

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİNDE EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI: TANIMLAYICI BİR İÇTİHAT NOTU

Arca BEGÜM BAYIR OĞUZ*¹

Umutcan TARCAN²

Geliş Tarihi: 08-03-2023

Kabul Tarihi: 13-01-2024

ÖZET

Temel hak ve özgürlüklerin toplumsal öznelere uygulanmasını sağlayan hukuki ölçütler, büyük ölçüde eşitlik ilkesinden beslenmektedir. Eşitlik ilkesi, tüm toplumsal öznelerin söz konusu hak ve özgürlüklerini hakkaniyetli bir şekilde kullanabilmelerini ve siyasal otoritenin bu hakkaniyet doğrultusunda hareket etme yükümlülüğüne tabi tutulmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla eşitlik ilkesi, toplumsal özneler arasında ayrımcılık yapılmasının önüne geçen hukuki sınırlamalar ile iç içedir: Ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesinin uygulanmasını sağlayan pratik koşulları, bir başka deyişle onun tamamlayıcı unsurunu meydana getirmektedir. Bu çalışma, eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı arasındaki hukuki ilişkinin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) hükümleri ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) güncel içtihadı ışığında incelenmesini amaçlamaktadır. Çalışma, söz konusu ilişki ile ilgili teorik bir tanımlama yapmanın yanı sıra eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağının, içtihat içerisinde öngörülen ölçütler ile uyumlu bir şekilde uygulanması için gereken yargısal perspektiflere de vurgu yapmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağına ilişkin kavramsal bir çerçeve çizilmektedir. İkinci bölümde İHAS'ın ayrımcılık yasağını düzenlemekte olan 12 Numaralı Ek Protokolü açıklanmaktadır. Üçüncü bölümde ise İHAM'ın kavramlara ilişkin güncel içtihadına egemen olan ilkeler ortaya koyulmaktadır. Çalışma ile İHAM'ın özellikle eşitlik ilkesine ilişkin şekli bir yaklaşımının bulunduğu ve bu yaklaşımın, toplumsal özneler arasındaki eşitsizliklerde gözlemlenen yeni kesişim sınırları aleyhine geliştirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık Yasağı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi.

¹ Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İnsan Hakları Hukuku, Arcabayr@Hotmail.Com, ORCID ID: 0000-0002-1858-9963

² Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, Umutcantarcan@Gmail.Com, ORCID ID:0000-0001-6295-2005

PRINCIPLE OF EQUALITY AND THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: A DESCRIPTIVE NOTE ON THE PRECEDENT

ABSTRACT

The principle of equality serves as a major source of inspiration for the legal criteria that allow the application of fundamental rights and freedoms to social subjects. It permits social subjects to exercise their rights and freedoms in an equitable manner, in accordance with the limitations towards the actions of political authority. Thus, it is related to the prohibition of discrimination, which also constitutes its complementary element by providing the practical circumstances that enable its application: The principle of equality is intertwined with legal restrictions that forbid discrimination between social subjects.

The purpose of this article is to evaluate the legal relationship between the concept of equality and the prohibition of discrimination in the light of the European Convention on Human Rights, and the precedent of the European Court of Human Rights. As the article provides a theoretical typology of the relationship in question, it also emphasizes the judicial perspectives, which are necessary to apply the principle of equality and the prohibition of discrimination, in accordance with the criteria in the Court's precedent.

In the first part of the article, a conceptual framework regarding the equality principle, and the prohibition of discrimination is explained. In the second part, Supplementary Protocol Number 12 of the Convention, which includes the prohibition of discrimination, is analyzed. In the third and final part, recent precedent of the Court is interpreted. The article concludes that the Court has a formalistic approach to the principle of equality, which should be upgraded regarding the intersectional developments in social inequalities.

Keywords: The Principle of Equality, The Prohibition of Discrimination, The European Court of Human Rights, The European Convention on Human Rights.

GİRİŞ

Toplumsal öznelerin temel hak ve özgürlüklerden faydalanmalarına ilişkin ölçütler ve bunların siyasal otoriteye uygulanma biçimleri, çağdaş insan hakları kuramının önemli tartışmalarından birini meydana getirmektedir. Özellikle Dünya Savaşları, Büyük Buhran, Avrupa'daki faşist ve totaliter deneyimler ve nihayet 1970'lerde refah devleti modelinin terk edilmesi gibi çok sayıda olay, toplum ve siyasal otorite arasındaki çatışmanın eşitsizlik yarattığı yönündeki görüşleri de beraberinde getirmiştir. Bu görüşlerin etkisi, özellikle son elli yıllık dönemde hukuk metinlerine yansımış bulunmaktadır. 10 Aralık 1948'de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve son olarak 3 Eylül 1981'de yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi gibi çerçeve hukuk metinleri, hak ve özgürlüklerin her türlü ayrımcılıktan bağımsız, toplumsal öznelerin eşitliğini önceleyen ve siyasal otoritenin idari ve hukuki eylem alanlarının kısıtlanmasını amaçlayan bir perspektiften hazırlanmıştır.

Bu metinlerden biri olan İHAS'ın yargısal uygulamaları 1959 yılında Avrupa Konseyinin kararı ile kurulan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) içtihadı üzerinden şekillenmektedir. İHAM, İHAS'ta yer alan hak ve özgürlüklerin eşitlik ilkesine uygun bir şekilde yorumlanması ve yargılama yetkisi altındaki devletlerin bu ilkeye aykırılık oluşturan eylem, işlem ve kararları yönünden kovuşturulması gibi önemli hukuki işlemlere sahiptir. Öyle ki İHAM'ın eşitlik ilkesi ile ilgili uygulamaları, İHAS'a 4 Kasım 2000 tarihinde eklenen 12 Numaralı Ek Protokolün 1. maddesindeki ayrımcılık yasağı düzenlemesi ile Sözleşmedeki yerini de almış durumdadır.

Bu çalışmada 12 Numaralı Ek Protokoldeki ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesi ile olan ilişkisinin ve İHAM'ın bu ilişkiye yönelik yaklaşımının ilkesel kararlar üzerinden araştırılması, böylelikle eşitlik ilkesinin pratik görünüşlerinin bir içtihat incelemesi ile serimlenmesi amaçlanmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde probleme ilişkin bir kavramsal çerçeve sunulmuş, ikinci bölümünde bu çerçevenin İHAS'taki yansımaları değerlendirilmiş, üçüncü bölümde ise İHAM uygulaması ele alınmıştır. Bu çalışmanın yöntemi, öncelikle konuya ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşmeye Ek 12 No'lu Protokol incelenmiştir. Ardından, literatür taraması gerçekleştirilerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşmeye Ek 12 No'lu protokol kapsamında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı incelenmiştir. Çalışmanın, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili pozitif hukuk pratiklerine ve toplumsal özneler arasındaki güncel eşitsizliklerin giderilmesini öngören kamu politikalarına katkı sunabileceği düşünülmektedir.

1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE: EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

Eşitlik, kavram olarak iki veya daha fazla şeyin yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden eksik ya da fazla olmamasını ifade eder (Öden, 2003, s.17). Toplumsal yaşamda ise eşitlik kavramı, kendisini, “Bütün özneler eşittir.” önermesinde bulur. Ancak olgusal bağlamda iki veya daha fazla öznenin her zaman aynı koşullarda var olabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle eşitlik ilkesi, en başta olgusal değil normatif karakterli olup, bütün öznelerin belirli değişken ve nitelikler doğrultusunda eşit muameleye tabi tutulması gerektiğine ilişkin bir ön kabulü ifade eder.

Hukuk düzeni içinde farklı statülerde bulunan kişiler bakımından koşulların gereğine göre farklı getiri ve sorumlulukların öngörülmesi gerekir. Dolayısıyla eşitlik ilkesi, “benzer durumdakilere benzer, farklı durumdakilere ise farklı muamele etme yönelimi” ile açıklanır (Blackstone, 1967, s.240). Bu açıklama, aynı zamanda ilkenin uygulama alanının ancak birden fazla öznenin aynı anda var olduğu bir statükoda ortaya çıkabileceğini öngörür. Dolayısıyla eşitsizlik ve eşitlik arasındaki diyalektik, toplumsal yaşama özgüdür. Öden’in de (2003, s.21) ifade ettiği üzere toplumsal yaşam, herkesin kendi gücüne ve yeteneklerine göre elde ettiği getirileri diğerleri ile paylaşması şeklinde örgütlenmiş ise eşitlikçidir.

Ne var ki eşitlik ilkesinin tüm bu niteliklerinden toplumsal özneler arasındaki denkliğin bir çeşit “aynılık” durumu ile özdeşleştirilebileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Öyle ki, Blackstone’un (1967, s. 240) da ifade ettiği gibi, eşitlik ilkesi, “normatif bir karaktere” sahiptir: İlkenin pozitif hukuktaki varlığının sadece soyut bir çerçeve çizeceği ve söz konusu çerçevenin toplumsal özneler arasındaki farklılıkların gözetilmesi yoluyla tamamlanacağı öngörüsü ilkenin maddi unsurunu oluşturmaktadır. Olgular ile değişkenler gerektiğinde öznelerin özgün ve farklı özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmeli ve bu yolla eşitlik ilkesinin normatif alanın dışında biçimlenen eşitsizlikleri bütünüyle ihmal eden bir forma kavuşmasına engel olunmalıdır. Keza ilke ile uyumlu olan bir hukuk düzeni de kendi içindeki farklı statüleri toplumsal yaşama içkin olan maddi koşulların gerekliliklerine uyarlayabilmelidir (Güriz, 1987, s. 183). Bu uyarlamanın aynı zamanda, toplumsal öznelerin “yaşamlarını sürdürebilme” yükümlülüklerinin de olağan sonuçlarından biri olduğunu ifade etmek gerekir (Kalabalık, 2009, s. 102).

Ayrımcılık yasağı kavramı ise, eşitlik ilkesi ile ilişkili olarak, insan haklarının güvence altına alınmasındaki en temel ilkelerden biridir. Yasak, uluslararası hukukun temel metinlerinden olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, İHAS ve İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşmenin Ek 12 Numaralı Protokolünde düzenlenmektedir. Ayrımcılık kavramı, bu sözleşmelerde terminolojik olarak tanımlanmamasına rağmen, metinlerin içeriğinde toplumsal cinsiyet, etnik kimlik, renk, soy ve uyruk, dil, din ve inanç, yaş, engellilik, ideoloji ve medeni durum gibi pek çok statü ve nitelik yönünden sistemli, zedeleyici ve özneye göre farklılaşan uygulamaları karşılamaktadır³ (Kalabalık, 2009, s.106).

Ayrımcılığın hukuki görünümü, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık şeklindeki iki farklı kategoride ele alınabilir. Doğrudan ayrımcılık, özneler birbirleri yönünden eşitsizlik doğuran muamelede bulunmayı karşılar. Normatif olarak beliren doğrudan ayrımcılığın aksine dolaylı ayrımcılık ise aynı eylemi, başvuruyu veya işlemi icra eden iki veya daha fazla öznenin, birbirlerinden esaslı şekilde farklılaşan sonuçlar ile karşı karşıya bırakılmasını ifade eder (Wenthold, 1999, s.54).

Eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı, çağdaş hukuk metinlerinin temel unsurlarını oluştururlar. Eşitlik kavramı, kuramsal bağlamda tüm toplumsal öznelerin “denk bir pratik pozisyonda” konumlanmalarını, bir başka deyişle bireylerin siyasal otorite karşısındaki dezavantajlarının sönmelenmesine ilişkin gerekliliği ifade eder. Her bireyin gerek pozitif hukuktan gerek ise kamu gücünden kaynaklanan tüm vakıalarda denk muameleye tabi tutulması ve bu denkliğin sürdürülebilirliği, ilkenin temelini oluşturur.⁴

Yukarıda eşitlik ilkesinin benzerlere benzer, farklı olanlara ise farklı muamele etme şeklinde iki kısımdan oluştuğu belirtilmişti. Bu doğrultuda ayrımcılık kavramı, uluslararası hukukta genel olarak eşitlik ilkesinin birinci bileşenine, “şekli bağlamına” indirgenmiştir. Şekli eşitlik, doğrudan ayrımcılık kavramı ile ilgili olup eşitliği usuli düzeyde sağlamaya yönelimli, liberal bir eşitlik tasarımıdır. Şekli eşitlik anlayışında davranış, bir başka deyişle işlem esastır; söz

³ Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 2. maddesi, şu şekildedir: “Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka herhangi bir düşünce, ulusal ya da toplumsal köken, servet, doğuş veya başka herhangi bakımdan ayırım gözetilmeksizin bu bildiride ilan olunan tüm haklardan ve özgürlüklerden yararlanabilir. 2. Ayrıca ister bağımsız ülke uyruğu olsun, isterse vesayet altında bulunan, özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke uyruğu olsun, bir kişi hakkında uyruğu bulunduğu devlet veya ülkenin siyasal, hukuki veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayırım gözetilmeyecektir.”

⁴ Bunun aynı zamanda *insan onuru* kavramı ile yakından ilişkili olduğu söylenebilir. Bakınız: (Kuçuradi, 2003).

konusu davranış veya işlemin sonuçları ile ilgilenilmez (Barnard ve Hepple, 2003, s.562). Şekli eşitlik anlayışının uygulamada ortaya çıkardığı temel problemler, talebin ileri sürülmesi için bir bağımlı değişkene gereksinim duyulması, benzerlerin benzer muameleyi hak ettiği düzenlenmişken farklı olanlara nasıl muamele edilmesi gerektiğinin düzenlenmemiş oluşu, insanları sahip oldukları statülerden ve toplumsal guruplardan soyutlayan bir bireyciliğe içkinliği ve sadece negatif yükümlülüklerle dayanmasıdır. Fredman'ın (2001, s.18) ifade ettiği gibi bu anlayış, “bireylerin benzer durumda olmadığı durumlarda” gerçek eşitliği yansıtamamaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki toplumsal özneler, eşitlik talepleri ile farklılıklarının değiştirilmesi yerine bunların dikkate alınmasını isteyeceklerdir. Bu isteğin maddi eşitlik kavramı ile uyumlu olduğu söylenebilir. Zira maddi eşitlikte şekli eşitlikten farklı olarak davranış veya işlemin özü değil yarattığı sonuç ve farklılıklar ile olan ilişkisi esastır. Bu doğrultuda, pozitif ayrımcılık da maddi eşitliğin bir bileşeni olarak yorumlanabilir⁵. Öyle ki eşitliği üreten erk veya öznenin belirli davranış veya işlemler yoluyla madun toplumsal özneleri “diğer özneler ile eşit bir pozisyona” getirme yönelimi, normatif alanda karşılık bulur ve eşitliğe dair eylem, bir zorunluluğa dönüşür. Brown, Parmet ve Baumann'ın (1987, s.581) ifade ettiği gibi, ayrımcılığı, farklı statülerdeki özneleri bir tür eylemsellik yoluyla aşmaya çalışan ve bunun için edilgenliğe mesafeli duran bir siyasi pozisyon elde edilmiş olur. Ayrımcılık kavramı, şekli ve maddi eşitlik kavramlarının bu pratik ve normatif karşılıkları içinde sürekli olarak yeniden üretilecektir.

2.İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİNDE EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

1949 yılında Londra'da kurulan Avrupa Konseyinin insan haklarına saygı temelinde hazırladığı İHAS, ayrımcılık yasağını mutlak düzeyde uygulanmasını, temel hak ve özgürlüklerin bölgesel düzeyde güvence altına alınmasını ve taraf devletlerin iç hukuklarını hak temelli bir yaklaşıma dayalı olarak revize etmelerini amaçlamaktadır. Bu amaca uygun olarak Avrupa Konseyine üye

⁵ Öznenin etnisitesi, yaşı, toplumsal cinsiyet kimliği ve diğer toplumsal pozisyonlarından ötürü farklı muamelelerle karşılaştığı durumlarda, bu niteliklerinden kaynaklanan bazı dezavantajlarının ortadan kaldırılmasına yönelik özel güvencelerin sağlanması gerekebilir. “Pozitif ayrımcılık” olarak isimlendirilen bu önlemler, dezavantajlı konumda bulunan bireyi korumayı amaçlamakta olup bunların ayrımcılık yasağının istisnasını oluşturdukları kabul edilebilir (Karan, 2009, s. 14). Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi ile iç içe olan ve temel hak ve özgürlüklerin kullanımının “çerçevesini” meydana getiren ilkelerden biridir (Oran, 2001, s. 82).

devletlerin insan hakları alanında sağladıkları kazanımlar, Sözleşme ile uluslararası bir nitelik kazanmıştır.

Ayrımcılık yasağı İHAS'ın 14. maddesinde yer almaktadır. “Bu sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasi ya da başka bir görüş, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum ve benzeri başka bir statü ayırımı gözetmeksizin herkes için sağlanır.” şeklindeki maddenin amacı, eşitlik ilkesinin pratik bir temelde gerçekleştirilmesidir (Karan, 2009, s. 15). Her ne kadar madde ayrımcılığın tanımına açık bir şekilde yer vermese de ayrımcılığı pratik düzeyde bazı “ayırım süjeleri” ile özdeşleştirmekte, ancak bu süjeleri de sınırlı sayıya (numerus clausus) indirgememektedir. Ayrımcılığı pejoratif/negatif bağlamında ele alan madde, pozitif ayrımcılığa yönelik özel bir usul öngörmemiş, böylelikle yalnızca sınırlayıcı bir düzenleme olarak Sözleşmeye eklenmiştir.

Sözleşmenin 14. maddedeki bağlamı diğer maddelerde yer alan hak ve özgürlüklerle sınırlanan ayrımcılık yasağı, Ek 12 Numaralı Protokolün yürürlüğe girmesi ile birlikte taraf devletlerin iç hukuk kuralları yönünden de belirli bir güvenceye kavuşturulmuştur. Protokol, yasağın şekli ve çerçeve niteliğindeki bağlamını genişletmiş, taraf devletlerin üzerindeki pozitif yükümlülükleri arttırmıştır (Kibar, 2010, s. 35). Protokolün “Hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma cinsiyet, ırk, renk, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır. Hiçbir kamu otoritesi paragraf 1’de belirtilenler gibi sebeplere dayanarak hiç kimseye karşı ayrımcılık yapamaz.” şeklinde düzenlenen 1. maddesinin, ayırım süjeleri yönünden de çerçeve nitelikte bir sıralamaya gitmediği, daha ziyade örneklendirmeye dayalı bir yaklaşım içerdiği görülmektedir (Gemalmaz, 2001, s. 384). Bunun da özellikle İHAM uygulamasının etki alanını genişlettiği ve ayrımcılık yasağına içtihat yoluyla yorumlanma olanağı kazandırdığı söylenebilir.

Avrupa Konseyinin (2000) Protokol hakkındaki açıklayıcı raporu, İHAS'ın 14. maddesinin yazılma sürecinde günümüz toplumları için önem kazanan fiziksel ve zihinsel engellilik, yaş ve toplumsal cinsiyet kimliği gibi ayırım süjelerine yeteri kadar odaklanılmadığı vurgulanmaktadır (Kibar, 2010, s.43) Rapor, tıpkı İHAS'ın 14. maddesine ilişkin içtihatla öngörüldüğü gibi, her farklı muamelenin katı bir şekilde yasaklanmadığını, objektif ve makul sebeplere dayanan farklı muamelelerin Protokol bakımından meşru kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Öte yandan 14. maddeye ilişkin içtihat, geçerliliğini Protokol bakımından da koruyacaktır. Ayrıca yasağın

kapsamının Protokol yoluyla genişletilmesinin İHAM'ın hak ihlallerine ilişkin ölçütlerini daha da geniş bir alana taşıyabilmesini sağlayabileceği, bu sebeple de taraf devletlerin üstlendikleri pozitif yükümlülükler bakımından daha özenli davranmalarının bekleneceği de öne sürülmüştür (Özyılmaz, 2010, s. 55).

3. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

İHAM'ın İHAS ve ek protokollerinde yer alan hükümler ile ilgili ihlal iddialarını iki aşamadan oluşan bir yargılama usulü ile incelediği görülmektedir. Mahkeme, öncelikle, dava konusunun Sözleşme ve ek protokollerinde düzenlenen temel haklardan herhangi birinin kapsamına dahil olup olmadığını araştırmaktadır. İkinci aşamada ise ihlal iddiasının muhatabı olan devletin dava konusu muamelesinin güncel emsallerine göre herhangi bir esaslı farklılık içerip içermediği ele alınmaktadır. Dolayısıyla eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı arasındaki ilişkinin “farklılıkların dikkate alınmasına” ilişkin unsuru, Mahkemenin yargılama usulünün temel bağlamlarından biri olarak kabul edilebilecektir. Ağırbaşlı'nın (2009, s. 62) da belirttiği gibi, Mahkeme, içtihadında söz konusu ilişkiyi dört farklı kategoride incelemektedir.

İlk kategoriyi, Mahkemenin dava konusunu İHAS hükmüne münhasıran incelediğinde herhangi bir ihlal görmediği, ancak eylemin niteliği yönünden 14. maddeye ilişkin hak ihlalinin meydana geldiği sonucuna vardığı kararlarıdır. 28 Mayıs 1985 tarihli ve aynı dosyada birleşen 9214/80, 9473/81 ve 9474/81 başvuru sayılı Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık kararı, bu kapsamda değerlendirilebilir. İHAM, bu kararda taraf devletin ülke vatandaşı olan erkeklerin ülke vatandaşı olmayan kadınlarla evlenme sürecindeki oturma izinlerine herhangi bir sınırlama getirmezken tam tersi durumda katı regülasyonlar uygulamasının, toplumsal cinsiyet temelinde bir ayrımcılık yarattığını belirtmiştir. Mahkeme taraf devletin ülkedeki işsizlikte meydana gelen artışa ve erkek istihdamına duyulan gereksinimine yönelik savunmalarına da itibar etmemiştir (Yücel, 2015, s. 65).

İkinci kategoriyi, Mahkemenin ayrımcılık iddialarını incelerken İHAS'ın başkaca maddelerine yönelik ihlal tespit etmesi durumunda ayrıca 14. madde yönünden inceleme yapılmasına gerek duymadığı kararlar oluşturmaktadır. 23 Nisan 1992 tarihli ve 11798/85 başvuru sayılı Castells v. İspanya kararı buna örnek olarak verilebilir. Kararda Bask bölgesinin bağımsızlığını savunan bir siyasal partinin seçilmiş senatörü olan başvuruçunun dokunulmazlığı, hükûmeti eleştiren bir yazısından ötürü kaldırılır ve başvuruçunun yargılanması olanaklı kılınır. Daha sonra başvuruçucu

kefaletle serbest bırakılır. Başvurucunun taraf devletin konjonktüründeki pozisyonundan ötürü ayrımcılık yasağının ihlaline maruz bırakıldığına yönelik iddiaları, ifade özgürlüğünün ihlaline ilişkin karar verilmiş olmasından ötürü ayrıca incelenmemiştir (Yücel, 2015, s. 71).

Üçüncü kategori, Mahkemenin, önce Sözleşmedeki bir hakkın, daha sonra ise bu hakla birlikte 14. maddenin de ihlal edildiğini tespit ettiği kararlardan meydana gelir. 8 Temmuz 2003 tarihli ve 30943/96 başvuru sayılı Sahin v. Almanya kararı, buna örnek verilebilir. Evlilik dışı çocuğu bulunan başvurucunun çocuğuyla kurduğu kişisel ilişkiye, çocuğun diğer velisi tarafından engel olunur. O dönemde taraf devletin mevzuatı evlilik dışı çocuğun velayetini anneye bırakmakta, babanın çocuk ile kişisel ilişkisini annenin iznine tabi kılmaktadır. Başvuruyu inceleyen İHAM, önce “kişinin özel ve aile hayatına saygı hakkını” içeren 8. maddenin ihlalini tespit etmiş, sonra, çocuk ile kişisel ilişkinin evlilik birliği üzerinden usul farklılığına tabi tutulmasının ayrımcılık yasağını ihlal ettiği görüşüne varmıştır (Yücel, 2015, s. 73).

Dördüncü ve son kategoriyi ise İHAM’ın Sözleşmenin 14. maddesinin ihlalini tespit etmesinin ardından diğer hak ihlallerini incelemeye gerek duymadığı kararlarıdır. 6 Nisan 2000 tarihli ve 34369/97 başvuru sayılı Thlimmenos v. Yunanistan kararı, bu kapsamda ele alınabilir. Anılan kararda başvurucu, Yehova Şahidi olduğundan askeri üniforma giymeyi kabul etmez ve taraf devlet tarafından cezalandırılır. Daha sonra mali denetçilik sınavında başarılı olmasına rağmen aldığı ceza nedeniyle devlet memurluğuna atanamaz. Başvurucu, başvurusunda mahkûm kişiler ile mahkûm olmamış kişiler arasındaki ayırmadan ziyade inanca dayalı bir ayırma gidilmesinden dolayı inanç özgürlüğünün ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini savunmuştur. İHAM, yaptığı inceleme sonucunda taraf devletin memurluğa kabul için çeşitli ölçütler getirebileceğini, ne var ki inancı sebebiyle cezalandırılmış bir kimsenin memurluğa kabul edilmemesinin Sözleşmenin 14. maddesinin ihlali sayılacağını öngörmüş, inanç özgürlüğünün ihlaline ilişkin iddiayı ayrıca incelememiştir (Yücel, 2015, s. 83).

Tüm bu kategoriler, İHAM’ın eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı arasındaki ilişkiyi farklı yorum ve bağlamlar üzerinden değerlendirdiğini ve bu ilişkiye ilkesel bir yaklaşım geliştirdiğini ortaya koymaktadır. Ne var ki söz konusu kategorilerin genellikle şekli bir sınırlılığa tabi tutulduğu ve hak ihlallerindeki özgün maddi koşulların yeteri kadar vurgulanmadığı da gözlemlenmektedir (Danisi, 2011). Dolayısıyla İHAM’ın ayrımcılık yasağını bir yandan bir “çerçeve hüküm” olarak ele alırken öte yandan da dava konusu olayların niteliklerine göre açıklamasının, böylelikle toplumsal özneler arasındaki farklı eşitsizlik biçimlerine yönelik yeni hukuki yaklaşımlar geliştirmesinin isabetli olacağı düşünülmektedir.

SONUÇ

Bu çalışmada, insan hakları kuramının temel tartışmalarından biri olan eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı arasındaki ilişkinin normatif görünümünün İHAS'ın lafzı ve İHAM içtihadı üzerinden incelenmesini sağlamıştır. Çalışmada serimlendiği üzere, İHAS'ın ana metninde bir usul kuralı olarak düzenlenen eşitlik ilkesinin daha sonra yürürlüğe giren 12 Numaralı Ek Protokolün ilgili hükümleri yoluyla ayrımcılık yasağı ile eklemeli olduğu ve Sözleşme hukukunun maddi hükümleri arasında yerini aldığı gözlemlenmektedir. İHAS'ın ana uygulayıcısı olan İHAM da içtihadında bu düzenlemeleri farklı ölçütlere tabi tutmakta, incelemeye aldığı olayların özgün niteliklerine göre hukuki sınıflandırmalar geliştirmektedir. Çalışmada bu sınıflandırmalar dörde ayrılmış ve her ayırım emsal nitelikteki kararlar üzerinden incelenmiştir.

Yapılan inceleme sonucu İHAS'ın eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı arasındaki ilişkiye yönelik şekli bir yaklaşım geliştirdiği ve hak ihlalinin öznesi olan devletin iç hukukundaki sınırlamaları mümkün olduğunca geniş yorumladığı görülmektedir. Her ne kadar iç hukuk normlarının taraf devletlerin özgün egemenliklerinin sürekli unsurunu oluşturdukları kabul edilse de bu yaklaşım, eşitsizlik kavramının son yıllarda geçirdiği dönüşümleri kavramakta yetersiz kalmaktadır. Öyle ki günümüzde toplumsal özneler arasındaki eşitsizlikler, yalnızca genel geçer ayırım sülhelerine içkin bir şekilde oluşmamakta, aynı zamanda yeni toplumsal, ekonomik ve normatif patolojiler yoluyla da giderek genişlemektedir. İklim krizi, küresel göç, toplumsal cinsiyet karşıtı hareket ve savaş ve güvenlik riskleri gibi pek çok güncel problem, modern insan hakları hukukunda ele alınmayı gerektirmektedir.

Tüm bu sebeplerle İHAS'ın özellikle sosyal bilimlere yönelik interdisipliner bir yaklaşım geliştirmesinin, söz konusu problemleri kendi mevzuatına uyarlamak için çalışmalar yürütmesinin ve eşitlik ilkesinin sınırlarını kesişimsel bir perspektiften yeniden üretmesinin adeta bir zorunluluk durumuna geldiği düşünülmektedir. Nitekim, eşitlik ilkesi, pozitif hukuk bağlamında toplumsal öznelerin denk bir pozisyona getirilebilmesi için gereken karineleri oluşturmaktadır. Ne var ki ilkenin uygulanmasının, söz konusu özneler arasındaki farklılıkların göz ardı edilmesi ve yeknesak bir hukuk pratiğine yol açması gibi bazı sakıncaları da bulunmaktadır. İşte, ayrımcılık yasağı da bu sakıncaların ortadan kaldırılması ve siyasal otoritenin eylem, karar ve işlemlerinde toplumsal öznelerin farklılıklarını gözeterek tüm dezavantajları aşgari düzeye indirmesinin sağlanması işlevlerini beraberinde getirmektedir.

KAYNAKÇA

Akademik Kaynaklar

Ağırbaşı, Şennur (2009). Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine. Ankara: Seçkin Yayınları.

Avrupa Konseyi (2000). "Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms." Rome. <https://rm.coe.int/09000016800cce48>
Erişim Tarihi: 10 Şubat 2023.

Barnard, Catherine ve Bob Hepple (2003). "Substantive Equality." The Cambridge Law Journal, 59(3), 562-585.

Blackstone, W.T. (1967). "On the Meaning and Justification of the Equality Principle." Ethics, 77(4), 239-253.

Brown, Judith O., Wendy E. Parmet ve Phyllis T. Baumann (1987). "The Failure of Gender Equality: An Essay in Constitutional Dissonance." Buffalo Law Review, 36(3), 573-644.

Danisi, Carmelo (2011). "How far can the European Court of Human Rights go in the fight against discrimination? Defining new standards in its nondiscrimination jurisprudence." International Journal of Constitutional Law, 9(3-4), 793-807.

Fredman, Sandra (2001). "Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality." in Discrimination and Human Rights: The Case of Racism, ed. Sandra Fredman. New York: Oxford University Press, 9-44.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2001). Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 1. İstanbul: Beta Yayınları.

Güriz, Adnan (1987). Hukuk Başlangıcı. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Kalabalık, Halil (2009). İnsan Hakları Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Karan, Ulaş (2007). "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği." Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 73, 146-173.

Kibar, Bilge Esin (2010). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı.” Yayınlanmamış yüksek lisans tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü .

Kuçuradi, İoanna (2003). "İnsan hakları düşüncesinin ışığında insan hakları belgeleri." Kaygı: Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, 2, 6-11.

Oran, Baskın (2001). Küreselleşme ve Azınlıklar. Ankara: İmaj Yayınevi.

Öden, Merih (2003). Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi. Ankara: Yetkin Yayınları.

Özyılmaz, Hakan (2010). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında ayrımcılık yasağı ve 12 nolu Protokol'ün getirdikleri.” Yayınlanmamış yüksek lisans tezi. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü .

Wenthold, Klaartje (1999). “Formal and substantive equal treatment: the limitations and the potential of the legal concept of equality.” İn Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives, eds. Titia Loenen, Peter R. Rodrigues. The Hague, Kluwer Law International, 53-64.

Yücel, Ensari (2015). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku.” Adam Akademi, 6(1), 59-84.

Yargı Kararları

İHAM'ın 28 Mayıs 1985 tarihli ve aynı dosyada birleşen 9214/80, 9473/81 ve 9474/81 başvuru sayılı Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık kararı.

İHAM'ın 23 Nisan 1992 tarihli ve 11798/85 başvuru sayılı Castells v. İspanya kararı.

İHAM'ın 6 Nisan 2000 tarihli ve 34369/97 başvuru sayılı Thlimmenos v. Yunanistan kararı.

İHAM'ın 8 Temmuz 2003 tarihli ve 30943/96 başvuru sayılı Sahin v. Almanya kararı.