



Avrupa Birliği tarafından finanse edilmektedir

KARAR ANALİZİ DİZİSİ

2

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK)

M.I.A. Kararı Hakkında Bir
Değerlendirme

Doç. Dr. Tolga Şirin

 **ESHİD**
Eşit Haklar
İçin
İzleme Derneği

ADALETE
ERİŞİM



Avrupa Birliği tarafından
finanse edilmektedir

Karar Analizi Dizisi

2

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK)

M.I.A. Kararı Hakkında Bir
Değerlendirme

Doç. Dr. Tolga Şirin

*Bu yayın Avrupa Birliği'nin maddi desteđiyle
hazırlanmıştır. İçerik tamamıyla Eşit Haklar
İçin İzleme Derneği'nin sorumluluğu altındadır
ve Avrupa Birliği'nin görüşlerini yansıtmak
zorunda değildir.*

İçindekiler

GİRİŞ	4
I) OLAYLAR	4
A) 08/09/2021 - 13/09/2021 Tarihleri Arasındaki Olaylar	4
B) İdari Gözetim ve Sınır Dışı Etme Kararının Alınması Sürecine Dair Olaylar	5
C) 27/09/2021 ve 17/06/2022 Tarihleri Arasındaki Olaylar	7
II) TİHEK KARARI	8
A) Çoğunluk Görüşü	8
1) Kötü Muamele Yasağı	8
a) 08/09/2021 Tarihli Müdahaleler	8
b) 15/09/2021-17/09/2021 Tarihli Müdahaleler	8
2) Ayrımcılık Yasağı	9
B) Azınlık Görüşü	10
III) DEĞERLENDİRME	11
A) Ayrımcılık Yasağı	11
1) Anahtar Kavramlar	11
a) İlk Bakışta Testi	11
b) Irksal Profilleme	13
c) Etkili Soruşturma Yükümlülüğü	14
2) Anahtar Kavramların Somut Olaydaki Yansımaları	14
a) İlk Bakışta Testi	15
b) Irksal Profilleme	16
c) Etkili Soruşturma Yükümlülüğü	17
B) Kötü Muamele Yasağı	17
1) Tutulma Koşulları ve Kötü Muamele	18
2) Irkçılık ve Kötü Muamele	22
C) Özgürlük ve Güvenlik Hakkı	22
D) Yakınlarıyla Görüşme/Yakınlarını Bilgilendirme Hakkı	25
E) Din ve Vicdan Özgürlüğü	25
GENEL DEĞERLENDİRME	27

Giriş

Bu rapor, Eşit Haklar İçin İzleme Derneği'nin talebi üzerine kaleme alınmıştır. Raporun odağı, ırk temelli ayrımcılık yasağı yönünden hayli önem taşıyan, (başvurucunun kimliğini gizli tuttuğu) M.I.A. kararıdır.¹ TİHEK'in ihlal olmadığı sonucuna vardığı bu vakadaki karar gerekçesi, olaya ilişkin bazı noktaların örtük veya diğer bazı hususların yüzeysel biçiminde aktarılmasıyla maluldür. Dolayısıyla analiz de bu kusurların sınırları dahilinde gerçekleştirilecektir.

Kararın planı itibarıyla öncelikle (i) olayların nesnel anlatımı yapılacak, sonra (ii) TİHEK kararının özetine yer verilecek ve nihayet (iii) değerlendirme yapılacaktır.

I) Olaylar

M.I.A., Somalili bir gençtir. (Bundan sonra "başvurucu" olarak anılacaktır.) Somali'de yaşanan iç karışıklıklar, terör örgütlerinin bombalı saldırıları vb. şiddet olayları nedeniyle ülkesinden ayrılmış ve 2012 yılında yasal yollarla Türkiye'ye gelmiştir.

Başvurucu ilkin Samsun 19 Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nde (07/12/2012-30/09/2016) lisans eğitimi görüp mezun olmuş, bu süreçte Eskişehir Anadolu Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstriyel İlişkiler bölümünde okumuş, bu süreçlerde ve akabinde yüksek lisans eğitimine başladığı Bursa Uludağ Üniversitesi'nde (29/09/2016-09/09/2020) aldığı eğitim sırasında öğrenci ikamet izniyle yaşamıştır. Başvurucu, ardından Bursa'da turizm amaçlı kalacak yabancılara sunulan kısa dönem ikamet izni (03/07/2020-17/05/2021) ile yaşamaya başlamış, sonrasında Ankara'ya geçmiş ve burada bir başka ikamet izni (17/05/2021-17/05/2022) almıştır.

Başvurucu iki Somalili arkadaşıyla birlikte Ankara Ticaret Odasının ticaret siciline 15/03/2019 tarihinde kayıtlı bir şirket kurmuş ve Ankara'da bir restoran (bundan sonra "restoran" olarak anılacaktır) açmıştır. Bu, Türkiye'nin ilk Somali restoranıdır. Başvurucu, Çankaya Belediyesince 20/11/2019 tarihinde verilen bir iş yeri açma ve çalışma ruhsatına sahiptir. Başvurucu, 2022 yılına kadar dört farklı çalışma izni başvurusunda bulunmuş fakat bu başvuruları reddedilmiştir.

Başvurucu, TRT Belgesel kanalında Somali'ye dair ve dünya çapında ödülleri alan bir belgeselin proje danışmanı ve tercümanlığı görevini üstlenmiştir. Ayrıca başvurucunun Somali dilinden Türkçeye çevirdiği bir eser, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları tarafından basılmıştır.

A) 08/09/2021 - 13/09/2021 Tarihleri Arasındaki Olaylar

Başvurucunun anlatımına göre yaklaşık on yıldır kolluk güçleriyle herhangi bir so-

¹ M.I.A. kararı, TİHEK, B. No: 2021/11752, K. 2022/492, 09/08/2022. Karar metni için bkz. <https://www.tihed.gov.tr/kategori/pages/kararlar> (Erişim tarihi: 06/11/2023).

run yaşamazken, ilk kez 08/09/2021 tarihinde polis ve zabitanın bulunduğu bir grup görevli, restorana gelmiş ve çok sert bir üslupla konuşup bağırarak vergi levhası ve diğer resmî evrakları görmek istediklerini iletmış, bir süre sonra müşterilerin rahatsız olması üzerine restorana terk etmişlerdir. Aynı gün birkaç saat sonra polisler, başvurucuya kendileriyle birlikte karakola gelmesi gerektiğini iletmıştır. Başvurucu, arabada bulunan başka Somalililerle birlikte sıcak havada bir süre (bu süreye dönük spesifik bir veri yoktur) gezdirilip karakola götürülmüş, havasız ve kirli bir odada üç saat kadar tutulmuştur. Karakolda bulunan polis memurları, başvurucu ve yanındaki Somalilileri, sınır dışı etmek ve kazançlarına el koymakla tehdit edip serbest bırakmışlardır.

Başvurucuya göre; 08/09/2021 tarihinden sonraki hafta boyunca kolluk güçleri en az 10 defa restorana gelmiş ve müşterilere kimlik kontrolü yapmıştır. Başvurucuya göre bu durum müşteriler ve komşular nezdinde başvurucunun ve ortaklarının suçlu oldukları yönünde algı yaratmış, ayrıca kolluk güçlerinin restorana geldiği günlerde ekonomik zarar oluşmuştur.

Başvurucu bu konuda şikâyette bulunmuş, ayrıca konuyu 11/09/2023 tarihinde sahibi olduğu sosyal medya hesabından da duyurmuştur.

Başvurucuya göre; 13/09/2021 tarihinde restorana iki sivil polis memuru gelmiş ve önceki polislere nazaran daha yumuşak bir üslupla restoran aleyhine bir şikâyet yapılması durumunda ciddi yaptırımların olacağını ve ruhsatlarının iptal edileceğini aktarmıştır.

Emniyet Müdürlüğü, 08/09/2021 - 13/09/2021 tarihleri arasında yaşandığı iddia edilen bu olaylara dönük herhangi bir açıklamada bulunmamıştır.

B) İdari Gözetim ve Sınır Dışı Etme Kararının Alınması Sürecine Dair Olaylar

15/09/2021 tarihinde saat 18.30 sularında polisler restorana gelmiş ve başvurucuya "çalışma izni olmadan çalıştığı" kuşkusundan ötürü karakola gelmesi gerektiğini iletmışlerdir. Başvurucu, çoğunluğu Somalili olan on altı yabancı uyruklu kişi ile birlikte ve yine polis arabasıyla Çankaya Suç Önleme ve Soruşturma Büro Amirliğine götürülmüş ve burada saat 20.30'da başvurucu hakkında "Göçmen Kaçakçılığı Şube Müdürlüğüne" götürülme kararı tutanağa bağlanmıştır. İçişleri Bakanlığı, 15/09/2021 tarihinde adı geçen bölgede denetimlerin gerçekleştirildiğini ve aralarında başvurucunun da olduğu çalışma izni olmayan farklı uyruklardaki kişilerin Göçmen Kaçakçılığıyla Mücadele ve Hudut Kapıları Şube Müdürlüğüne teslim edildiğini kabul etmiş ve bu süreçten başvurucunun sınır dışı edilmesi kararına kadarki tüm sürecin yasaya uygun olduğunu ileri sürmüştür.

Başvurucunun iddiasına göre burada söz konusu işlemler yapılırken namaz kılma isteği kabul edilmemiştir. İçişleri Bakanlığı veya Emniyet Müdürlüğü bu konuda herhangi bir açıklama yapmamıştır.

Başvurucu, Ankara Gazi Mustafa Kemal Devlet Hastanesine (bundan sonra kısaca "Hastane") götürülmüş ve burada saat 22.17'de hakkında darp ve cebir izine rastlanmadığına dair bir rapor hazırlanmıştır.

Aynı gün Göçmen Kaçakçılığıyla Mücadele ve Hudut Kapıları Şube Müdürlüğüne götürülen başvurucunun iddiasına göre bu mekânda havalandırma, vantilatör ve tuvalet suyu yoktur. Yine başvurucuya göre; yatacak yer olmadığı için bazı kişiler sandalyede uyumaktadır; bu mekânda yorgan, battaniye gibi gereçler bulunmamaktadır; dahası, tutulan kişilere yemek verilmemiştir ve yemek istediklerinde ise parası karşılığında sipariş edilebileceği kendisine ifade edilmiştir. Emniyet Müdürlüğü bu iddiaları doktor raporlarına da atıfla reddetmiş, her türlü yeme-içme ihtiyaçlarının karşılandığını ileri sürmüştür.

16/09/2021 tarihinde Göçmen Kaçakçılığıyla Mücadele ve Hudut Kapıları Şube Müdürlüğünde görevli polis memurları, "izin belgesi olmadan çalıştığı" iddiasını yönelttikleri başvurucuya bu konudaki beyanını sormuşlardır. Başvurucu kendisine sorulması üzerine izin belgesini ibraz edemediğini ve bu nedenle buraya getirildiğini beyan etmiştir. Keyfiyet, 13.00'te tutanağa bağlanmıştır.

17/09/2021 tarihinde hakkında sınır dışı etme ve (altı ay süreyle) idari gözetim kararları alınması üzerine başvurucu, yeniden Hastaneye götürülmüş ve burada saat 11.00'de hakkında, darp ve cebir olmadığına dair bir rapor hazırlanmıştır.

Hastaneden Akyurt Geri Gönderme Merkezine götürülen başvurucunun üzerindeki eşyalar (cep telefonu dahil) emanete alınmış ve bu durum 13.30'da tutanağa bağlanmıştır. Başvurucunun iddiasına göre bu aşamada avukatı ya da ailesi ile görüşme talebinde bulunmuş fakat bu talebi reddedilmiştir. Başvurucunun avukatı ile görüştürülmediği yönündeki iddialar üzerine Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı yaptığı incelemede; (i) anılan saatlerde kimlik tespit işlemlerinin devam ettiğini ve personel olmadığı için avukatın bir süre beklemek durumunda kaldığını, (ii) yetkililer tarafından avukata müvekkileri ile görüştürüleceğinin belirtildiğini (iii) bir süre sonra avukat ile görüşme sağlanmak istendiğinde avukatın ayrıldığını tespit etmiştir. Avukatın gelme, bekleme ve ayrılma sürelerini gösterir kayıtların olduğunu belirleyen Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, şikâyet dilekçesinin işleme konulmamasına karar vermiştir. İçişleri Bakanlığı tarafından sunulan görüş yazısının ekinde yer alan avukat görüşme tutanağından da başvurucunun sonradan Akyurt Geri Gönderme Merkezinde avukatı ile görüştürüldüğü anlaşılmaktadır. Başvurucunun ailesiyle ilgili görüştüğüne dair ise herhangi bir beyan veya bilgi mevcut değildir.

21/09/2021 tarihinde, başvurucu hakkındaki sınır dışı etme kararı, idari gözetim kararının kaldırıldığı kararı, otuz gün içinde Türkiye'den çıkış yapmaları gerekliliği bilgisi ile terke davet yazısı ve (21/09/2021-21/10/2021 tarihleri için geçerli olan) çıkış izin belgesi hazırlanıp kendisine tebliğ edilmiştir. Başvurucu saat 15.20'de serbest bırakılmıştır.



C) 27/09/2021 ve 17/06/2022 Tarihleri Arasındaki Olaylar

27/09/2021 tarihinde başvuruçunun işlettiği restoranın bulunduğu gayrimenkulün sahibi (bundan sonra kısaca "mal sahibi") Necati Bey Karakoluna çağrılmıştır. Buradaki kolluk güçleri, mal sahibine restoranın kapatılacağını iletmiştir. Mal sahibi, kiracısından memnun olduğunu dile getirmiştir. Başkomiser, karakolda "Kızılay'da Somalili istemiyorum. Buraları Türkleştireceğim, söküp atacağım." şeklinde beyanda bulunmuş ve emrindeki memurlara her gün gidip kontrol yapmaları yönünde talimat verdiğini ifade etmiştir.

Başvuruçucu, söz konusu beyanları içeren video kaydını Göç İdaresi Başkanlığına e-posta yoluyla göndermiştir. Bu videolar, TİHEK'e de sunulmuştur. Başvuruçucu ayrıca, Somalili-lere yönelik tutumlarına dair çeşitli video görüntülerini, emniyet güçleri tarafından tabela isimlerinin zorla değiştirildiği iddialarına ilişkin tabela görüntülerini ve iddialarına ilişkin kendisi ve komşu esnaf ile yapılan röportaj ile komşuların söz konusu uygulamaların ayırıcı olduğuna dair tanıklıklarını ortaya koyan dilekçelerini sunmuştur. Göç İdaresi Başkanlığından gelen cevabi yazıda başvuruçuya ait olduğu iddia edilen elektronik posta hesabından e-posta geldiği ancak bunun veri güvenliği açısından tereddüt oluşturduğu ileri sürülmüş, başvuruçunun çalışma izni olmadan çalıştığına tespit edildiği tekrar edilmiştir.

17/06/2022 tarihinde kolluk güçleri restorana gelmiş ve başvuruçunun işletme tabelasının işletme ismi kalacak şekilde silinmesini istemiştir. Başvuruçucu işletme tabelasını istenilen şekilde beyaz renge boyamıştır. Kolluk güçleri daha sonra akşam geç saatlerde kendisini aramış ve işletme isminin de boyayla kapatılmasını istemiş, boyamazsa kendisini gözaltına alacaklarını iletmiştir. Başvuruçucu bunun üzerine tabeladaki ismi de beyaza boyamıştır. Polisler bu işlem sırasında video kaydı almıştır. Başvuruçucu da değişikliklerle ilgili tabela görüntülerini sunmuştur. Ankara İl Emniyet Müdürlüğü, Türk Standartları Enstitüsü tarafından TS 13813 standardı ile belirlendiği, yabancı dilde ifadenin yer aldığı tabelalarda yabancı dildeki ifadelerin Türkçe ifadelerin %25'ini geçmeyecek büyüklükte puntolarla yazılması gerektiği ve iş yerine ait tabelaya yönelik işlemin kolluk kuvvetlerince bu bağlamda yürütülen denetim kapsamında olduğu belirtilmiştir.

Başvuruçucu, bu süreçte ayrıca, Türkiye'de kalmaya devam etmiş; 09/12/2021 tarihinde kolluk güçleri tarafından Göçmen Kaçakçılığıyla Mücadele ve Hudut Kapıları Şube Müdürlüğüne götürülüp salıverilmiş; 20/01/2022 tarihinde durdurulmuş ve kimlik kontrolüne tabi tutulup karakola götürüldükten sonra salıverilmiştir.

II) TİHEK Kararı

Başvurucu, söz konusu vakayı TİHEK'e taşımıştır. TİHEK somut olayda beşe karşı altı oyla, kötü muamele ve ayrımcılık yasağı bağlamında bir ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu sonuca ulaştıran çoğunluk Alişan Tiryaki (2'nci başkan), Burhan Erkuş, Harun Mertoğlu, İsmail Ayaz, Mehmet Emin Genç, Saffet Balın'ın oylarıyla oluşmuştur. Buna karşılık, Muharrem Kılıç (başkan), Dilek Ertürk, Muhammet Ecevit Carti, Ünal Sade ve Zennure Ber karşı oy kullanmışlardır. Karar bu kümelemeye göre (a) çoğunluk görüşü ve (b) azınlık görüşü biçiminde iki başlıkla ele alınabilir.

A) Çoğunluk Görüşü

Çoğunluk konuyu kötü muamele ve ayrımcılık yasağı yönünden ayrı ayrı ele almıştır.

1) Kötü Muamele Yasağı

Çoğunlukta kalan üyeler kötü muamele iddiaları açısından "*İddia edilen olayların gerçekliğini tespit etmek için soyut iddiaya dayanan şüphe ötesinde makul kanıtların varlığı gerekir*" belirlemesini tekrarlayıp "*kötü muamele yasağı kapsamına giren ağırlıkta bir muamele görmüş olabileceklerini gösteren emare ve delil sunmaları gerektiğini*" hatırlatmıştır. Bu bağlamda konu iki farklı müdahale biçimi özelinde ele alınmıştır.

a) 08/09/2021 Tarihli Müdahaleler

Çoğunluk; başvurusunun, 08.09.2021 tarihinde birkaç Somalili ile birlikte polis arabasının arkasında sıcak havada gezdirildikleri, karakola vardıklarında ise üç saat kadar havasız ve kirli bir odada kaldıkları iddiası açısından somut emare ve delil sunulmadığı sonucuna varmıştır. Çoğunluk bu sonucu şu iki gerekçeyle temellendirmiştir:

(i) Birincisi; Başvurucunun başvuru dilekçesinde karakolda üç saat bekletildiğini iddia etmesine rağmen 03.03.2022 tarihli görüş dilekçesinde beş saatten fazla bekletildiğini ifade etmesi bir çelişki ve tutarsızlık getirmiştir.

(ii) İkincisi; başvuruya ek olarak sunulan görüntülerde başvuranın tutulduğunu iddia ettiği süreci gösteren özçekim videosunda gülüşme sesleri vardır ve bu süreçle ilgili olduğunu söylediği fotoğraflarda başvurusunun fotoğraf çekilmeye hazır bir tavırla ve aksesuarlarıyla görüntü verdiği görülmektedir.

b) 15/09/2021-17/09/2021 Tarihli Müdahaleler

Çoğunluk; başvurusunun 15.09.2021 - 17.09.2021 tarihleri arasında Ankara Göçmen Kaçakçılığıyla Mücadele ve Hudut Kapıları Şube Müdürlüğünde tutulduğunu, avukatı ile görüşülmediğini, burada havalandırmanın, vantilatörün ve tuvalet suyunun bulunmadığını, yatacak yer olmadığı için bazı kişilerin sandalyede uyduğunu, yorgan, battaniye gibi gereçlerin olmadığını, yemek verilmediğini, yemek istediklerinde ise parası karşılığında sipariş edilebileceğinin belirtildiği iddiasını da ayrıca ele almıştır.

Çoğunluk, kötü muamele iddialarının somut emare ve delil sunulmadığı için makul şüphe kalmayacak şekilde kanıtlanamadığı kanaatine varmıştır. Bu sonuç, şu iki gerekçeyle temellendirilmiştir:

Birincisi; Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına yapıldığı belirtilen şikâyet neticesinde başlatılan soruşturmada kimlik tespit işlemleri devam ettiği ve personel olmadığı için avukatın bir süre beklemesi halinde müvekkilleri ile görüşürüleceğinin belirtildiği, kısa bir süre sonra avukat ile görüşme sağlanmak istendiğinde ise avukatın ayrıldığı, avukatın gelme, bekleme ve ayrılma sürelerini gösterir kayıtların olduğu tespit edilmiştir. (Bu veri, başvurunun sunduğu belgelerin içinde yer alan ve Akyurt Geri Gönderme Merkezinde avukatı ile görüştüğü bilgisini içeren avukat görüşme tutanağında da yer almaktadır.)

İkincisi; başvuru, Ankara Göçmen Kaçakçılığıyla Mücadele ve Hudut Kapıları Şube Müdürlüğünde tutulma koşullarının yetersiz olduğunu söylemesine rağmen şubedeki bir komiserin kendilerine olumlu yaklaştığını, kendileri için elçilik ve dernekten gelen kişiler ile görüşüldüğünü belirtmiştir. Bu bir çelişkidir.

2) Ayrımcılık Yasağı

Çoğunluk başvurunun iddialarını, (i) sınır dışı edilme sürecine dönük tedbirler, (ii) kimlik kontrolleri ve (iii) işletme tabelasının zorla boyatılması biçiminde üç kategoride ele almış ve her biri için şu gerekçelerle ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Sınır dışı edilme sürecine dönük tedbirler; başvurunun “çalışma izni almak için ilgili mevzuat uyarınca aranan şartları sağlamadığı, bu nedenle çalışma izni alamadığı, yasal olarak Bursa ilinde ikamet etmesi gereken dönemde Ankara ilinde ticarete başladığı ve halen çalışma izni olmaksızın ortağı olduğu şirkete ait restoranda fiilen çalıştığı, bu şekilde çalışma izni olmaksızın çalışması nedeniyle hakkında mevzuata uygun olarak sınır dışı edilme kararı verildiği” için hukuka uygundur ve ayrımcılık yaratmamaktadır.

Kimlik kontrolleri; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun md. 4/A/8 hükmü uyarınca kamu düzeninin sağlanması amacıyla gerçekleştirilmiştir. İş yeri kontrolleri, “işletmenin çoğunlukla yabancı uyruklu kişilere hizmet verdiği de dikkate alındığında ülkeye kaçak giriş yapan kişilerin olup olmadığının tespiti açısından (...) kamu güvenliğini korumayı” hedef almıştır ve ayrımcılık yaratmamaktadır.

İşletme tabelasının zorla boyatılması; Türk Standartları Enstitüsü tarafından TS 13813 standardı ile belirlenmiş ölçütler uyarınca yabancı dilde ifadenin yer aldığı tabelalarda, yabancı dildeki ifadelerin Türkçe ifadelerin %25'ini geçmeyecek büyüklükte puntolarla yazılması gerekliliğinin bir uzantısı olarak uygulama bulmuştur.²

2 Söz konusu standart için bkz. <https://intweb.tse.org.tr/> (Erişim tarihi: 06/11/2023).

B) Azınlık Görüşü

Azınlıkta kalan üyelerden Muharrem Kılıç (başkan), Dilek Ertürk, Ünal Sade ve Zennure Ber, karşı oyları ortak biçimde kaleme almış; Muhammet Ecevit Carti ise farklı bir karşı oy gerekçesi yazmıştır. Fakat üyelerin yaklaşımı özü itibarıyla ortaktır.

Azınlıktakiler, kötü muamele iddialarına dönük bir açıklamaya gitmemiş, ayrımcılık yasağı yönünden ise kolluk güçlerinin açıklamaları (Somalililerin bu bölgede istenmediğine, başkaca bölgelere gitmeleri istendiği vb.) ile iş yerinde çalışanların beyanlarını da içeren röportajları içeren video kayıtlarına ve komşu esnaf ve çalışanlarının imzalı beyanlarına yoğunlaşmışlardır. Bu durumun ayrımcılık iddialarının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyduğunu düşünen azınlıktakiler, yer değiştiren ispat yükü karşısında yetkililerin bu karineyi çürütemediği sonucuna varmıştır.

İşletme tabelasının zorla boyatılması açısından da azınlıktakiler, söz konusu "görüntü ve kayıtlardan bu uygulamanın, başvurana orantısız bir yük yüklediği değerlendirilen uygulamaların devamı niteliğinde olduğu ve yapılan denetimlerin bu yönüyle de ulaşılmak istenen amaç ile makul bir denge içinde olmadığı" sonucuna ulaşmıştır.

Azınlıktakilerin bu çıkarımdaki normatif dayanağı, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 21'inci maddesinde yer alan şu kural olmuştur:

"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."

III) Değerlendirme

Söz konusu kararın odağı, ayrımcılık yasağı ve kötü muamele yasağıyla ilgilidir. Fakat olay örgüsüne derinlemesine bakıldığında gerek çoğunluk gerekse azınlıkta kalan üyelerin bu yasaklarla ilgili incelemeyi sınırlı kapsamda ele aldığı görülmektedir. Öte yandan, somut olayda anılan haklardan başka, özgürlük ve güvenlik hakkı, yakınlarıyla görüşme hakkı ile din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili yönler de bulunmaktadır. Bu nedenle karar, incelenen hakların gözden kaçırılan yönleri ve ele alınmayan haklar yönünden de değerlendirilecektir.³

A) Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı, TİHEK'in başlıca odağında yer alan haktır. Bu bağlamda somut olay özelinde özellikle odaklanılması gereken kavram, "ilk bakışta testi" olmalıdır. Bu testin somut olayda uygulanıp uygulanmaması ayrımcılık yasağı yönünden yaşamsal öneme sahiptir. Bu nedenle önce ilk bakışta testini açıklayıp sonra somut olayda bunun uygulanma olasılığının üzerinde duracağız.

1) Anahtar Kavramlar

Konuyla ilgili anahtar kavramlar, (a) ilk bakışta testi, (b) ırksal profillemeye ve (c) etkili soruşturma biçimindedir.

a) İlk Bakışta Testi

Geleneksel olarak hukuk yargılamalarında bir iddiayı ispat yükümlülüğü iddiada bulunan (*affirmanti incumbit probatio*) aittir. Bu ilkenin birebir uygulanması durumunda, farklı muamele gördüğünü ve ayrımcılığa uğradığını iddia eden bir kişinin bunu kanıtlaması gerekecektir. Olağan koşullarda bu kanıtlama gerekliliği, delil ikame etme (*burden of production*) ve mahkemeyi ikna etme (*burden of persuasion*) şeklinde alt yükümlülükleri beraberinde getirir. Gelgelelim bu evrensel ilke, özellikle eşit durumda olmayanlar açısından adil sayılmaz. Bu nedenle söz konusu ilkenin bazı bağlamlarda katı biçimde uygulanmaması gerekir.⁴ Güç ilişkisi itibarıyla dezavantajlı durumda olan, bu çerçevede farklı durumda olanlara aynı yaklaşılması, ayrımcılık yasağının özünü uyumlu değildir.⁵ İspat yüküne ilişkin kurallar, ayrımcılık yasağı bağlamında avantajlılık/dezavantajlılık koşullarını dikkate almayı gerektirir.

İnsan hakları hukukunda ayrımcılık, bazı gruplara özel atıf yapılarak temellendirilmiş-

³ 6701 sayılı TİHEK Kanunu, TİHEK'in yetkileriyle ilgili olarak ayrımcılık yasağı ile işkence ve kötü muamele yasağını açıkça zikretmiş olsa da "insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi" ve "hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek" konusundaki yetkileri, ayrımcılıkla ilişkilenebilecek diğer haklar yönünden de bir inceleme yapılmasına olanak tanımaktadır. Öte yandan bu geniş perspektif "özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler" yönünden evleviyetle geçerlidir.

⁴ Örn. bkz. *Orhan/Türkiye*, B. No: 25656/94, 18/06/2022, §266.

⁵ Bkz. *Thlimmenos/Yunanistan*, B. No: 34369/97, 06/04/2000, § 44.

tir. Örneğin 1982 Anayasası'nın (bundan sonra kısaca "Anayasa") 10'uncu maddesi "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." şeklinde; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 14'üncü maddesi "Bu Sözleşme'de (bundan sonra kısaca "İHAM") beyan edilen hak ve özgürlüklerin kullanılması, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır." biçimindeki formülle düzenlenmiş ve bazı sınıflandırmaları özel olarak zikretmiştir. Bu sınıflandırmalar, özellikle "ve benzeri sebeplerle" "veya diğer statüler gibi" ifadeleriyle ucu açık bırakılmışsa da⁶, bunların özel olarak sayılmış olmasının bir anlamı vardır. Söz konusu düzenlemelerde "hiçbir nedenle sınırlama yapılamaz" gibi bir formüle yer vermek yerine, "şüpheli sınıflandırmalar" (*suspect classifications*) olarak ifade edilen bu kategorilerin zikredilmiş olması, kişilerin geleneksel olarak ayrımcılığa uğradıkları temelleri yansıtmaya matuftur. Bunların açıkça sayılmış olması, anılan kategorilerde yer alan kişilerin ayrımcılığa uğrama olasılığının tarihsel ve yaygın olarak daha yüksek nitelik taşıdığı, dolayısıyla potansiyel olarak dezavantajlı durumda buldukları gerçeğinin bir yansımasıdır. Kuşkusuz, anılan sınıflandırmaların içinde bulunan kişilere de farklı muamelede bulunulabilir fakat böylesi durumlarda farklı muamelenin meşru ve nesnel kabul edilebilmesi için "çok önemli gerekçelerin" (*very weighty reasons*) bulunması gerekir.

Anılan gerçek, ispat kuralları açısından, iddia eden ispat eder kuralının katı biçimde uygulanmasına engel olmakta, dezavantajlı durumda olan tarafın güçlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Ayrımcılığın büyük ölçüde eşitsiz durumda olan kişiler arasında ortaya çıktığı akılda tutulduğunda, ispat yükünün paylaşılması bir zorunluluk hâline gelmektedir.⁷

İHAM, bu bağlamda ayrımcılık yasağı ihlallerini incelerken "ilk bakışta testi" (*prima face test*) denilen bir ispat rejimini benimsemiştir. Buna göre "delil ikamesi yükümlülüğü" hâlâ iddiada bulunandadır. Yani başvuruçunun belli bir şüpheli kategoriye atıfla ayrımcılığa uğradığını beyan etmesi, tek başına yeterli değildir, beyanın ötesinde bir kanıt getirmesi gerekmektedir.⁸ Ne var ki bu yükümlülükte delil ispat ölçüsü, klasik ceza hukuku standartlarına nazaran daha düşüktür. Başka bir deyişle, iddia eden kişiden iddiasını tam olarak ispat etmesi beklenmemekte; delilin, hayat tecrübelerine göre ilk bakışta (*prima face*) bir ayrımcılığın mevcut olduğunun varsayılabilmesi ciddiyetini taşıması hâlinde bunun bir "ayrımcılık karinesi" oluşturduğu düşünülmekte-

6 Örneğin "nesep" sınıflandırmasını bu kapsama katan bir İHAM kararı için bkz. *Marckx/Belçika*, B. No: 6833/74, 13/06/1979. "Cinsel yönelim" sınıflandırmasını bu kapsama katan bir AYM kararı için bkz. *Fetullah Gülen* [GK], B. No: 2014/12225, 14/7/2015, § 40.

7 Bu gerçeğin uluslararası insan hakları hukukundaki bir yansıması için örneğin bkz. Avrupa Birliği'nin *Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne Dair 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/EC sayılı Konsey Direktifi*. Metinler için bkz. https://www.tih.gov.tr/upload/file_editor/2019/03/1551818880.pdf (Erişim tarihi: 06/11/2023).

8 Bkz. *Velikova/Bulgaristan*, B. No. 41488/98, 18/05/2000, 94; *Angelova/Bulgaristan*, B. No. 38361/97, 13/06/2002, 167-168.



dir. Böyle bir durumda ispat yükü yer değiştirmekte; artık, iddianın muhatabından bu karineyi çürütmesi beklenmektedir.⁹

Avrupa Konseyi İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (bundan sonra kısaca bilinen adıyla "ECRI") da 13 Aralık 2002 tarihinde kabul edilen ırkçılık ve ırk ayrımcılığıyla mücadele için ulusal mevzuata ilişkin 7 no.lu Genel Politika Tavsiye Kararı'nın güncel versiyonunda "Ayrımcı bir eylem nedeniyle haksızlığa uğradığını düşünen kişilerin bir mahkeme veya başka bir yetkili makam önünde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapıldığının varsayılabilirliği olguları ortaya koymaları hâlinde iç hukuk, ayrımcılık yapılmadığını kanıtlama görevinin davalıya ait olacağını öngörmelidir" (§11) diyerek Türkiye Cumhuriyeti'nin de aralarında bulunduğu taraf devletlerin "ilk bakışta testi"ni tanıyıp uygulamalarını bir gereklilik saymıştır.¹⁰

Bu yaklaşım TİHEK Kanunu'nun 21'inci maddesinde karşılık bulmuştur. Buna 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."¹¹

b) İrksal Profilleme

İrk temelli ayrımcılığa özgü bir diğer inceleme standardı "ırksal profilleme"dir (*racial profiling*). Avrupa Konseyi İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun (bundan sonra kısaca "Komisyon") 29 Haziran 2007 tarihinde kolluk faaliyetlerinde ırkçılık ve ırk ayrımcılığıyla mücadeleye ilişkin 11 no.lu Genel Politika Tavsiye Kararında (CRI[2007]39) ele alınan ırksal profilleme "*Polis tarafından, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, ırk, renk, dil, din, milliyet veya ulusal ya da etnik köken gibi gerekçelerin kontrol, gözetim veya soruşturma faaliyetlerinde kullanılması*" biçiminde tanımlanmıştır.¹²

Komisyon, bu tanımdan hareketle, aralarında Türkiye Cumhuriyeti'nin de bulunduğu üye devletlere "*Polis tarafından yapıldığı iddia edilen ırk ayrımcılığı veya ırkçı saiklerle işlenen kötü muamele vakalarının etkili bir şekilde soruşturulmasını ve gerektiğinde bu eylemleri gerçekleştirenlerin uygun şekilde cezalandırılmasını sağlamak*" ve "*Polis ve savcılık makamlarından bağımsız bir organın, polis tarafından yapıldığı iddia edilen ırk ayrımcılığı ve ırk temelli suistimal vakalarını soruşturmakla görevlendirilmesi*" yönünde tavsiyelerde bulunmuş; Tavsiye Kararı'nın Açıklayıcı Memorandumu'nda da şu açıklamalara (§34/iii) yer verilmiştir:

9 Örneğin bkz. *Chassagnou ve Diğerleri/Fransa* [B.D.], B. No: 25088/94 28331/95 28443/95, 29/04/1999, §§ 91-92, *Timishev/Rusya*, B. No: 55762/00, 55974/00, 13/12/2005, § 57.

10 Metin için bkz. <https://tinyurl.com/bde3uv4p> (Erişim tarihi: 06/11/2023).

11 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun metni şu adresten okunabilir: <https://tinyurl.com/bde4znje> (Erişim tarihi: 06/11/2023).

12 Metin için bkz. <https://tinyurl.com/ys28cbkz> (Erişim tarihi: 06/11/2023).

“Araştırmalar, ırksal profillemenin önemli ölçüde olumsuz etkileri olduğunu göstermiştir. İrksal profilleme belirli gruplar arasında aşağılanma ve adaletsizlik hissi yaratmakta, bu grupların damgalanmasına ve yabancılaşmasına yol açmakta, ayrıca bu gruplar ile polis arasındaki ilişkilerin bozulmasına ve polise olan güvenin azalmasına neden olmaktadır.”

İrksal profilleme, İHAM içtihatlarında da yansıma bulmuştur. İHAM, yakın dönem içtihadında¹³ diğer kişiler için kimlik kontrolü yapılmazken, bazılarının belirli fiziksel veya etnik özellikleri nedeniyle bu tedbire uğradıkları iddiasının özel yaşama saygı hakkı bağlamında ayrımcılık yasağı kapsamında ele alınabileceğini kaydetmiştir. Buna göre polisin, başvuruçuların etnik kökenini paylaşan vatandaşlara karşı düşmanlık güdüsüyle kimlik kontrolü yaptığını düşündürebilecek veya herhangi bir ırksal veya etnik profillemenin varlığına işaret edebilecek bir çevresel koşulun ortaya konması hâlinde, ispat yükünün yer değiştireceğini kabul etmektedir.

c) Etkili Soruşturma Yükümlülüğü

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ırk temelli ayrımcılık konusunda Devlet'e sadece negatif yükümlülük değil aynı zamanda etkili soruşturma bağlamında pozitif bir yükümlülük de getirmektedir. Buna göre eğer bir ayrımcılık iddiası varsa Devlet yetkililerinin ırkçı saiklerin olup olmadığını tespit etmek ve etnik nefret veya ön yargının olaylarda bir rol oynayıp oynamadığını belirlemek için tüm makul önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yetkililer, delilleri toplamak ve güvence altına almak için o koşullarda makul olan her şeyi yapmalı, gerçeği ortaya çıkarmak için tüm pratik yolları araştırmalı ve ırkçılık kaynaklı şiddetin göstergesi olabilecek şüpheli olguları göz ardı etmeden tamamen gerekçeli, tarafsız ve objektif kararlar vermelidir.¹⁴

Bir soruşturmanın etkili olabilmesi için, soruşturmayı yürütmekle sorumlu kurum ve kişilerin soruşturmanın hedef aldığı kişilerden bağımsız olması gerekir. Bu, yalnızca hiyerarşik veya kurumsal bir bağlantının olmaması değil, aynı zamanda pratik bağımsızlık anlamına da gelmektedir.¹⁵ Yine Mahkemeye göre; yetkililerin 14. madde kapsamındaki temel bir değere ayrımcılık yapılmaksızın saygı gösterilmesini güvence altına alma sorumlulukları, 8. madde bağlamında ilgili kişinin damgalanmasına yol açan olası ırkçı tutumlar söz konusu olduğunda da devreye girebilir.¹⁶

2) Anahtar Kavramların Somut Olaydaki Yansımaları

Yukarıda genel hatlarıyla ortaya konulan anahtar kavramların (diğer bir deyişle genel ilkelerin) somut olaydaki karşılığını ele almak gerekmektedir.

13 Örneğin bkz. *Basu/Almanya*, B. No: 215/19, 18/10/2022, *Muhamad/İspanya*, B. No: 34085/17, 18/10/2022.

14 Bkz. *B.S./İspanya*, B. No: 47159/08, § 58, 24/07/2012; *Boacă ve Diğerleri/Romanya*, B. No: 40355/11, §§ 105-06, 12/01/2016; *Burlya ve Diğerleri/Ukrayna*, B. No: 3289/10, 06/11/2018, § 128; ve *Sabalić/Hırvatistan*, B. No: 50231/13, §§ 94 ve 98, 14/01/2021.

15 Bkz. *Burlya ve Diğerleri/Ukrayna*, § 127.

16 *Basu/Almanya*, § 33.

a) İlk Bakışta Testi

Başvurucunun Somalili ve siyah tenli olması, onun ırk, renk ve etnik köken itibarıyla Türkiye'deki çoğunluktan farklı durumda olduğunu göstermektedir. Bu üç nitelik, başvurucunun kendisinin seçmediği, geleneksel olarak ve yaygın biçimde ayrımcılık nedenleridir. Dolayısıyla başvurucunun "kuşkulu sınıflandırma" içinde bulunması ona dönük tedbirlerde daha hassas bir inceleme yapılmasını gerektirmektedir. Bu gereklilik, özellikle ispat yükünün paylaşılması bağlamında kendisini gösterir. Başvurucunun daha ilk bakışta kendisine dönük anılan nitelikleriyle bağlantılı olarak farklı muamele yapıldığını göstermesi hâlinde, aksini ispat yükünün yetkili makamlara geçtiğini kabul etmek gerekecektir.

Somut olaydaki video kayıtları ve tanık beyanları, söz konusu müdahalenin ırk, renk ve etnik köken gibi kuşkulu sınıflandırmalarla ilgili olduğuna dönük güçlü verilerdir. Tüm verilerin içinde, kolluk mensuplarının özellikle "*Kızılay'da Somalili istemiyorum. Buraları Türkleştireceğim, söküp atacağım.*" biçimindeki beyanları ile özellikle komşu esnafların dilekçeleriyle sundukları tanıklıkları söz konusu tedbirlerin (yasal başka amaçlarla birlikte olsun veya olmasın) başvurucuyu kuşkulu sınıflandırmalarıyla ilişkili olduğuna karine yaratmaktadır. Dolayısıyla ispat yükü yer değiştirmekte, yetkili makamların bu tedbirin ırk, renk ve etnik köken nedeniyle gerçekleşmediğini kanıtlanması gerekmektedir.

Keza, ayrımcılık iddiasını ileri süren başvurucunun "kuşkulu sınıflandırma" içinde yer alması, somut olaydaki tabelaların zorla boyatılması uygulamasının, Türkçe veya diğer yabancı dillerdeki (örneğin İngilizce) tabelalar için de uygulanıp uygulanmadığının sorgulanması gerekirdi.

Çoğunluktaki üyeler, TİHEK Kanunu md. 21'in ispat kurallarıyla ilgili net hükmüne rağmen konuyu bu ispat denklemiyle ele almamıştır. Dahası çoğunluktakiler, olaydaki müdahalelerin yasaya uygun olup olmadığına (kanunilik ögesi) odaklanmış, söz konusu kanunun uygulanma amacı (nedensellik ögesi) ile yorumlanma ve uygulama biçimini (ölçülülük, demokratik toplum düzeninde gereklilik ögeleri) göz ardı etmiştir. Oysa tedbirlerin kanuna uygun olup olmaması, yasanın uygulanma amacından bağımsız bir konudur. Bu sorunlu yaklaşımın tersten anlamı, şeklen yasaya uygun olan bir tedbir ırkçı amaçla gerçekleşse bile bunun ayrımcılık yasağını ihlal etmeyeceğidir. Ayrımcılık yasağını basit bir formalizme mahkûm eden bu yaklaşımın insan hakları hukukunda yeri yoktur.

Azınlıkta kalan üyeler, hukuka uygun bir tutumla TİHEK Kanunu md. 21'i dikkate almış ve adını zikretmeseler de özü itibarıyla konuya ilk bakışta testini uygulayarak yaklaşmışlardır. Söz konusu test bir defa uygulandığında da onlar açısından ayrımcılık yasağını ihlal edildiği sonucuna ulaşmak zor olmamıştır.

b) Irksal Profilleme

Somut olayda başvuruçunun restoranına yaklaşık on kez gelinmesi, başvuruçuya ve beraberindekilere farklı zaman ve mekânlarda kimlik sorulması, konunun "ırksal profilleme" kavramı ekseninde de ele alınmasını gerektirmektedir.

Başvuruçunun bu bağlamdaki iddiaları da yukarıdaki açıklamalar ışığında ispat yükünün yer değiştirilmesini sağlayacak türden bir veridir. Öte yandan, olaydaki genel bağlam ile münhasıran başvuruçunun restoranına yoğunlaşan kimlik kontrollerinin sıklığı ve keyfiliği, bu kontrollerden en çok Somalilerin etkilenmesi ve/veya restorandaki kontrollerin müşteriler ve komşular nezdinde suçlu oldukları algısı yarattığı iddiası ve nihayet, başvuruçunun da bulunduğu bir ortamda kolluk yetkilisince ifade edilen "*Kızılay'da Somalili istemiyorum. Buraları Türkleştireceğim, söküp atacağım.*" ifadesi, somut başvuruda başvuruçunun ve müşterilerinin belirli fiziksel ya da etnik özellikleri nedeniyle hedef alınmış olduğuna dair savunulabilir bir iddianın olduğunu göstermektedir. Başka bir deyişle, somut olayda, başvuruçunun etnik kökenini paylaşan vatandaşlara karşı düşmanlık güdüsüyle kimlik kontrolü yapıldığını düşündürebilecek veya herhangi bir ırksal ya da etnik profillemenin varlığına ilişkin ispat yükünü tersine çevirebilecek karineyi oluşturan "çevresel koşullar"¹⁷ yok değildir. Dolayısıyla her ne kadar başvurudaki tali ırk ayrımcılığı meselesini oluşturduğu söylenebilirse de kimlik kontrolünün ırksal saiki mutlaka sorgulanmalıdır.

Çoğunluktakiler, bu sorgulamayı açıkça bu terminoloji ve metodolojiyle yapmış değildir. Fakat karar gerekçesinde "işletmenin çoğunlukla yabancı uyruklu kişilere hizmet verdiği" dikkate alınarak "kimlik kontrollerinin ülkeye kaçak giriş yapan kişilerin olup olmadığının tespiti amacını taşıdığı" sonucuna ulaşılması bu noktaya ilgili sayılabılır.¹⁸ Ne var ki çoğunluktakiler, bu konuda ispat yükünü paylaşmaktan kaçınmıştır. Keza kararda, işletmenin müşteri portföyüne dair belirlemesinin nereden türetildiğine dair bir açıklama da kararda yoktur. Bu durum, çoğunluktakilerin kendi varsayımlarını müdahaleyi meşru kılmak amacıyla emniyet yetkililerine ikame ettiklerini düşündürmektedir. Öte yandan, yetkililerin başvuruçunun özelinde ilk kimlik kontrolünden sonra ulaştıkları sonuç karşısında sonraki kontrollerin neden yapıldığı sorusu da yanıtız kalmaktadır. Şehrin farklı yerlerinde benzer kontrollerin yapılıp yapılmadığı sorusunun sorulmamış olması, keza bu kontrollerin "*Kızılay'da Somalili istemiyorum. Buraları Türkleştireceğim, söküp atacağım.*" söylemi ile ilişkisinin sorgulanmamış olması da ırksal profilleme konusunda hassas bir inceleme yapılmadığına delalettir.

Azınlıktakiler açısından ise konunun bu boyutuna hiç girilmemiş olması eleştiriyi hak etmektedir.

¹⁷ Muhamad/İspanya, §99.

¹⁸ M.I.A. kararı, §34

c) Etkili Soruşturma Yükümlülüğü

Somut olayda başvuruçuların ticari etkinliklerine dönük tedbirlerin, özellikle "Kızılay'da Somalili istemiyorum. Buraları Türkleştireceğim, söküp atacağım." ifadeleriyle birlikte gerçekleşmiş olması ve komşu esnafın tanık beyanları, şeklen yasal görünen bazı müdahalelerin arka planında ırksal saik bulunduğu konusunda basit şüphenin ötesine geçen bir kuşku oluşturmaktadır. Bu durum söz konusu tutumları, Türk Ceza Kanunu'nun "Nefret ve ayrımcılık" başlıklı 122'nci maddesinin ögeleriyle buluşturmaktadır. Buna göre:

"Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle (...) bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Söz konusu suç şikâyeteye tabi değildir. Anılan söylemlerin basına yansımaları karşısında soruşturma makamlarının olaydan haberdar olduğu varsayılabilir. Keza, TİHEK'in genel olarak insan hakları ihlallerini ve özel olarak ayrımcılık yasağı ihlallerini "incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek" konusundaki yetkisinin "resen" (md. 9/1/f-g) geçerli olduğu akılda tutulduğunda, bu durumun başvuruçunun ileri sürmediği koşullarda dahi ele alınması beklenmelidir.

Etkili soruşturma bakımından bir diğer konu, Kurul'un TİHEK Kanunu'nun kendisine verdiği tanık dinleme yetkisini bu olayda kullanmamış olmasıdır. Kurul üyelerinin 6'ya karşı 5 kaldığı bir vakada özellikle başvuruda dile getirilen mal sahibinin karakola çağırılması iddialarına ilişkin olarak mal sahibinin tanık olarak dinlenmesi gerekmektedir. Bu vakada bölge esnafı ve malsahibinin tanıklığına başvurulması hem etkili bir soruşturma yapılması hem de kolluğun olaya ilişkin genel tutumunun belirlenmesi bakımından önemlidir.

Keza, Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'nde yer alan hükme (md. 8/1) göre de "Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, laikliğe aykırı veya bölücü davranışlarda bulunmak ya da emniyet mensupları arasında bu yolda ayırım yapıcı tutum ve davranışlarda bulunmak." bir "meslekten çıkarma nedeni" olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca bir idari soruşturma yürütülüp yürütülmediği de TİHEK tarafından sorgulanmamıştır. Bu durum, ırkçı ve/veya etnik yahut renk temelli ayrımcılık yasağı bağlamında etkili soruşturma yükümlülüğünün gerekleri ile uyumsuzdur.

B) Kötü Muamele Yasağı

Somut olayda, kötü muamele yasağı bağlamında ele alınması gerekenler iki boyutludur. Bunlardan ilki, bizzat ırkçılığın kötü muamele teşkil etmesi, ikincisi ise tutulma koşullarının kötü muamele teşkil edebileceğidir.

1) Tutulma Koşulları ve Kötü Muamele

Kötü muamele yasağının önemli boyutlarından biri kişilerin tutulma koşullarıyla ilgilidir. Bu konuda özellikle "Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Onurkırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi" (İngilizce yaygın bilinen kısaltmasıyla CPT) bazı standartlar belirlemiştir. Örneğin:

"CPT delegeleri bazı ülkelerde göç nedeniyle gözaltında tutulanların karakollarda uzun süreyle (bazen haftalarca ve hatta aylarca), vasat fiziki koşullarda, her tür aktiviteden mahrum bırakılarak ve bazı hallerde zanlılarla hücre paylaşmaya zorlanarak tutulduklarına şahit olmuştur. Böyle bir durum savunulamaz.

CPT, vaziyetin tabiatı gereği, göç nedeniyle gözaltında tutulanların şartlar nedeniyle sıradan bir polis nezarethanesinde bir süre kalmaları gerekebileceğinin farkındadır. Ancak karakollardaki koşullar çoğunlukla, hatta hiçbir zaman uzun süreli gözetim için yeterli olmayacaktır. Bu nedenle, göç nedeniyle gözaltında bulunduranların bu tür yerlerde tutuldukları süre asgariye indirilmelidir.

CPT'ye göre, yabancıların mevzuat uyarınca kişilerin uzun süre boyunca özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının gerekli görüldüğü durumlarda, bu amaca özel olarak tasarlanmış, yasal durumlarına uygun fiziki koşullar, uygun bir sistem sunan ve uygun niteliklere sahip personelin görev aldığı merkezlerde barındırılmaları gerekmektedir.

Bu tür merkezlerin yeterli mobilyaya sahip, temiz, tamire ihtiyacı bulunmayan ve içerdiği kişi sayısına yeterli yaşam alanı sunacak bir barınma yeri sağlaması gerektiği açıktır. Ayrıca, bir cezaevi ortamı izlemeyi uyandırmayı mümkün olduğunca çok engellemek için binaların tasarımına ve planına dikkat gösterilmesi gerekmektedir. Sistemsel faaliyetler ise açık havada egzersiz, dinlenme odasına ve radyo/televizyon ile gazete/dergilere erişimin yanı sıra diğer uygun boş zaman değerlendirme faaliyetlerini (örneğin masa oyunları, masa tenisi) içermelidir. Kişilerin tutulduğu süre ne kadar uzun olursa, kendilerine sunulan faaliyetlerin de o kadar fazla gelişmiş olması gerekmektedir (...) Yasa dışı göçmenlerin tutulma koşulları, onların özgürlüklerinin kısıtlanmasının doğasını yansıtıcı, sınırlı kısıtlamalar içeren ve çeşitlendirilmiş etkinlik rejiminden oluşmalıdır. Örneğin, özgürlükten yoksun kılınmış yasa dışı sığınmacıların... tutuldukları kurum içindeki hareket serbestlikleri mümkün olduğunca az sınırlandırılmalıdır." (§§27-30, 79)¹⁹

Bu standartlar ile İHAM ve BM nezdinde verilen diğer kararları gözetken Anayasa Mahkemesi, özellikle sığınmacı veya mültecilerin tutulma koşullarının insan haysiyetiyle uyumlu olması gerektiğini vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesine göre:

Tutulma koşullarının 17. maddeye uygunluğunun değerlendirilmesinde, kişi başına düşen alan hesabının yanı sıra, tutulu bulunan kişilerin günlük açık havadan yararlanmaları, kapalı mekânların gün ışığı alma ve havalandırılma durumları, kalınan mekânın temizliği ve tutulu bulunan kişilere sunulan sağlık hizmetleri gibi hususların da

19 Türkçe çeviriler için *Rıda Boudraa*, §27-29.

dikkate alınması gerekmektedir. CPT'nin "gözetim altında tutulan göçmenler" hakkında kabul ettiği standartlarda, kişileri yabancılar mevzuatına göre uzun süreli olarak özgürlüklerinden mahrum bırakmanın gerekli görüldüğü hâllerde, bu kişilerin özellikle bu amaç için hazırlanmış hukuki durumlarına uygun bir programa, fiziki koşullara ve uygun nitelikli personele sahip merkezlerde tutulmaları gerektiği; bu tür merkezlerin yeterli donanıma sahip, temiz ve bakımlı olması ile orada kalan kişilere yeterli yaşama alanı sağlamanın önemli olduğu; cezaevi ortamı izleniminin mümkün olduğu kadar önlenmesi gerektiği; programlı faaliyetlerin açık havada egzersiz imkânına, gün içinde zaman geçirilebilecek bir odaya, radyo/televizyona, gazete/dergilere ve diğer uygun dinlenme yollarına erişimi içermesi gerektiği; bu kişilerin tutuldukları süre ne kadar uzun olursa onlara sunulan faaliyetlerin de o kadar kapsamlı olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kapsamda CPT, istisnasız bütün mahkûmlara -ceza olarak hücre hapsinde olanlar dâhil- her gün açık havada egzersiz yapma imkânı verilmesi ve açık havada egzersiz yapılacak yerlerin makul büyüklükte ve mümkün olduğunca kötü hava şartlarından koruyacak biçimde düzenlenmiş olması gerektiğini kabul etmektedir. Mahkûmlar açısından kabul edilen bu standardın 'gözetim altında tutulan göçmenler' açısından evleviyetle geçerli olduğu açıktır.²⁰

Anayasa Mahkemesi, bu bakış açısıyla önüne gelen vakaları incelemiş ve bazı ihlal sonuçlarına da varmıştır.²¹ Bu kararlarda AYM ihlal sonucuna ulaşırken, CPT'nin ziyaretleri sırasında ulaştığı bulgulara dayalı raporuna atıflarda bulunmuş ve rapora koştur bir yaklaşım sergilemiştir.²² Ne var ki böylesi bir raporun kullanılmadığı vakalarda başvuruların reddedilebildiği²³ fakat bu vakaların İHAM önünde Türkiye aleyhine sonuçlanabildiği görülmektedir.²⁴ Bu durum, *inter alia*, tutulma koşullarına ilişkin iddiaların bulunduğu durumlarda tutulma yerlerinin ziyaretinin belirleyiciliği açısından dikkate değerdir. Bu gerçek akılda tutularak, TİHEK Kanunu (md. 9/1/j), TİHEK'e ziyaret yetkisi vermiştir. Buna göre:

"Özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin buldukları yerlere haberli veya habersiz düzenli ziyaretler gerçekleştirmek, bu ziyaretlere ilişkin raporları ilgili kurum ve kuruluşlara iletmek, Kurulca gerekli görülmesi durumunda kamuoyuna açıklamak, ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurulları, il ve ilçe insan hakları kurulları ile diğer kişi, kurum ve kuruluşların bu gibi yerlere gerçekleştirdikleri ziyaretlere ilişkin raporları incelemek ve değerlendirmek."

Kanun (md. 9/2 ve md. 19/2) buna ek olarak, bu kapsamda yapılacak ziyaretler sebe-

20 İHAM bağlamında örn. bkz. *Yarashonen/Türkiye*, § 73

21 Bkz. *A.V. ve Diğerleri*, B. No: 2013/1649, 20/1/2016; *F.K. ve Diğerleri*, B. No: 2013/8735, 17/2/2016; T.T., B. No: 2013/8810, 18/2/2016; *I.S. ve Diğerleri*, B. No: 2014/15824, 22/9/2016; *R.M. ve Diğerleri*, B. No: 2015/19133, 17/4/2019. AYM'nin ihlal sonucuna varmadığı vakaların büyük kısmı olağan hukuk yollarının tüketilmemiş olmasından ileri gelmektedir. Zira AYM'ye göre idari gözetim altında tutulma yerlerinin yönetimi, denetimi ve işletilmesi İçişleri Bakanlığı tarafından yürütülen bir kamu hizmetidir. Dolayısıyla bu koşullar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca tam yargı davasına konu edilebilir. Örneğin bkz. B.T. [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017

22 İhlal kararlarının tamamı Kumkapı Geri Gönderme Merkezi ile ilişkilidir.

23 *Rıda Boudraa*, B. No: 2013/9673, 21/1/2015. Söz konusu vaka, Yalova Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğündeki tutulma koşullarıyla ilgilidir.

24 *Boudraa/Türkiye*, B. No: 1009/16, 28/11/2017.

biyle, kamu kurum ve kuruluşları ile görevlilerin gerekli yardım ve kolaylığı göstermek zorunda olduğunu da ayrıca düzenlemiştir.

Konuyla ilgili bir diğer önemli husus, yine ispat yüküyle ilgilidir. Daha önce değinildiği üzere olağan koşullarda ispat yükü, iddia edenin üzerindedir. Bu durum, işkence ve kötü muamele yasağı açısından da geçerlidir. Fakat kişilerin, gözetim ve denetim altında bulunduğu bir sırada işkence veya kötü muameleyle uğradıklarını iddia ettikleri durumlarda, başvuru sahiplerinin yakındıkları durumu somut olarak dile getirip savunulabilir görünen iddialarını ortaya koyabildikleri ölçüde ispat yükü yer değiştirmektedir. Artık yetkili makamların, işkence veya kötü muamelenin olmadığını ortaya koyması gerekir. İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru sahibinin yetkili makamların gözetiminde tutulduğu davalarda devletin delil sunmamasından sonuç çıkarma eğilimindedir. Bu tür sorunların çözümünde tutulma mekânının giriş ve çıkışında alınacak sağlık raporları kadar, mekânda sürekli kayıt altında tutulan kamera kayıtları ve bağımsız heyetlerin mekâna dönük habersiz ziyaretleri büyük önem kazanmaktadır.

Daha önce değinildiği üzere, 'iddiasını kanıtlamak iddia edene düşer' prensibi bazı bağlamlarda katı bir şekilde uygulanmaz. Kişinin maddi ve manevi bütünlüğüyle ilgili iddialar gündeme geldiğinde "bütün makul kuşkunun ötesinde" ("*beyond the reasonable doubt*" veya "*au-delà de tout doute raisonnable*") şeklinde bir kanıtlama standardı uygulansa da, bu kanıtlamaya yeterince sağlam, kesin ve birbirleriyle uyumlu çıkarımların ve aynı ölçüde çürütülememiş maddi karinelerin bir arada bulunmasıyla varılabileceği akılda tutulmalıdır.²⁵ Unutulmamalıdır ki Hükûmetin elinde olan bilgileri, tatmin edici bir açıklamada bulunmadan sunmaması, iddiaların bir temeli bulunduğu na dair sonuç çıkarılmasına yol açabilir.²⁶

Somut olayda başvuru sahibi, karakolda "*havasız ve kirli bir odada tutulduğunu*", Göçmen Kaçakçılığıyla Mücadele ve Hudut Kapıları Şube Müdürlüğünde ise "*havalandırmanın, vantilatörün, tuvalet suyunun bulunmadığını, yatacak yer olmadığı için bazı kişilerin sandalyede uyduğunu, yorgan, battaniye gibi gereçlerin olmadığını, yemek verilmediğini, yemek istediklerinde ise parası karşılığında sipariş edilebileceği*" ileri sürmüştür. Bu iddia, TİHEK tarafından şu savla reddedilmiştir:

"(...) [H]er ne kadar başvuru sahibi görüş yazısında olaya ilişkin görüntü paylaştığını belirtmiş ise de görüntülerde başvuru sahibinin tutulduğunu iddia ettiği süre içerisinde kendisine ait bir özçekim video ile karakolda çekildiği fotoğraflar bulunduğu, özçekim videoda gülüşme sesleri olduğu, fotoğraflarda ise başvuru sahibinin fotoğraf çekilmeye hazır bir tavırla aksesuarlarıyla görüntü verdiği tespit edilmiş ve bu nedenle başvuru sahibinin kötü muameleyle uğradığına ilişkin kanaat oluşmamıştır."²⁷

25 İrlanda/Birleşik Krallık, B. No: 5310/71, 18/01/1978, §161.

26 Volkan Özdemir/Türkiye, B. No: 29105/03, 20/10/2009, §40.

27 M.I.A. kararı, §22.



TİHEK'in söz konusu iddiayı reddetmesinde belirleyici faktör, başvuruçunun (i) "özçekim videosunda arkada gülüşmelerin olması" ve (ii) "fotoğraf çekilmeye hazır bir tavırla aksesuarlarıyla görüntü vermesi"dir. Kararda, yetkili makamların bu konudaki açıklamalarına atıfta bulunulmamış, konuyla ilgili yükümlülüklerine de yer verilmemiştir. Bu bağlamda sorun iki yönlüdür;

Birincisi, tutulan yerde gülüşme olması ve/veya görüntü alırken aksesuar takılması bu mekânda "havalandırmanın, vantilatörün, tuvalet suyunun bulunup bulunmadığı", "yatacak yer olmadığı için bazı kişilerin sandalyede uyuyup uyumadığı", "yorgan, battaniye gibi gereçlerin mevcut olup olmadığı", "başvuruculara yemek verilip verilmediği" veya "yemek istediklerinde bunun parası karşılığında sipariş edilebilir olup olmadığı" sorularına bir yanıt getirmemektedir. Bir kişinin aksesuar takması veya hayli zorlu koşullarda gülmesi kötü muameleye maruz kalmadığı anlamına gelmez.

İkincisi, TİHEK ispat yükü itibarıyla yetersiz bir yaklaşım sergilemiştir. TİHEK'in, tutulma koşullarının olumsuz niteliğinin ispatlanmasını tamamen başvuruçuya bırakmış olması sorunludur. Oysa yetkili makamlardan bu konuda ayrıntılı açıklama beklenmesi, sürekli kayıt alan kamera kayıtlarının istenmesi, bu sunulamıyorsa bunun nedenlerinin sorgulanması gerekirdi. Nitekim TİHEK'in, bu olaydan sonra 2023 yılında yayımladığı Çankaya İlçe Emniyet Müdürlüğü Nezarethaneleri Ziyaret Raporu'nda "Ziyaret tarihinde güvenlik kamerası sistemindeki sorun nedeniyle geçmişe dönük kamera kayıtlarının izlenemediği dikkate alınarak kötü muamele riskinin önlenmesi ve kamera kayıtlarına sağlıklı erişimin sağlanabilmesi için sistemdeki hatanın düzeltilmesi" konusunda tavsiye vermiş olması kayda değerdir.²⁸ Bu tutarlı tavsiyenin somut olayda ileri sürülmemiş olması bir tutarsızlıktır. Öte yandan; ispat kuralları yönünden bir diğer sorun, TİHEK'in adı geçen mekânı ziyaret etmemiş olmasıdır. TİHEK'in 2020-2023 yılları arasında ziyaret yetkisini kullandığı yerler arasında Göçmen Kaçakçılığıyla Mücadele ve Hudut Kapıları Şube Müdürlüğü (Çankaya) bulunmadığı görülmektedir.²⁹ Oysa konuyla ilgili en sağlıklı çıkarım, bu yetkinin kullanması yoluyla gerçekleşirdi. Mekân, olaydan önce ziyaret edilmediği gibi bu şikâyetin yapılmasından sonra da ziyaret edilmemiştir. Bu nokta da eleştiriyi hak etmektedir.

28 <https://www.tih.gov.tr/public/images/kararlar/lm2mbf.pdf>

29 2020 yılında Akyurt Geri Gönderme Merkezi, Tem Şube Müdürlüğü nezarethaneleri, Elmadağ Kapalı ÇİK, Saray Çocuk Evleri sitesi, Çocuk Destek Merkezi ziyaret edilmiştir. 2021 yılında Gölbaşı İlçe Emniyet Müdürlüğü nezarethaneleri (Osman Tan Polis Merkezi Amirliği ve İncek Şehit Hayati Tokgöz Polis Merkezi Amirliği) Sincan Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu, Sincan Yenikent 1 Nolu F Tipi Ceza İnfaz Kurumu ve Elmadağ Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi ziyaret edilmiştir. 2022 yılında Ankara Adliyesi Mahpus Bekleme Alanı, Ankara Batı Adliyesi Mahpus Bekleme Alanı, Sincan 1 No.lu L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu, Çankaya İlçe Emniyet Müdürlüğü Nezarethaneleri, İncek MİA Özel Huzurevi ve Yaşlı Bakım Merkezi, Mamak İlçe Emniyet Müdürlüğü Nezarethaneleri, Esenboğa Havalimanı Transit Alanı, Dr. Abdurrahman Yurtaslan Ankara Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastanesi Psikiyatri Servisi ve Toplum Ruh Sağlığı Merkezi, Sincan Çocuk Kapalı Ceza İnfaz Kurumu ziyaret edilmiştir. Bkz. TİHEK, 2021 Yılı Faaliyet Raporu, s. 89-91; TİHEK, 2021 Yılı Faaliyet Raporu, s. 91-93. Raporlar için bkz. <https://www.tih.gov.tr/kategori/rapor/uom-raporlari>

2) İrkçılık ve Kötü Muamele

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sisteminde ırkçılık sadece bir ayrımcılık değil aynı zamanda bir kötü muamele meselesidir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ilk kez *Doğu Afrikalı Asyalılar/Birleşik Krallık* kararında ırkçılığın Sözleşme'nin ayrımcılık yasağının ötesinde bizzat "aşağılayıcı muamele" olabileceğini tespit ederek bu gerçeği ortaya koymuştur.³⁰ Bu konudaki İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nun yayımladığı rapora göre:

"Komisyon bu bağlamda, genel olarak kabul edildiği üzere, ırk temelinde ayrımcılığa özel bir önem atfedilmesi gerektiğini; ırk temelinde farklı muamele için bir grup insanı alenen ayırmanın bazı durumlarda insan onuruna özel bir hakaret teşkil edebileceğini; bu nedenle, bir grup insana ırk temelinde farklı muamele etmenin, başka bir temelde farklı muamele böyle bir soruna yol açmazken, aşağılayıcı muamele teşkil edebileceğini hatırlatır."³¹

Mahkeme daha sonra, bir başka kararında da bunu doğrulayan biçimde insanın nesneleştirilmesinin bir aşağılayıcı muamele olduğunu söyleyerek bu yaklaşımını pekiştirmiştir:

Başvurucu, ciddi veya uzun süreli fiziksel etkilere maruz kalmamış olsa bile, yetkililerin elinde onu bir nesneymişçesine muamele görmesine matuf yaptırım, tam da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi md. 3'ün temel amaçlarından biri olan insan haysiyetine ve fiziksel bütünlüğüne yönelik bir saldırı teşkil etmektedir."³²

Konuya, insan haysiyeti merceğiyle yaklaşan bu tutum, Anayasa'nın kimsenin "insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleyle tabi tutulamayacağı"nı söyleyen md. 17 hükmüyle de uyumludur. Dolayısıyla konunun sadece ayrımcılık yasağı bağlamında değil, aynı zamanda insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı yönünden de incelenmesi gerekirdi. Somut olayda TİHEK, başvuruyu kötü muamele yönünden ele almakla birlikte bu kapsamdaki incelemesini tutulma koşulları ile sınırlı olarak gerçekleştirmiştir. Bu nokta eleştiriye açıktır.

C) Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

Kişi özgürlüğü, kişilerin rızaları olmadan (sübjektif faktör), dar bir mekânda dört bir yöne doğru hareket serbestisinden mahrum kalmalarına (objektif faktör) karşı bir güvencedir. Özerk bir kavram olarak "özgürlükten yoksun bırakılma" kavramı resmî işlemlerin başlatıldığı anda değil, sübjektif ve objektif faktörün tezahür ettiği andan itibaren söz konusu olur. Bu bakımdan kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları, nezarethane, karakol vb. mekânların yanı sıra araba, uçak veya etrafı güvenlik güçleriyle çevrilmiş bir sokakta vs. de gerçekleşebilir.³³

30 *Doğu Afrikalı Asyalılar/Birleşik Krallık*, B. No: 4403/70-4419/70, 4422/70, 4423/70, 4434/70, 4443/70, 4476/70-4478/70, 4486/70, 4501/70, ve 4526/70-4530/70, 06/03/1978.

31 14 Aralık 1973 tarihli Komisyon Raporu, DR 78-A, § 207, s. 5

32 *Tyrer/Birleşik Krallık*, B. No: 5856/72, 25/04/1978, §33.

33 Tüm bu açıklamalar ve ilgili atıflar için bkz. Tolga Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, (Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2018), s. 24 vd.

Anayasa, "usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması"nı meşru saymakta ve bu bağlamda şekil ve şartları kanunda gösterilmesi şartıyla özgürlükten yoksun bırakılmalarına izin vermektedir. Anayasa Mahkemesi 2015 yılında verdiği bir kararda, sınır dışı edilen başvuru hukuksuz biçimde tutulduğu iddiasını "idari gözetim şartları, süresi, sürenin uzatılması, ilgiliye tebliği, idari gözetim kararına karşı başvuru yolları, idari gözetim altına alınan kişinin avukata erişimi, tercüman yardımıyla yararlanmasına ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmadığı" gerekçesiyle kabul etmiştir.³⁴ Bu ihlal kararı üzerine 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda bu bağlamda bazı düzenlemeler (md. 57) getirilmiştir. Bu hükmün konumuzla ilgili kısmına göre:

"(1) 54 üncü madde³⁵ kapsamındaki yabancılar, kolluk tarafından yakalanmaları hâlinde, haklarında karar verilmek üzere derhâl valiliğe bildirilir. Bu kişilerden, sınır dışı etme kararı alınması gerektiği değerlendirilenler hakkında, sınır dışı etme kararı valilik tarafından alınır. Değerlendirme ve karar süresi kırk sekiz saati geçemez.

(2) Hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınır ya da 57/A maddesi uyarınca idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilir. Hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar, yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde götürülür."

Somut olayda başvuru defalarca kez "karakola götürüldüğü", "karakolda bekletildiği", "arabayla gezdirildiği", "Göçmen Kaçakçılığıyla Mücadele ve Hudut Kapıları Şube Müdürlüğünde tutulduğu" "Akyurt Geri Gönderme Merkezinde tutulduğu" iddialarının her biri özgürlük ve güvenlik hakkına dönük müdahalelerdir.

34 *Rıda Boudraa*, B. No: 2013/9673, 21/1/2015, §79.

35 Şu yabancılar sınır dışı edilebilir: (a) İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına veya koşullu salıverilmesine karar verildikten ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra İçişleri Bakanlığı tarafından sınır dışı edilmesi yönünden karar alınanlar, (b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar, (c) Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar, (ç) Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar, (d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar, (e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler, (f) İkamet izinleri iptal edilenler, (g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler, (ğ) *Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler*, (h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ya da bu hükümleri ihlale teşebbüs edenler, (i) Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler, (i) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar. Somut olayda (ğ) bendi açısından bir karşılık vardır.

Bu işlemlerden idari gözetim ve sınır dışı etme kararıyla ilgili olan süreç bağlamında tedbirler nettir. 15/09/2021 günü 18.30 sularında özgürlüğünden yoksun bırakılan başvuru aynı gün Çankaya Suç Önleme ve Soruşturma Büro Amirliğine götürülmüş ve burada 20.30'da başvuru Göçmen Kaçakçılığıyla Mücadele ve Hudut Kapıları Şube Müdürlüğüne götürülmesine karar verilmiştir. Ankara Gazi Mustafa Kemal Devlet Hastanesine götürülen başvuru, burada 22.17'de rapor alınmasından sonra, Göçmen Kaçakçılığıyla Mücadele ve Hudut Kapıları Şube Müdürlüğüne götürülmüştür. Burada geceyi geçiren başvuru beyanları 16/09/2021 günü saat 13.00'te tutanağa bağlanmış, başvuru hakkında 17/09/2021 tarihinde sınır dışı etme kararı alınmıştır. Bu durum, 48 saatlik değerlendirme süresine uyulduğunu göstermektedir.

Başvuru hakkında idari gözetim kararı da 17/09/2021 tarihinde alınmış ve aynı gün Geri Gönderme Merkezine götürülmüştür. Dolayısıyla, idari gözetim kararı alınan yabancıların yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde götürüleceğine dönük hükümde de hukuksallık mevcuttur. Tutma süresinin makullüğü açısından da bir keyfilik göze çarpmamaktadır.

Buna karşın, söz konusu mevzuatın Anayasa'ya uygunluğu kuşkuludur. Zira somut olaya uyan Anayasa hükmü (md. 19/2) uyarınca kişilerin hürriyetinden yoksun bırakılması *"usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması"* nedenleriyle gerçekleşebilir. Oysa somut olayda başvuru, *"çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilen"* olması bu koşullara denk düşmemektedir. Zira başvuru 15/09/2021 günü itibarıyla *"usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren"* veya *"hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişi"* durumunda değildir. Anayasa'nın *"Temel hak ve hürriyetler, (...) yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak (...) sınırlanabilir."* hükmü karşısında söz konusu düzenlemenin anayasallığı kuşkuludur. Öte yandan, somut olayda 6458 sayılı Kanun'da (md. 57/2) idari gözetim için öngörülen "kaçma ve kaybolma riski", "Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal etme", "sahte ya da asılsız belge kullanma", "kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkması için tanınan sürede çıkmama", "kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturma" nedenlerinden hangisinin başvuru açısından geçerli olduğu konusunda ilgili ve yeterli bir gerekçe de sunulmadığı gözlemlenmektedir. Bu durum tutmanın Anayasa'ya uygunluğunu tartışmalı hâle getirmektedir.

Ayrıca, söz konusu müdahalelerden 08/09/2021 - 13/09/2021 tarihleri arasındaki kategori ile 27/09/2021 ve 17/06/2022 tarihleri arasındaki kategoride başvuru hangi amaçla tutulduğu belirsizdir. Bu durum, tutmanın hukukiliği yönünden bir sorun olarak kaydedilebilir.

Son olarak, özellikle arabada gezdirilme iddiaları, gerekli verilerin sunulması hatta etkili bir soruşturma yapılması durumunda "kayıtsız tutma" sayılabilir ve "kişi güvenliği" açısından ele alınabilir bir durumdur.

TİHEK, bu noktaların üzerinde derinlemesine durmuş değildir.

D) Yakınlarıyla Görüşme/Yakınlarını Bilgilendirme Hakkı

Kişinin yakınlarıyla görüşme hakkı Anayasa'nın md. 19/6 hükmü ile doğrudan ilişkilidir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi md. 5'te yer almayan bu güvence, Anayasa'ya 2002 yılında dahil edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu konudaki güvenceyi, "ortak koruma alanı" konusundaki daraltıcı içtihadı uyarınca anayasa şikâyeti incelemelerinde derinleştirememektedir.³⁶ Somut olayın koşullarına göre maddi ve manevi bütünlük ile aile yaşamına saygı kapsamında sayılabilecek bu güvence TİHEK açısından pekâlâ bağlayıcıdır.

Somut olayda başvuru avukatları ve ailesiyle görüşmesine izin verilmemesinden yakınmaktadır.³⁷ TİHEK bu yakınmalardan sadece avukatlarıyla görüşme ögesine odaklanmıştır. Bu odakta avukatla görüşmenin neden geciktirildiği noktasında derinlemesine bir inceleme yapılmadığı gibi, kişinin ailesiyle görüşmesine izin verilip verilmediği, yakınlarına tutulduğuna dair bilgi verilip verilmediği sorusuna yanıt aranmamıştır. Bu eksiklikler, Anayasa'nın md. 19/6'daki güvenceleri zayıflatmaktadır.

E) Din ve Vicdan Özgürlüğü

Anayasa, Anayasa'nın 24'üncü maddesi, herkesin "vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahip" (md. 24/1) olduğunu güvence altına almakla birlikte "14'üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir." diyerek bunun pratik tezahürlerine de ayrıca yer vermiştir. Hatta Anayasa Mahkemesinin içtihadından aynen aktarmak gerekirse:

Anayasa'nın 24. maddesinde öngörülen din özgürlüğü kişinin herhangi bir inanca sahip olması veya olmamasını, inancını serbestçe değiştirebilmesini, inancını açıklamaya zorlanmamasını, bunlardan dolayı kınanmamasını ve baskı altına alınmamasını güvence altına alarak din özgürlüğünün içsel alanını, aynı şekilde öğretim, uygulama, tek başına veya topluca ibadet ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açığa vurma hakkı ile de din özgürlüğünün dışsal alanını tanıyıp koruma altına almıştır.³⁸

Mahkeme, bu güvencelerin diğer herkes kadar cezaevinde tutulanlar için de geçerli olduğunu kaydetmiş, hatta bu koşullarda; ücreti emanet hesabından karşılanmak suretiyle kişiye kurum idaresi aracılığıyla Kur'an-ı Kerim temin edilmesi ve kişinin yanında

36 Osman Karaca, B. No: 2019/41752, 13/1/2021, § 79-80.

37 M.I.A kararı, §2ç.

38 Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 57).

sürekli Kur'an-ı Kerim bulundurmasına izin verilmesi taleplerinin reddedilmesini bu güvenceye aykırı bulmuştur.³⁹

Namaz kılmak, İslam inancının bir ibadet ritüelidir. Başvurucu, karakolda namaz kılmak istediğinde buna izin verilmediğini ileri sürmüştür. Fakat TİHEK kararında bu konuda doğrudan ve/veya dolaylı (*obiter dictum* gerekçe anlamında) herhangi bir sorulama yoktur.

³⁹ Ahmet Sil, B. No: 2017/24331, 9/5/2018; Furkan Aktaş, B. No: 2017/27587, 11/12/2019; Ahmet Ünver, B. No: 2018/20787, 19/10/2022.

Genel Değerlendirme

İrksal ayrımcılık, tüm dünyada ve doğal olarak Türkiye'de yaygın bir sorun olmasına rağmen, çoğu kez ispatlanması güç bir olgudur. Yetkililer, kanunları uygularken genellikle ırkçı saiklerini açık seçik ortaya koymadıkları için tedbirlerin arka planındaki motivasyon ortaya konulamamaktadır. Bu nedenledir ki ırk temelli ayrımcılığa dönük içtihadî birikim hayli düşüktür.⁴⁰ Somut olayda ise ayrıksı biçimde, kuvvetli kuşku uyandıracak bazı beyanlarla, video kayıtlarıyla ve tanık beyanlarıyla kanuni uygulamanın irksal yönden ayrımcı saik taşıdığı sabit hâle gelmiştir. Bu çıplak gerçeğe rağmen TİHEK'in çoğunluğunun olayda bir ayrımcılık göremiyor olması Kurumun varlık nedenini kuşkulu kılmaktadır.

Söz konusu kararda, buna ek olarak en az on yönden özel sorun vardır.

Birincisi, TİHEK, ayrımcılık hukukunun TİHEK Kanunu'na (md. 21) da yansıyan ispat yüküne dönük standartlarını kullanmaktan imtina etmiş ve bundan kaçınma koşullarını açıklamamıştır. Bu keyfilik, kanunla somutlaşmış bir ölçütün aşınmasına neden olmakta, Türkiye'de ağır aksak ilerleyen ayrımcılık hukukuna katkı sunması gereken bir kurumun bu konuda geriye götürücü bir konumda bulunmasına yol açmaktadır.

İkincisi; TİHEK, tüm konsantrasyonunu yetkililerin müdahalelerinin kanuna uygun olup olmadığı noktasına yönelmiştir. Bu yaklaşım uyarınca bir tedbirin kanuna uygun olması, kendiliğinden ayrımcılık yasağının da ihlal etmediği sonucunu beraberinde getirmektedir. Oysa görüntüde nötr bir kanun bazı kişiler için etkili biçimde uygulanmazken aynı kanunun diğer bazıları için katı biçimde uygulanması da duruma göre ayrımcılık yaratabilir. Keza herkes için uygulanan ve şeklen yasaya uygun bir tedbirin dış dünyaya yansıyan emareler uyarınca yetkililer tarafından ırkçı saikle uygulandığının anlaşıldığı hâllerde de ayrımcılık oluşabilir. Bizim "yasalı ayrımcılık" olarak adlandırdığımız bu durum, somut olayda birebir karşılık bulmaktadır. Türkiye'de yabancı isimlerin bulunmadığı ve Türkçe tabelalar içinkatı biçimde uygulanmayan tabela değiştirme uygulamasının başvuru yönünden sorgulanmaması bu bağlamda önemli bir sorundur.

Üçüncüsü; somut olayda irksal saikle farklı muamelenin mekânsal bağlamdaki uzamlarının yeterince sorgulanmadığı görülmektedir. Şöyle ki; "çalışma izni olmadan çalışan" kişilere dönük yasal tedbirler, diğer bazı il ve ilçelerde esnek biçimde uygulanırken somut olayda kuralın Kızılay özelinde katılaştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu da "yasalı ayrımcılık" biçimi açısından sorgulanmamış bir noktadır.⁴¹

40 Örneğin 2023 yılının Kasım ayı itibarıyla İnsan Hakları Mahkemesi (HUDOC) ve Anayasa Mahkemesinin karar bilgi bankalarında, Türkiye aleyhine verilmiş ırk temelli ayrımcılık kararı yoktur. Oysa Türkiye'de de ırkçılık olduğu vakidir.

41 Yasalı ayrımcılık, doğrudan veya dolaylı biçimde gerçekleşebilir. Kanuna uygunluk ilk bakışta nötr bir görüntü sunduğu için kavram, dolaylı ayrımcılığa yaklaşmaktadır.

Dördüncüsü; TİHEK'in çoğunluğu da azınlığı da "ırksal profillemeye" içtihadından uzak bir görüntü sunmaktadır. Bu durum, Kurum'un güncel insan hakları hukuku gelişmelerinden ve uluslararası standartlardan uzak kaldığını göstermektedir.

Beşincisi; TİHEK çoğunluğu veya azınlığı, ırkçılık iddialarının ayrımcılık yasağının ötesinde kötü muamele yasağı kapsamında sayılma olasılığını göz ardı etmiştir.

Altıncısı; TİHEK tutulma koşullarına dönük yakınmaları "sadece mekânda gülüşme seslerinin gelmesi ve aksesuar takma" gibi biçimsel koşullarla reddetmiş, sahip olduğu ziyaret yetkisini kullanmamıştır. Bu, hayli kaygı verici bir sorundur. Zira bir kişinin tutulma koşulları, etraftaki kişilerin gülümsüyor olmasına rağmen insanlık dışı olabilir. Böyle bir ölçüte insan hakları hukukunda yer yoktur.

Yedincisi; TİHEK özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamındaki ihlal iddialarını esaslı biçimde ele almamış, kişinin farklı zamanlardaki kanunsuz, kayıtsız veya fazladan tutulma iddialarını göz ardı etmiştir. Bu bağlamda özellikle idari gözetim kararının (6458 sayılı Kanun md. 57/2) ilgili ve yeterli gerekçeye sahip olup olmadığı incelenmemiş, çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilen başvuruçunun yakalandıktan idari gözetim kararı alınıncaya kadarki tutulma nedenlerinin Anayasa'nın lafzına uygunluğu tartışılmamıştır. Oysa burada ilk bakışta bir uyumsuzluk vardır.

Sekizincisi, TİHEK çoğunluğu veya azınlığı, başvuruyu, din ve vicdan özgürlüğü ile avukatı ve yakınlarıyla görüşme ve yakınlarına bildirme hakları yönünden incelememiştir. Oysa böyle bir inceleme yapılması, en azından bu noktadaki sorun olasılıklarına dikkat çekilmesi (*obiter dictum*) "eğitici etki" yaratabilirdi.

Dokuzuncusu, TİHEK Kanunu (md. 20/3) TİHEK'e tanık dinleme yetkisi vermektedir. Dosya içeriğinde, mal sahibinin Çankaya İlçe Emniyet Müdürlüğüne çağrıldığı ve kendisine bazı beyanlarda bulunduğu ileri sürülmüş durumdadır. Bölge esnafı da bazı açıklamalarda bulunmuştur. Bu dikkate değer güçlü delillere rağmen TİHEK'in bu tanıkları dinlememiş olması büyük bir kusurdur.

Onuncusu, TİHEK Kanunu md. 9/f ve g TİHEK'e resen inceleme yetkisi vermektedir. Geçmişte TİHEK bu yetkisini, özellikle medyaya yansıyan vakalarda kullanmıştır. Ne var ki somut olay, kamuoyuna yansımış ve çokça tartışılmış olmasına rağmen resen inceleme kararı alınmamış olması da TİHEK aleyhine olumsuz bir veri olarak kaydedilmelidir.





Avrupa Birliği tarafından finanse edilmektedir