

31.08.2023

KURUL KARARI

Başvuru Numarası : 2023/506
Toplantı Tarihi/Sayısı : 18.8.2023/212
Karar Numarası : 2023/600
Başvuran : B.A.
Başvuran Vekili : --
Adres :
Muhatap Kurum/Kişi : ... Sitesi Yönetimi (Yönetim Adına Yönetici T.R.)
Muhatap Adres :

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; başvuranın tesettürlü mayo ile site havuzuna girmesinin engellenmesi nedeni ile din ve inanç temelinde ayrımcılığa maruz bırakıldığı iddiasına ilişkindir.

II. İNCELEME SÜRECİ

2. Başvuran, başvuru dilekçesinde özetle;

a. Antalya ili Serik ilçesinde bulunan ... Sitesi ... numaralı dairenin maliki N.P.'nin torunu olduğunu ve mezkûr dairede sükna hakkı olduğunu, 1999 yılından beri her yıl belirli aylarda ailesiyle birlikte adı geçen dairede ikamet ettiğini, aidat ve Sitenin her türlü giderlerine katıldıklarını, yüzme havuzunun giderlerinin de toplanan aidatlardan karşılandığını,

b. Sitenin kurulduğu 1999 yılından beri aidatlarını ödeyerek Sitenin havuzundan faydalanabiliyor iken 15/7/2022 tarihinde tesettürlü mayo giymeye başlamasından sonra kat maliklerinin de bulunduğu kalabalık bir ortamda, Site yöneticisi tarafından zor kullanılarak, kaba ve rencide edici bir biçimde havuzdan faydalanmasının engellendiğini,

c. Site yönetim kurulu başkanı T.R.'nin tesettürlü mayo giymenin yasak olduğuna dair kat malikleri genel kurulu kararı olduğunu iddia ettiğini, söz konusu kararın kendisine ibraz edilmesini yazılı olarak talep etmesine rağmen talebine yasal süre içerisinde cevap verilmediğini,

ç. Kendisine ibraz edilmeyen kararın hem hukuka hem kanunlara aykırı olduğunu ve uygulanamayacağını T.R.'ye defalarca belirtmesine rağmen uygulamada ısrar edilmesi üzerine T.R. hakkında suç duyurusunda bulunduğunu ve konu hakkında Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından soruşturma başlatıldığını, din ve inanç temelinde ayrımcılığa uğradığını iddia etmekte olup gereğinin yapılmasını talep etmektedir.

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

a. Başvuranın sadece kat malikinin torunu olup sükna hakkının bulunmadığı, aidat ödeme ve

Sitenin giderlerine katılma yükümlülüğü olmadığı gibi Sitedeki uygulamalara ve kat malikleri genel kurulu toplantılarına itiraz ve dava hakkının da olmadığı,

b. Siteye ait havuz ve müştemilatın kamuya açık ve giderleri kamudan karşılanan bir sosyal tesis olmadığı, bilakis 92 kişilik kat maliklerinin ortak alanı niteliğinde bir özel mülk olduğu, kat maliklerinin kendilerine ait mülkün işletilmesi ve kullanımı için gerekli her türlü kararı almaya yetkili olduğu, kararlara karşı dava açılıp iptali sağlanmadığı takdirde kararın yönetici dahil tüm malikleri bağladığı,

c. Tesettürlü mayo ile havuza girmeyi yasaklayan karar ve uygulamanın yaşam tarzına müdahale değil, hijyen ve temizliği azami koruma amacına yönelik olduğu, bu kararın 22 yıldan beri uygulandığı ve kat malikleri genel kuruluna katılan üyelerin oybirliği ile alındığı,

ç. Konu hakkında başvuran tarafından Serik Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan şikayet neticesinde Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kendisi dahil olmak üzere çok sayıda kat malikinin ifadesinin alındığı, suç oluşturan fiil bulunmadığı kanaatiyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiği,

d. 2001-2022 yılları arasında yapılan kat malikleri genel kurulu toplantılarında söz konusu yasağa ilişkin karar alındığı, takip eden yıllarda da yasağa ilişkin atıf yapılarak uygulamanın devam ettiği, söz konusu tesettürlü mayo yasağına ilişkin kat maliklerine yazılı bilgi verildiği, havuz başına duyuru asıldığı ve anons sistemi ile de Site sakinlerinin bilgilendirildiği, bu uygulama her yıl devam ettiği halde kat malikinin hiçbir karara karşı yargıya başvurmadığı ve herhangi bir iptal kararı alınmadığı, 8/1/2023 tarihli genel kurul toplantısında ... Sitesi Havuz ve Ortak Alanlar Kullanım Yönergesi'nin kabul edildiği, adı geçen Yönerge'de *“Yine geçmiş dönemlerinde olduğu gibi havuz ve çevresinde hijyen kurallarını gözetip uygulayabilmek amacı ile havuza girişlerde erkek kullanıcılar şort, kadın kullanıcılar ise şort veya mayo vb. kıyafet giyerler. Hijyen kurallarını uygulamak, havuzun temiz bulundurulmasını sağlamak, olası temizlik ihmaline neden olmamak ve böylece site sakinlerinin sağlığını korumak amacı ile havuza girişlerde yukarıda belirtilenler dışında giysilerle veya dışarıda giyilebilen ve/veya vücudu tamamen kapatan kıyafetlerle havuza girilmez”* maddesinin yer aldığı, oy birliği ile alınan genel kurul kararına malikin de itiraz etmediği ifade edilmiştir.

4. Muhatabın yazılı görüşüne karşı başvuran tarafından sunulan yazılı görüşte özetle;

a. Kat malikinin torunu olarak Sitede oturma hakkı olduğu, kat maliki olmamakla beraber bir haksızlığa ve ayrımcılığa uğradığında ya da işlenen suçtan dolayı mağdur olduğunda hak aramasına engel bir durum olmadığı, genel kurul toplantısında insan haklarına aykırı bir karar alındığında mağduriyet yaşayan kişilerin itiraz hakkının doğduğu,

b. Yöneticinin şahsi sorumluluktan kurtulabilmek ve diğer Site maliklerine rücu edebilmek adına muhatap tarafından ekte sunulan 8/1/2023 tarihli ve vücudu kapayan kıyafetlerle havuza girilemeyeceğine ilişkin kat malikleri genel kurul kararının Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan şikayet tarihinden sonra alındığı, dolayısıyla ilgili genel kurul kararının sunulmasının Kurumun vereceği kararı etkileme ve yanıltma amaçlı olduğu, öncesinde böyle bir kararın alınıp alınmadığının belli olmadığı,

c. Muhatabın bahsettiği havuz başındaki havuz kurallarını içeren panoda düş almadan havuza girilemeyeceği, şampuan kullanılamayacağı gibi maddelerin olduğu ve tesettürlü mayo giyilemeyeceğine ilişkin bir maddenin olmadığı,

ç. Tesettürlü mayo kullananların diğer yüzücü kıyafetlerini kullananlara kıyasla daha fazla sağlık

sorununa neden olabileceği iddiasının objektif ve makul bir temelden uzak olduğu, bu konuyla alakalı Sağlık Bakanlığı veya ilgili kuruluşların bir belge ya da kararının bulunmadığı, hijyen konusunu uygulamanın gerekçesi olarak göstermenin bile başlı başına ön yargılı bir ifade olduğu, ayrımcılık ve ötekileştirmeye sebebiyet verdiği,

d. Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın halkı kin veya düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçuna ilişkin olduğu ve uğradığı ayrımcılığa ilişkin olmadığı, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilse dahi din ve vicdan özgürlüğünün engellendiği, doğrudan ayrımcılığa maruz bırakıldığı iddia edilerek gereğinin yapılması talep edilmektedir.

III. İLGİLİ MEVZUAT

5. 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. (...)”

6. Anayasa'nın “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” başlıklı 13'üncü maddesi şu şekildedir:

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

7. 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. (...)”

8. 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.

9. 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.”

10. Mezkûr 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.

11. 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."

12. 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.

IV. DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

13. 6701 sayılı Kanun'un "Başvurular" başlıklı 17'nci maddesinin birinci fıkrası "Ayrımcılık yasağı ihlalinde 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.

14. 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."

15. 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."

16. Başvuru konusu olayda ayrımcılık yasağı bağlamında ihlal edildiği iddia edilen din ve vicdan özgürlüğü; demokratik toplumun vazgeçilmez unsurları arasında yer alan ve gerek uluslararası belgeler gerekse Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile koruma altına alınan temel bir haktır. Herkes vicdan, dini

inanç ve kanaat özgürlüğüne sahiptir.

17. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MŞHS) 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.”

18. 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.”

19. 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).

20. 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).

21. 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).

22. 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.

23. Din veya inanca uygunluk veya din veya inancın gereklerinin uygulanması, sadece törenleri değil aynı zamanda, beslenme ile ilgili belirli âdetleri, belirli kıyafetlerin giyilmesini, başörtüsü takılmasını ve çeşitli ritüelleri de içerebilir. 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). Nitekim Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin 22 No.lu Genel Yorumu'nun 4'üncü paragrafında da 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, fiili 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).

24. Somut olayda başvuran; Site sakinlerinin kullanımı için yapılmış olan havuza tesettürlü mayo ile girmek istediğini, tesettürlü mayo ile havuza girmenin kat malikleri kurul kararı ile yasaklandığı gerekçesi ile Site yönetimince kat maliklerinin de bulunduğu bir ortamda kaba ve rencide edici şekilde

engellendiğini, din ve inanç temelinde ayrımcılığa uğradığını iddia etmektedir. Tesettürlü mayo giymek, din ve inancın bir dışa vurum şekli olduğundan başvuranın tesettürlü mayo giydiği için havuzdan yararlandırılmadığı iddiasının, din ve inanç temelinde ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

25. Muhatap, konu hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan suç duyurusu neticesinde suç oluşturan fiil bulunmadığı kanaatine varılarak kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiğini belirtmiştir. Başvuran ise görüş yazısında hakaret, halkı kin veya düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu kapsamında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş olsa da din ve inanç özgürlüğünün engellendiğini ve doğrudan ayrımcılığa uğradığı gerçeğinin değişmediğini ifade etmiştir. Cumhuriyet Başsavcılığının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı incelendiğinde; basit tehdit ve hakaret ile halkı kin veya düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçları kapsamında soruşturma başlatıldığı, tanık beyanları ve doktor raporu olmadığından yeterli şüpheye ulaşılamadığı gerekçesiyle basit tehdit ve hakaret suçu iddiasının soyut iddia mahiyetinde kaldığı, halkı kin veya düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunun ise mevcut husus ve şüpheliler ile tanık beyanları dikkate alındığında yasal unsurları itibariyle oluşmadığı değerlendirilerek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği, din ve inanç temelinde ayrımcılık kapsamında ise herhangi bir değerlendirmeye yer verilmediği ve karara varılmadığı görülmüştür. Bu çerçevede Kurumumuzun yaptığı değerlendirme, ayrımcılık yasağı bağlamında yapılan bir incelemeden kaynaklandığı için Cumhuriyet Başsavcılığının yaptığı incelemeden farklılaşmaktadır.

26. 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.” Her ne kadar muhatap, Siteye ait havuz ve müştemilatın kamuya açık ve giderleri kamudan karşılanan bir tesis olmadığını, 92 kişilik kat maliklerinin ortak alanı niteliğinde bir özel mülk olduğunu iddia etse de 6701 sayılı Kanun'da herhangi bir hizmetin sunumunda ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Dosya kapsamından Site havuzundan faydalanmanın kamuya açık olmasa da Site sakinlerine ve misafirlerine sunulan bir hizmet olduğu, bu nedenle başvuran ile muhatap arasında 6701 sayılı Kanun kapsamında bir hizmet ilişkisi olduğu değerlendirilmektedir.

27. Site yönetimi tarafından Kurumumuza sunulan görüş yazısında; söz konusu yasağa ilişkin kat maliklerine yazılı bilgi verildiği, havuz başına duyuru asıldığı ve anons sistemi ile de Site sakinlerinin bilgilendirildiği, bu uygulama her yıl devam ettiği halde kat malikinin hiçbir karara karşı yargıya başvurmadığı ve herhangi bir iptal kararı alınmadığı, 8/1/2023 tarihli kat malikleri genel kurulu toplantısında ... Sitesi Havuz ve Ortak Alanlar Kullanım Yönergesi'nin kabul edildiği, adı

geçen Yönerge'de “Yine geçmiş dönemlerinde olduğu gibi havuz ve çevresinde hijyen kurallarını gözetip uygulayabilmek amacı ile havuza girişlerde erkek kullanıcılar şort, kadın kullanıcılar ise şort veya mayo vb. kıyafet giyerler. Hijyen kurallarını uygulamak, havuzun temiz bulundurulmasını sağlamak, olası temizlik ihmaline neden olmamak ve böylece site sakinlerinin sağlığını korumak amacı ile havuza girişlerde yukarıda belirtilenler dışında giysilerle veya dışarıda giyilebilen ve/veya vücudu tamamen kapatan kıyafetlerle havuza girilmez” maddesinin yer aldığı, oy birliği ile alınan genel kurul kararına malikin de itiraz etmediği ifade edilmiştir. Muhatap tarafından ilgili kararın oy birliği ile kabul edildiği vurgulanmakla birlikte, görüş ekinde sunulan tutanakta “... Bey tarafından torunu ve damadının uyarılması, bu konunun daha fazla komşuluk ilişkilerine zarar vermemesi gerektiği kurulca benimsendi” ifadesinin geçtiği de görülmektedir. Bunun yanında başvuranın Sitede kat maliki olmadığı yalnızca kat malikinin torunu olduğu, kat malikleri genel kurulu toplantısında oy ve itiraz hakkının bulunmadığı belirtilmiştir. Ancak yine muhatap tarafından sunulan görüş yazısı eklerinde Site havuzuna ve Yönerge'ye ilişkin olarak “4 kişilik misafir aile için haftalık 150,00 TL havuza katılım bedeli karşılığında havuza girilebileceği” ifade edilmiş olup kat maliki olmayanların da halihazırda havuzdan yararlanabildiği açıkça görülmektedir. Bu doğrultuda, başvuranın Site havuzuna girmesinin tesettürlü mayo giymesi nedeniyle engellendiği ve farklı muameleye maruz kaldığı açıktır. Söz konusu farklı muamelelerin ayrımcılık oluşturup oluşturmadığını tespit edebilmek için ise objektif ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığını değerlendirmek gerekmektedir.

28. 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 muamelelerin 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). Başvuru konusu olayın da bu kriterler çerçevesinde ele alınması gerekmektedir.

29. Somut olayda 8/1/2023 tarihli kat malikleri genel kurulu toplantı tutanağı incelendiğinde “Yine geçmiş dönemlerinde olduğu gibi ... havuza girişlerde yukarıda belirtilenler dışındaki giysilerle veya dışarıda giyilebilen ve/veya vücudu tamamen kapatan kıyafetlerle havuza girilmez.” ibaresinden söz konusu duruma dair yıllardır süregelen bir karar ve uygulamanın mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Muhatap tarafından bu yöndeki kararın; hijyen kurallarını uygulamak, havuzun temiz bulundurulmasını sağlamak, olası temizlik ihmaline neden olmamak ve böylece Site sakinlerinin sağlığını korumak amacı ile kat malikleri tarafından oy birliği ile alındığı belirtilmektedir.

30. Benzer bir başvuru kapsamında, Sağlık Bakanlığından konu hakkında talep edilen görüşte;

bilimsel literatürde yüzme havuzuna tesettürlü mayoyla girilmesiyle diğer yüzücü giysileri ile girilmesi arasında hijyen açısından olumsuz bir durum oluştuğuna dair bir bilgiye rastlanmadığı belirtilmiştir (TIHEK, K. No: 2020/26, para. 35). Bir kimsenin dinini ve inancını açığa vurma özgürlüğü, Anayasa'da da belirtildiği üzere ancak yasayla ve özel sınırlama sebepleriyle sınırlanabilecektir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bir yasa ile öngörülme, meşru bir amaca matuf olma, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygunluk şartlarını sağlayıp sağlamadığı göz önüne alınmalıdır (TIHEK, B. No: 2021/2485, K. No: 2022/39, 18/1/2022, para. 23). Başvuranın tesettürlü mayoyla havuza girmesinin yasaklanması bu kapsamda değerlendirildiğinde; tesettürlü mayo ya da diğer yüzücü giysileriyle havuza girilmesi arasında hijyen açısından bir fark bulunmadığı, dayanağı olan bir gerekçe sunulmayarak yalnızca varsayımsal bir değerlendirme ve ön yargı ile hareket edildiği, söz konusu müdahalenin salt bu haliyle meşru bir amaca matuf olmadığı, ölçülülük ilkesi ve onun alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık kriterlerini haiz olmadığı, başvuranın din ve inancını ortaya koyma özgürlüğünün hukuksuz şekilde zedelendiği anlaşılmaktadır.

31. Ayrıca muhatap tarafından ilgili kararın oy birliği ile kabul edildiği belirtilmekle birlikte, görüş ekinde sunulan tutanakta geçen “... *Bey tarafından torunu ve damadının uyarılması, bu konunun daha fazla komşuluk ilişkilerine zarar vermemesi gerektiği kurulca benimsendi*” ifadesinden malik üzerinde torunu ve damadı yoluyla baskı oluşturacak söylemlerde bulunulduğu; ilgili kararın tüm maliklerin rızasıyla kabul edilmesinin din ve inanç temelinde ayrımcılık yapıldığı gerçeğini değiştirmedeği ve kat maliklerinin rızasının yapılan ayrımcılığı hukuka uygun hale getirmedeği değerlendirilmektedir.

32. Açıklanan tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde 6701 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde de ayrımcılık türleri arasında sayılan doğrudan ayrımcılığın gerçekleştiği ve başvuranın inancı nedeniyle bir haktan diğer site sakinlerine kıyasla eşit bir şekilde yararlanmasının engellenerek ayrımcılık yasağının ihlal edildiği kanaatine varılmaktadır.

V. KARAR

A. Başvuruda AYRIMCILIK YASAĞI İHLALİ YAPILDIĞINA,

B. Muhatap hakkında 30.000 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,

18/8/2023 tarihinde, OY BİRLİĞİYLE, karar verildi.

e-imzalıdır

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Başkan

e-imzalıdır

Av. Alişan TIRYAKI
II. Başkan

e-imzalıdır

İsmail AYAZ
Kurul Üyesi

e-imzalıdır

Saffet BALIN
Kurul Üyesi

e-imzalıdır

Dr. Burhan ERKUŞ
Kurul Üyesi

e-imzalıdır

Mehmet Emin GENÇ
Kurul Üyesi

Ünal SADE

Kurul Üyesi
(İzinli)

e-imzalıdır

Dilek ERTÜRK
Kurul Üyesi

Muhammet Ecevit CARTI
Kurul Üyesi
(İzinli)

e-imzalıdır

Av. Zennure BER
Kurul Üyesi