



Avrupa Birlięi tarafından desteklenmektedir.

KARAR ANALİZİ DİZİSİ

1 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK)

2023/345, 2023/346 ve 2023/347
Sayılı Kararlarına Dair Tespitler

Dr. Zülfiye Yılmaz

Bilkent Üniversitesi İnsan Hakları Çalışmaları
Uygulama ve Araştırma Merkezi

Karar Analizi Dizisi

1 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) 2023/345, 2023/346 ve 2023/347 Sayılı Kararlarına Dair Tespitler Dr. Zülfiye Yılmaz Bilkent Üniversitesi İnsan Hakları Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi



Başvuru Konusu Olay

2022 yılında sanatçı Gülşen Çolakoğlu'nun bir konser sırasında orkestra üyesi bir kişi hakkında sarfettiği *"İmam hatipte okumuş daha önce kendisi. Sapıklığı oradan geliyor herhalde"* sözleri nedeniyle, imam hatip lisesi mezunu üç kişi tarafından TİHEK'e yapılan başvurularda, dini inanç özgürlüğü temelinde ayrımcılık yapıldığı ve sanatçının sözlerinin nefret söylemi teşkil ettiği iddiaları kabul görmüş ve sanatçının her bir başvuru için 50.000 TL idari para cezası ödemesine karar verilmiştir. Her üç başvuruda, söz konusu ifadelerin toplumsal barış ve huzur ortamını bozup ciddi tepkiye neden olduğu ve ayrıca TİHEK'e çok sayıda başvuru ulaştığı, verilen hizmetin sınırlarını aşan inançsal hoşgörüsüzlük temelli nefret biçimlerini yayıp teşvik ettiği ve bu nedenle de ayrımcılık yasağını ihlal eder boyuta ulaştığı vurgulanmıştır. Bu çalışma kapsamında, söz konusu kararların 6701 sayılı TİHEK Kanunu, Uygulama Yönetmeliği* ve ilgili diğer ulusal ve uluslararası mevzuat ekseninde değerlendirilmesi hedeflenmektedir.

Ayrımcılığa Dair Başvurularda Esas ve Usule Dair Kabul Edilebilirlik Koşulları

TİHEK'e yapılacak olan ayrımcılık temelli başvurularda, gerçek ya da tüzel kişiler bakımından sağlanması gereken koşullar Kanun'un 17. maddesi ile Yönetmeliği'nin 30. maddesi ve devamında açıklanmıştır. Bu kapsamda hem usule hem de esasa dair kabul edilebilirlik şartları karşımıza çıkmaktadır. TİHEK'e başvuru, yargısal bir başvuru yolu değildir ve dava açma süresi içinde yapıldığında, "dava açma süresi içinde Kuruma yapılan başvurular işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur." (Kanun Madde 17/3). İnsan hakları başvuru mekanizmalarında izlenen usule paralel olarak, TİHEK Kanunu ile Uygulama Yönetmeliğinde, ön inceleme ve esas aşamasında dikkate alınacak bazı koşul ve sınırlamalar bulunmaktadır. Bu doğrultuda, usule ilişkin olarak özellikle kişi, yer, zaman ve konu bakımından bağdaşmazlık ve yetki alanı sınırlamaları karşımıza çıkarken; esas bakımından ise başvurunun dayanağı, görünür ya da açık bir ihlalin bulunup bulunmadığı, delil yokluğu ile başvuru yapanın uğradığı zararın önemi gibi hususlar TİHEK tarafından dikkate alınmaktadır. TİHEK, Yönetmelik uyarınca başvurular hakkında incelenemezlik, gerekçeli kabul edilemezlik, ilgili tarafa gönderme kararı, uzlaşma kararı, ihlal kararı, ret kararı, başvuru devam ederken dava açılması halinde karar verilmesine yer olmadığına ilişkin kararlar verebilmektedir (Yönetmelik Madde 65-73).

*TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNUNUN UYGULANMASINA İLİŞKİN USUL VE ESASLAR HAKKINDA YÖNETMELİK

Bir ayrımcılık iddiasıyla kendisine başvurulduğunda, TİHEK'in konu bakımından yetki alanının tespiti önem kazanmaktadır. TİHEK Kanununun 1. maddesi uyarınca, insan onurunu esas alan bir temel hakların korunması, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması ve ilgili başvurular bakımından özellikle önem arz eden *"hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi"* görevleri dikkate alınacaktır. Son olarak görev bakımından atıf yapılan yararlanma, ayrımcılığın önlenmesinde Kurum'un yetki alanına giren konularla bağlantılıdır ve TİHEK Kanununun 5. maddesinde Ayrımcılık Yasağının Kapsamı başlığıyla düzenlenmiştir. Buna göre;

"Madde 5(1): Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar."

Kanunun 2. maddesi ile 4. maddesinde yer verilen ayrımcılık talimatı, ayrı tutma, doğrudan ayrımcılık ile varsayılan temele dayalı ayrımcılık kavramları da söz konusu ifadelerle karşı yapılan başvurular bakımından yapılacak değerlendirmelerde akılda tutulmalıdır.

Bu doğrultuda,

Ayrımcılık talimatı: Bir kişinin kendi nam veya hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı kişilere veya bir kamu görevlisinin diğer kişilere verdiği ayrımcılık yapılmasına yönelik talimatı,

Ayrı tutma: Kişilerin Kanunda sayılan temellerden biri veya birden fazlası nedeniyle, bir eylem veya eylemsizliğin sonucu olarak diğerlerinden ayrı tutulması durumu,

Doğrudan ayrımcılık: Bir gerçek veya tüzel kişinin, hukukten tanınmış hak ve özgürlüklerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi,

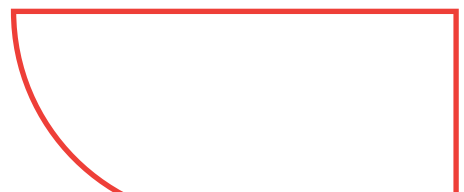
Varsayılan temelde ayrımcılık: Bir gerçek veya tüzel kişinin, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerinden birisiyle gerçekte ilgisi olmamasına rağmen, bu temellerden birisini taşıdığı sanılarak hukukten tanınmış hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından ayrımcı muameleye maruz kalmasını ifade etmektedir. (TİHEK Kanunu 2.Madde)

Olay bir konser sırasında meydana geldiğinden dolayı, sanatçının bir *kültür hizmeti* sunduğunu söylemek mümkündür. Konunun, TİHEK'in konu bakımından yetki alanına girmesi için diğer bir koşul ise, bu hizmetten yararlanmakta olan, yararlanmak üzere başvurmuş ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi (ler) aleyhine bir veya birden fazla yasaklı zeminde ayrımcılık yapılması, yapıldığı iddiasının ileri sürülmesi gereğidir.

Mağdur sıfatının tespitiyle ilgili Kanunun 17. maddesindeki, *"Ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan"* kişilerin TİHEK'e başvurabileceği düzenlemesinin, konu bakımından yetki alanını düzenleyen 5. maddedeki sınırlamalarla birlikte sistematik bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekecektir. Nitekim, her üç karardaki karşı oylarda, başvurunun kabul edilmesi için bu koşulların sağlanmadığı vurgulanmıştır.

Başvurulara ilişkin TİHEK Kanunu (Madde 17/2) ve Uygulama Yönetmeliğinde (Madde 68) yer alan bir diğer koşul ise, TİHEK başvurusu öncesi ilgililerin, TİHEK Kanununa aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini, kanuna aykırı uygulamayı yapandan talep etmesi gereğidir. Ancak, *telafisi güç ve imkânsız zararların doğması ihtimalinde*, bu şart sağlanmasa da TİHEK ilgili başvuruyu dikkate alacaktır. Yönetmelik uyarınca bu durumda, hakkında şikâyet olan tarafa başvuruyu TİHEK kendisi gönderme kararı alacaktır. Fakat bunun istisnası da yine telafisi güç veya imkânsız zarar koşuludur. İncelediğimiz her üç başvuru bakımından, Kanun ve Yönetmelikte bahsedilen bu usuli kabul edilebilirlik koşuluna dair inceleme yapılmamış ya da istisna hükmün uygulanmasına imkân veren telafisi güç ya da imkânsız zarara dair herhangi bir gerekçelendirme bulunmamaktadır.

TİHEK kararlarında geçmişten bu yana, izlenecek usul konusunda yeknesak bir uygulama kriteri geliştirilmesinde yaşanan sorunlar, bu başvurular açısından da yapısal bir sorun olarak devam etmiştir. Örneğin 2019'da verilen bir kararda mobbinge/psikolojik tacize uğradığını iddia eden başvuruçunun, kurumundan bu durumun düzeltilmesini istediğine dair bilgi/belge sunamaması, başvurunun gereken şartları taşımadığı gerekçesiyle reddedilmesine ve ancak bu şart gerçekleşikten sonra yapılan ikinci başvurunun dikkate alınmasına yol açmıştır (Karar No:2019/362). Ön başvuru şartı sağlanmadan yapılan bir başka başvuruda, bu husus dikkate alınmadan esas incelemesi yapılması, başvurunun işlemde kaldırılması gerekirken incelenmesi ve karar verilmesi, usule uyulmadığı gerekçesiyle karşı oylarda Kurul üyeleri tarafından eleştirilmiştir (K.2019/64).



Her üç başvuruya ilişkin bir diğer kabul edilebilirlik sorunu ise, başvurunun konusunu oluşturan ifadelerin, başvurular yapıldığı sırada bir ceza davasının konusu olmasıdır. TİHEK Kanunu uyarınca (Madde 17/4) yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, TİHEK başvurusu konusu yapılamaz. Yönetmelikte bu koşul yanında dava konusu olmuş başvuruların işleme konulmayacağına dair hüküm (Madde 45) bulunmaktadır. Yönetmelik uyarınca, şayet TİHEK başvurusu sonrasında, başvuru konusu hakkında dava açılmışsa, karar verilmesine yer olmadığına dair karar alınacağı belirtilmektedir (Yönetmelik Madde 73).

İncelemeye konu her üç kararda da bu koşullara dair bir değerlendirme bulunmamaktadır. Oysa, sanatçının sözleri nedeniyle hakkında bir ceza davası olduğu; yürütülen adli kovuşturmada, ilgili sözlerin TCK Madde 216 kapsamında, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik etme suçu bağlamında tartışıldığı kamuoyu tarafından bilinmektedir. Kararlara karşı yazılan karşı oylarda vurgulanan şu detay bu tespit bakımından değerlidir: “İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Basın Suçları Soruşturma Bürosu tarafından gönderilen muhatap hakkındaki 2022/... sayılı *iddianame, video çözümleme tutanağı ile özellikle muhatap yazılı görüşü ekinde gönderilen olay anına ilişkin video kayıtları*” TİHEK tarafından incelenmiştir. Haliyle ilgili soruşturma, Kurum’un bilgisi dahilindedir. Yönetmelik Madde 66 uyarınca ön inceleme aşamasında incelenemezlik kararı verilmesinin şartları arasında, yargı yetkisinin kullanılmasına dair başvurular hükmü somutlaştırılmıştır ve başvuruya ilişkin görülmekte olan davalar da kapsama alınmıştır. Her ne kadar yürütülen ceza davası ile TİHEK başvurularının tarafları aynı olmasa da başvuru konusunun yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin olması, ilgili başvuruların TİHEK’in konu bakımından yetki alanına girmediği tespiti için yeterli kabul edilmelidir.

Ön inceleme aşamasında değerlendirilmeyen bu kriterin Kurul tarafından, esas incelemesinde ön sorun yapılması ve değerlendirme sonucunda gerekçeli kabul edilemezlik kararı (Yönetmelik Madde 67) verilmesi gündeme gelebilirdi. Nitekim geçmişte aynı konuda savcılık tarafından kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi veya TİHEK’e iletilen iddiaların bir kısmının savcılık aşamasında derdest olması dahi başvurunun yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin olması gerekçesiyle kabul edilemez bulunmasına neden olmuştur (K.2019/61).

Bu başlık altında ele alınması gereken son husus, başvuruocuların mağdur sıfatını ortaya koymaları bakımından kendilerinden beklenen, ayrımcılık yasağının ihlaline dair kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların ortaya konulması ve bu halde ispat yükünün yer değiştirmesi ile birlikte karşı tarafın ayrımcılık yapmadığını ispat etmesi gereğidir (Kanun Madde 21).

Bu kriter, usule ilişkin olarak şikayetin nitelendirilmesi ve başvuru amacının somutlaştırılması bakımından, esasa ilişkin olarak ise ihlal ve zararın ortaya konması bakımından kabul edilebilirliğin ve nihayet esas incelemesinde yapılacak değerlendirmenin temelini oluşturmaktadır. Nitekim TİHEK'in önceki kararlarında bu kritere dair değerlendirmelere rastlamak mümkündür.

Somut olayda her üç başvurucu, ayrımcılığa uğradıkları iddialarına dair yalnızca ilgili konseri ve ifadeleri sosyal medyadan gördüklerine/duyduklarına dair beyanlar ileri sürmüştür; ifadeler nedeniyle uğradıkları zararın güncelliği, kişiselliği ve doğrudan etkisine dair herhangi bir belge ya da bilgi sunmamışlardır. Burada mağduriyete esas yegane unsur, her üç başvurunun da imam hatip lisesi mezunu olmalarıdır. Her üç başvuru bakımından karşı oy metinlerinde de tartışılan bu hususu, biraz daha detaylandırmak gerekecektir.

TİHEK, geçmiş kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadından yola çıkarak, *ayrımcılığın ispatının zor olduğunu, makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde "güçlü, açık ve birbiriyle uyumlu çıkarsamalardan ya da yeterince çürütülememiş maddi olguların ya da kanıt başlangıcının sunulması gereğine"* atıf yapmıştır. Örneğin bir kararında, başvurucuya doğrudan yazıştığı emlak danışmanı tarafından, mesajla *"evi bir İranlıya kiralamak istiyor"* ifadesinin iletilmesinin, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir beyan olabileceği ve ayrımcılığı kanıtlayacak kuvvette emare ya da olgu olarak yeterli olmadığı gerekçesiyle ayrımcılık oluşturmadığına karar vermiştir (K./2023/303). Karara konu olaydaki doğrudan muhataplık olgusu, ayrımcılık karinesi bakımından emare teşkil edecek güçtedir. Buradaki kuvvetli emare veya karine niteliğinde olguların önemi ise esas bakımından yapılan değerlendirmeye zemin hazırlamasıdır. Zira kuvvetli emare ya da karine niteliğinde olguların ortaya konulması halinde ispat yükü yer değiştirecektir. Nihai olarak ayrımcılık tespiti için, farklı muamelenin nesnel ve haklı bir nedene dayandırılıp dayandırılmadığı ve izlenen amaç ile araç arasında ölçülülük olup olmadığı incelemesi yapılmaktadır. Somut olayda başvurucuların iddialarını somutlaştırmasına dair herhangi bir talepte bulunulmamış; ispat yükü doğrudan yer değiştirmiş ve bunun üzerine şikayet edilenin TİHEK'e sunduğu açıklama ve gerekçeler başvuruculara iletilmiş fakat başvurucuların bu beyanlara dair bir karşı beyanı olmamıştır. Oysa ayrımcılığın ispatlanması ve başvurucuların uğradığı zararın tespiti için bu kriterlerin sağlanması ve esas değerlendirmesi yapılması gerekirdi. Aksi halde soyut bir zarar ekseninde karara varılmış olunur ki, bu da ayrımcılığı önlemek için çalışan mekanizmaların hukuk devleti ilkesi ekseninde yüklendiği sorumluluğa ve toplum nezdindeki saygınlığına zarar verir niteliktedir.

Tespit 1

TİHEK, 6701 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliğinde öngörülen usullere uymadan olayın esasına geçerek değerlendirme yapmıştır. Ayrımcılığın önlenmesine dair yargısal makamlara başvuru öncesinde kritik bir işlev gören TİHEK'in, öngörülen usullere uymaması, etkili bir hak arama mekanizması haline gelmesini ve GANHRI* statüsü uyarınca B sınıfı akredite edilmiş bir ulusal eşitlik kurumunun misyonunu yerine getirmesini zorlaştırmaktadır.

Başvuruların Esasına Dair TİHEK'in Tespit ve Gerekçelerinin Değerlendirilmesi

TİHEK, isimlerini gizli tutan başvuruçuların ayrımcılık iddialarını, özel olarak dini inanç özgürlüğünün *forum externum* olarak tanımlanan ve kamusal alana yansıyan uygulama pratiklerini koruyan boyutu kapsamında ayrımcılık yapıp yapılmadığı temelinde değerlendirmiştir. Bunun yanında demokratik toplumda ifade özgürlüğünün sınırlarını tartışmış ve sanatçının konser sırasında söylediği ifadede geçen "sapıklık" kelimesine odaklanmıştır. İfadenin bağlamı, kararlardaki karşı oylarda vurgulandığı haliyle, tartışılmamış; din temelli hoşgörüsüzlük yansıttığı iddia edilen ifadenin *nefret söylemi* teşkil ettiğine karar verilmiştir. Söz konusu ifadenin demokratik toplumun çoğulculuk boyutu gereği korunmayan ve mazur görülmeleyen bir beyan olduğu vurgulanmıştır.

Haliyle çoğunluk kararına katılan Kurul üyelerinde, bu tür ifadelerin esasında hakkın kötüye kullanılması durumunu/halini teşkil ettiği kanısı oluşmuştur.

Esasa dair değerlendirmeye geçmeden evvel, yine karar sistematığı açısından dikkat çekici şu hususu vurgulamak gerekir: Her üç başvuruda, neredeyse birebir aynı ifadelerle ve gerekçelerle karar metni yazılmıştır. Oysa üç başvuruçunun ortak iki yönü vardır: imam hatip lisesi mezunu olmaları ve olayı sosyal medyadan görmeleri. Bununla birlikte her bir başvuruçunun, şikayetini birebir aynı terimlerle ifade etmesi, mağduriyetlerini aynı şekilde dillendirmesi; maruz bırakıldıklarını iddia ettikleri ayrımcılığın bireyselleştirilmesi ve somutlaştırılmasını imkânsız kılacak niteliktedir. Bu sorunu somutlaştırmak bakımından, karar metinlerinden alıntıladığımız ve her üç başvuruda ortak olarak ifade edilen şikayetler şöyledir:

* GANHRI: Ulusal İnsan Hakları Kurumları Küresel Ağı

“II. İNCELEME SÜRECİ 2. Başvuran, başvuru dilekçesinde özetle;

a) İfadelerini kullandığı görüntülerin sosyal medyada paylaşıldığını,

c) ilgili hükümler gereğince, imam hatip liselerinde eğitim görenlere ve bu liseden mezun olan kişilere karşı kin ve düşmanlık barındıran, damgalayan, tek tipleştiren, toplumdaki birliktelik anlayışına zarar veren söz konusu ifadelerin ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini,

Ç) Söz konusu ifadeler nedeniyle bir imam hatip lisesi mezunu olarak ayrımcılığa maruz bırakıldığını iddia ederek konu hakkında ayrımcılık yasağı kapsamında inceleme yapılmasını istemiştir”

Mağduriyeti somutlaştırmak bakımından olaydan ne kadar süre sonra, hangi sosyal medya aracı aracılığıyla sanatçının ifadesini duydukları, ifadeyi yorumlayan dolaylı bir medya aracından mı yoksa doğrudan konser kaydı aracılığı ile mi ifadeden haberdar oldukları ve hissettikleri rahatsızlığın boyutu gibi detaylar yapılacak esas değerlendirmesinde, TİHEK’e önemli veri sağlayabilirdi. Bu detaylar somutlaştırılmadığından, her üç başvurusunun söz konusu olayı adeta aynı anda, aynı sosyal medya aracı yoluyla, aynı içerikle/yorumla duyup aynı terimlerle söz konusu ifadeyi kin ve düşmanlık barındıran, tektipleştiren, damgalayan olarak sınıflandırdıkları ve aynı derecede manevi zarara uğrayıp başvuru yaptıkları izlenimi veren üç karar içeriği oluşturulmuştur.

Bunun yanında, esasa ilişkin değerlendirmeler kapsamında yapılan hukuki tespitler de hem ulusal mevzuat hem de taraf olunan temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmeler bakımından sorunludur. Esas incelemesinde yer verilen ve ifadenin dini inanç özgürlüğü temelinde ayrımcılık teşkil ettiği değerlendirmesi ile nefret söylemi tasnifi bakımından iki eksende üç kararı da yorumlamak gerekir. Öncelikle dini inanç özgürlüğünün koruduğu norm alanı bakımından bir değerlendirme ile başlayacağız.

AIHM yerleşik içtihadına göre, “belirli bir düzeyde kudret, ciddiyet, bütünlük ve önem taşıyan”¹ din, inanç ya da vicdani kanaate dair görüşler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 9. maddesi bağlamında özgürlüğün norm alanı içerisinde koruma bulmaktadır. Dini inanç özgürlüğünün içsel boyutu olarak adlandırılan *forum internum*, baskın olarak negatif müdahale yükümlülüğü gerektiren bir alanı ifade etmektedir. Devletlerden bu anlamda beklenen öncelikli tutum, farklı inanç sistemlerinin meşruluğunu tartışmak, reddetmek yerine bunlara saygı göstermektir.

¹ AIHM, Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık, B.N. 7511/76, 7743/76, 25.02.1982

Bu yaklaşımla paralel olan, Anayasa'nın 24. maddesinin 1. fıkrasında ifade edildiği haliyle, *"Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir"* düzenlemesi, laik devlet ilkesinin (Madde 2) gerektirdiği tarafsızlık anlayışının sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu halde, kişilerin hangi inanca, dine ya da kanaate sahip olacakları kendi takdirlerine bırakılmış ve kamu makamlarının ve üçüncü kişilerin müdahalesinden korunmuştur.

Forum internum ifade eden bu koruma kalkanı, Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca, olağanüstü hal rejiminde dahi müdahale edilemeyen bir çekirdek alan yaratmaktadır. Bu çekirdek alan şöyle tanımlanmıştır: *"Kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz"*. Belirtmek gerekir ki, forum internum, yine laik devlet ilkesinin sonucu olarak; belirli dine, inanca ya da vicdani kanaate sahip olmamayı ve bunları reddetmeyi de korumaktadır. Türkiye'nin taraf olduğu ve TİHEK kararlarında atıf yapılan, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesi; *"Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu benimseme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıya maruz bırakılamaz."* demektedir. Haliyle devletin din ya da inançlar karşısında objektif konumlanması olarak tanımlanan anayasal laiklik ilkesi hem inanç sistemleri hem de inanmama özgürlüğü ekseninde, kamu gücü ya da üçüncü kişilerinden sadır olabilecek baskıya karşı korunma hakkını ve bu doğrultuda kamu gücü bakımından pozitif yükümlülükleri beraberinde getirmektedir. Bu noktada, kamu gücü kullanan makamların kendi yaklaşımlarını ya da toplumun çoğunluğunun ya da azınlığının hoş gördüğü veya benimsediği yaklaşımları norm olarak topluma dayatması, laikliğin gereği olan objektif konumlanmanın zarar gördüğü bir alana kapı aralayabilecektir. Böyle bir konumlanma, özgürlüklerin korunması ve gerçekleştirilmesini sekteye uğratabileceğinden ötürü, anayasal bir görev olarak yetkinin kötüye kullanılması yasağının ihlal edilmesine neden olabilecektir. Bundan kaçınılması, *forum internum* alanının gerektirdiği pozitif yükümlülüklerin parçasıdır.

Forum internum kapsamında tanınan bir inanç sisteminin, kamusal alana yansıyan tezahür biçimlerini ifade eden boyut ise forum externum alanı olarak adlandırılır. Burada bahsi geçen tezahür biçimleri, AİHM'in ifadesiyle *"bir din ya da inanç güdüsüyle ya da etkisiyle yapılmış her eylemi kapsamaz"*.² Burada AİHM'in uyguladığı temel kriter, söz konusu pratiğin, ilgili inanç sisteminin zorunlu ifadesi olup olmadığının ulusal makamlarca araştırılmasıdır.

2. AİHM, Arrowsmith/Birleşik Krallık, B.N. 7050/75, 12.10.1978

TİHEK'e iletilen her üç başvuru bakımından yapılan bazı tespitler yukarıdaki ilkeler çerçevesinde sorunludur. TİHEK, ilgili sanatçının orkestra üyesine söylediği sözlerin, imam hatip lisesi mezunu kişilerin *forum externum* kapsamında korunan ibadet ve ayin yapma ile dini eğitim alma hakkını ihlal ettiğini düşünmektedir. *Forum externum* alanının bir dini inancın zorunlu ifadesi/pratiği olarak değerlendirildiği hatırlandığında bu tespiti sorgulamak gerekecektir. Bunun yanında TİHEK Kanununun 5.maddesi çerçevesinde, TİHEK'in konu bakımından yetki alanı içinde sayılan alanlardaki hizmetlerden yararlananlar ya da yararlanmak üzere başvuranlar ya da bilgi almak isteyenlere karşı uygulanan ve haklılaştırılmayan farklı muamelenin her bir başvuru bakımından incelenmesi gerekecektir.

İlgili kişilerin Milli Eğitim Kanunu çerçevesinde, bir ortaöğretim kurumu ve aynı zamanda bir tür meslek lisesi olarak imam hatip okullarını tercih etmesi ve hatta bu alanda eğitim alarak din görevlisi olmak istemesi, Anayasa uyarınca dini eğitim alma hakkı (Madde 24 ve Madde 42) ve kamu görevine girme hakkı (Madde 70) kapsamında korunmaktadır. Bu noktada sanatçının bu hak ya da kamu hizmetlerinden yararlanmak isteyen, yararlanmak üzere başvuran ya da bilgi almak isteyen kişilere karşı ayrımcı bir uygulaması, ayrımcılık talimatı olduğunu söylemek mümkün değildir.

"Kişilerin İslam dinini daha iyi öğrenmek, bu konuda eğitim almak, gerekirse dini bir meslek icra etmek amacıyla imam hatip okullarını tercih etmesi" özgürlüğüne yaptığı vurguda, bu özgürlüklerle sanatçının beyanı arasında TİHEK de ayrımcılık talimatı olmadığını zımnen kabul etmektedir (K.2023/347).

Zira eğitim ve mesleğe girmedeki taleplerin muhatabı esas olarak kamu gücü kullanan makamlardır ve somut olayda sanatçının konser sırasında sarf ettiği ifadelerin, kişilerin bu haklarından mahrum bırakılması ya da haklara erişimini zayıflatacak bir amacı ya da etkisi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Öte yandan yukarıda karardan alıntılan cümlelerin (*Kişilerin İslam dinini daha iyi öğrenmek için bu okulları tercih etmesi*), TİHEK gibi bir kamu kurumu tarafından karar gerekçesinde kullanılmasının sorunlu olduğunu da belirtmek gerekir.

TİHEK'in bir kamu kurumu olarak, İslam dininin daha iyi öğrenildiği nitelikli eğitimin imam hatip okullarından alındığına dair izlenim yaratma potansiyeline sahip yorumları, kurumun insan hakları koruma mekanizması ve ayrımcılığı her kesim bakımından önleme rolüne zarar verdiği gibi, İslam inancına mensup kişiler üzerinde dinin doğrusunu öğrenmek için bu okulları tercih etmelerine yönelik bir sistematik telkin ya da endoktrinasyon teşkil edebilecektir.



Sistematik telkin, devlet tarafından bir politika olarak uygulanan ve bireylerin düşünce yapısını değiştirmeyi amaçlayan ve bu nedenle Anayasa ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler tarafından korunmayan bir *forum externum* alanıdır. İmam hatip okulları milli eğitim sistemi içerisinde yer alan, kural olarak karma bir okul modelidir. Türkiye'deki tüm ortaöğretim kurumlarında din dersleri belirli bir müfredat ekseninde öğrencilere verilmektedir. Öte yandan imam hatip okullarına giden öğrencilerin tamamının belirli bir dinin öğretisi ya da meslek edinmek amacıyla bu okulları tercih ettiğini iddia etmek, ikamete dayalı kayıt sistemi ekseninde mümkün değildir. Dahası, bu okullara gitmenin dinin/İslam inancının zorunlu ifadesi olduğuna dair bir pratik tanımlaması yapmak, dinin yorumlanması anlamına geleceğinden, bir kamu kurumunun laiklik ekseninde bundan kaçınması gerekir.

Aksi halde, kamu gücü kullanan makamların kararlarını ve gerekçelerini din esasına/dinin bir yorumuna dayandırmama pozitif yükümlülüklerinin ihlali söz konusu olabilecektir. Nitekim bir kararında, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) Tuğba Arslan kararına atıfla, TİHEK şunu söylemiştir: *"Bir davranışın din veya inancın bir gerekliliği olup olmadığını değerlendirirken, bir kişinin neye inanması ve nasıl davranması gerektiğine karar vermek gibi bir durum içine girmekten sakınılması gerektiği unutulmamalıdır. (AYM, Tuğba Arslan, para.71-72)"* (K.2022/656). İmam hatip okullarına gitmek, İslam inancının zorunlu bir pratik unsuru değildir. Diğer ortaöğretim kurumlarında da bu inanca dair dersler alınması mümkündür.

Kabul edilebilirlik aşamasından itibaren, mağdur sıfatının somutlaşması amacıyla gerekli bilgilere yer verilmediğinden mağdurların uğradığı zararın dini inanç özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi bu nedenle imkansızdır. Zira başvuru kişilerin, mevcut milli eğitim sistemi içerisinde ikametgaha dayalı bir lise tercihi sonucu mu bu okullara gittiği ya da dini inançlarının kendilerince gereklerini yerine getirmek ya da din görevlisi olmak üzere mi bu okulları tercih ettikleri ve haliyle dini inanç özgürlüğü kapsamında hangi haklarının ihlal edildiği ve ne tür bir zarara uğradıklarının tespiti yapılmadan, esas incelemesinin dini inanç özgürlüğünün pratik edilmesi ve hatta dini inanç özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi hukuken kabul edilebilir bir yöntem değildir.

Ayrıca, başvuru kişilerin söz konusu ifadeler nedeniyle, karşılaştırılabilir durumda bulunan diğer okul mezunları ile hukuken tanınmış hakları bakımından eşit yararlanmalarını engelleyen, zorlaştıran bir doğrudan ayrımcılığa/ayrımcılık talimatına maruz kaldıklarını; olay ile mağduriyetleri arasında illiyet bağının somut olarak kurulabildiğini söyleyebilmek de bu bilgilerin yokluğunda mümkün değildir. Bu hususun kararlardaki karşı oylarda kısmen dillendirilmesi önemlidir; fakat çoğunluk tarafından bu türden detaylı incelemenin yapılmaması hatalıdır.

Tespit 2

TİHEK, her üç başvuruda da AYM ve AİHM içtihatları yanında, kendi Kanunu, Uygulama Yönetmeliği ve kararlarında ortaya koyduğu ayrımcılık inceleme usullerine bu olay özelinde riayet etmemiştir. Başvuruda yeterli veri olmaması; ayrımcılık yasağının TİHEK'in yetki alanına giren çerçevesi ve dini inanç özgürlüğünün ulusal ve uluslararası insan hakları hukukundaki kapsamı dikkate alındığında, somut olay bakımından dini inanç temelinde ayrımcılık tespiti yapılması teknik hukuk açısından imkân dahilinde değildir.

Dini İnanç Temelli Hoşgörüsüzlük ve Nefret Söylemi Tespitleri Karşısında İfade Özgürlüğünün Koruma Alanı

Her üç başvuru bakımından verilen kararlarda, AYM ve AİHM içtihadına atıfla, demokratik ve laik bir toplumda çoğulculuğun korunması vurgusu yoğun bir şekilde tekrar edilmektedir. Yine çoğulcu laik devletin gereği olarak, birbirleriyle çatışan düşünce, hayat tarzları ve her türlü inancın barışçıl bir aradalığı, demokratik toplumun temel değerleri arasında sayılmaktadır. Bu genel kuralın ardından; dosya kapsamında değerlendirilen konser kaydındaki görüntülerden yola çıkılarak, söz konusu sözlerin orkestra üyesine yönelmiş olduğu iddia edilse de "sapıklık" ifadesi nefret söylemi olarak değerlendirilmiştir. Bu noktada demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün koruduğu norm alanı ile bu alanın dışında kalan nefret söylemine ilişkin bir test yapılmadığı gözlemlenmektedir.

Vakidir ki; ifade özgürlüğü hem Anayasa ve AİHS hem de taraf olunan diğer insan hakları sözleşmelerinde sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiştir. Bu hakkın, somut olay ile ilgili olarak, başkalarının şöhret ve haklarının, kamu düzeninin korunması gibi meşru amaçlarla sınırlandırılması mümkündür. Bu noktada, ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki önemi dikkate alınarak, ifadenin yöneldiği kişi ya da gruplar, dillendirildiği ortam, ifadenin ortaya konulma biçimi, ifadenin sahibinin konumu demokratik bir toplumda sınırlandırmanın baskın bir sosyal ihtiyaca dayanıp dayanmadığı bakımından dikkate alınmalıdır.

AYM ve AİHM içtihadında ifade özgürlüğünün kapsamına dair vurgulanan şu çerçeveyi hatırlamak gerekir:

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. AİHS 10. maddenin 2. paragrafı uyarınca, bu kabul gören, zararsız veya kayıtsızlık içeren “bilgiler” ve “fikirler” için değil, aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir.³ AYM, ifade özgürlüğünün bir dereceye kadar abartıya ve hatta kışkırtmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir.⁴

Öte yandan ifade özgürlüğünün bireylere sorumluluk ve ödevler yüklediği de her iki yargı makamı tarafından teyit edilmektedir. Bu doğrultuda, bireylerin ifade özgürlüğünü kullanırken başkalarına zarar verecek nitelikteki söylemlerden ve saygısızlık edecek davranışlardan kaçınmaları gerekir.⁵ Bu çerçeveyi dini inançları ya da belirli bir gruba din temelinde aidiyeti söz konusu olan kişilere yönelen ifadeler bakımından da uygulamak mümkündür. Bu noktada nefret söylemi ile ifade özgürlüğü arasındaki farkı AİHM şu şekilde tanımlamaktadır: “...hoşgörü ve tüm insanların eşit haysiyetine saygı; demokratik, çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturur. Dolayısıyla, ilkesel olarak bazı demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik eden, yücelten ya da gerekçelendiren tüm ifade türlerine karşı yaptırımlar getirmek ve hatta bu ifade türlerini engellemek zorunlu görülebilir...”.⁶ Fakat bu türden ifadeler bakımından da demokratik toplumda ölçülülük değerlendirmesi yapmak gerekmektedir.

TİHEK’in somut olay bakımından atıf yaptığı Otto-Preminger kararında AİHM şunu söylemektedir: “Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik unsurları «demokratik toplumu» meydana getirir (Handyside, § 49); çoğunluğun içinde yer alan veya azınlık bir dini gruba ait, dini ibadetini yerine getirme serbestisine sahip kişiler her türlü eleştiriden uzak olduklarını düşünemezler. Bunu hoşgörüyle karşılamak ve başkalarının kendi dini inançlarını reddetmelerini ve hatta diğer kimselerin kendi inançlarına dair düşmanca doktrin propagandalarını kabul etmek durumundadırlar (Otto-Preminger-Institut, § 47)”.

3. AİHM, Castells/İspanya, B. N. 11798/85, 23.04.1992; AYM, Emin Aydın (2), B. N: 2013/3178, 25.06.2015.

4. AYM, Ali Suat Ertosun, B. No: 2013/1047, 15/4/2015; Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri, [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019.

5. AİHM, Otto-Preminger-Institut/Avusturya, B. N. 13470/87, 20.09.1994; Murphy/ İrlanda, B. N: 44179/98, 10.07.2003.

6. AİHM, Erbakan/Türkiye, B.N. 59405/00, 06.07.2006.

Örneğin Türkiye ile ilgili bir başvuruda, bir dinin kutsal sayılan değerlerine hakaret edildiği tespit edildiği halde, otomatik olarak cezalandırma yerine, sınırlamanın baskın bir sosyal ihtiyaca karşılık verip vermeyeceğinin somutlaştırılması gerekmektedir. Zira, sınırlamanın demokratik toplumda ölçülü olmaması, ifade özgürlüğünü anlamsızlaştırmak suretiyle hakkın özüne dokunabilecektir. Bu da Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca sınırlamanın sınırını oluşturmaktadır. Bu noktada ayrıca, ifade özgürlüğü sınırlandırılan kişinin toplumdaki konumu ve etkisi de dikkate alınmalıdır. TİHEK kararlarında vurgulandığı biçimiyle toplumun huzuru yanında başvuru muhatabının cezalandırılmasının toplumda yaratacağı etkinin de dikkate alınması gerekecektir. Caydırıcı etki ("chilling effect") olarak adlandırılan ve ifade özgürlüğünün özüne dokunan yaptırımların, toplumdaki diğer bireylerin benzer yaptırımlara uğramamak amacıyla geri adım atması, susturulması ya da pasivize edilmesi ve haliyle somut olaydaki yaptırımın etkisinin, kişi ve zaman bakımından ileriye dönük olarak yaygın etkiye dönüşmesi riski vardır.⁷ Caydırıcı etkinin gerçekleşmesi için mutlaka bir ceza davası olması ya da kişinin mahkûm edilmesi de gerekmemektedir. Her durumda etkisi ise kamusal alanda ifadelerin sınırlandırılması ve haliyle demokratik toplumun tolerans kabiliyetinin zayıflamasıdır.

Bu çerçeveden yola çıkarak, konser sırasında toplum tarafından bilinen bir sanatçının söylediği sözler, toplumun bir kesimi tarafından rahatsız edici, kırııcı ve hatta damgalayıcı bulunabilir. Nitekim bağlamından koparıldığında, bilinen bir sanatçı tarafından, bir gruba yönelik "sapıklık" ithamı, grubun üyelerine yönelik nefret söylemi olarak da değerlendirilebilir. Fakat somut olayda söylenen sözlerin doğrudan bir dini inanca mensup kişilere ve bu din ya da inanç sistemi tarafından kutsal sayılan değerlere yönelen bir ifade olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu husus karşı oylarda da vurgulanmıştır. Bunun yanında, ilgili kadın sanatçının kıyafeti ve duruşu nedeniyle sosyal medyada sürekli olarak gündemde tutulmasına ek olarak, bağlamından koparılan sözleri nedeniyle bir insan hakları kurumu tarafından soyut iddialar temelinde cezalandırılması caydırıcı etki niteliğinde değerlendirilmeye müsaittir. Bu noktada, TİHEK'in geçmiş kararlarında izlediği usulden yola çıkılarak, hem ifade özgürlüğü ile nefret söylemi arasında öngörülebilir ve hak lehine bir sınır çizilmesi hem de bir ölçülülük değerlendirmesi yapılması gerekirdi.

7. AİHM, Baldassi ve Diğerleri/Fransa, B.N. 15271/16 15280/16 15282/16, 11.06.2020; AİHM, Baka/Macaristan, B.N. 20261/12, 23.06.2016.

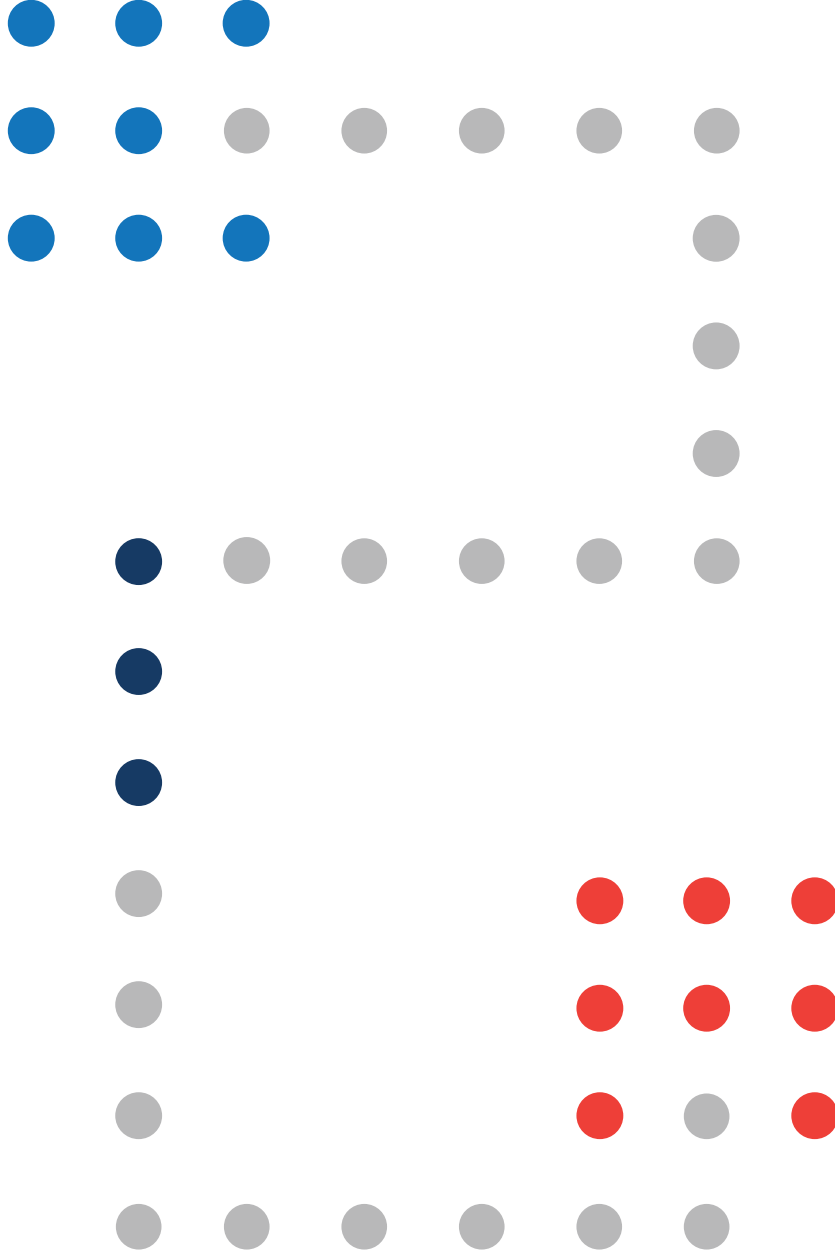
Sonuç

TİHEK geçmişte tesettürlü mayo ile site ya da benzer yerlerin havuzlarına girmenin yasaklandığı uygulamalar bakımından, dini inanç temelli ayrımcılık iddialarında kuvvetli emare ya da karine oluşturan olguların var olup olmadığını ispat yükü bakımından detaylı bir şekilde uygulamıştır.⁸ Buna göre, kişilerin ilgili uygulamaya dair yaptıkları başvurular, farklı muamelenin nesnel ve objektif bir meşru amacının olup olmadığına dair sundukları gerekçeler ile nihayet meşru amaç ile kullanılan araç arasında yapılacak demokratik toplumda ölçülülük değerlendirmesi TİHEK'in benimsediği ve yargısal makamların da izlediği, olması gereken usuldür. Analizi yapılan kararlara konu olay bakımından bu değerlendirmeler titizlikle yapılmamıştır.

TİHEK Kanunu uyarınca, ayrımcılık incelemesinde dikkate edilmesi gereken kabul edilebilirlik kriterleri, ayrımcılığın tanımı ve uygulama biçimleri doğrultusunda yapılacak esas incelemesi ilkelerine riayet edilmediğinden dolayı, inceleme konusu üç başvuruyla ilgili hükmedilen idari para cezalarının kanuni dayanağı, ölçülülüğü ve demokratik toplumda gerekliliği hem ulusal hukuk hem de uluslararası hukuk karşısında sorunludur.

8. İlgili kararlar için Bkz. <https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/kararlar>.

#AYRIMCILIĞAKARŞIBİRLİKTE #TOGETHERAGAINSTDISCRIMINATION



+90 545 540 20 00 info@esithaklar.org

[@esitlikizleme](https://twitter.com/esitlikizleme) [@esitlikizlememerkezi](https://www.instagram.com/esitlikizlememerkezi)

esitlikizlememerkezi.org equalitywatchcentre.org

