

## Destekleyici Edimlerde Fırsat Eşitliği ve Damgalama Dengesi: Federal Alman Anayasa Mahkemesinin “Diplomada Disleksi Kaydı” Kararı Işığında Bir İnceleme

### Die Abwägung von Chancengleichheit und Stigmatisierung bei Fördermaßnahmen: Eine Analyse im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum „Legasthenie-Vermerk in den Abiturzeugnissen“

Araş. Gör. Ceren Hilal Günaydın\*

#### ÖZ

*Bu çalışma, destekleyici edimin sınırlarını “Diplomada Disleksi Kaydı Kararı” (Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 22 Kasım 2023 tarihli BvR 2577/15, 1 BvR 2578/15, 1 BvR 2579/15 kararı) ışığında incelemektedir. Destekleyici edimlerin aşırı tazmin sağlaması, fırsat eşitliği ilkesinin yararlanıcı grup dışında kalan bireyler aleyhine bozulmasına yol açabilmektedir. Makalenin amacı, bu durumu önlemek amacıyla alınan ek güvencelerin, yararlanıcı grup üzerinde damgalama yaratmadan uygulanması gerekliliği bağlamında ortaya çıkan denge sorununu ele almaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Ayrımcılık yasağı, destekleyici edim, özel önlem, fırsat eşitliği, aşırı tazmin*

\* Türk-Alman Üniversitesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Sosyal Bilimler Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, (cerenhilalgunaydin@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0001-6111-4894.



## The Balance Between Equality of Opportunity and Stigmatisation in Affirmative Actions: An Analysis in the light of “Dyslexia-Remark in Graduation Diplomas” Decision of the German Federal Constitutional Court

### ABSTRACT

*This study examines the limits of affirmative action in light of the “Decision on Dyslexia Remark in Graduation Diplomas” (the decision of the German Federal Constitutional Court BvR 2577/15, 1 BvR 2578/15, 1 BvR 2579/15, dated 22 November 2023). The over-compensation that may result from the implementation of affirmative action measures could potentially to the compromise of the principle of equality of opportunity for individuals outside the beneficiary group. This article aims to explore the balancing challenge involved in applying necessary additional safeguards while avoiding the stigmatization of the beneficiary group.*

**Keywords:** *Prohibition of discrimination, affirmative actions, special measures, equality of opportunities, over-compensation*

### GİRİŞ

Günümüzde, fiilî eşitliğin sağlanmasının, ayrımcılık yasağının uygulanmasıyla sınırlı kalan politikaların ötesine geçen önlemlerin alınmasını gerektirdiği kabul edilmektedir.<sup>1</sup> Bu doğrultuda, destekleyici edimler, fiilî eşitliğin sağlanması, kaynakların adil biçimde yeniden dağıtılması ve belirli grupların toplumsal, ekonomik ya da siyasal alandaki dezavantajlarının ortadan kaldırılması gibi amaçlarla başvurulan ayrımcılık karşıtı hukukun önemli araçlarından biridir.

---

<sup>1</sup> Adeno Addis, “Special Temporary Measures and the Norm of Equality”, M. Ambrus and R.A. Wessel (Ed.), *Netherlands Yearbook of International Law 2014: Between Pragmatism and Predictability: Temporariness in International Law (Netherlands Yearbook of International Law Vol. 45)*, T.M.C. Asser Press, Lahey, 2015, s. 326.

Yeterli güvencelerle uygulanmayan bir destekleyici edim, aşırı tazmin sağlayarak avantajlı durumda bulunan grubun ayrımcılığa uğramama hakkını ihlal edebileceği gibi, lehine güvence getirdiği dezavantajlı grubun haklarını da ihlal edebilir. Destekleyici edimin damgalamaya yol açması ya da paternalist bir yaklaşımın ürünü olması, ayrımcılığı yeniden üreterek “yararlanıcı grubun” (*beneficiary group*) dezavantajlı durumunu pekiştirebilir. Böyle bir destekleyici edimin uygulama alanının farklı gruplara genişletilmesi, “aşağıya doğru eşitleme” (*equalizing down, levelling down*) teşkil edecektir. Dolayısıyla, geçmişten gelen ayrımcılığı ve dezavantajlı durumu ortadan kaldırmayı amaçlayan destekleyici edimin kendisi de ayrımcılığa yol açabilmektedir.

Destekleyici edimin aşırı tazmin sağlayarak yararlanıcı grup dışındaki bireylerin fırsat eşitliğini ihlal etme riski, uygulamada ek güvenceler öngörülerek giderilmeye çalışılmaktadır. Ancak “başkalarının haklarını korumak” için getirilen bu güvenceler, yararlanıcı grup bakımından damgalama ve dolayısıyla, ters etki yaratabilir. Başka bir deyişle, ek güvenceler, destekleyici edimle sağlanması amaçlanan yararın geri alınmasına sebep olabilir. Diğerlerinin fırsat eşitliği, yararlanıcı grubun damgalanmasına neden olmayacak şekilde güvence altına alınmalıdır. Destekleyici edimleri bunu sağlayacak şekilde tasarlamak, hassas bir dengeyi gerektirir. Bu denge sorunu, çalışmada Federal Alman Anayasa Mahkemesinin (“FAYM”) 22 Kasım 2023 tarihli BvR 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15 kararı ışığında incelenecektir.

Çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, bahsi geçen karar özetlenerek kararda ön plana çıkan temel sorunlar ortaya koyulmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde, destekleyici edim kavramı, bu kavrama ilişkin çeşitli yaklaşımlarla birlikte genel olarak ele alınacaktır. Üçüncü bölümde ise, destekleyici edimin sınırları ilgili kararın analizi bağlamında tartışılacaktır.

## **1. Diplomada Disleksi Kaydı Kararı: Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 22 Kasım 2023 tarihli 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15 Kararı**

FAYM'nin 22 Kasım 2023 tarihli BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15 kararı; *Abitur*<sup>2</sup> sınavını başarıyla geçen, disleksi<sup>3</sup> tanılı lise öğrencilerinin okuma yazma becerilerine ilişkin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin uygulamanın, diplomalarında belirtilmesini konu edinmektedir. Başvurucuların diplomalarında, yazım performanslarının disleksi tanuları nedeniyle değerlendirmeye konu edilmediği açıkça kaydedilmiştir: *“Uzman bir doktor tarafından tespit edilen disleksi nedeniyle yazım performansı değerlendirmeye alınmamıştır”*. Başvurucular diplomalarında disleksi kaydına yer verilmesinin, değerlendirme dışı bırakma yoluyla sağlanan fırsat eşitliğini kısmen geri aldığını ve iş hayatında diğer bireylerle eşit yarış imkânlarına sahip olmalarını engellediğini ileri sürmektedir.<sup>4</sup> Bu nedenle başvurucular, genel kişilik hakları (GG md. 2/1)<sup>5</sup> ve meslek özgürlüğüyle (GG md. 12/1)<sup>6</sup> bağlantılı

---

<sup>2</sup> Almanya'da uygulanan lise bitirme sınavına verilen addır.

<sup>3</sup> Disleksi, “özel öğrenme güçlüğü” olarak da adlandırılmaktadır. Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından yayımlanan Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve İstatistiksel El Kitabı – 5 (DSM-5)'e göre, gerekli müdahalelere rağmen en az 6 ay boyunca devam eden akademik becerileri öğrenme ve kullanma güçlüğüdür. Disleksi tanımlayan belirtiler kelimeleri yanlış, yavaş ya da çaba sarf ederek okuma, okunanları anlamakta, hecelemede, yazılı ifadede güçlük çekme, hesaplamada ve matematiksel muhakemede zorlanmadır. Bireyin öğrenme güçlüğünden etkilenen akademik becerileri, yaşına göre beklenen düzeyin altındadır ve bu durum, akademik ya da mesleki performans veya günlük yaşam faaliyetlerini önemli ölçüde engellemektedir. Bkz. American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – 5 (5. Baskı)*, American Psychiatric Association Publishing, Washington DC, 2013, s. 66-67.

<sup>4</sup> Başvurucular tarafından ileri sürülen ve başvuruya konu temel iddialar doğrultusunda bu çalışmada söz konusu karar, “Diplomada Disleksi Kaydı Kararı” olarak anılacaktır.

<sup>5</sup> *“Herkes başkalarının hakkını zedeledikçe, Anayasaya uygun düzene ve ahlâk yasalarına aykırı davranmadıkça kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir (Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die*

olarak fırsat eşitliği ilkesinin ve ayrımcılık yasağının (GG md. 3/1 ve md. 3/3)<sup>7</sup> ihlal edildiğini iddia etmektedirler.<sup>8</sup>

Alman Anayasası'nda (GG) genel kişilik hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 8'inci maddesinde düzenlenen özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkıyla belirli ölçüde kesişmektedir.<sup>9</sup> Ancak "genel hareket özgürlüğü" (*die allgemeine Handlungsfreiheit*) kapsamında korunan menfaatlerin tamamı, İHAS md. 8 kapsamında koruma altına alınmamaktadır.<sup>10</sup> Bu nedenle, GG md. 2/1 hükmünün, İHAS md. 8'e göre daha geniş bir koruma sağladığı kabul edilmektedir. Bireylerin kamuoyuna kendilerini nasıl sunacaklarına kara verme hakkı (*das Recht auf Darstellung der eigenen Person*)<sup>11</sup> ve kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkı (*das Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) genel kişilik hakkı kapsamında korunmaktadır.<sup>12</sup> Kişilerin sağlık ve

---

*Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*)".

<sup>6</sup> "Her Alman mesleğini, iş ve eğitim yerlerini serbestçe seçme hakkına sahiptir. Mesleğin icrası, kanunla ya da bir kanuna dayanarak düzenlenebilir (*Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden*)".

<sup>7</sup> "Hiç kimse cinsiyeti, soyu, ırkı, dili, milliyeti, kökeni, inancı, dini veya siyasi görüşleri dolayısıyla ayrımcılığa uğratılamaz ve bu temellere dayalı olarak kimseye imtiyaz tanınmaz. Hiç kimseye engeli nedeniyle ayrımcılık yapılamaz (*Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benach- teiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden*)".

<sup>8</sup> FAYM, 1 BvR 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, 22.11.2023, para. 9-12.

<sup>9</sup> Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, "Art. 2 Abs. 1", *Grundgesetz Band 1 Präambel Art. 1-19: Kommentar (8. Baskı)*, Verlag C.H. Beck, München, 2024, n. 8; Jarass/Pieroth, "Art. 2", *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, (17. Baskı)*, Verlag C.H. Beck, München, 2022, n. 39.

<sup>10</sup> Huber/Voßkuhle, "Art. 2 Abs. 1", n. 8; Jarass/Pieroth, "Art. 2" n. 39.

<sup>11</sup> Jarass/Pieroth, "Art. 2", n. 43.

<sup>12</sup> Huber/Voßkuhle, "Art. 2 Abs. 1", Rn. 284; Jarass/Pieroth, "Art. 2", n. 40.

engel durumlarına ilişkin verilerin işlenmesi bu hakka müdahale teşkil etmektedir.<sup>13</sup>

Meslek özgürlüğü (GG md. 12/1), bireylerin kendilerine uygun olduğunu düşündüğü her türlü faaliyeti meslek olarak seçme ve yaşamlarını bu meslek üzerine inşa etme kapsamaktadır.<sup>14</sup> “meslek seçme” (*Berufswahlfreiheit*), “iş yeri seçme” (*Arbeitsplatzfreiheit*), “eğitim kurumu seçme” (*Ausbildungsstättenwahlfreiheit*), “mesleğini icra etme” (*Berufsausübungsfreiheit*) özgürlükleri de GG md. 12/1 bu düzenleme ile güvence altına alınmaktadır.<sup>15</sup> Meslek özgürlüğü, yalnızca bireylerin dış etkenlerden bağımsız olarak hangi mesleği icra edeceğine karar verebilmelerini değil,<sup>16</sup> aynı zamanda istediği mesleği elde etme fırsatlarını arttıran olanakların sağlanmasını, başka bir deyişle mesleklerini seçerken karışılacakları engellerin kaldırılmasını da güvence altına almaktadır.<sup>17</sup>

Başvuruda genel kişilik hakkı ve meslek özgürlüğüyle bağlantılı olarak ihlal edildiği ileri sürülen ayrımcılık yasağı, Alman Anayasası’nda engelli bireylere lehine özel bir güvence içermektedir. GG md. 3 f. 2’nin ikinci cümlesi, ilk cümlenin aksine, ayrıcalıklı muamele yasağını içermemektedir. Dolayısıyla bu hüküm kapsamında engelli bireyler lehine destekleyici edimlere izin verildiği kabul edilmektedir.<sup>18</sup> Ancak, bu edimlerin fiilî eşitliği sağlamak ve geçmişten gelen dezavantajları ortadan kaldırmak amacıyla tasarlanması, ayrıca damgalama yaratmaması gerektiği özellikle vurgulanmaktadır.<sup>19</sup>

Alman Anayasası’nın 3’üncü maddesinin 1’inci fıkrası, kanun önünde eşitlik ilkesini düzenlemekte ve aynı durumdaki kişilere farklı muameleyi yasaklamaktadır.<sup>20</sup> Farklı durumdaki kişilere aynı muamelenin de bu düzenleme kapsamında yasaklandığı kabul

<sup>13</sup> Jarass/Pieroth, “Art. 2”, Rn. 48; n. 59.

<sup>14</sup> Jarass/Pieroth, “Art. 12”, n. 13.

<sup>15</sup> Huber/Voßkuhle, “Art. 12 Abs. 1”, n. 2.

<sup>16</sup> Huber/Voßkuhle, “Art. 12 Abs. 1”, n. 51.

<sup>17</sup> Huber/Voßkuhle, “Art. 12 Abs. 1”, n. 51.

<sup>18</sup> Huber/Voßkuhle, “Art. 3 Abs. 3”, n. 423.

<sup>19</sup> Huber/Voßkuhle, “Art. 3 Abs. 3”, n. 423.

<sup>20</sup> “Herkes kanun önünde eşittir (Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich).”

edilmektedir.<sup>21</sup> Bu hüküm, fiilî eşitsizliklerin giderilmesi için doğrudan bir yükümlülük getirmemekle birlikte, diğer anayasal haklarla birlikte yorumlandığında kapsamlı fırsat eşitliği taleplerine dayanak olabilecek bir çerçeve sunmaktadır.<sup>22</sup> Bu düzenleme ışığında, devlet sınavlarında ve devlet eğitim sisteminde fırsat eşitliği ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir.<sup>23</sup> Sınav koşullarında fırsat eşitliği, sınavlara katılan kişilere benzer koşullar altında performanslarını gerçekleştirme imkânının sağlanması anlaşılmaktadır.<sup>24</sup> Yalnızca dış sınav koşulları değil, performans değerlendirme süreçlerinin de kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak tasarlanması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>25</sup> Bu doğrultuda, devlet sınavlarında fırsat eşitliğinin sağlanabilmesi için sınav sürecindeki dezavantajların giderilmesi gerekmektedir.<sup>26</sup> Ancak, bu bağlamda yalnızca fiziksel engellerden kaynaklanan dezavantajların telafi edilmesi gerektiği, buna karşın bireylerin doğal kapasitelerinden kaynaklanan farklılıkların yarattığı dezavantajlı durumun telafi edilemeyeceği kabul edilmektedir.<sup>27</sup>

FAYM, kararında disleksinin Anayasa'da açıkça sayılan ayrımcılık temelleri yer arasında alan "engellilik" olarak kabul edilmesi gerektiğini belirterek, başvuruçuların birden fazla grupta karşılaştırılabilir durumda olduğunu tespit etmiştir: (i) Yazım becerileri değerlendirmeye konu edilen öğrenciler; (ii) engellilik durumları nedeniyle bazı derslerden muaf tutulan, ancak bu muafiyetleri diplomalarında açıklanmayan engelli öğrenciler; (iii) öğretmenlerin takdir yetkisini kullanarak çeşitli sebeplerle heceleme performansı değerlendirmeye alınmayan, ancak diplomalarında muafiyete ilişkin herhangi bir kayıt yer almayan öğrenciler.

Bu doğrultuda Mahkeme, talepleri üzerine muafiyetten yararlanan ve diplomalarında disleksi kaydı yer alan öğrencilerin diğer

<sup>21</sup> Jarass/Pieroth, "Art. 3", n. 10-12.

<sup>22</sup> Jarass/Pieroth, "Art. 3", n. 16.

<sup>23</sup> Huber/Voßkuhle, "Art. 3 Abs. 1", n. 263; Jarass/Pieroth, "Art. 3", Rn. 92.

<sup>24</sup> Huber/Voßkuhle, "Art. 3 Abs. 1", n. 263; Jarass/Pieroth, "Art. 3", Rn. 92.

<sup>25</sup> Huber/Voßkuhle, "Art. 3 Abs. 1", n. 265.

<sup>26</sup> Huber/Voßkuhle, "Art. 3 Abs. 1", n. 265.

<sup>27</sup> Huber/Voßkuhle, "Art. 3 Abs. 1", n. 265.

öğrenci gruplarına kıyasla ayrımcılık yaratan farklı bir muameleye uğrayıp uğramadığını incelemiştir. Mahkeme, disleksili öğrencilerin okuma yazma becerilerine ilişkin performans değerlendirmesinden muaf tutulmalarının bir destekleyici edim olduğunu ve muafiyete ilişkin öğrencilerin diplomalarında yer alan açıklamaların, destekleyici edimin engellilikten kaynaklanan dezavantajları giderme etkisini zayıflattığını kabul etmiştir.<sup>28</sup> Ancak bu etkiyi yaratan disleksi açıklamalarının, destekleyici edimi tamamlamak için gerekli olduğuna kanaat getirilmiştir.

FAYM, disleksi kaydının başvuruçuların iş başvurularında başarı şansını azaltabileceğini kabul etse de ilk gruba (yazım becerileri değerlendirmeye konu edilen öğrenciler) kıyasla disleksili öğrencilere yapılan farklı muameleyi, *“eğitimde ve istihdamda fırsat eşitliğinin sağlanması”*<sup>29</sup> ile diploma şeffaflığının ve karşılaştırılabilirliğinin güvence altına alınması meşru amaçları nedeniyle haklı bulmuştur.<sup>30</sup> Mahkeme, standart bir değerlendirmenin ve objektif olarak karşılaştırılabilir diplomaların sosyal devlet anlayışının bir gereği olduğunu vurgulamıştır.<sup>31</sup>

Muafiyet durumunun şeffaf bir şekilde diplomaya yansıtılmaması, notların karşılaştırılabilir olduğu yönünde yanıltıcı bir izlenim yaratarak fırsat eşitliğine zarar verebilecektir. Bu nedenle,

<sup>28</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 91.

<sup>29</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 92. Mahkeme, eğitime ve istihdama erişim hakkını ya da devletin bunu sağlama yükümlülüğünü, bütün okul rejiminin devletin denetimi altında olduğunu düzenleyen Alman Anayasası'nın 7'nci maddesiyle bağlantılı olarak yorumladığı meslek özgürlüğü ve ayrımcılık yasağını öngören anayasal hükümlerine dayandırmaktadır.

<sup>30</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 93-112.

<sup>31</sup> Bu kapsamda diplomaların karşılaştırma işlevini yitirmesi hâlinde, özel eğitim merkezleri ve işverenler tarafından düzenlenen sınavların devlet eğitiminin yerini alacağı belirtilmiştir. FAYM, bu durumun gerekli maddi imkânlarla sahip olan kişilerin bu özel kurumların sınavlarına daha iyi hazırlanabilmelerine yol açarak iş hayatında ekonomik gücü olanların avantaj sağlanmasıyla sonuçlanacağını vurgulamıştır. Bkz. 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 77; para. 107.



notların mezun öğrencilerin akademik yeterliliklerini kanıtlama değerinin korunması, eğitim ve istihdama eşit erişimin sağlanması için muaf olunan becerilere<sup>32</sup> ve muafiyetin nedenine ilişkin açıklamalar gerekli görülmüştür.<sup>33</sup> Nihayetinde, FAYM, diplomanın şeffaflığına ilişkin kamu yararının, *Abitur* sınavında engellilikten kaynaklanan dezavantajların önlenmesi menfaatine ağır bastığına ve ayrımcılık teşkil etmediğine kanaat getirmiştir.<sup>34</sup>

Mahkeme, ayrıca, başka engeller ya da öğretmenlerin kullandığı takdir yetkisi sonucunda belirli alanlardaki performans değerlendirmelerinden muaf tutulan öğrencilerin diplomalarında muafiyete ilişkin bir kaydın yer almadığını kaydetmiştir. Bu öğrencilerin disleksili öğrencilerle benzer muafiyetlerden yararlanmalarına rağmen diplomalarında konuya ilişkin bir açıklamanın bulunmamasının diplomanın şeffaflığı ve notların karşılaştırılabilirliğini zedelediğine, dolayısıyla ayrımcılık teşkil ettiğine karar verilmiştir.<sup>35</sup> Mahkeme, eğitime ve istihdama eşit erişimin ancak yararlanan muafiyetlerin öğrencilerin diplomalarında da yer almasıyla sağlanacağına kanaat getirmiştir.<sup>36</sup> Bu doğrultuda çeşitli nedenlerle performans değerlendirmesinden muaf tutulan diğer öğrenciler bakımından da diplomada muafiyete ilişkin bir kayda yer verilmesine hükmedilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında kararda ön plana çıkan sorunlar kısaca şu şekilde özetlenebilir: (i) Eğitimde ve istihdamda fırsat eşitliği ile diplomanın şeffaflığı ve karşılaştırılabilirliği açısından disleksi kaydının önemi, gerekliliği ve uygunluğu, (ii) benzer bir destekleyici edimden yararlanan diğer engelli öğrencilerin diplomasında herhangi bir kaydın

---

<sup>32</sup> Yazım becerilerine ilişkin performansın yükseköğretime giriş yeterliliği bakımından değerlendirmeye konu edilmesi, gelişen teknolojiyle imla hatalarının düzeltilmesine ilişkin programların yaygınlaşmasına rağmen sorunsuz iletişim ve kelimelerin bütünsel olarak anlaşılması için gerekli görülmüştür. Bkz. 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 94.

<sup>33</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 111.

<sup>34</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 109.

<sup>35</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 114-116; 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 117.

<sup>36</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 114.

yer almaması nedeniyle Mahkemenin bu uygulamayı tüm engelli öğrencilere genişletmesi.

Bu doğrultuda karar ışığında destekleyici edimin sınırlarına ilişkin aşağıdaki sorular cevaplanmaya çalışılacaktır: (i) Fırsat eşitliğinin, destekleyici edimden yararlanmayacak olanlar aleyhine bozulmaması için alınan güvenceler, bu edimle sağlanmak istenen amacın geri alınmasına yol açabilir mi; (ii) bu tür bir güvencenin diğer dezavantajlı gruplara genişletilmesi “aşağıya doğru eşitleme” teşkil etmez mi?

## 2. Destekleyici Edim Kavramı

Destekleyici edim kavramını incelemeyen önce, çalışmadaki bu kavramsal tercihin nedenini açıklamak gerekmektedir. Kavram, farklı hukuk düzenlerinde “pozitif ayrımcılık” (*positive discrimination*),<sup>37</sup> “tersine ayrımcılık” (*reverse discrimination*),<sup>38</sup> “olumlu önlem” (*positive measures*),<sup>39</sup> “özel önlem” (*special measures*), “iyileştirici önlem” (*remedial measures*) gibi farklı adlandırmalarla anılabilmektedir.<sup>40</sup> Ancak bu önlemleri ifade etmek için üzerinde uzlaşmış bir kavram

<sup>37</sup> Bu kavramın “*contradictio in terminis*” teşkil ettiği ve bu nedenle tercih edilmemesi gerektiğine ilişkin bkz. Marc Bossuyt, E/CN.4/Sub.2/2002/21, BM İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması Alt Komisyonu, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi, 17.06.2002, n. 5.

<sup>38</sup> Bu kavramın kullanımının da en az pozitif ayrımcılık kadar hatalı olduğuna ilişkin bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, " Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasası ve Eşitlik İlkesi Bağlamında ‘Özel Önlemler’, ‘Geçici Özel Önlemler’, ‘Pozitif Edim’ ve ‘Destekleyici Edim’ ", Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoglu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 137.

<sup>39</sup> “Olumlu eylem” kavramını tercih eden ülkelerin genellikle uygulamalarını ABD’ninkilerle ilişkilendirmek istediğine Kuzey İrlanda, Fiji ve Güney Afrika’da durumun böyle olduğuna ilişkin bkz. Christopher McCrudden, “Comparative Taxonomy of ‘Positive Action’ and ‘Affirmative Action’ Policies”, R. Schulze (Ed.), Non-Discrimination in European Private Law, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, s. 158.

<sup>40</sup> Elvira Dominguez-Redonda, Erica Howard, Narciso Leandro Xavier Baez (Ed.), *Affirmative Action and the Law: Efficacy of National and International Approaches*, Routledge, Abingdon, 2021, s. 5; Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 324; Gemalmaz, s. 132.

bulunmamaktadır. Uluslararası insan hakları hukukunda bu kavramlar arasında tutarlı ve istikrarlı bir tercih yapılmamıştır.<sup>41</sup>

FAYM, karara konu önlemi açıklamak için orijinal karar metninde “Fördermaßnahme”, İngilizce çevirisinde “support measure”<sup>42</sup> kavramını tercih etmektedir. Çalışmada, karardaki bu terminolojik tercihe sadık kalınarak “destekleyici edim” (*affirmative action*) kavramına başvurulacaktır. Bu kavramsal tercih, ayrıca, bu uygulamaların ilk kez Amerika Birleşik Devletleri’nde eğitim alanındaki ırksal politikalar kapsamında destekleyici edim kavramı ile ifade edilmiş olmasıyla da açıklanabilir.<sup>43</sup>

### A. Destekleyici Edimin Tanımı ve Özellikleri

Destekleyici edim, dezavantajlı konumdaki veya kamusal alandan dışlanmış hedef grupların durumlarını çeşitli yönlerden iyileştirmeyi amaçlayan bir dizi önlem olarak tanımlanmaktadır.<sup>44</sup> “Toplumsal veya ekonomik olarak dezavantajlı veya geçmişte ya da günümüzde

<sup>41</sup> Bkz. Leyla Denisa Obreja, *The Relationship Between Affirmative Action and Equality In The International Human Rights System: A Compatibility Test*, Lund Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 8-9. Bu konudaki detaylı tartışmalar için bkz. Gemalmaz, 2010.

<sup>42</sup> FAYM resmî web sitesinde yayımladığı İngilizce karar çevirisinde “support measure” ifadesini tercih etmiştir. Nitekim orijinal karar metninde yer alan “Fördermaßnahme” ifadesinin Almanca karşılığı da budur. Çevrim içi olarak bkz. [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2023/11/rs20231122\\_1bvr257715en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2023/11/rs20231122_1bvr257715en.html). Erişim Tarihi: 20.08.2024.

<sup>43</sup> Bu konuda Supreme Court önüne gelen ilk dava, Regents of the University of California v. Bakke’dir (438 U.S. 265, 28.06.1978). Kavramın tarihçesi için daha detaylı açıklamalar için bkz. Terry H. Anderson, *The Pursuit of Fairness: a History of Affirmative Action*. Oxford University Press, New York 2004; U.S. Commission on Civil Rights. *Affirmative Action in American Law Schools*, Briefing Report, Washington DC, 2007, <https://www.usccr.gov/pubs/docs/AALSreport.pdf>. Erişim Tarihi: 20.08.2024.

<sup>44</sup> Panos Kapotas, *Positive Action as a Means to Achieve Full and Effective Equality in Europe*, Law Department of the London School of Economics, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kasım 2009, s. 25; Karan, s. 325.

*ayrımcılığa, dezavantaja maruz kalan grupların üyeleri bakımından tam ve etkili bir eşitliğin hayata geçirilmesi amacıyla yönelik orantılı önlemler*” olarak da ifade edilebilir.<sup>45</sup> Bu önlemlerin, hedef grubun üyeleri bakımından yeniden dağıtıcı/paylaştırmacı, onarıcı ve iyileştirici işlevleri bulunmaktadır.<sup>46</sup>

Destekleyici edim kavramının ve hedef grubu belirleme ölçütlerinin daha iyi anlaşılabilmesi için “dezavantaj” kavramı üzerinde durulması gerekmektedir. Bu kavramın ne anlama geldiği konusunda ayrımcılık yasağı hukukunda bir uzlaşma bulunmamaktadır.<sup>47</sup> Dezavantajlar toplumsal, ekonomik, siyasi, kültürel ve sair alanlarda ortaya çıkabilir. Bu dezavantajlı durumlar, geçmişten gelen eşitsizlikten kaynaklanabileceği gibi, doğal afetler veya biyolojik nedenler gibi müdahale edilmesi ya da değiştirilmesi mümkün olmayan özelliklerden kaynaklanabilir.<sup>48</sup> Destekleyici edimler, grup aidiyeti nedeniyle hayatın çeşitli alanlarında dezavantajlı durumda olan kişilerin durumunu iyileştirmeye yöneliktir. Bu bağlamda, destekleyici edimle ortadan kaldırılması amaçlanan dezavantajların kalıcı (*abiding*), yaygın (*pervasive*) ve ciddi (*substantial*) nitelikte olması gerekmektedir.<sup>49</sup>

Destekleyici edimler, “geçici” olabileceği gibi, destekleyici edimi gerekli kılan koşullar kalıcıysa “sürekli” nitelikte de olabilir.<sup>50</sup> Örneğin, fiziksel ya da zihinsel bir engel durumu ve bu duruma dayalı belirli alanlarda kısıtlamalar söz konusuysa bu dezavantajın giderilmesi, sürekli nitelikte destekleyici edimi gerektirebilir.<sup>51</sup> Öte yandan, dezavantajlı durumun kaynağının toplumsal ön yargılar ya da hâkim gruba göre inşa edilmiş, uyumlaştırılmamış kurumlar olduğunda,

---

<sup>45</sup> Karan, s. 324-325.

<sup>46</sup> Tarunabh Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 278.

<sup>47</sup> Khaitan, s. 34.

<sup>48</sup> Khaitan, s. 34.

<sup>49</sup> Khaitan, s. 35-36.

<sup>50</sup> Özel önlemlerin sadece geçici nitelikte olmayacağına ilişkin bkz. Gemalmaz, s. 131-132.

<sup>51</sup> Karan, hamile kadınlar veya engelli kişiler için öngörülen bu tür süresiz önlemleri “koruyucu önlemler” olarak adlandırmıştır. Bkz. Karan, s. 347.

destekleyici edimler zamansal açıdan geçici nitelikte tasarlanmaktadır.<sup>52</sup> Geçici nitelikteki destekleyici edimler, hâkim ya da başka bir deyişle avantajlı grupla dezavantajlı grubun durumu eşitleninceye kadar devam eder. Ancak her iki tarafın durumunun da hâkim grubun sahip olduğu bir haktan ya da ayrıcalıktan mahrum bırakılması ile eşitlenmesi, “aşağıya doğru eşitleme” teşkil edeceği için bu tür muameleler ayrımcılık yasağını ihlal edecektir.<sup>53</sup>

### B. Destekleyici Edim ve Ayrımcılık Yasağı İlişkisi

Destekleyici edim bağımsız bir hak oluşturmaz; eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelerinin hayata geçirilmesi için tamamlayıcı bir hukuki araç olarak nitelendirilebilir.<sup>54</sup> Destekleyici edim ya da özel önlem kapsamındaki bir “öncelik tanıma ya da tercihte bulunma”, fiilî eşitsizliği ortadan kaldırmak amacıyla uygulandıkları (meşru bir amaç taşıdıkları) ve orantılı oldukları müddetçe ayrımcılık olarak değerlendirilmemektedir.<sup>55</sup>

Destekleyici edimlerin ayrımcılık teşkil etmeyeceği uluslararası insan hakları mevzuatında ve ulusal mevzuatlarda açıkça düzenlense de bu kapsamdaki bir farklı muamele, ayrımcılık yasağı denetimine tabidir.<sup>56</sup> Destekleyici edimler, genellikle kişinin kendi kontrolünde olmayan, değişmez nitelikte bir özelliğe sahip ya da tarihsel ve yaygın olarak ayrımcılığa uğrayan gruplar lehine tasarlanmaktadır. Ancak, geleneksel olarak ayrımcılığa uğramış bir gruba yönelik farklı muamele bakımından söz konusu gruba karşılık gelen ayrımcılık temeli, “şüpheli” olarak sınıflandırılmaktadır.<sup>57</sup> Örneğin, Alman Anayasası’nın 3’üncü maddesinin 3’üncü fıkrasında açıkça sayılan ayrımcılık yasağı temelleri (cinsiyet, soy, ırk, dil, milliyet, köken, inanç, din veya siyasi görüş), bunun yanı sıra Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nda sayılan cinsel

<sup>52</sup> Özel önlemlerin yerine getirmesi gereken şartlardan birinin geçici nitelikte olması olduğuna ilişkin bkz. Addis, s. 318.

<sup>53</sup> Khaitan, s. 218.

<sup>54</sup> Obreja, s. 53.

<sup>55</sup> Karan, s. 323; Obreja, s. 47.

<sup>56</sup> Addis, s. 285.

<sup>57</sup> Karan, s. 158.

yönelim, yaş, ten rengi, genetik özellikler ve ulusal bir azınlığa mensup olma temelleri şüpheli ayrımcılık temeli olarak kabul edilmektedir.<sup>58</sup> Şüpheli ayrımcılık temellerine dayanan destekleyici edimlerin, hedef grubun lehine olup olmadığına bakılmaksızın “katı inceleme testinin” (*strict scrutiny test*) uygulanması gerektiği kabul edilir.<sup>59</sup> Bu durumda, ayrımcılık yasağına ilişkin inceleme yöntemi değişmeyecek; yalnızca incelemenin yoğunluğu artacaktır.<sup>60</sup> İncelemeye konu muamele şüpheli temele dayanıyorsa, “nesnel ve makul bir gerekçe sunma gerekliliği” mümkün olan en katı biçimde yorumlanacak ve muamelenin haklı kılınması zorlaşacaktır.<sup>61</sup> Bu nedenle destekleyici edim politikalarıyla gerçekleştirilen yeniden dağıtım, lehine ayrıcalık getirdiği hedef grubun dezavantajlı durumunu ortadan kaldırmayı amaçlamalı ve yalnızca bu amacı yerine getirecek ölçüde uygulanmalıdır.

Destekleyici edimler geçmişten gelen adaletsizliklerin telafisi ve tazmini, toplumsal ya da yapısal ayrımcılığın ortadan kaldırılması, çeşitliliğin ya da orantılı grup temsilinin sağlanması, çeşitliliğin sağladığı fayda ile iş ve eğitim hayatında daha verimli bir ortam oluşturulması gibi amaçlarla gerekçelendirilebilmektedir.<sup>62</sup> Bu amaçlar, genel nitelikte olup belirli bir alanda ön plana çıkan ya da özel bir adaletsizliğe özgülenmemektedir.<sup>63</sup> Öngörülen hedefle orantılı olarak tasarlanmayan destekleyici edimler, daha önce dezavantajlı durumda olan yararlanıcı grup lehine aşırı tazmin getirebilecek bazı ayrıcalıkların ortaya çıkmasına yol açabilir.<sup>64</sup>

---

<sup>58</sup> Jarass/Pieroth, “Art. 3”, Rn. 26.

<sup>59</sup> Jarass/Pieroth, “Art. 3”, n. 25; Larry Alexander, “Affirmative Action and Legislative Purpose: Jed Rubenfeld, ‘Affirmative Action’, 107 Yale L.J. 427 (1997).” *The Yale Law Journal* 107, 8. Cilt, 1998, s. 435-437.

<sup>60</sup> Karan, s. 158-159.

<sup>61</sup> Karan, s. 158-159.

<sup>62</sup> Bossuyt, n. 17-39; Sandra Fredman, *Discrimination Law (2. Baskı)*, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 360.

<sup>63</sup> Addis, s. 326.

<sup>64</sup> Karan, s. 346.

Ayrımcılık oluşturmeyen farklı muameleler, diğer temel hak ve özgürlüklerle uyumlu şekilde tanınmalıdır.<sup>65</sup> Ayrımcılık yasağı, ırk, etnik köken, cinsiyet gibi temellerin karar alma süreçlerinde belirleyici olmasını yasaklar. Ancak bu temellere dayalı her ayırım, ayrımcılık teşkil etmez.<sup>66</sup> Belirleyici olan, ayırımın dayandığı temelle hak arasındaki ilişki veya bağlantıdır.<sup>67</sup> Hatta bazı durumlarda aynı durumdaki kişilere farklı muamele veya farklı durumdaki kişilere aynı muamele eşit sonuçlara ulaşmak için zorunlu bile olabilir.<sup>68</sup> Destekleyici edimler, ayrımcılığın

---

<sup>65</sup> Karan, s. 285.

<sup>66</sup> Khaitan, s. 221; Michael P. Foran, *Equality Before the Law: Equal Dignity, Wrongful Discrimination, and the Rule of Law* (Hart Studies in Constitutional Theory), Hart Publishing, 2023, s. 351. Uluslararası insan hakları belgelerinde “ayırım” ve “ayrımcılık” ifadelerinin birbiri yerine geçecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Ancak bu belgelerin hazırlık çalışmaları ve sözleşmelerin uygulanmasını denetleyen komitelerin karar, yorum ve görüşleri incelendiğinde bu iki kavramın uluslararası hukukta aynı anlama gelmediği anlaşılmaktadır. Ayırım, ayrımcılığın aksine, makul ve nesnel bir gerekçe ile haklı kılınabilen farklı muameledir. Bkz. Bertrand G. Ramcharan, “Equality and Nondiscrimination, The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights”, L. Henkin (Ed.), Columbia University Press, New York, 1981, s. 259.

<sup>67</sup> Bossuyt, n. 98.

<sup>68</sup> Avrupa Konseyi, “Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of the Human Rights and Fundamental Freedoms (İHAS 12 no.lu Protokole İlişkin Açıklayıcı Rapor)” (European Treaty Series – No. 17), 2000, n. 19. Ayrımcılık yasağı, her zaman simetrik bir koruma sağlamaz. Khaitan, ayrımcılık yasağının sağladığı korumayı üç türe ayırmıştır: (i) tam simetrik koruma, (ii) tam asimetrik koruma, (iii) kısmî asimetrik koruma. Tam simetrik koruma, hâkim grupla dezavantajlı gruba aynı muamelenin yapılmasıyla sağlanır. Dolayısıyla yalnızca kanun önünde eşitliğin sağlanmasında etkilidir. Asimetrik korumaysa fiilî eşitliğin sağlanmasını hedeflemektedir. Tam asimetrik koruma yalnızca dezavantajlı grup lehine güvence öngörür. Kısmî asimetrik koruma, aynı temele dayalı olarak sınıflandırılmış diğer gruplara da fayda sağlar; ancak dezavantajlı gruplar diğerlerine kıyasla daha fazla faydalanır. Destekleyici edimlerle sağlanan koruma, bu bağlamda asimetriktir. Bu doğrultuda, destekleyici edimlerin ayrımcılık yasağıyla çelişmediği, aksine onun sağladığı korumayı tamamladığını destekleyen görüş için bkz. Khaitan, s. 61.

yasaklandığı temellere dayanan önlemlerle tam ve etkili eşitliği sağlamayı amaçlamaktadır.<sup>69</sup> Orantısız önlemler getirerek “haksız ayrımcılığa”<sup>70</sup> yol açmamalıdır.<sup>71</sup>

Destekleyici edimlere ilişkin öğretide üç temel yaklaşım bulunmaktadır.<sup>72</sup> Bunlardan ilki, destekleyici edimlerin eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini kabul eden şeklî yaklaşımdır.<sup>73</sup> Bu yaklaşım, şeklî eşitlik anlayışını yansıtmaktadır.<sup>74</sup> Şeklî eşitlik anlayışı, herkesin yarışa aynı koşullarda başladığı varsayımına dayanmaktadır ve eşitliği yalnızca aynı durumda olanlara aynı davranılmasından ibaret olarak kavramaktadır.<sup>75</sup> Bu nedenle tarafsız ve simetrik bir muamele biçimi öngörür.<sup>76</sup> Bu anlayış, devletin herkese eşit mesafede durmasını ve ayrımcılık yapmaktan kaçınmasını eşitliğin sağlanması için yeterli görürken, fiilî eşitsizliğin ortadan kaldırılmasını sağlayacak önlemleri reddeder.<sup>77</sup> Şeklî eşitlik anlayışı, yalnızca aynı ya da benzer durumdaki kişilere yasak ayrımcılık temellerine dayalı olarak keyfî bir şekilde farklı muamele edilmesi anlamına gelen doğrudan ayrımcılık biçimini

---

<sup>69</sup> Bossuyt, n. 83; Fredman, s. 327; Khaitan, s. 80.

<sup>70</sup> Deborah Hellman, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, D. Hellman, S. Moreau (Ed.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2013, s. 59. Haksız ayrımcılıkla destekleyici edim kapsamındaki farklı muameleden kaynaklanan ayrımanın eşdeğer görülmemesi gerektiğine ilişkin bkz. Khaitan, s. 221.

<sup>71</sup> Bossuyt, n. 83.

<sup>72</sup> Fredman, s. 332.

<sup>73</sup> Fredman, s. 332. Simetrik model olarak da adlandırılmaktadır.

<sup>74</sup> Şeklî eşitlik anlayışını yansıttığına ilişkin bkz. Kapotas, s. 28-30.

<sup>75</sup> Fredman, s. 328; İdil Işıl Gül/Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, B. Yeşiladalı, G. Ayata (Ed.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 6.

<sup>76</sup> Mürvet Ece Büyükçalık Büyükçağlar, *Dolaylı Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 14-15. Şeklî eşitlik anlayışı kapsamında yalnızca “kanun önünde eşitlik” ve “kanunlar tarafından eşit derecede korunmanın” güvence altına alındığı söylenebilir.

<sup>77</sup> Fredman, s. 234-235, Karan, s. 41.



kapsamına almaktadır.<sup>78</sup> “Aşağıya doğru eşitlemeye” de izin vermektedir.<sup>79</sup>

İkinci yaklaşım, destekleyici edimleri ayrımcılık yasağının istisnası olarak gören “derogasyon” yaklaşımıdır.<sup>80</sup> Bu yaklaşım, belirli koşullarda destekleyici edimlerin öngörülmesine izin vermektedir. Ancak bunları ayrımcılığa uğramama hakkından bir “sapma”, bir “yükümlülük azaltma” (*derogation*) olarak kabul eder.<sup>81</sup> Üçüncü yaklaşım ise, destekleyici edimi ayrımcılığa uğramama hakkının bir parçası olarak gören “maddi yaklaşım”dır. Bu yaklaşım destekleyici edimlerin eşitlik ilkesini askıya almadığını ya da zayıflatmadığını, aksine, eşitlik kavramını somutlaştıran ve güçlendiren pragmatik geçiş adımları olduğunu kabul etmektedir.<sup>82</sup> Buna göre, destekleyici edim,

<sup>78</sup> Büyükçalık Büyükçağlar, s. 33.

<sup>79</sup> Karan, s. 39.

<sup>80</sup> Bu yaklaşıma ilişkin açıklamalar için bkz. Addis, s. 315-320; Fredman, s. 332.

<sup>81</sup> 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın eşitlik ilkesinin düzenlediği 10'uncu maddenin üçüncü fıkrasında, sınırlı sayıda kişi grubu bakımından destekleyici edimlerin alınmasına yalnızca “izin” verilmiştir. Bu madde kapsamında öngörülen tek genel nitelikte yükümlülük, ayrımcılıktan kaçınma negatif yükümlülüğüdür. Hükmün ikinci fıkrasında öngörülen pozitif yükümlülükse kadın-erkek eşitliğinin hayata geçirilmesi amacıyla sınırlıdır. 2010 değişikliğiyle her iki fıkra kapsamında alınan önlemlerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağını düzenlenmesi, özel önlemlerin eşitlik ilkesinin bir istisnası olarak gören yaklaşıma işaret etmektedir. Anılan nedenlerle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda benimsenen destekleyici edim yaklaşımının “sapma” yaklaşımı olduğu söylenebilir. Buna rağmen ilgili düzenlemeden önce bile Anayasa Mahkemesi içtihadında destekleyici edimleri ayrımcılık yasağının bir parçası olarak gören maddi yaklaşımı benimsendiğini görmek mümkündür. Bu kararlardan birine örnek olarak bkz. AYM, E. 1996/10, K. 1996/40, 22.10.1996. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda özel önlemlere yaklaşım bakımından daha detaylı açıklamalar için bkz. İdil Işıl Gül, “Ayrımcılığın Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü”, *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar (3. Baskı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Şubat 2018, s. 274-275.

<sup>82</sup> Addis, s. 323.

orantılı olması koşuluyla eşitlik ilkesini gerçekleştirmek için meşru bir araçtır.<sup>83</sup>

Maddi yaklaşım, fırsatların eşitlenmesi, geçmişten gelen dezavantajların eşitsiz etkilerini ortadan kaldırılması için sosyal müdahalelerin gerekliliğini vurgulamaktadır.<sup>84</sup> Bu yaklaşım, maddi eşitlik anlayışını yansıtmaktadır. Maddi eşitlik anlayışı, toplumsal bağlamdaki farklılıkları ve dezavantajları, bunların asimetrik ve bağlamsal yapısını gözeterek eşitliğin fiilen sağlanmasını hedeflemektedir.<sup>85</sup> Bu eşitlik anlayışı, bu hedefin gerçekleşmesinde devletlere sorumluluk yüklemektedir.<sup>86</sup> Bu çerçevede, farklı durumda olanlara farklı muamele ilkesi benimsenmekte; “olumsuz etki” (*disparate impact*) yaratan aynı durumdaki kişilere aynı muamele –dolaylı ayrımcılık– de yasaklanmaktadır.<sup>87</sup>

Maddi yaklaşım, hedef grubun sorumlu tutulamayacağı koşullar bakımından eşitlenmesi gerektiği fikrine dayanır. Ancak, fırsat eşitliği kavramı, yalnızca maddi yaklaşım ve maddi eşitlik kavramlarıyla sınırlı değildir. Kavrama yüklenen anlama göre, şekli eşitlik ya da maddi eşitlik yaklaşımlarıyla benzerlik gösterebilmektedir.<sup>88</sup> Bu doğrultuda fırsat eşitliği iki şekilde sınıflandırılmaktadır: “yöntemsel” ve “gerçek”. Yöntemsel fırsat eşitliği, “eşitsiz durumda olan bireylere eşit fırsatlar sunulmasını ve önlerindeki engellerin kaldırılmasını” hedeflemektedir.<sup>89</sup> Bu yaklaşım başlangıç noktalarını eşitlemeyi amaçlaması, sorumluluğu ayrımcılık mağdurunun kendisine yüklemesi ve bireyleri içinde buldukları bağlamdan bağımsız düşünmesi bakımından şekli eşitlik

<sup>83</sup> Fredman, s. 359.

<sup>84</sup> Addis, s. 323-324.

<sup>85</sup> Fredman, s. 235; Gül/Karan, s. 7; Karan, s. 42; Oddný Mjöll Arnardóttir, “A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?”, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, Martinus Nijhoff, 2009, s. 47-48.

<sup>86</sup> Fredman, s. 236; Büyükçalık Büyükçağlar, s. 21-22.

<sup>87</sup> Büyükçalık Büyükçağlar, s. 35-36; Karan, s. 42.

<sup>88</sup> Karan, s. 51.

<sup>89</sup> Karan, s. 51.

anlayışıyla benzerlik göstermektedir.<sup>90</sup> Yöntemsel fırsat eşitliği, destekleyici edimleri reddetmektedir.<sup>91</sup> Gerçek fırsat eşitliği sadece yöntemsel değil, fiilî eşitliğin sağlanmasını hedeflemektedir. <sup>92</sup> Bu yaklaşım özel önlem niteliğinde uygulamaları benimsemesi, sorumluluğu yalnızca ayrımcılık mağduru bireylere yüklememesi ve fırsat eşitliğini eşit sonuçlara ulaşılması perspektifiyle ele alması yönünden maddi eşitlik anlayışıyla benzerlik göstermektedir.<sup>93</sup> Bu yaklaşım, fırsat eşitliğinin yalnızca eşit muamele ile sağlanamayacağını kabul etmektedir.<sup>94</sup>

Maddi yaklaşım, destekleyici edimin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının pratik ve etkili biçimde güvence altına alınması için somut durumun koşullarına göre uygulanması gereken yükümlülüklerden biri olduğunu savunur.<sup>95</sup> Bu yaklaşıma göre destekleyici edim, ayrımcılık yapmama ilkesinin bir istisnası değildir. Aksine, ayrımcılık yapmama ilkesi, destekleyici edimin sınırını belirler.<sup>96</sup> Bir destekleyici edimin çerçevesi özenle çizilmediyse ayrımcılık yasağı ile çatışabilir.<sup>97</sup> Maddî yaklaşım, zamanla öğretide ve uygulamada<sup>98</sup> ağırlıklı olarak kabul

---

<sup>90</sup> Karan, s. 52.

<sup>91</sup> Karan, s. 52.

<sup>92</sup> Karan, s. 52.

<sup>93</sup> Karan, s. 52.

<sup>94</sup> Karan, s. 53.

<sup>95</sup> Şeklî destekleyici edim yaklaşımı ve eşitlik anlayışı bir devletin herkese eşit mesafede ve tarafsız olmasını, ayrımcılık yapmamasını eşitliğin sağlanması için yeterli görmektedir. Ancak böylesine bir anlayış fiilî kurumsal ve sistematik ayrımcı uygulamaların ya da belirli grupları dışlayan düzenlemelerin yarattığı eşitsizliği ve dezavantajlı durumu yeniden üretecektir. Bu bakımdan ayrımcılık yasağının, eşitliğin sağlanması için tek başına yeterli olmadığı kabul edilmektedir ve eşitlik ilkesini ayrımcılık yasağı ile eşdeğer gören yaklaşım reddedilmektedir. Bkz. Addis, s. 322.

<sup>96</sup> Bossuyt, n. 113.

<sup>97</sup> Bossuyt, n. 83.

<sup>98</sup> Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (IAOKS) ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (KKAOKS) geçici özel önlemlerin ayrımcılık yasağına aykırı olarak görülemeyeceğini açıkça düzenleyen temel insan hakları sözleşmeleridir (IAOKS md. 1 f. 4,

gören yaklaşım hâline gelmiştir.<sup>99</sup> Bu çalışmada benimsenen yaklaşım da maddî yaklaşımdır.

Destekleyici edimler uygulanırken geçmişten gelen ayrımcılığı yaratan sistemlerin ya da kurumların sorumluluğunun kime yükleneceği, nasıl paylaştırılacağı tartışma konusudur. Şeklî yaklaşıma göre, bu sorumluluk yalnızca kusur atfedilebilecek kişilere yüklenebilir.<sup>100</sup> Ancak maddi yaklaşım, dezavantajı ortadan kaldırma sorumluluğunu yalnızca kusurlu kişilerle ve/veya ayrımcılık mağdurlarıyla sınırlı olmaksızın herkes tarafından orantılı biçimde paylaşılması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>101</sup>

### C. Destekleyici Edim Türleri

Destekleyici edimin geniş bir uygulama yelpazesi bulunmaktadır. Edimler, “kota” (*quotas*), “tercihli muamele” (*preferential treatment*),<sup>102</sup> “niteliklerin yeniden tanımlanması” (*redefining merits*),<sup>103</sup>

---

KKAOKS md. 4 f. 1). Bu konuda açık düzenlemelerin yer almadığı diğer sözleşmelerin ilgili hükümleriyse, uluslararası ve bölgesel insan hakları mekanizmaları tarafından bu önlemlerin ayrımcılık teşkil etmediği yönünde yorumlanmaktadır. Bkz. Addis, s. 313-314. İHAM içtihat hukukunda bu yöndeki gelişimi için ayrıca bkz. Kurić ve Diğerleri/Slovenya [B.D.], B. No. 26828/06, 26.06.2012, para. 388; Sejdić and Finci/Bosna Hersek [B.D.], B. No. 27996/06 34836/06, 22.12.2009, para. 44; Muñoz Díaz/İspanya, B. No. 49151/07, 08.12.2009, para. 48; D.H. ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti [B.D.], B. No. 57325/00, 13.11.2007, para. 175; Thlimmenos/Yunanistan [B.D.], B. No. 34369/97, 06.04.2000, para. 44; Belçika Dil Davası/Belçika, B. No. 1474/62, 23.07.1968, para. 10.

<sup>99</sup> Fredman, s. 359.

<sup>100</sup> McCrudden, s. 165-166.

<sup>101</sup> Fredman, s. 236 ve 330. Bu görüşe göre, belirli bir grubun dezavantajlı durumuna neden olan yapı ve sistemden yarar sağlayan herkes, bunun maliyetini belirli ölçüde üstlenmelidir. Dolayısıyla, hâkim grubu oluşturan ve avantajlı konumda yer alan bireylerin de, kendilerine orantsız bir yük getirmemek kaydıyla, geçmişten gelen eşitsizliklerin ve dezavantajların ortadan kaldırılması sürecinde rol üstlenmeleri gerektiği kabul edilmektedir.

<sup>102</sup> Belirli bir hizmetin ya da imkânın sağlanmasında ya da reddedilmesinde hedef grubun ırk, cinsiyet, etnik köken gibi özelliklerinin gözetilmesi olarak tanımlanabilir. Hedef grup dışında kalanların belirli sosyal faydalardan

“sosyal yardım” (*outreach*), “erişim programları” (*access programmes*) ve “çeşitlilik programları” (*diversity programmes*) gibi çeşitli şekillerde tasarlanabilir.<sup>104</sup> Öğretide destekleyici edimler çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Her destekleyici edim, öncelik tanıma ya da tercihte bulunma şeklinde gerçekleşmeyebilir.<sup>105</sup> Bossuyt, “destekleyici öncelik/tercih” (*affirmative preference*) dışında iki farklı destekleyici edim türü daha tanımlamaktadır: destekleyici seferberlik (*affirmative mobilisation*) ve destekleyici hakkaniyet (*affirmative fairness*).<sup>106</sup>

İlk kategori (destekleyici seferberlik), kamuya arz edilen belirli bir hizmetten ya da imkândan yararlanmak üzere hedef grubu teşvik etmeyi ve duyarlı hale getirmeyi amaçlar.<sup>107</sup> Bu önlemler, hedef grubun çeşitli alanlarda rekabet edebilmeleri için gerekli beceri ve farkındalığı edinmelerini kolaylaştırmak amacıyla tasarlanmaktadır.<sup>108</sup> Destekleyici hakkaniyetse, işe alınma veya diğer başka sosyal faydalardan yararlanma süreçlerinin liyakate dayalı olup olmadığını titiz bir incelemeyle güvence altına almayı amaçlayan destekleyici edimlerdir.<sup>109</sup> Bu destekleyici edim türü, ayrımcılık şikâyetlerini ilgili mercilere

---

dışlanması, bunlara erişimlerinin engellenmesini içerebilir. Bkz. Bossuyt, n. 75-77.

<sup>103</sup> Bu yöntemde bir iş için gerekli nitelikler, belirtilen grubun işgücüne katılımını artırmak için onların özellikleri ya da ihtiyaçlarını gözetilerek belirlenmektedir. Bu özel önlem yöntemi, tercihli muamele gerektirmez. Bkz. Karan, s. 328.

<sup>104</sup> McCrudden destekleyici edimleri yararlanıcı grup dışındaki bireylerin fırsat eşitliği üzerinde yarattığı etki seviyesine göre sınıflandırmış ve bunları en az etki yaratandan en çoğuna doğru sıralamıştır: Doğrudan ayrımcılığı önleyen ve telafi eden edimler, dolaylı ya da sistematik ve kurumsal ayrımcılığı ortadan kaldıran edimler, dolaylı olarak kapsayıcı önlemler, yeterince temsil edilmeyen grupları hedefleyen önlemler, tercihli muamele, kota ve niteliklerin yeniden tanımlanması. Bkz. McCrudden, s. 164.

<sup>105</sup> Dominguez-Redonda, Howard, Baez, s. 6.

<sup>106</sup> Bossuyt, n. 71.

<sup>107</sup> Bossuyt, n. 72.

<sup>108</sup> Bossuyt, n. 72.

<sup>109</sup> Bossuyt, n. 73.

taşımak için gerekli prosedürlerin öngörülmesini de kapsar.<sup>110</sup> Her iki kategori de, yararlanıcı grup dışındakilerin destekleyici edimin sağladığı ya da ilişkili olduğu sosyal faydadan dışlanmasını gerektirmez.<sup>111</sup>

Öğretide, kota gibi güçlü yeniden dağıtıcı ve doğrudan destekleyici edimlere (*strongly distributive direct affirmative action measures*) son çare olarak başvurulması gerektiği savunulmaktadır.<sup>112</sup> Bu sav, böylesine önlemlerin hedef grubun becerilerinin yetersiz olduğu, tembel olduğu ya da yeterli entelektüel seviyede olmadığı gibi kalıp yargıları yeniden üreterek paternalist bir bakış açısını yansıtmaya potansiyeli taşıdığı gerekçesiyle açıklanmaktadır.<sup>113</sup> Yine, bu tür “radikal” destekleyici edimlere kamuoyunda uzlaşma oluşmadan başvurulmasının, “eşit şartlarda rekabet etme hakkını kaybedenler” bakımından bir yabancılaşma ve dolayısıyla toplumsal gerilim yaratacağı da ileri sürülmektedir.<sup>114</sup> Bu kapsamda, yalnızca kölelik, *apartheid* veya kast sistemi gibi geçmişten gelen sistematik ve kurumsal ayrımcılığın sonucu olan adaletsizliklerin güçlü dağıtıcı önlemlerle telafi edilmesinin kabul edilebilir olduğu savunulmuştur.<sup>115</sup>

Güçlü yeniden dağıtıcı olarak nitelendirilen ve son çare olarak başvurulması gerektiği savunulan destekleyici edimlerin ek güvencelerle desteklenmemesi ayrımcılığa yol açabilir. Ek güvence yokluğu, fırsat eşitliğinin hedef grubun dışında kalanlar aleyhine bozulmasına sebep olabileceği gibi, hedef grup bakımından da ayrımcılık yaratabilir. *Khaitan*, destekleyici edimlerin çeşitli ayrımcılık tezahürlerine, özellikle tecride (*segregation*) yol açabileceğini ileri sürmektedir.<sup>116</sup> Bu duruma, İHAM önüne gelen öğrenme güçlüğünden mustarip ya da Roman kökenli öğrencilerin eğitim alanındaki

---

<sup>110</sup> Bossuyt, n. 73.

<sup>111</sup> Bossuyt, n. 74; Dominguez-Redonda/Howard/Baez, s. 7.

<sup>112</sup> *Khaitan*, s. 223.

<sup>113</sup> *Khaitan*, s. 223. Destekleyici edimlerin seçiminde ayrımcı varsayımların hâkim olabileceğine ilişkin bkz. Gül, s. 271-272.

<sup>114</sup> Bossuyt, n. 80.

<sup>115</sup> *Khaitan*, s. 223.

<sup>116</sup> *Khaitan*, s. 223.

dezavantajlı durumlarını ortadan kaldırmayı amaçlayan uygulamaların ayrımcılık yarattığı iddialarını konu edinen davalar örnek gösterilebilir.<sup>117</sup>

“Eğitim alanında ırksal tecrit” davaları, öğrencilerin öğrenim dili bakımından yetkin olmamaları ya da öğrenme güçlükleri nedeniyle özel sınıflara ya da okullara yerleştirilmesine ilişkin uygulamaların, Roman öğrencilerin bu sınıflarda ve okullarda orantısız temsiline yol açtığı iddialarını konu edinmektedir. İHAM gelişen içtihadında, özel gereksinimleri bulunan öğrencilere sağlanan özel eğitimin, bu öğrencilerin karma sınıflara ve okullara entegrasyonu ve çoğunluk nüfus ile yaşamalarını kolaylaştıracak becerileri geliştirmeleri için gerekli güvencelerin alınmadığını, hatta bunun zorlaştırıldığını tespit etmiştir.<sup>118</sup> Mahkeme, Roman etnik kökenli öğrencilerin geçmişten gelen savunmasız durumunu vurgulayarak, davalı devletin bu güvenceleri sağlamakla yükümlü olduğuna kanaat getirmiştir.<sup>119</sup> Sonuç olarak, bu güvencelerin eksikliği nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiştir.<sup>120</sup> Yararlanıcı grup lehine gerekli ek güvencelerin öngörülmemesi gibi, diğerlerinin fırsat eşitliğini korumak için öngörülen güvencelerin yararlanıcı grup üzerinde orantısız olumsuz etkiler yaratması da, bu grubun ayrımcılığa uğramama hakkının ihlaline sebep olabilir. Aşağıda, karar analizi çerçevesinde bu güvencelerin orantısızlığından kaynaklanan sorunlar ele alınacaktır.

### **3. Destekleyici Edimin Sınırlarının Diplomada Disleksi Kaydı Kararı Bağlamında Tartışılması**

Yukarıda da açıklandığı üzere, destekleyici edimler, sonuçları itibariyle ayrımcılık yaratabilir. Dezavantajlı bir grup lehine sonuçların

<sup>117</sup> Bkz. D.H. ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti, B. No. 57325/00, 13.11.2007; Sampanis ve diğerleri/Yunanistan, B. No. 32526/05, 05.06.2008; Oršuš ve diğerleri/Hırvatistan, B. No. 15766/03, 16.03.2010; Sampani ve diğerleri/Yunanistan, B. No. 59608/09, 11.12.2012; Horváth ve Kiss/Macaristan, B. No. 11146/11, 29.01.2013; Lavida ve diğerleri/Yunanistan, B. No. 7373/10, 30.05.2013; X ve diğerleri/Arnavutluk, B. No. 73548/17 45521/19, 31.05.2022.

<sup>118</sup> Horváth ve Kiss/Macaristan, para. 127.

<sup>119</sup> Horváth ve Kiss/Macaristan, para. 119.

<sup>120</sup> Horváth ve Kiss/Macaristan, para. 129.

eşitliğini sağlamayı hedefleyen bir destekleyici edim, fırsat eşitliğini bu grup dışındaki bireyler aleyhine bozabilir.<sup>121</sup> Bu nedenle ilgili önlemlerin makul, nesnel ve ölçülü olması, ayrıca yeterli güvencelerle uygulanması gerekmektedir.

Destekleyici edimin aşırı tazmin sağlayarak yararlanıcı grup dışındaki bireylerin fırsat eşitliğini ihlal etme riski, uygulamada ek güvenceler öngörülerek giderilmeye çalışılmaktadır. Bu güvenceler, destekleyici edimlerden ayrı düşünülmemeyeceğinden onların da orantılı olması gerekmektedir. Aksi takdirde yararlanıcı grup bakımından damgalama ve dolayısıyla, ters etki yaratabilir. Başka bir deyişle, güvenceler, destekleyici edimle sağlanması hedeflenen yararın geri alınmasına sebep olabilir. Bu nedenle, diğer grupların fırsat eşitliğini sağlarken yararlanıcı grubun damgalanmasını önleyecek nitelikte hassas bir denge kurulmalıdır.

Destekleyici edimin orantılılığı test edilirken göz önünde bulundurulması gereken bir dizi husus vardır. Destekleyici edimin yararlanıcı grubun dezavantajlı durumunu ortadan kaldırmadaki katkısı, yararlanıcı grup dışındaki bireylerin fırsat eşitliği bakımından sonuçları, fırsat eşitliğini sağlamak için daha hafif başka tedbirlerin bulunup bulunmadığı, destekleyici edimin yükünün toplumun çeşitli kesimleri arasında ne kadar iyi bölüştürüldüğü gibi faktörler dikkate alınmalıdır.<sup>122</sup>

Disleksili öğrenciler, engellerinden kaynaklanan bazı öğrenme güçlükleri nedeniyle eğitim ve istihdam olanaklarından yararlanmada dezavantajlı konumdadırlar. Kelimeleri heceleme, hızlı okuma, yazma ve telaffuz etmede güçlük çektiklerinden özellikle okuma yazma becerilerini gerektiren sınavlarda başarı şansları, diğer öğrencilere göre düşüktür. Disleksili öğrencilerin dezavantajlı, başka bir deyişle "farklı" durumlarının gözetilmesi ve engelli öğrenciler lehine sınavlara ilişkin

---

<sup>121</sup> Avrupa Komisyonu, International Perspectives on Positive Action Measures: Analysis in the European Union, Canada, The United States and South Africa, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2009, s. 26.

<sup>122</sup> Addis, s. 327.



destekleyici edimlerin uygulanması, günümüzde ayrımcılık yasağının bir gereği olarak kabul edilmektedir. Nitekim FAYM de bu yönde bir değerlendirme yapmıştır.<sup>123</sup>

Destekleyici edimlerin disleksili öğrencilerin eğitim ve istihdam olanaklarına erişimini iyileştirmedeki rolü, seçilen aracın niteliğine göre değişmektedir. Fırsat eşitliğiyle uyumlu destekleyici edimler, zamanla yerini sonuçların eşitliğini hedefleyen daha radikal önlemlere bırakmıştır. Bu iki idealden hangisinin tercih edildiği veya hedeflendiği genellikle yasal düzenlemelerden ya da gerekçelerinden anlaşılamamaktadır.<sup>124</sup>

Somut olayda söz konusu olan disleksili öğrencilere sınavda ek süre verilmesi uygulaması, fırsat eşitliğini sağlamayı hedeflerken, heceleme performansının değerlendirilmesinden muafiyet ya da Mahkemenin deyişiyle tek başına “not güvencesi” (*der Notenschutz*), sonuçların eşitliğini hedefler. Zira ek süre verilmesi, disleksili öğrencilerin herhangi bir öğrenme güçlüğünden mustarip olmayan diğer öğrencilerle eşit dışsal sınav koşullarında yarışmasını amaçlarken; muafiyet, bu öğrencilerin performans değerlendirmesi ve sınav kriterleri bakımından farklılık yaratmaktadır.<sup>125</sup> Muafiyet (değerlendirme dışı bırakma) diploma notu üzerinde doğrudan etki yaratarak disleksili öğrencilerin istihdam edilme ya da yükseköğretime girme şansını artırır. Bu durum, disleksili bireylerin bu alanlardaki temsil oranını artırmaya hizmet etmektedir.

Belirtilen nedenlerle yazım becerilerinin değerlendirilmesinden muafiyet önlemi, ek süreye kıyasla daha güçlü niteliktedir; kota uygulamalarına göre ise daha zayıftır. Zira disleksili öğrenciler için öngörülen bu destekleyici edimler, yükseköğretimde ve iş yerlerinde bu öğrenciler için belirli oranda pozisyon ayrılmasını ya da bir iş ya da yükseköğretime girişte aranan genel niteliklerin bu öğrenciler gözetilerek yeniden belirlenmesini sağlayacak biçimde tasarlanmamıştır. Öte yandan, sınav kriterleri bakımından bir yeniden belirlemeden söz

---

<sup>123</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 28.

<sup>124</sup> Avrupa Komisyonu, n. 38.

<sup>125</sup> Fredman, s. 70

edilebilir. Nitekim Mahkeme de bu önlemi, “standartlaştırılmış sınav kriterlerinden kayda değer bir sapma” olarak nitelendirmiştir.<sup>126</sup>

Öğrencilerin performansının değerlendirilmesinde esas alınan standart sınav kriterleri, disleksi öğrenciler için yeniden tanımlanmış; yazım becerileri bu öğrenciler için değerlendirme dışı bırakılmıştır. Bu nedenle muafiyet önlemi, *Bossuyt*'un sınıflandırmasına göre “destekleyici öncelik/tercih”, daha somut bir sınıflandırmaya göre “niteliklerin yeniden tanımlanması” olarak nitelendirilebilir. Zira bu önlem, yalnızca belirli imkânlara erişim için daha iyi bir olanak sağlar; doğrudan işe ya da yükseköğretime giriş imkânı sağlamaz.<sup>127</sup>

Kısmen de olsa sonuçların eşitliğini sağlamayı hedefleyen destekleyici edimler, yeniden dağıtıcı niteliği güçlü önlemlerdir. Bu nedenle yararlanıcı grup dışında kalanların fırsat eşitliğini ihlal etme olasılığı daha yüksektir. Bu risk, yararlanıcı grup dışındakiler bakımından fırsat eşitliğini koruyacak ek güvenceler öngörülerek giderilebilir. Somut olayda, destekleyici edim uygulanırken bu önlemlerle sağlanan menfaat ve gerekçesi de açıklanmıştır. Böylelikle, hedef grup dışındaki öğrencilerin fırsat eşitliğinin güvence altına alınması amaçlanmıştır. Ancak muafiyetin diplomada belirtilmeyip şeffaf bir şekilde uygulanmaması, tüm öğrencilerin eşit şartlarda (eşit performans değerlendirme standartlarına göre) yarıştığı izlenimi yaratarak aşırı tazmin sorununa yol açabilecektir.<sup>128</sup>

Ek süre önleminin diplomada açıklanması gerekli görülmezken FAYM, muafiyet önlemi bakımından diplomada disleksi kaydının yer alması gerektiğine kanaat getirmiştir.<sup>129</sup> Mahkeme, muafiyetin diplomada öğrencinin engel durumuyla birlikte açıklanmasının diğer öğrencilerin fırsat eşitliğini güvence altına almayı amaçladığına kanaat getirmiştir.<sup>130</sup> Muafiyet, hedef grup olan disleksili öğrencilerle

<sup>126</sup> Avrupa Komisyonu., n. 63.

<sup>127</sup> Khaitan, s. 38.

<sup>128</sup> J. Edward Kellough, *Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination and the Search for Justice*, Georgetown University Press, Washington DC, 2006, s. 122.

<sup>129</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 121.

<sup>130</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 111.

karşılaştırılabilir durumdaki diğer öğrenciler bakımından farklı muamele yaratmaktadır. Böyle bir destekleyici edim, kaçınılmaz olarak diğer öğrenciler bakımından yükseköğretime ve istihdama erişim şansına etki edecektir.<sup>131</sup> Diplomada disleksili öğrencilere yönelik tercihli muameleyi gösteren kayıt, diğer öğrencilerin fırsat eşitliğine orantılı bir müdahale için FAYM tarafından gerekli görülmüştür.

Yukarıda da belirtildiği üzere diğerlerinin fırsat eşitliği, yararlanıcı grubun damgalanmasına neden olmayacak şekilde güvence altına alınmalıdır. FAYM disleksi kaydının başvuruocuların istihdam edilme şanslarını etkilediğini kabul etmiş olsa da diploma şeffaflığının ve dolayısıyla fırsat eşitliğinin sağlanmasıyla elde edilecek kamu yararının disleksili öğrencilerin yazım becerilerinin kısıtlı olmasının yaratacağı olumsuz etkileri tam olarak ortadan kaldırmasıyla sağlanacak menfaate ağır bastığına karar vermiştir.<sup>132</sup>

Bu açıklamalar ışığında, öncelikle “Damgalama Sorunu” başlığı altında disleksi kaydıyla sağlanan ek güvencenin doğurabileceği etkinin anlaşılabilmesi için bir ayrımcılık tezahürü olarak damgalama kavramı ve buna ilişkin tartışmalar incelenecektir. Ardından, “Fırsat Eşitliği ve Damgalama Arasındaki Denge Sorunu” başlığı altında disleksili öğrencilerin eğitime ve istihdama erişimdeki dezavantajlı durumlarını iyileştirmeye yönelik destekleyici edimin diplomada engellilik durumlarının açıklanması koşuluna bağlanmasının orantılılığı tartışılacaktır. Son olarak, bu ön koşulun performans değerlendirmesinden muafiyetten yararlanan diğer engelli öğrencilere genişletilmesinin bir aşağıya doğru eşitleme yaratıp yaratmadığıysa “Aşağıya Doğru Eşitleme Sorunu” başlığı altında tartışılacaktır.

### A. Damgalama Sorunu

Damga (*stigma*) sözcüğü, ilk kez “bedene kazılan, yakılan iz” anlamına gelecek biçimde kullanılmıştır.<sup>133</sup> Günümüzde, asıl semantik köküne yakın biçimde, “*bireyin sosyal açıdan tamamen kabul görme*

<sup>131</sup> Avrupa Komisyonu, s. 26.

<sup>132</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 109.

<sup>133</sup> Erving Goffman, *Damga: Örselelenmiş Kimliğin İdare Edilişi Üzerine* Notlar, Çev. Ş. Geniş, L. Ünsaldı, S. N. Ağırbaşı, Heretik Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 33.

*vasfından menedilmesi*” anlamında kullanılmaktadır.<sup>134</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, damgayı geniş anlamda, “belirli bir topluluktaki kişi gruplarını, genellikle öğrenme duygusuna dayanarak, insan dışlaştırma, aşağılama, itibarsızlaştırma ve değersizleştirme” olarak tanımlamaktadır.<sup>135</sup> Bir gruba atfedilen bu olumsuz değer, o gruba mensup bireyler bakımından kalıcı bir dezavantaja yol açarak cezalandırıcı bir etki doğurabilmekte; sosyal statü kaybına ve ayrımcılığa neden olabilmektedir.<sup>136</sup>

Damgalama, tipik bir ayrımcılık türü değildir. Ayrımcılık yasağı hukukunda yaygın olarak uygulanan karşılaştırılabilir durum testi, belirli bir gruba olumsuz bir değer atfedilmesi şeklinde ortaya çıkan damgalamanın tespiti için uygun değildir.<sup>137</sup> Bu nedenle “ayrımcılık” kavramının farklı muamele ile eşdeğer tutulması, bu tür ayrımcılık tezahürlerini görünmez kılabilir.<sup>138</sup> Damgalama ve belirli bir gruba atfedilen ve değişmez olduğu varsayılan özellikler üzerinden genelleme yapılması olarak tanımlanabilecek stereotipleştirme karşısında, geleneksel karşılaştırılabilirlik ölçütü yerine, “dezavantaj” testine başvurulması önerilmektedir.<sup>139</sup> Bu inceleme yönteminde, somut davaya

---

<sup>134</sup> Goffman, s. 23.

<sup>135</sup> Catarina de Albuquerque, “Report of the Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation, Addendum: Mission to the United States of America”, A/HRC/18/33/Add.4, BM İnsan Hakları Konseyi, 2.07.2011, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-42\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-42_en.pdf).

<sup>136</sup> Iyiola Solanke, *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017, s. 81.

<sup>137</sup> Bu sorunun, haksız ayrımcılığın özgürlüğün değil eşitliğin ihlali olarak anlaşılması sonucunda karşılaştırılabilir bir yaklaşımın benimsenmesinden kaynaklanabileceğine ilişkin teorik arka plan çalışma için bkz. Hellman, s. 55-57.

<sup>138</sup> Alexandra Timmer, “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, *The American Journal of Comparative Law* 63, 1. Cilt, 2015, s. 252-253.

<sup>139</sup> Alexandra Timmer, “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review* 11, 4. Cilt, 2011, s. 707-738.

konu olguların tarihsel bağlamı ve güncel etkileri değerlendirilerek damgalama tespit edilir. Ardından, damgalamanın yalnızca hedef aldığı grubun üyeleri üzerinde yarattığı haksız dezavantaj göz önünde bulundurulur. Damgalama bireylerin onurunu ve itibarını zedelemesi sonucunda haksız bir ayrımcılık yarattığından, dezavantaj testi, onur eksenli bir yaklaşımı gerektirmektedir.<sup>140</sup>

Damgalama sorunu, destekleyici edimle bağlantılı olarak iki şekilde ortaya çıkabilir. Birincisi, destekleyici edimin kendisinin ayrımcılığı yeniden üretmesidir. Bu durum, destekleyici edimin paternalist bir yaklaşımın ürünü olmasından kaynaklanabilir ya da hedef grubun yeterliliklerinin ve becerilerinin sorgulanmasına yol açarak toplumda ya da yararlanıcı grubun kendisinde yardım olmadan başarılı olamayacakları yönünde bir algı yaratabilir.<sup>141</sup> Dolayısıyla ayrımcılığın yeniden üretilmesine sebep olabilir.<sup>142</sup> Özellikle uzun süreli olarak uygulanan destekleyici edimler, hedef grubun sosyal fayda

<sup>140</sup> Fredman tek boyutlu eşitlik anlayışının zayıf yönlerinin, farklı boyutların da göz önünde bulundurulmasıyla aşılabileceğini ileri sürmektedir. Bu kapsamda, maddi eşitlik anlayışının “yeniden dağıtımçı” (*redistributive*), “katılımcı” (*participative*), “dönüştürücü” (*transformative*) ve “tanıma” (*recognition*) olmak üzere dört boyuttan oluştuğunu ileri sürmektedir. Destekleyici edim uygulamalarıyla, eşitliğin çok boyutlu bir biçimde gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu edimler geçmişten gelen eşitsizliklerin ortadan kaldırılması ve belirli grupların dışlandıkları kamusal alanlarda yeterince temsilinin sağlanması gibi amaçlarla eşitliğin birden fazla yönüne aynı anda hizmet etmektedir. Ancak damgalamayla mücadele, eşitliğin “tanıma” boyutuyla ilişkilidir. Tanıma boyutunun onur eksenli yaklaşımı, toplumsal bağlamı göz önünde bulundurarak, karşılaştırılabilir bir durumdan söz edilemeyen muameleler bakımından da ayrımcılığı görünür kılar. Bkz. Fredman, s. 227-228.

<sup>141</sup> Angela Onwuachi-Willig, Emily Houh, Mary Campbell, “Cracking the Egg: Which Came First: Stigma or Affirmative Action?”, *California Law Review* 96, s. 1301; Jenny E. Goldschmit, “Ms Goldschmidt Is It True That You Are Deaf? That Would Really Help Us To Meet The Quota! Positive Discrimination Revisited...”, M. van den Brink, S. Burri, J. Goldschmidt (Ed.), *Equality and Human Rights: Nothing but Trouble?*, Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, 2015, s. 349.

<sup>142</sup> Obreja, s. 57.

açısından liyakat sahibi olup olmadığından şüphe duyulmasına sebep olabilir. Bu görüş, destekleyici edimlere karşı öğretilerdeki başlıca eleştirilerden biridir.<sup>143</sup> Sonuç olarak, destekleyici edimler hem dışsal hem de içsel bir damgalama yaratabilir.

Damgalama sorunlarından ikincisi ise, hedef grup dışında kalanların fırsat eşitliğini koruyan orantılı bir önlem getirmek için destekleyici edime ek olarak öngörülen güvencenin damgalama oluşturmalarıdır. Diplomada Disleksi Kaydı Kararı, bu tür bir damgalama sorununu içermektedir. Bu bağlamda, performans değerlendirmesinden muafiyet önleminden yararlanmayan öğrencilerin fırsat eşitliğinin korunması amacıyla getirilen güvencenin disleksili öğrencileri engel durumlarını açıklamaya zorlaması ve bunun, beraberinde damgalamayı getirecek olması tartışma konusu edilecektir.

Destekleyici edimin esaslı unsurlarından biri, hedef grubun yararına olmasıdır. Dolayısıyla, bir önlem hedef gruba yarar sağlamaktan çok zarar getiriyorsa, bu durumda destekleyici edimden söz edilemez.<sup>144</sup> Bu bakımdan, bir destekleyici edimin, yararlanıcı grup açısından damgalama oluşturup oluşturmadığı özellikle önem taşımaktadır. Tek boyutlu eşitlik anlayışı,<sup>145</sup> bu sorunu görünmez kılabilir. Destekleyici edimlerin karmaşık ve istenmeyen sonuçlarının görünür kılınması, eşitlik ve ayrımcılık yasağı davalarında dezavantaj testinin uygulanmasından ve çok boyutlu bir ayrımcılık yasağı anlayışından geçmektedir.<sup>146</sup>

Somut olayda disleksili öğrenciler, muafiyet destekleyici ediminden yararlanmayı kabul etmeye zorlanmamaktadır.<sup>147</sup> Bu edimden talepleri üzerine yararlanmaktadırlar. Ancak talepte bulunan öğrenciler yalnızca diplomada engellilik durumlarını açıklanması

---

<sup>143</sup> Khaitan, s. 223.

<sup>144</sup> Khaitan, s. 222.

<sup>145</sup> Fredman'ın dört eşitlik boyutundan yalnızca birinin benimsenmesi durumunda tek boyutlu eşitlik anlayışından söz edilebilir. Bkz. Fredman, s. 227-228.

<sup>146</sup> Bkz. Timmer, s. 722-724, Fredman, s. 227-228.

<sup>147</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 109.

hâlinde bu destekleyici edimden yararlanabilmektedir. Disleksi kaydı, bu öğrencilerin entelektüel becerileri ve kapasitesi hakkındaki kalıp yargılar nedeniyle ayrımcılığa uğrama ve özellikle iş başvurularında başarı şanslarını azaltma riskini beraberinde getirmektedir.<sup>148</sup>

Performans değerlendirmesinden muafiyetin diplomada açıklanmaması, diğer öğrencilerin fırsat eşitliğini zedeleyebileceği gibi, disleksili öğrenciler bakımından da liyakat sahibi olmadıkları algısını pekiştiren bir damgalama tehdidi oluşturabilecektir. Bu tür bir açıklama yer almadan yararlanan muafiyet destekleyici edimi ise güçlü dağıtıcı niteliktedir ve öğretilerde bu tür destekleyici edimlere gelecek karşı tepkiler ve bunların ayrımcılığı yeniden üretme riski nedeniyle son çare olarak başvurulması gerektiği savunulmaktadır.<sup>149</sup>

Disleksi kaydının başvurucular bakımından dezavantajlı sonuçlar doğurabileceği, Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Ancak Mahkeme, bu kaydın asıl amacının yalnızca diploma puanlarında şeffaflık sağlamak olduğunu, disleksi öğrencilerin engel durumlarını belgeleyerek haklarını kullanmalarını veya haklarından yararlanmalarını sınırlama gibi ayrımcı bir amaç taşımadığına kanaat getirmiştir.<sup>150</sup> Bu değerlendirme, saik eksenli bir yaklaşımın benimsenmesi nedeniyle eleştiriye konu edilebilir.

Saik eksenli yaklaşım, somut olayda disleksi kaydının ayrımcı bir amacı olmasa da, disleksili öğrenciler üzerinde orantısız biçimde olumsuz bir etki yaratabileceği ihtimalini dışlamaktadır. Görünüşte tarafsız genel bir politikanın veya önlemin belirli bir grup üzerinde, aynı ya da benzer durumdaki diğer kişilere kıyasla, orantısız biçimde olumsuz bir etki yaratması, dolaylı ayrımcılık teşkil etmektedir. Dolaylı ayrımcılık, doğrudan ayrımcılıkla zaman zaman kesişebilir ve

---

<sup>148</sup> Disleksi bireylerin zekalarının düşük olduğu yönünde olumsuz kalıp yargılar yaygındır. Başvurucuların avukatları da duruşmada bu yöndeki endişelerini dile getirmiştir. Bkz. <https://www.news4teachers.de/2023/11/stimatisiert-der-zeugnis-eintrag-rechtschreibung-nicht-bewertet-legastheni-ker-das-bundesverfassungsgericht-entscheidet/>. Erişim Tarihi: 18.09.2024.

<sup>149</sup> Fredman, s. 223.

<sup>150</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 48.

birbirinden ayırt edilmesi güçtür.<sup>151</sup> Dolaylı ayrımcılık, doğrudan ayrımcılıktan farklı davranmaya yönelik bir saiki gerektirmemesi ile ayrılmaktadır.<sup>152</sup> Dolaylı ayrımcılığa yol açan tutum ya da davranış ayrımcılığa karşı korunan temellerle doğrudan bağlantılı olmayıp yarattığı sonuç nedeniyle dolaylı olarak bu temellerle ilişkilendirilebilmektedir.<sup>153</sup> Bu doğrultuda, bu ayrımcılık biçimi, “görünüşte tarafsız olan bir tutum ya da davranışın belirli bir grup aleyhine ya da zararına olacak şekilde ve ilgili grubun belirleyici özellikleriyle ilişkilendirilebilecek farklı bir etki ortaya çıkarması” olarak tanımlanmaktadır.<sup>154</sup> Dolaylı ayrımcılık, FAYM tarafından da tanınmaktadır.<sup>155</sup> Biçimsel olarak tarafsız görünen bir önlem, fiilen bir dezavantaj yaratması ya da ayrıcalık tanınması nedeniyle, GG md. 3 f. 3’te öngörülen ayrımcılık yasağını ihlal edebilir.<sup>156</sup>

Somut olayda, disleksi kavramının kendisi olumsuz bir çağrışım taşımamakla birlikte, disleksili bireylerin zekâ seviyesi ve becerileri hakkında yaygın kalıp yargıların bulunduğu göz ardı edilemez. Bu ön yargıların ve kalıp yargıların, disleksili bireylerin yüksek öğrenim görmesini ve iş bulmasını zorlaştırdığı kabul edilmelidir.<sup>157</sup> Dolayısıyla, ayrımcı saik taşımayan bu diplomada yer alan disleksi kaydı sonuçları

<sup>151</sup> Büyükçalık Büyükçağlar, s. 42.

<sup>152</sup> Büyükçalık Büyükçağlar, s. 43-44.

<sup>153</sup> Büyükçalı Büyükçağlar, s. 45.

<sup>154</sup> Büyükçalık Büyükçağlar, s. 42-43.

<sup>155</sup> Huber/Voßkuhle, “Art. 3 Abs. 3”, n. 430.

<sup>156</sup> Huber/Voßkuhle, “Art. 3 Abs. 3”, n. 429.

<sup>157</sup> Bu değerlendirmede İHAM ölçütleri yol gösterici olabilir. İHAM içtihadına göre bir toplumsal ya da etnik grubu genel olarak hedef alan açıklamaların İHAS md. 8 uyarınca bu gruba ait bireylerin “özel hayatını” ihlal edip etmediği üç ilkesel kriterin birlikte değerlendirilmesi sonucunda açığa kavuşturulmaktadır: (i) hedef alınan grubun özellikleri (büyüklüğü, homojenliği, savunmasızlığı ya da damgalanmasının tarihçesi, statüsü); (ii) kamusal alandaki ifade biçiminin grubun tamamını kapsayıp kapsamadığı ve spesifik içeriği (olumsuz stereotipleştirme potansiyeli vs.); (iii) ifadenin bağlamı, biçimi, erişilebilirliği, sosyo-politik bağlam. Bkz. İHAM, *Behar ve Gutman/Bulgaristan*, B. No. 29335/13, 16.02.2021, para. 67; İHAM, *Budinova ve Chaprazov/Bulgaristan*, B. No. 12567/13, 16.02.2021, para. 63.



itibarıyla damgalama yaratabilir. Bu bağlamda, Mahkemenin saik eksenli yaklaşım benimseyip ek güvencenin yarattığı ya da yaratabileceği olumsuz etkiyi dikkate almaması eleştiriyeye açıktır.

### B. Fırsat Eşitliği ve Damgalama Arasındaki Denge Sorunu

Somut olayda, devletin disleksili öğrencilerin yazım becerilerinin kısıtlı olmasının yaratacağı olumsuz etkileri ortadan kaldırma yükümlülüğü ile diğer öğrencilerin akademik başarıları doğrultusunda eşit fırsatları elde etmesini sağlama yükümlülüğü çatışmaktadır. Muafiyetten yararlanan disleksili öğrencilerin damgalanmama, yararlanmayan diğer öğrencilerin ise iş ve eğitim hayatında eşit fırsatlarda yarışma yönünde meşru bir beklentisi bulunmaktadır. Ancak disleksili öğrencilerin bu muafiyetten yararlanmalarının engel durumlarının diplomada açıklanması şartına bağlanması, başvurucuların meslek özgürlüğü (GG md. 12/1) ile bağlantılı olarak ayrımcılığa uğramama hakkına (GG md. 3/3)<sup>158</sup> ve genel kişilik hakkına (GG md. 2/1)<sup>159</sup> müdahale teşkil etmektedir.

2016/679 sayılı AB Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR) 9'uncu maddesi uyarınca diplomadaki disleksi kaydı, diploma sahiplerinin engellilik durumunu açıklaması nedeniyle hassas kişisel verilerin işlenmesi teşkil etmektedir. GG md. 2'de öngörülen genel kişilik hakkı uyarınca bireyler, kişisel verilerinin ne zaman ve hangi sınırlar dahilinde ifşa edileceğine kendileri karar verme hakkına sahiptir.<sup>160</sup> Kişilerin sağlık ve engel durumlarına ilişkin verilerin kaydedilmek, saklanmak, kullanılmak ve ifşa edilmek suretiyle işlenmesi bu hakka müdahale teşkil etmektedir.<sup>161</sup> Bu veriler, kural olarak veri sahiplerinin açık rızası olmadan işlenemez (GDPR md. 9/2). Diplomada hassas nitelikli

<sup>158</sup> Mahkemenin 7'nci madde ışığında eğitim ve istihdamda fırsat eşitliğine müdahale teşkil ettiğine ilişkin değerlendirmesine ilişkin bkz. 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 105.

<sup>159</sup> Mahkemenin disleksi kaydını genel kişilik hakkına müdahale olarak kabul ettiğine ilişkin bkz. 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 50; 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 104.

<sup>160</sup> Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, *Grundrechte Staatsrecht II* (34. Baskı), C.F. Müller Verlag 2018, n. 49, s. 120.

<sup>161</sup> Jarass/Pierothe, "Art. 2", Rn. 48; n. 59.

kişisel veri olan engellilik durumuna ilişkin bilgilerin açıklanması, damgalamaya ve ayrımcılığa yol açabilecek; bu durum, başvuruçuların eğitime ve istihdama erişim şanslarını azaltabilecektir. Bu tehlike, FAYM tarafından belirli ölçüde kabul edilmiştir.<sup>162</sup> Yukarıda da belirtildiği üzere muafiyetten yararlanılmasının bu verilerin açıklanması ön koşuluna bağlı olması, disleksili öğrenciler bakımından hak kaybı yaratabilir.<sup>163</sup> Diplomada yer alan bu kayıt, işe alım süreçlerinde işverenlerde kalıp yargılara dayalı olumsuz bir izlenim yaratabilir. İşverenler, muafiyetten yararlananların iş hayatında yeterli performansı sergilemeyeceğinden endişe ederek onları işe almayabilir. Bu nedenle damgalama riski yaratan bu güvence, destekleyici edimle sağlanan yararın kısmen ya da tamamen geri alınmasına yol açabilir. Hassas nitelikli kişisel verilerinin ifşa edilmesiyle disleksili öğrencilerin özel yaşamlarını ciddi anlamda etkileyebilecek böylesine bir müdahalenin, katı biçimde gerekçelendirilmesi gerekmektedir.

İHAM'ın din dersinden muaf olan öğrencilerin karnelerinde yer alan farklı bir işaretin damgalama riski taşıdığı iddialarını konu edinen *Grzelak/Polonya* (B. No. 7710/02, 15/06/2010) davasında yaklaşımı, Diplomada Disleksi Kaydı Kararı bakımından yol gösterici olabilir.<sup>164</sup> İHAM, din dersinden muaf öğrencilerin karnelerinde, diğer öğrencilerden farklı olarak, "din/ahlak" kısmında bir işaret bulunmamasının, gerçek bir olumsuz etki yaratabileceğini ve tarafsız olmadığını kabul etmiştir.<sup>165</sup> Mahkemeye göre bu durum, başvuruçunun

<sup>162</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 91.

<sup>163</sup> İş dünyasındaki seçimlerde iş veren tarafından dikkate alınan ölçütlerin çok daha karmaşık olduğuna ilişkin bkz. Valeria Nickel, Marca Krefting, "Legastheniker ziehen wegen Zeugnisvermerk vor das BVerfG", <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/legastheniker-ziehen-wegen-zeugnisvermerk-vor-bverfg> Erişim Tarihi: 15.10.2024.

<sup>164</sup> Karar, Mahkemenin Sözleşmeci devlete bir azınlığın damgalanmasını önlemek için pozitif yükümlülükler getirmesi bakımından önem arz etmektedir. Bkz. Carmelo Danisi, "How Far Can the European Court of Human Rights Go in the Fight Against Discrimination? Defining New Standards in its Nondiscrimination Jurisprudence" *International Journal of Constitutional Law* 3-4, 9. Cilt, Ekim 2011, s. 802.

<sup>165</sup> İHAM, *Grzelak/Polonya*, B. No. 7710/02, 15/06/2010, para. 96-97.

“haksız biçimde damgalanması” (*a form of unwarranted stigmatization*) anlamına gelmektedir.<sup>166</sup> Ayrıca İHAM, etik derslerini takip etmek isteyen inançsız öğrenciler ile din derslerini takip eden öğrenciler arasındaki muamele farkının nesnel ve makul bir şekilde gerekçelendirilmediğine, kullanılan araçlarla izlenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığına kanaat getirmiştir.<sup>167</sup> Bu nedenle, ayrımcılık yasağının din ve vicdan özgürlüğü ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar verilmiştir.<sup>168</sup> *Grzelak* kararı, disleksili öğrencilerin muafiyetten yararlanmaları için diplomalarında yer alan disleksi kaydının zorunlu tutulmasının yaratabileceği damgalama açısından paralellik göstermektedir. Yine, eşcinsel ya da biseksüel erkeklerin askerlikten muafiyet için cinsel yönelimlerini açıklamaya zorlanması da somut dava ile benzerlik taşımaktadır.<sup>169</sup> Her iki durumda da bireyler, çeşitli alanlarda muafiyetlerden yararlanabilmek için hassas nitelikli kişisel verilerini, engellilik durumlarını, açıklamaya zorlanmakta ve damgalama riskiyle karşı karşıya kalmaktadır. Disleksi tanısına bağlı muafiyetin, diplomadaki açıklamanın *Grzelak* kararındaki gibi gereksiz bir damgalama yarattığı söylenebilir. Gerçekten de nottan muafiyetle disleksili öğrencilere sağlanan fırsat eşitliği güvencesi, diplomada yer alan disleksi kaydının getirdiği damgalamayla büyük ölçüde ortadan kaldırılmaktadır.<sup>170</sup> Bu bağlamda muafiyetten yararlanmayan diğer öğrencilerin fırsat eşitliği ile disleksi öğrencilerin genel kişilik hakkı (GG md. 2/1), meslek özgürlüğü (GG md. 12/1) ile bağlantılı olarak ayrımcılığa uğramama hakları (GG md. 3/3) arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Bu bağlamda, yazım becerilerinden

---

<sup>166</sup> *Grzelak/Polonya*, para. 99.

<sup>167</sup> *Grzelak/Polonya*, para. 100.

<sup>168</sup> *Grzelak/Polonya*, para. 101.

<sup>169</sup> Askerlikle ilgili muafiyet raporunun gizliliğinin sağlanamamasının bu kişilerin çalışma hayatında ayrımcılığa uğramalarına sebep olabildiğine ilişkin bkz. Umut Güner, Pelin Kalkan, Yasemin Öz vd., Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu (1 Ocak-30 Haziran 2010), İstanbul, Şubat 2011, s. 40.

<sup>170</sup> Isabel Lichewski, “Ein Zeugnis mit bitterer Note”, *VerfBlog*, 2023/11/23.

muafiyet destekleyici edimi öğretilde, "Pirus zaferi"<sup>171</sup> (*Phyruss-Sieg*) olarak adlandırılmıştır.<sup>172</sup> Zira muafiyetle elde edilen avantaj, disleksi kaydının doğurduğu olumsuz etki nedeniyle zayıflamaktadır.

Diplomada yer alan disleksi kaydının meşru bir amaç taşıdığı ve bu amacın gerçekleştirilmesi için uygun bir araç olduğu konusunda şüphe yoktur. Ancak, bu kaydın gerekliliği ve ölçülülüğü tartışma konusu edilebilir. Bu durumda yanıtlanması gereken temel soru, disleksi tanılı öğrencilerin engel durumlarını diplomalarında açıklamaya zorlanmadan da diplomanın şeffaflığı ve karşılaştırılabilirliğinin sağlanıp sağlanmayacağıdır. Başka bir ifadeyle, başvurulabilecek daha hafif bir araç olup olmadığı sorgulanmalıdır.

İlk derece mahkemesine göre diplomada disleksi kaydının yer alması, disleksili öğrenciler bakımından engel temelinde farklı bir etki yaratmaktadır. Bu nedenle katı bir gerekçelendirme gerektirmektedir.<sup>173</sup> İlk derece mahkemesi değerlendirmesinde, yalnızca değerlendirme dışı bir performans ölçütünün bulunduğuna ilişkin açıklamanın yer almasını diğer öğrenciler bakımından fırsat eşitliğinin sağlanması ve diploma notlarının güvenilirliği bakımından yeterli görülmiştir.<sup>174</sup> Disleksi kaydının disleksili öğrencilerin dezavantajlı durumunun ortadan kaldırılmasını engelleyeceği kabul edilmiştir.<sup>175</sup> Bu nedenle ilk derece mahkemesi, davacının yalnızca muafiyetten yararlanıldığına ilişkin ve engellilik durumunu ifşa etmeyen bir kayıtle diplomayı alma hakkına sahip olduğuna karar vermiştir.<sup>176</sup>

---

<sup>171</sup> Pirus zaferi basitçe galip olana kazanımdan çok zarar getiren başarı olarak tanımlanabilir. "İçi boş zafer" olarak da ifade edilmektedir. Bkz. *Britannica Online Ansiklopedisi*, Pyrrhic Victory, <https://www.britannica.com/topic/Pyrrhic-victory>. Erişim Tarihi: 02.08.2024.

<sup>172</sup> Lichewski, 2023.

<sup>173</sup> Bkz. Verwaltungsgericht München, M 3 K 11.2963, 26.02.2013, para. 60-61. Engellilik temeli, Alman Anayasası'nın 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında açıkça sayılan yasak ayrımcılık temellerinden biridir.

<sup>174</sup> M 3 K 11.2963, para. 61.

<sup>175</sup> M 3 K 11.2963, para. 63.

<sup>176</sup> M 3 K 11.2963, para. 63.

İlk derece mahkemesi kararı ışığında, muafiyete ilişkin başvuru sahiplerinin disleksi tanılı öğrenciler olduğunu ifşa etmeyen bir kayıt, disleksi kaydına göre daha hafif bir araç olarak düşünülebilir. Ancak “*yukarıda bilgileri yer alan öğrenci yazım becerileri performansı değerlendirmesinden muaf tutulmuştur*” gibi görünüşte tarafsız bir açıklama da, yazım becerilerine ilişkin performansın değerlendirme dışı bırakılması yalnızca disleksili öğrencilere tanınan bir ayrıcalık olduğundan, dolaylı olarak diploma sahibinin engel durumunun açığa vurulmasına sebep olabilecektir. Dolayısıyla bu tür bir açıklama, diplomanın şeffaflığı ve karşılaştırılabilirliğini güvence altına almaya elverişli olsa da disleksili öğrencileri damgalama tehlikesinden korumaya elverişli değildir.

Yüksek İdare Mahkemesi (*Verwaltungsgerichtshof*), öğrencileri ya da velilerinin veya vasilerini muafiyetle sağlanan not güvencesine rıza göstermekle engellilik durumunu açıklamaya da rıza göstermeye zorlandığını kaydetmiştir.<sup>177</sup> Yüksek Mahkeme, diplomadaki kaydın disleksi öğrencilerin iş hayatına erişimini zorlaştıran herhangi bir içerikten arı olması gerektiğini kabul etmiştir.<sup>178</sup> Disleksi durumunun açıklanmasının çalışma hayatını halâ zorlaştırmakta olduğu göz önünde bulundurularak bir lise mezununun disleksi durumunu diplomada yer alan bir kayıtla ifşa etme zorunluluğu olmadığına, bu açıklamaların ancak münferit bir vakianın özel koşullarına ya da başvuru için özelliklerine bağlı olduğuna karar vermiştir.<sup>179</sup>

Yüksek İdare Mahkemesinin yaklaşımı doğrultusunda 23 Aralık 1976 tarihli Sosyal Güvenlik Kanunu’nun (*Sozialgesetzbuch*) “Engelli Kişilerin Rehabilitasyonu ve Katılımı” başlıklı Dokuzuncu Bölümünde (*Neuntes Buch*) yer alan 164’üncü paragrafının 2’nci fıkrası (§ 164 f. 2 c. 1 SGB IX), mevcut davada engellilik durumunu açıklamaya zorlamayacak daha hafif bir aracın olup olmadığını değerlendirmede yol gösterici olabilir. Bu hüküm, “işverenin yükümlülüklerini ve ağır engelli bireylerin haklarını” düzenlemektedir. Bu kapsamda, ağır engelli

<sup>177</sup> Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, 7 B 14.23, 28.05.2014, para. 26-28.

<sup>178</sup> 7 B 14.23, para. 30.

<sup>179</sup> 7 B 14.23, para. 30.

bireylerin iş başvurusunda engel durumunu açıklama yükümlülüğü yalnızca, engellerinin işin gerektirdiği faaliyeti yerine getirmelerini objektif olarak imkânsız kılması ya da ciddi biçimde kısıtlaması hâlinde geçerlidir.<sup>180</sup>

Sonuç olarak, disleksili lise mezunları, yalnızca mesleklerinin veya eğitimlerinin niteliğinin gerektirdiği hâllerde, muafiyet durumlarını ve bunun gerekçesi olan engellilik durumlarını açıklamakla yükümlü tutulmalıdır. Böyle bir güvence, hem bu iş alanlarında muafiyetten yararlanmayanlarla yarışta fırsat eşitliğini sağlayacak, hem de disleksili bireylerin damgalanma olasılığını azaltacaktır. Dolayısıyla meşru amaca ulaşmak için daha hafif ve aynı derecede etkili bir yol sağlanmış olacaktır.

### C. Aşağıya Doğru Eşitleme Sorunu

“Aşağıya doğru eşitleme” avantajlı ve dezavantajlı gruplar arasındaki eşitliğin sağlanmasının, avantajlı konumda olan grubun avantajının veya hakkının ortadan kaldırılmasıyla sağlandığı durumları ifade etmektedir.<sup>181</sup> Bu tür bir destekleyici edim, bir iyileşmeye yol açmadığı gibi daha önce avantajlı olanlarla dezavantajlı olanların her ikisinin de durumunun kötüleşmesine neden olabilir. Bu nedenle, aşağıya doğru eşitleme eşitsizliklerle mücadelenin bir aracı olarak kabul edilemez, aksine ayrımcılık yaratır.

FAYM'ye göre, *Abitur* sınavında bazı becerilerin performans değerlendirmesine konu edilmemesi, eğitime ve istihdama gerçek anlamda eşit erişimin sağlanması için genel olarak sertifikada belirtilmelidir.<sup>182</sup> Mahkeme, diğer engelli öğrencilerin engellerinin performansları üzerinde yarattığı kısıtlamalar nedeniyle disleksili öğrencilerle benzer şekilde çeşitli alanlarda muafiyetten yararlanmalarına rağmen bu durumun ve gerekçelerinin diplomalarında açıklanmamasının ayrımcılık teşkil ettiğine karar

<sup>180</sup> Wolf-Dieter Sponer, Franz Steinherr, Sylvana Donath vd., *Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L): Kommentar*, R. v. Decker, 2024, n. 583.

<sup>181</sup> Khaitan, s. 218.

<sup>182</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 114.

vermiştir.<sup>183</sup> FAYM, bu iki öğrenci grubu arasındaki eşitsiz muameleyi ortadan kaldırmak amacıyla, muafiyetten yararlanıldığını açıklamak için engellilik durumunu ifşa eden kaydın, diğer engelli öğrencilerin diplomalarında da yer alması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>184</sup> Ancak damgalamaya yol açan bu ek güvencenin diğer öğrencilere genişletilmesi, aşağıya doğru eşitlemeye ve ayrımcılığa yol açabilecektir.

## SONUÇ

Yararlanıcı grup dışındaki bireylerin fırsat eşitliğini koruma amacıyla tasarlanan destekleyici edime ek güvenceler, yararlanıcı grubun damgalanmasına ve ayrımcılığa uğramasına yol açabilir. Bu durum, destekleyici edimle hedeflenen amacın tersi bir etki yaratacaktır. Bu nedenle, aşırı tazminin önüne geçmek için öngörülen ek güvencelerin, yararlanıcı grubu damgalamayacak şekilde tasarlanması gerekmektedir.

Destekleyici edimin esaslı unsurlarından biri, hedef gruba yarar sağlamasıdır. Bir önlem, yararlanıcı gruba zarar veriyorsa destekleyici edimden söz edilemez. Çalışmada analiz edilen kararın temel tartışma noktası, performans değerlendirmesinden muafiyet ile disleksili öğrencilere sağlanan yararın uygulanan ek güvenceyle geri alınması, hatta bu öğrenciler için damgalama yaratmasıdır. Disleksili öğrencilerin öğrenme güçlükleri nedeniyle yazım becerilerine ilişkin performans değerlendirmesinden muaf tutulmaları, muafiyet uygulamasının ve öğrencilerin engellilik durumlarının diplomalarında açıklanması koşuluna bağlıdır. Ancak, böyle bir kaydın bulunması, disleksili öğrenciler bakımından iş başvurularında ve yüksek öğrenime girişte damgalama etkisi yaratabilir. Disleksili öğrencilere sağlanan fırsat eşitliği güvencesi, diplomada yer alan disleksi kaydının getirdiği damgalamayla büyük ölçüde ortadan kaldırılmaktadır. Öte yandan, muafiyetin açıklanmaması da disleksili öğrencilerin diğer öğrencilerle eşit şartlarda yarıştıkları izlenimi yaratacak ve diplomanın şeffaflığı ile notların karşılaştırılabilirliğini zedeleyecektir.

<sup>183</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, 1 BvR 2578/15, para. 114-116; 117.

<sup>184</sup> 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2579/15, 1 BvR 2578/15, para. 114.

FAYM'ye göre, disleksi kaydı diplomaların şeffaflığı ve karşılaştırılabilirliğini sağlamayı hedeflemektedir. Disleksi kaydının meşru bir amaç taşıdığı ve bu amacın gerçekleştirilmesi için uygun bir araç olduğu kabul edilmekle birlikte tartışılması gereken husus, bu kaydın gerekliliği ve ölçülülüğüdür. FAYM, bu kaydın başvurucular üzerinde yaratabileceği potansiyel damgalamaya yeterince değinmemiş ve bunun yerine diplomada yer alan bu açıklamaların ayrımcı bir saik taşımadığına odaklanmıştır.

Mahkeme, saik eksenli yaklaşımı doğrultusunda diplomada yer alan disleksi kaydının, disleksili öğrencilerden oluşan başvurucuların ayrımcılık yasağı hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir. Dolayısıyla Mahkeme, diğer öğrencilerin akademik başarıları doğrultusunda eşit fırsatları elde etmesinin sağlanmasıyla elde edilecek kamu yararının, disleksili öğrencilerin damgalamaya uğramaması menfaatine ağır bastığına kanaat getirmiştir. Ancak bu yaklaşım, ek güvencenin yaratacağı olumsuz etkileri göz ardı etmesi nedeniyle eleştiriye konu edilebilir. Ayrıca, FAYM'nin kararda engellilik durumunu ifşa eden kaydın muafiyetten yararlanan diğer engelli öğrencilere genişletilmesine hükmetmesi, aşağıya doğru eşitleme teşkil edebileceğinden ayrımcılığa yol açma riski taşımaktadır. Görünüşte tarafsız olan ve yasak ayrımcılık temellerine dayanmayan ek güvencelerin, eğitime ve istihdama erişimi zorlaştıracak damgalama yaratma gibi olumsuz etkileriyle ancak maddi eşitlik anlayışının benimsenmesi ve bu anlayışla kavranabilen dolaylı ayrımcılığın tanınmasıyla mücadele edilebilir. Bu nedenle, ek güvencelerin yarattığı damgalamanın görünür kılınması, saik eksenli yaklaşımın terk edilmesi ve çok boyutlu bir ayrımcılık yasağı anlayışının benimsenmesi ile mümkündür.

Diplomada yer alan kayıtlar, disleksili öğrencilerin iş hayatına erişimini zorlaştıran herhangi bir içerikten ari olmalıdır. Yalnızca muafiyetten yararlanıldığına ilişkin ve engel durumunu açıklamayan tarafsız diploma açıklamaları somut olaydaki kayda alternatif, daha hafif bir araç olarak düşünülebilir. Ancak bu açıklamadan diploma sahibinin engel durumu dolaylı olarak anlaşılacağından yalnızca destekleyici edimden yararlanıldığına ilişkin tarafsız bir açıklama damgalama tehdidini ortadan kaldırmayacaktır. Diplomada böyle bir



kayda yer vermek yerine disleksili öğrenciler yalnızca mesleklerinin veya eğitimlerinin gerektirdiği durumlarda muafiyet durumlarını ve gerekçesini açıklamaya zorlanabilmelidir. Bu tür bir güvence, hedef grubun dışındaki öğrencilere fırsat eşitliği sağlarken, disleksili öğrencilerin damgalanma riskini de azaltacaktır. Böylece, meşru amaca ulaşmak için daha hafif ve etkili bir yol sağlanmış olacaktır.

Sonuç olarak, ek güvenceler destekleyici edimle sağlanması amaçlanan yararın etkisini ortadan kaldırmadan ayrımcılık ve damgalama riskini en aza indirecek biçimde tasarlanmalıdır. Destekleyici edim uygulanırken fırsat eşitliği ile ayrımcılık yasağı kapsamında görülebilecek damgalamayı önleme gerekliliği arasında makul bir denge kurulmalıdır. Böylece, hem destekleyici edimle hedeflenen menfaat tam olarak sağlanacak hem de bireylerin eşit şartlar altında yarışması güvence altına alınacaktır. Bu doğrultuda ek güvenceler bakımından somut olayın gereklerine göre şekillenen daha birey odaklı bir yaklaşım benimsenebilir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Peer-Review:** Externes Peer-Review-Verfahren.

**Interessenkonflikt:** Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

**Finanzielle Unterstützung:** Der/die Autorinnen erklärt/en, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Die Implementierung zusätzlicher Schutzmaßnahmen, welche die Chancengleichheit von Personen außerhalb der begünstigten Gruppe gewährleisten sollen, birgt das Risiko einer Stigmatisierung und Diskriminierung der begünstigten Gruppe. Dies steht im Widerspruch zum eigentlichen Ziel der Fördermaßnahme. Um einer Überkompensation durch die Fördermaßnahme vorzubeugen, sollte eine zusätzliche Schutzmaßnahme so konzipiert sein, dass sie die begünstigte Gruppe nicht stigmatisiert.*

*Die Gewährleistung der Chancengleichheit für andere muss so erfolgen, dass die begünstigte Gruppe nicht stigmatisiert wird. Die Ausgestaltung von Fördermaßnahmen, um das genannte Gleichgewicht zu wahren, stellt einen anspruchsvollen Balanceakt dar, der im Licht des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 22. November 2023 (BvR 2577/15) einer näheren Untersuchung unterzogen wurde. Die vorliegende Studie ist in drei Teile gegliedert. Im ersten Teil erfolgt eine Zusammenfassung der getroffenen Entscheidung sowie eine Beleuchtung der darin aufgeworfenen Kernfragen. Der zweite Teil widmet sich dem allgemeinen Konzept der Fördermaßnahmen und stellt verschiedene Ansätze zu diesem Konzept vor. Im dritten Teil werden die Grenzen der Fördermaßnahmen im Zusammenhang mit der Analyse der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung erörtert.*

*Das in der Studie analysierte Urteil hat die Rechtsprechung maßgeblich geprägt, indem es Legasthenie als Behinderung definiert und mit dem Recht auf Chancengleichheit sowie dem Sozialstaatsprinzip verknüpft hat. Allerdings müssen auch kritische Punkte ernsthaft in die Überlegungen einbezogen werden. Die vorliegende Studie befasst sich mit der Fragestellung, inwiefern die Nichtbewertung der Schreibleistungen von Schülern mit Legasthenie deren Nutzen beeinträchtigt. Die Ergebnisse zeigen, dass die zusätzliche Schutzmaßnahme einen gegenteiligen Effekt hat und sogar zu einer Stigmatisierung dieser Schüler führt. Ein wesentlicher Aspekt von Fördermaßnahmen ist, dass sie der definierten Zielgruppe zugute kommen. Eine Maßnahme kann daher nicht als Fördermaßnahme gelten, wenn sie der Zielgruppe schadet. Die Nichtbewertung der Rechtschreibleistung von Schülern mit Legasthenie aufgrund ihrer Lernschwierigkeiten ist an die*

*Bedingung geknüpft, dass die Nichtbewertung und der Hinweis auf die Behinderung auf dem Zeugnis vermerkt werden. Ein solcher Vermerk kann jedoch bei Bewerbungen um einen Arbeits- oder Studienplatz stigmatisierend wirken. Die Gewährleistung der Chancengleichheit für Schüler mit Legasthenie wird durch die Stigmatisierung, die der Legasthenie-vermerk auf dem Zeugnis darstellt, weitgehend aufgehoben. Ein weiterer Aspekt, der in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen ist, ist die mangelnde Transparenz der nicht bewerteten Leistungen. Dies kann dazu führen, dass Noten fälschlicherweise als vergleichbar wahrgenommen werden, obwohl sie unterschiedliche Leistungsniveaus repräsentieren.*

*Die Dokumentation der Legasthenie im Abiturzeugnis ist erforderlich, um die Wahrheit, Transparenz und Vergleichbarkeit des Abiturzeugnisses zu gewährleisten. Der Legasthenie-Vermerk wird nicht nur als angemessen und gerechtfertigt, sondern auch als notwendig erachtet, um einen chancengleichen Zugang zu Ausbildung und Beruf sicherzustellen. Obschon der Eintrag als legitimes Ziel und als geeignetes Mittel zur Zielerreichung anerkannt wird, wird seine Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit hinterfragt. In seinem Urteil hat sich das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) nicht hinreichend mit der möglichen Stigmatisierung durch den Vermerk auseinandergesetzt. Der Fokus lag stattdessen auf der fehlenden diskriminierenden Motivation des Vermerks.*

*Infolge dieses motivorientierten Ansatzes kam das Gericht zu dem Schluss, dass der Legasthenie-Vermerk keine Diskriminierung der Beschwerdeführenden darstellt. Die Entscheidung des Gerichts zeigt, dass das öffentliche Interesse an der Gewährleistung gleicher Chancen für alle Schüler\*innen entsprechend ihren akademischen Leistungen das Interesse von Schüler\*innen mit Legasthenie, nicht stigmatisiert zu werden, überwiegt. Dieser Ansatz des Gerichts ist jedoch als fehlerhaft zu kritisieren, da er die negativen Auswirkungen der zusätzlichen Schutzmaßnahme außer Acht lässt. Diese Haltung könnte jedoch kritisiert werden, da sie die möglichen negativen Auswirkungen zusätzlicher Schutzmaßnahmen außer Acht lässt. Darüber hinaus birgt das Urteil des BVerfG, den Hinweis auf eine Behinderung auf das Zeugnis auch auf andere Schüler\*innen mit Behinderung auszuweiten, das Risiko einer "Levelling-Down"-Interpretation und somit diskriminierender Folgen.*

*Vermerke in den Zeugnissen sollten keine Inhalte enthalten, die den Zugang von Abiturienten mit Legasthenie zum Arbeitsmarkt erschweren. Als mildere Alternative zu einem konkreten Vermerk könnte eine bescheinigungsneutrale Zeugnisformulierung angesehen werden, die lediglich auf die Inanspruchnahme einer Nichtbewertung hinweist und keine Angaben zur Art der Behinderung enthält. Da aus dieser Information jedoch indirekt auf den behinderungsbedingten Hintergrund der betreffenden Person geschlossen werden könnte, wäre die Gefahr einer Stigmatisierung auch durch einen neutralen Vermerk eine Schutzmaßnahme nicht gänzlich auszuschließen. Anstelle eines solchen Vermerks im Zeugnis sollten Schüler\*innen mit Legasthenie nur dann verpflichtet werden, die Nichtbewertung der Rechtschreibleistung und dessen Begründung zu erläutern, sofern dies für ihren Beruf oder ihre Ausbildung erforderlich ist. Die Implementierung dieser Maßnahme würde dazu beitragen, das Risiko der Stigmatisierung von Menschen mit Legasthenie zu reduzieren und gleichzeitig die Chancengleichheit gegenüber jenen zu gewährleisten, die keine Nichtbewertung in Anspruch nehmen können. Eine solche Schutzmaßnahme würde Chancengleichheit für Schüler\*innen außerhalb der Zielgruppe schaffen und gleichzeitig die Gefahr der Stigmatisierung Schüler\*innen mit Legasthenie verringern. Auf diese Weise wird ein legitimes Ziel auf mildere und wirksamere Weise erreicht.*

*Schließlich sollten zusätzliche Schutzmaßnahmen so gestaltet werden, dass sie die beabsichtigte Wirkung der Fördermaßnahmen nicht beeinträchtigen und gleichzeitig das Risiko von Diskriminierung und Stigmatisierung minimieren. Bei der Anwendung der Fördermaßnahmen sollte ein angemessenes Gleichgewicht zwischen der Förderung von Chancengleichheit und dem Erfordernis zur Vermeidung von Stigmatisierung im Sinne des Diskriminierungsverbots gewahrt werden. Auf diese Weise wird sowohl der mit der unterstützenden Maßnahme angestrebte Nutzen vollumfänglich erreicht als auch sichergestellt, dass Individuen unter gleichen Bedingungen konkurrieren können. In diesem Zusammenhang kann ein stärker personenbezogener Ansatz gewählt werden, der den spezifischen Erfordernissen des Einzelfalls entspricht.*

### KISALTMALAR CETVELİ:

AYM: Anayasa Mahkemesi

Bkz.: Bakınız

çev.: Çeviren

BM: Birleşmiş Milletler

FAYM: Federal Alman Anayasa Mahkemesi

GG: Grundgesetz (Alman Anayasası)

IAOKS: Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi

İHAM: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

İHAS: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

KKAOKS: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi

### KAYNAKÇA

- ADDIS Adeno, "Special Temporary Measures and the Norm of Equality", M. Ambrus, R.A. Wessel (Ed.), *Netherlands Yearbook of International Law 2014: Between Pragmatism and Predictability: Temporariness in International Law (Netherlands Yearbook of International Law Vol. 45)*, T.M.C. Asser Press, Lahey, 2015, s. 311-330.
- ANDERSON Terry H., *The Pursuit of Fairness: a History of Affirmative Action*. Oxford University Press, New York, 2004.
- ARNARDÓTTIR Oddný Mjöll, "A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?", *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, Martinus Nijhoff, 2009, s. 41-66.
- Avrupa Komisyonu, *International Perspectives on Positive Action Measures: Analysis in the European Union, Canada, The United States and South Africa*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2009.
- American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – 5 (Beşinci Baskı)*, American Psychiatric Association Publishing, Washington DC, 2013.
- Avrupa Konseyi, "Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of the Human Rights and Fundamental Freedoms (İHAS 12 no.lu Protokole İlişkin Açıklayıcı Rapor)" (European Treaty Series – No. 17), 2000.
- BÜYÜKÇALIK BÜYÜKÇAĞLAR Mürvet Ece, *Dolaylı Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- CAMPBELL Mary/HOUH Emily/ONWUACHI-WILLIG Angela, "Cracking the Egg: Which Came First: Stigma or Affirmative Action?", *California Law Review* 96, 2018, s. 1299-1352.
- DANISI Carmelo, "How Far Can the European Court of Human Rights Go in the Fight Against Discrimination? Defining New Standards

in its Nondiscrimination Jurisprudence” *International Journal of Constitutional Law* 3-4, 9. Cilt, Ekim 2011, s. 793–807.

doi: 10.1093/icon/mor044.

DE ALBUQUERQUE, Catarina, “Report of the Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation, Addendum: Mission to the United States of America”, A/HRC/18/33/Add.4, BM İnsan Hakları Konseyi, 2.07.2011, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-42\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-42_en.pdf).

DOMINGUEZ-REDONDA Elvira/HOWARD Erica/ BAEZ Narciso Leandro Xavier Baez (Ed.), *Affirmative Action and the Law: Efficacy of National and International Approaches*, Routledge, Abingdon, 2021.

FORAN Michael P., *Equality Before the Law: Equal Dignity, Wrongful Discrimination, and the Rule of Law* (Hart Studies in Constitutional Theory), Hart Publishing, 2023

FREDMAN Sandra, *Discrimination Law (2. Baskı)*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

GEMALMAZ Mehmet Semih, " Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında ‘Özel Önlemler’, ‘Geçici Özel Önlemler’, ‘Pozitif Edim’ ve ‘Destekleyici Edim’ ", Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoglu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, 103-306.

GOFFMAN Erving, *Damga: Örselenmiş Kimliğin İdare Edilişi Üzerine Notlar*, Çev. Ş. Geniş, L. Ünsaldı, S. N. Ağırnaslı, Heretik Yayıncılık, Ankara, 2014.

GOLDSCHMIDT Jenny E., “Ms Goldschmidt Is It True That You Are Deaf? That Would Really Help Us To Meet The Quota! Positive Discrimination Revisited...”, M. van den Brink, S. Burri, J. Goldschmidt (Ed.), *Equality and Human Rights: Nothing but Trouble?*, Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, 2015, s. 345-357.

- GÜL İdil Işıl, "Ayrımcılığın Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü", K. Çayır, M. Ayan (Ed.), *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar* (3. Baskı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Şubat 2018, s. 268-276.
- GÜL İdil Işıl/Karan Ulaş, *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, B. Yeşiladalı, G. Ayata (Ed.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Şubat 2011.
- GÜNER Umut/KALKAN Pelin/ÖZ Yasemin vd., *Türkiye'de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu* (1 Ocak-30 Haziran 2010), İstanbul, Şubat 2011.
- HELLMAN Deborah, "Equality and Unconstitutional Discrimination" D. Hellman, S. Moreau (Ed.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2013, s. 51-70.
- HUBER, Peter M./VOŞKUBLE, Andreas, *Grundgesetz Band 1 Präambel Art. 1-19: Kommentar* (8. Baskı), Verlag C.H. Beck, München, 2024.
- JEREMIAS Christoph, *Dauerleiden und Nachteilsausgleich im Prüfungsrecht*, NVwZ 2019, 839, beck-online.
- JARASS Hans D./PIEROTH Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar* (17. Baskı), Verlag C.H. Beck, München, 2022.
- KAPOTAS Panos, *Positive Action as a Means to Achieve Full and Effective Equality in Europe*, Law Department of the London School of Economics, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kasım 2009.
- KARAN Ulaş, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.
- KELLOUGH, J. Edward, *Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination and the Search for Justice*, Georgetown University Press, Washington DC, 2006.
- KHAITAN Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.



KINGREEN Thorsten/ POSCHER, Ralf, *Grundrechte Staatsrecht II* (34. Baskı), C.F. Müller Verlag, 2018.

LARRY Alexander, "Affirmative Action and Legislative Purpose: Jed Rubenfeld, 'Affirmative Action', 107 Yale L.J. 427 (1997)." *The Yale Law Journal* 107, c. 8, 1998, s. 2679–84.

doi: 10.2307/797356.

LICHEWSKI Isabel, "Ein Zeugnis mit bitterer Note", VerfBlog, 2023/11/23.

doi: 10.59704/6a6ae56041d807d8.

"Legasthenie-Vermerke im Abiturzeugnis sind grundsätzlich nötig", *beck-aktuell*, 22.11.2023, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/bverfg-legasthenie-vermerke-im-abiturzeugnis-sind-grundsatzlich-noetig> adresinden 18 Eylül 2024 tarihinde erişilmiştir.

MCCRUDDEN Christopher, "Comparative Taxonomy of 'Positive Action' and 'Affirmative Action' Policies", R. Schulze (Ed.), *Non-Discrimination in European Private Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, s. 157-180.

NICKEL Valeria/KREFTING Marca, "Legastheniker ziehen wegen Zeugnisvermerk vor das BVerfG", <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/legastheniker-ziehen-wegen-zeugnisvermerk-vor-bverfg> adresinden 15 Ekim 2024 tarihinde erişilmiştir.

OBREJA Leyla Denisa, *The Relationship Between Affirmative Action and Equality In The International Human Rights System: A Compatibility Test*, Lund Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.

RAMCHARAN Bertrand G., "Equality and Nondiscrimination, The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights", L. Henkin (Ed.), Columbia University Press, New York, 1981, s. 246-269.

SOLANKE Iyiola, *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

SPONER Wolf-Dieter/STEINHERR Franz/DONATH Sylvana vd., *Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L): Kommentar*, R. v. Decker, 2024.

“Stigmatized der Zeugnis-Eintrag “Rechtschreibung nicht bewertet” Legastheniker? Karlsruhe entscheidet: Nein – wenn...”, *News4Teachers Das Bildungsmagazin*, 22.11.2023, <https://www.news4teachers.de/2023/11/stigmatized-der-zeugnis-eintrag-rechtschreibung-nicht-bewertet-legastheniker-das-bundesverfassungsgericht-entscheidet/> adresinden 18 Eylül 2024 tarihinde erişilmiştir.

TIMMER Alexandra, “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review* 11, 4. Cilt, 2011, s. 707-738.

doi: 10.1093/hrlr/ngr036.

TIMMER Alexandra, “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, *The American Journal of Comparative Law* 63, 1. Cilt, 2015, s. 239-284. <http://www.jstor.org/stable/26386653> adresinden 15 Ekim 2024 tarihinde erişilmiştir.

U.S. Commission on Civil Rights. *Affirmative Action in American Law Schools*, Briefing Report, Washington DC, 2007, <https://www.usccr.gov/pubs/docs/AALSreport.pdf> adresinden 20 Ağustos 2024 tarihinde erişilmiştir.

BOSSUYT Marc, E/CN.4/Sub.2/2002/21, BM İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması Alt Komisyonu, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi, 17.06.2002.

## **Kararlar**

AYM, E. 1996/10, K. 1996/40, 22.10.1996.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, 7 B 14.23, 28.05.2014.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, BvR 2577/15, 22.11.2023.

Verwaltungsgericht München, M 3 K 11.2963, 26.02.2013, openJur.

İHAM, Behar ve Gutman/Bulgaristan, B. No. 29335/13, 2021.

İHAM, Belçika Dil Davası/Belçika, B. No. 1474/62, 23.07.1968.

İHAM, Budinova ve Chaprazov/Bulgaristan, B. No. 12567/13, 16.02.2021.

İHAM, D.H. ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti [B.D.], B. No. 57325/00, 13.11.2007.

İHAM, Sampanis ve diğerleri/Yunanistan, B. No. 32526/05, 05.06.2008.

İHAM, Oršuř ve dięerleri/Hırvatistan, B. No. 15766/03, 16.03.2010.

İHAM, Sampani ve diğerleri/Yunanistan, B. No. 59608/09, 11.12.2012.

İHAM, Horváth ve Kiss/Macaristan, B. No. 11146/11, 29.01.2013.

İHAM, Kurić ve Dięerleri/Slovenya [B.D.], B. No. 26828/06, 26. 06.2012.

İHAM, Lavidá ve diğerleri/Yunanistan, B. No. 7373/10, 30.05.2013.

İHAM, Muñoz Díaz/İspanya, B. No. 49151/07, 08.12.12.2009.

İHAM, Sejdić and Finčić/Bosna Hersek [B.D.], B. No. 27996/06 34836/06, 22.12.2009.

İHAM, X ve diğerleri/Arnavutluk, B. No. 73548/17 45521/19, 31.05.2022.

İHAM, Thlimmenos/Yunanistan [B.D.], B. No. 34369/97, 06.04.2000.