

16.10.2023

KURUL KARARI

Başvuru Numarası : 2022/1950
Toplantı Tarihi/Sayısı : 5.10.2023/216
Karar Numarası : 2023/776
Başvuran : 1) M.Ö.
2) H.Ö.
Başvuran Vekili : Av. T.E.
Adres : --
Muhatap Kurum/Kişi : ... Sitesi Yönetimi (Yönetim Adına Yönetici R. G.)
Muhatap Adres : --

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; başvuranların tesettürlü mayo ile site havuzuna girmelerinin engellenmesi nedeniyle din ve inanç temelinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. İNCELEME SÜRECİ

2. Başvuranların vekili, başvuru dilekçesi ve eklerinde özetle:

a. Müvekkilleri M.Ö. ve H.Ö.'nün Antalya ili Gazipaşa ilçesinde bulunan ... Sitesi ... Blok ...No.lu taşınmazın maliki M.Ö.' eşi ve gelini olduklarını, önceki yıllarda yapılan kat malikleri genel kurul toplantısında tesettürlü mayo ile site havuzuna girmenin yasaklandığını, 4/8/2022 tarihli genel kurul toplantısında müvekkiller ve taşınmaz maliki M.Ö. tarafından hukuka aykırı olan bu yasağın kaldırılması hususunun gündeme getirildiğini ancak konuya ilişkin şikâyet ile taleplerin dikkate alınmadığını ve konunun gündem maddeleri arasına dahil edilmediğini, havuz filtreleri eski ve yetersiz olduğu için tesettürlü mayo ile girilen havuzun temizlenemeyeceği, istenirse denizde yüzülebileceği gibi kabul edilebilir olmayan iddialarla geçştirildiklerini,

b. Müvekkiller ile diğer bazı tesettürlü Site sakinleri havuza girmek istediklerinde Site görevlileri tarafından engellendiklerini, Anayasa'ya aykırı olan söz konusu uygulamadan vazgeçilmesi gerektiğine ilişkin Gazipaşa Noterliğinin 17/8/2022 tarih ve ... numaralı ihtarnamesinin Site yöneticisine tebliğ edilmesine rağmen konuya ilişkin herhangi bir adım atılmadığını,

c. Tesettürlü mayo ile Site havuzuna girmenin yasaklanması nedeniyle müvekkillerinin din ve vicdan özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia etmekte; söz konusu uygulamanın kaldırılması için Site yönetiminin uyarılması ve Site yönetimine idari yaptırım uygulanmasını talep etmektedir.

3. Muhatap Site yönetimi adına Site yöneticisinden alınan yazılı görüşte özetle:

a. Yazılı görüş ekinde sunulan olağan genel kurul tutanakları ve hazırun cetvelinden de anlaşılacağı

üzere olağan genel kurula hitaben başvuruların konuya ilişkin bir şikâyet ya da taleplerinin olmadığı, gündeme alınan bir talep olmadığı için talebin reddi yönünde de bir genel kurul kararı bulunmadığı, nitekim ne genel kurul toplantısı tutanaklarında ne de Site yönetim planında tesettürlü mayoyla havuza girilmesini yasaklayan bir hüküm bulunduğu,

b. Başvuruların konuya ilişkin şikâyetlerinden ancak Gazipaşa Noterliği tarafından gönderilen ihtarname ile haberdar olunduğu, ilgili ihtarnamenin Site yönetimine 11/10/2022 tarihinde tebliğ edildiği, 15/9/2022 tarihinde ise Site havuzu kullanıma kapatıldığı için fiili olarak başvuranın ihtarnameye konu talebinin yerine getirilmesinin imkansız olduğu, tesettürlü mayoyla havuza girilmesine ilişkin bir yasak bulunmasa da ihtarnameye konu talebin en geç olağan genel kurul toplantısında dile getirilmesi gerektiği,

c. Açıklanan nedenlerle başvuruların Site havuzundan yararlanmalarına engel bir durum olmadığı ancak taleplerinin kat malikleri olağan genel kurulunda dile getirilmesi halinde değerlendirileceği iddia edilmektedir. Ayrıca 2021-2022 yılına ait olağan genel kurul toplantı tutanağı, toplantı duyurusu, katılım imza listesi ve Site yönetim planı yazılı görüş ekinde sunulmuştur.

4. Muhatabın yazılı görüşüne karşı başvuruların vekili tarafından sunulan yazılı görüşte özetle;

a. Muhatabın iddialarının tamamen sorumluluktan kurtulmaya yönelik ve hayatın olağan akışına aykırı olduğu, uygulamada bir yasak ve ayrımcılık olmasa hiç kimsenin durup dururken vekil aracılığıyla mali külfete girerek ayrımcılığa uğradığına dair başvuru yapmayacağı, muhatabın iddialarını destekleyecek nitelikte yalnızca son genel kurul toplantısı tutanağını sunduğu, ancak daha önceki yıllarda yapılan genel kurul toplantılarına ait toplantı tutanaklarını sunmadığı, özellikle 2018-2019 dönemi genel kurul toplantı tutanağının talep edilmesi gerektiği ve ilgili tutanağın talep etmelerine rağmen kendilerine gösterilmediği, şifâhen ve ihtarname ile iletilen taleplere de cevap verilmediği, sadece konuyu kapatmaya yönelik olarak Siteye ait “*anlık mesajlaşma uygulaması*” grubunda Site yöneticisi tarafından geçmiş tarihli bir CİMER başvurusunun ekran görüntüsünün paylaşıldığı ve bu hususun tesettürlü mayo yasağının yıllardır uygulandığını ve Site gündeminde yer aldığını gösterdiği,

b. Muhatap açıklamalarının son kısmında talebin bir sonraki genel kurulda değerlendirilebileceğini ifade etse de bir sonraki genel kurul yaz döneminin ikinci yarısında yapılacağı için müvekkillerin söz konusu toplantıya kadar havuzdan faydalanmalarının mümkün olmayacağı ve uğradıkları haksızlığın devam edeceğinin açıkça ortada olduğu, tesettürlü mayo yasağı konusunda ayrımcılık uygulanmadığına dair beyanlarla talep doğrultusunda konunun bir sonraki genel kurulda görüşülebileceğinin belirtilmesinin birbiriyle çelişen açıklamalar olduğu,

c. Tesettürlü mayoyla havuza girmek istediklerinde diğer bazı kat maliklerinin rencide edici biçimde uyarıldıkları ve bu durumun da başvuru dosyası kapsamına alınması gerektiği iddia edilmektedir. Başvuruların vekili ilgili kat maliklerinin imzalı ifadelerini yazılı görüş ekinde Kurumumuza sunmuştur.

5. Kurumumuz tarafından muhatap Site yöneticisinden son 10 yılın genel kurul toplantı tutanaklarının birer suretleri talep edilmiş olup site yöneticisi tarafından 2018-2019 dönemi dışındaki son 10 yıla ait genel kurul toplantı tutanaklarının suretleri Kurumumuza sunulmuştur. Kurumumuza sunulan belgeler içerisinde 2018-2019 dönemine ilişkin olarak 2019 yılında yapılan genel kurul toplantı tutanağı suretinin eksik olduğunun görülmesi üzerine söz konusu yıla ait genel kurul toplantı tutanağı tekrar talep edilmiş, ancak Site yöneticisi tarafından ilgili tutanak, Site Yönetiminin değiştiği ve tüm belgelerin yeni

Yönetime devredildiği gerekçesiyle Kurumumuza gönderilmemiştir.

III. İLGİLİ MEVZUAT

6. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10'uncu maddesi şu şekildedir:

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (...)”

7. Anayasa'nın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” başlıklı 13'üncü maddesi şu şekildedir:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

8. Anayasa'nın “Din ve vicdan hürriyeti” başlıklı 24'üncü maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir:

“Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14' üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. (...)”

9. 20/4/2016 tarihli ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun “Tanımlar” başlıklı 2'nci maddesinin (d) bendine göre: “d) Doğrudan ayrımcılık: 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 muameleyi” ifade eder.

10. 6701 sayılı Kanun'un “Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı” başlıklı 3'üncü maddesi şöyledir:

“(1) Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. (2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır. (3) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. (4) Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.”

11. 6701 sayılı Kanun'un “Ayrımcılık türleri” başlıklı 4'üncü maddesinin birinci fıkrasında, ayrımcılık türleri; “ a) Ayrı tutma. b) Ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama. c) Çoklu ayrımcılık. ç) Doğrudan ayrımcılık. d) Dolaylı ayrımcılık. e) İşyerinde yıldırma. f) Makul düzenleme yapmama. g) Taciz. ğ) Varsayılan temele dayalı ayrımcılık.” olarak sıralanmıştır.

12. 6701 sayılı Kanun'un “Ayrımcılık yasağının kapsamı” başlıklı 5'inci maddesinin birinci fıkrası

şöyledir:

“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.”

13. 6701 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde, Kurumun, “*ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek*” le görevli olduğu düzenlenmiştir.

14. 6701 sayılı Kanun'un “İspat yükü” başlıklı 21'inci maddesi şöyledir:

“*Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.*”

IV. DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

15. 6701 sayılı Kanun'un “Başvurular” başlıklı 17'nci maddesinin birinci fıkrası “*Ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir.*” hükmünü haizdir. Başvuranın dilekçesinden, 6701 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen ayrımcılık temellerinden din ve inanç temeli ile bağlantılı olarak ayrımcılığa maruz bırakıldığı iddiasında bulunduğu anlaşılmaktadır. Yapılan inceleme neticesinde başvurunun esaslanıncelenebilecek bir başvuru olduğu değerlendirilmesine varılmıştır.

16. Ayrımcılık yasağı, uluslararası insan hakları hukukunun temelinde yer almakta ve pek çok uluslararası insan hakları sözleşmesinde özel olarak düzenlenmektedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 2'nci maddesine göre: “*Herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka türden kanaat, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş veya başka türden statü gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, bu Bildirgede belirtilen bütün hak ve özgürlüklere sahiptir.*”

17. Keza Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 14'üncü maddesine göre: “*Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan güvence altına alınır.*”

18. Başvuru konusu olayda ayrımcılık yasağı bağlamında ihlal edildiği iddia edilen din ve vicdan özgürlüğü; demokratik toplumun vazgeçilmez unsurları arasında yer alan, hem uluslararası hem de ulusal mevzuat ile koruma altına alınan temel bir haktır.

19. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MSHS) 18'inci maddesine göre: “*1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin aleni*

veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü de içerir. 2. Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu benimseme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıya maruz bırakılamaz. 3. Bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasalarla belirlenen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebilir.”

20. AİHS'nin 9'uncu maddesi ise şu şekildedir: “1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. 2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”

21. Düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğünün önemi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından da sayısız kez dile getirilmiştir. AİHM'e göre din, vicdan ve inanç özgürlüğü dini boyutuyla, sadece inananların kimliği ve yaşam anlayışlarının en temel unsurlarından birisi değil; aynı zamanda ateist, agnostik, kuşkuçu ve ilgisizler için de değerli bir kazanımdır (AİHM, *Kokkinakis/Yunanistan*, B. No: 14307/88, 25/5/1993, para. 31).

22. Din ve vicdan özgürlüğünün içsel (*forum internum*) ve dışsal (*forum externum*) iki boyutu bulunmakta olup içsel boyutu bireylerin düşünce, vicdan ve dini inanç özgürlüğüne sahip olmalarını, din veya inanç değiştirme özgürlüğünü ve inanmamayı kapsamaktadır. Dışsal boyutu ise kişinin dinini, inancını ve düşüncesini dışa vurmasını, alenî veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü ifade etmektedir. Bu açıdan din özgürlüğü, esas olarak bireyin vicdanı ile ilgili bir husus olmakla birlikte, aynı zamanda, diğer hususların yanı sıra dinini açıklama özgürlüğünü de içerir. Sözcükler ve hareketler ile açığa vurma, dini inançların varlığı ile bağlantılı bir olgudur (AİHM, *Kokkinakis/Yunanistan*, B. No: 14307/88, 25/5/1993, para. 31).

23. İçsel boyutu ile din ve vicdan özgürlüğü mutlak ve sınırlandırılmaz iken dışsal boyutu yani bireyin seçtiği dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğü mutlak olmayıp, sınırlandırılabilir. AİHS'in 9'uncu maddesine göre de din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla sınırlanabilmekte ve bu sınırlamanın demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olması aranmaktadır. AİHM, *Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık* kararında konuyla ilgili şu ifadelerle yer vermiştir: “Din özgürlüğü, asıl olarak bireyin düşünce ve vicdanıyla ilgili bir meseledir. Sözleşme'nin 9. maddesinin ilk paragrafında belirtilen bu yön, yani herhangi bir dini inanca sahip olma ve dinini ya da inancını değiştirme, kesindir ve koşulsuzdur. Din özgürlüğü ayrıca, kişinin bireysel ve gizli olarak inancını açıklama ve de diğerleriyle birlikte ve halkın önünde ibadet etme özgürlüğünü de içerir. Dini inancın açığa vurulması, ibadet, öğretim, uygulama ve uyma şeklini alabilir. Bir kişinin dini inancını açığa vurmasının diğerleri üzerinde etkisi olacağından, Sözleşme'yi kaleme

alanlar din özgürlüğünün bu yönünü 9/2 maddede belirtilen şekilde sınırlandırmışlardır. Bu ikinci paragraf, bir kişinin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü üzerine konulan bir kısıtlamanın yasayla öngörülmüş ve orada belirtilen meşru amaçlardan bir veya birkaçının gerçekleştirilmesi bakımından demokratik bir toplumda gerekli olmasını şart koşmaktadır.” (AİHM, *Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 48420/10..., 15/1/2013, para. 80).

24. Ulusal mevzuatımızda ise Anayasa'nın din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 24'üncü maddesinde, 14'üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenlerin serbest olduğu belirtilerek, özgürlüğün sınırlanması konusunda 14'üncü maddeye gönderme yapılmıştır. Bu bağlamda, din ve vicdan özgürlüğü Devlete veya kişilere, Anayasa ile tanınan temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenleyen 13'üncü maddeye göre ise, temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır.

25. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin 22 No.lu Genel Yorumu'nun 4'üncü paragrafında din ve inanç özgürlüğüne ilişkin olarak şu ifadeler yer verilmiştir: “*Din ya da inancı açığa vurma özgürlüğü, bireysel olarak ya da başkalarıyla birlikte özel ya da kamusal alanda icra edilebilir. Dinini ya da inancını ibadet ederek, ayinler yaparak, fîli olarak uygulayarak ve öğreterek açığa vurma özgürlüğü çok çeşitli davranışları kapsamaktadır. Ayin kavramı, inancı doğrudan ifade eden ayinsel ve törensel davranışlar ile ibadet yeri inşa etme, ayinsel obje kullanımı, semboller taşınması ve tatil ve dinlenme günlerine uyulması gibi bu tip davranışların ayrılmaz parçası niteliğindeki çeşitli uygulamaları kapsamaktadır. Din veya inanca uygunluk veya din veya inancın gereklerinin uygulanması, sadece törenleri değil aynı zamanda, beslenme ile ilgili belirli âdetleri, belirli kıyafetlerin giyilmesini veya başörtüsü takılmasını, hayatın belirli aşamalarıyla ilgili törenlere katılmayı, özellikle belirli bir grubun kullandığı belirli bir dili konuşmayı da içerebilir.*” (Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum 22: 18. Madde, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 30/7/1993, para. 4). Bu bağlamda tesettürlü mayo giymenin de din ve inanç özgürlüğü kapsamında bir dışa vurum şekli olduğunun kabul edilmesi gerekir (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TIHEK), B. No: 2019/3404, K. No: 2020/26, para. 29).

26. AİHM kararlarında ayrımcılık; objektif ve makul bir neden olmaksızın, aynı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunmak olarak tanımlanmıştır (AİHM, *Willis/Birleşik Krallık*, B. No: 36042/97, 11/9/2002, para. 48 ve AİHM, *Okpisz/Almanya*, B. No: 59140/00, 15/2/2006, para. 33). Farklı muamelenin objektif ve makul bir nedene dayanması hususu ise AİHM tarafından belirli kriterler çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu durumda, söz konusu meşruluğun varlığı ilk olarak, demokratik bir toplumda geçerli olan ilkeler göz önünde bulundurularak söz konusu tedbirin amacı ile etkileri arasındaki ilişki bağlamında değerlendirilmelidir. Sözleşme’de belirtilen bir hakkın kullanılmasının ardındaki muamele farklılığının sadece meşru bir amaca yönelik olması tek başına yeterli değildir. 14'üncü madde gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisi

bulunmadığı takdirde de aynı şekilde ayrımcılık yasağı ihlal edilmektedir (AİHM, *Belçika'da Eğitim Dili Davası/Belçika*, B. No: 1474/62 , 23/7/1968, para. 10).

27. 6701 sayılı Kanun'un “*Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı*” başlıklı 3'üncü maddesinde “*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı*” ayrımcılığın yasak olduğu hüküm altına alınmıştır. Ayrımcılık yasağının kapsamı ise Kanun'un “*Ayrımcılık yasağının kapsamı*” başlıklı 5'inci maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir; “*Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan (...) 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.*” Bu çerçevede Site havuzundan faydalanmanın kamuya açık olmasa da Site sakinlerine ve misafirlerine sunulan bir hizmet olduğu, bu nedenle başvuruların kat malikinin aile üyeleri olması dolayısıyla Site havuzundan yararlanabildiği, dolayısıyla başvurular ile muhatap arasında 6701 sayılı Kanun kapsamında bir hizmet ilişkisinin bulunduğu değerlendirilmektedir.

28. Somut olayda başvuruların vekili; önceki yıllarda yapılan kat malikleri genel kurul toplantısında tesettürlü mayo ile Site havuzuna girmenin yasaklandığını, 4/8/2022 tarihli genel kurul toplantısında müvekkiller tarafından hukuka aykırı yasağın kaldırılması hususunun gündeme getirildiğini ancak konuya ilişkin şikâyet ile talebin dikkate alınmadığını ve konunun gündem maddelerine dâhil edilmediğini, havuz filtrelerinin eski ve yetersiz olduğu gerekçesiyle tesettürlü mayo ile girilen havuzun temizlenemeyeceği, istenirse denizde yüzülebileceği gibi kabul edilebilir olmayan argümanlarla geçiştirildiklerini, sonuç olarak din ve inanç temelinde ayrımcılığa uğradıklarını iddia etmiştir. Başvuruların vekilinin iddialarına cevaben muhatap ise; başvuruların genel kurul toplantısında konuya ilişkin bir şikâyet ya da taleplerinin olmadığını, gündeme alınan bir başvuru olmadığı için talebin reddi yönünde de bir genel kurul kararı bulunmadığını, nitekim ne genel kurul toplantısı tutanaklarında ne de Site yönetim planında tesettürlü mayoyla havuza girilmesini yasaklayan bir hüküm bulunduğunu, bir sonraki genel kurul toplantısında konu dile getirilirse değerlendirilebileceğini iddia etmiştir. Başvuran ise sebep olmaksızın ayrımcılık iddiasında bulunmanın hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, muhatabın iddiasının sorumluluktan kurtulmaya yönelik olduğunu ve tesettürlü mayo hususunun dile getirilmesi durumunda değerlendirilebileceği ifadesinin ayrımcılığı doğrular nitelikte olduğunu ifade etmiştir.

29. Başvuruların vekili, başvurularla aynı Sitede taşınmaz maliki olan ve tesettürlü mayo ile Site havuzuna girmelerinin engellendiğini belirten kişilerin imzalı ifadelerini tarafımıza sunmuştur. N.Ç. ve S.Ç. Kurumumuza sundukları ifadelerinde; TIHEK'e yapılan başvuruyu şifahen öğrendikten sonra konuya ilişkin bilgilerini paylaşma zarureti gördüklerini, 2003-2004 döneminden beri adı geçen Sitede maliki buldukları taşınmazı yazlık olarak kullandıklarını, eşlerinin tesettürlü olduğunu ve Sitede eşlerinin tesettürlü mayoyla havuzu kullanmalarına hiçbir zaman izin verilmediğini, sözlü ve rencide edici biçimde uyarı aldıklarını, eşlerinin çocuk havuzunda oynayan çocuklarını dahi tesettürlü mayo ile takip edemediklerini, bu nedenle yalnızca kendilerinin değil çocuklarının da mezkûr

uygulamadan olumsuz şekilde etkilendiklerini, bu hususu genel kurul toplantısında dile getirmelerine rağmen sonuç alamadıklarını, 2021-2022 dönemine ilişkin 2022 yılında yapılan genel kurul toplantısında da bu hususun dile getirilmesine rağmen kayıtlara geçirilmediğine şahitlik ettiklerini, Site havuzundan tesettürlü mayo ile yararlanmak isteyenlerin din ve inanç özgürlüklerinin ihlal edildiğini beyan etmişlerdir.

30. Başvuranların vekili inceleme sürecinde, 2018-2019 dönemi genel kurul toplantısında tesettürlü mayoyla havuza girilmesinin yasaklandığını, toplantı tutanağı suretinin kendilerine verilmediğini ve söz konusu toplantı tutanağının talep edilmesi gerektiğini belirtmiştir. İncelemenin tamamlanabilmesi için Kurumumuzca muhatap Site yöneticisinden son 10 yılın genel kurul toplantı tutanaklarının suretleri talep edilmiştir. Site yöneticisi tarafından 2018-2019 dönemi dışındaki son 10 yıla ait genel kurul toplantı tutanaklarının suretleri Kurumumuza sunulmuştur. Söz konusu genel kurul toplantı tutanağı suretinin eksik olduğunun görülmesi üzerine bu tutanak talep edilmiş, ancak Site yöneticisi tarafından ilgili belge Kurumumuza sunulmamıştır.

31. Bununla birlikte muhatap tarafından sunulan ve önceki yıllara ait genel kurul toplantı tutanakları incelendiğinde 2017-2018 Dönemi Genel Kurul Toplantısı'na ait 29/7/2018 tarihli toplantı tutanağında "*İ.Ç.: Havuza haşema ile girilebilmesini önermiş ve oylamaya sunulmuş. Evet:16, Hayır:22, 4 adet çekimser oy kullanılmış ve haşema ile havuza girilmesi kabul görmemiştir.*" ifadeleri yer almaktadır. Söz konusu ifadelerden bahse konu yıla kadar tesettürlü mayo ile Site havuzuna girilemeyeceğine ilişkin bir uygulamanın mevcudiyeti açıkça anlaşılmaktadır. Buna ek olarak Site sakinlerinden birinin tesettürlü mayo ile havuza girilebilmesi yönündeki teklifi reddedilerek 29/7/2018 tarihinden sonra da söz konusu yasağın sürdürülmesi yönünde karar alınmıştır.

32. Bilindiği üzere ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinin kanıtlanması, ayrımcılık kastı ve ayrımcı edim kendini açık ve kolayca tespit edilebilen bir şekilde göstermediğinden oldukça güçtür. AİHM bu açıdan makul şüphe bırakmayacak bir kanıt standardı kabul etmiştir. Mahkemeye göre kanıtlama yeterince güçlü, açık ve birbiriyle uyumlu çıkarsamalardan ya da yeterince çürütülememiş maddi olgulardan oluşabilir (AİHM, *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 43577/98-43578/98, 6/7/2005, para. 147). 6701 sayılı Kanun'un "*İspat yükü*" başlıklı 21'inci maddesine göre: "*Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.*"

33. Bu çerçevede başvuranların vekili tesettürlü mayo ile havuza girmenin engellenmesi nedeniyle din ve inanç temelinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini, 2018-2019 dönemi genel kurul toplantısında bu yasağa yönelik karar alındığını ifade etmiş ve konuya tanıklık eden kişilerin ayrıntılı ifadelerini içeren imzalı beyanlarını sunmuştur. Muhatap ise son on yıl içindeki tüm genel kurul toplantı tutanaklarını sunmakla birlikte başvuranlar tarafından araştırılması talep edilen ve söz konusu yasağın yer aldığı iddia edilen 2018-2019 dönemi genel kurul toplantı tutanağını sunmamış, Kurumumuz tarafından da bu belgenin sunulması talebine karşılık vermemiştir. Son on yıla ait genel kurul toplantı tutanaklarının, yalnızca esas iddia konusu olan 2018-2019 dönemine ait tutanak olmadan sunulmasının ve ancak Site Yönetim Kurulu değiştikten sonra söz konusu yazıya cevap verilmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu değerlendirilmektedir. Dahası 2017-2018 genel kurul toplantı tutanağında tesettürlü mayo ile

havuza girilmesi teklifinin reddedildiği ve söz konusu yasağın karara bağlandığı tespit edilmiştir. Tüm bu sebeplerle başvurular tarafından iddianın gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareler ve karine oluşturan olguların varlığı ortaya konulmuş ve ispat yükü 6701 sayılı Kanun'un 21'inci maddesi uyarınca muhataba geçmiş, muhatap tarafından Site havuzuna tesettürlü mayo ile girmenin yasak olmadığı ve ayrımcılık yasağı ve eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediği ispat edilememiştir.

34. Sonuç olarak muhatapın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat edemediği somut olayda; muhatap site yönetimince, tesettürlü mayo giyenlerin havuzdan yararlandırılmaması şeklindeki uygulama, 6701 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde ayrımcılık türleri arasında sayılan doğrudan ayrımcılık olarak değerlendirilmiş, somut olayda başvuranın din ve inancı nedeniyle sunulan hizmetten diğer kişilere kıyasla eşit bir şekilde yararlanmasının engellenerek ayrımcılık yasağının ihlal edildiği kanaatine varılmıştır.

V. KARAR

A. Başvuruda AYRIMCILIK YASAĞI İHLALİ YAPILDIĞINA,

B. Muhatap hakkında 50.000 TL İDARİ PARA CEZASI UYGULANMASINA,

C. Kararın taraflara tebliğine ve KAMUOYUNA DUYURULMASINA,

Ç. Karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemesine başvurulabileceğine,

05/10/2023 tarihinde, OY BİRLİĞİYLE, karar verildi.

e-imzalıdır

Av. Alişan TIRYAKI
II. Başkan

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Başkan
(Görevli)

e-imzalıdır

İsmail AYAZ
Kurul Üyesi

e-imzalıdır

Saffet BALIN
Kurul Üyesi

Dr. Burhan ERKUŞ
Kurul Üyesi
(İzinli)

Mehmet Emin GENÇ
Kurul Üyesi
(İzinli)

e-imzalıdır

Ünal SADE
Kurul Üyesi

e-imzalıdır

Dilek ERTÜRK
Kurul Üyesi

e-imzalıdır

Muhammet Ecevit CARTİ
Kurul Üyesi

e-imzalıdır

Av. Zennure BER
Kurul Üyesi