



Avrupa Birliği tarafından finanse edilmektedir

KARAR ANALİZİ DİZİSİ

7

**Türkiye İnsan Hakları
ve Eşitlik Kurumu
(TİHEK)**

**Cezaevinde Alevi İnancına Yönelik Yayın
Talebine Dair Karar Üzerine Tespitler**

Doç. Dr. Berke Özenç

Karar Analizi Dizisi



Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK)

**Cezaevinde Alevi İnancına Yönelik Yayın
Talebine Dair Karar Üzerine Tespitler**

Doç. Dr. Berke Özenç

Karar Analizi Dizisi



*"Bu yayın Avrupa Birliği'nin maddi desteğiyle hazırlanmıştır.
İçeriğin sorumluluğu tamamıyla Eşit Haklar İçin İzleme Derneęi'ne aittir ve
Avrupa Birliği'nin görüşlerini yansıtmaz."*

Yayın tarihi: řubat 2025



İçindekiler

Giriş	4
1. İHAM ve AYM'nin İctihadı	5
2. TİHEK'in Cezaevinde Alevi İnancını Yansıtan Kanal Talebine Dair Kararı	7
a) Ayrımcılık Yasağına Dair Temel İlkeler	7
b) Mezhep Temelli Doğrudan Ayrımcılık İddiası ve "Çok Önemli Gerekçe" Ölçütü	8
c) İdare ve Gözlem Kurulunun Ret Gerekçeleri.....	10
ç) TİHEK'in Değerlendirmesi ve AYM İctihadının Seçici Kullanımı.....	12

Giriş

Modern ceza infaz hukukunda, cezaların işlevi yalnızca yaptırım aracılığıyla suç işlenmesini önleyerek toplumu korumak değil, aynı zamanda bireyin topluma kazandırılmasını sağlamaktır. Dolayısıyla insan onuruna saygı, cezanın infazı sürecinde temel bir ilke olarak varlığını korur. Ceza hukukunun genel yapısını biçimlendiren bu ilke, infaz sürecinde hükümlülerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında yansımalarını bulur. Diğer bir deyişle, mahpusluk statüsü, temel hak ve özgürlüklerden yoksun kalma sonucunu doğurmaz.

Kötü muamele ve ayrımcılık yasağından sağlık hizmetlerine erişim ve eğitim hakkına uzanan geniş bir çerçevede, mahpusların sahip oldukları haklar arasında ifade özgürlüğü de önemli bir yere sahiptir. İfade özgürlüğünün koruma alanında yer alan görüş ve düşüncelerini açıklama hakkı bakımından, mahpusluğun ya da mahpusluğa yol açan suçun tek başına bir sınırlandırma gerekçesi olmaması, bu noktada temel bir ilke olarak öne çıkar. Diğer yandan mahpusların radyo, televizyon ve diğer iletişim araçlarından yararlanabilmeleri, bilgiye erişim haklarının bir parçasını oluşturur. Özellikle televizyon yayınları, mahpusların hem güncel gelişmelerden haberdar olmaları hem de kültürel, dini ve eğitsel içeriklere ulaşmaları bakımından önemli bir mecra sunar.

Yakın bir tarihte TİHEK'in mahpusların ifade özgürlüğü kapsamında, televizyon yayınlarından yararlanma hakkına dair verdiği bir karar, bu çerçeve üzerinde durulmayı hak eden bir örnek oluşturuyor.¹ TİHEK, bir mahpusun, tutulduğu ceza infaz kurumundaki merkezi yayın sistemine Alevi inancını yansıttığını düşündüğü kanallardan birinin eklenmesi yönündeki talebinin reddedilmesini incelediği bu kararında, idarenin takdir yetkisine atıfla ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna ulaştı. Bu raporda ilk olarak mahpusların bilgiye erişim hakkına dair İHAM ve AYM içtihadının ana hatları aktarılacak, ardından TİHEK'in kararının eleştiriye açık yanları ortaya konmaya çalışılacak.

1 TİHEK, B. No: 2022/574, K. No: 2023/344, 7.6.2023. Karar metni için bkz. <https://www.tih.gov.tr/kategori/pages/kararlar>

1. İHAM ve AYM'nin İçtihadı

İHAM ve AYM'nin mahpus haklarına dair içtihadı, temel noktaları itibariyle örtüşür. Bu içtihadı birikimde iki ilke göze çarpar. Bunlardan ilki, mahpusların özgürlüklerinin koruma alanına dairdir. Buna göre mahpusluk statüsü, temel hak ve özgürlüklerin sağladığı korumanın ortadan kalkmasına neden olmaz. İHAM'ın veciz bir şekilde ifade ettiği üzere, İHAS'ın geçerliliği, cezaevinin kapısında sona ermez.² Hatta kişi özgürlüğünün kısıtlandığı kurumlar ve mahpusluk statüsü özelinde bazı özgürlüklerin ve güvencele- rin özellikle önem taşıdığı, bunlara yönelik müdahalelerin sıkı bir şekilde denetlenmesi gerektiği söylenebilir. Mutlak nitelikteki kötü muamele yasağı, bu noktada akla gelen ilk güvencedir. Mahpuslar; işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamelenin yanı sıra bu nitelikteki cezalara da hiçbir koşul ya da gerekçeyle maruz bırakılamaz. Mahpuslar ayrıca aile hayatına saygı, dinî inançlarının gereklerini yerine getirme, avukata ya da mahkemeye etkin şekilde erişim, haberleşmenin gizliliğine saygı ve evlenme başta olmak üzere, cezaevi sınırları dışındaki bireylerin sahip oldukları pek çok haktan yararlanmaya devam ederler.³

Her iki mahkemenin içtihadında göze çarpan ikinci temel ilke ise, mahpusların özgürlüklerinin sınırlandırma rejimine dairdir. Her ne kadar mahpuslar, temel hak ve özgürlüklerden yararlanmayı sürdürse de, cezaevinin özgün koşulları, sınırlandırma rejimi- ne şeklini veren bir öge oluşturur. Bu bağlamda suçun önlenmesi ile cezaevi düzeni ve disiplinin sağlanması, kamu otoritelerinin takdir yetkisinin genişlemesine yol açar. Fakat bu takdir yetkisi kapsamında yine de kamu otoritelerinin kararlarını gerekçelen- dirmeleri ve alacakları tedbirlerin de ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir.⁴

Mahpusların özgürlüklerine dair bu genel çerçeve içinde gündeme gelen haklardan biri de ifade özgürlüğüdür. İHAM ve AYM içtihadında, çoğulcu ve özgürlükçü bir demokra- sinin temel değerleri arasında yer aldığı vurgulanan ifade özgürlüğü bağlamında mah- puslar, görüşlerini ifade edebilmenin yanı sıra haber ve bilgiye ulaşma hakkına sahiptir.⁵ Mahpusların açlık grevi de dâhil olmak üzere protesto eylemleri ile görüşlerini açıkla- ması ya da mektup ve kaleme aldıkları yazı veya yayınları cezaevi dışına göndermelerine yönelik müdahaleler, bilgi ve görüş yayma özgürlüğü kapsamında öne çıkan örnekler arasında yer alır. İfade özgürlüğünün haber ve bilgiye ulaşma hakkı boyutu açısından ise

2 İHAM, *Klibisz v. Polonya*, 2235/02, 4.10.2016, § 354.

3 İHAM, *Hirst v. Birleşik Krallık (No. 2)*, 74025/01, 6.10.2005, § 69; *Velvo Vele v. Bulgaristan*, 16032/07, 27.5.2014; § 30; *Mehmet Kaya ve Diğerleri Başvurusu*, 2013/6979, 20.5.2015, § 72-75; *Furkan Aktaş Başvurusu*, 2017/27587, 11.12.2019, § 38; *Ümit Karaduman Başvurusu*, 2020/20874, 2.2.2022, § 64-73; *Burhan Özmüş Başvurusu*, 2020/25022, 17.9.2024, § 22.

4 İHAM, *Hirst v. Birleşik Krallık (No. 2)*, 74025/01, 6.10.2005, § 70; *Altay v. Türkiye (No.2)*, 11236/09, 9.4.2019, § 47; AYM, *Turan Günana Başvurusu*, 2013/3550, 19.11.2014, § 35; *Cihat Ayık ve Hacı Ali Baştürk Başvurusu*, 2017/31506, 10.3.2020, § 48-52.

5 İHAM, *Donaldson v. Birleşik Krallık*, 56975/09, 25.1.2011, § 18; *Zayidov v. Azerbaycan (No. 2)*, 5386/10, 24.3.2022, § 63; *Mehmet Çiftçi v. Türkiye*, 53208/19, 16.11.2021, § 32; AYM, *Kamuran Reşit Bekir Başvurusu*, 2013/3614, 8.4.2015, § 43; *Mehmet Günhan Baysan Başvurusu*, 2018/31084, 26.7.2022, § 25.

sürelili ve süresiz yayınlar ile radyo ve televizyon yayınlarına erişim ana öğeleri oluşturur.⁶

İHAM ve AYM, mahpusların ifade özgürlüğüne müdahalelerde kamu otoritelerinin geniş bir takdir payı olduğunu kabul etmekle birlikte, bu takdir payı kapsamında kulla-

Suçun önlenmesi, kurum düzeni ve disiplinin sağlanması kamu otoritelerinin takdir yetkisini belirli ölçüde genişletmekle birlikte, bu müdahale alanı sınırsız değildir.

nılan yetkileri yeterli gerekçe ve ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirir. Diğer bir deyişle, suçun önlenmesi, kurum düzeni ve disiplinin sağlanması kamu otoritelerinin takdir yetkisini belirli ölçüde genişletmekle birlikte, bu müdahale alanı sınırsız değildir.

İfade özgürlüğünün demokratik toplum düzeni açısından sahip olduğu vazgeçilmez değer, özgürlüğe yönelik sınırlandırma ölçütlerinin, ceza infaz kurumu koşullarında dahi olsa dar yorumlanmasını ve sınırlandırma gerekçelerinin de inandırıcı ve makul olmasını gerektirir.⁷

6 Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2, 2018, s. 119-120.

7 İHAM, *Osman Atalay v. Türkiye*, 23782/20 40731/20, 18.7.2023, § 43; AYM, *Murat Karayel (5) Başvurusu*, 2013/6223, 7.1.2016, § 28, *Muhittin Pirinçcioğlu Başvurusu*, 2014/4397, 21.9.2016, § 29.



2. TİHEK'in Cezaevinde Alevi İnancını Yansıtan Kanal Talebine Dair Kararı

TİHEK'in 2023 yılının Haziran ayında verdiği kararın konusunu bir mahpusun, tutulduğu yüksek güvenlikli ceza infaz kurumunun merkezi yayın sistemine Alevi inancını yansıttığını düşündüğü dört kanaldan birinin eklenmesi talebi oluşturur. İdare ve Gözlem Kurulu, kanal sayısının arttırılmasının teknik açıdan imkânsızlığı ve mevcut kanalların belirlenmesinde de mahpusların ihtiyaçlarının çoğunluk ilkesi çerçevesinde gözetildiği gerekçeleriyle bu talebi reddeder. Başvurucunun iddiası, talebinin reddinin inanç temelinde ayrımcılık yasağını ihlal ettiğidir.

a) Ayrımcılık Yasağına Dair Temel İlkeler

TİHEK, başvurunun kabul edilebilirlik ölçütlerini karşıladığını saptadıktan sonra, esasa dair değerlendirmesine geçer ve ilk olarak İHAM ve AYM'nin ayrımcılık yasağına ilişkin temel içtihadını aktarır. Buna göre, *nesnel ve makul bir gerekçesi olmayan ya da seçilen araç ile hedeflenen amaç arasında makul bir orantılilik ilişkisi bulunmayan* farklı muameleler ayrımcılık yasağını ihlal eder.⁸ Diğer bir deyişle benzer durumda olan bireylere, belirli bir hak ya da yükümlülükle ilgili olarak farklı muamelede bulunuluyorsa, bunun mutlaka meşru bir gerekçesi olması gerekir. Bu gerekçenin yokluğu, muameleyi ayrımcı hale getirir. Fakat meşru bir gerekçenin varlığı da tek başına yeterli değildir. Eğer böyle bir gerekçe ortaya konabilirse, bu defa da bu farklı muamele ile ulaşılmak istenen amaç açısından ölçülü bir yöntemin, bir aracın kullanıldığının gösterilmesi gerekir. Aksi halde yine ayrımcı bir muameleden söz edilebilir.

Benzer durumda olan bireylere, belirli bir hak ya da yükümlülükle ilgili olarak farklı muamelede bulunuluyorsa, bunun mutlaka meşru bir gerekçesi olması gerekir. Bu gerekçenin yokluğu, muameleyi ayrımcı hale getirir.

TİHEK'in Kuruluş Kanunu'nun,⁹ İHAM ve AYM'nin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı açısından ortaya koyduğu hukuki çerçeveye büyük ölçüde uyumlu olduğu söylenebilir. Kanun'un hemen başında Kurumun amacı "hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi" olarak belirlenmiştir. (Md. 1) Bu doğrultuda Kanun'da diğerlerinin yanı sıra "din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş" temelinde ayrımcılık yasaklanır. (Md. 3/2). Bu başvuru konusu açısından özel önem taşıyan bir şekilde, "...yargı, kolluk... ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları[nın],

⁸ TİHEK, 2023/344, § 17.

⁹ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, No: 6701, Resmi Gazete: 20.4.2016, 29690.

... yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan... kişi aleyhine ayrımcılık yap"amayacağı vurgulanır. (Md. 5/1) Dolayısıyla "yoğun kamu gücü içeren bir kamu hizmeti" sunulan ceza infaz kurumlarında,¹⁰ ayrımcılık yasağına riayet ve bu yasağa aykırılıkların yaptırıma tabi tutulması, TİHEK Kanunu çerçevesinde açıkça öngörölmüş bir yükümlölük olarak nitelendirilebilir.

Kanun'da ayrıca, bu başvurunun konusunu oluşturan doğrudan ayrımcılığın tanımına da yer verilir. Buna göre, "bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele" doğrudan ayrımcılık oluşturur. (Md. 2/d) TİHEK bu çerçevede, ayrımcılık yasağı ihlallerini resen ya da başvuru üzerine inceleme, araştırma, karara bağlama ve sonuçlarını takip etme yetkileri ile donatılmıştır. (Md. 9/g)¹¹

b) Mezhep Temelli Doğrudan Ayrımcılık İddiası ve "Çok Önemli Gerekçe" Ölçütü

Başvuru konusu olay, TİHEK'in de kabul edilebilirlik aşamasında vurguladığı üzere, kamu hizmetinin yürütöldüğü bir ceza infaz kurumunda, ifade özgürlüğünün koruma alanında yer alan bilgiye erişim hakkı açısından, inanç temelinde maruz kalınan bir ayrımcılık iddiasına ilişkindir.¹² İlk olarak başvurucunun, inanç kavramının bir boyutunu oluşturan mezhep temelinde bir ayrımcılık iddiasında bulunduğunu göz önünde bulundurmak gerekir. Alevi olan başvuru, kendi inancı doğrultusunda yayın yapan kanallardan en azından birinin merkezi yayın sistemine eklenmesini talep eder. Gerek İHAM, gerekse AYM'nin yerleşik içtihadında, bir inancın, inanç özgürlüğünün koruma alanında yer alabilmesi için belirli bir düzeyde kudret, ciddiyet, bütönlük ve öneme sahip olması gerektiği, bu asgari şartları taşıyan bir inancın bizatihi kendisinin ya da

10 Çiğdem Sever, "Hapishane İdarelerinin Yetkileri ve Hapsedilen Haklarının Sınırı", *Türkiye Barolar Birliğı Dergisi*, Sayı 122, 2016, s. 143.

11 TİHEK, aynı maddenin (f) fıkrası uyarınca insan hakları ihlallerini de resen inceleme yetkisine sahiptir.

12 TİHEK, 2023/344, § 19. Başvuru konusu olayda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğı sonucuna ulaşarak çoğunluğa muhalif kalan Kurul Başkanı Muharrem Kılıç ise değerlendirmesini ifade özgürlüğü değil de inanç özgürlüğü çerçevesinde yapar. İlk olarak, Kılıç'ın, İdare ve Gözlem Kurulunun ret kararının gerekçelerinin yetersizliğine dair saptamalarının hakkını teslim etmek gerekir. (Kılıç'ın Muhalefet Şerhi, § 16) Fakat başvurunun inanç özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşüne katılmak olanaklı gözükmemektedir. (§ 10) İnanç özgürlüğü bağlamında bu kararının konusuyla kıyaslanabilecek başvurular, inancın gereğı olan bir kutsal kitaba erişmeye ya da inancının gereğı olan bazı uygulamaları gerçekleştirmeye yönelik talepler bağlamında gündeme gelir. Bu tür taleplerin konusunu, inancın belirli bir ibadet ya da uygulama ile *açığa vurulması* (*manifestation*) ya da bunun için gerekli kutsal kitaplara erişim oluşturur. Kamu otoriteleri, inancın gereğı olan bu tür talepleri reddettiğinde, inancın ibadet, uygulama ya da ayin yoluyla *açığa vurulmasına* müdahale etmiş olur. İHAM ve AYM de inancın açığa vurulmasına yönelik bu müdahalelerin Sözleşme ya da Anayasa'yı ihlal edip etmediğini inceler. Dolayısıyla bu çalışmanın konusunu oluşturan başvurunun inanç özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmesi için, Alevi inancını yansıtan bir televizyon kanalını izlemenin ya da düzenli olarak takip etmenin, Alevi inancının bir gereğı olduğunun başvuru tarafından ortaya konması gerekir. Aksi halde, bu talebi inanç özgürlüğünün açığa vurulması olarak değerlendirmek mümkün olmaz. Başvuruda, bu yönde bir iddianın varlığına dair bir emare de yer almamaktadır. Dolayısıyla, başvurunun, ifade özgürlüğünün bilgiye ve habere erişim hakkı boyutu kapsamında değerlendirilmesi yerindedir.

uygulanma biçimlerinin meşruiyetinin tartışmaya açılmasının, kamu otoritelerinin tarafsızlık yükümlülüğü ile bağdaşmayacağını altı çizilir.¹³ Bu noktada, Aleviliğin hukuken koruma gören bir inanç olduğu konusunda İHAM,¹⁴ AYM¹⁵ ve TİHEK¹⁶ içtihadında herhangi bir tartışma olmadığını vurgulamak gerekir.

TİHEK'in önüne gelen bu başvuru açısından ilk bakışta *dolaylı ayrımcılık* temelinde bir inceleme yapılmasının gerektiği düşünülebilir. Dolaylı ayrımcılık, TİHEK Kanunu'nda da ifade edildiği üzere, bir kişinin "görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması" anlamına gelir. Dolayısıyla merkezi yayın sistemi açısından herkes için geçerli, görünüşte ayrımcı olmayan genel bir uygulamanın varlığı durumunda, inancı doğrultusunda yayın yapan bir televizyon kanalı talebi reddedilen bir kişinin, dolaylı olarak ayrımcılığa maruz kalması söz konusu olabilir. İnanç temelli talebi reddedilen kişi, inancı doğrultusunda bir talebi olmayan ya da inancı, genel uygulama ile çelişmeyen diğer mahpuslara kıyasla, dezavantajlı bir konuma sokulmuş olur ve bu konumun nesnel olarak haklı gerekçelerini, işlemi gerçekleştiren kamu otoritesinin ortaya koyabilmesi gerekir. Fakat TİHEK kararında yer alan önemli bir ayrıntı, somut olayda görünüşte ayrımcı olmayan bir uygulamadan söz etmeyi olanaksız hale getirir. İdare ve Gözlem Kurulunun verdiği bilgiye göre, merkezi yayın sistemindeki kanallar arasında, ağırlıklı olarak Sünni çoğunluk inancının görüşleri doğrultusunda yayın yapan

Diyanet TV bulunmaktadır.¹⁷ Dolayısıyla Alevi inancını yansıtan bir kanala yer verilmesi talebinin reddinin, diğer bir deyişle bu talep karşısında harekete geçilmemesinin, doğrudan ayrımcılık kapsamında incelenmesi gerekir. TİHEK Kanunu'nda da vurgulandığı üzere, yalnızca eylem değil, eylemsizlik de ayrımcı bir uygulamaya neden olabilir. (Md. 2/a)

Alevi inancını yansıtan bir kanala yer verilmesi talebinin reddinin, diğer bir deyişle bu talep karşısında harekete geçilmemesinin, doğrudan ayrımcılık kapsamında incelenmesi gerekir.

Bu çerçevede somut olaydaki temel hukuki sorun, kamu hizmeti verilen bir ceza infaz kurumunun merkezi yayın sisteminde belirli bir inancı yansıtan bir televizyon kanalına yer verilirken, farklı bir inanca sahip bir başvurucunun kanal talebinin reddinin ayrımcılık oluşturup oluşturmadığıdır. Bu aşamada kamu otoriteleri, aynı statüdeki mahpusların Sünni çoğunluğunun inançlarını dikkate alarak kamu hizmeti sunarken, başvurucunun talebini reddetmelerinin nesnel ve makul gerekçelerini ortaya koymalıdır. Nitekim

13 İHAM, *Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 15.1.2013, § 81; AYM, *Tuğba Arslan Başvurusu*, 2014/256, 25.6.2014, § 64-65.

14 İHAM, *Hasan Eylem Zengin v. Türkiye*, 1448/04, 9.10.2007, § 66.

15 AYM, *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El Başvurusu*, 2014/15345, 7.4.2022, § 179.

16 TİHEK, B. No: 2022/1715, K. No: 2024/400, 22.7.2024, § 24.

17 TİHEK, 2023/344, § 3/b.

TİHEK Kanunu'na göre, bu başvuruda olduğu gibi başvurucunun, ayrımcılık iddiasının "gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde", kamu otoritesinin, "ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir." (Md. 21) Fakat kamu otoritesinin ileri süreceği gerekçelerin niteliği açısından da somut olayda özel bir durumun varlığı göze çarpar. AYM'nin vurguladığı üzere, Anayasa'nın 10. maddesinde açıkça yer verilen "mezhep" kavramı,¹⁸ şüpheli¹⁹ bir ayrımcılık temeli oluşturur. AYM'ye göre, Anayasa'da ismen sayılan bu kavramlara dayanan farklı muameleler, ancak "çok önemli gerekçeler" ileri sürüldüğü takdirde haklı kılınabilir. Dolayısıyla somut olayda olduğu gibi mezhep temelinde farklılaşan muameleler açısından "devlete tanınan takdir alanı daha dar"dır.²⁰

c) İdare ve Gözlem Kurulunun Ret Gerekçeleri

İdare ve Gözlem Kurulu, Alevi inancını yansıtan dört farklı kanaldan birinin merkezi yayın sistemine eklenmesi talebini reddederken ilk olarak, var olan 26 kanala bir yenisinin eklenmesinin *teknik açıdan mümkün olmadığını* belirtir.²¹ Kuşkusuz böyle bir teknik imkânsızlık argümanının, bilgiye erişim hakkının sınırlandırılması açısından meşru bir gerekçe olduğunun, kamu otoriteleri tarafından ikna edici bir şekilde ortaya konması gerekir. Oysa teknolojinin bu denli geliştiği bir zamanda, merkezi bir yayın sisteminde yalnızca 26 kanala yer verilebileceği argümanını makul kabul edebilmek oldukça güçtür. Karara muhalefet şerhi kaleme alan Muharrem Kılıç'ın işaret ettiği üzere, "26 kanal arasında birden fazla spor, müzik, sinema kanalı"nın varlığı ve "bu kanallardan birinin sistemden çıkarılarak başvuranın talep ettiği kanallardan birinin eklenmesiyle talebin yerine getirilmesi[nin] mümkün" olduğu²² dikkate alındığında, teknik imkânsızlık iddiası daha da sorunlu hale gelir. Fakat teknik imkânsızlık argümanı, tüm bu zayıflıklarına rağmen kabul edilse bile, merkezi yayın sistemindeki kanalların tahsisi konusunda ayrımcılık yapılmadığı, kamu otoriteleri tarafından ortaya konmalıdır. Dolayısıyla İdare ve Gözlem Kurulunun, var olan kanalların tahsisi konusundaki takdir yetkisini keyfi olarak kullanmadığını ikna edici bir şekilde açıklaması gerekir. Başvurucu, mezhep temelinde bir ayrımcılık iddiasında bulunduğu için, bu noktada kamu otoritesinin takdir payı "dardır" ve aldığı tutumu ancak "çok önemli gerekçelerle" haklı kılabilir.

18 Md. 10 - Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

19 "Bir fark gözetmenin geleneksel olarak ayrımcılık mağduru olmuş bir gruba yönelik olarak ortaya çıktığı durumda söz konusu gruba karşılık gelen ayrımcılık temeli "şüpheli" (suspect) olarak sınıflandırılmaktadır. "Şüpheli" ifadesi belirli temellerde ortaya çıkan farklı muamelenin ayrımcılık oluşturma ihtimalinin yüksek olduğuna dair bir şüphenin varlığına işaret etmektedir. Bu durumda böyle bir gruba mensup kişiler tarafından bir işlem ya da eylem veya bir yasal düzenleme için yargı organlarına başvurulduğu takdirde, uyumsuzluğu çözmekle yükümlü olan makamın başvuruya gerekli özeni göstermesi ve bir farklı muamelenin mevcut olup olmadığını araştırması gerekmektedir... Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan ayrımcılık temelleri de "şüpheli temeller" olarak görülmüştür. " Ulaş Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", *Anayasa Yargısı*, Cilt: 31, Sayı: 1, 2015, s. 256-257, 259.

20 AYM, *Tuğba Arslan Başvurusu*, § 145-146.

21 TİHEK, 2023/344, § 3/a.

22 TİHEK, 2023/344, Kılıç'ın Muhalefet Şerhi, § 16.

İdare ve Gözlem Kurulu, TIHEK'e verdiği yanıtta, merkezi yayın sisteminde yer alan kanalların belirlenmesi sürecinde *mahpusların ihtiyaçlarını* gözettiğini ileri sürer. Bu doğrultuda da *farklı uyruktan* mahpusların ihtiyaçlarını dikkate alarak, İngilizce yayın yapan TRT World kanalının yanı sıra TRT Arapça ve TRT Kürdi kanallarına yer verdiğini belirtir.²³ Kurulun bu yaklaşımı, takdir yetkisini kullanırken, dolaylı ayrımcılık oluşturacak bir uygulamadan kaçındığını göstermesi bakımından önem taşır. Kurul, görünüşte genel bir uygulama olarak yalnızca Türkçe yayın yapan kanallara yer vermiş olsaydı, farklı ana dile sahip mahpusları, etnik köken ve dil temelinde "nesnel olarak haklılaştırılamayan dezavantajlı" bir konuma sokacak, dolaylı ayrımcılık yapmış olacaktı. Fakat öte yandan Kurulun hukuka uygun bu uygulamasının, tıpkı etnik köken ve dil gibi şüpheli bir ayrımcılık temeli oluşturan mezhebi, başvurucunun talebi sürecinde dikkate almamasıyla çeliştiğini vurgulamak gerekir.

İdare ve Gözlem Kurulu, Türkçe dışındaki dillerde yayın yapan kanallara yer verirken, Alevi inancını yansıtan kanal talebini reddetmesinin nesnel ve makul gerekçesi olarak, *çoğunluk ilkesine* atıf yapar. Kurul, her mahpusun talebini yerine getirmesinin olanaklı olmadığını, bu nedenle takdir yetkisi kullanması gerektiğini, fakat bu süreçte nesnel ve makul bir ölçüt olarak çoğunluk taleplerini dikkate aldığını ifade eder.²⁴ Oysaki İHAM'ın Sözleşme ve AYM'nin de Anayasa düzeni açısından kurucu bir ilke olarak benimsediği çoğulcu özgürlükçü bir demokraside,²⁵ çoğunluk taleplerine ya da değerlerine referans, özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde tek başına makul bir gerekçe olarak kabul edilemez. Aksine tam da çoğunluğun inanç, etnik köken ya da siyasi düşüncesinden farklı düşünen azınlıkların, ayrımcı uygulamalara maruz bırakılmaması ayrımcılık yasağının ve eşitlik ilkesinin bir gereğidir.

Çoğunluğun inanç, etnik köken ya da siyasi düşüncesinden farklı düşünen azınlıkların, ayrımcı uygulamalara maruz bırakılmaması ayrımcılık yasağının ve eşitlik ilkesinin bir gereğidir.

Kurulun çoğunluk talepleri argümanı da azınlık dillerine sahip mahpuslara sağladığı olanaklar dikkate alındığında temel bir çelişkiden mustarıptır. Kurulun TIHEK'e ilettiği istatistiklerde, 295 mahpustan yalnızca 23'ünün yabancı uyruklu olduğu, buna karşın, başvuru gibi Alevi inancını yansıtan kanalları talep eden 11 kişi bulunduğu, ayrıca var olan kanallardan memnuniyet anketi sonucunda 106 mahpusun memnuniyet yönünde görüş bildirdiği bilgileri yer alır.²⁶ Her şeyden önce ayrımcılık yasağının, yalnız-

23 TIHEK, 2023/344, § 3/b, c.

24 TIHEK, 2023/344, § 3/d.

25 Sibel İnceoğlu, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk", *Kamu Hukukçuları Platformu - Çoğulcu Demokrasi ve Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Ed. Ece Göztepe, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2011, s. 84-86. AYM, Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu, 2013/3924, 6.1.2015, § 116; Bekir Coşkun Başvurusu, 2014/12151, 4.6.2015, 34-35, 52; Ramazan Düğer ve Diğerleri Başvurusu, 2018/31211, 2.10.2024, § 53-55.

26 TIHEK, 2023/344, § 6-7.

ca nicel verilere atıfla meşrulaştırılamayacağını bir defa daha vurgulamak gerekir. 295 mahpustan yalnızca birinin dahi ayrımcılığa uğraması, tartışmasız bir şekilde Anayasa'da güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturur. Fakat bu açık hukuki durum göz ardı edilse bile, 295 mahpusun yarısından azının kanalların durumuna dair memnuniyet belirtmesi, ileri sürülen gerekçelerin yetersizliğinin gözler önüne serer. Daha da önemlisi 23 yabancı uyruklu mahpus için iki kanal tahsis edilirken, bu sayının neredeyse yarısına denk gelen 11 mahpus için 1 kanal tahsis edilmemesi de bir başka çelişki oluşturur. Diğer bir deyişle, çoğunluk ilkesi çerçevesinde nicel verilere dayanarak ileri sürülen gerekçeler de kendi içinde çelişkili ve ikna edici olmaktan uzaktır.

ç) TİHEK'in Değerlendirmesi ve AYM İçtihadının Seçici Kullanımı

İdare ve Gözlem Kurulunun takdir yetkisinin kullanımındaki çelişkileri ortaya koyan veriler karşısında, başvurucunun talebinin reddine dair "çok önemli gerekçelerin" varlığı bir yana, makul bir gerekçeden dahi söz etmek olanaklı değildir. TİHEK ise incele-

İdare ve Gözlem Kurulunun takdir yetkisinin kullanımındaki çelişkileri ortaya koyan veriler karşısında, başvurucunun talebinin reddine dair "çok önemli gerekçelerin" varlığı bir yana, makul bir gerekçeden dahi söz etmek olanaklı değildir.

mesinde başta teknik imkânsızlık olmak üzere bu gerekçelerin makullüğü ve ikna ediciliğini tartışmaz. İdare ve Gözlem Kurulunun televizyon kanallarının belirlenmesinde ceza infaz kurumunda tutulan mahpus sayısını, farklı uyruktan mahpusların

ihtiyaçlarını ve mahpusların taleplerini dikkate aldığını, bu süreçte anket aracılığıyla kanal tahsisinin yapıldığını ve başvurucunun talebinin de yeterli sayıya ulaşılmadığı için reddedildiğini tekrarlamakla yetinir. TİHEK'e göre Kurulun bu gerekçeleri meşru bir amaç taşır ve sonuç olarak başvurucunun kanal talebinin reddi de ayrımcı bir muamele olarak nitelendirilemez.²⁷

TİHEK'in değerlendirmesinde, İdare ve Gözlem Kurulu kararında yer alan, yukarıda değinilen çelişkilerin hiçbir şekilde tartışılmaması temel bir sorun oluşturur. En az bunun kadar önemli bir başka sorun ise TİHEK'in, mahpusların ifade özgürlüğüne ve ceza infaz kurumlarındaki merkezi yayın sisteminin düzenlenmesine dair AYM içtihadındaki genel ilkelere bir iki cümleyle değinmesidir. AYM'nin yerleşik içtihadındaki bu genel ilkelere göre ceza infaz kurumu idarelerinin, kanal taleplerinin değerlendirilmesi açısından belirli bir takdir yetkisi vardır ve bu takdir yetkisi de teknik özellikler, devletin olanakları, kurumların kapasitesi ve infaz hukuku dikkate alınarak kullanılmalıdır. AYM'nin ifade ettiği üzere, bu çerçevede ceza infaz kurumları, suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi güvenliğin ve düzenin korunması meşru amaçlarıyla sınırlan-

²⁷ TİHEK, 2023/344, § 23-24.



dırmalara gidebilir, fakat bu sınırlamaların da makul ve ölçülü olması gerekir.²⁸ Oysa AYM konuya dair kararlarında, yalnızca genel ilkeler ortaya koymakla yetinmez, bu ilkeleri somut olaya uygulama sürecinde önemli değerlendirmeler yapar ve bu değerlendirmeler, TİHEK'in önündeki bu başvuruda ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılması açısından yol gösterici niteliktedir.

Örneğin TİHEK'in yalnızca bir cümleyle atıf yaptığı *Erdener Demirel ve Feki Roni Temizyüz* başvurusunda AYM, ceza infaz kurumu otoritelerinin, Almanca yayın yapan kanal talebi reddedilen ilk başvurusunun, yeterli derecede Türkçe bilmediğini ileri sürmediğini, ikinci başvurusunun ise taleplerinin bir bölümünün dikkate alındığını, diğer talepleri açısından da yeterli yaygınlıkta bir talebin var olmadığını not eder. AYM'ye göre ilk başvurusunun yeterli düzeyde Türkçe bilmediğine dair bir iddiasının olmaması, ikinci başvurusunun ise kanal talebini tek başına iletmesi, somut olaylarda kişisel tercihleri aşan, *kamu otoritelerinin pozitif yükümlülüğünü* harekete geçirecek bir durumun olmadığını gösterir. AYM, ayrıca ikinci başvurusunun güvenlik gerekçesiyle reddedilen haber kanalı talepleri açısından da, hâlihazırda merkezi yayın sisteminde farklı haber kanallarının var olduğuna işaret eder.²⁹ Bu değerlendirmelerden çıkan en önemli sonuç, mahpusların ifade özgürlüğüne ilişkin konular açısından kamu otoritelerinin yalnızca keyfi davranmamak şeklinde negatif bir yükümlülüğü olmadığı, habere ve bilgiye erişim söz konusu olduğunda pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğu. AYM, benzer konudaki diğer iki başvuruda ise merkezi yayınlara erişim konusunda hükümlü³⁰ ve tutukluların³¹ işledikleri suçlar ile talep ettikleri haber kanallarının niteliğini dikkate alır ve bu somut koşullar çerçevesinde, kurum güvenliğini kamu otoritelerinin takdir payını genişleten bir öge olarak kabul eder.

TİHEK'in önündeki bu başvuruda, ne kamu otoritelerinin takdir payını genişleten bir öge olarak güvenlik kaygılarından, ne de kişisel tercihi yansıtan bir talepten söz edilebilir. Başvurusunun işlediği suç ya da örgüt bağlantıları ve bunların talep edilen televizyon kanalları bağlamında ortaya çıkarabileceği risklere dair herhangi bir saptama, İdare ve Gözlem Kurulu ve yerel mahkeme kararlarında göze çarpmaz. Ayrıca Kurulun verdiği bilgiler, başvurusunun talebinin kişisel bir tercihi aşan bir yaygınlığa erişmiş olduğunu gösterir ve bu talebin karşılanması açısından kamu otoritelerinin pozitif yükümlülüğünün varlığından söz etmeyi olanaklı hale getirir.

Sonuç olarak TİHEK'in, İdare ve Gözlem Kurulunun ikna edici olmaktan uzak gerekçelerini tartışmadan kabul etmesi ve AYM içtihadını yeterli düzeyde dikkate almaması ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna ulaştığı bu kararını eleştiriye açık hale getirir.

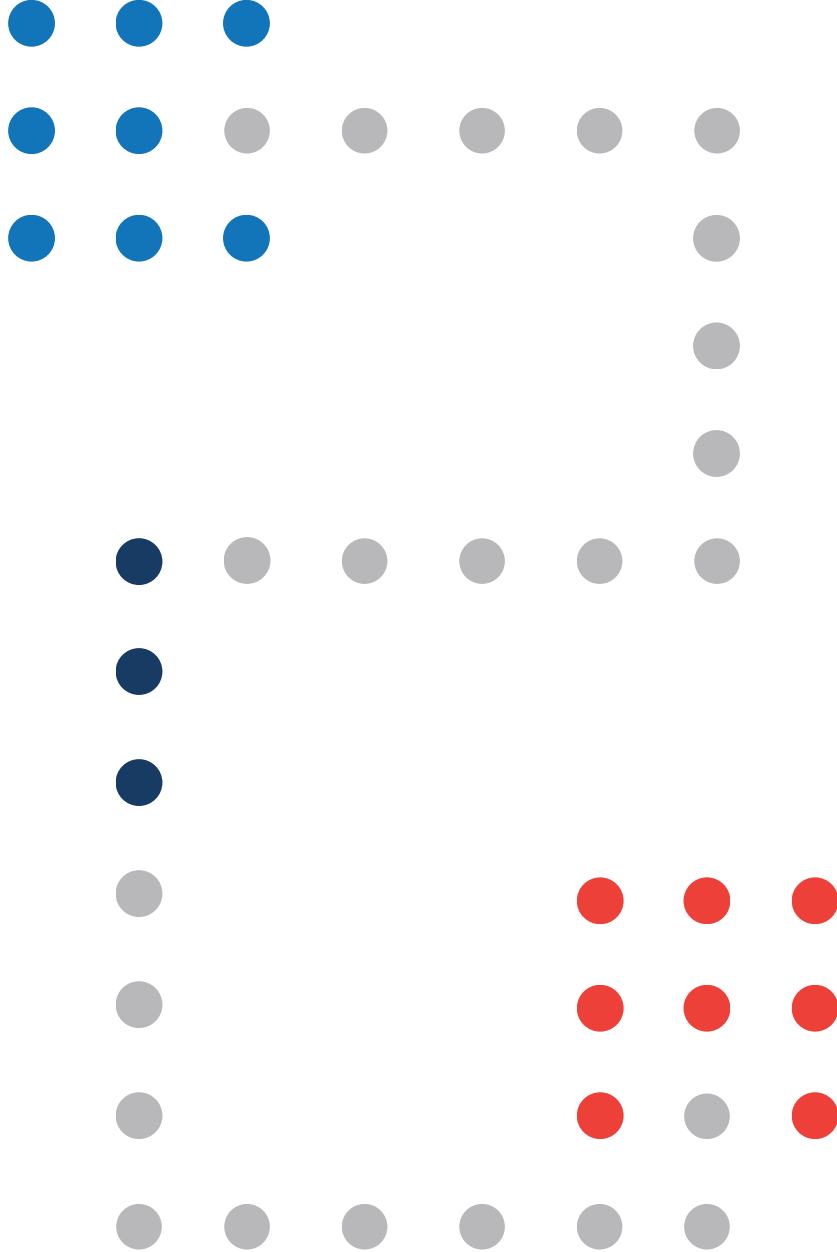
28 TİHEK, 2023/344, § 22-23.

29 AYM, *Erdener Demirel ve Feki Roni Temizyüz*, 2014/13310, 18.7.2018, § 23-30.

30 AYM, *Muhittin Pirinçcioğlu Başvurusu*, 2014/4397, 21.9.2016, § 44-45.

31 AYM, *Murat Gösterit Başvurusu*, 2019/9396, 27.2.2024, § 32-39.

#AYRIMCILIĞAKARŞIBİRLİKTE #TOGETHERAGAINSTDISCRIMINATION



+90 545 540 20 00 info@esithaklar.org
@esitlikizleme @esitlikizlememerkezi
esitlikizlememerkezi.org equalitywatchcentre.org

