



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

DUĞAN / TÜRKİYE

(Başvuru no. 84543/17)

KARAR

5 § 1 maddesi • Özgürlükten yoksun bırakma • Trans bir birey olan başvuranın trafiğin düzenini bozma gerekçesiyle polis merkezinde kısa süreli olarak tutulmasının haksız olması

14. madde (+ 5. madde) • Ayrımcılık • Başvuranın trans bir birey olması sebebiyle polis merkezine götürülmesine ilişkin olarak ilk bakışta anlaşılabilen (*prima facie*) bir delil sunmaması

STRAZBURG

7 Şubat 2023

İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde öngörülen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2023. Bu gayri resmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Duğan / Türkiye davasında,

Başkan,

Arnfinn Bårdsen,

Hâkimler,

Jovan Ilievski,

Pauliine Koskelo,

Saadet Yüksel,

Lorraine Schembri Orland,

Frédéric Krenc,

Davor Derenčinović,

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Hasan Bakırcı'nın katılımıyla Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm)

Bir Türk vatandaşı olan Cemal Duğan ("başvuran") tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ("AİHM" veya "Mahkeme"), İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, 8 Aralık 2017 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine yapmış olduğu başvuruyu (no. 84543/17);

Sözleşme'nin 5. maddesiyle birlikte ele alınan 14. madde kapsamındaki şikâyetlerin Türk Hükümetine ("Hükümet") bildirilmesini ve başvurunun geri kalanının kabul edilemez olduğunun beyan edilmesini;

Davalı Hükümet tarafından ibraz edilen görüşleri ve bu görüşlere cevaben başvuran tarafından ibraz edilen görüşleri;

Bölüm Başkanı tarafından müdahil olmalarına izin verilen Transgender Avrupa, Uluslararası Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İnterseks Birliğinin Avrupa Bölgesi (ILGA-Europe) ve Avrupa'daki Seks İşçilerinin Hakları Uluslararası Komitesi (ICRSE) tarafından ortaklaşa sunulan görüşleri göz önüne alarak;

17 Ocak 2023 tarihinde yapılan kapalı müzakerelerin ardından,

Aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

GİRİŞ

1. Başvuru, başvuranın trafiğin düzenini bozması gerekçesiyle bir polis merkezine götürülmesiyle ilişkindir. Başvuran bu durumun Sözleşme'nin sırasıyla 5. ve 14. maddeleri uyarınca özgürlük hakkını ve ayrımcılığa maruz kalmama hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

OLAYLAR

2. Başvuran 1980 doğumlu olup Bursa'da ikamet etmektedir. Başvuran, başvurunun yapıldığı tarihte medeni hukukta erkek olarak tanınan transseksüel bir bireydir. Ancak Mahkeme, başvuranın tercih ettiği cinsiyet kimliğini yansıtmak amacıyla kendisinden bahsederken dişil formu kullanacaktır.

3. Başvuran, Bursa Barosuna bağlı Avukat M. Özdemir tarafından temsil edilmiştir.

4. Hükümet ise kendi görevlisi olan Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanı Hacı Ali Açıkgül tarafından temsil edilmiştir.

5. Dava konusu olaylar, taraflarca ibraz edildiği şekliyle, aşağıdaki gibi özetlenebilir:

6. Bursa Ahlak Büro Amirliğindeki polis memurları tarafından düzenlenen 12 Mart 2014 tarihli tutanağa göre:

- polis memurlarına başvuranın fuhuş yapmak için bir kavşakta hareket halindeki araçları durdurmaya çalışarak trafiğin düzenini bozduğu ve trafik güvenliğini tehlikeye attığı bildirilmiş;
- olay yerine vardıklarında başvurana eylemlerinin amacı sorulmuş ve o da müşteri bulmak için dikkat çektiğini söylemiş;
- başvuran, gerekli resmi işlemlerin yapılması amacıyla saat 01.45'te polis merkezine götürülmüş;

DUĞAN/TÜRKİYE KARARI

- polis merkezinde, başvuranın polis tarafından aranıp aranmadığının tespiti için UYAP (Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi) üzerinden arama yapılmış ve aranmadığı tespit edilmiş;

- polis memurları başvurana trafiğin düzenini bozduğu gerekçesiyle 80 Türk lirası (yaklaşık 26 avro) idari para cezası vermiş ve daha sonra başvuran serbest bırakılmıştır.

7. Bursa Emniyet Müdürlüğü Polis Bilgi Sistemi (POLNET) kayıtlarına göre, idari para cezası tutanağı 12 Mart 2014 tarihinde saat 02.39'da düzenlenmiştir.

8. Başvuran 27 Mart 2014 tarihinde, idari para cezasına karşı Bursa 3. Sulh Ceza Mahkemesinde ("Sulh Ceza Mahkemesi") itirazda bulunmuş ve söz konusu cezanın transseksüel kimliği nedeniyle kendisine verildiğini ileri sürmüştür. Başvuran dilekçesinde, kendisini polis merkezine götüren ve idari para cezasını veren polis memurları hakkında şikâyetle bulunmak için yasal haklarını saklı tuttuğunu belirtmiştir.

9. Sulh Ceza Mahkemesi 9 Nisan 2014 tarihinde Bursa Emniyet Genel Müdürlüğünden idari para cezasının dayanağını oluşturan belgeleri talep etmiştir. Bursa Emniyet Genel Müdürlüğü 6 Mayıs 2014 tarihli cevap yazısında, Sulh Ceza Mahkemesine söz konusu para cezasının başvurana 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 68/1 (c) maddesine dayanılarak verildiğini, zira başvuranın hareket halindeki araçların önünde durarak onları durdurmak amacıyla trafiğin düzenini bozduğu bildirmiştir.

10. Sulh Ceza Mahkemesi 16 Ekim 2014 tarihinde söz konusu cezanın kanuna uygun olarak verildiği gerekçesiyle başvuranın davasını reddetmiştir.

11. Başvuran 10 Aralık 2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuş ve cinsel eğilimi nedeniyle polis merkezinde keyfi olarak tutulduğunu ileri sürmüştür. Başvuran ayrımcılığa uğramama hakkının yanı sıra özgürlük ve güvenlik ile özel hayata saygı haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

12. Anayasa Mahkemesi 15 Eylül 2017 tarihinde başvuranın transseksüel kimliği nedeniyle ayrımcılığa uğradığı iddiasını kanıtlayacak somut bilgi ve bulgu sunulmadığı gerekçesiyle başvuranın bireysel başvurusunu reddetmiştir.

13. Anayasa Mahkemesi Başkanı karşı oy gerekçesinde, UYAP sorgulaması yapılması ve idari para cezası kesmek için polis merkezinde tutulmanın yaygın bir uygulama olmadığını ve başvuranın durumunda bunların olay yerinde kolayca gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi Başkanı fuhuş iddiasıyla ilgili olarak başvuran aleyhinde herhangi bir işlem yapılmadığını ve idari para cezasına ilişkin tutanağın konuyla ilgili hiçbir bilgi içermediğini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi Başkanı ayrıca, başvuranın basit bir UYAP sorgulaması için polis merkezine götürülmesinin ve idari para cezası uygulanmasının cinsel eğilimine dayalı ayrımcılığın kanıtı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi Başkanı başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılmasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığı ve özgürlük hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılığa maruz kalmama hakkının ihlalini teşkil ettiği sonucuna varmıştır.

İLGİLİ İÇ HUKUK

14. Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

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

(...)

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

15. Anayasa'nın "Kişi hürriyeti ve güvenliği" başlıklı 19. maddesinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

DUĞAN/TÜRKİYE KARARI

Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse/özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; (...)"

16. Söz konusu tarihte yürürlükte olan 2918 sayılı Kanun'un 68/1 (c) maddesinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

"Yaya yollarında, geçitlerde veya zorunlu hallerde taşıt yolu üzerinde bulunan yayaların, trafiği engelleyecek veya tehlikeye düşürecek şekilde davranışlarda bulunmaları veya buraları saygısızca kullanmaları yasaktır.

Bu madde hükümlerine uymayan yayalar (...) para cezası ile cezalandırılırlar."

17. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 11. maddesinde polisin genel ahlaka ve toplum düzenine aykırı davranışlarda bulunanların eylemlerini önlemek, sona erdirmek ve yasaklamakla görevli olduğunu belirtmektedir.

18. Kabahatler Kanunu'nun (5326 sayılı Kanun) 40. maddesi, görevli memura kimliği hakkında bilgi vermeyi reddeden veya yanlış beyanda bulunan kişinin tutulmasını öngörmektedir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. TEK BAŞINA VEYA 14. MADDE İLE BİRLİKTE ELE ALINDIĞINDA SÖZLEŞME'NİN 5. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

19. Başvuran, Sözleşme'nin 14. maddesiyle bağlantılı olarak 5. maddesine dayanarak, yetkililerin cinsel eğilimi nedeniyle kendisini keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakmış olmalarından şikâyetçi olmuştur. Başvuran, kendisine yöneltilen trafiğin düzenini bozma suçlamasının kabahat olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve kendisinin polis merkezinde tutulması için bir nedenin bulunmadığını ileri sürmüştür.

Sözleşme'nin 5. maddesinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

5. madde (Özgürlük ve güvenlik hakkı)

“1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

(a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

(b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

(c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

(d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

(e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

(f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması.

Sözleşme’nin 14. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

1. Tarafların beyanları

20. Hükümet, başvuranın idare mahkemeleri nezdinde tam yargı davası açmadığı için mevcut tüm iç hukuk yollarını tüketmediğini ileri sürmüştür. Tam yargı davası başvurana polis merkezinde hukuka aykırı olarak tutulduğu iddiasından kaynaklanan zarar için yeterli tazminat sağlayabilirdi. Hükümet ayrıca, başvuranın Sözleşme’nin 35 § 3 (b) maddesi anlamında önemli bir dezavantaja maruz kalmadığı için şikâyetin kabul edilemez olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, başvuranın haklarına yönelik iddia edilen kısıtlamanın sadece bir saat sürdüğünü belirtmiştir. Sonuç olarak, Hükümet Mahkemeden

başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermesini talep etmiştir.

21. Başvuran kabul edilebilirlik kriterlerine uyduğu konusunda ısrar etmiştir. Başvuran, yakalandığına veya tutulduğuna dair resmi bir kayıt bulunmadığı için fiili bir tutulma mağduru olduğunu ileri sürmüştür. Dolayısıyla başvuran polis merkezindeki yasadışı tutulması nedeniyle tazminat talep etmek için idari mahkemelere başvuramayacağını vurgulamıştır. Başvuran ek olarak haksız bir sebepten dolayı zorla özgürlüğünden yoksun bırakıldığı için önemli bir dezavantaja uğradığını iddia etmiştir.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

22. Mahkeme, Hükümetin başvuranın iç hukuk yollarını tüketmediği iddiasına ilişkin olarak, Sözleşme'nin 35 § 1 maddesi uyarınca, bir başvuranın normal olarak, iddia edilen ihlallere ilişkin olarak tazmin sağlamak üzere mevcut ve yeterli olan hukuk yollarına başvurması gerektiğini yinelemektedir. Söz konusu hukuk yollarının varlığı, hem teoride hem de pratikte yeterince net olmalıdır. Aksi halde, bu hukuk yolları, gerekli erişilebilirlik ve etkililikten yoksun olacaktır (bk., diğer kararlar arasında, *Vernillo/Fransa*, 20 Şubat 1991, § 27, Seri A no. 198 ve *Johnston ve Diğerleri/İrlanda*, 18 Aralık 1986, § 22, Seri A no. 112).

23. Mahkeme somut davada, başvuranın Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuru bağlamında Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamındaki şikâyetlerine ilişkin beyanlarda bulunduğunu kaydetmektedir. Anayasa Mahkemesi bu şikâyetlerin esasını incelemiş ve bunları 15 Şubat 2017 tarihli kararında açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur (bk. yukarıda 11-13 paragraflar).

Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin Türk yargı sistemindeki derecesi ve yetkisini ve bu şikâyetlere ilişkin olarak söz konusu yüksek mahkeme tarafından ulaşılan sonucu dikkate alarak, tam yargı davasının başarı şansının

olmadığı kanaatindedir (bk., *Akgün/Türkiye*, no. 19699/18, §§ 115-116, 20 Temmuz 2021). Sonuç olarak Mahkeme, başvuranın söz konusu hukuk yolunu tüketmesinin gerekli olmadığı kanaatindedir.

24. Yukarıda belirtilen hususlar ışığında, Mahkeme Hükümet tarafından dile getirilen iç hukuk yollarının tüketilmemesine ilişkin itirazı reddetmiştir.

25. Hükümetin önemli bir dezavantajın bulunmaması nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmesi iddiasına ilişkin olarak Mahkeme, Sözleşme’ye Ek 15 No.lu Protokol’ün 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe girmesinin ardından, Sözleşme’nin 35 § 3 (b) maddesinde yer alan kuralın iki kriterden oluştuğunu değerlendirdiğini kaydetmektedir: birincisi, başvuranın “önemli bir dezavantaja” maruz kalıp kalmadığı ve ikincisi ise insan haklarına saygının Mahkemeyi davayı incelemeyi zorunda bırakıp bırakmadığıdır (bk. *Bartolo/Malta* (k.k.), no. 40761/19, § 22, 7 Eylül 2019).

26. Burada temel unsuru, başvuranın “önemli bir dezavantaja” maruz kalıp kalmadığı sorusu, yani ilk kriter, temsil etmektedir. *Hâkim önemsiz konularla uğraşmaz (minimis non curat praetor)* genel ilkesinden esinlenen kuralın bu ilk kriteri, salt hukuki açıdan bir hak ihlali ne denli gerçek olursa olsun, uluslararası bir Mahkeme tarafından incelenmeyi gerektirecek asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerektiği yönündeki görüşe dayanmaktadır. Bu asgari düzeyin değerlendirilmesi, hususun niteliği gereği, görecelidir ve davanın tüm koşullarına bağlıdır. Bir ihlalin ciddiyeti, hem başvuranın öznel algıları hem de belirli bir davanın objektif koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir (bk., diğer kararlar arasında, *Biržietis/Litvanya*, no. 49304/09, § 36, 14 Haziran 2016). Başka bir deyişle, herhangi bir “önemli dezavantajın” bulunmaması, ihtilaflı konunun mali etkisi veya davanın başvuran için önemi gibi kriterlere dayandırılabilir. Ancak başvuranın öznel algısı, önemli bir dezavantaja maruz kaldığı sonucuna varmak için tek başına yeterli olamaz. Öznel algının nesnel gerekçelerle gerekçelendirilmesi gerekmektedir (bk. *C.P./Birleşik Krallık* (k.k.), no. 300/11, § 42, 6 Eylül 2016, buradaki daha fazla referans ile).

27. Somut davanın koşullarına dönüldüğünde, Mahkeme, somut davanın başvuran için bir ilke meselesi, yani Sözleşme'nin 5 § 1 maddesi uyarınca özgürlüğünden yoksun kalmama hakkı ile ilgili olduğu gerçeğini dikkate almaktadır. Mahkeme, demokratik bir toplumda kişisel özgürlüğün önemini birçok kez yinelemiştir (bk. *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, § 120, AİHM 2012; *Storck/Almanya*, no. 61603/00, § 102, AİHM 2005-V ve *Hebat Aslan ve Firas Aslan/Türkiye*, no. 15048/09, §§ 74-82, 28 Ekim 2014).

28. Mahkeme bu koşullar altında başvuranın önemsiz sayılamayacak bir dezavantaja maruz kaldığı kanaatindedir. Dolayısıyla Mahkeme, Hükümet tarafından yapılan itirazı reddetmiştir.

29. Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 35 § 3 maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını kaydetmektedir. Mahkeme ayrıca, başvurunun kabul edilemez olduğuna ilişkin başka bir gerekçe bulunmadığını kaydetmektedir. Dolayısıyla, söz konusu başvurunun kabul edilebilir olduğu beyan edilmelidir.

B. Esas Hakkında

1. Tarafların Beyanları

30. Başvuran, kendisine verilen idari para cezasının ve UYAP soruşturmasının olay yerinde halledilebilecek hususlar olması nedeniyle polis merkezinde tutulmasının keyfi olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran polis merkezine sadece trans bir birey olduğu için götürüldüğünü ileri sürmektedir. Başvuran iddialarını desteklemek ve trans bireylerin Türkiye'de düzenli olarak ayrımcılığa uğradığını göstermek amacıyla, 2017 LGBT onur yürüyüşü sırasında İstanbul'da otuzdan fazla kişinin tutuklandığını ve aynı yıl Ankara valiliğinin bir LGBT film festivalini yasakladığını ileri sürmüştür.

31. Hükümet somut davada Sözleşme'nin 5 § 1 maddesinin gerekliliklerinin karşılandığını ileri sürmüştür. Hükümet, başvuranın tutulmasının rutin resmi işlemlerin tamamlanması için kısa bir bekleme

süresinden ibaret olduğunu ve başvuranın bu süre zarfında nezarete konulmadığını ileri sürmüştür. Hükümet, polis memurlarının başvuranı trafiği tehlikeye atmasını engellemek için polis merkezine götürdüklerini belirtmiştir. Hükümet ayrıca, polisin genel ahlak kurallarına aykırı davranışları önlemek, sona erdirmek ve yasaklamakla görevli olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet ek olarak, resmi işlemlerin tamamlanmasının hemen ardından başvuranın serbest bırakılmış olması nedeniyle tutulmasının Sözleşme'nin 5 § 1 maddesinin (b) bendine uygun olduğunu iddia etmiştir.

32. Hükümet, görüşlerinde, Mahkemenin çeşitli karar ve hükümlerine atıfta bulunmuştur. Hükümet ilk olarak *Başbakkal Kara/Türkiye* ((k.k.), no. 49752/07, 17 Ekim 2017) davasına atıfta bulunmuştur. Hükümet söz konusu davada Mahkemenin, başvuranın bir gösteri sırasında kimliğini göstermesi istendiğinde polisle işbirliği yapmadığı için yaklaşık iki saat boyunca polis merkezinde tutulmasının Sözleşme'nin 5 § 1 (b) maddesi hükümlerine uygun olduğuna karar verdiğini belirtmiştir. Hükümet ayrıca, Mahkemenin *Ostendorf/Almanya* davasında (no. 15598/08, 7 Mart 2013) başvuranın bir futbol maçı öncesinde holiganlar arasında kavga çıkarmasını engellemek amacıyla dört saat boyunca polis merkezinde tutulmasının Sözleşme'nin 5 § 1 maddesi kapsamına girdiğine karar verdiğini belirtmiştir. Hükümet ek olarak, Mahkemenin yukarıda anılan davadaki kararında, başvuranın polis tarafından futbol stadyumuna götürülen grupla birlikte kalması yönündeki polis emirlerine uymadığını vurguladığını belirtmiştir.

33. Başvuranın cinsel eğilimi nedeniyle ayrımcılığa uğradığı iddialarına ilişkin olarak Hükümet, başvuranın diğerlerinden farklı bir muameleye maruz kaldığını gösteremediğini ileri sürmüştür. Hükümet başvuranın cinsel eğiliminin, kendisine verilen idari para cezasında veya polis merkezinde tutulmasında bir rol oynamadığını vurgulamıştır.

2. Üçüncü taraf görüşleri

34. Üçüncü taraf olan Transgender Avrupa, ILGA-Avrupa ve ICRSE çeşitli insan hakları ve uluslararası kuruluşların çalışmalarına ve raporlarına atıfta bulunarak, Türkiye’de önemli sayıda trans seks işçisinin polis tarafından fiziksel şiddete ve sözlü saldırıya maruz kaldığını belirtmişlerdir. İlgili taraflar, Türkiye’de sokak fuhşunun yasadışı olması nedeniyle, trans seks işçilerinin düzenli olarak polis tarafından para cezalarına, tutulmalara, şantaja ve şiddete maruz kaldıklarını da eklemişlerdir. İlgili taraflar ayrıca, birçok vakada trans seks işçilerinin tutulmasının polis tutanaklarına doğru bir şekilde kaydedilmemesi nedeniyle maruz kaldıkları polis ayrımcılığını kanıtlamanın zorluklarına dikkat çekmişlerdir. İlgili taraflar görüşlerinde sundukları bağlamsal delillerin, somut davada 14. maddenin ihlal edilmediğini kanıtlamak için ispat yükünü Hükümete devredebileceğini ileri sürmüşlerdir.

3. Mahkemenin değerlendirmesi

(a) Madde 5 § 1

35. Mahkeme öncelikle, başvuranın polis merkezinde tutulduğu sürenin iki saati aşmadığını kaydetmektedir. Bu nedenle Mahkeme, belirlenmesi gereken ilk hususun başvuranın Sözleşme’nin 5. maddesi anlamında “özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmadığı” olduğu kanaatindedir.

36. Mahkeme, özgürlükten yoksun bırakılma olup olmadığını belirlemek için başlangıç noktasının ilgili bireyin mevcut durumu olması gerektiğini ve söz konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma şekli gibi somut olayda ortaya çıkan bir dizi faktörün dikkate alınması gerektiğini yinelemektedir. Özgürlükten yoksun bırakma ve özgürlüğün kısıtlanması arasındaki fark esasa ya da niteliğe ilişkin olmayıp bir derece ya da yoğunluk farkıdır. Bu kategorilerden birine veya diğerine göre sınıflandırma sürecinin, belirsiz sayıdaki davaların salt kanaat meselesi olması bakımından bazen kolay bir

görev olmamasına karşın, Mahkeme, 5. maddenin uygulanabilir olup olmadığının bağlı olduğu değerlendirmeyi yapmaktan kaçınmaz (bk. *Guzzardi/İtalya*, 6 Kasım 1980, Seri A no. 39, §§ 92 ile 93 ve *H.L./Birleşik Krallık*, no. 45508/99, § 89, AİHM 2004-IX). Sözleşme'nin 5. maddesi, çok kısa süreli de olsa, özgürlükten yoksun bırakmaya uygulanabilir (bk. başvuranların 30 dakikayı aşmayan bir arama için durdurulduğu *Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık*, no. 4158/05, § 57, AİHM 2010-... (alıntılar), ayrıca bk. *X./Avusturya*, no. 8278/78, 3 Aralık 1979 tarihli Komisyon kararı ve *Iliya Stefanov/Bulgaristan*, no. 65755/01, § 71, 22 Mayıs 2008).

37. Somut davanın koşullarına bakıldığında, Mahkeme Hükümetin 5. maddenin başvuranın durumuna uygulanabilirliğine itiraz etmediğini kaydetmektedir. Başvuran polis merkezine kendi isteği dışında götürülmüş olup polis memurlarının izni olmadan polis merkezinden ayrılma özgürlüğü bulunmamaktaydı. Mahkeme, tutulma süresinin kısa olmasına rağmen, 5 § 1 maddesi anlamında özgürlükten yoksun bırakılma olduğunu işaret eden bir cebir unsuru olduğu kanaatindedir (bk. yukarıda anılan *Gillan ve Quinton*, § 57 ve *Foka/Türkiye*, no. 28940/95, §§ 74-79, 24 Haziran 2008). Bu koşullar altında Mahkeme, başvuranın 5 § 1 maddesi kapsamında özgürlüğünden yoksun bırakıldığı kanaatine varmaktadır.

38. Mahkeme, sonraki aşamada, başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılmasının 5 § 1 maddesinin gerekliliklerine uygun olup olmadığını değerlendirmelidir. Mahkeme bu bağlamda, 5 § 1 maddesinde güvence altına alınan özgürlük hakkına ilişkin istisnalar listesinin kapsamlı olduğunu ve bu istisnaların yalnızca kısıtlı bir şekilde yorumlanmasının, bu hükmün hiç kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlama yönündeki amacı ile uyumlu olduğunu yinelemektedir (bk., diğer pek çok karar arasında, *Giulia Manzoni/İtalya*, 1 Temmuz 1997, § 25, Karar ve Hükümler Derlemesi 1997-IV).

39. Mahkeme, başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılmasının açıkça 5. maddenin 1. paragrafının (a), (d), (e) ve (f) bentleri kapsamına girmediğini

kaydetmektedir. Mahkeme bu nedenle, başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılmasının (b) veya (c) bentleri kapsamında olup olmadığını inceleyecektir.

40. Mahkeme, Hükümetin görüşlerinde, başvuranın tutulmasının Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi bakımından haklı olduğunu ileri sürdüğünü kaydetmektedir (bk. yukarıda 17. paragraf). Hükümet, 2559 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre, polis memurlarının, başvuranın trafik güvenliğini tehlikeye atan davranışlarına son vermekle yükümlü olduklarını ileri sürmüştür. Hükümet ayrıca, başvuranın tutulmasının polis merkezindeki resmi işlemlerin tamamlanmasının hemen ardından sona erdiğini belirtmiştir.

41. Mahkeme, 5 § 1 maddesinin (b) bendinin ikinci paragrafı uyarınca, “kanunla öngörülen herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmesini güvence altına almak” amacıyla bir kişinin tutulmasına izin verildiğini kaydetmektedir. Söz konusu madde bir kişinin, o zamana kadar yerine getirmediği, hâlihazırda kendisine düşen gerçek ve belirli bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlanması için tutulmasına izin verildiği durumlara ilişkindir (bk. *Epple/Almanya*, no. 77909/01, § 37, 24 Mart 2005). Yakalama ve tutulma, yükümlülüğün yerine getirilmesini güvence altına alma amacına yönelik olup cezalandırıcı nitelikte olmamalıdır (bk. *Gatt/Malta*, no. 28221/08, § 46, AİHM 2010). İlgili yükümlülük yerine getirilir getirilmez, 5 § 1 (b) maddesi kapsamındaki tutulma gerekçesi ortadan kalkar (bk. *Vasileva/Danimarka*, no. 52792/99, § 36, 25 Eylül 2003 ve yukarıda anılan *Epple*, § 37).

42. Mahkeme, polis tutanağına göre, polis memurlarının başvuranı, polis tarafından aranan kişiler arasında olup olmadığını UYAP üzerinden belirlemek ve trafiğin düzenini bozması sebebiyle idari para cezası vermek amacıyla polis merkezine götürdüklerini gözlemlemektedir. Ancak Mahkeme, tarafların, uygulamada, UYAP kontrollerinin ve idari para cezalarının normalde ilgili kişiyi polis merkezine götürmeden olay yerinde

gerçekleştirildiği konusunda anlaşmazlığa düşmediklerini not etmektedir. Bunun yanı sıra, Hükümet, davanın koşullarında UYAP kontrollerinin ve idari para cezasının olay yerinde yapılmasının imkânsız olduğunu ileri sürmemiştir ve dava dosyasındaki belgelerden veya herhangi bir yerel karardan bu hususa ilişkin herhangi bir engel tespit edilememiştir.

43. Mahkeme, dava dosyasında polis memurlarının başvuranı polis merkezine götürmeden önce ondan trafiğin düzenini bozmamasını istediklerine dair herhangi bir bilgi bulunmadığını kaydetmektedir. Ayrıca, dava dosyası, başvuranın polis merkezine götürülmesinin trafiğin düzenini bozmasını engellemenin tek olası yolu olduğunu da ortaya çıkarmamaktadır.

44. Yukarıda değerlendirmelere ek olarak, Mahkeme, polis raporlarında ve Sulh Ceza Mahkemesi kararında, başvuranın kimliği hakkında bilgi vermeyi veya polis memurlarıyla işbirliği yapmayı reddettiğine dair bir belirtinin olmadığını da kaydetmektedir (bk. yukarıda 18. paragraf). Bu noktada somut dava, Hükümet tarafından atıfta bulunulan Mahkeme içtihadından farklıdır (bk. yukarıda 32. paragraf). Yukarıda anılmış olan *Başbakkal Kara* ve *Ostendorf* davalarında, başvuranlar polisle işbirliği yapmayı ya da emirlerine uymayı reddetmişlerdir. *Başbakkal Kara* davasında, başvuran bir gösteriye katılmış ve polise kimlik belgelerini göstermeyi reddetmiştir. *Ostendorf* davasında ise bir futbol taraftarı olan başvuran, polis aramasından kaçmaya çalışmıştır. Ancak, tutuklanmadan önce, birlikte seyahat ettiği futbol taraftarları grubuyla birlikte kalması emredilmiş ve polisin holiganlar arasındaki kavgaları önleme niyetinde olduğu ve bu tür kavgaları düzenlemekten ve/veya bu tür kavgalara katılmaktan kaçınmak için özel bir yükümlülük altında olduğu hususunda bilgilendirilmiştir (§§ 95-96).

45. Somut davanın koşulları ışığında, Mahkeme, Hükümetin başvuranın “kanunla öngörülen bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak” amacıyla tutulduğu iddiasına katılmamaktadır. Dolayısıyla, başvuranın polis

merkezine götürülmesinin 5/1 (b) maddesinin ikinci bendi uyarınca haklı gösterilemez.

46. Dolayısıyla, başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılmasının 5/1 (c) bendi kapsamına girip girmediği belirlenmelidir. Yukarıda belirtildiği üzere, başvuran UYAP araması ve trafiğin düzenini bozmasından dolayı idari para cezasının tebliği için polis merkezine götürülmüştür. Hükümet, trafik düzenini bozmanın cezai bir suç olduğunu veya başvuranın başka bir suç işlediğini veya işlemek üzere olduğunu ileri sürmeye çalışmamıştır. Mahkeme ayrıca, somut davada başvuran hakkında herhangi bir ceza yargılaması başlatılmadığını ve Cumhuriyet Savcısının olay hakkında bilgilendirilmediğini kaydetmektedir (kıyaslayınız *Şengül/Türkiye* ((k.k.), no. 59557/08, 4 Aralık 2018).

47. Yukarıda belirtilenler ışığında, Mahkeme, başvuranın önleyici amaçlarla tutulmasının 5 § 1 maddesinin herhangi bir bendi uyarınca haklı olmadığı kanaatindedir.

48. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 5 § 1 maddesi ihlal edilmiştir.

(b) 14. madde

49. Mahkeme, Sözleşme'nin 14. maddesinin ayrımcılığa, yani nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın benzer durumdaki kişilere farklı muamele edilmesine karşı koruma sağladığını yinelemektedir (*Willis/Birleşik Krallık*, no. 36042/97, § 48, AİHM 2002-IV) – “doğrudan ayrımcılık”.

50. Muameledeki bir farklılık, tarafsız terimlerle ifade edilmesine rağmen bir gruba karşı ayrımcılık yapan genel bir politika veya tedbirin orantısız önyargılı etkileri şeklinde de olabilir. Böyle bir durum, ayrımcı bir niyet gerektirmeyen “dolaylı ayrımcılık” anlamına gelebilir (bk. *Biao/Danimarka* [BD], no. 38590/10, §§ 91 ve 103, 24 Mayıs 2016).

51. Mahkeme, kendisine gelen davaları delil açısından incelerken, genellikle “ispat yükü iddia eden üzerindedir” (*affirmanti incumbit probatio*) ilkesini uyguladığını defalarca belirtmiştir. Ancak bir başvuran muamelede

farklılık olduğunu gösterdiğinde, ispat yükü yapılan farklılığın haklı olduğunu göstermek üzere Hükümete devredilir (bk. *D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti* [BD], no. 57325/00, § 177, AİHM 2007-IV). Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, yeterince güçlü, açık ve uyumlu çıkarımların ya da aksi ispatlanmamış benzer maddi karinelerin bir arada var olması da yeterli kanıt teşkil edebilmektedir. Ayrıca, belirli bir sonuca ulaşmak için gerekli olan ikna düzeyi ve bu bağlamda, ispat yükünün dağılımı, olayların özgüllüğü, ileri sürülen iddianın niteliği ve Sözleşme’de söz konusu olan haklarla içsel olarak bağlantılıdır (bk. yukarıda anılan *D.H. ve Diğerleri*, § 178).

52. Somut davada, başvuran polis memurlarının gerekli resmi prosedürleri olay yerinde tamamlayabilecek iken polis merkezine götürüldüğünü iddia etmiştir. Başvuran, cinsel kimliği nedeniyle polis merkezine götürüldüğünü ileri sürmektedir.

53. Mahkeme, başvuranın yeterli bir yasal dayanak olmaksızın polis merkezinde tutulmasından duyduğu üzüntüyü anlamakla birlikte, bunun ulusal makamların ayrımcı davranışlarının bir göstergesi olarak kabul edilemeyeceği kanaatindedir. Diğer yandan, polis memurları tarafından hazırlanan resmi belgelerin ve Sulh Ceza Mahkemesinin kararının, ulusal makamlara atfedilebilecek herhangi bir ayrımcılık saikinin varlığını gösteren herhangi bir ifade içermemesi, başvuranın şikâyetini temelsiz olarak değerlendirmek için yeterli değildir.

54. Mahkeme, başvuranın itiraz edilen tedbirin ayrımcı bir niyet veya etkiye sahip olduğuna dair ilk bakışta anlaşılabilen bir kanıt sunması gerektiğini hatırlatmaktadır (bk., örneğin, *Aksu/Türkiye* [BD], no. 4149/04 ve 41029/04, § 45, AİHM 2012). Mahkeme, başvuranın şikâyetinde trans bireylerin Türk ulusal makamları tarafından düzenli olarak ayrımcılığa uğradığını kanıtlamayı amaçlayan bazı bilgilerin de yer aldığını not etmektedir (bk. yukarıda 30. paragraf). Mahkemenin daha önce de belirttiği üzere, bu tür bilgilerin başvuranın sunması gereken ilk bakışta anlaşılabilen

bir delili oluşturmaya yeterli sayılabilmesi için, eleştirel bir incelemede güvenilir ve önemli görünmesi gerekmektedir (yukarıda anılan *D.H. ve Diğerleri*, § 188). Hükümetlerarası kuruluşlar da dâhil olmak üzere bir dizi kuruluşun trans bireylerin Türkiye’de düzenli olarak para cezalarına ve tutulmalara maruz kaldıklarını belirttikleri doğrudur (bk. yukarıda 34. paragraf). Bununla birlikte, Mahkeme, başvuruların belirli durumlarda ayrımcı muameleyi kanıtlamakta zorluk çekebileceklerinin bilincinde olsa da (yukarıda anılan *D.H. ve Diğerleri*, § 186), somut davada, başvuranın polisin kendisini cinsel kimliği nedeniyle polis merkezine götürdüğünü düşündürebilecek veya ayrımcı bir motivasyonun varlığına ilişkin ulusal düzeyde ispat yükünü karşı tarafa devretmek için gereken karineyi doğurabilecek herhangi bir çevresel koşul göstermeyi başaramadığını gözlemlemektedir. Bu nedenle Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin başvuranın ayrımcı muamele iddiasını kanıtlayacak bilgi veya bulgu sunmadığı sonucuna varmasından ayrılmak için bir neden görmemektedir (bk. yukarıda 12. paragraf).

55. Mahkeme ayrıca, başvuranın Anayasa Mahkemesi nezdinde ve Mahkemeye yaptığı başvuruda, yerel makamların Sözleşme’nin 14. maddesi kapsamındaki iddialarına ilişkin etkili bir soruşturma yürütmediklerinden şikâyetçi olmadığını belirtmeyi gerekli bulmaktadır. Mahkeme ayrıca, başvuranın kendisini polis merkezine götüren polis memurları hakkında hukuki veya idari bir dava açmadığını ve suç duyurusunda bulunmadığını kaydetmektedir. Başvuran, yerel makamlar nezdinde, başka herhangi bir yasal yola başvurmadan, sadece idari para cezasının iptal edilmesini talep etmiştir. Bunun yanı sıra, başvuran, bu tür yasal işlemlerin başarısız olmaya mahkûm olduğunu iddia etmemektedir. Başvuran bunları kullanmasının önünde herhangi bir engel olduğunu da iddia etmemektedir. Mahkeme bu koşullar altında ulusal makamların bu hususa ilişkin etkili bir soruşturma yürütüp yürütmediğine dair bir inceleme yapamamaktadır (Mahkemenin yetkililerin başvuranın ırksal profillemeye iddialarını yeterince

soruşturmadıklarını göz önünde bulundurarak, 8. madde ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiğine karar verdiği *Basu/Almanya*, no. 215/19, §§ 31-39, 18 Ekim 2022^[1] ile karşılaştıranız ve ayrıca bk. *Muhammad/İspanya*, no. 34085/17, §§ 63-76, 18 Ekim 2022^[2]).

56. Özetle, ilgili tüm unsurları değerlendiren Mahkeme, başvuranın cinsel kimliğinin polis merkezine götürülmesinde bir rol oynadığının tespit edildiğini düşünmemektedir. Mahkeme, başvuranın cinsel kimliği nedeniyle farklı bir muameleye maruz kaldığını gösteremediği sonucuna varmıştır.

57. Dolayısıyla, 5. madde ile birlikte okunduğunda, Sözleşme'nin 14. maddesi ihlal edilmemiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

58. Sözleşme'nin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

59. Başvuran adil tazmin talebinde bulunmamıştır. Bu nedenle, Mahkeme, bu gerekçeyle başvurana herhangi bir meblağ ödenmesine hükmetmeye gerek duymamıştır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun *kabul edilebilir olduğuna*;
2. Sözleşme'nin 5 § 1 maddesinin *ihlal edildiğine*;

^[1] Karar henüz kesin değildir.

^[2] Karar henüz kesin değildir.

DUĞAN/TÜRKİYE KARARI

3. Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesinin *ihlal edilmediğine karar vermiştir.*

İşbu karar İngilizce olarak tanzim edilmiş olup, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3. maddesi uyarınca 7 Şubat 2023 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Hasan Bakırcı
Yazı İşleri Müdürü

Arnfinn Bårdsen
Başkan