *Sidabras ve Dziautas – Litvanya* davasında, eski KGB ajanlarının kamu sektöründe ve özel sektörün bazı kısımlarında istihdama erişimi üzerine devletçe konulan yasağın, 14. madde ile bağlantılı olarak 8. madde kapsamına girdiğine karar verilmişti, çünkü bu yasak 'onların dış dünya ile ilişkiler geliştirme yeteneğini çok ciddi bir ölçüde etkiliyordu ve geçimlerini kazanma yönünden onlar için ciddi zorluklar yaratıyordu, bunun da onların özel hayatı üzerinde gayet açık yansımaları vardı.'<sup>112</sup> *Bigaeva – Yunanistan* davasında da, 8. maddenin kapsamına (bir mesleğe erişim hakkı dâhil) istihdamın da girdiğine karar verildi.<sup>113</sup>

111 Irk veya etnik kökene bakılmaksızın kişiler arasında eşit muamele ilkesini gerçekleştiren bir Konsey Yönergesi için teklif, COM (1999) 566 final, 25.11.1999.

112 AİHM, *Sidabras ve Dziautas – Litvanya* (No. 55480/00 ve 59330/00), 27 Temmuz 2004.

113 AİHM, *Bigaeva – Yunanistan* (No. 26713/05), 28 Mayıs 2009.

AIHM bir sendikaya üyelik temelinde ayrımcılığı da yasak etmektedir. Ayrıca, sendika kurma hakkı AIHS'de bağımsız bir hak olarak garanti edilmiştir.<sup>114</sup>

Örnek: *Danilenkov ve Diğerleri – Rusya* davasında, başvuruçular bir sendikaya üye olmaları temelinde işverenlerinin tacizine uğramış ve daha az elverişli muamele görmüşlerdi.<sup>115</sup> Ülke mahkemelerinde açtıkları hukuk davaları reddedilmiştir, çünkü ayrımcılık sadece ceza davalarında ispat edilebilmektedir. Ancak, savcı ceza davası açmayı kabul etmemiştir zira ispat standardına göre, Devlet, şirketin yöneticilerinden birinin ayrımcılık yapmayı kastetmiş olduğunu 'makul şüphenin ötesinde' göstermek zorundaydı. AIHM, ülke hukukunda sendikalar için örgütlenme özgürlüğünün yargı yoluyla etkili biçimde korunmamasının 14. madde ile bağlantılı olarak 11. maddenin ihlaline yol açtığına karar verdi.

### 3.4.2. Refah ve sosyal güvenliğe erişim

Ayrımcılık yasağı yönergelerinden sadece Irk Eşitliği Yönergesi, refah sistemine ve diğer sosyal güvenlik biçimlerine erişimde ayrımcılığa karşı geniş bir koruma sağlar. Bu kapsamda, genel sağlık hizmeti, eğitim ve sosyal güvenlik sistemi gibi Devletçe aynı olarak sağlanan haklar vardır. Ancak, Toplumsal Cinsiyet Sosyal Güvenlik Yönergesi daha dar olan 'sosyal güvenlik' alanında cinsiyet temelinde bir eşit muamele hakkını tesis etmektedir.

#### 3.4.2.1. Sosyal güvenlik ve sağlık hizmetleri dahil sosyal koruma

Bu alanın kesin kapsamı belirsizdir çünkü Irk Eşitliği Yönergesinde açıklanmamış ve ABAD içtihadı yoluyla henüz yorumlanmamıştır. Yukarıda kaydedildiği gibi, Toplumsal Cinsiyet Sosyal Güvenlik Yönergesi 'yasal sosyal güvenlik programları'<sup>116</sup> bakımından cinsiyet temelinde eşit muameleyi öngörür. 1(3). madde bunları, hastalığa, maluliyete, yaşlılığa, iş kazalarına, mesleki hastalıklara ve işsizliğe karşı koruma temin eden programlar ve ayrıca bunları tamamlayan veya bunların yerine geçen sosyal yardımlar olarak tanımlamaktadır.

114 Örneğin, AIHM, *Demir ve Baykara – Türkiye* (No. 34503/97), 12 Kasım 2008.

115 AIHM, *Danilenkov ve Diğerleri – Rusya* (No. 67336/01), 30 Temmuz 2009.

116 Cinsiyet Eşitliği Yönergesinde 'maaş' içinde sınıflandırılan 'mesleki' programlardan farklı olarak.

‘Sosyal koruma’ ile ne kastedildiği açık olmasa da, Komisyonun Irk Eşitliği Yönergesi teklifine ait Açıklayıcı Genelgede ve ayrıca Yönergenin kendisinde bunun ‘sosyal güvenlik’ kavramından daha geniş olacağı ifade edilmektedir.<sup>117</sup> Düzenlemenin niyet edilen genişliği dikkate alınırsa, Devlet tarafından sunulan herhangi bir biçimdeki yardımların, ister ekonomik, ister aynı nitelikte olsun, sosyal güvenlik kapsamına girmediği ölçüde, sosyal koruma kapsamına gireceği anlaşılmalıdır. Bu anlamda, Irk Eşitliği Yönergesinin münferit uygulama alanlarının birbiriyle örtüşmesi gayet muhtemeldir.

Sağlık hizmeti alanında ayrımcılığa karşı korumanın kapsamı da açık değildir. Öyle görünüyor ki bu koruma, idari ve tıbbi personel tarafından yapılan işlemler gibi, hizmet sunma noktasında verilen kamusal sağlık hizmetlerine erişimle ilgili olacaktır. Muhtemelen, sağlık hizmetlerinin özel kuruluşlarca verildiği, fakat zorunlu bir sigorta düzenlemesi yoluyla hastaların geri ödeme aldığı durumlara da uygulanacaktır. Burada, öyle görünüyor ki ırk veya etnisite temelinde bir bireyi sigortalamanın reddi veya daha yüksek primler uygulanması bu korumanın kapsamına girecektir. Alternatif olarak, mal ve hizmetler temin etme kapsamına girebilecektir.

### 3.4.2.2. Sosyal avantajlar

‘Sosyal avantajlar’ kavramının kapsamı, kişilerin serbest dolaşımı hukuku bağlamında ABAD içtihadı yoluyla hayli gelişmiş ve buna son derece geniş bir tanımlama verilmiştir.

Örnek: *Cristini* davasında<sup>118</sup>, şikâyetçi, çocuklarıyla birlikte Fransa’da ikamet eden bir İtalyan vatandaşıydı. Müteveffa kocası AB hukukuna göre ‘işçi’ statüsüne sahipti. Fransa demiryolları büyük aileler için indirimli pasolar veriyordu, fakat Bayan *Cristini*’ye onun milliyeti temelinde böyle bir paso vermeyi reddetmişti. AB hukuku bakımından ‘sosyal avantajların’ sadece bir istihdam sözleşmesinden ileri gelen avantajlar olduğu iddia ediliyordu. ABAD bu iddiayı kabul etmeyerek, herhangi bir istihdam sözleşmesine bakılmaksızın, indirimli demiryolu pasoları dâhil her türlü avantajın bu kapsamda olduğuna karar verdi.

117 Irk veya etnik kökene bakılmaksızın kişiler arasında eşit muamele ilkesini gerçekleştiren bir Konsey Yönergesi için teklif, COM (1999) 566 final, 25.11.1999.

118 AAD, *Fiorini (genç kızlık soyadı Cristini)* – SNCF, Dava 32/75 [1975] ECR 1085, 30 Eylül 1975.



ABAD 'sosyal avantajları' *Even* davasında şöyle tanımlamıştır:

*'Bir istihdam sözleşmesine bağlı olsun veya olmasın, ülkenin işçilerine, objektif olarak işçi statüsünde olmaları veya ülke topraklarında ikamet etmeleri nedeniyle genel olarak tanınan ve dolayısıyla başka Üye Devletlerin vatandaşı olan işçilere teşmil edilmesi onların Topluluk içinde hareketini kolaylaştırmak için uygun görünen avantajlar.'*<sup>119</sup>

Bu terim, *Even* davasındaki tanımlamayı yerine getirdikleri müddetçe neredeyse bütün haklar için geçerlidir: mutlak olarak tanınan bir hak ile takdire bağlı olarak tanınan haklar arasında ayırım yoktur. Ayrıca, istihdam ilişkisinin bitmesinden sonra tanınan hakların, örneğin bir emekli aylığı hakkının da bir sosyal avantaj sayılması mümkündür.<sup>120</sup> Esas olarak serbest dolaşım bağlamında, bir sosyal avantaj, göçmen işçinin ev sahibi ülkenin toplumuna entegre olmasına yardım edebilecek herhangi bir avantajdır. Mahkemeler bir konuyu bir sosyal avantaj olarak değerlendirmekte hayli geniş bir yaklaşım içinde olmuşlardır. Örnekler:

- Faizsiz 'doğum kredisi' ödenmesi. Kredinin ardındaki gerekçenin doğumları teşvik etmek olmasına rağmen, ABAD bunu düşük gelirli ailelerin mali yüklerini hafifletmeye yönelik bir araç olarak görüldüğünden sosyal bir avantaj kabul etmiştir;<sup>121</sup>
- Yurt dışında öğrenim görececek ülke işçilerine destek olmak için kültürel bir anlaşma kapsamında burs verilmesi;<sup>122</sup>
- Bir kişiye karşı açılan bir ceza davasının onun kendi ülkesinin dilinde görülme hakkı.<sup>123</sup>

### 3.4.2.3. Eğitim

Eğitime erişimde ayrımcılıktan korunma, ilk başta, özellikle işçilerin çocuklarına yönelik olan 1612/68 sayılı Yönetmeliğin 12. maddesi kapsamında kişilerin serbest dolaşımı bağlamında geliştirildi. Eğitim alanı, muhtemelen, mesleki

119 AAD, *Even Aleyhine Cezai Takibat*, Dava 207/78 [1979] ECR 2019, 31 Mayıs 1979, paragraf 22.

120 AAD, *Komisyon – Fransa*, Dava C-35/97 [1998] ECR I-5325, 24 Eylül 1998.

121 AAD, *Reina – Landeskreditbank Baden-Württemberg*, Dava 65/81 [1982] ECR 33, 14 Ocak 1982.

122 AAD, *Matteucci – Belçika'nın Fransız Topluluğu*, Dava 235/87 [1988] ECR 5589, 27 Eylül 1988.

123 AAD, *Mutsch Aleyhine Cezai Takibat*, Dava 137/84 [1985] ECR 2681, 11 Mayıs 1985.

eğitim alanıyla örtülecektir. Mesleki eğitim alanı dışında bırakılan, sadece genel bilginin geliştirilmesi amacıyla yönelik olan yüksek eğitim programlarının da bunun kapsamına girip girmeyeceği açık değildir.

Örnek: *Casagrande – Landeshauptstadt München* davasında, şikâyetçi taraf, Almanya'da çalışan bir İtalyan vatandaşının kızıydı.<sup>124</sup> Alman makamları okula devamı kolaylaştırmak amacıyla okul çağında olan çocuklar için aylık bir destek bursu ödüyordu. ABAD okula devamı kolaylaştırmaya yönelik genel tedbirlerin de eğitim kapsamında olduğuna karar verdi.

### 3.4.2.4. Avrupa Sözleşmesi ile sosyal refah ve eğitim bağlamı

AİHS kapsamında sosyal güvenlik hakkı olmadığı halde, AİHM içtihadında açıkça görülmektedir ki sosyal yardım ödemeleri ve emekli maaşları gibi sosyal güvenlik biçimleri Sözleşmenin 8. maddesi veya 1 no'lu Protokolün 1. maddesi kapsamına girmektedir.<sup>125</sup>

AİHS kapsamında sağlık hizmeti hakkı olmamasına rağmen, AİHM, sağlığa erişim olmamasının insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele oluşturacak kadar ciddi olduğu hallerde, tıbbi kayıtlara erişim<sup>126</sup> gibi sağlık hizmetiyle ilgili konuların 8. madde veya 3. madde kapsamına gireceğini değerlendirmiştir.<sup>127</sup> Dolayısıyla, sağlık hizmetine erişimde ayrımcılık şikâyetleri 14. madde kapsamına girecektir.

Seyahat pasoları gibi aynen temin edilen yardımlar biçimindeki sosyal avantajların AİHS kapsamına girip girmeyeceği açık değildir; ancak, AİHM'nin 8. maddeye ilişkin geniş yorumu, bunların da özellikle ailenin yararına hizmet maksadına dönük olmaları halinde, kapsam içinde olabileceklerini gösterir.

124 AAD, *Casagrande – Landeshauptstadt München*, Dava 9/74 [1974] ECR 773.

125 Özellikle şu davalar: AİHM, *Andrejeva – Letonya* [GC] (No. 55707/00), 18 Şubat 2009; AİHM, *Gaygusuz – Avusturya* (No. 17371/90), 16 Eylül 1996; ve AİHM, *Koua Poirrez – Fransa* (No. 40892/98), 30 Eylül 2003. Bu davaların hepsi Bölüm 4.7'de tartışılıyor.

126 AİHM, *K.H. ve Diğerleri – Slovakya* (No. 32881/04), 28 Nisan 2009.

127 AİHM, *Slawomir Musial – Polonya* (No. 28300/06), 20 Ocak 2009.

AIHS'ye ilişik 1 no'lu Protokolün 2. maddesi bağımsız bir hak olarak eğitim hakkını kapsar ve dolayısıyla AIHM, eğitim bağlamında ayrımcılık şikâyetlerini 14. maddenin kapsamında görecektir. AIHS çerçevesinde eğitim temelinde ayrımcılık, Bölüm 2.3.1'de *D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti* davasında<sup>128</sup> ve Bölüm 5.3'te *Orsus ve Diğerleri – Hırvatistan* davasında<sup>129</sup> tartışılmaktadır.

### 3.4.3. Konut dahil mal ve hizmet teminine erişim

Konut, mal ve hizmet teminine erişim alanında ayrımcılıktan korunma, Irk Eşitliği Yönergesi yoluyla ırk temelinde ayrımcılığa ve Toplumsal Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi yoluyla cinsiyet temelinde ayrımcılığa uygulanır. Toplumsal Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesinin 3(1) sayılı maddesi, bu kavramın 'kamu organları dâhil hem kamu sektörü, hem de özel sektör yönünden, ilgili kişiye bakılmaksızın, kamuya temin edilen ve özel hayat ile aile hayatı ve bu bağlamdaki işlemler dışında sunulan' bütün mal ve hizmetler ile ilgili olduğunu belirterek, bu düzenlemeye daha bir netlik kazandırmıştır. 'Medya veya reklâmcılık içeriği' ve 'devlet veya özel eğitim' açıkça dışarıda bırakıldığı halde, bu dışlama, eğitimi açıkça içine alan Irk Eşitliği Yönergesinin kapsamını daraltmaz. Toplumsal Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönetmeliği de, AB'nin İşleyişi Antlaşmasınının 57. maddesine atıf yapar:

*'Hizmetler, bu Anlaşmadaki anlamıyla, normal olarak bedel karşılığında temin edilen "hizmetler" olarak kabul edilecektir...*

*"Hizmetler" özellikle şunları içerecektir:*

- (a) Sınâî nitelikte faaliyetler;
- (b) Ticari nitelikte faaliyetler;
- (c) Zanaat faaliyetleri;
- (d) Mesleki faaliyetler.'

128 AIHM, *D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti* [GC] (No. 57325/00), 13 Kasım 2007.

129 AIHM, *Orsus ve Diğerleri – Hırvatistan* [GC] (No. 15766/03), 16 Mart 2010.

Öyle görünüyor ki, tamamen kişisel bir bağlam da olmamak kaydıyla devlet veya özel eğitim haricinde, bir mal veya hizmetin normal olarak bedel karşılığında temin edildiği herhangi bir durum bu alanın kapsamına girer.

Ulusal organların içtihadı gösteriyor ki barlar<sup>130</sup>, restoranlar ve gece kulüpleri<sup>131</sup>, dükkânlar<sup>132</sup> ve sigorta kuruluşlarının<sup>133</sup> hizmetleri ve köpek yetiştiricileri<sup>134</sup> gibi 'özel' satıcıların hizmetlerine erişim kazanılması gibi senaryolar bu kapsamda olacaktır. Sağlık hizmeti, özel olarak İrk Eşitliği Yönergesinin kapsamında olmakla beraber, bunun özel sağlık hizmeti olduğu veya bireylerin sağlık masraflarını karşılamak için hastalık sigortası yaptırmak zorunda oldukları durumlar başta olmak üzere, hizmetler kapsamına da girebilir. Bu anlamda, ABAD hizmetlerin serbest dolaşımı bağlamında hizmetler kavramını kâr amaçlı bir kuruluşça bedel karşılığında temin edilen sağlık hizmetlerini de içine alacak şekilde yorumlamıştır.<sup>135</sup>

İrk Eşitliği Yönergesi konutu tanımlamaz. Ancak, bunun uluslararası insan hakları mevzuatının ışığında, özellikle AB Temel Hakları Belgesinin 7. maddesi ve (bütün AB Üye Devletlerinin ve AB'nin de ileri bir tarihte katılacağı dikkate alınırsa) AIHS'nin 8. maddesi kapsamında insanın evine saygı gösterilme hakkı ve (bütün Üye Devletlerin taraf olduğu) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 11. maddesinde yer alan uygun konut hakkının ışığında yorumlanması önerilir. AIHM, konut hakkını geniş biçimde yorumlayarak, kanuna aykırı bir konumda buldukları hallerde bile<sup>136</sup>, karavan veya treyler gibi seyyar konutları da buna dâhil etmiştir. BM

130 Eşit Muamele Otoritesi (Macaristan), Dava No. 72, Nisan 2008. İngilizce tercümesi FRA Infoportal, Dava 322-1; Ayrımcılıkla Mücadele Alanında Hukuki Uzmanlar Avrupa Şebekesi, 8 (Temmuz 2009) 'Avrupa Ayrımcılıkla Mücadele Hukuku Dergisi', s.49.

131 İsvec, Yüksek Mahkeme, *Escape Bar ve Restoranı – Etnik Ayrımcılığa Karşı Ombudsman T-2224-07*, 1 Ekim 2008. İngilizce tercümesi FRA Infoportal, Dava 365-1; Ayrımcılıkla Mücadele Alanında Hukuki Uzmanlar Avrupa Şebekesi, 8 (Temmuz 2009) 'Avrupa Ayrımcılıkla Mücadele Hukuku Dergisi', s.68.

132 Bezirksgericht Döbling (Avusturya), GZ 17 C 1597/05f-17, 23 Ocak 2006. İngilizce tercümesi FRA Infoportal, Dava 1-1. Orijinal metin: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=1>.

133 Nimes Temyiz Mahkemesi, *Lenormand – Balenci*, No. 08/00907, 6 Kasım 2008 ve Fransa İstinaf Mahkemesi Ceza Dairesi, No. M 08-88.017 ve No. 2074, 7 Nisan 2009. İngilizce tercümesi, Ayrımcılıkla Mücadele Alanında Hukuki Uzmanlar Avrupa Şebekesi, 9 (Aralık 2009) 'Avrupa Ayrımcılıkla Mücadele Hukuku Dergisi', s.59

134 Svea Temyiz Mahkemesi, *Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılığa Karşı Ombudsman – A.S.*, Dava No. T-3562-06, 11 Şubat 2008. İngilizce tercümesi, Ayrımcılıkla Mücadele Alanında Hukuki Uzmanlar Avrupa Şebekesi, 8 (Temmuz 2009) 'Avrupa Ayrımcılıkla Mücadele Hukuku Dergisi', s.69.

135 AAD, *Kohll – Union des Caisses de Maladie*, Dava C-158/96, [1998] ECR I-1931, 28 Nisan 1998, AAD, *Peerbooms – Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, Dava C-157/99 [2001] ECR I-5473, 12 Temmuz 2001; ve AAD, *Müller Faure – Onderlinge Waarborgmaatschappij*, Dava C-385/99 [2003] ECR I-4509, 13 Mayıs 2003.

136 AIHM, *Buckley – İngiltere* (No. 20348/92), 25 Eylül 1996.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesine göre, yeterli konut bir takım şartları yerine getirmelidir. Özellikle, doğal çevrenin etkilerinden korunmak için yeterli kalitede olmalı; içinde yaşayanların kültürel gereksinimlerini yansıtmalı (böylece taşıtlar, karavanlar, kamp yerleri ve kalıcı olmayan diğer yapılar da konut kavramına dâhil edilmektedir); kamu altyapı ve genel temizlik hizmetlerine bağlanmış olmalı; ve yeterli bir altyapı yoluyla çalışma fırsatlarına erişmeye izin vermelidir. Ayrıca, zorla veya yargısız tahliye girişimlerine karşı yeterli koruma sağlamalı ve makul bedelli olmalıdır.<sup>137</sup> Konutla ilgili bu anlayış, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı (FRA) tarafından *Avrupa Birliğinde Roman ve Gezici İnsan Konutlarının Durumu: Eşitlik Yönünde Adımlar* üzerine özet raporunda<sup>138</sup> benimsenen yaklaşımda da görülür.

Bu yaklaşıma göre, konuta erişim, kamusal veya özel mal sahipleri ve emlakçıların belirli kişilere mülk kiralayıp kiralamama veya satıp satmama kararlarını verirken onlara eşit muamele etmelerini sağlamayı içerdiği gibi, aynı zamanda, konutların tahsisinde (örneğin, belli etnik gruplara kalitesiz veya uzak konutlar tahsis edilmesi), bakımında (örneğin, belli gruplarca konut olarak kullanılan mülklerin bakımının yapılmaması) ve kiralama sürecinde (örneğin, belli gruplara mensup olan kişiler için güvenli bir kiracılık süresinin olmayışı veya daha yüksek kira veya depozito bedelleri uygulanması) eşit muamele hakkını da kapsayacaktır.

Örnek: Belçika'da bir mal sahibi, Kongo kökenli insanlara konut kiralamayı reddetmesi nedeniyle ceza kanunu çerçevesinde mahkûm edildi ve medeni kanun çerçevesinde para cezasına çarptırıldı. Geçmişteki mal sahiplerinden yeterli referanslar ve yeterli gelir kanıtı sunulmasına rağmen, bu mal sahibi, geçmişte yabancılar ile ödeme konusunda sorunlar yaşamış olduğu gerekçesiyle, kira sözleşmesi yapmayı reddetmişti.<sup>139</sup>

137 BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 'Genel yorum No. 4: Yeterli konut hakkı (Madde 11(1))' UN. Doc. E/1992/23, 13 Aralık 1991.

138 FRA, *Avrupa Birliğinde Roman ve Gezici İnsan Konutlarının Durumu: Eşitlik Yönünde Adımlar*, Özet Rapor (Viyana, FRA, Mart 2010).

139 Correctionele Rechtbank van Antwerpen, 6 Aralık 2004 tarihli karar (Belçika). İngilizce tercümesi FRA Infoportal, Dava 15-1, orijinal metin: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=15>.

### 3.4.3.1. Avrupa Sözleşmesi ve konut dahil mal ve hizmetler bağlamı

AIHM 8. maddeyi yorumlarken, ekonomik ve sosyal nitelikte ilişkiler dâhil, özel hayat açısından sonuçları olabilecek faaliyetlere ilişkin durumları da bunun kapsamında değerlendirmiştir. AIHM, 8.madde kapsamında insanın evine saygı hakkının yorumlanmasında da geniş bir yaklaşım benimsemiştir. Kaydedildiği gibi, karavanlar ve seyyar evler türünden daha az 'konvansiyonel' sabit konutlar da bunun içinde olacaktır. Devletçe temin edilen konutların son derece kötü bir durumda olmaları, uzun bir dönem boyunca burada ikamet eden kişilere zahmet ve sıkıntı vermeleri halinde, AIHM bunun insanlık dışı muamele oluşturabileceğine de hükmetmiştir.

Örnek: *Moldovan ve Diğerleri – Romanya (no.2)* davasında, başvuru evlerinden atılmış ve daha sonra bu evler son derece travmatik şartlar içinde yıkılmıştı.<sup>140</sup> Evlerinin yeniden inşa edilme süreci son derece yavaştı ve ara dönemde temin edilen konutlar son derece düşük kalitedeydi. AIHM şunları beyan etti:

'... başvuruların geçen on yıldaki hayat şartları, özellikle aşırı kalabalık ve sağlıklı ortam ve bunun başvuruların sağlığı ve refahı üzerindeki zararlı etkisi, başvuruların bu şartlar içinde yaşamak zorunda kalmış oldukları sürenin uzunluğu ve resmi makamların genel tavrıyla birlikte, onlarda ciddi bir manevi ıstıraba sebep olmuş, böylece onların insani haysiyetini azaltmış ve onlarda aşağılanma ve değersizleşme gibi duygular uyandırmış olmalıdır.'

AIHM, diğer faktörler yanında bu tespit sonucunu olarak, AIHS'nin 3. maddesine aykırı nitelikte aşağılayıcı muamele yapılmış olduğu yargısına ulaştı. Yukarıdaki alıntıda kullanılan ifadeler gösteriyor ki sadece konutlarda maruz kalınan şartlar bile bu tespit için yeterli olurdu.<sup>141</sup>

Örnek: *Dokic – Bosna-Hersek* davasında, başvuru kendi mülkiyet hakkına bir müdahale olduğunu iddia etti.<sup>142</sup> Yugoslavya'nın parçalanmasından önce, başvuru, bir askeri okulda öğretmendi ve ülkenin silahlı kuvvetlerinin bir üyesiydi.

140 AIHM, *Moldovan ve Diğerleri – Romanya (no.2)* (No. 41138/98 ve 64320/01), 12 Temmuz 2005.

141 AIHM içtihadına göre, ayrımcı muamele bazı durumlarda aşağılayıcı muameleyle denk olabilir. Örnek olarak bkz. AIHM, *Smith ve Grady – İngiltere* (No. 33985/96 ve 33986/96), 27 Eylül 1999.

142 AIHM, *Dokic – Bosna Hersek* (No. 6518/04), 27 Mayıs 2010.

Saraybosna'da bir daire satın almıştı, fakat Bosna-Hersek'te savaş başladığı ve onun askeri okulu bugünkü Sırbistan'a taşındığı zaman, başvurucu da oraya gitmiş, bugünkü Sırbistan'ın silahlı kuvvetlerine katılmıştı. Çatışmanın bitmesinden sonra, resmi makamlar, yabancı silahlı kuvvetlerde hizmet etmiş olduğu gerekçesiyle, ona mülkünü iade etmeyi reddettiler. Ulusal düzeyde, bunun haklı bir gerekçe olduğu kabul edildi çünkü başvurucunun Bosna-Hersek'te askeri operasyonlara katılmış olan yabancı silahlı kuvvetlerde hizmet etmesinden dolayı 'sadakatsiz' bir vatandaş olduğu düşüncesine dayanıyordu. Davayı açıkça AİHS'nin 14. maddesi kapsamında görmemekle beraber, AİHM bu kararın sadece başvurucunun etnik kökeni temelinde alındığını (çünkü bazı silahlı kuvvetlerde hizmet edilmesi insanın etnik kökeninin göstergesi sayılmaktaydı), zira başvurucunun söz konusu silahlı kuvvetlerin resmen bir üyesi olmaktan başka herhangi bir 'sadakatsizlik' eylemi gerçekleştirmediğinin gösterilemeyeceğini mütalaa etti. Mülkün iade edilmemesi durumunda, tazminat ödenmemesi veya alternatif konut verilmemesi onun mülkiyet hakkına orantısız bir müdahale anlamına geliyordu.

### 3.4.4. Adaletle erişim

Ayrımcılık yasağı yönergelerinde adaletle erişim mal ve hizmetlerin örnekleri arasında özel olarak belirtilmiş olmadığı halde, yargı sisteminin devletçe bir bedel karşılığı topluma sağlanan bir hizmeti temsil ettiği ölçüde, bu kapsama girdiği düşünülebilir. En azından, Ayrımcılık yasağı yönergelerine göre, Üye Devletler bireylerin yönergeler kapsamındaki haklarını icra etmelerine imkân veren adli ve/veya idari usuller kurmak zorundadır.<sup>143</sup> Buna ek olarak, bireylerin AB hukukundan türeyen hakların 'yargı yoluyla etkili biçimde korunması hakkına' sahip olmaları AB hukukunda yerleşmiş bir ilkedir.<sup>144</sup> Mal ve hizmetler' kapsamında 'adaletle erişim' olduğu söylenemese de, yönergelerin kendilerini icra etmek bakımından adaletle erişimin (ayrımcılığı kanıtlama mecburiyeti olmaksızın) bağımsız bir hak olarak mevcut olduğu kesinlikle söylenebilir.

143 Madde 9(1), İstihdamda Eşitlik Yönergesi; Madde 17(1), Cinsiyet Eşitliği Yönergesi; Madde 8(1) Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi; Madde 7(1) İrk Eşitliği Yönergesi.

144 Örnek olarak bkz. AAD, *Vassilakis ve Diğerleri – Dimos Kerkyras*, Dava C-364/07 [2008] ECR I-90, 12 Haziran 2010; AAD, *Sahlstedt ve Diğerleri – Komisyon*, Dava C-362/06 [2009] ECR I-2903, 23 Nisan 2009; AAD, *Angelidaki ve Diğerleri – Organismos Nomarkhiaki Affodiikisi Rethimnis*, Dava C-378/07 [2009] ECR I-3071, 23 Nisan 2009.

### 3.4.4.1. Avrupa Sözleşmesi ve adalete erişim bağlamı

Adalete erişim hakkı, 6. Madde kapsamında adil yargılama hakkı bağlamında, AİHS içinde bağımsız bir hak olarak garanti edilmiştir. AİHM, adalete erişimde ayrımcılıkla ilgili birçok davaya bakmıştır.

Örnek: *Paraskeva – Bulgaristan* davasında, ülke mahkemesinin başvurunun mahkûmiyetini ertelemeyi reddetmesi, bunu yaparken de etnik azınlıklar arasında hüküm süren cezai sorumsuzluk zihniyetini yok etmek gerektiği şeklinde beyanlarda bulunması, 14. Madde ile bağlantılı olarak 6. Madde'nin ihlalini teşkil ediyordu.<sup>145</sup>

Örnek: Yukarıda tartışılan *Moldovan ve Diğerleri – Romanya (no.2)* davasında, ceza ve hukuk davalarının sonuca bağlanmasında aşırı gecikmelerin (ilk hüküm verilmesine kadar yedi yıl geçmesi) 6. Madde'ya aykırılık teşkil ettiğine karar verildi.<sup>146</sup> Gecikmelerin çok sayıda usul hatasına bağlı oldukları tespit edildi ve resmi makamların Roman başvuruculara yönelik çok yaygın ayrımcı tutumuyla birlikte değerlendirildiğinde, 14. Madde ile bağlantılı olarak da 6. Madde'ya aykırı görüldü.

Örnek: *Anakomba Yula – Belçika* davasında, başvurunun Belçika vatandaşı olmaması nedeniyle bir babalık iddiasına kamudan mali yardım almasını imkânsız kılan ulusal hukuk, 14. Madde ile bağlantılı olarak 6. Madde'ye aykırı bulundu.<sup>147</sup> Bu karar, vatandaş olmayanların kamudan mali yardım almak için mutlak bir hakka sahip oldukları anlamına gelmez. AİHM'nin kararında etkili olan çeşitli faktörler arasında, başvurunun geçerli bir ikamet iznine sahip olmadığı için talebinin reddedildiği, hâlbuki o sırada ikamet izninin yenilenmekte olduğu da vardı. Ayrıca, babalık davalarıyla ilgili olarak bir yıllık zamanaşımı süresinin geçerli olması, yani başvurunun mali yardım talep etmek için ikamet izninin yenilenmesine kadar beklemesinin mümkün olmaması da AİHM'nin kararını etkiledi.

145 AİHM, *Paraskeva Todorova – Bulgaristan* (No. 37193/07), 25 Mart 2010.

146 AİHM, *Moldovan ve Diğerleri – Romanya* (No. 2) (No. 41138/98 ve 64320/01), 12 Temmuz 2005.

147 AİHM, *Anakomba Yula – Belçika* (No. 45413/07), 10 Mart 2009, Bölüm 4.7'de tartışılıyor.



## 3.5. Sözleşmenin AB hukuku ötesinde geçerliliği

AİHS kapsamındaki korumanın ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamındaki korumayla örtüştüğü yukarıda tartışılan örneklere ek olarak, AİHS'nin ilave koruma sağlayacağı önemli alanlar vardır.

### 3.5.1. 'Kişisel' alan: özel hayat ve aile hayatı, evlat edinme, konut ve evlilik<sup>148</sup>

Çok önemli bir alan da, özel hayat ve aile hayatı alanıdır. Burada Üye Devletler AB'ye geniş yasama yetkileri vermemiştir. Bu hususta AİHM önüne gelen davalarda, miras kuralları, boşanmış anne ve babaların çocuklara erişimi ve babalık konularıyla ilgili olarak farklı muamelenin incelenmesi söz konusu olmuştur.

Bundan sonraki bölümde ve 4. bölümde tartışıldığı gibi, *Mazurek – Fransa*<sup>149</sup>, *Sommerfeld – Almanya*<sup>150</sup> ve *Rasmussen – Danimarka*<sup>151</sup> davalarında, miras kuralları, boşanmış anne ve babaların çocuklara erişimi ve babalık konularıyla ilgili olarak farklı muamelenin incelenmesi söz konusu olmuştur. Yukarıda tartışılan *E. B. – Fransa* davası da, AİHS'de evlat edinme hakkı olmamakla beraber, evlat edinmenin de AİHS kapsamına girebileceğini gösterir. Buna ek olarak, AİHM geçmişteki içtihadı atıfla 8. Madde'in genel kapsamını ortaya koyar.

*'... Sözleşmenin 8. Maddesindeki anlamıyla "özel hayat" kavramı, başka hususlar yanında, diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını... "kişisel gelişim" hakkını... veya kendi kaderini tayin etme hakkını kapsayan geniş bir kavramdır. İsimler... cinsiyet tespiti, cinsel yönelim ve cinsel hayat gibi, 8. Madde yoluyla korunan kişisel alanın içine giren unsurları... ve çocuk yapma ve yapmama kararlarına saygı gösterilmesi hakkını kapsar.'*<sup>152</sup>

148 AİHS'nin 8. maddesinin kapsamıyla ilgili bir açıklama Avrupa Konseyinin Hukukçular için İnsan Hakları Eğitimi web sitesinde bulunabilir: Kilkelly, Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Hakkı, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, 2001, [www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636](http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636).

149 AİHM, *Mazurek – Fransa* (No. 34406/97), 1 Şubat 2000.

150 AİHM, *Sommerfeld - Almanya* [GC] (No. 31871/96), 8 Temmuz 2003.

151 AİHM, *Rasmussen – Danimarka* (No. 8777/79), 28 Kasım 1984.

152 AİHM, *E.B. – Fransa* [GC] (No. 43544/02), 22 Şubat 2008, paragraf 43.

Nitekim, 8. maddenin kapsamı son derece geniştir. AİHS'nin, 12. madde kapsamında özel olarak korunan evlilik gibi, başka alanlar için de dolaylı sonuçları vardır.

Örnek: *Munoz Diaz – İspanya* davasında, başvurucu eşiyile Roman adetlerine göre evlenmişti ancak, bu evlilik ulusal hukukun şartlarına uymuyordu ve dolayısıyla resmen mevcut değildi.<sup>153</sup> Yine de, başvurucuya resmi makamlar tarafından, düzenlenen kimlik belgeleri, ödenen sosyal yardımlar ve onların 'aile defteri'nin kaydı bakımından adeta evliymiş gibi muamele edilmişti. Eşinin ölümünden sonra, başvurucu devletten dul aylığı talebinde bulunmak istedi, fakat ulusal hukuka göre geçerli şekilde evlenmemiş olduğu gerekçesiyle bu talep reddedildi. AİHM, devlet başvurucuya evliliği geçerliymiş gibi muamele etmiş olduğundan, başvurucunun diğer 'iyi niyetli' eşler (teknik sebeplerden ötürü geçerli şekilde evli olmayan, fakat evli olduklarına inanan eşler) ile benzer bir durumda olduğunu tespit etti. Bu gibi diğer eşler dul aylığı alma hakkına sahiptiler. AİHM, evliliğin geçerli bir evlilik olarak tanınmasının reddinde (12. ve 14. maddeler birlikte düşünülürse) ayrımcılık olmadığına karar vermiş olmakla beraber, (1 no'lu Protokolün 1. maddesi 14. maddeyle birlikte alınır) başvurucuya diğer iyi niyetli eşler gibi muamele etme ve aylık bağlamanın reddinde ayrımcılık olduğuna hükmetti.

Böylece, insan haysiyetinin korunması normalde AİHM'e daha küçük bir takdir payı bırakılmasını gerektirdiği halde, bunun, zayıf bir konumda bulunan ve hakları ihlal edilebilecek olan başkalarını koruma endişelerine karşı dengelenmesi gerekiyordu.

Örnek: *Sommerfeld – Almanya* davası, bir babanın çocuğuna erişimini düzenleyen Alman mevzuatıyla ilgiliydi.<sup>154</sup> Ulusal mevzuata göre, bir çocuğun annesi ve babasının evli olmamaları halinde, çocuğun annesi babanın çocuğa erişimine izin vermeme hakkına sahipti. Bu durumda, erişimin engellenmesine karşı babanın mahkemeye müracaat etmesi gerekiyordu. Alman hükümeti, mevzuatın ayrımcı olmadığını, çünkü aileden uzaklaşmış olan babaların çocuklarına genel olarak çok az ilgi gösterdiklerini iddia etti. Mahkeme, babaların çocuklarına erişim hakkıyla ilgili davalarda

153 AİHM; *Munoz Diaz – İspanya* (No. 49151/07), 8 Aralık 2009.

154 AİHM; *Sommerfeld – Almanya* [GC] (No. 31871/96, 8 Temmuz 2003, paragraf 93. Çok benzer olgular üzerine: AİHM, *Şahin – Almanya* [GC] (No. 30943/96), 8 Temmuz 2003. Ayrıca bkz. AİHM, *Mazurek – Fransa* (No. 34406/97), 1 Şubat 2000. Bu dava da, Bölüm 4'te (koruma alanları) tartışılan evlilik dışı doğmuş çocuklara farklı muameleyle ilgilidir.

devletin takdir payının çok dar olacağına hükmetti. Ayrıca, şu açıklamayı yaptı: 'Evlilik içi veya dışı doğum temelinde farklı muamelenin AİHS ile uyumlu sayılabilmesi için çok güçlü sebepler gösterilmesi gerekir. Evliliğe dayalı bir ilişkiden doğmuş bir çocuğun babasına kıyasla tarafların evlilik dışı olarak birlikte yaşamalarına dayalı bir ilişkiden doğmuş bir çocuğun babasına farklı muamele edilmesinde de aynı husus geçerlidir.' AİHM, hükümetçe yapılan izahatın muamele farkını haklı kılamayacağını tespit etti.

Yukarıdaki davada, AİHM babanın menfaatinin çocuğun menfaatiyle aynı olduğunu, yani babayla temasın çocuğun menfaatinde olduğunu mütalaa etti. Ancak, çocuğun menfaatinin potansiyel olarak babanın menfaatiyle çelişmesi halinde, çocuğun en iyi şekilde nasıl korunacağını tespit etmekte devletin daha geniş bir takdir kullanmasına izin verilecektir.

Örnek: *Rasmussen – Danimarka* davasında, bir baba babalık davası açmasına engel olan bir zamanaşımı süresinden şikâyet etti.<sup>155</sup> AİHM, bunun cinsiyet temelinde farklı muamele oluşturduğuna, fakat haklı olduğuna karar verdi. Babaların ileride babalık davası açma imkânını kötüye kullanmalarına engel olarak, çocuğun güvenli ve kesin bir statüye sahip olmasını temin etmek meşru bir amaçtı. AİHS taraf devletleri arasında bu konuya ortak bir yaklaşım pek olmadığından, AİHM farklı muameleyi meşru bularak devlete geniş bir takdir yetkisi tanıdı.<sup>156</sup>

### 3.5.2. Siyasi katılım: ifade, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ve serbest seçimler

Avrupa Konseyinin başlıca gayelerinden bir tanesi demokrasiyi ileriye götürmektir. Bu gaye, AİHS'de siyasi katılımın geliştirilmesine yönelik hakların birçoğunda yansıtılmaktadır. AB hukuku, bu bakımdan (AB vatandaşlarının belediye seçimlerinde ve Avrupa Parlamentosu seçimlerinde oy verme hakkı başta olmak üzere) sınırlı bir kapsamda haklar tanıırken, AİHS yalnızca seçme ve seçilme haklarını değil, bunları destekleyici nitelikte olan ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü haklarını da garanti eden daha geniş düzenlemeler içerir.

155 AİHM, *Rasmussen – Danimarka* (No.8777/79), 28 Kasım 1984.

156 AİHM, *Rasmussen – Danimarka* (No.8777/79), 28 Kasım 1984, paragraf 40-42.

Örnek: *Baczowski ve Diğerleri – Polonya* davasında (yukarıda tartışılmıştır), belediye başkanının homofobik açıklamalarıyla birlikte, cinsel yönelim temelinde ayrımcılık sorunuyla ilgili bilinçlendirme amacına yönelik bir gösteri yürüyüşüne izin verilmemesi, 14. Madde ile beraber (11. Madde kapsamında) toplanma özgürlüğü hakkının bir ihlalini oluşturuyordu.<sup>157</sup> Örgütlenme özgürlüğü hakkının siyasi parti kurulması için korumayı da içerdiği kabul edilmiştir. AİHS siyasi partilere müdahaleye karşı yüksek seviyede koruma tanımıştır.<sup>158</sup> Benzer şekilde, Bölüm 4.11’de kaydedildiği gibi, siyasi tartışma bağlamında ifade özgürlüğüne herhangi bir müdahale çok yakından mercek altına alınmaktadır.<sup>159</sup>

### 3.5.3. Yasayı uygulama

Yaşam hakkının (2. Madde) ve işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezalandırmadan uzak olmanın (Madde 3) garanti edilmesi yanında, bu maddeler, bir can kaybının veya bu gibi muamelenin meydana geldiği durumların soruşturulmasını da devletin bir görevi olarak tesis etmektedir. *Nachova ve Diğerleri* davası ve *Turan Çakır* davasında, AİHM, bu görevin kapsamında, 2 ve 3. Madde ihlallerinin gerisindeki muhtemel ırkçı saiklere yönelik bir soruşturma yapma görevinin de olduğunu ve böyle bir soruşturma yapmamanın 14. Madde ile birlikte bu maddelerin bir ihlali anlamına geleceğini beyan etmiştir.<sup>160</sup>

Örnek: *Turan Çakır – Belçika* davasında, başvuru polis tarafından tutuklanması esnasında, tehditler ve ırkçı hakaretler ile birlikte, ciddi ve kalıcı sakatlıklara yol açan zalimce davranışlara maruz kaldığından şikâyet etti.<sup>161</sup> AİHM, uygulanan şiddetin (AİHS Madde 3 kapsamında) başvuru hakkının insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleden uzak olma hakkını ihlal ettiğine karar verdi. Ayrıca, başvuru hakkının kötü muamele şikâyetlerinin devlet tarafından düzgün bir şekilde soruşturulmamış olmasının devletin

157 AİHM, *Baczowski ve Diğerleri – Polonya* (No. 1543/06), 3 Mayıs 2007.

158 Örnek olarak, AİHM, *Sosyalist Parti ve Diğerleri - Türkiye* (No. 21237/93), 25 Mayıs 1998.

159 AİHM, *Castells – İspanya* (No. 11798/85), 23 Nisan 1992.

160 AİHM, *Nachova ve Diğerleri – Bulgaristan* [GC] (No. 43577/98 ve 43579/98), 6 Temmuz 2005; AİHM; *Turan Çakır – Belçika* (No. 44256/06) 10 Mart 2009; benzer şekilde, AİHM, *Secic – Hırvatistan* (No. 40116/02), 31 Mayıs 2007.

161 AİHM; *Turan Çakır – Belçika* (No. 44256/06) 10 Mart 2009.

aynı madde kapsamındaki usuli yükümlülüklerine aykırı olduğuna da karar verdi. Mahkeme, devletçe soruşturma yapılmamasının, ayrımcılıktan uzak olma hakkıyla bağlantılı olarak Madde 3'ün bir ihlalini de teşkil ettiğini, çünkü devletin sadece kötü muamele iddialarını değil, bu kötü muamelenin kendisinin ayrımcı olduğu, ırkçılığa dayandığı iddialarını da soruşturmakla görevli olduğunu kararlaştırdı.

Örnek: *Nachova ve Diğerleri – Bulgaristan* davasında, firar etmiş olmaları nedeniyle onları tutuklamak isteyen askeri inzibattan kaçarken vurularak öldürülen iki Roman erkek söz konusuydu.<sup>162</sup> Olay esnasında, mağdurları öldüren inzibat subayı bir komşuya 'Lanet olası çingeneler' diye bağırmıştı. AİHM, devletin, sadece maddi olarak değil, ölümleri yeterince soruşturmamak nedeniyle usul yönünden de, (AİHS Madde 2 kapsamında) mağdurların yaşam hakkını ihlal etmiş olduğuna karar verdi. Soruşturma yapmamanın, ayrımcılıktan uzak olma hakkıyla bağlantılı olarak Madde 2'nin bir ihlalini de teşkil ettiğine karar verildi, çünkü devlet muhtemel ayrımcılık saiklerini özel olarak soruşturmakla görevliydi.

Bu davaların her ikisi de devlet personelinin fiilleriyle ilgili olmakla beraber, devletin suç mağdurlarını korumak için müdahale etme görevi ve daha sonra da soruşturma yapma görevi devlet dışındaki tarafların fiilleri bakımından da geçerlidir.

Örnek: *Yehova Şahitleri Gldani Cemaati ve Diğerleri – Gürcistan* davasında<sup>163</sup>, bir grup Yehova Şahidine aşırı Ortodoks bir grup saldırmıştı. Polis, ihbar edilmesine rağmen, saldırıyı önlemek için müdahale etmemişti. Daha sonra başlatılan soruşturma, failerin kim olduğunu belirlemenin mümkün olmadığı polis tarafından iddia edilince yarım bırakılmıştı. AİHM, mağdurları ırkçı şiddetten korumak için polisin müdahale etmemesi ve daha sonra yeterli bir soruşturma yapılmamasının, 3. Madde (insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele veya cezalandırmadan uzak olma hakkı) ve 14. Madde ile bağlantılı olarak 9. Madde (din özgürlüğü hakkı) bakımından bir ihlal teşkil ettiğine karar verdi.

Öyle görünüyor ki AB hukuku da (Bölüm 4,6'da tartışılan) ırkçılık ve yabancı düşmanlığının bazı biçimlerine karşı ceza hukuku yoluyla mücadele edilmesi

162 AİHM, *Nachova ve Diğerleri – Bulgaristan* [GC] (No. 43577/98 ve 43579/98), 6 Temmuz 2005.

163 AİHM; *Yehova Şahitleri Gldani Cemaati ve Diğerleri – Gürcistan* (No. 71156/01), 3 Mayıs 2007.

üzerine Konsey Çerçeve Kararı bağlamında benzer görevler koyabilecekler.<sup>164</sup> Ancak, söz konusu Çerçeve Karar, kişiye karşı suçlarla ilgili olarak ırkçı saikler mevcut olup olmadığını soruşturmak için özel bir görev getirmez.

### 3.5.4. Ceza hukuku meseleleri

Bölüm 3.5.3'te yasayı uygulamayla ilgili olan konular yanında, AİHS, adil yargılama hakkı, keyfi olarak tutuklanmama hakkı, geçmişe doğru yürüyen cezalandırma ve aynı suçtan iki kere yargılama yasağı, yaşam hakkı ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezalandırmadan uzak olma hakkı dâhil çeşitli haklar itibariyle ceza hukuku meselelerini de kapsar.

Örnek: *Opuz – Türkiye* davasında, polis ve yargının aile içinde şiddetle ilgili kanunu yeterince yürütmemiş olmasından dolayı, yaşam hakkı ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleden uzak olma hakkıyla bağlantılı olarak, cinsiyet temelinde dolayı ayrımcılık olduğunu tespit etti.<sup>165</sup>

Örnek: Bölüm 4,5'te tartışılan *D.G. – İrlanda* ve *Bouamar – Belçika* davalarında, başvuruçular resmi makamlarca tutuklanmıştı.<sup>166</sup> AİHM burada, kişinin özgürlük hakkına dair ihlaller olmasına rağmen, yapılan farklı muamele küçüklerin korunması bakımından gerekçelendirildiğinden ayrımcılık olmadığına karar vermiştir.

164 İrkçılık ve yabancı düşmanlığının bazı biçimlerine karşı ceza hukuku yoluyla mücadele edilmesi üzerine 2008/913/JHA sayılı ve 28 Kasım 2008 tarihli Konsey Çerçeve Kararı, Resmi Gazete L 328, 6.12.2008, sayfa 55. Not edilmelidir ki AİHM, etnik kökenleri veya belirli bir etnik grup, millet, ırk veya dine mensup olmaları veya olmamaları nedeniyle bir grup insana karşı ayrımcılık, nefret ve şiddeti tahrik etmenin AİHS tarafından korunan ifade özgürlüğü üzerinde belirli bir sınırlama olduğunu kabul etmiştir. Örnek olarak bkz. AİHM, *Le Pen – Fransa* (No. 18788/09), 20 Nisan 2010; AİHM, *Féret - Belçika* (No. 15615/07), 16 Temmuz 2009; AİHM, *Willem - Fransa*, (No. 10883/05), 16 Temmuz 2009; ve AİHM, *Balsytė-Lideikienė - Litvanya* (No. 72596/01), 4 Kasım 2008.

165 AİHM; *Opuz – Türkiye* (No. 33401/02), 9 Haziran 2009.

166 AİHM; *D.G. – İrlanda* (No. 39474/98), 16 Mayıs 2002; AİHM; *Bouamar – Belçika* (No. 9106/80), 29 Şubat 1988.

## Temel Noktalar

- Üçüncü Ülke Vatandaşları Yönergesi kapsamında 'uzun süreli ikamet edenler' durumunda oldukları zaman üçüncü ülke vatandaşları da, yaklaşık olarak AB Ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamına giren alanlarda eşit muamele hakkında yararlanırlar.
- Üçüncü ülke vatandaşları 'uzun süreli ikamet edenler' durumunda olmadıkları zaman, ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamında sınırlı korumadan yararlanırlar:
  - Mesleki eğitime erişim hakları ve çalışma şartlarında, cinsel yönelim, yaş, engellilik veya din ya da inanç temelinde ayrımcılığa karşı korunurlar. Ancak, istihdama erişimde eşit bir hakka sahip değillerdir;
  - Toplumsal Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi ile Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Yönergesi kapsamında, üçüncü ülke vatandaşları, istihdama erişimde, mal ve hizmetlere erişimde cinsiyet ayrımcılığına karşı korumadan yararlanırlar.
- AB Ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamında ayrımcılıktan korunma farklı derecelerde:
  - Irk ve etnik köken bakımından koruma derecesi en geniştir: istihdama, sosyal refah sistemine, mal ve hizmetlere erişim ile ilgili olarak koruma sağlanır;
  - İstihdama, (sosyal refah sisteminden daha sınırlı olan) sosyal güvenliğe, mal ve hizmetlere erişim bağlamında cinsiyet ayrımcılığı yasaktır;
  - Cinsel yönelim, engellilik, din veya inanç ve yaş bakımından halen sadece istihdama erişim bağlamında koruma sağlanır.
- AİHS'de korunan alanlar açık uçlu bir liste oluşturur. Herhangi bir kimse AİHS'ye yurt içi makamlar, mahkemeler ve (nihai olarak) AİHM önünde atıf yapabilir.
- Ayrımcılık iddiaları içeren bir müracaat karşısında, AİHM bu müracaatı sadece istinat edilen maddi hakkın kapsamında veya 14. Madde ile bağlantılı olarak inceleyebilir.
- Sadece 14. Madde kapsamında bir müracaat yapılamaz, AİHS'deki maddi haklardan bir tanesi kapsamında bir müracaat ile birleştirilmesi gerekir. Müracaatın söz konusu hakkın kapsadığı alan ile geniş biçimde ilgili olması yeterlidir.
- AİHS'ye ait 12. Protokol, ayrımcılığa karşı bağımsız bir hak tesis eder. Ulusal mevzuat veya uygulamanın oluşturduğu veya bundan çıkarsama yoluyla elde edilebilen her türlü haklar bu Protokolün kapsamına girecektir. Ayrımcılık terimine verilen anlam 14. Madde'teki anlamın aynısıdır.
- ABAD'nin yaklaşımı, bireylerin AB hukuku kapsamındaki haklarını tam olarak gerçekleştirmek için, geçerlilik alanlarını son derece geniş yorumlamak biçiminde olmuştur.
- AİHS'nin kapsamı, hem içerdiği maddi haklar bakımından, hem de 14. maddeyi uygulamak amacıyla bu hakların yorumlanması bakımından, AB Ayrımcılık yasağı yönergelerine kıyasla çok geniştir.

- Ayrımcılık yasağı yönergelerinin kapsamı dışında ve AB'nin yetkisi (ve dolayısıyla Temel Haklar Belgesinin kapsamı) dışında kalan önemli konular arasında, özel hayat ve aile hayatıyla ilgili konular, siyasi katılımı ilgili haklar ve ceza hukuku meseleleri vardır.
- O halde, ayrımcılık mağdurlarının, dava açılmasına ilişkin yaklaşımlarını tayin ederken, **iddialarının Ayrımcılık yasağı yönergeleri veya AİHS kapsamına girip girmediği üzerine dikkatle düşünmeleri** çok önemlidir.

## Okuma Listesi

Bell, 'Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive', 8 European Law Journal (2002) 384.

Boccardo, 'Housing Rights and Racial Discrimination', in European network of Legal Experts on the non-Discrimination Field, 8 European Anti-Discrimination Law Review (July 2009) 21.

Brosius-gersdorf, 'Ungleichbehandlung von Imam-Ehe und Zivilehe bei der gewährung von Sozialversicherungsleistungen in der Türkei aus völkerrechtlicher Sicht: der Fall Şerife yiğit vor dem Europäischen gerichtshof für Menschenrechte', Europäische Grundrechte-Zeitschrift (2009).

Cousins, 'The European Convention on Human Rights and Social Security law', 10.1 Human Rights Law Review (2010) 191.

Edel, The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights, Human Rights Files, no. 22, 2010.

Equinet, Combating Discrimination in Goods and Services (Equinet, 2004).

ERRC/Interights/Mpg Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice (nottingham, Russell press, 2004), Annex 5.c.

Kapuy, 'Social Security and the European Convention on Human Rights: How an odd Couple has Become presentable', 9.3 European Journal of Social Security (2007) 221.

Sánchez-Rodas navarro, 'El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano', Aranzadi Social (2009) 18.



Sudre (ed.), Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007 (Bruxelles: Bruylant/nemesis, 2008).



# 4

## Korunan Hukuki Menfaatler

### 4.1. Giriş

Avrupa ayrımcılık yasağı yönergeleri belirli 'korunan hukuki menfaatler' üzerine dayanan farklı muameleyi yasaklar. Bunlar, cinsiyet (Toplumsal Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Yönergesi), cinsel yönelim, engellilik, yaş veya din veya inanç (İstihdamda Eşitlik Yönergesi), ırk veya etnik kökeni (Irk Eşitliği Yönergesi) kapsayan, sabit ve sınırlı olarak nitelendirilen korunan hukuki menfaatler listesini içerir. AİHS ise, yönergelerle örtüşen fakat onların ötesine geçen açık uçlu bir liste içerir. AİHS'nin 14. maddesi 'cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum veya başka bir duruma dayalı ayrımcılık olmayacağını' beyan eder. 'Başka durum' kategorisi, AİHM'nin ayrımcılık yasağı yönergeleriyle açıkça yasak edilen diğer temelleri de, yani engellilik, yaş ve cinsel yönelimi de dâhil etmesine izin vermiştir.

Bölüm 1'de, AB Temel Haklar Şartının 21. maddesinin de ayrımcılık üzerine bir yasak içerdiği kaydedilmiştir. Temel Haklar Şartı Avrupa Birliği kurumlarını bağlar, fakat AB hukukunu yorumlar ve uygularken Üye Devletlere de uygulanacaktır. Belgenin ayrımcılık hükmü, 'başka durum' şeklindeki açık uçlu temeli içermese de, hem AİHS'deki, hem ayrımcılık yasağı yönergelerindeki temelleri içerir.

'Korunan'korunan temel' bir bireyin farklı muamele veya belli bir hakkın kullanımıyla ilgili göz önünde bulundurulmaması gereken bir özelliğidir.

## 4.2. Cinsiyet

Cinsiyet ayrımcılığı, bir bireyin kadın veya erkek olmasına dayanan ayrımcılık olması bakımından pek açıklama gerektirmeyen bir ayrımcılık çeşididir. Bu konu AB sosyal politikasının en çok gelişmiş olan yönüdür ve uzun zamandır temel bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu temeldeki korumanın gelişmesi ikili bir gayeye hizmet etmiştir: ilk olarak, giderek daha çok bütünleşen bir piyasada rekabet çarpıklıklarını gidermeye yardım etmesi bakımından ekonomik bir gayeye hizmet etmiş; ikinci olarak, politik düzeyde, Topluluğa sosyal ilerleme ve yaşama ve çalışma şartlarının iyileştirilmesi yönünden bir nitelik kazandırmıştır. Dolayısıyla, cinsiyet temelinde ayrımcılıktan korunma Avrupa Birliği'nin asli bir fonksiyonu olmuştur ve aynı şekilde devam etmektedir. Muamele eşitliğini temin etmenin sosyal ve ekonomik öneminin kabul edilmesi, Temel Haklar Şartı'nda belirtilen merkezi konuyla daha da belirginleşti. Keza, AİHS kapsamında cinsiyet temelinde ayrımcılıktan korunma hayli gelişmiştir.

Cinsiyet ayrımcılığı vakaları, tipik olarak, kadınların erkeklere göre daha az elverişli muamele görmesi şeklinde olmakla beraber, bu durumun istisnaları da vardır.

Örnek: *Defrenne – SABENA* davasında, kadın başvurucu, benzer istihdam görevleri üstlendiği halde, erkek meslektaşlarına göre daha az ücret aldığından şikâyet etti.<sup>167</sup> ABAD, bunun açıkça bir cinsiyet ayrımcılığı vakası olduğunu belirledi. Bu karara ulaşırken, Birliğin hem ekonomik hem de sosyal boyutuna vurgu yaptı ve ayrımcılık yasağının AB'nin bu hedefler yönünde ilerlemesine yardım ettiğini belirtti.

Yukarıda tartışılan *Bilka* davasında, yeterli personel bulundurmaya sağlamak için tam zamanlı çalışmanın teşvik edilmesine atıfla yarı zamanlı işçileri mesleki bir emeklilik programından dışlamayı gerekçelendiren bir işverenin yönetimle ilgili mülâhazaları temelinde farklı muamele söz konusuydu. ABAD, bu davada, böyle bir düzenlemeyi uğranan farklı muameleyle ilgili sayıp saymadığını açıkça ifade etmedi. Ancak, aşağıdaki davada daha açık ifadeler kullanmıştır.

Örnek: *Hill ve Stapleton* davasında, hükümet, kamu yönetiminde bir iş paylaşım düzenlemesini uygulamaya koymuştu. Buna göre, iki birey bir

167 ABAD, *Defrenne – SABENA*, Dava 43/75 [1976] ECR 455, 8 Nisan 1976.

mevkiyi geçici olarak paylaşabiliyor, tam zamanlı mevkideki saatlerin %50'ini çalışıyor ve normal maaşın %50'sini alıyordu.<sup>168</sup> Çalışanlar, daha sonra, bu mevkilerin müsait olması halinde tam zamanlı mevkilerine geri dönme hakkına sahipti. Kurallara göre, tam zamanlı çalışan bireyler her yıl maaş bareminde bir kademe ilerleyebiliyordu. Ancak, iş paylaşan bireyler için, kademe artışı yarı oranda uygulanıyor, iki yıl boyunca iş paylaşımı bir kademe artışına denk oluyordu. Davadaki iki şikâyetçi, tam zamanlı çalışanlar olarak mevkilerine geri dönmüşlerdi ve kademe artışının onlara uygulanma yolundan şikâyet ediyorlardı. ABAD, bunun cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturduğuna karar verdi, zira iş paylaşımında yer alanların büyük çoğunluğu kadınlardı. Hükümet, farklı muamelenin haklı olduğunu, çünkü kademe artışının gerçek hizmet süresi bakımından uygulandığını savundu. ABAD, bunun nesnel ölçütlerle desteklenmemiş bir iddiadan öteye gitmediğine karar verdi (başka bireylerin hizmet sürelerinin fiilen çalışılan saatler bakımından hesaplandığını gösteren kanıt yoktu). Daha sonra, 'bir işverenin, iş paylaşım düzenlemesinden doğan ayrımcılığı engellemenin maliyet artışına sebep olacağı gerekçesiyle bu ayrımcılığı savunmasının mümkün olmayacağını' beyan etti.

Böylece, ABAD'ın, işverenlerin sadece mali veya yönetimle ilgili mülahazaları temelinde cinsiyete dayalı ayrımcı muamele gerekçelerini kolayca kabul etmeyeceği anlaşılmıştır.

Örnek: *Ünal Tekeli - Türkiye* davasında, başvuru ulusal hukuka göre bir kadının evlendikten sonra kocasının soyadını taşımak zorunda olduğundan şikâyet etti.<sup>169</sup> Kanuna göre bir kadının kocasının soyadına ek olarak kızlık soyadını muhafaza edebilmesine rağmen, AİHM bunun cinsiyet temelinde ayrımcılık oluşturduğuna karar verdi, zira ulusal hukuka göre bir koca soyadını değiştirmek zorunda değildi.

Örnek: *Zarb Adami - Malta* davasında, başvuru jüri hizmetine çağırılmanın ayrımcılık oluşturduğundan şikâyet etti, zira jüri listelerinin hazırlanma yöntemi erkeklerin çağrılmasını daha muhtemel kılmaktaydı.<sup>170</sup> İstatistikler beş yıllık bir dönemde jüri üyelerinin %95'ten

168 ABAD, *Hill ve Stapleton – Gelirler Komisyonu ve Maliye Bakanlığı*, Dava C-243/95 [1998] ECR I-3739, 17 Haziran 1998.

169 AİHM, *Ünal Tekeli - Türkiye* (No. 29865/96), 16 Kasım 2004.

170 AİHM, *Zarb Adami - Malta* (No. 17209/02), 20 Haziran 2006.

fazlasının erkek olduğunu gösteriyordu ve AİHM erkekler ve kadınların vatandaşlık görevleri bakımından benzer durumda olmaları nedeniyle, bunun ayrımcılık oluşturduğuna karar verdi.

Toplumsal cinsiyet kimliği 'herkesin derinde hissettiği içsel ve bireysel toplumsal cinsiyet tecrübesine atıf yapar; bu tecrübe (özgürce seçilirse, tıbbi, cerrahi veya başka yollardan vücudun görünüş veya fonksiyonunda değişiklik yapılmasını da içerebilecek şekilde) vücutla ilgili kişisel duyuyla ve kıyafet, konuşma ve davranışlar dahil başka toplumsal cinsiyet ifadeleriyle birlikte, doğumda belirlenen cinsiyet ile örtüşebilir veya örtüşmeyebilir'.<sup>171</sup>

'Cinsiyet' kavramı, ayrımcı muamelenin başvuruçunun 'cinsiyet' ile daha soyut bir anlamda bağlantılı olduğu durumları da içerecek şekilde yorumlanmış, böylece toplumsal cinsiyet kimliğinin biraz daha korunmasına imkân verilmiştir.

Daha geniş olarak kabul edilen toplumsal cinsiyet kimliği tanımı, sadece cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirenleri ('transseksüeller') değil, toplumsal cinsiyetlerini ifade etmek için travestilik veya diğer cinsin kıyafetlerini giymek veya normal olarak karşı cinsin üyeleriyle ilişkili sayılan bir konuşma tarzını veya kozmetikleri benimsemek gibi başka yolları seçenleri de kapsar.

*P.v.S - Cornwall County Council* davasının ardından, ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamında 'cinsiyet' temeli, bir bireye karşı 'toplumsal cinsiyet değişikliği yaptırmaya niyetli olduğu veya yaptırmış olduğu' için ayrımcılık uygulanmasını da içerecektir. Dolayısıyla, öyle görünüyor ki AB hukuku kapsamında yorumlanan şekliyle cinsiyet temeli halen toplumsal cinsiyet kimliğini ancak dar bir anlamda korumaktadır.

Örnek: *K.B. - Ulusal Sağlık Hizmetleri Emekli Maaşları Kurumu* davasında KB'nin transeksüel partnerine dul maaşı bağlanması reddedilmişti.<sup>172</sup> Bu kararın gerekçesi, transeksüel çiftin evli olma şartını karşılamamasıydı; İngiliz hukukuna göre o tarihte transeksüellerin evlenmesi mümkün değildi.

171 Geniş kabul gören bu tanım, [www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_en.htm](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm) adresinde bulunan Mart 2007 tarihli 'Cinsel Yönelim ve Toplumsal Cinsiyet Bakımından Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanması üzerine Yogyakarta İlkeleri'nden alınmıştır. İlkeler, Uluslararası insan hakları hukuku alanında uzmanlardan oluşan bağımsız bir kurul tarafından benimsenmiştir.

172 *ABAD, K.B. - Ulusal Sağlık Hizmetleri Emekli Maaşları Kurumu*, Dava C-117/01 [2004] ECR I-541, 7 Ocak 2004.

ABAD, ayrımcılık konusunu değerlendirirken, cinsiyet temelinde ayrımcılık olmadığını belirledi zira, kimlerin dul maaşı alma hakkına sahip olduğu tespit edilirken, erkek veya kadın olma temelinde daha az elverişli muamele söz konusu değildi. ABAD, daha sonra, davayı başka bir yönden inceledi ve evlilik konusuna odaklandı. Heteroseksüellerin aksine, transeksüellerin evlenemedikleri ve böylece dul maaşından asla istifade edemeyecekleri belirtildi. Daha sonra, AİHM'deki *Christine Goodwin* davası<sup>173</sup> üzerinde duruldu. ABAD, bu mülahazalara dayalı olarak, söz konusu İngiliz mevzuatının eşit muamele ilkesiyle uyumsuz olduğu, zira transeksüellerin partnerlerinin maaşından istifade etmelerine engel olduğu sonucuna vardı.

Örnek: *Richards* davasında benzer mülahazalar ortaya çıktı.<sup>174</sup> Erkek olarak doğmuş olan Richards cinsiyet değiştirme ameliyatı yaptırmıştı. Bu dava İngiltere'deki devlet emekli maaşının hak edilmesi ile ilgiliydi; o dönemde, kadınlar devlet emeklilik maaşını 60 yaşına geldiklerinde, erkekler ise 65 yaşına geldiklerinde alıyorlardı. Richards 60 yaşında devlet emekli maaşı almak için başvurduğunda, hukuken bir erkek sayıldığı ve dolayısıyla 65 yaşına varıncaya kadar devlet emekli maaşı almak için başvuramayacağı şeklinde bir açıklamayla başvurusu kabul edilmemişti. ABAD, bunun cinsiyet değiştirme temelinde eşit olmayan muamele olduğuna karar verdi ve sosyal güvenlik işlerinde erkekler ve kadınlar için eşit muamele ilkesinin kademeli olarak gerçekleştirilmesi üzerine Yönergenin<sup>175</sup> 4(1). maddesine aykırı bir ayrımcılık olarak gördü.

AİHM, toplumsal cinsiyet kimliğinin 14. madde kapsamında bir korunan hukuki menfaat olup olmadığı hakkında henüz bir karar vermemiş ve bunun sadece 'transeksüelleri' mi kapsayacağı, yoksa daha geniş mi yorumlanacağını belirtmemiştir. Fakat AİHM'nin toplumsal cinsiyet konusunu ele almadığını söylemek de yanlış olur. AİHM, toplumsal cinsiyetin, cinsel yönelim gibi, bir bireyin özel hayat alanının bir parçasını teşkil ettiğini ve dolayısıyla hükümet müdahalesinden azade olması gerektiğini belirlemiştir.

173 AİHM, *Christine Goodwin - İngiltere* [GC] ( No. 28957/95), 11 Temmuz 2002.

174 ABAD, *Richards - Çalışma ve Maaşlardan Sorumlu Devlet Bakanı*, Dava C-423/04 [2006] ECR I-3585, 27 Nisan 2006.

175 Sosyal güvenlik işlerinde erkekler ve kadınlar için eşit muamele ilkesinin kademeli olarak gerçekleştirilmesi üzerine 79/7/EEC sayılı ve 19 Aralık 1978 tarihli Konsey Yönergesi, Resmi Gazete 1979 L 6, s.24.

Örnek: *Christine Goodwin - İngiltere ve I - İngiltere* davaları çok benzer olaylar ile ilgiliydi.<sup>176</sup> Her ikisi de cinsiyet değiştirme ameliyatıyla erkeklikten kadınlığa geçmiş olan başvuruçular, hükümetin cinsiyetlerini yansıtmak üzere doğum belgelerinde değişiklik yapmayı reddetmiş olduğundan şikâyet ediyorlardı. Başka belgeler ve bu belgelerde başvuruçuların adları değiştirilebilse de, doğum belgeleri, cinsiyetin hukuken gerekli olduğu bazı maksatlar için, örneğin istihdam veya emeklilik alanında hâlâ kullanılıyordu; bu nedenle başvuruçular hukuken tanınan erkek cinsiyetlerini açıklamak zorunda kaldıklarında utanç ve aşağılanma ile yüz yüze geliyordu. AIHM (geçmişteki içtihadı ters çevirip) bunun özel hayata saygı hakkı ve 12. madde kapsamında evlenme hakkının ihlali olduğuna karar verdi, ama 14. maddenin ihlal edilmiş olup olmadığı konusunda bir inceleme yapmadı.

Örnek: *Van Kück* davasında, cinsiyet değiştirme ameliyatı ve hormon tedavisi geçirmiş başvuruçuya özel sağlık sigortası şirketi tarafından söz konusu maliyetler için geri ödeme yapılması reddedilmişti.<sup>177</sup> Başvuruçunun sigorta şirketi aleyhine davasına bakan Alman Temyiz Mahkemesi bu ameliyat ve tedavinin sigorta sözleşmesi kapsamında 'gerekli' olmadığına ve dolayısıyla başvuruçunun geri ödeme alma hakkına sahip olmadığına karar vermişti. AIHM, toplumsal cinsiyet kimliğinin mahiyetini ve geri dönülemez tıbbi işlemlerden geçme kararının ciddiyetini dikkate alarak, ulusal mahkemenin yaklaşımının başvuruçunun adil bir yargılama görmesini sağlamamış olduğunu ve böylece AIHS'nin 6. maddesini ihlal etmiş olmaktan başka, AIHS'nin 8. maddesiyle garanti edilen özel hayata saygı hakkını da ihlal etmiş olduğunu belirledi. Ancak, 14. maddeye riayet bakımından inceleme yapmadı çünkü esas olarak aynı olgular bahis konusuydu.

Genel olarak öyle görünüyor ki 'toplumsal cinsiyet kimliği' temeline dair hukuk hem Avrupa seviyesinde, hem de ulusal seviyede açıklığa kavuşturulmalı. Bu alanı düzenleyen ulusal mevzuat hakkındaki son araştırmalar Avrupa'da tutarlı bir yaklaşım olmadığını gösteriyor: Devletler 'toplumsal cinsiyet kimliği' konusunu 'cinsel yönelim' kapsamında değerlendirenler ile 'cinsiyet ayrımcılığı' kapsamında değerlendirenler arasında bölünmüş durumdadır.<sup>178</sup>

176 AIHM, *Christine Goodwin - İngiltere* [GC] (No. 28957/95), 11 Temmuz 2002; AIHM, *I - İngiltere* [GC] (No. 25680/94), 11 Temmuz 2002. Keza, AIHM, *L. - Litvanya* (No. 27527/03), 11 Eylül 2007.

177 AIHM, *Van Kück - Almanya* (No. 35968/97), 12 Haziran 2003.

178 FRA, *AB Üye Devletlerinde Homofobi ve Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık: Kısım I - Hukuki Analiz* (Viyana, FRA, 2009), s.129-144; İnsan Haklarından Sorumlu Komisyon Üyesi, *İnsan Hakları ve Cinsiyet Kimliği* (AK İnsan Haklarından Sorumlu Komisyon Üyesi Thomas Hammarberg tarafından yazılmış Konu Belgesi, Strasbourg, 29 Temmuz 2009), CommDH/IssuePaper (2009)2.



Emeklilik yaşıyla ilgili olarak cinsiyet temelinde muamele farklılıklarına dair çeşitli davalar gösteriyor ki AİHM mali ve sosyal politika konularında devlete geniş bir takdir payı tanıyacaktır.<sup>179</sup>

Örnek: *Stec ve Diğerleri - İngiltere* davasında, başvuruçular, erkekler ve kadınlar için farklı uygulanan emeklilik yaşının sonucu olarak, emekliye ayrılabilme yaşına göre belirlenmiş olan maaşlarının farklı olmasıyla mağduriyete uğradıklarından şikâyet ettiler.<sup>180</sup> AİHM, ilke olarak, cinsiyet ayrımcılığının sadece 'çok önemli sebepler' mevcut olması durumunda haklı bir nedene dayandırılabilceğini belirledi. Ancak, ekonomik veya sosyal stratejiyle ilgili genel tedbirler bahis konusu olduğunda [AİHS] kapsamında Devlete genellikle geniş bir takdir payı tanınır... Ulusal makamlar, toplum ve onun ihtiyaçları hakkında doğrudan bilgiye sahip olduklarından, sosyal veya ekonomik temelde neyin kamu menfaatine olduğunu takdir etmek için uluslararası bir hâkime göre prensipte daha başarılı olurlar ve Mahkeme, açık bir biçimde makul temelden yoksun olmadıkça, yasama organının politika seçimine genelde saygı gösterecektir'. AİHM, farklı emeklilik yaşlarının esas itibarıyla bir çeşit 'özel tedbir' olduklarını, kadınların ev içindeki geleneksel rolleri nedeniyle bağımsız parasal gelirden yoksun kalarak uğrayabilecekleri mali zorlukları gidermek için tasarlanmış olduklarını belirledi. Hükümetin erkek ve kadınların emekliye ayrılma yaşlarında kademeli olarak ayarlama yapmaya başlamış olduğu ve bunu yıllar içerisinde gerçekleştirme yöntemini seçerek veya değişiklikleri daha erken dönemde uygulamayı gerçekleştirememek suretiyle kendi takdir payının dışına çıkmış olmadığı belirlendi.<sup>181</sup>

Daha kapsamlı istihdam politikası mülahazaları temelinde gerekçelendirilen farklı muamele davalarıyla ilgili olarak ABAD tarafından benzer bir yaklaşım kabul edilmiştir.

Örnek: *Schnorbus* davasında, Hessen Adalet Bakanlığının mecburi askerlik veya memuriyet hizmetini tamamlamış olan erkek adaylara hukuk stajında öncelik verme uygulamasının cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılık olduğu

179 Bu davalar, farklı muamelenin haklılaşmasıyla ilgili olarak da yararlı bir tartışma sağlar ve böylece El Kitabında haklılaştırma üzerine daha önceki tartışmaya katkı yapmak için bu kavramı daha çok aydınlatır.

180 AİHM, *Stec ve Diğerleri - İngiltere* [GC] (65731/01 ve 65900/01 sayılı davalar), 12 Nisan 2006.

181 Keza bkz. AİHM, *Barrow - İngiltere* (No. 42735/02), 22 Ağustos 2006, paragraf 20-24, 37; AİHM, *Pearson - İngiltere* (No. 8374/03), 22 Ağustos 2006, paragraf 12-13, 25; AİHM, *Walker - İngiltere* (No. 37212/02), 22 Ağustos 2006, paragraf 19-20, 37.

tespit edildi.<sup>182</sup> Bununla beraber, ABAD bu uygulamanın nesnel olarak gerekçelendirildiğini belirledi, zira bunun tek amacı mecburi hizmetin erkek başvuruçuların kariyerleri üzerindeki geciktirici etkilerini telafi etmektir.

Örnek: *Megner ve Scheffel* davası, az (haftada on beş saatin altında) ve kısa süreli istihdamı, işsizlik sigortası, zorunlu hastalık ve yaşlılık sigortalarının kapsamı dışında tutan Alman mevzuatıyla alakalıydı.<sup>183</sup> Bu düzenlemenin kadınlara yönelik dolaylı ayrımcılık oluşturabileceği belirlendi, zira kadınların yarı zamanlı veya kısa süreli işlerde çalışması daha muhtemeldi. Küçük çapta ve kısa süreli çalışanların da programa dahil edilmesi halinde ortaya çıkacak maliyetlerin sistemde tamamen revizyon yapılmasını gerektireceği, zira sistemi katkı bazında finanse etmenin artık mümkün olmayacağı yolunda hükümetçe yapılan savunma ABAD tarafından kabul edildi. Küçük çapta ve kısa süreli çalışanlara bir talep olduğu, hükümetin onları sosyal güvenlik programından muaf tutarak bu talebin karşılanmasını kolaylaştırabileceği de kabul edildi. Bu yaklaşım takip edilmezse, söz konusu işler yine yürütülecek fakat kanuna aykırı bir şekilde üstlenilecekti. ABAD, hükümetin meşru bir sosyal politika hedefi izlediğini ve 'sosyal politika ve istihdam politikasını' gerçekleştirmek için hangi tedbirlerin uygun olacağına karar verilmesinde Devlete 'geniş bir takdir payı' bırakılması gerektiğini kabul etti. Dolayısıyla, farklı muamele haklıydı.

ABAD'ın hükümetçe öne sürülen önemli mali sonuçlara rağmen cinsiyet ayrımcılığının sosyal politika bağlamında haklı bir nedene dayandırılabilir olmadığına karar vermiş olması aşağıdaki dava ile bir tezat oluşturmaktadır.

Örnek: *De Weerd, née Roks, ve Diğerleri* davası iş göremezlik maaşı hakkındaki ulusal mevzuatla alakalıydı.<sup>184</sup> 1975 yılında çıkarılan ulusal mevzuat, iş göremez duruma gelmeden önceki gelirlerine bakılmaksızın erkekler ve evli olmayan kadınlar için iş göremezlik maaşını uygulamaya koymuştu. 1979'da mevzuatta değişiklik yapılarak bu maaşı alma hakkı evli kadınlara da verildi. Ancak, alıcının önceki yıl boyunca belli bir gelir

182 ABAD, *Schnorbus - Hessen Eyaleti*, Dava C-79/99 [2000] ECR I - 10997, 7 Aralık 2000.

183 ABAD, *Megner ve Scheffel - Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, Dava C-444/93 [1995] ECR I - 4741, 14 Aralık 1995. Keza, ABAD, *Nolte - Landesversicherungsanstalt Hannover*, Dava C-317/93 [1995] ECR I - 4625, 14 Aralık 1995.

184 ABAD, *De Weerd, née Roks, ve Diğerleri - Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen ve Diğerleri*, Dava C - 343/92 [1994] ECR I - 571, 24 Şubat 1994.

seviyesinde olması şartı da getirildi. Başka gerekçeler yanında, gelir şartının (öngörülen geliri kazanmaları erkeklere kıyasla daha az muhtemel) kadınlar aleyhine dolaylı bir ayrımcılık oluşturduğu gerekçesiyle mevzuata itiraz edildi. Devlet, farklı yararlanmanın, ulusal harcamaları kontrol altında tutmak için, bütçe mülahazalarıyla haklı bir nedene dayandırılığını iddia etti. ABAD'ın kararında, AB hukukunun hangi kategorilerde olan kişilerin sosyal güvenlik haklarından istifade edeceklerini düzenlemek konusunda Devleti serbest bıraktığı ancak Devletin bunu ayrımcı bir şekilde yapamayacağı belirlendi.

Bu iki dava olgular itibariyle uzlaştırılabilir. *De Weerd, née Roks, ve Diğerleri* davası muhtemelen 'kural' olarak, *Megner ve Scheffel* davası ise istisna olarak görülmelidir. AB hukukuna göre Üye Devletler belirli sosyal güvenlik rejimleri benimsemek zorunda değildir, fakat bazı grupların sırf mali mülahazalar ile dışta bırakılmasına izin verilmeyecektir, zira böyle bir dışlama eşit muamele ilkesini ciddi ölçüde zayıflatabilir ve suiistimale açık olabilir. Ancak, farklı muamele bütün hastalık ve işsizlik sigortası programları sisteminin çökmesini engellemenin tek yoluysa kabul edilebilir olacaktır – özellikle de böyle bir durum, insanları, düzenlemeye tabi olmayan çalışma biçimlerine zorlayacak olduğunda.

### 4.3. Cinsel yönelim

Cinsel yönelim ayrımcılığı vakalarında, tipik olarak, bir bireyin homoseksüel veya biseksüel olması nedeniyle elverişsiz muamele görmesi bahis konusudur, fakat heteroseksüel olma temelinde ayrımcılık da yasaklanmıştır.

Cinsel yönelim 'her insanın farklı bir cinsiyet veya aynı cinsiyetten veya birden çok cinsiyetten kişilere duygusal ve cinsel yakınlık duyma ve onlarla yakın ilişkiler kurma kapasitesi' şeklinde anlaşılabilir.<sup>185</sup>

Örnek: Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılığa Karşı İsveç Ombudsmanı ('HomO') önündeki bir davada, heteroseksüel bir kadın, İsveç lezbiyen, homoseksüel ve transseksüel hakları ulusal federasyonunda güvenli seks bilgilendirme görevlisi olarak çalışmak için başvurmuş, fakat başvurusu kabul edilmemişti.<sup>186</sup> Organizasyon, bu kadına, aynı durumda olan

185 Geniş kabul gören bu tanım, [www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_en.htm](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm) adresinde bulunan Mart 2007 tarihli 'Cinsel Yönelim ve Toplumsal Cinsiyet Kimliği Bakımından Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanması üzerine Yogyakarta İlkeleri'nden alınmıştır.

186 HomO, 21 Haziran 2006 tarihli karar, Dosya No. 262/06.

kişiler yoluyla dışarıdakilere hizmete ulaşım imkânı vermek için, kendini homoseksüel veya biseksüel olarak tanımlayan bir erkeği istihdam etmek istediklerini söylemişti. Kadının bu iş bakımından homoseksüel veya biseksüel bir erkek ile kıyaslanabilir durumda olduğunu iddia edemeyeceği (ve dolayısıyla daha az elverişli muamele olduğunu kanıtlayamayacağı) ya da gerçek bir mesleki gereklilik temelinde ayrımcılığın her durumda haklı bir nedene dayandırılabilmesine karar verildi.

AİHS'nin 14. maddesi 'cinsel yönelimi' korunan hukuki menfaat olarak açıkça saymasa da, AİHM çeşitli davalarda<sup>187</sup> bunun 14. maddeyle korunan 'diğer' hukuki menfaatler arasında yer aldığını ifade etmiştir.

Örnek: *S.L. - Avusturya* davasında, başvuru, mevcut olan ulusal mevzuata göre erkekler arasında rızaya dayalı cinsel ilişkinin taraflardan biri on sekiz yaşın altında olduğu takdirde suç teşkil ettiği şikâyetinde bulundu.<sup>188</sup> Buna karşılık, kadınlar on dört yaşından itibaren (hem lezbiyen, hem de heteroseksüel nitelikte) cinsel fiillere girebilmekteydi. AİHM bunun cinsel yönelim temelinde ayrımcılık oluşturduğuna karar verdi.

Örnek: *E.B. - Fransa* davasında, başvuru bir çocuğu evlat edinmek için başvurmuş, fakat hane halkında erkek rol modeli olmadığı gerekçesiyle başvurusu reddedilmişti.<sup>189</sup> Ulusal hukuk, çocuklu dul anne ve babaların evlat edinmelerine izin veriyordu ve AİHM, resmi makamların kararının kadın başvurusunun başka bir kadınla ilişkide olması ve beraber yaşamasına dayalı olduğunu belirledi. Dolayısıyla, cinsel yönelim temelinde ayrımcılık yapılmış olduğuna karar verdi.

Şunu da kaydetmek gerekir ki AİHM, özel yaşam hakkı üzerine AİHS'nin 8. maddesi kapsamında başlı başına cinsel yönelimle ilgili hükümet müdahalesine karşı da koruma temin eder. Böylece, bu temelde ayrımcı muamele gerçekleşmiş olsa bile, bunun mevcudiyetini öne sürmeye ihtiyaç olmadan sadece 8. maddenin ihlal edildiğini iddia etmek mümkün olabilir.

187 Örneğin bkz. AİHM, *Fretté – Fransa* (No. 36515/97), 26 Şubat 2002, paragraf 32.

188 AİHM, *S.L. - Avusturya* (No. 45330/99), 9 Ocak 2003.

189 AİHM, *E.B. - Fransa* [GC] (No. 43546/02), 22 Ocak 2008.

Örnek: *Dudgeon – İngiltere* davası, yetişkinler arasında rızaya dayalı homoseksüel ilişkileri cezalandıran ulusal mevzuatla alakalıydı.<sup>190</sup> Başvurucu, bundan dolayı bir homoseksüel olarak cezai takibat riski altında olduğundan şikâyet etti. AİHM, bunun özel hayata saygı hakkının bir ihlalini teşkil ettiğini belirledi, çünkü bu hak insanın ‘cinsel hayatını’ da içermekteydi. Ayrıca, genel ahlakın korunması meşru bir gaye teşkil etmekle beraber, bu gayenin özel hayata bu seviyede müdahale etmeden de gözetilebileceğine karar verdi.

AİHM, devletçe yapılan müdahalelerin cinsel hayat veya aile hayatı gibi insan haysiyetinin temel unsurlarına ait olduğu kabul edilen konular ile ilgili olmaları halinde bireylerin korunmasını temin etmekte özellikle dikkatli olmuştur. Aşağıdaki dava, cinsellikle ilgili olarak özel hayata müdahaleleri haklı bir nedene dayandırmanın zor olduğunu gösterir.

Örnek: *Karner - Avusturya* davası, esas kiracının ölmesi halinde bir akrabasının veya ‘hayat ortağının’ kiracılık anlaşmasına kendiliğinden halef olma hakkını öngören ulusal mevzuatın (Kira Kanunu 14. madde) yorumlanmasıyla alakalıydı.<sup>191</sup> Başvurucunun beraber yaşadığı partneri ölmüştü. Ulusal mahkemeler, bu mevzuatın, evli olmayan heteroseksüel çiftleri kapsayabilmesine rağmen, homoseksüel çiftleri kapsamadığı şeklinde bir yorumlama yaptılar. Hükümet, cinsel yönelim temelinde farklı muamele olduğunu kabul etti, ama bunun geleneksel ailelerde yaşayanları konutlarını yitirmekten korumak için haklı bir uygulama teşkil ettiğini savundu. AİHM, geleneksel aileyi korumak meşru bir gaye teşkil edebilecek olmakla beraber, ‘cinsiyete veya cinsel yönelime dayalı bir muamele farkı olduğunda... takdir payının... kısıtlı olduğunu’ belirledi. AİHM daha sonra şunları beyan etti: ‘Orantılılık ilkesine göre, seçilen tedbirin istenen gayeyi gerçekleştirmek için prensipte uygun olduğunu göstermek yetmez. Bu gayeyi gerçekleştirmek için belirli kategorilerde insanları – bu örnekte homoseksüel bir ilişki içinde yaşayan insanları – Kira Kanununun 14. maddesi dışında bırakmanın gerekli olduğu da gösterilmelidir’. AİHM böylece bir ayrımcılık tespiti yaptı, zira Devlet geleneksel aileyi korumak için homoseksüel çiftleri mağdur etmeyecek tedbirler kullanabilirdi.

<sup>190</sup> AİHM, *Dudgeon - İngiltere* (No. 7525/76), 22 Ekim 1981.

<sup>191</sup> AİHM, *Karner - Avusturya* (No. 40016/98) 24 Temmuz 2003, paragraf 34 - 43.

## 4.4. Engellilik

Ne AİHS, ne de İstihdamda Eşitlik Yönergesi engelliliğin bir tanımını verir. ABAD'ın rolünün mahiyeti nedeniyle, ulusal mahkemeler tarafından neyin bir engellilik oluşturduğu hakkında tespitler sıklıkla yapılır ve ABAD'a havale edilen ihtilaflarda temel ön bilgi olarak takdim edilir. Ancak, ABAD kendi içtihadında neyin bir engellilik oluşturduğu hakkında sınırlı bir rehberlik verme fırsatına sahip olmuştur.

Örnek: *Chacon Navas* davasında<sup>192</sup>, ABAD engelliliğe dayalı ayrımcılık hükümlerinin genel kapsamını mütalaa etme fırsatına kavuştu ve "engellilik" teriminin uyumlu bir AB tanımı olması gerektiğine işaret etti. İstihdamda Eşitlik Yönergesi bakımından, engelliliğin 'özellikle fiziksel, zihinsel veya psikolojik bozulmalardan doğan ve ilgili kişinin mesleki hayata katılmasına mani olan bir sınırlama' olarak anlaşılması ve 'uzun bir zaman sürmesinin muhtemel olması' gerektiğine işaret etti. Bu tanım *Chacon Navas* davasına uygulandığında, başvurucunun hastalık nedeniyle sekiz ay boyunca işe gelmemesi üzerine işten çıkarıldıktan sonra İspanyol mahkemelerinde dava açarak engelliliğe dayalı ayrımcılığa uğramış olduğunu iddia ettiği tarihte engelli olmadığı belirlendi. ABAD hastalık ve engellilik arasında bir ayırım yapılması gerektiğini açıkladı. Hastalık bakımından koruma söz konusu değildi.

UNCRPD'nin 1. maddesi: 'Engelli kavramı diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişileri içermektedir'.

Bölüm 1'de tartışıldığı gibi, AB 2006 tarihli Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesine (UNCRPD) taraftır; bundan dolayı ABAD, büyük ihtimalle, hem Sözleşmenin kendisini, hem de onun izlenmesi ve yorumlanmasıyla görevli olan<sup>193</sup> Engelli Kişilerin Hakları Komitesi tarafından yapılan yorumları rehber olarak alacaktır.

UNCRPD'ye taraf olunca, AB ve onun kurumları (ve AB hukukunu yorumlar ve uygularken AB Üye Devletleri) 'engellilik' teriminin yorumlanmasında bu geniş ve kapsayıcı yaklaşımı takip etmek zorunda olacaklardır.

192 ABAD, *Chacon Navas - Eurest Colectividades SA*, Dava C - 13/05 [2006] ECR I - 6467, 11 Temmuz 2006.

193 UN Doc. A/RES/61/611, 13 Aralık 2006.

AİHS'nin korunan hukuki menfaatler listesinde açıkça yer almasa da, engellilik AİHM tarafından 14. madde kapsamında 'başka' temellerin yorumlanmasına dâhil edilmiştir.

Örnek: *Glor - İsviçre* davasında, AİHM diyabetik olan başvuruçunun (ulusal hukuka göre bunun 'küçük' bir engellilik olarak tasnif edilmesine bakılmaksızın) engelli bir kişi olarak görülebileceğini tespit etti.<sup>194</sup> Başvuruçucu askerlik hizmetini tamamlamaması nedeniyle bunu telafi etmek için vergi ödemek zorundaydı. Askerlik hizmetine uygun olan herkesin bu vergiyi ödemesi gerekliydi. Bu vergiden muaf tutulmak için ya (bir organın kaybına denk sayılan) %40 seviyesinde bir engelliliğe sahip olmak, ya da vicdani retçi olmak gerekiyordu. Vicdani retçiler 'kamu hizmeti' yapmak zorundaydı. Başvuruçunun engelliliği, orduda hizmet için uygun görülmemesine neden olan bir seviyedeydi, fakat onun vergiden muaf tutulması için ulusal hukukta gereken ciddiyet sınırına ulaşmıyordu. 'Kamu hizmeti' yapmayı teklif etmiş, ama teklifi kabul edilmemişti. AİHM, devletin başvuruçuya, geçerli mazeret olmaksızın askerlik hizmetlerini tamamlamamış olan kişilerle aynı şekilde muamele etmiş olduğunu belirledi. Bu muamele ayrımcı nitelikteydi çünkü başvuruçucu farklı bir konumda bulunuyordu (askerlik hizmeti yapmaya uygun görülmemişi, ama kamu hizmeti için istekli ve yetenekliydi) ve dolayısıyla devlet mevcut kurallara bir istisna getirmeliydi.

AİHS kapsamında diğer korunan hukuki menfaatlerde olduğu gibi, ayrımcılığı yasaklamak için maddi bir hak ve 14. maddenin birlikte kullanılması şeklinde bir yaklaşım yerine, davaların başka maddi haklar kapsamında görülmesi hayli yaygındır.

Örnek: *Price - İngiltere* davasında, başvuruçucu yedi günlük hapis cezasına mahkûm edilmişti. Gebelik döneminde annesinin talidomit alması nedeniyle, bazı organları ya hiç yoktu ya da oldukça kısıydı ve böbrekleri iyi çalışmıyordu.<sup>195</sup> Hareket edebilmek için tekerlekli sandalye kullanması, tuvalete gitmek ve temizlik için yardım alması gerekiyordu ve özel yatağa muhtaçtı. Gözaltındaki ilk gecesinde, fiziksel engelli kişiler için uyarlanmış olmayan bir hücreye konuldu ve bundan ötürü yeterince uyuyamadı, önemli derecede acı çekti ve hipotermiye maruz kaldı. Hapishaneye

194 AİHM, *Glor - İsviçre* (No. 13444/04), 30 Nisan 2009.

195 AİHM, *Price - İngiltere* (No. 33394/96), 10 Temmuz 2001.

nakil üzerine, bir miktar uyarılmanın yapılabileceği hastane kanadına yerleştirildi, fakat yine benzer problemler yaşadı. Ayrıca, şarjı biten tekerlekli sandalyesini şarj etmesine izin verilmedi. AİHM, başvuruçunun 3. maddeye aykırı olarak aşağılayıcı muameleye uğramış olduğunu belirledi. Bu davada 14. madde kapsamında AİHS'deki maddi haklardan biri temelinde ayrımcılık öne sürülmedi.

Örnek: *Pretty - İngiltere* davasında, dejeneratif bir hastalığı olan başvuruçunun, hastalığı ilerleyip kendi kendine intihar edemeyeceği bir noktaya geldiğinde başka birinin yardımıyla intihar edebilmesi ve yardım eden kişi aleyhine dava açılmaması yönünde hükümetten bir güvence almak istiyordu.<sup>196</sup> Ulusal hukuka göre, intihara yardım etmek, cinayet veya adam öldürme teşkil ettiği gibi, kendi başına bir suç oluşturuyordu. Başvuruçunun, diğer hususlar yanında, 8. madde kapsamında özel yaşam hakkı bağlamında korunan kendi vücuduyla ilgili kararlar verme hakkının ayrımcı bir şekilde ihlal edilmiş olduğunu, çünkü Devletin yardımlı intiharı topyekûn yasakladığını, bu yasağın fiziksel güçlerini kaybederek kendi hayatlarına son veremeyecek duruma gelen kişiler üzerinde orantısız negatif bir etkisinin olduğunu iddia etti. AİHM 'fiziksel olarak intihar etme kabiliyetine sahip olanlar ile olmayanlar' arasında ayırım yapmamanın gerekçelendirilebileceğine, çünkü kanuna istisnalar getirmenin pratikte istismara yol açacağı ve yaşam hakkı korumasını zayıflatacağına karar verdi.

## 4.5. Yaş

Korunan bir temel olan yaş, mağdurun yaşı temelinde farklı muamele veya istifadeye atıf yapar. Kendi başına yaş ayrımcılığı (din veya cinsel yönelimin aksine) AİHS'deki belli bir hakkın kapsamına girmese de, muhtelif haklar bağlamında yaş ayrımcılığı konuları ortaya çıkabilir. Böylece AİHS, özellikle ceza yargılaması sisteminde çocukların gördüğü muameleyle ilgili olarak, davayı yaş ayrımcılığı yönünden fiilen tahlil etmeksizin, başka konularda olduğu gibi, maddi olguları yaş ayrımcılığına işaret eden davalar üzerine hüküm vermiştir. AİHM 'yaş' konusunun 'başka durum' içinde yer aldığını belirlemiştir.<sup>197</sup>

196 AİHM, *Pretty - İngiltere* (No. 2346/02), 29 Nisan 2002.

197 AİHM, *Schwizgebel - İsviçre* (No. 25762/07), 10 Haziran 2010.



Örnek: *Schwizgebel - İsviçre* davasında, 47 yaşında çocuklu dul bir anne, evlat edinme başvurusunun reddinden şikâyet ediyordu.<sup>198</sup> Ulusal makamların kararı, başvurucu ile çocuk arasındaki yaş farkına ve başvurusunun zaten bir çocuğu olması dikkate alınırsa başka bir çocuğu evlat edinmenin önemli bir mali külfet getireceğine dayanıyordu. AİHM, bu kadına, yaşı temelinde, evlat edinmek için başvuran daha genç kadınlardan farklı muamele edilmiş olduğuna karar verdi. Ancak, evlat edinme için kabul edilebilir yaş sınırları hakkında devletlerarasında tekdüzelik olmaması nedeniyle Devlet bu hususta geniş bir takdir payına sahipti. Ayrıca, ulusal makamların yaş farkını dikkate alması keyfi biçimde uygulanmamış olup çocuğun yüksek çıkarlarına ve ikinci bir çocuğun başvurusuya getirebileceği mali külfete ve bunun da çocuğun refahını etkileyebileceği gerçeğine dayanıyordu. Dolayısıyla, AİHM farklı muamelenin haklı bir nedene dayandırılabilmesine karar verdi.

Örnek: *T – İngiltere* ve *V – İngiltere* davalarında, iki çocuk 10 yaşındayken işledikleri bir cinayetten yargılanmış ve suçlu bulunmuşlardı.<sup>199</sup> Başvurucular, diğer hususlar yanında, adil yargılanmamış oldukları, küçük yaşta olmaları nedeniyle kendi savunmalarına etkili biçimde katılamamış olduklarından şikâyet ettiler. AİHM, bir küçüğü yargılarken devletin 'onun yaşını, olgunluk seviyesini, düşünsel ve duygusal kapasitelerini tam olarak dikkate alması' ve 'onun davayı anlama ve davaya katılma yeteneğini arttırmak için' tedbirler alması gerektiğini belirledi. AİHM, davayı 14. madde açısından incelemeksizin, Devletin bu şekilde uygulamada bulunmadığına ve AİHS'nin 6. maddesini ihlal etmiş olduğuna karar verdi.

Örnek: *D.G. – İrlanda* ve *Bouamar – Belçika* davalarında, başvuruçular ulusal makamlar tarafından gözaltına alınmıştı.<sup>200</sup> AİHM, keyfi olarak gözaltına alınmama hakkının burada ihlal edilmiş olduğunu belirledi. Her iki davada, başvuruçular gördükleri muamelenin yetişkinlere kıyasla ayrımcı olduğunu, çünkü ulusal mevzuata göre bu gibi durumlarda yetişkinlerin hürriyetlerinden mahrum bırakılmadığını iddia ettiler. AİHM, yetişkinler ve çocuklar arasında bir muamele farkı olmakla beraber, bu farkın haklı olduğunu zira hürriyetten mahrum bırakmanın arkasındaki gayenin küçükleri korumak olduğunu, bunun yetişkinler için söz konusu olmadığını belirledi.

198 Aynı yerde.

199 AİHM, *T - İngiltere* [GC] (No. 24724/94), 16 Aralık 1999; *V - İngiltere* [GC] (No. 24888/94), 16 Aralık 1999.

200 AİHM, *D.G. - İrlanda* (No. 39474/98), 16 Mayıs 2002; AİHM, *Bouamar - Belçika* (No. 9106/80), 29 Şubat 1988.

## 4.6. Irk, etnik mensubiyet, renk ve ulusal bir azınlığa aidiyet

'İrk ve etnik köken' temelini kapsama AB ve AİHS arasında biraz farklı görünür, zira İrk Eşitliği Yönergesi 'milliyet' kavramını ırk veya etnik mensubiyet kavramından açıkça dışlar. AİHS 'milliyet' veya 'milli köken' kavramını ayrı bir temel olarak sayarken, aşağıda tartışılan içtihat gösteriyor ki milliyet, etnik mensubiyetin bir kurucu unsuru olarak anlaşılabilir. Bunun nedeni, AB hukukunda milliyet temelinde ayrımcılığa müsaade edilmesi değil, AB hukukunun gelişme tarzından dolayı milliyet temelinde ayrımcılığın kişilerin serbest dolaşımıyla ilgili hukukun bağlamında düzenlenmesidir. İrk Eşitliği Yönergesi, milliyeti açıkça dışladığı gibi, 'ırk veya etnik köken' kavramının bir tanımını da içermez. İrk ve etnik kökenin nasıl anlaşılması gerektiği hakkında rehberlik sunan diğer bazı araçlar vardır. İrk Eşitliği Yönergesinde ne 'renk', ne de ulusal bir azınlığa aidiyet belirtilmektedir, fakat bunlar AİHS kapsamında ayrı temeller olarak belirtilir. Bu terimler ırk ve/veya etnik mensubiyetin tanımından ayrılamaz görünür ve burada da aynı şekilde mütalaa edilecektir.

Ceza kanunu kapsamında ırkçılığa ve yabancı düşmanlığına karşı mücadele ile ilgili AB Konseyinin Çerçeve Kararında, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı, 'ırk, renk, din, soy veya milli veya etnik köken' temelinde gruplara yönelik şiddet veya nefreti içine alacak şekilde tanımlanır. İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Konseyi Komisyonu da 'ırk ayrımcılığı' nın tanımlanmasında geniş bir yaklaşımı benimsemiştir; bunun içinde 'ırk, renk, dil, din, milliyet veya milli veya etnik köken' temelleri yer alır.<sup>201</sup> Benzer şekilde, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyinin bütün Üye Devletlerinin taraf oldukları 1966 tarihli İrk Ayrımcılığının Tasfiyesine Dair BM Sözleşmesinin 1. maddesinde ırk ayrımcılığı 'ırk, renk, soy veya milli veya etnik köken' temellerini içine alacak şekilde tanımlanır.<sup>202</sup> Sözleşmenin yorumlanması ve ona riayet izlenmesinden sorumlu olan İrk Ayrımcılığının Tasfiyesiyle ilgili Komite, aksine bir gerekçe olmadıkça, bir bireyin belli bir ırk veya etnik gruba mensup olup olmadığının 'ilgili bireyin kendini nasıl tanımladığına dayalı olacağını' da ifade etmiştir.<sup>203</sup> Böylece, devletin tanımadığı herhangi bir etnik grubu koruma kapsamından dışlaması engellenir.

201 İrkçilik ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Mücadele Etmek İçin Milli Mevzuat üzerine 7 no'lu İHKAK Genel Politika Tavsiyesi, CRI (2003)8, kabul tarihi 13 Aralık 2002, paragraf 1(b) ve (c).

202 660 BMAS 195.

203 İATK, 'Sözleşmenin 1. maddesinin 1. ve 4. fıkralarının yorumlanması ve uygulanması hakkında VIII no'lu Genel Tavsiye'.

AB hukukunda dil, renk veya soy korunan hukuki menfaatler olarak açıkça sayılmasa da, bunun anlamı bu özelliklerin ırk veya etnik mensubiyetin bir parçası olarak korunamayacak olması değildir, çünkü dil, renk ve soy bu özelliklere yapısal olarak bağlıdır. Ayrıca, öyle görünüyor ki, milliyeti oluşturan faktörler de ırk ve etnik mensubiyet bakımından önemli oldukları ölçüde, milliyet temeli de, uygun hallerde, bu temellerin kapsamına girebilir.

İstihdamda Eşitlik Yönergesi kapsamında din ayrı bir temel olarak açıkça korunur. Ancak, dini ayrımcılığa uğradığını iddia eden bir kimse, ırk temeliyle dini birleştirmek isteyebilir çünkü AB hukukunun mevcut haliyle, ırk ayrımcılığından korunma dini ayrımcılıktan korunmaya göre daha geniş kapsamlıdır. İstihdamda Eşitlik Yönergesi sadece istihdam alanıyla ilgiliyken, İrk Eşitliği Yönergesi hem istihdam alanıyla, hem de mal ve hizmetlere erişimle ilgilidir.

AIHM, ırk ve etnik mensubiyet kavramlarını açıklarken, dil, din, milliyet ve kültürün ırktan ayrılamaz olabileceğini kabul etmiştir. *Timişev* davasında, Çeçen kökenli bir başvurucuya bir kontrol noktasından geçme izni verilmemişti, çünkü muhafızlar Çeçen kökenlilerin girişine müsaade etmemek için talimat almışlardı. AIHM şu açıklamayı yaptı:

*'Etnik mensubiyet ve ırk bağlantılı ve örtüşen kavramlardır. İrk kavramı, insanların, cilt rengi veya yüz özellikleri gibi morfolojik niteliklere göre alt türlere biyolojik tasnifi düşüncesine dayanırken, etnik mensubiyetin kökeni ortak milliyet, kabile aidiyeti, dini inanç, paylaşılan dil veya kültürel ve geleneksel kökenler ve temeller düşüncesinde yatar.'*<sup>204</sup>

Örnek: *Sejdic ve Finci - Bosna ve Hersek* davası 12 no'lu Protokol kapsamında kararlaştırılacak ilk davaydı. Başvurucular seçimlerde aday olamadıklarından şikâyet ediyordu.<sup>205</sup> 1990'lardaki çatışmayı sona erdirmeye yönelik bir barış uzlaşması kapsamında, üç büyük etnik grup arasında bir iktidar paylaşım anlaşmasına varılmıştı. Bunun kapsamında, seçimlerde aday olan herhangi bir kimsenin Boşnak, Sırp veya Hırvat toplumuna aidiyetini beyan etmesini gerektiren bir düzenleme vardı. Yahudi ve Roman kökenli olan başvurucular bunu yapmayı reddetmişler

204 AIHM, *Timişev - Rusya* (No. 55762/00 ve 55974/00), 13 Aralık 2005, paragraf 55.

205 AIHM, *Sejdic ve Finci - Bosna ve Hersek* [GC] (No. 27996/06 ve 34836/06), 22 Aralık 2009.

ve ırk ve etnik mensubiyet temelinde ayrımcılığa uğradıklarından şikâyet etmişlerdi. AİHM, yukarıda verilen ırk ve etnik mensubiyet arasındaki ilişkiye dair açıklamasını tekrar ederek, 'bir kimsenin etnik kökeni nedeniyle yapılan ayrımcılığın bir tür ırk ayrımcılığı olduğunu' ekledi. AİHM'nin ırk ayrımcılığı bulgusu etnik mensubiyet ile din arasındaki etkileşimi gösterir. AİHM, ayrıca, barış anlaşmasının hassas hükümlerine rağmen böyle bir ayrımcılığın haklı olamayacağını da belirledi.

Örnek: Avusturya Eşit Muamele Komisyonu önündeki bir davada, Sih dininden olan bir birey, bu dinin mensuplarınca taşınan tören kılıcını çıkarmayı reddetmesi nedeniyle bir Viyana mahkemesine girmesine izin verilmediğinden şikâyet etti.<sup>206</sup> Komisyon, bu şikâyeti, etnik mensubiyet temelinde bir ayrımcılık vakası olarak inceledi. Maddi olgulara göre, farklı muamelelerin emniyet gerekçesiyle haklı olduğuna karar verdi.

AİHM, ırka veya etnik mensubiyete dayalı ayrımcılık konusunda son derece katı bir tutum izlemiş, şunları ifade etmiştir: 'Çoğulculuk ve farklı kültürlerle saygı prensipleri üzerine kurulan çağdaş demokratik bir toplumda, yalnızca veya belirleyici bir ölçüde bir kimsenin etnik kökeni temelinde farklı muamele görmesi nesnel olarak haklı bir nedene dayandırılmaz.'<sup>207</sup>

Avrupa Konseyinin Hukukçular İçin İnsan Hakları Eğitimi web sitesinde AİHS kapsamında ırk temelinde dayalı bir ayrımcılık iddiasını değerlendirirken dikkate alınacak mülahazaları açıklayan faydalı bir vaka incelemesi bulunmaktadır.<sup>208</sup>

206 Eşit Muamele Komisyonu, Senato III. İngilizce özeti FRA InfoPortal, Dava 5 – 1. Orijinal metin: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=5>.

207 AİHM, *Sejdic ve Finci - Bosna ve Hersek* [GC] (No. 27996/06 ve 34836/06), 22 Aralık 2009, paragraf 44. Benzer şekilde, *Timişev - Rusya* (No. 55762/00 ve 55974/00), 13 Aralık 2005, paragraf 58.

208 Vaka İncelemesi 15, Roman erkeğin tutuklanması, yargılamaya öncesinde hapsedilmesi, kötü muameleye uğraması, [www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1](http://www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1).

## 4.7. Milliyet veya milli köken

1996 tarihli Avrupa Konseyi Milliyet Sözleşmesinin 2(a) maddesinde milliyet 'bir kişi ve bir devlet arasındaki hukuki bağ' olarak tanımlanır. Bu sözleşme yaygın biçimde onaylanmış değilse de, bu tanım kabul gören Uluslararası hukuk kurallarına dayanır<sup>209</sup> ve Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu tarafından da benimsenmiştir.<sup>210</sup> 'Milli köken' terimi, bir kimsenin başka bir devletin vatandaşlığına geçerek kaybetmiş veya böylece kazanmış olduğu eski milliyetini ya da (Birleşik Krallık içinde İskoçya gibi) bir devlet içindeki bir 'millet'e mensubiyeti anlatan terim olarak düşünülebilir.

Örnek: *Chen* davası, bir Üye Devlette doğmuş ve annesi üye olmayan bir devletten gelmiş olan bir çocuğun farklı bir Üye Devlette ikamet etme hakkına sahip olup olmadığı sorusuyla alakalıydı.<sup>211</sup> ABAD, bir Üye Devletin vatandaşlığa kabul için karşılanması gereken şartlar koyduğu ve bunların karşılandığı durumda, farklı bir Üye Devletin ikamet için başvurulduğu zaman bu hakkı tanımak zorunda olduğuna karar verdi.

AİHS, milliyet temelinde AB hukukundan daha çok koruma sağlamasına rağmen, hukuki bir milliyet bağı olmamasının genellikle belirli bir devlete maddi bağlantılar olmamasıyla birlikte görüldüğünü, bunun da mağdur olduğu iddia edilen kişinin vatandaşlarla benzer bir konumda olduğunu ileri sürmesine mani olacağını kolaylıkla kabul eder. AİHM'nin yaklaşımının özü şudur: bir bireyin belli bir devlete maddi bağı, özellikle vergi ödeme bakımından, ne kadar sıkı olursa, milliyet temelinde farklı muamelenin haklı bulunması ihtimali o kadar azdır.

Örnek: *Zeybek - Yunanistan* davasında, başvurucuya 'büyük aileler' için öngörülen emeklilik hakkının verilmesi kabul edilmemişti.<sup>212</sup> Bu kişinin gerekli sayıda çocuğu olmasına rağmen, emekli olma yaşına ulaştığı tarihte çocuklarından biri Yunan milliyetine sahip değildi. Bu durumun

209 ABAD, *Nottebohm (Liechtenstein – Guatemala)* [1955] ABAD Raporları, 4, 23, 6 Nisan 1955: 'milliyet, karşılıklı haklar ve ödevlerin mevcudiyetiyle beraber, sosyal bir aidiyet, sahibi bir mevcudiyet bağlantısı, çıkarlar ve duygular temeline dayalı hukuki bir bağlıdır.'

210 Irkçılığa ve Irk Ayrımcılığına Karşı Mücadele Etmek için Milli Mevzuat üzerine 7 no'lu İHKAK Genel Politika Tavsiyesi, CRI (2003) 8, kabul tarihi: 13 Aralık 2002, s.6.

211 ABAD, *Chen - İçişleri Bakanlığı*, Dava C – 200/02 [2004] ECR I – 9925, 19 Ekim 2004.

212 AİHM, *Zeybek - Yunanistan* (No. 46368/06), 9 Temmuz 2009.

sebebi, hükümetin daha önce başvurucunun bütün ailesini vatandaşlıktan çıkarma kararı (bu kararın kendisi usulsüzlükler ile lekeliydi) ve daha sonra da onun çocuklarından sadece üçüne yeniden vatandaşlık vermesiydi (dördüncü çocuk evlenmişti). AİHM, özellikle Yunan Müslümanlarına karşı, bir vatandaşlık iptal politikası uygulanmış olduğunu ve emekli maaşı bağlamayı reddetmenin Yunan milletini koruma temelinde haklı kılınamayacağını, zira bu düşüncenin milli köken temelinde ayrımcılık oluşturduğunu belirledi.

Örnek: *Anakomba Yula - Belçika* davasında, bir Kongo vatandaşı Belçika'da kanuna aykırı olarak ikamet ediyordu.<sup>213</sup> Doğum yaptıktan kısa bir zaman sonra, ikamet izni sona erince yenileme için başvuru sürecini başlattı. Belçika vatandaşı olan Kongolu kocasından ayrılıyordu ve hem kendisi, hem de çocuğunun doğal babası çocuğun nesebini belirlemek istiyorlardı. Bunu yapmak için, başvurucunun doğumdan itibaren bir yıl içinde eşine karşı bir dava açması gerekiyordu. Başvurucu, yeterli parası olmadığından, prosedürün maliyetini karşılamak için adli yardım talep etti. Ancak, bu talep reddedildi çünkü davanın bir ikamet hakkı tesis etmekle ilgili olması halinde adli yardım sadece Avrupa Konseyine üye olmayan devletlerin vatandaşlarına verilebiliyordu. Başvurucuya, ikamet izninin yenilenmesini tamamlama ve daha sonra tekrar başvurma tavsiyesi yapıldı. AİHM, bu durumda başvurucunun adil yargılama hakkından mahrum edilmiş olduğuna ve bunun onun milliyetine dayandığına karar verdi. Devlet, aile hayatıyla ilgili ciddi konuların ortada olduğu, nesebi tespit ettirmek için kısa bir zamanasını süresinin var olduğu ve bireyin ikamet iznini yenileme sürecinde bulunduğu bir durumda ikamet iznine sahip olanlar ve olmayanlar arasında ayırım yapmakta haklı değildi.

Bölüm 3.2'de tartışıldığı gibi, AB hukuku milliyet ayrımcılığını sadece kişilerin serbest dolaşımı bağlamında yasaklar. Özellikle, serbest dolaşım üzerine AB hukuku üçüncü ülke vatandaşlarına sınırlı haklar verir. Bununla beraber, AİHS, Avrupa Konseyinin bütün Üye Devletlerine (ki bunların içinde AB'nin bütün Üye Devletleri de vardır) AİHS'deki hakları (vatandaş olmayanlar dâhil) kendi yetki alanlarındaki bütün bireyler için garanti etme yükümlülükleri getirir. AİHM, devletin hukuki vatandaşlık bağına sahip olan kişilere hangi hakları sunabileceğini belirleme yetkisiyle, devletin onunla gerçek maddi bağlar kurmuş olan kişilere karşı ayrımcılık yapmasını engelleme ihtiyacı arasında

213 AİHM, *Anakomba Yula - Belçika* (No. 45413/07), 10 Mart 2009.

bir denge gözetmiştir. Bireylerin bir devlet ile güçlü bir maddi bağ içinde olduklarını gösterebildiği hallerde AİHM sosyal güvenlikle ilgili hususlarda çok dikkatli bir inceleme yapmıştır.

Devletlerin vatandaş olmayan kişilerce kendi sınırlarından girilmesi ve çıkılmasını düzenleme yetkisi Uluslararası hukukta iyice belirlenmiş ve AİHM tarafından kabul edilmiştir. Bu çerçevede, AİHM esas itibarıyla, bireylerin, varış ülkesinde insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezalandırma veya işkence ile karşı karşıya oldukları (3. madde kapsamında)<sup>214</sup> veya ev sahibi devlette, bireyin ayrılmaya zorlanması halinde kırılacak olan güçlü aile bağları kurmuş oldukları (8.madde kapsamında)<sup>215</sup> durumlarda sınır dışı edilmeleriyle ilgili şikâyetlere müdahil olmuştur.

Örnek: *C – Belçika ve Müstakim - Belçika* davalarında, Fas tabiyetinde olan başvuruçular cezai suçlardan mahkûm olmuşlar ve sınır dışı edileceklerdi.<sup>216</sup> Bunun milliyet temelinde ayrımcılık olduğundan şikâyet ettiler çünkü ne Belçika vatandaşları, ne de başka AB Üye Devletlerinden kişiler benzer durumlarda sınır dışı edilemezdi. AİHM, başvuruçuların Belçika vatandaşlarıyla benzer bir durumda olmadıklarını belirledi, zira vatandaşlar kendi devletlerinde kalma hakkına sahiptir ve bu hak AİHS’de özel olarak koruma altındadır (4 no’lu Protokolün 3. maddesi). Ayrıca, üçüncü ülke vatandaşlarıyla diğer AB Üye Devletlerinin vatandaşları arasındaki muamele farkı haklıydı çünkü AB özel bir hukuki düzen ve AB vatandaşlığını kurmuştu.

Bu davalar, başvuruçunun uzun bir ikamet dönemi yoluyla veya Devlete vergi ödeyerek katkı yapması yoluyla ev sahibi Devlet ile yakın maddi bağlar geliştirmiş olduğu durumlarla mukayese edilmelidir.

Örnek: *Andreyeva - Letonya* davasında, başvuruçusu eski Sovyetler Birliğinin vatandaşıydı ve Letonya’da daimi ikamet hakkına sahipti.<sup>217</sup> Ulusal mevzuat, başvuruçuyu (bağımsızlık öncesi ve sonrasında Letonya toprakları içinde aynı mevkide bulunmuş olmasına rağmen) bağımsızlık öncesi dönemde

214 Örnek olarak bkz. AİHM, *Chahal - İngiltere* (No. 22414/93), 15 Kasım 1996.

215 Bu davaların başarılı olma ihtimali daha azdır. Örnek olarak bkz. AİHM, *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali - İngiltere* (No. 9214/80, 9473/81 ve 9474/81), 28 Mayıs 1985.

216 AİHM, *C – Belçika* (No. 21794/93), 7 Ağustos 1996; AİHM, *Müstakim - Belçika* (No. 12313/86), 18 Şubat 1991.

217 AİHM, *Andreyeva - Letonya* [GC] (No. 55707/00), 18 Şubat 2009.

Letonya dışında çalışmış bir kişi olarak tasnif etti ve böylece onun emekli maaşını bağımsızlıktan sonra aynı mevkide geçirilen zaman temelinde hesapladı. Buna karşılık, aynı mevkide çalışan Letonya vatandaşları, bağımsızlıktan önceki çalışma süreleri dâhil bütün hizmet süreleri temelinde emekli maaşı alabilmekteydi. AİHM, başvurunun Letonya vatandaşlarıyla benzer bir durumda olduğuna, çünkü ulusal hukuk kapsamında 'vatandaş olmayan daimi mukim' statüsünde bulunduğu ve aynı esasta vergiler ödemiş olduğuna karar verdi. Sadece milliyet temelinde farklı muameleyi haklı bir nedene dayandırmak için 'çok ağırlıklı sebepler' gerekli olacağı, bu davada böyle sebepler mevcut olmadığı ifade edildi. Devletin mali ve sosyal politika konularında geniş bir takdir payına sahip olduğu kabul edilmekle beraber, başvurunun durumu Letonya vatandaşlarının durumuna maddi olarak o kadar yakındı ki milliyet temelinde ayrımcılık haklı olamazdı.

Örnek: *Gaygusuz - Avusturya* davasında, Avusturya'da çalışan bir Türk vatandaşı, Avusturya vatandaşı olmaması nedeniyle işsizlik maaşı ödenmesi reddedilmişti.<sup>218</sup> AİHM, onun daimi mukim olması ve vergilendirme yoluyla sosyal güvenlik sistemine katkıda bulunmuş olması nedeniyle Avusturya vatandaşları ile benzer bir durumda olduğuna karar verdi. Avusturya ve Türkiye arasında karşılıklı sosyal güvenlik anlaşması olmamasının farklı muameleyi haklı bir nedene dayandırmayacağı, çünkü başvurunun durumunun esas bakımdan Avusturya vatandaşlarının durumuna çok yakın olduğunu tespit etti.

Örnek: *Koua Poirrez - Fransa* davasında, bir Fildişi Sahili vatandaşı engelli kişilere ödenen yardım için başvurmuştu. Bu yardımın sadece Fransa vatandaşlarına veya Fransa ile karşılıklı sosyal güvenlik anlaşması yapmış olan devletlerin vatandaşlarına açık olduğu gerekçesiyle başvuru reddedilmişti.<sup>219</sup> AİHM, başvurunun aslında Fransa vatandaşlarıyla benzer bir durumda olduğuna, çünkü yardımı almak için bütün diğer kanuni ölçütleri karşılamış ve milliyete bağlı olmayan diğer sosyal güvenlik yardımlarından yararlanmış olduğuna karar verdi. Başvurucu ile vatandaşlar arasında muamele farkını haklı bir nedene dayandırmak için 'gayet ağırlıklı sebepler' olması gerektiğini ifade etti. Devletin vergi ve sosyal güvenlik konularıyla ilgili olarak geniş bir takdir payına sahip olduğu yukarıda incelenen davaların aksine, Fransa'nın, devlet gelirleriyle giderlerini dengeleme mecburiyeti veya Fransa ile Fildişi Sahili arasında karşılıklı anlaşma mevcut olmaması şeklindeki iddiaları Mahkemeyi ikna etmemişti. Dikkat çekici bir nokta olarak, söz konusu yardım, alıcının

218 AİHM, *Gaygusuz - Avusturya* (No. 17371/90), 16 Eylül 1996.

219 AİHM, *Koua Poirrez - Fransa* (No. 40892/98), 30 Eylül 2003.



ulusal sosyal güvenlik rejimine katkı yapmış olup olmadığına bakılmadan ödeniyordu (yukarıdaki davalarda milliyet ayrımcılığına izin verilmemesinin başlıca sebebi, sosyal güvenlik rejimine katkı yapılmasıydı).

## 4.8. Din veya inanç <sup>220</sup>

AB hukukunda din veya inanç temelinde ayrımcılığa karşı bir miktar sınırlı koruma olduğu halde, AİHS'nin kapsamı bundan çok daha geniştir zira 9. madde bağımsız vicdan, din ve inanç özgürlüğü hakkını içerir.

Örneğin: *Alujer Fernandez ve Caballero Garcia - İspanya* davasında, başvuruçular, Katoliklerin aksine, gelir vergilerinin bir bölümünü doğrudan doğruya kendi kiliselerine veremediklerinden şikâyet ediyorlardı.<sup>221</sup> AİHM olgulara göre davayı kabul edilemez buldu, zira başvuruçular hükümete böyle bir talep yapmamış olduklarından onların kilisesi Katolik Kilisesiyle benzer durumda değildi ve hükümet ile Vatikan arasında karşılıklı bir düzenleme mevcuttu.

Örnek: *Cha'are Shalom Ve Tsedek - Fransa* davasında, kendi üyelerinin restoranları ve kasap dükkânlarında<sup>222</sup> satılan etleri helal et olarak belgelendiren bir Yahudi organizasyonu, mevcut bir başka Yahudi organizasyonu tarafından kesilen hayvanların etlerinin helal etle ilgili kesin kurallara artık uygun olmadığını düşünerek, kendi usullerine göre kesim yapmak için devletten yetki talep etmişti. Bu organizasyonun Fransa Yahudi toplumunu yeterince temsil etmediği ve Yahudi usullerine göre kesim izinlerinin zaten verilmiş olduğu gerekçesiyle bu talep reddedildi. AİHM, bu durumda organizasyonun herhangi bir mağduriyete uğramadığını, zira başka kaynaklardan gerekli usullere göre kesilmiş et alabileceğini belirledi.

220 AİHS'nin 9. maddesinin kapsamıyla ilgili açıklama, Avrupa Konseyinin Hukukçular için İnsan Hakları Eğitimi web sitesinde bulunabilir: Murdoch, *Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü*, İnsan Hakları El Kitapları, No.2, 2007, [www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122](http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122) adresinde mevcut.

221 AİHM, *Alujer Fernandez ve Caballero Garcia - İspanya* (karar) (No. 53072/99), 14 Haziran 2001.

222 AİHM, *Cha'are Shalom Ve Tsedek - Fransa* [GC] (No. 27417/95), 27 Haziran 2000.

İstihdamda Eşitlik Yönergesi veya AİHS kapsamında korunabilen 'din' veya 'inanç' kavramı tam olarak nedir sorusu ABAD veya AİHM tarafından geniş bir biçimde incelenmemiş, fakat ulusal mahkemeler önünde etraflıca analiz edilmiştir.<sup>223</sup>

Örnek: *Islington Londra İlçe Belediyesi - Ladele (hürriyete müdahale)* davasında, İngiltere Temyiz Mahkemesinden, doğum, evlenme ve ölümlerin kayıtlarını tutmakla görevli olan davacı eşcinseller arasında nikâh işlemlerini yapmayı reddetmesi nedeniyle disipline verildiğinde ona karşı din veya inanç temelinde ayrımcılık yapılmış olup olmadığına mütalaa edilmesi istendi.<sup>224</sup> Davacının bunu yapmayı reddetmesi onun Hıristiyan inançlarına dayanıyordu. Temyiz Mahkemesi, bunun doğrudan dini ayrımcılık vakası olmadığına, çünkü daha az elverişli muamelenin onun dini inançlarına değil, bir istihdam şartına uymayı reddetmesine dayalı olduğuna karar verdi. Dolaylı ayrımcılık iddiası da kabul görmedi; Temyiz Mahkemesi, belediyenin hem toplumda, hem de kendi içinde eşitliği ve çeşitliliği arttırmaya yönelik genel taahhüdü kapsamında böyle bir uygulamanın da yer aldığını ve bu politikanın davacının bu türden inançlara sahip olma hakkına müdahale etmediğini belirtti. Temyiz Mahkemesi, aksi takdirde, farklı bir temelde, cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa yol açılacağını düşünüyordu; mahkeme, bireyin ayrımcılığa uğramama hakkıyla toplumun ayrımcılığa uğramama hakkı arasında bir denge kurulması gerektiğini kabul etti.

AİHS kapsamında maddi bir hak olan din ve inanç özgürlüğüne dair çeşitli davalarda, AİHM devletin bir din veya inancı neyin oluşturduğunu tanımlamaya teşebbüs edemeyeceğini, bu kavramların 'ateistler, agnostikler, skeptikler ve ilgisizleri' de koruduğunu, böylece 'dini inançlara sahip olmayı veya olmamayı ve bir dinin ibadetlerini uygulamayı veya uygulamamayı' seçenleri koruma altına aldığını açıkça belirtmiştir. Bu davalarda, din veya inancın esas itibarıyla kişisel ve öznel nitelikte olduğu, kurumlar etrafından düzenlenen bir itikat ile bağlantılı olması gerekmediği de kaydedilmiştir.<sup>225</sup>

223 Din ve inanç özgürlüğü hakkı (Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyinin bütün Üye Devletlerinin katılmış oldukları) 1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 18. maddesinde bağımsız bir hak olarak da korunur. Bkz. BM İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 22: Madde 18 (Düşünce, vicdan veya din özgürlüğü).

224 *Islington Londra İlçe Belediyesi - Ladele (hürriyete müdahale)* [2009] EWCA Civ 1357, İngiltere Temyiz Mahkemesi, 12 Şubat 2010.

225 AİHM, *Salvation Army Moskova Şubesi - Rusya* (No. 72881/01), 5 Ekim 2006, paragraf 57 – 58; AİHM, *Besarabya Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri - Moldova* (No. 45701/99), 13 Aralık 2001, paragraf 114; AİHM, *Hasan ve Çavuş - Bulgaristan* [GC] (No. 30985/96), 26 Ekim 2000, paragraf 60 ve 62.

Scientology gibi daha yeni dinlerin de korunabilir oldukları belirlenmiştir.<sup>226</sup>

AIHM, AIHS'nin 1 no'lu Protokolünün 2. maddesi kapsamındaki eğitim hakkı bağlamında 'inanç' kavramını açıklamıştır. Bu maddeye göre devlet, anne ve babaların, çocuklarının eğitiminin 'onların kendi dini ve felsefi inançlarına uygun olmasını' temin etme hakkına saygılı olmalıdır. AIHM aşağıdaki şekilde beyanda bulunmuştur:

*'Olağan anlamıyla "kanaatler" kelimesi, kendi başına alındığında, Sözleşmenin ifade özgürlüğünü garanti eden 10. maddesinde kullanılan "görüşler" ve "fikirler" kelimeleriyle eşanlamlı değildir; belirli bir inandırıcılık, ciddiyet, tutarlılık ve önem seviyesine ulaşan görüşleri anlatan... 9. maddede geçen "inançlar" terimine daha yakındır'.<sup>227</sup>*

AIHM, son dönemde, devletlerin laikliği koruma ve dinin toplum üzerindeki potansiyel olarak ayrıştırıcı etkisini asgariye indirmeyi istemeleri bağlamında din özgürlüğüne ait davalar ile karşılaşmıştır. Burada, devletin karışıklığı önleme ve başkalarının hakları ve özgürlüklerini koruma hedefine özel ağırlık vermiştir.

Örnek: *Köse ve Diğerleri - Türkiye* davası, okulda kızların başörtüsü takmalarını yasaklayan bir kıyafet yönetmeliği hakkındaydı. Bu yasağın din temelinde ayrımcılık oluşturduğu, çünkü başörtüsü takmanın İslam dinine ait bir uygulama olduğu iddia ediliyordu.<sup>228</sup> AIHM, kıyafetle ilgili kuralların belli bir dine mensubiyetle bağlantılı olmadığını, okullarda tarafsızlığı ve laikliği koruma amacına yönelik olduğunu, bunun da karışıklığı önleyeceği ve başkalarının kendi dini inançlarına müdahale edilmemesi hakkını koruyacağını kabul etti. Böylece iddia yanlış ve kabul edilemez bulundu. Öğretmenler için kıyafet yönetmeliğine dair bir davada benzer bir yaklaşım benimsendi.<sup>229</sup>

226 AIHM, *Moskova Scientology Kilisesi - Rusya* (No.18147/02), 5 Nisan 2007.

227 AIHM, *Campbell ve Cosans - İngiltere* (No.7511/76 ve 7743/76), 25 Şubat 1982, paragraf 36.

228 AIHM, *Köse ve Diğerleri - Türkiye* (karar) (No. 26625/02), 24 Ocak 2006.

229 AIHM, *Dahlab - İsviçre* (karar) (No. 42393/98), 15 Şubat 2001.

## 4.9. Dil

Hem (39 Üye Devletçe onaylanan) 1995 tarihli Avrupa Konseyi Milli Azınlıkları Koruma Çerçeve Sözleşmesi<sup>230</sup>, hem de (24 Üye Devletçe onaylanan) 1992 tarihli Avrupa Azınlık Dilleri Belgesinin<sup>231</sup> devletlere azınlık dillerinin kullanımıyla ilgili olarak belirli yükümlülükler getirdiği göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak, bunlardan hiçbiri 'dil' kavramını tanımlamaz. AİHS'nin 6(3) maddesi, ceza yargılanması bağlamında, herkesin kendi aleyhine yöneltilen suçlamaların anladığı bir dilde bildirilmesi hakkına sahip olduğu ve mahkemede kullanılan dili anlamıyor veya konuşmıyorsa bir tercüman bulundurulması hakkına sahip olduğu gibi bazı garantileri öngürür.

Dil temeli, kendi başına, ayrımcılık yasağı yönergeleri kapsamında ayrı bir korunan hukuki menfaat olarak yer almaz, AİHS'de ise korunan hukuki menfaat olarak yer alır. Bununla beraber, ırk veya etnik mensubiyet ile bağlantılı olması halinde Irk Eşitliği Yönergesi kapsamında korunabilir ve AİHM tarafından da aynı temel kapsamında mütalaa edilebilir. Kişilerin serbest dolaşımıyla ilgili hukuk bağlamında milliyet temeli yoluyla da ABAD tarafından korunmuştur.<sup>232</sup>

AİHM önünde dille ilgili başlıca dava eğitim bağlamında olmuştur.

Örnek: *Belgium Linguistic* davasında, bir grup veli, eğitim sağlanmasına dair ulusal mevzuatın dil temelinde ayrımcı olduğundan şikâyet etti.<sup>233</sup> Belçika'daki Fransızca konuşan ve Flamanca konuşan toplulukları dikkate alarak, ulusal mevzuat, belli bir bölgenin Fransız mı, yoksa Flaman mı kabul edildiğine bağlı olarak o bölgede devlet tarafından veya devletin mali desteğiyle Fransız veya Flaman dilinde eğitim verilmesini öngörüyordu. Flamanca konuşulan bölgede yaşayan Fransızca konuşan çocukların velileri, bu yüzden çocuklarının Fransızca eğitim almasının engellendiği veya çok zorlaştığından şikâyet ettiler. AİHM, bir muamele farkı olmakla beraber bunun haklı olduğuna karar verdi. Bu karar, bölgelerin esas

230 AKAS No. 157.

231 AKAS No. 148.

232 ABAD, *Groener - Eğitim Bakanı ve Dublin Mesleki Eğitim Komitesi*, Dava C – 379/87 [1989] ECR 3967, 28 Kasım 1989.

233 AİHM, *'Belçika'da eğitimde dillerin kullanımı hakkında kanunların bazı yönleriyle ilgili dava'* (No. 1474/62 ve diğerleri), 23 Temmuz 1968.

itibariyle tek dilli olmalarına dayanıyordu. Muamele farkının haklı olduğu kabul edildi çünkü her iki dilde eğitim sunulması mali bakımdan imkân dâhilinde olmazdı. Ayrıca, ailelerin Flamanca konuşulan bölgelerde Fransız dilinde özel eğitime başvurmaları yasak değildi.

Dil temelinde korumanın pratikte nasıl işlediği bakımından daha fazla açıklama için, (bütün AB Üye Devletlerinin katılmış oldukları) Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesini yorumlamak ve ona uyulmasını izlemekten sorumlu olan BM İnsan Hakları Komitesi (İHK) tarafından kararlaştırılan iki davaya bakılabilir.

Örnek: *Diergaardt - Namibya* davasında, başvuruçular geçmişte siyasi özerkliğe sahip olan ve şimdi Namibya Devleti içinde bulunan Avrupa asıllı bir azınlığa mensuptular.<sup>234</sup> Bu azınlık tarafından Afrikaans dili kullanılıyordu. Başvuruçular mahkemede kendi anadilleri yerine İngilizceyi kullanmak zorunda olmalarından şikâyet ettiler. Ayrıca, devletin başvuruçuların yazılı veya sözlü bildirimlerine Afrikaans dilinde cevap vermeyi reddetmesinden de şikâyet ettiler, halbuki devlet bunu yapma imkanına sahipti. İHK, adil yargılama hakkının ihlal edilmemiş olduğunu belirledi, zira başvuruçular mahkemede İngilizce kullanılmasından olumsuz etkilendiklerini gösterememişlerdi. Yargılama esnasında bir tercümanın hizmetinden yararlanma hakkı, mahkemede kullanılan dilin bundan mağdur olduğu iddia edilen bireyin anadili olmadığı, fakat bireyin o dili anlayabildiği durumları kapsamaz. Bu hakkın geçerli olması için, mağdurun o dili yeterince anlayamaması veya o dilde kendini yeterince ifade edememesi gerekir. İHK, buna ek olarak, devletin resmi dil (İngilizce) dışında bir dilde iletişimi reddetme politikasının, dil temelinde kanun önünde eşitlik hakkının bir ihlalini teşkil ettiğine karar verdi. Devlet kendi resmi dilini seçebilir, fakat memurların eğer yapabiliyorlar ise başka dillerde cevap vermelerine müsaade etmelidir.

## 4.10. Sosyal köken, doğum ve mülkiyet

Bu üç temeli birbiriyle bağlantılı olarak görmek mümkündür zira bunlar tevarüs edilen bir sosyal, ekonomik veya biyolojik özellikten dolayı bir bireye

234 İHK, *Diergaardt ve Diğerleri - Namibya*, Bildirim No. 760/1997, 6 Eylül 2000.

izafe edilen bir statüyle alakalıdır.<sup>235</sup> Böylece, ırk ve etnik mensubiyetle de bağlantılı olabilirler. 'Doğum' temeli bir yana, bu temellerle ilgili çok az sayıda dava AİHM önüne gelmiştir.

Örnek: *Mazurek - Fransa* davasında, evlilik dışı doğmuş olan bir birey, ulusal hukuka göre, annesinin mirasından en çok dörtte bir pay alabilmesinden şikâyet etti.<sup>236</sup> AİHM, sadece evlilik dışı doğmuş olmaya dayanan bu muamele farkının ancak 'son derece ağırlıklı sebepler' ile haklı kılınabileceğini belirledi. Geleneksel aileyi korumak meşru bir gaye olmakla beraber, doğumunun şartlarını belirleme gücüne sahip olmayan çocuğu mağdur ederek bu gayeye ulaşamazdı.

Örnek: *Chassagnou ve Diğerleri - Fransa* davasında, başvuruçular arazilerini kendi isteklerine göre kullanmalarına izin verilmediğinden şikâyet ettiler.<sup>237</sup> Belirli bölgelerdeki kanunlar, küçük arazi sahiplerini, arazileri üzerinde kamuya açık avlanma hakları verilmesiyle yükümlü tutuyordu, oysa büyük arazi sahipleri böyle bir yükümlülük altında değildi ve arazilerini istedikleri gibi kullanabiliyordu. Başvuruçular, kendi arazilerini yaban hayatının korunması amacıyla kullanmak istiyorlardı. AİHM, küçük arazi sahipleri üzerindeki bu yükümlülüğün mülkiyet temelinde ayrımcılık teşkil ettiğine karar verdi.

Sosyal köken, doğum ve mülkiyet temelleri 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 2(2) maddesinde de yer almaktadır. Sözleşmenin izlenmesi ve yorumlanmasından sorumlu olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, bunların anlamı üzerine, 20 sayılı Genel Yorumunda açıklama yapmıştır.

Komiteye göre, 'sosyal köken', 'doğum' ve 'mülkiyet' durumları birbirleriyle bağlantılıdır. Sosyal köken 'bir kimsenin tevarüs edilen sosyal durumuna atfı yapar'. Kişinin (etnik mensubiyete, dine veya ideolojiye dayalı olanlar gibi) belli bir sosyal sınıf veya topluluk içinde doğmuş olması nedeniyle edindiği konum ile veya yoksulluk ve evsizlik gibi sosyal durumuyla ilgili olabilir. Ayrıca, doğum temeli, kişinin evlilik dışında doğma veya evlat edinilme gibi bir durumuna da atfı

235 Sosyal köken, doğum ve mülkiyet temelleri (bütün AB Üye Devletlerinin taraf oldukları) 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 2(2) maddesinde de yer almaktadır. Bkz. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Genel Yorum No. 20, 'Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklarda Ayrımcılık Yasağı', UN Doc. E/C. 12/GC/20, 10 Haziran 2009, paragraf 24 - 26, 35.

236 AİHM, *Mazurek - Fransa* (No. 34406/97), 1 Şubat 2000.

237 AİHM, *Chassagnou ve Diğerleri - Fransa* (No. 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29 Nisan 1999).

yapabilir. Mülkiyet temeliyse bir kimsenin (kiracı, malik veya kanuna aykırı işgalci gibi) arazi bakımından veya başka mülk bakımından statüsüyle ilgili olabilir.<sup>238</sup>

## 4.11. Siyasi veya diğer görüşler

AİHS’de ‘siyasi veya diğer görüşler’ korunan hukuki menfaat olarak açıkça belirtilir, oysa bu konu AB ayrımcılık yasağı yönergeleriyle korunan hukuki menfaatler arasında yer almaz. Muhtemelen, belli bir kanaatin bir birey tarafından benimsendiği fakat bir ‘din veya inanç’ olmanın şartlarını karşılamadığı durumda, söz konusu kanaat yine de bu temelde korunmaya uygun olabilir. AİHM bu temelde nadiren hüküm vermiştir. AİHS’nin başka alanlarında olduğu gibi, ‘siyasi veya diğer görüşler’ 10. madde kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkı yoluyla kendi başına bir hak olarak korunur. Bu husustaki içtihatlardan, bu temelin neleri kapsayabildiği konusunda bir anlayış edinmek mümkündür. Pratikte, öyle görünüyor ki mağdur olduğuna iddia eden bir kişi bu temelde farklı muamele gördüğüne inanıyorsa, AİHM’nin iddiayı 10. madde kapsamında incelemesi daha muhtemeldir.

AİHM, genel bir seviyede, *Handyside - İngiltere* davasında, ifade özgürlüğü hakkının sadece olumlu karşılanan veya incitici bulunmayan veya aldırış edilmeyen “bilgiler” veya “fikirleri” değil, devleti veya nüfusun herhangi bir kesimini inciten, sarsan veya rahatsız edenleri de koruyacağını belirledi.<sup>239</sup> Bu alanda kapsamlı içtihatlar olmakla beraber, iki dava yoluyla, siyasi görüşün diğer görüş tiplerine kıyasla daha çok korunma ihtimali olduğunu göstermekle yetinilecektir.

Örnek: *Steel ve Morris - İngiltere* davasında, başvuruçular McDonalds şirketiyle ilgili gerçek dışı iddialar içeren broşürler dağıtmış kampanyacıları.<sup>240</sup> Ulusal mahkemelerde, iftiracılık suçlamasıyla dava edilmiş ve tazminat ödemeye mahkûm edilmişlerdi. AİHM, iftira davasının ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiğini, ama bunun meşru bir gayesi olduğunu, bireylerin itibarını koruma gayesine hizmet ettiğini belirledi. Ancak, kamu yararını ilgilendiren konularda özgür ifadenin güçlü bir korumayı hak ettiğine ve McDonalds’ın çok büyük bir şirket olması ve

238 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Genel Yorum 20, ‘Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklarda Ayrımcılık Yasağı’, UN Doc, E/C. 12/GC/20, 10 Haziran 2009, paragraf 24 - 26, 35.

239 AİHM, *Handyside - İngiltere* (No. 5493/72), 7 Aralık 1976.

240 AİHM, *Steel ve Morris - İngiltere* (No. 68416/01), 15 Şubat 2005.

dağıtılan birkaç bin broşür yüzünden zarara uğramış olduğunu ispat etmemesi ve hükmedilen tazminatın başvurucuların gelirine kıyasla yüksek olması dikkate alındığında, onların ifade özgürlüğüne müdahalenin orantısız olduğuna karar verdi.

Örnek: *Castells - İspanya* davası, Bask ülkesinde terörizm eylemlerine karşı hükümetin bir şey yapmamasını eleştirdikten sonra hükümete 'hakaret etme' suçlamasıyla dava edilen bir parlamento üyesi hakkındaydı.<sup>241</sup> AİHM, siyasi bağlamda ifade özgürlüğünün önemini, özellikle de demokratik bir toplumun düzgün işleyişindeki önemini vurguladı. Buna herhangi bir müdahalenin 'çok sıkı biçimde incelenmesi' gerekeceğini belirledi.

## 4.12. 'Diğer statüler'

Yukarıdaki hususlardan görülebileceği üzere, AİHM 'diğer statü' kategorisi altında birkaç temel oluşturmuştur. Bunlardan cinsel yönelim, yaş ve engellilik gibi birçoğu AB hukuku kapsamında geliştirilmiş olanlar ile örtüşmektedir.

AİHM, engellilik, yaş ve cinsel yönelime ek olarak, şu özelliklerin de 'diğer statü' altında korunan hukuki menfaatler olduklarını kabul etmiştir: babalık,<sup>242</sup> medeni durum;<sup>243</sup> bir kuruluşa üyelik;<sup>244</sup> askeri rütbe;<sup>245</sup> evlilik dışı doğmuş bir çocuğun annesi veya babası olmak;<sup>246</sup> ikamet yeri.<sup>247</sup>

Örnek: *Petrov - Bulgaristan* davası, bir hapisanede mahkûmların eşleriyle ayda iki defa telefonda konuşmalarına izin verilmesi uygulaması hakkındaydı. Başvurucu, partneriyle dört yıl yaşamış ve hapse girmesinden önce ondan bir çocuğu olmuştu. AİHM, evliliğin özel bir statüde olmasına rağmen, devamlı bir partner ile aile kurmuş olan başvurusunun, telefonla

241 AİHM, *Castells - İspanya* (No. 11798/85), 23 Nisan 1992.

242 AİHM, *Weller - Macaristan* (No. 44399/05), 31 Mart 2009.

243 AİHM, *Petrov - Bulgaristan* (No. 15197/02), 22 Mayıs 2008.

244 AİHM, *Danilenkov ve Diğerleri - Rusya* (No. 67336/01), 30 Temmuz 2009 (sendika); AİHM, *Grande Oriente d' Italia di Palazzo Giustiniani - İtalya* (no. 2) (No. 26740/02), 31 Mayıs 2007.

245 AİHM, *Engel ve Diğerleri - Hollanda* (No. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 ve 5370/72), 8 Haziran 1976.

246 AİHM, *Sommerfeld - Almanya* [GC] (No. 31871/96), 8 Temmuz 2003; AİHM, *Şahin - Almanya* [GC] (No. 30943/96), 8 Temmuz 2003.

247 AİHM, *Carson ve Diğerleri - İngiltere* [GC] (No. 42184/05), 16 Mart 2010.



haberleşme konusunda kurallar bakımından, evli çiftlere benzer bir durumda olduğunu belirledi. AİHM şunları beyan etti: 'Akit Devletlere, örnek olarak, vergileme, sosyal güvenlik veya sosyal politika alanlarında evli çiftler ve evli olmayan çiftlere farklı muamele edilmesinde belli bir takdir payı tanınabilir olsa da... evli çiftler ve müesses bir aile hayatına sahip evli olmayan çiftlere, eşlerden biri hapisteyken telefon yoluyla irtibatı sürdürme imkânı bakımından niçin farklı muamele edildiği belli değildir.' AİHM bu durumda yapılan ayrımcılığı haksız bulmuştur.

## Temel Noktalar

- AB ayrımcılık yasağı yönergelerinde korunan hukuki menfaatler açıkça cinsiyet, ırk veya etnik köken, yaş, engellilik, din veya inanç ve cinsel yönelim ile sınırlanmıştır. AİHS kapsamında ise korunan hukuki menfaatler açık uçludur ve olay bazında geliştirilebilir.
- AB hukukunda cinsiyet sınırlı bir ölçüye kadar toplumsal cinsiyet kimliğini de içerebilir, böylece cinsiyet değiştirme ameliyatı yaptırmaya niyetli veya yaptırmış olan bireylere koruma sağlanır. Toplumsal cinsiyet AİHM tarafından da incelenmiştir.
- Renk, soy, milliyet, dil veya din gibi unsurlar AİHS kapsamında korunan ırk veya etnik mensubiyet hukuki menfaatine girebilir; ancak, AB hukukuna göre bu korunan hukuki menfaatin kesin kapsamının ne olduğu ABAD içtihadı yoluyla henüz açıklığa kavuşmamıştır.
- Milliyete dayalı ayrımcılık AİHS kapsamında korunan hukuki menfaat olarak yer alır. AB hukukunda milliyet ayrımcılığı sadece kişilerin serbest dolaşımıyla ilgili mevzuat bağlamında yasaktır.
- 'Din' terimi nispeten geniş yorumlanmalı, organize veya yerleşik, geleneksel dinlerle sınırlanmamalıdır.
- Ayrımcılığın gerçekleşmiş olabileceği durumlarda bile, AİHM şikayetleri genellikle sadece AİHS'nin esas hükümleri temelinde inceler. Bu, farklı muameleyi kanıtlama veya bir kıyaslayıcı bulma ihtiyacını azaltabilir.

## Okuma Listesi

Boza Martínez, 'Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad', *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2005) 7.

Breen, *Age Discrimination and Children's Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference*, (Leiden, Martinus Nijhoff, 2006).

Bribosia, 'Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse', 20 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2009) 78, 319-373.

Cano Palomares, 'La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos', Human Rights Institute of Catalonia, Barcelona, 2007, 35-57.

Demaret, 'L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité : l'arrêt E.B. contre France', 128 *Journal des tribunaux* (2009) 6343, 145-149.

Evans, *Manual on the wearing of religious symbols in public areas*, (Strasbourg, Council of Europe, 2009).

Flauss, 'L'interdiction des minarets devant la Cour européenne des droits de l'homme : petit exercice de simulation contentieuse', 186 *Recueil Dalloz* (2010) 8, 452-455.

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (London, Interights, 2005), Chapter 5.

Johnson, 'An essentially private manifestation of human personality: constructions of homosexuality in the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review*, 2010, 67-97.

Kastanas, 'La protection des personnes appartenant à des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme', in Auer, Flückiger, Hottelier (ed.), *Les droits de l'homme et la Constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, (Geneva/Zurich/Basel, Schulthess, 2007), 197-218.

Landau and Beigbeder, 'From ILO Standards to EU Law: The Case of Equality Between Men and Women at Work', *European Journal of International Law*, 2008, 264-267.

Laskowski, 'Der Streit um das Kopftuch geht weiter, Warum das Diskriminierungsverbot nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird', *Kritische Justiz*, 2003, 420-444.

Lawson, 'The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: new era or false dawn?', 34 *Syracuse Journal of international Law and Commerce* (2007) 563.

MacKay, 'The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities', 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007) 323.

Pettiti, 'L'égalité entre époux', in Krenc, Puéchavy (eds.), *Le droit de la famille à l'éreuve de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque organisé le 4 mai 2007*, Institut des droits de l'homme du Barreau de Bruxelles et l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2008), 29-46.

Presno Linera, 'La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales', *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2008) 1.

Rudyk, 'A Rising Tide: the transformation of sex discrimination into gender discrimination and its impact on law enforcement', *International Journal of Human Rights*, 2010, 189-214.

Shuibne, 'Article 13 EC and Non-Discrimination on Grounds of Nationality: Missing or in Action?', in Costello and Barry (eds.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives*, (Irish Centre for European Law, 2003).

Thürer and Dold, 'Rassismus und Rule of Law/ Erstmalige Verurteilung wegen Rassendiskriminierung durch den EGMR? Gleichzeitige Besprechung des Urteils vom 26. Februar 2004 – Nachova u. a. gegen Bulgarien', *Europäische Grundrechte- Zeitschrift*, 2005, 1-12.

Tulkens, 'Droits de l'homme, droits des femmes : les requérantes devant la Cour européenne des Droits de l'Homme', in Caflich (*et al*) *Liber amicorum Luzius Wildhaber: human rights, Strasbourg views = Droits de l'homme, regards de Strasbourg*, (Kehl/Strasbourg, Arlington, Va.: N.P. Engel, 2007), 423-445.



## 5

Ayrımcılık Yasağı Hukukunda  
Kanıta Dayalı Konular

## 5.1. Giriş

Ayrımcılık kendini genellikle açık ve kolayca tespit edilebilen bir şekilde göstermez. Tanım gereği, farklı muamele 'açıkça' mağdurun bir özelliğine dayalı olsa da, doğrudan ayrımcılığı ispat etmek çoğu zaman zordur. Bölüm 2'de tartışıldığı gibi, farklı muamelenin temeli genellikle ya ifade edilmez ya da (koruma temeli olarak yaş ile bağlantılı olan sosyal yardımların bireyin emekli olması şartına bağlanması gibi) yüzeysel olarak başka bir faktörle ilgilidir. Bu anlamda, bireylerin korunan hukuki menfaatlerden biri olarak farklı muamele gerekçelerini açıkça beyan ettikleri durumlara nispeten nadir rastlanır. *Feryn* davası bu duruma istisna gösterilebilir; Belçika'da bir şirketin sahibi, ilanlar yoluyla ve sözlü olarak, 'göçmenlere' iş vermeyeceğini açıklamıştı.<sup>248</sup> ABAD bunun ırk veya etnik mensubiyet temelinde açık bir doğrudan ayrımcılık vakası olduğuna karar verdi. Ancak, ayrımcılığın faileri bir kimseye başkalarından daha zararına muamele ettiklerini her zaman beyan etmeyeceği gibi bunu yapma gerekçelerini de belirtmeyeceklerdir. Bir kadın belli bir işe kabul edilmeyebilir ve kendisine bu işe alınan erkek adaydan 'daha az nitelikli' olduğu söylenebilir. Bu durumda, mağdurun cinsiyeti yüzünden kendisine doğrudan ayrımcılık yapılmış olduğunu ispat etmesi zor olabilir.

Farklı muamelenin korunan bir hukuki menfaate dayalı olduğunu ispat etmeyi kolaylaştırmak için, Avrupa ayrımcılık yasağı hukukunda ispat yükünün paylaşılmasına izin verilir. Dolayısıyla, iddia sahibinin gösterdiği olgulardan

248 ABAD, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding - Firma Feryn NV*, Dava C-54/07 [2008] ECR I-5187, 10 Temmuz 2008.

hareketle, ayrımcılık meydana gelmiş olabildiği varsayılabilir ise, aksini ispat etme yükü faile düşer. Belirli kurallar veya uygulamaların belirli bir grup üzerinde orantısız bir etki yaptıklarını ispat etmenin gerekli olduğu dolaylı ayrımcılık iddialarında ispat yükünün bu şekilde kaydırılması özellikle faydalıdır. Bir dolaylı ayrımcılık karinesi oluşturmak için, davacının, farklı muamelenin genel şeklini kanıtlayan istatistikî verilere dayanması gerekebilir. Bazı millî hukuk sistemleri 'durum testi' yoluyla üretilen kanıtları da kabul ederler.

## 5.2. İspat yükünü paylaşmak

Normal olarak, karar organını ayrımcılığın meydana gelmiş olduğuna inandırmak iddia sahibine düşer. Ancak, görülen farklı muamelenin belirli bir korunan özellik temelinde olduğunu göstermek son derece zor olabilir. Çünkü farklı muamelenin altında yatan saik genellikle yalnızca failin düşüncesinde

Paylaşılan ispat külfeti: davacı, ayrımcı muamelenin gerçekleşmiş olabildiğini düşündürecek yeterli kanıt sunmalıdır. Böylece, bir ayrımcılık karinesi doğacak ve iddia edilen fail de bunun aksini ispat etmek durumunda olacaktır.

var olur. Böylece, ayrımcılık iddiaları, çoğu durumda, söz konusu olan kural veya uygulama ile bağlantılı nesnel çıkarsamalara dayanır. Başka bir ifadeyle, muamele ayrıcalığının yegâne mantıklı açıklamasının mağdurun korunan özelliği (cinsiyet veya ırk gibi) olduğuna mahkemenin ikna edilmesi gerekir. Aynı prensip doğrudan doğrudan veya dolaylı ayrımcılık vakalarında eşit ölçüde geçerlidir.

Bir iddiayı ispatlamak için gerekli bilgiler fail olduğu iddia edilen kişinin elinde bulunduğundan, ayrımcılık yasağı hukukunda ispat yükünün fail olduğu iddia edilen kişi ile paylaşılmasına izin verilir. İspat yükünü paylaşma ilkesi AİHS'de ve AB hukukunda iyice yerleşmiştir.<sup>249</sup>

Bu husus AİHM içtihatlarıyla açıklanmıştır. AİHM içtihatları, diğer bölgesel ve küresel insan hakları koruma mekanizmalarıyla birlikte, insan hakları ihlal iddialarının kanıtlanması bakımından daha genel olarak ispat yükünün paylaşılmasını kabul etmiştir. Bir iddiayı ispat etmek için gerekli bilgilerin çoğu üzerinde genellikle Devletin yetki sahibi olması gerçeğini dikkate alarak, AİHM'nin uygulaması bir bütün olarak mevcut kanıtlara bakmaktır. Dolayısıyla,

249 Aşağıda belirtilen davalara ek olarak, bkz. Irk Eşitliği Yönergesi (Madde 8), İstihdamda Eşitlik Yönergesi (Madde 10), Cinsiyet Eşitliği Yönergesi (Madde 19), Cinsiyet Mal ve Hizmetler Yönergesi (Madde 9). Ayrıca bkz. Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin içtihatları: *SUD Travail Affaires Sociales - Fransa* (Şikayet No. 24/2004), 8 Kasım 2005, ve *Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) - Bulgaristan* (Şikayet No. 41/2007), 3 Haziran 2008.

davacı tarafından sunulan olgular mevcut kanıtlarla tutarlı ve inandırıcı görünüyorsa, Devlet ikna edici bir alternatif açıklama sunmadıkça, AİHM bunları ispatlanmış kabul edecektir. AİHM'nin ifadeleriyse, Mahkeme:

*'olgulardan ve tarafların sunumlarından çıkarılabilen sonuçlar dâhil bütün kanıtların özgürce değerlendirilmesiyle desteklenen iddiaları doğru olarak kabul eder... Yeterince kuvvetli, açık ve uyumlu çıkarsamaların veya aksi ispat edilmemiş maddi olgu karinelerinin bir arada bulunmasından da kanıt doğabilir. Ayrıca, belirli bir sonuca varmak için gerekli inandırma seviyesi ve bu meyanda, ispat yükünün dağılımı olguların belirginliğine, yapılan iddianın mahiyetine ve bahis konusu olan [AİHS] hak ile çok yakından bağlıdır.'*<sup>250</sup>

Örnek: *Timişev - Rusya* davasında, davacı Çeçen etnik kökeninden dolayı belirli bir bölgedeki bir kontrol noktasından geçmesine izin verilmemiş olduğunu iddia ediyordu.<sup>251</sup> AİHM bu iddianın resmi belgeler ile doğrulandığını tespit etti. Söz konusu belgeler, etnik Çeçenlerin hareketini kısıtlamaya yönelik bir politikanın varlığına işaret ediyordu. Devletin açıklaması, mağdurun bekleme sırasında ona öncelik verilmemesi üzerine kendi isteğiyle ayrılmış olduğu şeklindeki resmi savunmada bulunan tutarsızlıklar nedeniyle ikna edici görülmedi. Böylece, AİHM davacıya karşı onun etnik mensubiyeti temelinde ayrımcılık yapılmış olduğunu kabul etti.

Örnek: *Brunnhöfer* davasında, davacı onunla aynı maaş kademesinde olan bir erkek meslektaşına kıyasla daha az maaş alması nedeniyle cinsiyet ayrımcılığı iddiasında bulundu.<sup>252</sup> ABAD, davacının, ilk olarak, erkek meslektaşından daha az maaş aldığını ve ikinci olarak, aynı değerde iş yaptığını ispat etmesi gerektiğini bildirdi. Bunlar ispat edilirse, farklı muamelenin ancak onun cinsiyetine atıfla izah edilebileceği yönünde bir karine oluşabilirdi. Daha sonra bunun aksini ispat etmek işverene düşerdi.

250 AİHM, *Nachova ve Diğerleri - Bulgaristan* [GC] (No. 43577/98 ve 43579/98), 6 Temmuz 2005, paragraf 147. Aynı nokta şu davalarda tekrarlanır: AİHM, *Timişev - Rusya* (No. 55762/00 ve 55974/00), 13 Aralık 2005, paragraf 39, ve AİHM, *D.H. ve Diğerleri - Çek Cumhuriyeti* [GC] (No. 57325/00), 13 Kasım 2007, paragraf 178.

251 AİHM, *Timişev - Rusya* (No. 55762/00 ve 55974/00), 13 Aralık 2005, paragraf 40 - 44.

252 ABAD, *Susanna Brunnhofer - Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, Dava C-381/99 [2001] ECR I-4961, 26 Haziran 2001, paragraf 51-62.

İki noktayı akılda tutmak önemlidir. İlk olarak, ulusal makamlarca ne türden kanıtların kabul edilebilir olduğunu ulusal hukuk tayin edecektir ve bunlar AİHM ve ABAD kurallarıyla öngörülen kanıtlara göre daha katı olabilir. İkinci olarak, bir 'nefret suçu' olarak da bilinen, ırkla bağlantılı bir önyargının etkisiyle işlenmiş bir suçtan dolayı açılan ceza davalarında ispat yükünün tersine dönmesi kuralı normal olarak geçerli olmayacaktır. Bunun bir sebebi, cezai sorumluluğu belirlemek için daha yüksek bir ispat standardının gerekli olması; bir diğer sebebi de, failden ırkçı bir saik taşımadığını ispat etmesini istemenin zor olmasıdır, çünkü bu tamamiyle sübjektif bir konudur.<sup>253</sup>

Fail olduğu iddia edilen kişi karineyi iki yoldan çürütebilir. Davacının, Bölüm 2.2.2'de belirtildiği gibi, 'kıyaslayıcısı' ile benzer veya kıyaslanabilen bir durumda olmadığını veya farklı muamelenin, korunan hukuki menfaate değil, Bölüm 2.6'da belirtildiği gibi, başka objektif farklılıklara dayalı olduğunu ispat edebilir. Fail, karineyi çürütemez ise, farklı muamelenin objektif olarak haklı ve orantılı bir tedbir olduğunu göstermek suretiyle farklı muamele savunması yapmak zorunda olacaktır.

Örnek: Yukarıda verilen *Brunnhofer* davasında, ABAD işverenin ayrımcılık karinesini nasıl çürütebileceği hakkında yol göstermiştir. İlk olarak, kadın ve erkek çalışanların aslında benzer bir durumda olmadıklarını, çünkü eşit değerde olmayan işler yaptıklarını kanıtlayabilir. Çalışanların işleri esas itibarıyla farklı mahiyette görevler içeriyorsa böyle bir durumdan bahsedilebilir. İkinci olarak, cinsiyetle bağlantısız objektif faktörlerin maaş farkının sebebi olduğunu kanıtlayabilir. Örneğin, erkek çalışanın uzun mesafeli seyahat etmek ve çalışma haftası boyunca bir otelde kalmak zorunda olması nedeniyle ödenmesi gereken yolluklar maaşına ekleniyor olabilir.

Örnek: Yukarıda verilen *Feryn* davasında ABAD, failin yaptığı ilanlar ve beyanların doğrudan ayrımcılık karinesine yol açtığını belirledi. Ancak, aynı zamanda, iddia edilen failin, örneğin Beyaz olmayan kişilerin de aslında rutin olarak işe alındıklarını göstererek, işe alma uygulamalarında Beyaz olmayanlara farklı muamele yapılmadığını ispat edebilirse, bu karineyi çürütebileceğini de belirtti.

253 İrkçi şiddet bağlamında ispat yükünün değişmesine AİHM'nin yaklaşımı için bkz. AİHM, *Nachova ve Diğerleri - Bulgaristan* [GC] (No. 43577/98 ve 43579/98), 6 Temmuz 2005, paragraf 144-159. AB ayrımcılık mevzuatına göre, ceza hukuku bağlamında ispat yükünün değişmesi kuralını uygulamak gerekli değildir.



### 5.2.1. İspat edilmesi gerekli olmayan faktörler

Önyargının varlığı veya bir ayrımcılık niyeti gibi ayrımcılık örneklerine çoğu zaman eşlik eden bazı hususlar aslında ayrımcılığa ilişkin hukuki testin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemede önemli değildir. Bir ayrımcılık vakasında ispat edilmesi gereken nokta, yasaklanmış bir temelde, haksız farklı muamelenin varlığından ibarettir. Yani, bir iddiayı ispat etmek için, ayrımcılık durumları etrafındaki çeşitli yan olguların kanıtlanması gerekmez.

İlk olarak, failin önyargıyla hareket etmiş olduğunu ispatlamaya gerek yoktur – böylece, ırk veya cinsiyet ayrımcılığını ispat etmek için failin 'ırkçı' veya 'cinsiyetçi' görüşlere sahip olduğunu ispatlamaya gerek yoktur. Genel olarak, hukuk bireylerin tutumlarını düzenleyemez çünkü bunlar tamamıyla içseldir. Bunun yerine, tutumların ifadesi olan eylemleri düzenleyebilir sadece.

Örnek: *Feryn* davasında, şirketin sahibi, işi beyaz Belçikalıların yapmasını (kendisi değil) müşterileri istediği için bu kuralı uyguladığını söyledi. ABAD, ayrımcılığın meydana gelmiş olup olmadığına karar vermek bakımından bu noktayı konuyla ilgili bulmadı Normal olarak, ayrımcı bir saikin ispat etmeniz gerekli olmayacaktır. Ancak, bir 'nefret suçu' işlenmiş olduğunu ispat etmeye çalışıyorsanız, o zaman böyle bir saikin varlığını ispatlamanız gereklidir. Zira ceza hukukunda daha yüksek kanıt eşikleri vardır.

İkinci olarak, söz konusu kural veya uygulamanın ayrımcı muamele niyetine yönelik olduğunu göstermek gerekli değildir. Yani, bir kamu makamı veya özel birey iyi niyetli bir uygulamaya işaret edebilse dahi, bu uygulamanın etkisi belli bir grubun mağdur edilmesi ise, uygulama ayrımcılık teşkil edecektir.

Örnek: Yukarıda belirtilen *D.H. ve Diğerleri - Çek Cumhuriyeti* davasında, hükümet 'özel' okullar sisteminin dil zorluklarını aşarak ve okul öncesi eğitim eksikliğini gidererek Roman çocukların eğitimine yardımcı olmak için kurulmuş olduğunu iddia etti.<sup>254</sup> Ancak, AİHM söz konusu politikanın Roman çocuklara yönelik olup olmadığına önemsiz olduğuna karar verdi.

254 AİHM, *D.H. ve Diğerleri - Çek Cumhuriyeti* [GC] (No. 57325/00), 13 Kasım 2007, paragraf 79.

Ayrımcılığı ispat etmek için, herhangi bir ayrımcılık niyeti olduğunu değil, çoğunluk nüfusuna kıyasla Roman çocukların orantısız ve olumsuz etkilendiklerini göstermek gerekiyordu.<sup>255</sup>

Üçüncü olarak, bir ırk ayrımcılığı davasında, ABAD fiilen tespit edilebilir bir mağdur olduğunu ispat etmeye gerek olmadığını belirledi ve muhtemelen, benzer durumlarda başka ayrımcılık vakalarında da aynı uygulama geçerli olacaktır. AB hukukunda tespiti mümkün bir mağdur gerekli olmayabilir, fakat AİHM'e erişimde durum böyle değildir; orada böyle bir iddia AİHS'nin 34. maddesi kapsamında kabul edilebilirlik ölçülerini karşılamayacaktır.

Örnek: *Feryn* davasında, bir kimsenin bir işe başvurmuş ve reddedilmiş olduğunu göstermek mümkün değildi ve ilan temelinde işe başvurmamaya karar vermiş olduğunu söyleyen bir kimseyi bulmak da mümkün değildi. Başka bir ifadeyle, 'tespit edilebilen' herhangi bir mağdur yoktu ve dava Belçika eşitlik kurumu tarafından açılmıştı. ABAD, ayrımcılığa uğramış kimseyi tespit etmenin gerekli olmadığını söyledi. Çünkü ilanın metninden açıkça belliydi ki 'Beyaz olmayan kişiler' işe alınmayacaklarını önceden bildikleri için başvuru yoluna gitmeyeceklerdi. Buna göre, fiili bir mağdur göstermeye ihtiyaç olmaksızın, mevzuat veya politikaların ayrımcı olduklarını ispat etmek mümkün olacaktır.

Örnek: Aşağıda tartışılan 'durum testi' vakalarında, bireyler onlara zararına muamele edileceği bilgi veya beklentisine çoğu zaman sahiptirler. Onların esas amacı, söz konusu hizmete fiilen erişmek değil, kanıt toplamaktır. Yani, bu bireyler klasik anlamıyla 'mağdur' değildirler. Uğranan zarar için tazminat elde etmeye çalışmakla değil, kanunun uygulanmasını temin etmekle ilgilenirler. İsveç'te açılan bir davada, bir grup hukuk öğrencisi gece kulüpleri ve restoranlarda durum testi yapmıştı. Yüksek Mahkeme, durum testine katılanların ayrımcı muamele davası açabileceklerine karar verdi. Aynı zamanda, onlar lehine hükmedilen tazminat, fiilen istedikleri bir şeyden (yani, belirli mekânlara girişten) mahrum edilmiş olmadıkları gerçeğini yansıtmak için azaltılabiliirdi.<sup>256</sup>

255 Aynı yerde, paragraf 175 ve 184.

256 İsveç, Yüksek Mahkeme, *Escape Bar ve Restoran – Etnik Ayrımcılığa Karşı Ombudsman*, T-2224-07, 1 Ekim 2008. İngilizce özet, FRA InfoPortal, Dava 365-1; Ayrımcılık Yasağı Konusunda Avrupa Hukuki Uzmanlar Şebekesi, 8 (Temmuz 2009) 'Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku Dergisi', s.68.

### 5.3. İstatistikler ve başka verilerin rolü

İstatistikî veriler, davacıya, bir ayrımcılık karinesi oluşturmakta yardım edilmesi bakımından önemli bir rol oynayabilir. Dolaylı ayrımcılığın ispat edilmesinde özellikle faydalı olurlar, çünkü bu durumlarda söz konusu kurallar veya uygulamalar görünüşte tarafsızdır. Durum böyle olduğunda, kural veya uygulamaların benzer konumda olan başkalarına kıyasla belirli gruplar için orantısız ölçüde elverişsiz olduklarını göstermek üzere bunların etkilerine odaklanmak gerekir. İstatistikî veriler sunulması ispat yükünün ters çevrilmesiyle birlikte çalışır: veriler, örnek olarak, kadınların veya engelli kişilerin özellikle mağdur edildiklerini gösteriyorsa, rakamların ikna edici alternatif bir açıklamasını yapmak Devlete düşecektir. AlHM bu konuyu *Hoogendijk – Hollanda* davasında<sup>257</sup> açıklamıştır:

*‘Bir başvuru, tartışmasız resmi istatistikler temelinde, belli bir kuralın - tarafsız bir biçimde ifade edilmiş olduğu halde - aslında, erkeklere kıyasla kadınların çok daha yüksek bir oranını etkilediği yolunda açık bir belirtinin varlığını gösterebiliyorsa, bunun cinsiyet temelinde herhangi bir ayrımcılıkla ilgisiz objektif faktörlerin sonucu olduğunu göstermek davalı hükümete düşer.’*

İstatistikî kanıtları mütalaa ederken, mahkemeler, dolaylı ayrımcılığın meydana gelmiş olduğunun belirlenmesinde kanıtlanması gereken herhangi bir kesin eşik öngörmüş değildir. ABAD önemli bir sayıya ulaşılmış olması gerektiğini vurgular. Nolte davasında Başsavcının Görüşünde ABAD içtihadının bir özeti verilir. Başsavcı, cinsiyet ayrımcılığı konusunda şunları belirtmiştir:

*‘Bir düzenlemenin ayrımcı olduğu karinesine varmak için, bu düzenleme “erkeklerden çok fazla sayıda kadını” [Rinner-Kühn<sup>258</sup>] veya “kadınlara göre hayli daha küçük bir oranda erkekleri” [Nimz<sup>259</sup>, Kowalska<sup>260</sup>] veya “erkeklerden çok daha fazla kadını” [De Weerd, née Roks, ve Diğerleri<sup>261</sup>] etkilemelidir.*

*Düzenlemenin etkilediği kadınların oranı belirgin olmalıdır. Rinner-Kühn davasında, Mahkeme, kadınların oranının %89 olduğu ayrımcı bir durumun*

257 *Hoogendijk - Hollanda* (karar) (no. 58641/00), 6 Ocak 2005.

258 ABAD, *Rinner-Kühn - FWW Spezial-Gebaudereinigung*, Dava C-171/88 [1989] ECR 2743, 13 Temmuz 1989.

259 ABAD, *Nimz - Freie und Hansestadt Hamburg*, Dava C-184/89 [1991] ECR I-297, 7 Şubat 1991.

260 ABAD, *Kowalska - Freie und Hansestadt Hamburg*, Dava C-33/89 [1990] ECR I-2591, 27 Haziran 1990.

261 ABAD, *De Weerd, kızlık soyadı Roks, ve Diğerleri - Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen ve Diğerleri*, Dava C-343/92 [1994] ECR I-571, 24 Şubat 1994.

*varlığı sonucunu çıkardı. Bu örnekte (Nolte davasında), %60 oranı ayrımcılık sonucunu çıkarmak için muhtemelen yetersiz olurdu.*<sup>262</sup>

Örnek: *Schönheit* davasında, yarı zamanlı bir çalışan cinsiyeti temelinde ayrımcılığa uğramış olduğunu iddia etti.<sup>263</sup> Çalışma süresi farkına dayanmaksızın, emekli maaşlarındaki farklılık nedeniyle yarı zamanlı çalışanlar tam zamanlı çalışanlara kıyasla daha az maaş almaktaydı. Yarı zamanlı çalışanların %88'inin kadın olduğunu gösteren istatistikî kanıtlar getirildi. Düzenleme, tarafsız olmasına rağmen, kadınları erkeklere göre çok daha olumsuz etkilediğinden, ABAD cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılığa dair bir karine doğduğunu kabul etti. *Gerster* davasında da, %87'si kadınlardan oluşan yarı zamanlı çalışanların mağduriyeti yeterli kanıt olarak görüldü.<sup>264</sup>

Örnek: *Seymour-Smith* davası, aynı işveren için kesintisiz iki yıldan daha uzun çalışmış olanlara özel koruma temin eden haksız işten çıkarmayla ilgili İngiltere mevzuatı hakkındaydı.<sup>265</sup> Davacı, bunun cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturduğunu iddia etti, çünkü erkeklere kıyasla kadınların bu kriteri karşılama ihtimali daha azdı. Bu dava ilginçtir zira ABAD, daha düşük seviyede bir orantısızlığın 'uzun bir dönem boyunca erkekler ve kadınlar arasında devamlı ve nispeten sabit bir eşitsizliği göstermesi halinde' dolaylı ayrımcılığın kanıtı olabileceğine işaret etti. Ancak, bu davanın somut olguları temelinde, ABAD, sunulan istatistiklere göre erkeklerin %77,4'ünün ve kadınların %68,9'unun kriteri karşıladıklarını, bunun da kadınların çok daha küçük bir yüzdesinin kurala uyabileceği durumunu kanıtlamadığını belirtti.

Örnek: *D.H. ve Diğerleri - Çek Cumhuriyeti* davasında, Roman başvuruçular, çocuklarının genel eğitim sisteminden dışlanarak Roman etnik mensubiyetleri temelinde, öğrenme zorluğu çeken çocuklar için tasarlanmış 'özel' okullara yerleştirildiğinden şikâyet ettiler.<sup>266</sup> Roman

262 Başsavcının 31 Mayıs 1995 tarihli Görüşü, paragraf 57-58, ABAD, *Nolte - Landesversicherungsanstalt Hannover*, Dava C-317/93 [1995] ECR I-4625, 14 Aralık 1995.

263 ABAD, *Hilde Schönheit - Stadt Frankfurt am Main ve Silvia Becker - Land Hessen*, Birleştirilen Davalar C-4/02 ve C-05/02 [2003] ECR I-12575, 23 Ekim 2003

264 ABAD, *Gerster - Freistaat Bayern*, Dava C-1/95 [1997] ECR I-5253, 2 Ekim 1997.

265 ABAD, *R - İstihdam Bakanlığı, müdahil Seymour-Smith ve Perez*, Dava C-167/97 [1999] ECR I-623, 9 Şubat 1999.

266 AIHM, *D.H. ve Diğerleri - Çek Cumhuriyeti* [GC] (No. 57325/00), 13 Kasım 2007.

çocukların ‘özel’ okullara tahsis edilmesi, entelektüel kapasiteyi test etmek için tasarlanmış testlerin kullanımına dayanıyordu. Görünüşte ‘tarafsız’ olan bu uygulamaya rağmen, testlerin mahiyeti Roman çocukların başarılı bir sonuç olarak genel eğitim sistemine girmelerini zorlaştırıyordu. AİHM, son derece yüksek oranda Roman kökenli çocuğun ‘özel’ okullara yerleştirildiğini gösteren istatistikî kanıtlara atıfla, bunun ispatlanmış olduğuna karar verdi. Başvurucular tarafından kendi coğrafi bölgeleriyle ilgili olarak sunulan veriler, özel okullardaki çocukların %50-56’sının Roman olduklarını gösteriyordu; oysa bunlar eğitimdeki toplam nüfusun sadece %2 kadarını temsil etmekteydi. Hükümetler arası kaynaklardan alınan veriler, ülkedeki tüm Roman çocukların %50 ile %90 arasında bir bölümünün özel okullara devam ettiğini gösteriyordu. AİHM, veriler kesin olmadığı halde, etkilenen Roman çocukların sayısının genel nüfustaki paylarına kıyasla ‘orantısız derecede yüksek’ olduğunu belirledi.<sup>267</sup>

Öyle görünüyor ki, istatistikî veriler mevcut olmadığında bile, mevcut kaynaklar güvenilir ise ve bu analizi destekliyorsa, korunan bir grubun orantısız ölçüde etkilendiğini ispatlamak mümkün olabilir.

Örnek: *Opuz - Türkiye* davası, karısına ve onun annesine defalarca zulüm ve şiddet uygulamış, sonunda anneyi öldürmüş olan bir şahısla ilgiliydi.<sup>268</sup> AİHM, devletin başvuruçuyu ve annesini insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye karşı korumamış, ayrıca annesinin hayatını da korumamış olduğunu belirledi. Ayrıca, devletin başvuruçulara karşı ayrımcılık yapmış olduğunu, çünkü yeterli koruma sağlamamanın onların kadın olmasına dayandığını da belirledi. Mahkeme bu sonuca varırken, aile içi şiddet mağdurlarının büyük bir çoğunlukla kadınlar olduklarını gösteren kanıtlara ve ulusal mahkemelerin aile içi şiddet mağdurlarını korumak için tasarlanmış emirler çıkarma yetkilerini nispeten sınırlı bir ölçüde kullandıklarına işaret eden rakamlara dayandı. İlginçtir ki bu davada, aile içi şiddet mağdurlarının büyük bir çoğunlukla kadın olduğunu gösteren istatistikler AİHM’ye sunulmadı ve hatta Uluslararası Af Örgütünün bu hususta güvenilir veriler olmadığı yolundaki beyanı kaydedildi. AİHM,

267 AİHM, *D.H. ve Diğerleri - Çek Cumhuriyeti* [GC] (No. 57325/00), 13 Kasım 2007, paragraf 18,196-201.

268 AİHM, *Opuz - Türkiye* (No. 33401/02), 9 Haziran 2009.

Uluslararası Af Örgütü, saygın bir ulusal STK ve Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Tasfiyesi BM Komitesinin Türkiye’de kadınlara karşı şiddetin önemli bir problem olduğu yolundaki değerlendirmelerini kabul etmeye hazırdı.

Dolaylı ayrımcılık vakalarını ispatlamak için istatistikî verilerin her zaman gerekli olmayabileceğini unutmayınız. Bir iddiayı ispatlamak için istatistiklerin gerekli olup olmadığı davanın olgularına göre değişecektir. Özellikle, korunan aynı kategoriye mensup kişilerin uygulamaları veya inançları hakkında kanıt yeterli olabilir.

Örnek: *Orsus ve Diğerleri - Hırvatistan* davasında, bazı okullar, normal sınıflara kıyasla azaltılmış müfredat işleyen sınıflar tesis etmişti. Bu sınıfların orantısız derecede yüksek sayıda Roman öğrenci içerdiği ve bu şekilde etnik mensubiyet temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturduğu iddia edildi. Hükümet, bu sınıfların Hırvatça yeterlilik temelinde kurulduklarını ve bir öğrenci gereken dil yeterliliğine ulaştığında, öğrencinin genel sınıflara aktarıldığını öne sürdü. AİHM’nin tespitine göre, *D.H.* davasından farklı olarak, tek başına istatistikler bir ayrımcılık karinesine yol açmıyordu. Bir okulda, çocukların %44’ü Romandı ve %73’ü sadece Romanlara özgü bir sınıfta okuyordu. Bir başka okulda, çocukların %10’u Romandı ve %36’sı sadece Romanlara özgü bir sınıfta okuyordu. Bu sayılar, Romanları otomatik olarak ayrı sınıflara yerleştirme yönünde genel bir politika olmadığını doğruluyordu. Ancak, AİHM istatistikî verilere dayanmaksızın dolaylı ayrımcılık iddiasını ispat etmenin mümkün olduğunu da belirtti. Burada, çocukları yetersiz Hırvatça bilgisi temelinde ayrı sınıflara yerleştirme düzenlemesi sadece Roman öğrencilere uygulanıyordu ve böylece farklı muamele karinesi doğmaktaydı.<sup>269</sup>

Örnek: Slovenya Eşitlik İlkesi Savunucusu önünde açılan bir davada, bir işverenin çalışanlara verdiği öğünlerde genellikle domuz eti veya yağından yapılmış ürünler yer almaktaydı. Müslüman bir çalışan, kendi gıdasını satın almak için aylık yemek ödeneği talep etti. İşveren, bu ödeneği, sadece tıbbi sebeplerle alternatif beslenme düzenlemeleri ihtiyacını kanıtlayabilen çalışanlara veriyordu.<sup>270</sup> Bu dolaylı ayrımcılığı çünkü görünüşte tarafsız

269 AİHM, *Orsus ve Diğerleri - Hırvatistan* [GC] (No. 15766/03), 16 Mart 2010, paragraf 152-153.

270 Eşitlik İlkesi Savunucusu (Slovenya), Karar No. UEM-0921-1/2008-3, 28 Ağustos 2008. İngilizce özeti, FRA InfoPortal, Dava 364-1; Ayrımcılık Yasağı Alanında Avrupa Hukuki Uzmanlar Şebekesi, 8 (Temmuz 2009) ‘Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku Dergisi’, s.64.

olan bir uygulama, domuz eti yemelerine izin verilmeyen Müslümanlar üzerinde olumsuz bir etkiye sahipti. Bunu göstermek için istatistikî kanıt ibraz edilmesi gerekmiyordu, zira Müslümanların domuz eti yemedikleri onların dini uygulamalarına bakılarak kolayca tespit edilebilir.

Örnek: İngiltere mahkemelerinde açılan bir dava, çalışanların üniformalarının dış yüzüne (dini sebepler için takılması dâhil) mücevher takılmasını yasak eden bir işveren hakkındaydı.<sup>271</sup> Hıristiyan bir çalışan, bu yasağın onun dini temelinde ayrımcılık oluşturduğunu, zira bir haç takmasına izin verilmediğini iddia etti. Dava ve müteakip temizler esnasında, mahkemeler, haç taşımanın Hıristiyan inancının bir gereği olduğu ispat edilebilirse söz konusu yasağın din temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturabileceğini kabul etmeye hazırdılar. İstihdam Mahkemesi, bunun için, işyerinde dini semboller taşıyan Hıristiyanların sayısı ile ilgili istatistikî kanıtlar yerine, Hıristiyanlık uygulamaları hakkında bilirkişilerden kanıt isteme yoluna başvurdu.

## Temel Noktalar

- Elverişsiz muamelenin ardındaki saik önemli değildir; önemli olan şey etkidir.
- AB hukukuna göre, tespit edilebilir bir mağdur belirlemek gerekmez.
- Ayrımcılığın meydana gelmiş olduğuna dair kanıt gösterilmesinde ispat yükü ilk olarak davacıya aittir.
- Bir ayrımcılık karinesi oluşturulmasına yardım etmek için istatistikî kanıtlar kullanılabilir.
- İspat yükü daha sonra fail olduğu iddia edilen kişiye geçer. Fail, elverişsiz muamelenin korunan bir hukuki menfaate dayalı olmadığını gösteren kanıtlar sunmalıdır.
- Ayrımcılık karinesi iki yoldan çürütülebilir: mağdurun 'kıyaslayıcısı' ile benzer bir durumda olmadığını veya muamele farkının korunan hukuki menfaate ile bağlantısız objektif bir faktöre dayalı olduğunu ispatlayarak. Fail bu karineyi çürütemese bile farklı muameleyi haklı bir nedene dayandırmaya teşebbüs edebilir.

271 İngiltere Temiz Mahkemesi, *Eweida - British Airways Plc* [2010] EWCA Civ 80, 12 Şubat 2010.

## Okuma Listesi

Bragoï, 'La discrimination indirecte implique le transfert de la charge de la preuve au gouvernement défendeur : CourEDH, Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007', 8 *L'Europe des libertés : revue d'actualité juridique* (2008) 25, 18-19.

ERRC/Interights/MPG , *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), Chapter 4 'Strategic Litigation in Practice'.

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (London, Interights, 2005), Chapter 4 'Procedure: Making a Discrimination Claim'.

No. 5 2007/3 *Horizons Stratégiques* 'La discrimination saisie sur le vif: Le testing' (periodical containing a number of articles relating to 'situation testing), available at: [www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3.htm](http://www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3.htm).

Schiek, Waddington and Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Oxford, Hart Publishing, 2007), Chapter 8.5.1.E 'Situation Testing'.

European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law* (Luxembourg, Publications Office, 2007), Chapter 3 'The role of data in ensuring compliance with equal treatment law'.



# Davalar Listesi

## Uluslararası Adalet Divanının İctihadı

<i>Nottebohm (Liechtenstein - Guatemala) [1955]</i> MAD Raporları, 4, 23, 6 Nisan 1955 .....	107
---	-----

## Avrupa Birliği Adalet Divanının İctihadı

<i>Abrahamsson ve Leif Anderson - Elisabet Fogelqvist,</i> Dava C-407/98 [2000].....	39,41
<i>Allonby - Accrington ve Rossendale College, Dava C-256/01 [2004] .....</i>	23
<i>Angelidaki ve Diğerleri - Organismos Nomarkhiaki</i> <i>Aftodiikisi Rethimnis, Dava C-378/07 [2009] .....</i>	77
<i>Barber - Guardian Royal Exchange Assurance Group, Dava C-262/88 [1990] ...</i>	67
<i>Bilka-Kaufhaus GmbH - Weber Von Hartz, Dava 170/84 [1986] .....</i>	44,45,90
<i>Blaizot - Liege Üniversitesi ve Diğerleri, Dava 24/86 [1988].....</i>	67
<i>Burton - British Railways Board, Dava 19/81 [1982].....</i>	66
<i>Casagrande - Landeshauptstadt München, Dava 9/74 [1974] .....</i>	72
<i>Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding</i> <i>- Firma Feryn NV, Dava C-54/07 [2008].....</i>	123
<i>Chacón Navas - Euresť Colectividades SA, Dava C-13/05 [2006] .....</i>	100
<i>Chen - İşçileri Bakanlığı,</i> Dava C-200/02 [2004] .....	107
<i>Coleman - Attridge Law and Steve Law, Dava C-303/06 [2008] .....</i>	28

<i>Komisyon - Fransa, Dava 318/86 [1988]</i> .....	47
<i>Komisyon - Fransa, Dava C-35/97 [1998]</i> .....	71
<i>Komisyon - Almanya, Dava 248/83 [1985]</i> .....	46,47
<i>Even aleyhine cezai takibat, Dava 207/78 [1979]</i> .....	71
<i>Mutsch aleyhine cezai takibat, Dava 137/84 [1985]</i> .....	71
<i>De Weerd, née Roks, ve Diğerleri - Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen ve Diğerleri, Dava C-343/92 [1994]</i> .....	31,96,97,129
<i>Defrenne - SABENA, Dava 43/75 [1976]</i> .....	90
<i>Dekker - Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, Dava C-177/88 [1990]</i> .....	25
<i>Fiorini (kızlık soyadı Cristini) - SNCF, Dava 32/75 [1975]</i> .....	70
<i>Garland - British Rail Engineering Limited, Dava 12/81 [1982]</i> .....	67
<i>Gerster ( Freistaat Bayern, Dava C-1/95 [1997]</i> .....	130
<i>Gravier ( Liège Belediyesi ve Diğerleri, Dava 293/83 [1985]</i> .....	67
<i>Groener - Eğitim Bakanı ve Dublin Mesleki Eğitim Komitesi, Dava C-379/87 [1989]</i> .....	114
<i>Hilde Schönheit - Stadt Frankfurt am Main ve Silvia Becker - Land Hessen, Birleştirilen Davalar C-4/02 ve C-5/02 [2003]</i> .....	29,130
<i>Hill ve Stapleton - Gelirler Komisyonu ve Maliye Bakanlığı, Dava C-243/95 [1998]</i> .....	91
<i>Hütter - Graz Teknik Üniversitesi, Dava C-88/08 [2009]</i> .....	53
<i>Jamstalldhetsombudsmannen - Orebro Lans Landsting, Dava C-236/98 [2000]</i> .....	66
<i>Johnston - Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Dava 222/84 [1986]</i> .....	46
<i>K.B. - Emekli Maaşları Kurumu, Dava C-117/01 [2004]</i> .....	92
<i>Kalanke - Freie Hansestadt Bremen, Dava C-450/93 [1995]</i> .....	39,40,41
<i>Kohll - Hastalık Sandıkları Birliği, Dava C-158/96, [1998]</i> .....	74
<i>Kowalska - Freie und Hansestadt Hamburg, Dava C-33/89 [1990]</i> .....	31,129
<i>Kreil - Almanya Federal Cumhuriyeti, Dava C-285/98 [2000]</i> .....	49
<i>Lewen - Denda, Dava C-333/97 [1999]</i> .....	67

<i>Lommers - Minister van Landbouw</i> , Dava C-476/99 [2002] .....	66
<i>Mahlburg - Land Mecklenburg-Vorpommern</i> , Dava C-207/98 [2000] .....	48
<i>Marschall - Land Nordrhein-Westfalen</i> , Dava C-409/95 [1997] .....	39
<i>Maruko - Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen</i> , Dava C-267/06 [2008] ..	26
<i>Matteucci - Communauté française of Belgium</i> , Dava 235/87 [1988] .....	71
<i>Megner ve Scheffel - Innungskrankenkasse Vorderpfalz</i> ,	
Dava C-444/93 [1995] .....	96,97
<i>Meyers - Kararlaştırma Memuru</i> , Dava C-116/94 [1995].....	65,66
<i>Müller Fauré - Onderlinge Waarborgmaatschappij</i> , Dava C-385/99 [2003] .....	74
<i>Nimz - Freie und Hansestadt Hamburg</i> , Dava C-184/89 [1991] .....	31,129
<i>Nolte - Landesversicherungsanstalt Hannover</i> ,	
Dava C-317/93 [1995] .....	30,31,96,129,130
<i>P. v. S. ve Cornwall County Council</i> , Dava C-13/94 [1996] .....	28,92
<i>Palacios de la Villa - Cortefiel Servicios SA</i> , Dava C-411/05 [2007].....	51,52,66
<i>Peerbooms - Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen</i> ,	
Dava C-157/99 [2001].....	74
<i>R - İstihdam Bakanlığı, müdahil Seymour-Smith ve Perez</i> ,	
Dava C-167/97 [1999].....	130
<i>Reina - Landeskreditbank Baden- Württemberg</i> , Dava 65/81 [1982].....	71
<i>Richards - Çalışma ve Emekli Maaşlarından Sorumlu Devlet Bakanlığı</i> ,	
Dava C-423/04 [2006].....	24,93
<i>Rinner-Kühn - FWW Spezial-Gebäudereinigung</i> ,	
Dava C-171/88 [1989].....	30,129
<i>Sabbatini - Avrupa Parlamentosu</i> , Dava 20/71 [1972] .....	67
<i>Sahlstedt ve Diğerleri - Komisyon</i> , Dava C-362/06 [2009].....	77
<i>Schnorbus - Land Hessen</i> , Dava C-79/99 [2000].....	65,95,96
<i>Sirdar -Kara Kuvvetleri ve Savunma Bakanlığı</i> ,	
Dava C-273/97 [1999] .....	48,49
<i>Susanna Brunnhofer ( Bank der österreichischen Postsparkasse AG</i> ,	
Dava C-381/99 [2001] .....	125,126
<i>Vassilakis ve Diğerleri - Dimos Kerkyras</i> , Dava C-364/07 [2008] .....	77
<i>Webb - EMO Air Cargo (UK) Ltd</i> , Dava C-32/93 [1994] .....	25

## Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihadı

<i>Abdulaziz, Cabales ve Balkandali - İngiltere</i> (No. 9214/80, 9473/81 ve 9474/81), 28 Mayıs 1985 .....	109
<i>Alujer Fernández ve Caballero García - İspanya</i> (karar) (No. 53072/99), 14 Haziran 2001 .....	111
<i>Anakomba Yula - Belçika</i> (No. 45413/07), 10 Mart 2009 .....	78,108
<i>Andreyeva - Letonya</i> [GC] (No. 55707/00), 18 Şubat 2009 .....	63,72,109
<i>Aziz - Kıbrıs</i> (No. 69949/01), 22 Haziran 2004 .....	27
<i>Bączkowski ve Diğerleri - Polonya</i> (No. 1543/06), 3 Mayıs 2007 .....	34,82
<i>Balsytė-Lideikienė - Litvanya</i> (No. 72596/01), 4 Kasım 2008 .....	84
<i>Barrow - İngiltere</i> (No. 42735/02), 22 Ağustos 2006 .....	95
<i>Bigaeva - Yunanistan</i> (No. 26713/05), 28 Mayıs 2009 .....	68
<i>Bouamar - Belçika</i> (No. 9106/80), 29 Şubat 1988 .....	84,103
<i>Buckley - İngiltere</i> (No. 20348/92), 25 Eylül 1996 .....	75
<i>Burden - İngiltere</i> [GC] (No. 13378/05), 29 Nisan 2008 .....	22,24,44
<i>C. - Belçika</i> (No. 21794/93), 7 Ağustos 1996 .....	109
<i>Campbell ve Cosans - İngiltere</i> (Nos. 7511/76 ve 7743/76), 25 Şubat 1982 .....	113
<i>Carson ve Diğerleri - İngiltere</i> [GC] (No. 42184/05), 16 Mart 2010 .....	22,25,63,118
‘Belçika’da eğitimde dillerin kullanımı hakkında kanunların bazı yönleriyle ilgili dava’ - Belçika (No. 1474/62 ve diğerleri), 23 Temmuz 1968 .....	114
<i>Castells - İspanya</i> (No. 11798/85), 23 Nisan 1992 .....	82,118
<i>Cha’are Shalom Ve Tsedek - Fransa</i> [GC] (No. 27417/95), 27 Haziran 2000 ....	111
<i>Chahal - İngiltere</i> (No. 22414/93), 15 Kasım 1996 .....	109
<i>Chassagnou ve Diğerleri - Fransa</i> (Nos. 25088/94, 28331/95 ve 28443/95), 29 Nisan 1999 .....	116
<i>Christine Goodwin - İngiltere</i> [GC] (No. 28957/95), 11 Temmuz 2002 .....	93,94
<i>Scientology Moskova Kilisesi - Rusya</i> (No. 18147/02), 5 Nisan 2007 .....	113
<i>D.G. - İrlanda</i> (No. 39474/98), 16 Mayıs 2002 .....	84,103
<i>D.H. ve Diğerleri - Çek Cumhuriyeti</i> [GC] (No. 57325/00), 13 Kasım 2007 .....	22,29,30,31,73,125,127,130,131,132
<i>Dahlab - İsviçre</i> (karar) (No. 42393/98), 15 Şubat 2001 .....	113

<i>Danilenkov ve Diğerleri - Rusya</i> (No. 67336/01), 30 Temmuz 2009.....	69,118
<i>Demir ve Baykara - Türkiye</i> (No. 34503/97), 12 Kasım 2008 .....	69
<i>Đokić - Bosna ve Hersek</i> (No. 6518/04), 27 Mayıs 2010.....	76
<i>Dudgeon - İngiltere</i> (No. 7525/76), 22 Ekim 1981 .....	99
<i>E.B. - Fransa</i> [GC] (No. 43546/02), 22 Ocak 2008 .....	62,79,98
<i>Engel ve Diğerleri - Hollanda</i> (No. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 ve 5370/72), 8 Haziran 1976 .....	118
<i>Féret - Belçika</i> (No. 15615/07), 16 Temmuz 2009.....	84
<i>Fretté - Fransa</i> (No. 36515/97), 26 Şubat 2002 .....	98
<i>Gaygusuz - Avusturya</i> (No. 17371/90), 16 Eylül 1996.....	24,63,72,110
<i>Glor - İsviçre</i> (No. 13444/04), 30 Nisan 2009 .....	101
<i>Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani</i> - İtalya (no. 2) (No. 26740/02), 31 Mayıs 2007 .....	118
<i>Handyside - İngiltere</i> (No. 5493/72), 7 Aralık 1976 .....	117
<i>Hasan ve Çavuş - Bulgaristan</i> [GC] (No. 30985/96), 26 Ekim 2000.....	113
<i>Hoogendijk - Hollanda</i> (karar) (No. 58641/00), 6 Ocak 2005 .....	22,129
<i>I. - İngiltere</i> [GC] (No. 25680/94), 11 Temmuz 2002 .....	94
<i>K.H. ve Diğerleri - Slovakia</i> (No. 32881/04), 28 Nisan 2009 .....	72
<i>Karner - Avusturya</i> (No. 40016/98), 24 Temmuz 2003 .....	99
<i>Köse ve Diğerleri - Türkiye</i> (karar) (No. 26625/02), 24 Ocak 2006.....	113
<i>Koua Poirrez - Fransa</i> (No. 40892/98), 30 Eylül 2003 .....	63,72,110
<i>L. - Litvanya</i> (No. 27527/03), 11 Eylül 2007.....	94
<i>Le Pen - Fransa</i> (No. 18788/09), 20 Nisan 2010 .....	84
<i>Loizidou - Türkiye</i> (No. 15318/89), 18 Aralık 1996 .....	58
<i>Luczak - Polonya</i> (No. 77782/01), 27 Kasım 2007 .....	24
<i>Mazurek - Fransa</i> (No. 34406/97), 1 Şubat 2000.....	79,80,116
<i>Gldani Yehova Şahitleri Cemaati</i> ve Diğerleri - Gürcistan (No. 71156/01), 3 Mayıs 2007.....	83

Bessarabya Metropoliten Kilisesi ve Diğerleri - Moldova (No. 45701/99), 13 Aralık 2001 .....	113
Moldovan ve Diğerleri - Romanya (no. 2) (No. 41138/98 ve 64320/01), 12 Temmuz 2005.....	76,78
Müstakim - Belçika (No. 12313/86), 18 Şubat 1991 .....	23,109
Salvation Army Moskova Şubesi - Rusya (No. 72881/01), 5 Ekim 2006 .....	113
Muñoz Díaz - İspanya (No. 49151/07), 8 Aralık 2009.....	80
Nachova ve Diğerleri - Bulgaristan [GC] (No. 43577/98 ve 43579/98), 6 Temmuz 2005 .....	82,83,125,126
Opuz - Türkiye (No. 33401/02), 9 Haziran 2009 .....	29,84,131
Oršuš ve Diğerleri - Hırvatistan [GC] (No. 15766/03), 16 Mart 2010.....	73,132
Paraskeva Todorova - Bulgaristan (No. 37193/07), 25 Mart 2010 .....	35,78
Pearson - İngiltere (No. 8374/03), 22 Ağustos 2006.....	95
Petrov - Bulgaristan (No. 15197/02), 22 Mayıs 2008.....	118
Pretty - İngiltere (No. 2346/02), 29 Nisan 2002 .....	35,102
Price - İngiltere (No. 33394/96), 10 Temmuz 2001 .....	101
Rasmussen - Danimarka (No. 8777/79), 28 Kasım 1984.....	79,81
S.L. - Avusturya (No. 45330/99), 9 Ocak 2003.....	98
Şahin - Almanya [GC] (No. 30943/96), 8 Temmuz 2003 .....	80,118
Schwizgebel - İsviçre (No. 25762/07), 10 Haziran 2010.....	102,103
Šečić - Hırvatistan (No. 40116/02), 31 Mayıs 2007 .....	82
Sejdić ve Finci - Bosna ve Hersek [GC] (No. 27996/06 ve 34836/06), 22 Aralık 2009 .....	64,105,106
Sidabras ve Džiautas - Litvanya (No. 55480/00 ve 59330/00), 27 Temmuz 2004 .....	62,68
Ślawomir Musiał - Polonya (No. 28300/06), 20 Ocak 2009 .....	72
Smith ve Grady - İngiltere (No. 33985/96 ve 33986/96), 27 Eylül 1999 .....	76
Sosyalist Parti ve Diğerleri - Türkiye (No. 21237/93), 25 Mayıs 1998 .....	82

<i>Sommerfeld - Almanya</i> [GC] (No. 31871/96), 8 Temmuz 2003 .....	61,79,80,118
<i>Stec ve Diğerleri - İngiltere</i> [GC] (No. 65731/01 ve 65900/01), 12 Nisan 2006.....	53,63,95
<i>Steel ve Morris - İngiltere</i> (No. 68416/01), 15 Şubat 2005.....	117
<i>T. - İngiltere</i> [GC] (No. 24724/94), 16 Aralık 1999 .....	103
<i>Thlimmenos - Yunanistan</i> [GC] (No. 34369/97), 6 Nisan 2000 .....	35,36
<i>Timişev</i> ( Rusya (No. 55762/00 ve 55974/00), 13 Aralık 2005 .....	105,106,125
<i>Turan Çakır - Belçika</i> (No. 44256/06), 10 Mart 2009.....	82
<i>Ünal Tekeli</i> ( Türkiye (No. 29865/96), 16 Kasım 2004.....	91
<i>V. ( İngiltere</i> [GC] (No. 24888/94), 16 Aralık 1999 .....	103
<i>Van Kück - Almanya</i> (No. 35968/97), 12 Haziran 2003.....	94
<i>Walker - İngiltere</i> (No. 37212/02), 22 Ağustos 2006.....	95
<i>Weller - Macaristan</i> (No. 44399/05), 31 Mart 2009 .....	28,63,118
<i>Willem</i> ( Fransa (No. 10883/05), 16 Temmuz 2009.....	84
<i>Wintersberger - Avusturya</i> (dostane çözüm) (No. 57448/00), 5 Şubat 2004 .....	41
<i>Zarb Adami - Malta</i> (No. 17209/02), 20 Haziran 2006 .....	29,61,91,92
<i>Zeybek - Yunanistan</i> (No. 46368/06), 9 Temmuz 2009.....	107

### **Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin İçtihadı**

<i>Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) - Bulgaristan</i> (Şikayet No. 41/2007), 3 Haziran 2008.....	124
<i>SUD Travail Affaires Sociales - Fransa</i> (Şikayet No. 24/2004), 8 Kasım 2005 .....	124

## İnsan Hakları Komitesinin İçtihadı

*Diergaardt ve Diğerleri - Namibya*,  
Bildirim No. 760/1997, 6 Eylül 2000 ..... 115

## Ulusal mahkemelerin içtihadı

*Avusturya - Bezirksgericht Döbling, GZ 17 C 1597/05f-17, 23 Ocak 2006* .....74  
*Avusturya – Eşit Muamele Komisyonu, Senato III* ..... 106

*Belçika - Correctionele Rechtbank van Antwerpen kararı*,  
6 Aralık 2004.....75

*Bulgaristan - 2860/2006 sayılı hukuk davasında 164 sayılı karar*,  
Sofya Bölge Mahkemesi, 21 Haziran 2006.....34

*Kıbrıs - Ref. A.K.I. 37/2008, Eşitlik Kurulu, 8 Ekim 2008*.....36

*Finlandiya - Vaasan Hallinto-oikeus - 04/0253/3*,  
Vaasa İdare Mahkemesi .....50

*Fransa - Boutheiller c. Ministère de l'éducation, Karar No. 0500526-3*,  
Rouen İdare Mahkemesi, 24 Haziran 2008 .....37

*Fransa - Karar No. M 08-88.017 ve No. 2074*,  
Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesi, 7 Nisan 2009.....74

*Fransa - Lenormand - Balenci, No. 08/00907*,  
Nîmes Temyiz Mahkemesi, 6 Kasım 2008.....74

*Macaristan - Karar No. 654/2009, 20 Aralık 2009*,  
Eşit Muamele Kurumu.....33

*Macaristan - Eşit Muamele Kurumu*,  
Dava No. 72, Nisan 2008.....74

*Slovenya – Eşitlik İlkesi Savunmanı*,  
Karar No. UEM-0921-1/2008-3, 28 Ağustos 2008..... 132

*İsveç- Escape Bar ve Restoran - Etnik Ayrımcılığa*  
Karşı Ombudsman T-2224-07, Yüksek Mahkeme, 1 Ekim 2008..... 74,128

*İsveç - HomO, Dosya No. 262/06, 21 Haziran 2006* .....97



<i>İsveç – Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılığa Karşı Ombudsman - A.S., Dava No. T-3562-06, Svea Temyiz Mahkemesi, 11 Şubat 2008 .....</i>	33,74
<i>İngiltere - Amicus MSF Section, R (on the application of) - Secretary of State for Trade ve Industry, İngiltere Yüksek Mahkemesi, 26 Nisan 2004.....</i>	50
<i>İngiltere - Eweida - British Airways Plc , İngiltere Temyiz Mahkemesi, 12 Şubat 2010 .....</i>	113
<i>İngiltere - Islington Londra İlçe Belediyesi - Ladele (Hürriyete müdahale), İngiltere Temyiz Mahkemesi, 12 Şubat 2010.....</i>	112
<i>İngiltere - James - Eastleigh İlçe Belediyesi [1990] İngiltere Lordlar Kamarası 6, 14 Haziran 1990.....</i>	26
<i>İngiltere - MacCulloch - Imperial Chemical Industries plc, İngiltere İstihdam Temyiz Mahkemesi, 22 Temmuz 2008 .....</i>	62



# Hukuki Metinler Tablosu

## Uluslararası mevzuat

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi (4 Kasım 1950)

Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (16 Aralık 1966)

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (16 Aralık 1966)

İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (9 Aralık 1975)

İrk Ayrımcılığının Bütün Biçimlerinin Tasfiyesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (4 Ocak 1969)

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Tasfiyesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (18 Aralık 1979)

Engelli Kişilerin Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (13 Aralık 2006)

Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (20 Kasım 1989)

İnsan Hakları Evrensel Beyanname (10 Aralık 1948)

## AB enstrumanları

Avrupa Birliği Temel Haklar Belgesi (7 Aralık 2000)

İşyerinde kadınlar ve erkeklerin haysiyetinin korunması üzerine 92/131/EEC sayılı Komisyon Tavsiyesi (27 Kasım 1991)

Cinsel tacizle mücadele etmek için kurallar dâhil, işyerinde kadınlar ve erkeklerin haysiyetinin korunması üzerine Komisyon Tavsiyesinin uygulanması hakkında Konsey deklarasyonu (19 Aralık 1991)

Sosyal güvenlik konularında erkekler ve kadınlar için eşit muamele ilkesinin kademeli olarak uygulanması hakkında 79/7/EEC sayılı Konsey Yönergesi (19 Aralık 1978)

İstihdam ve meslek alanında eşit muamele için genel bir çerçeve tesis eden 2000/78/EC sayılı Konsey Yönergesi (27 Kasım 2000)

İstihdam ve meslek konularında erkekler ve kadınlar için eşit fırsatlar ve eşit muamele ilkesinin uygulanması hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 2006/54/EC sayılı Yönergesi (5 Temmuz 2006)

İstihdama, mesleki eğitime ve yükselmeye erişim ve çalışma şartları bakımından erkekler ve kadınlar için eşit muamele ilkesinin uygulanması hakkında 76/207/EEC sayılı Konsey Yönergesi (9 Şubat 1976)

Mal ve hizmetlere erişimde erkekler ve kadınlar arasında eşit muamele ilkesini uygulamaya koyan 2004/113/EC sayılı Konsey Yönergesi (13 Aralık 2004)

İrk veya etnik kökene bakılmadan kişiler arasında eşit muamele ilkesini uygulamaya koyan 2000/43/EC sayılı Konsey Yönergesi (29 Haziran 2000)

Avrupa Birliği Antlaşmasında ve Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmada değişiklik yapan Lizbon Antlaşması (13 Aralık 2007)

## Çevrimiçi Kaynaklar

Kaynaklar	Web adresi <sup>272</sup>
Avrupa Konseyi Hukukçular için İnsan Hakları Eğitimi internet sitesi	<a href="http://www.coehelp.org/">www.coehelp.org/</a>
Equinet 'Dinamik Yorumlama: Pratikte Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku', cilt I-IV	<a href="http://www.equineteurope.org/equinetpublications.html">www.equineteurope.org/equinetpublications.html</a>
Ayrımcılık Yasağı Alanında Avrupa Hukuki Uzmanlar Şebekesi, 'Yeni Rapor'	<a href="http://www.non-discrimination.net/news">www.non-discrimination.net/news</a>
Grgic, Mataga, Longar ve Vilfan, <i>AİHS kapsamında mülkiyet hakkı</i> , İnsan Hakları El Kitabı, No.10, 2007	<a href="http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=2123">www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=2123</a>
İnsan Hakları ve Temel Hakların Korunması Sözleşmesine ait 12 no'lu Protokol (AAS No.177), Açıklayıcı Rapor, paragraf 22	<a href="http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm">http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm</a>
Kilkelly, <i>Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Hakkı</i> , İnsan Hakları El Kitapları, No.1, 2001	<a href="http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=1636">www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=1636</a>
Equinet, <i>Mal ve Hizmetlerde Ayrımcılığa Karşı Mücadele</i>	<a href="http://www.equineteurope.org/68.html">www.equineteurope.org/68.html</a>

Kaynaklar	Web adresi <sup>272</sup>
Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Bakımından Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanması üzerine Yogyakarta İlkeleri	<a href="http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm">www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm</a>
FRA InfoPortal	<a href="http://infoportal.fra.europa.eu">http://infoportal.fra.europa.eu</a>
FRA raporu, <i>Irak Eşitliği Yönergesinin etkisi. Avrupa Birliğinde sendikalar ve işverenlerin görüşleri</i>	<a href="http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_racial_equal_directive_en.htm">http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_racial_equal_directive_en.htm</a>
Vaka İncelemesi 15, Roman erkeğin tutuklanması, yargılama öncesinde hapsedilmesi, kötü muamele görmesi	<a href="http://www.coehelp.org/course/view.php?id=18&amp;topic=1">www.coehelp.org/course/view.php?id=18&amp;topic=1</a>
Murdoch, <i>Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü</i> , İnsan Hakları El Kitapları, No.2, 2007	<a href="http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=2122">www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=2122</a>
AK İnsan Hakları El Kitapları	<a href="http://www.coehelp.org/course/view.php?id=54">www.coehelp.org/course/view.php?id=54</a>
Ayrımcılıkla Mücadele: Eğitim El Kitabı	<a href="http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=427&amp;langId=en&amp;moreDocuments=yes">http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=427&amp;langId=en&amp;moreDocuments=yes</a>

272 Bütün hiper linklere 10 Mart 2011'de erişildi.

273 Bütün hiper linklere 10 Mart 2011'de erişildi.

## Atıflar üzerine not

Yukarıda verilen içtihatlarda, okuyucunun ilgili davadaki kararın tamamını bulmasına imkân verecek kapsamlı bilgi temin edilmektedir. Okuyucu, ilgili mahkemenin kararına varırken uyguladığı muhakeme ve tahlile daha yakından bakmak isterse bu bilgiler yararlı olabilir.

Bu yayında atıf yapılan davaların çoğu ABAD ve AİHM tarafından karara bağlanmış davalardır; dolayısıyla, tartışmanın odağını bu davalar teşkil etmektedir. Ancak, ulusal içtihat veri tabanlarını kullanırken benzer teknikler kullanılabilir.

AİHM içtihadını bulmak için, okuyucu bu içtihadı serbest erişim temin eden AİHM HUDOC portalına girebilir: [www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/). HUDOC portalı arzu edilen içtihadı bulmayı çok kolaylaştıran okuyucu dostu bir arama motoruna sahiptir. Gerekli davayı bulmanın en basit yolu, başvuru numarasını 'Application Number' başlıklı arama kutusuna girmektir.

ABAD içtihadını bulmak için, okuyucu bu içtihadı serbest erişim temin eden CURIA arama motoruna girebilir: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en>. CURIA arama motoru arzu edilen içtihadı bulmayı çok kolaylaştıran okuyucu dostu bir ara yüzeye sahiptir. Gerekli davayı bulmanın en basit yolu, dava numarasını 'Case number' başlıklı arama kutusuna girmektir.

Alternatif olarak, bu iki önerilen arama motoru (veya kullanılan herhangi bir arama motoru) okuyucunun davaları tarih itibarıyla taramasına da imkân verecektir. Bu El Kitabında yer alan bütün davaların tarihle birlikte sunulması yoluyla, karar tarihi itibarıyla gerekli içtihadı bulmak kolaylaştırılmıştır.





## CD-Rom üzerinde bulunan ilave materyaller

- i. Sosyal güvenlik konularında erkekler ve kadınlar için eşit muamele ilkesinin kademeli olarak uygulanması üzerine 79/7/EEC sayılı Konsey Yönergesi (19 Aralık 1978) [BG – CS – DE – EL – EN – ES – FR – HU – IT – PL – RO]
- ii. Edel, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında ayrımcılık yasağı*, İnsan Hakları Dosyaları, No. 22, 2010 [EN - FR]
- iii. Avrupa Komisyonu, *Ayrımcılıkla Mücadele: Eğitim El Kitabı*, 2006 [BG – CS – DE – EL – EN – ES – FR – HU – IT – PL – RO]
- iv. Avrupa Eşitlik Kurumları Şebekesi (Equinet), 'Dinamik Yorumlama: Pratikte Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku', Cilt I [EN - FR], Cilt II [EN - FR], Cilt III [EN - FR], Cilt IV [EN]
- v. Avrupa Eşitlik Kurumları Şebekesi (Equinet), 'Mal ve Hizmetlerde Ayrımcılığa Karşı Mücadele' [EN - FR]
- vi. Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı (FRA), *İrk Eşitliği Yönergesinin etkisi. Avrupa Birliğinde sendikalar ve işverenlerin görüşleri*, 2010 [EN]
- vii. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 ve 14 maddeleri ve AİHS'ye ait 1 no'lu Protokolün 1. maddesi üzerine vaka incelemeleri [DE – EN - FR]
- viii. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından görülen bazı davaların Macarca özetleri [HU]

Avrupa ayrımcılık yasağı hukuku El Kitabının İngilizce baskısında yer alan CDROM'da aşağıda listesi sunulan karar ve belgeler orijinal dillerinde yer almaktadır.

Söz konusu belgelere Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ( <http://fra.europa.eu> ), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ( [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) ) veya ilgili belgeyi üreten kurumların İnternet sitelerinden erişilebilir.

### Temel Haklar Şartı

- Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000/C 364/01)

### AB Yönergeleri

- İstihdama erişim, mesleki eğitim ve terfi ve çalışma koşulları açısından kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesinin uygulanmasına ilişkin 9 Şubat 1976 tarih ve 76/207/EEC sayılı Konsey Yönergesi
- Sosyal güvenlik konularında kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesinin artarak uygulanmasına ilişkin 19 Aralık 1978 tarih ve 79/7/EEC sayılı Konsey Yönergesi
- İrk veya etnik kökene bakılmaksızın insanlara eşit muamele ilkesinin uygulanmasına ilişkin 29 Haziran 2000 tarih ve 2000/43/EC sayılı Konsey Yönergesi
- İstihdam ve meslekte eşit muamele için genel çerçevenin oluşturulmasına ilişkin 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78/EC sayılı Konsey Yönergesi
- Mal ve hizmetlere erişim ile bunların temininde kadın ve erkekler karşı eşit muamele ilkesinin uygulanmasına dair 13 Aralık 2004 tarih ve 2004/113/EC sayılı Konsey Yönergesi
- İstihdam ve meslekte kadın ve erkeğe eşit muamele ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasına ilişkin 5 Temmuz 2006 tarih ve 2006/54/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Yönergesi (yeni şekliyle)

### Avrupa Adalet Divanı İçtihadı

- 61974J0012 sayı ve 3 Temmuz 1974 tarihli Mahkeme Kararı – Donato Casagrande ile Eyalet Başkenti Münih – Münih İdari Mahkemesi tarafından talep edilen ön karar – Almanya – Dava 9-74
- 61981J0012 sayı ve 9 Şubat 1982 tarihli Mahkeme Kararı – Eileen Garland ile İngiliz Demiryolu Mühendislik Limited – ön karar referansı : Lordlar Kamarası – Birleşik Krallık – kadın ve erkeğe eşit ücret – Dava 12/81
- 61981J0019 sayı ve 16 Şubat 1982 tarihli Mahkeme Kararı – Arthur Burton ile İngiliz Demiryolları Kurulu – Ön karar referansı: İstihdam Temyiz Mahkemesi – Birleşik Krallık – kadın ve erkek için eşit ücret ve çalışma koşulları – Dava 19/81
- 61971J0020 sayı ve 7 Haziran 1972 tarihli Mahkeme (İkinci Daire) – Luisa Sabbatini, kızılık soyadı Bertoni ile Avrupa Parlamentosu. – Dava 20-71.
- 61986J0024 sayı ve 2 Şubat 1988 tarihli Mahkeme Kararı – Vincent Blaizot ile Liege Üniversitesi ve diğerleri – Ön karar referansı: Liege Birinci derece Mahkemesi – Belçika – Ayrımcılık yasağı – Üniversite eğitimine erişim – harçların geri ödemesinin uygunsuz ücretlendirilmesi – Dava 24/86.
- 61975J0032 sayı ve 30 Eylül 1975 tarihli Mahkeme Kararı – Anita Cristini ile Fransa Ulusal Demiryolu Şirketi – ön karar referansı: Paris İkinci derece mahkemesi – Fransa. – Kalabalık aileler için demiryolu tarifleri – Dava 32 – 75.
- 61975J0043 sayı ve 8 Nisan 1976 tarihli Mahkeme Kararı – Gabrielle Defrenne ile Sabena Havaçılık Anonim Şirketi – ön karar referansı: Brüksel İstihdam Mahkemesi – Belçika – Kadın ev erkeğe eşit iş için eşit ücret ilkesi – Dava 43 – 75
- 61981J0065 sayı ve 14 Ocak 1982 tarihli Mahkeme Kararı (Üçüncü Daire) – Francesco Reina ve Letizia Reina ile Landeskreditbank Baden – Württemberg – Ön karar referansı: Stuttgart İdari Mahkemesi – Almanya – İşçilerin serbest dolaşımı – sosyal avantajlar – Dava 65/81
- 6198J0137 sayı ve 11 Temmuz 1985 tarihli Mahkeme Kararı – Robert Heinrich Maria Mutsch' e karşı başlatılan cezai yargılama usulleri – ön karar referansı: Liege İkinci Mahkemesi – Belçika – Üye Devlet vatandaşlarının haklarının korunması – Dava 137/84.
- 61984J0170 sayı ve 13 Mayıs 1986 tarihli Mahkeme Kararı – Bilka – Kaufhaus GmbH ile Karin Weber von Hartz – ön karar referansı: Federal İşgücü Mahkemesi – Almanya – Kadın ve erkeğe eşit muamele – yarı zamanlı işçiler – mesleki emeklilik programına dahil edilmeme – ava 170/84
- 31.05.1979 tarihli karar – Dava 207/78

- 61984J0222 sayı ve 15 Mayıs 1986 tarihli Mahkeme Kararı – Marguerite Johnston ile Krallık Ulster Polis Teşkilatı Baş Polis Memuru – ön karar referansı: Sanayi Mahkemesi, Belfast (Kuzey İrlanda) – Birleşik Krallık – kadın ve erkeğe eşit muamele - Polis gücünün silahlı üyesi – Dava 222/84
- 61987J0235 sayı ve 27 Eylül 1988 tarihli Mahkeme Kararı – Annunziata Matteucciv ile Belçika Fransız Topuluğu ve Belçika Fransız Topuluğu Uluslararası İlişkiler Dairesi Genel Polis Merkezi – ön karar referansı: Conseil d'Etat- Belçika – ayrımcılık yasağı – mesleki eğitim – eğitim yardımı – dava 235/87
- 61983J0248 sayı ve 21 Mayıs 1985 tarihli Mahkeme Kararı – Avrupa Topulukları Komisyonu ile Federal Almanya Cumhuriyeti – kadın ve erkeğe eşit muamele – Dava 248/83
- 61983J0293 sayı ve 13 Şubat 1985 tarihli Mahkeme Kararı – Françoise Gravier ile Liege şehri – ön karar referansı: Liege birinci derece mahkemesi – Belçika. Ayrımcılık yasağı – mesleki eğitime erişim – Dava 293/ 83.
- 61986J0318 sayı ve 30 Haziran 1988 tarihli Mahkeme Kararı – Avrupa Topulukları Komisyonu ile Fransa Cumhuriyeti – Kadın ve erkeğe eşit muamele – Kamu hizmetindeki pozisyonlara erişim – Dava 318 / 86.
- 61987J0379 sayı ve 28 Kasım 1989 tarihli Mahkeme Kararı – Anita Groener ile Eğitim Bakanı ve Dublin Şehri Mesleki Eğitim Komitesi – ön karar referansı: Yüksek Mahkeme - İrlanda – işçilerin serbest dolaşımı – evsahibi ülkede resmi dil bilgisi – Dava C – 379/87.
- 61995J001 sayı ve 2 Ekim 1997 tarihli Mahkeme Kararı (Altıncı Daire) – Helen Gerster ile Bavren Serbest Eyaleti – ön karar referansı: Bavren Ansbach İdari Mahkemesi – Almanya – kadın ve erkeğe eşit muamele – kamu görevlisi – yarı zamanlı istihdam – hizmet süresinin hesaplanması – Dava C -1/95.
- Schönheit ve Bucker Davalarındaki 23 Ekim 2003 tarihli Mahkeme Kararı (Beşinci Daire)
- 11.7.2006 tarihli C-13/05 sayılı davaya ilişkin Mahkeme Kararı (Büyük Daire)
- 61994J0013 sayı ve 30 Nisan 1996 tarihli Mahkeme Kararı – P v S ve Cornwall Bölge Konseyi – ön karar referansı : Sanayi Mahkemesi – Truro – Birleşik Krallık – kadın ve erkeğe eşit muamele – transseksüellerin işten çıkarılması – Dava C – 13/94.
- 14.7.1994 tarihli karar – Dava C – 32/93 – Mahkeme Kararı (Beşinci Daire)
- 61989J003 sayı ve 27 Haziran 1990 tarihli Mahkeme Kararı (Altıncı Daire) – Maria Kowalska ile Freie und Handstadt Hamburg – Ön karar referansı : Hamburg İş Mahkemesi – Almanya – istihdamın feshi sonrasındaki işten ayrılma tazminatı – yarı zamanlı işçilerin haric tutulması – AET Antlaşmasının 119. Maddesi – Dava C – 33/89.
- Komisyon ile Fransa davası – Mahkeme Kararı (Beşinci Daire) – 24 Eylül 1998- Dava C – 35/97.
- Dava C – 54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding ile Firma Feryn NV, ön karar referansı: Arbeidshof te Brussel- personel seçiminde ayrımcılık kriterleri- ispat yükü – cezalar.
- 61999J0079 sayı ve 7 Aralık 2000 tarihli Mahkeme Kararı – Julia Schnorbus ile Land Hessen- ön karar referansı: Frankfurt/ Main İdari Mahkemesi – Almanya – kadın ve erkeğe eşit muamele – Land Hesse'de uygulamalı yasal eğitime erişim kuralları – askerlik veya sivil hizmetini tamamlamış olan başvuru sahiplerine öncelik verilmesi – Dava C-79/99.
- 61994J0116 sayı ve 13 Temmuz 1995 tarihli Mahkeme Kararı (dördüncü Daire) – Jennifer Meyers ile Yargılama Görevlisi, Londra – Birleşik Krallık – Kadın ve erkeğe eşit muamele – 76/207/AET Yönergesi – istihdama erişimi düzenleyen koşullar – çalışma koşulları – aile kredisi – Dava C – 116/94.
- Dava C – 117/01 K.B ile Ulusal Sağlık Hizmeti Emeklilik Kurumu ve Sağlık Sekreterliği – ön karar referansı: Temyiz mahkemesi (İngiltere ve Wales) Sivil Bölüm)
- 61999J0157 sayı ve 12 Temmuz 2001 tarihli mahkeme kararı – B.S.M Geraets – Smits ile Stichting Ziekenfonds VGZ ve H.T.M. Peerbooms ile Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen – ön karar referansı: Arrondissementsrechtbank te Roermond – Hollanda – hizmet sunma özgürlüğü – AT Antlaşması 59. Madde (değişiklik sonrası AT 49. Madde olmuştur) ve AT Antlaşmasının 60. Maddesi (Artık AT 50. Madde) – hastalık sigortası – aynı fayda sağlayan sistem – anlaşmalar sistemi – başka bir Üye Devlette tahakkuk eden hastanede tedavi masrafları – eski yetkilendirme – kriterler – gerekçelendirme – Dava C – 157/99.
- 61996J0158 sayı ve 28 Nisan 1998 tarihli Mahkeme Kararı – Raymond Kohl ile Union des caisses de maladie – ön karar referansı: Yargıtay – Grand duchy of Luxemburg – hizmet sunma özgürlüğü – diğer bir Üye Devlette tahakkuk eden sağlık giderlerinin geri ödenmesi – yetkin kurumun önceden yetkilendirilmesi – kamu sağlığı – dış tedavisi – Dava C – 158/96.
- 61997J0167 sayı ve 9 Şubat 1999 tarihli Mahkeme Kararı – Regina ile İstihdam Devlet Bakanlığı, başvuru Nicole Seymour – Smith ve Laura Perez- ön karar referansı: Lordlar Kamarası – Birleşik Krallık – Kadın ve erkek – eşit ücret- eşit muamele – adil olmayan işten çıkarma için tazminat – “ücret” tanımı – işçinin adil olmayan şekilde işten çıkarılmama hakkı – AT Antlaşması'nın 119. Maddesi veya 76/207/EEC Yönergesi kapsamında olup olmadığı - AT Antlaşması 119. Maddenin amacına yönelik olarak ulusal tedbirin dolaylı ayrımcılık teşkil edip etmediğinin tespiti için hukuki test – nesnel gerekçelendirme – Dava C – 167/97.

- 61988J0171 sayı ve 13 Temmuz 1989 tarihli Mahkeme Kararı (Altıncı Daire) – Ingrid Rinner – Kühn ile FWW Özel Bina Temizliği GmbH & Co KG. – ön karar referansı : Oldenburg İş Mahkemesi – Almanya – hastalık durumunda ücret ödenmeye devam edilmesi – yarı zamanlı çalışanların hariç tutulması – AAT antlaşması 119. Maddesi – Dava 171/88
- 61988J0177 sayı ve 8 Kasım 1990 tarihli Mahkeme Kararı – Elisabeth Johanna Pacifia Dekker ile Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (JVJ – Centrum) Plus – ön karar referansı: Hoge Raad – Hollanda. – Kadın ve erkeğe eşit muamele – Hamile kadının atanmasının reddi – Dava C – 177/88.
- 61989J0184 sayı ve 7 Şubat 1991 tarihli Mahkeme Kararı (Altıncı Daire).- Helga Nimz ile Freie und Hansestadt Hamburg. – ön karar referansı: Hamburg İş Mahkemesi – Almanya. – Daha yüksek maaş derecesi sınıflandırması – yarı zamanlı çalışanlar için vasıf döneminin iki katına çıkarılması – dolaylı ayrımcılık – Dava C – 184/89.
- Dava C – 200/02 – Kunqian Catherine Zhu ve Man Lavette Chen ile İkamet Dairesi Devlet Bakanlığı – ön karar referansı – Göç Makamı) (oturma hakkı – bir Üye Devletin uyruğuna sahip bir çocuğun başka bir Üye Devletle ikamet etmesi – ebeveynler üye olmayan ülke vatandaşı – annenin diğer üye ülkede oturma hakkı)
- 3 Şubat 2000 tarihli Mahkeme Kararı (Altıncı Daire) – Dava C – 207/98
- 30.03.2000 tarihli karar – Dava C – 236/98 – Mahkeme Kararı (Altıncı Daire)
- 61995J0243 sayı ve 17 Haziran 1998 tarihli mahkeme kararı (altıncı daire) – Kathleen Hill ve Ann Stapleton ile Gelir Komisyoncuları ve Finans Departmanı – ön karar referansı: İş Mahkemesi – Dublin – İrlanda – Kadın ve erkeğe eşit muamele – ulusal memurlar – görev paylaşımı çizelgesi – çalışanlar güncel saat kirlerine göre belirlenen artan kredi – dolaylı ayrımcılık – Dava C -243/95.
- 13 Ocak 2004 tarihli Mahkeme Kararı – Dava C – 256/01
- 61988J0262 sayı ve 17 Mayıs 1990 tarihli Mahkeme Kararı – Douglas Harvev Barber ile Guardian Royal Exchange Assurance Group – ön karar referansı: temyiz mahkemesi (İngiltere) – Birleşik Krallık – sosyal politika – kadın ve erkeğe eşit ücret – zorunlu işsizlik – emeklilik maaşının erken ödenmesi – Dava C – 262/88.
- Dava C -267/06 – Tadao Maruko ile Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (ön karar referansı Münih Bavarya İdari Mahkemesi)
- 61997J0273 sayı ve 26 Ekim 1999 tarihli Mahkeme Kararı – Angela Maria Sirdar ile Ordu Kurulu ve Savunma Bakanlığı – ön karar referansı:Sanayi Mahkemesi – Bury St. Edmunds – Birleşik Krallık – kadın ve erkeğe eşit muamele – Kraliyet Deniz Kuvvetlerinde bir kadının şef olarak istihdamının reddi – Dava C – 273/97.
- 61998J0285 sayı ve 11 Ocak 2000 tarihli Mahkeme Kararı – Tanja Kreil ile Almanya Cumhuriyeti – ön karar referansı: Hannover İdari Mahkemesi – Almanya – kadın ve erkeğe eşit muamele – Bundeswehr'deki askeri pozisyonlara kadınların erişiminin sınırlandırılması – Dava C – 285/98
- Dava C – 303/06 – S. Coleman ile Attridge Law ve Steve Law (ön karar referansı: İş Mahkemesi , Güney Londra)
- 61993J0317 sayı ve 14 Aralık 1995 tarihli Mahkeme Kararı – Inge Nolte ile Hannover Ulusal Sigorta Bürosu – ön karar referansı: Hannover Sosyal Mahkemesi – Almanya. Sosyal güvenlik konularında kadın ve erkeğe eşit muamele – 79/7/EEC Yönergesinin 4(1). Maddesi – zorunlu maluliyet ve yaşlılık sigortasından küçük istihdamlann hariç tutulması – Dava C – 317/93.
- 61997J0333 sayı ve 21 Ekim 1999 tarihli Mahkeme Kararı (Altıncı Daire) – Susanne Lewen ile Lothar Denda – ön karar referansı: Gelsenkirchen İş Mahkemesi – Almanya – erkek ve kadın işçiler için eşit ücret – Noel primine hak kazanma – annelik izni ve gebelik izni – Dava C – 333/97.
- De Weerd ve Diğerleri – Mahkeme Kararı (Altıncı Daire) – 24 Şubat 1994 – Dava C – 343/92.
- Dava C – 362/06 P Markku Sahlstedt ve Diğerleri ile Avrupa Toplulukları Komisyonu
- 12 Haziran 2008 tarihli Mahkeme Emri (Üçüncü Daire) – Vassilakis ile Dimos Kerkyraion (Dava C -364/07)
- Mahkeme Kararı (Üçüncü Daire) 23 Nisan 2009
- 61987J0379 sayı ve 28 Kasım 1989 tarihli Mahkeme Kararı – Anita Groener ile Eğitim Bakanı ve Dublin Şehri Mesleki Eğitim Komitesi – ön karar referansı: Yüksek Mahkeme – İrlanda- işçilerin serbest dolaşımı – evsahibi ülkenini resmi dilini bilme – Dava C – 379/87.
- Brunnhofer Mahkeme Kararı (Altıncı Daire) 26 Haziran 2001 – Dava C -381/99.
- Dava C- 385/99 V.G. Müler- Faure ile Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA ve E.E.M. van Riet ile Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen

**AİHM ve Avrupa Konseyi Belgeleri****AİHM İçtihadı**

- o "Belçika'da Eğitimde Dil Kullanımına İlişkin Kanunların Belirli Yönlerine İlişkin" Dava- Belçika (Esaslar) (Başvuru no. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64) – Karar- 23 Temmuz 1968
- o Baczkowski ve Diğerleri - Polonya Davası (Başvuru no. 1543/60) – Karar – 3 Mayıs 2007 – Kesinleşmiş Karar– 24/09/2007
- o Pretty ile Birleşik Krallık Davası (Başvuru no. 2346/02) – Karar- Strazburg – 29 Nisan 2002 – Kesinleşmiş Karar– 29/07/2002
- o Engel ve Diğerleri ile Hollanda Davası (Başvuru no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72) Karar- 8 Haziran 1976
- o Handyside - Birleşik Krallık Davası (Başvuru no. 5493/72) – Karar- 7 Aralık 1976
- o Dokic - Bosna- Hersek Davası (Başvuru no. 6518/04) – Karar- 27 Mayıs 2010 – Kesinleşmiş Karar 04/10/2010
- o Campbell ve Cosans - Birleşik Krallık Davası (Başvuru no. 7511/76; 7743/76) Karar- 25 Şubat 1982
- o Dudgeon - Birleşik Krallık Davası (Başvuru no. 7525/76) – Karar- 22 Ekim 1981
- o Pearson - Birleşik Krallık Davası (Başvuru no. 8374/03) – Karar – 22 Ağustos 2006 – Kesinleşmiş Karar 11/12/2006
- o Rasmussen - Danimarka Davası (Başvuru no. 8777/79) – Karar – 22 Kasım 1984
- o Bouamar - Belçika Davası (Başvuru 9106/80) – Karar – 29 Şubat 1988
- o Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı – Birleşik Krallık Davası (Başvuru no. 9214/80; 9473/81; 9474/81) – Karar – 28 Mayıs 1985
- o Affaire Willem – Fransa Davası (Başvuru no. 10883/05) Karar 16 Temmuz 2009 – Kesinleşmiş Karar 10/12/2009 (Fransızca)
- o Castells – İspanya Davası (Başvuru no. 11798/85) – Karar – 23 Nisan 1992
- o Moustaqim – Belçika Davası (Başvuru no. 12313/86) – Karar – 18 Şubat 1991
- o Burden – Birleşik Krallık Davası (Başvuru no. 13378/05) – Karar – 29 Nisan 2008
- o Gior – İsviçre Davası (Başvuru no. 13444/04) – 30 Nisan 2009 – Kesinleşmiş Karar 06/11/2009 (Fransızca)
- o Petrov – Bulgaristan Davası (Başvuru no. 15197/02) – Karar- 22 Mayıs 2008 – Kesinleşmiş Karar 22/08/2008
- o Loizidou – Türkiye Davası (Başvuru no. 15318 /89) (Başvuru no. 15318/89) – Karar – 18 Aralık 1996
- o Feret – Belçika Davası (Başvuru no. 15615/07) – Karar- 16 Temmuz 2009 – Kesinleşmiş Karar 10/12/2009 (Fransızca)
- o Orsus ve Diğerleri – Hırvatistan Davası (Başvuru no. 15766/03) – Karar – 16 Mart 2010
- o Zarb Adamı – Malta Davası (Başvuru no. 17209/02) – Karar- 20 Haziran 2006 – Kesinleşmiş Karar 20/09/2006
- o Gaygusuz – Avusturya Davası (Başvuru no. 17371/90) – Karar- 16 Eylül 1996
- o Moskova Scientology Kilisesi – Rusya Davası (Başvuru no. 18147/02) – Karar – 5 Nisan 2007 – Kesinleşmiş Karar 24/09/2007
- o Jean- Marie Le Pen – Fransa Davası (Başvuru no. 18788/09) Kabul edilebilirlik kararı (Fransızca)
- o Buckley – Birleşik Krallık Davası (Başvuru no. 20348/92) – Karar- 29 Eylül 1996
- o Sosyalist Parti ve Diğerleri – Türkiye Davası (Başvuru no. 20/1997/804/1007) Karar- 25 Mayıs 1998
- o C. – Belçika Davası (Başvuru no. 21794/93) – Karar – 7 Ağustos 1996
- o Chahal – Birleşik Krallık Davası (Başvuru no. 22414/ 93) – Karar – 15 Kasım 1996
- o T.– Birleşik Krallık Davası (Başvuru no. 24724/94) – Karar – 16 Aralık 1999
- o Chassagnou ve Diğerleri – Fransa Davası (Başvuru no. 25088/94, 28331/95 ve 28443/95) – Karar – 29 Nisan 1999
- o I.– Birleşik Krallık (Başvuru no. 25680/94) – Karar – 11 Temmuz 2002
- o Schwizgebel – İsviçre Davası (Başvuru no. 25762/07) – Karar – 10 Haziran 2010 – Kesinleşmiş Karar 10/09/2010 (Fransızca)
- o Köse ve Diğerleri – Türkiye Kararı
- o Bigaeva – Yunanistan Davası (Başvuru no. 26713/05) – Karar – 28 Mayıs 2009- Kesinleşmiş Karar 28/08/2009 (Fransızca)
- o Grande Oriente D'Italia Di Palazzo Guistiniani – İtalya Davası (No.2) (Başvuru no. 26740/02) – Karar – 31 Mayıs 2007 – Kesinleşmiş Karar – 31/08/2007 (Fransızca)
- o Cha'are Shalom ve Tsedek – Fransa Davası – (Başvuru no. 27417/95) – Karar – 27 Haziran 2000
- o L.- Litvanya Davası – (Başvuru no. 27527/03) – Karar – 11 Eylül 2007 – Kesinleşmiş Karar 31/03/2008
- o Sejdic ve Finci – Bosna Hersek Davası – (Başvuru no. 27996/06 ve 34836/06) – Karar – 22 Aralık 2009
- o Slawomir Musial – Polonya Davası – (Başvuru no. 28300/06) – Karar – 20 Ocak 2009 – Kesinleşmiş Karar 05/06/2000
- o Christine Goodwin – Birleşik Krallık Davası – (Başvuru no. 28957/95) – Karar – 11 Temmuz 2002
- o Ünal Tekeli – Türkiye Davası – (Başvuru no. 29865/96) – Karar – 16 Kasım 2004
- o Şahin – Almanya Davası – (Başvuru no. 30943/96) – Karar – 8 Temmuz 2003
- o Hasan ve Chaush – Bulgaristan Davası – (Başvuru no. 30985/96) – Karar – 26 Ekim 2000
- o Sommerfeld – Almanya Davası – (Başvuru no. 31871/96) – Karar – 8 Temmuz 2003

- o K.H. ve Diğerleri – Slovakya Davası – (Başvuru no. 32881/04) – Karar – 28 Nisan 2009 – Kesinleşmiş Karar 06/11/2009
- o Price – Birleşik Krallık Davası – (Başvuru no. 33394/96) – Karar – 10 Temmuz 2001 – Kesinleşmiş Karar 10/10/2001
- o Opuz – Türkiye Davası – (Başvuru no. 33401/02) – Karar – 9 Temmuz 2009 – Kesinleşmiş Karar 09/09/2009
- o Smith ve Gray – Birleşik Krallık Davası – (Başvuru no. 33985/96 ve 33986/96) – Karar – 27 Eylül 1999 – Kesinleşmiş Karar 27/12/1999
- o Thlimmenos – Yunanistan Davası – (Başvuru no. 34369/97) – Karar – 6 Nisan 2000
- o Mazurek – Fransa Davası – (Başvuru no. 34406/97) – Karar – 1 Şubat 2000 – Kesinleşmiş Karar 01/05/2000
- o Demir ve Baykara – Türkiye Davası – (Başvuru no. 34503/97) – Karar – 12 Kasım 2008
- o Van Küick – Almanya Davası – (Başvuru no. 35968/97) – Karar – 12 Haziran 2003 – Kesinleşmiş Karar 12/09/2003
- o Frette – Fransa Davası – (Başvuru no. 36515/97) – Karar – 26 Şubat 2002 – Kesinleşmiş Karar 26/05/2002
- o Paraskeva Todorova – Bulgaristan Davası – (Başvuru no. 37193/07) – Karar – 25 Mart 2010 – Kesinleşmiş Karar 25/06/2010 (Fransızca)
- o Walker – Birleşik Krallık Davası – (Başvuru no. 37212/02) – Karar – 22 Ağustos 2006 – Kesinleşmiş Karar 12/02/2007
- o D.G. – İrlanda Davası – (Başvuru no. 39474/98) – Karar – 16 Mayıs 2002 – Kesinleşmiş Karar 16/08/2002
- o Karner – Avusturya Davası – (Başvuru no. 40016/98) – Karar – 24 Temmuz 2003 – Kesinleşmiş Karar 24/10/2003
- o Secic – Hırvatistan Davası – (Başvuru no. 40116/02) – Karar – 31 Mayıs 2007 – Kesinleşmiş Karar 31/08/2007
- o Koua Poirrez – Fransa Davası – (Başvuru no. 40892/98) – Karar – 30 Eylül 2003 – Kesinleşmiş Karar 31/12/2003
- o Moldovan ve Diğerleri – Romanya Davası – (Başvuru no. 41138/98 ve 64320/01) – Karar – 12 Temmuz 2005 – Kesinleşmiş Karar 30/11/2005
- o Carson ve Diğerleri – Birleşik Krallık Davası – (Başvuru no. 42184/05) – Karar – 16 Mart 2010
- o Dahlab – İsviçre Davası Kararı
- o Barrow – Birleşik Krallık Davası – (Başvuru no. 42735/02) – Karar – 22 Ağustos 2006 – Kesinleşmiş Karar 22/11/2006
- o E.B. – Fransa Davası – (Başvuru no. 43546/02) – Karar – 22 Ocak 2008
- o Nachova ve Diğerleri – Bulgaristan Davası – (Başvuru no. 43577/98 ve 43579/98) – Karar – 6 Temmuz 2005
- o Turan Çakır – Belçika Davası – (Başvuru no. 44256/06) – Karar – 10 Mart 2009 – Kesinleşmiş Karar 10/06/2009 (Fransızca)
- o Weller – Macaristan Davası – (Başvuru no. 44399/05) – Karar – 31 Mart 2009 – Kesinleşmiş Karar 30/06/2009
- o S.L. – Avusturya Davası – (Başvuru no. 45330/99) – Karar – 9 Ocak 2003 – Kesinleşmiş Karar 09/04/2003
- o Anakomba Yula – Belçika Davası – (Başvuru no. 45413/07) – Karar – 10 Mart 2009 – Kesinleşmiş Karar 10/06/2009 (Fransızca)
- o Metropolitan Bessarabia Kilisesi ve Diğerleri – Moldova Davası – (Başvuru no. 45701/99) – Karar – 13 Aralık 2001 – Kesinleşmiş Karar 27/03/2002
- o Zeibek – Yunanistan Davası – (Başvuru no. 46368/06) – Karar – 9 Temmuz 2009 – Kesinleşmiş Karar 09/10/2009 (Fransızca)
- o Munoz Diaz – İspanya Davası – (Başvuru no. 49151/07) – Karar – 8 Aralık 2009 – Kesinleşmiş Karar 08/03/2010
- o Alujer Fernandez ve Caballero Garcia – İspanya Kararı
- o Sidabras ve Dziautas – Litvanya Davası – (Başvuru no. 55480/00 ve 59330/00) – Karar – 27 Temmuz 2004 – Kesinleşmiş Karar 27/10/2004
- o Andrejeva – Letonya Davası – (Başvuru no. 55707/00) – Karar – 18 Şubat 2009
- o Timishev – Rusya Davası – (Başvuru no. 55762/00 ve 55974/00) – Karar – 13 Aralık 2005 – Kesinleşmiş Karar 13/03/2006
- o D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti Davası – (Başvuru no. 57325/00) – Karar – 13 Kasım 2007
- o Wintersberger – Avusturya Davası – (Başvuru no. 57448/00) – Karar – 5 Şubat 2004
- o Gine Wilhelmina Elisabeth Hoogendijk tarafından Hollanda aleyhine yapılan 58641/00 sayılı başvurunun kabul edilebilirlik kararı
- o Stec ve diğerleri – Birleşik Krallık davası – (Başvuru no. 65731/01 ve 65900/01) – Karar- 12 Nisan 2006
- o Danilenkov ve diğerleri – Rusya Davası Davası – (Başvuru no. 67336/01) – Karar – 30 Temmuz 2009 – Kesinleşmiş Karar 10/12/2009
- o Steel ve Morris – Birleşik Krallık Davası – (Başvuru no. 68416/01) – Karar – 15 Şubat 2005 – Kesinleşmiş Karar 15/05/2005
- o Aziz – Kıbrıs Davası – (Başvuru no. 69949/01) – Karar – 22 Haziran 2004 – Kesinleşmiş Karar 22/09/2004
- o Yahova Şahitleri Gldani Cemaatinin 97 Üyesi ve 4 Kişi – Gürcistan Davası – (Başvuru no. 71156/01) – Karar – 3 Mayıs 2007 – Kesinleşmiş Karar 03/08/2007
- o Balsyte – Lideikiene – Litvanya Davası – (Başvuru no. 72596/01) – Karar – 4 Kasım 2008 – Kesinleşmiş Karar 04/02/2009
- o Kurtuluş Ordusu Moskova Şubesi – Rusya Davası – (Başvuru no. 72881/01) – Karar – 4 Ekim 2006 – Kesinleşmiş Karar 05/01/2007
- o Luczak – Polonya Davası – (Başvuru no. 77782/01) – Karar – 27 Kasım 2007 – Kesinleşmiş Karar 02/06/2008

**Avrupa Sosyal Haklar Komitesi İctihadi**

- o Zihinsel Engellileri Savunma Merkezi (MDAC) –Bulgaristan Davası – Şikayet no. 41/2007, 2 Haziran 2008 tarihli Karar
- o SUD Travail Affaires Sociales – Fransa Davası- Şikayet no. 24/2004 – Karar

**Çevrimiçi Kaynaklar**

Aşağıda listesi verilen kaynaklar Avrupa Konseyi'nin HELP (Human Rights Education for Legal Professionals) programı internet sitesinden temin edilebilir ( <http://www.coehelp.org> ).

- o Vaka çalışmaları
  - 2. Madde
    - Vaka çalışması 1 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. ve 14. Maddeleri ( eski eş tarafından şiddet uygulanması – annenin ölümü + doğmamış çocuk)
    - Vaka çalışması 2 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. ve 14. Maddeleri ( bombalı saldırı – suçsuz şahısların polis tarafından öldürülmesi)
    - Vaka çalışması 3 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2, 3 ve 6. Maddeleri ( sığınmacı, zina)
    - Vaka çalışması 4 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesi (öğretmen tarafından yapılan tehditler)
  - 3. Madde
    - Vaka çalışması 3 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2, 3 ve 6. Maddeleri ( sığınmacı, zina)
    - Vaka çalışması 5 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi ( St Kitts'teki AIDS hastası)
    - Vaka çalışması 6 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi ( gözaltındaki engelli şahsa yapılan muamele)
    - Vaka çalışması 7 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi (sınır dışı etme)
    - Vaka çalışması 8 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi (işkence tanımlama/ kötü muamele)
    - Vaka çalışması 9 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi (sığınmacı)
    - Vaka çalışması 10 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi (hapishanedeki kötü muamele)
    - Vaka çalışması 11 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi (polis zulmü)
    - Vaka çalışması 12 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5, 6 ve 13. Maddeleri (alkolizm, kötü muamele)
    - Vaka çalışması 13 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi (sığınmacının sınır dışı edilmesi)
    - Vaka çalışması 14 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi (gözaltında kötü muamele)
    - Vaka çalışması 15 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5, 6, 8, 13 ve 14. Maddeleri (Roman şahsın tutuklanması, yargılamaya öncesi gözaltına alınması ve kötü muamele görmesi)
    - Vaka çalışması 16 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3 ve 5. Maddeleri (bombalı saldırı – tutuklama, gözaltına alma, kötü muamele)
    - Vaka çalışması 17 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5 ve 13. Maddeleri (kaybolma, gözaltında kötü muamele)
    - Vaka çalışması 18 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5 ve 13. Maddeleri (terörizm, yargılamaya öncesi gözaltına alma, kötü muamele)
    - Bir çocuğun tecavüze uğraması
  - 5. Madde
    - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. Madde – Kuramsal Dava İncelemeleri
    - Vaka çalışması 12 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5, 6 ve 13. Maddeleri (gözaltı, kötü muamele)
    - Vaka çalışması 15 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5, 6, 8, 13 ve 14. Maddeleri (Roman şahsın tutuklanması, yargılamaya öncesi gözaltına alınması ve kötü muamele görmesi)
    - Vaka çalışması 16 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3 ve 5. Maddeleri (bombalı saldırı – tutuklama, gözaltına alma, kötü muamele)
    - Vaka çalışması 17 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5 ve 13. Maddeleri (kaybolma, gözaltında kötü muamele)
    - Vaka çalışması 18 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5 ve 13. Maddeleri (terörizm, yargılamaya öncesi gözaltına alma, kötü muamele)
    - Vaka çalışması 19 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 ve 6. Maddeleri (eğitim mahkemesi göz altı ve adil yargılama)
    - Vaka çalışması 20 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 ve 6. Maddeleri (akli dengesi yerinde olmayan şahsın göz altına alınması)

- Vaka çalışması 21 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 ve 6. Maddeleri (tarafsız yargılanma, hukuki yardım)
- Vaka çalışması 22 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 ve 6. Maddeleri (yargılanma öncesi gözaltı, şahitlerin dinlenmesi / mahkemenin ertelenmesi durumunda gözaltı, keyfiyete karşı usul teminatları)
- Vaka çalışması 23 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (psikiyatri hastanesinde alıkonma)
- Vaka çalışması 24 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (suçlanma ve gözaltına alınmanın tekrar edilen şekilleri)
- Vaka çalışması 25 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (5.2. Madde, terörizm, makul şüphe)
- Vaka çalışması 26 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (5.5. Madde, tazminat hakkı)
- Vaka çalışması 27 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (5. Maddenin çeşitli yönlerine ilişkin bir dizi dava incelemesi, kuramsal)
- Vaka çalışması 28 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (5. Madde, III/ bir dizi dava incelemesi)
- Vaka çalışması 29 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 6. Maddeleri (yargı öncesi göz altı, derhal hakim önüne çıkarılma)
- Vaka çalışması 30- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 6. Maddeleri (özgürlük kısıtlamaları)
- Vaka çalışması 31- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 6. Maddeleri (5. ve 6. maddenin çeşitli yönlerine ilişkin bir dizi dava incelemesi)
- Vaka çalışması 32- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 6. Maddeleri (5. ve 6. maddenin çeşitli yönlerine ilişkin bir dizi dava incelemesi)
- Vaka çalışması 33- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 10. Maddeleri (eğitim mahkemesi – azınlıklara yönelik radyo istasyonu, tutuklama ve gözaltına alma, ruhsat reddi)
- Vaka çalışması 34 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (yargılama öncesi gözaltı)
- Vaka çalışması 35- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 8. Maddeleri (eğitim mahkemesi – polis tarafından hanede arama yapılması, yargı öncesi gözaltı, kötü muamele)
- Vaka çalışması 36- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (yargı öncesi gözaltı)
- Vaka çalışması 37- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (yargı öncesi gözaltı)
- Vaka çalışması 38- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 6. Maddeleri (psikiyatrik hastanın gözaltına alınması, adil yargılanma)
- Vaka çalışması 39- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (mahkeme emri sonrası geciken tahliye)
- Vaka çalışması 40- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (gözaltı askıya alınmış suçlu idadesi)
- 6. Madde
  - Vaka çalışması 3 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2, 3 ve 6. Maddeleri ( sığınmacı, zina)
  - Vaka çalışması 12 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5, 6 ve 13. Maddeleri (gözaltı, kötü muamele)
  - Vaka çalışması 15 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5, 6, 8, 13 ve 14. Maddeleri (Roman şahsın tutuklanması, yargılama öncesi gözaltına alınması ve kötü muamele görmesi)
  - Vaka çalışması 19 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 ve 6. Maddeleri (eğitim mahkemesi göz altı ve adil yargılanma)
  - Vaka çalışması 20 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 ve 6. Maddeleri (akli dengesi yerinde olmayan şahsın göz altına alınması)
  - Vaka çalışması 21 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 ve 6. Maddeleri (tarafsız yargılanma, hukuki yardım)
  - Vaka çalışması 22 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 ve 6. Maddeleri (yargılanma öncesi gözaltı, şahitlerin dinlenmesi / mahkemenin ertelenmesi durumunda gözaltı, keyfiyete karşı usul teminatları)
  - Vaka çalışması 29 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 6. Maddeleri (yargı öncesi gözaltı, derhal hakim önüne çıkarılma)
  - Vaka çalışması 30- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 6. Maddeleri (özgürlük kısıtlamaları)
  - Vaka çalışması 31- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 6. Maddeleri (5. ve 6. maddenin çeşitli yönlerine ilişkin bir dizi dava incelemesi)
  - Vaka çalışması 32- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 6. Maddeleri (5. ve 6. maddenin çeşitli yönlerine ilişkin bir dizi dava incelemesi)
  - Vaka çalışması 38- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 6. Maddeleri (psikiyatrik hastanın gözaltına alınması, adil yargılanma)
  - Vaka çalışması 42- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (şahitlik, hukuki yardım, tercüme, tarafsız hakim, halka açık duruşma)
  - Vaka çalışması 43- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6, 7, 10 ve 14. Maddeleri (hakaret, adil yargılama)



- Vaka çalışması 44- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ve 8. Maddeleri (çocuk velayeti)
- Vaka çalışması 45- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (tarafsız mahkeme, hukuki yardım, şahitler, dokümanların çevirisi)
- Vaka çalışması 47- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (adil yargılanma, şahitlerin dinlenmesi / mahkemenin tarafsızlığı, önyargı nedeniyle hakimnin reddi)
- Vaka çalışması 48- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Sanığın şahitleri dinleme hakkı)
- Vaka çalışması 49- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (adil yargılanma)
- Vaka çalışması 50- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ve 8. Maddeleri (adil yargılanma, boşanma sonrası çocuklarla temas)
- Vaka çalışması 51- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (şüphelinin duruşmada yer alması)
- Vaka çalışması 53- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (eğitim mahkemesi – uyuşturucu satıcısı)
- Çocuk tecavüzü
- 7. Madde
  - Vaka çalışması 43- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6, 7, 10 ve 14. Maddeleri (hakaret, adil yargılama)
- 8. Madde
  - Vaka çalışması 15 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5, 6, 8, 13 ve 14. Maddeleri (Roman şahsın tutuklanması, yargılama öncesi gözaltına alınması ve kötü muamele görmesi)
  - Vaka çalışması 35- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 8. Maddeleri (eğitim mahkemesi – polis tarafından hanede arama yapılması, yargı öncesi gözaltı, kötü muamele)
  - Vaka çalışması 44- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ve 8. Maddeleri (çocuk velayeti)
  - Vaka çalışması 50- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ve 8. Maddeleri (adil yargılanma, boşanma sonrası çocuklarla temas)
  - Vaka çalışması 54 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi (8. Maddenin çeşitli yönlerine ilişkin bir dizi dava incelemesi)
  - Vaka çalışması 55 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi (8. Maddenin çeşitli yönlerine ilişkin bir dizi dava incelemesi)
  - Vaka çalışması 56 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi (8. Maddenin çeşitli yönlerine ilişkin bir dizi dava incelemesi)
  - Vaka çalışması 57 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi (8. Maddenin çeşitli yönlerine ilişkin bir dizi dava incelemesi)
  - Çocuk tecavüzü
- 9. Madde
  - Vaka çalışması 58- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9, 10 ve 11. Maddeleri (Bina kira sözleşmesinin feshi/ dini grup)
  - Vaka çalışması 59 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. Maddesi (dini özgürlüklere müdahale)
- 10. Madde
  - Vaka çalışması 33- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 10. Maddeleri (eğitim mahkemesi – azınlıklara yönelik radyo istasyonu, tutuklama ve gözaltına alma, ruhsat reddi)
  - Vaka çalışması 43- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6, 7, 10 ve 14. Maddeleri (hakaret, adil yargılama)
  - Vaka çalışması 58- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9, 10 ve 11. Maddeleri (Bina kira sözleşmesinin feshi/ dini grup)
  - Vaka çalışması 60 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi (Hakaret)
  - Vaka çalışması 61 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi (muzır neşriyat- cezaî suç / Mueller – İsviçre davası)
  - Vaka çalışması 62 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi (Rock grubu ehliyetinin reddi)
  - Vaka çalışması 63 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi (İfade özgürlüğü ve siyasi seçimler)
- 11. Madde
  - Vaka çalışması 58- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9, 10 ve 11. Maddeleri (Bina kira sözleşmesinin feshi/ dini grup)
  - Vaka çalışması 64 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. Maddesi (Kar amacı gütmeyen bir organizasyonun tescilli)
  - Vaka çalışması 65 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. Maddesi (eylemler sendika)
  - Vaka çalışması 66 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. Maddesi (komünist partinin tasfiyesi)

- 13. Madde
  - Vaka çalışması 12 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5, 6 ve 13. Maddeleri (gözetli, kötü muamele)
  - Vaka çalışması 15 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5, 6, 8, 13 ve 14. Maddeleri (Roman şahsın tutuklanması, yargılama öncesi gözetlينا alınması ve kötü muamele görmesi)
  - Vaka çalışması 17 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5 ve 13. Maddeleri (kaybolma, gözetlinda kötü muamele)
  - Vaka çalışması 18 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5 ve 13. Maddeleri (terörizm, yargılama öncesi gözetlينا alma, kötü muamele)
- 14. Madde
  - Vaka çalışması 1 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. ve 14. Maddeleri ( eski eş tarafından şiddet uygulanması – annenin ölümü + doğmamış çocuk)
  - Vaka çalışması 2 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. ve 14. Maddeleri ( bombalı saldırı – suçsuz şahısların polis tarafından öldürülmesi)
  - Vaka çalışması 15 - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 5, 6, 8, 13 ve 14. Maddeleri (Roman şahsın tutuklanması, yargılama öncesi gözetlينا alınması ve kötü muamele görmesi)
  - Vaka çalışması 43- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6, 7, 10 ve 14. Maddeleri (hakaret, adil yargılama)
- P1-1. Madde
  - Vaka çalışması 67 – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 no'lu Protokolün 1. Maddesi (devlet tarafından mülke el konulması)
  - Vaka çalışması 68 – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 no'lu Protokolün 1. Maddesi (eğitim mahkemesi - devlet tarafından mülke el konulması)
  - Vaka çalışması 69 – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 no'lu Protokolün 1. Maddesi (arazinin istimlak edilmesi)
  - Vaka çalışması 70 – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 no'lu Protokolün 1. Maddesi (arazinin istimlak edilmesi)
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında ayrımcılığın yasaklanması – F. Edel
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında mülkiyet hakkı
- Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı
- Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü
- İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Anlaşmanın 12. Protokolü
- 12. Protokol
- İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Anlaşmanın 12. Protokolü

### İnsan Hakları Komitesi

- İnsan hakları Komitesi- 10/28 Temmuz 2000 tarihli oturum – 760/1997 sayılı yazışma – görüş

### Uluslararası Adalet Divanı

- Uluslararası Adalet Divanı – 6 Nisan 1955 – Nottebohm Davası (Liechtenstein – Guatemala)

### Çevrim İçi Kaynaklar

- Ayrımcılıkla Mücadele Eğitim Kılavuzu
- Mal ve Hizmetlerde Ayrımcılıkla Mücadele
- Dinamik Yorumlama – Avrupa Ayrımcılıkla Mücadele Kanunu Uygulaması
  - 1. Cilt
  - 2. Cilt
  - 3. Cilt
  - 4. Cilt
- Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı – İrk Eşitliği Yönergesinin Etkisi – Avrupa Birliği'ndeki sendika ve işverenlerin görüşleri – AB'de temel haklar mimarisinin güçlendirilmesi
- Yogyakarta İlkeleri – Cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kimliği açısından Uluslararası insan hakları hukukunun uygulanmasındaki ilkeler

İnternet üzerinde Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ile ilgili çok miktarda bilgi vardır. Bu bilgilere fra.europa.eu adresindeki FRA web sitesinden ulaşılabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin echr.coe.int adresindeki web sitesinde Mahkemenin içtihatları hakkında daha çok bilgi vardır. HUDOC arama portalı, İngilizce ve/veya Fransızca hükümler ve kararlara, başka dillerdeki çevirilere, aylık içtihat ilgi notlarına, basın duyurularına ve Mahkemenin çalışmalarına ilgili diğer bilgilere erişim sunar.

### **AB yayınlarını temin etme yolları**

#### **Ücretsiz yayınlar:**

- EU Bookshop yoluyla (<http://bookshop.europa.eu>);
- Avrupa Birliği temsilcilikleri veya delegasyonları yoluyla. Onların irtibat bilgilerini internet üzerinden (<http://ec.europa.eu>) veya +352 2929-42758'e bir faks göndererek elde edebilirsiniz.

#### **Ücretli yayınlar:**

- EU Bookshop yoluyla (<http://bookshop.europa.eu>).

#### **Bedelli abonelikler (örneğin Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin yıllık dizileri ve Avrupa Birliği Adalet Divanı önündeki davaların raporları):**

- Avrupa Birliği Yayınlar Ofisinin satış acenteleri yoluyla ([http://publications.europa.eu/others/agents/index\\_en.htm](http://publications.europa.eu/others/agents/index_en.htm)).

### **Avrupa Konseyi yayınlarını temin etme yolları**

Avrupa Konseyi Yayıncılık, örgütün bütün ilgi alanlarında, insan hakları, hukuk bilimi, sağlık, etik, toplumsal konular, çevre, eğitim, kültür, spor, gençlik ve mimari miras konularında yapıtlar üretir. Geniş kapsamlı katalogdan kitaplar ve elektronik yayınlar çevrim içi olarak sipariş edilebilir (<http://book.coe.int/>).

Bir sanal okuma odası, kullanıcılara, yakın tarihte çıkmış başlıca yapıtlardan bölümler veya bazı resmi belgelerin tam metinlerini bedelsiz okuma olanağını verir.

Avrupa Konseyi Sözleşmeleri üzerine genel bilgilere ve bu sözleşmelerin tam metinlerine Sözleşmeler Ofisi web sitesinden ulaşılabilir: <http://conventions.coe.int/>.



AB ayrımcılık yasağı yönergeleriyle ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesi ve 12 no'lu protokolüyle oluşan Avrupa ayrımcılık yasağı hukukunda çeşitli bağlamlar ve temelerde ayrımcılık yasak edilir. Bu El Kitabı, tamamlayıcı sistemler olarak bu iki kaynaktan doğan ayrımcılık yasağı hukukunu incelemekte, örtüşükleri noktalarda bunlara karşılıklı olarak dayanmakta, mevcut olan farkları da aydınlatmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından ayrımcılık yasağı alanında geliştirilen büyük miktarda içtihat göz önüne alındığında, AB ve Avrupa Konseyi Üye Devletlerinde ve bunların ötesinde, yargıçlar, savcılar, avukatlar ve kanun yürütme memurları gibi hukuki uygulamalara yönelik, kolayca erişilebilen, bir CD-Rom ile birlikte bir el kitabı sunmak yararlı görünüyordu.

### **AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR AJANSI**

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS  
Schwarzenbergplatz 11 - 1040 Vienna - Austria  
Tel. +43 (1) 580 30-60 - Fax +43 (1) 580 30-693  
fra.europa.eu - info@fra.europa.eu

### **AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ**

67075 Strasbourg Cedex - France  
Tel. +33 (0) 3 88 41 20 18 - Fax +33 (0) 3 88 41 27 30  
echr.coe.int - publishing@echr.coe.int

Funded  
by the European Union



EUROPEAN UNION



COUNCIL  
OF EUROPE  
CONSEIL  
DE L'EUROPE

Implemented  
by the Council of Europe

*Bu kitap Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Birliği ile Avrupa Konseyinin Ortak Programı olan "Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi" kapsamında basılmıştır. Projenin ihale makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.*