

## **TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ VE İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI\***

**Doç. Dr. Sibel İNCEOĞLU\*\***

### **SUMMARY**

The principle of equality (art 10) is an essential part of the Turkish Constitution. On the other hand prohibition of discrimination is provided by the European Convention on Human Rights in the art. 14 and the Protocol No. 12. In this article firstly the principle of equality is analyzed taking into consideration the constitutional provision and the case law of the Constitutional Court. Secondly the prohibition of discrimination provided by ECHR is examined relaying on the European Court of Human Rights cases. Finally the criteria used by the Turkish Constitutional Court are compared with those of the European Court of Human Rights

### **Giriş**

Günümüzde neredeyse bütün anayasalar ve uluslararası sözleşmeler eşitlik ilkesine yer vermektedir. Bu ilke modern hukuk sistemlerinde hukuk devletinin en önemli parçası olarak görülmektedir.

Eşitliğin, ancak hukuk devletinin güvence araçlarıyla birlikte korunma imkanına kavuşabildiği doğru olmakla birlikte, eşitliğe ilişkin düşüncelerin yeni olduğu söylenemez. Örneğin, Antikçağda dahi eşitlik dileği dile getirilmiştir. Platon, kadın erkeğin gördüğü işi görebilir mi sorusunu cevaplarırken şöyle diyor: “Dazlak kafalılarla saçlı olanlar bir yaratılıştadır mıdır? Aynı dersek, dazlak kafalılar kunduracı olunca, saçlı olanlara kunduracılık yaptırmamız gerekir, ya da tersine... kadınla erkek arasındaki fark sadece kadının doğurması, erkeğin de tohum salmasından başka bir şey değil ise, üstünde durduğumuz konuda kadınla erkeğin ayrılığını hesaba katmayacağız. Bekçilerimizin karılarıyla birlikte aynı işleri

---

\* Bu yazı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum'da sunulan bildirinin bir bölümünün bazı değişiklikler yapılarak hazırlanmış halidir. Sibel Inceoglu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, Anayasa Yargısı, S. 18, Ankara 2001, s. 41-70.

\*\* *MÜHF Anayasa Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi*

görmeleri gerektiğini ileri süreceğiz”<sup>1</sup>. Fakat ne Platon’un tam olarak bir eşitlik savunucusu olduğunu, ne bu tür dileklerin, o dönemde eşitlik ilkesinin yaşama geçirildiğini gösterdiğini ne de tersi fikirlerin örneğin köleliği meşrulaştırıcı fikirlerin savunulmadığını söylememiz mümkün değildir. Nitekim Platon ve Aristoteles hiyerarşik bir evren ve insanların eşitsizliği temeline dayanmışlardır. Aristoteles bir üretim aracı olan köleliğin doğallığını güçlü bir biçimde savunurken esasında üretim biçiminin sonucu olan mevcut düzeni meşrulaştırmaktadır<sup>2</sup>. Eski Yunanda eşitlik, “vatandaşlar arası eşitlik”, “bilgeler arası eşitlik” gibi eşitsizliğin eşitlik sözcüğü ile ifade edildiği sınırlı bir eşitlik olmuştur<sup>3</sup>.

Antikçağda şehir devletlerin yıkılmasından sonra İmparatorluk döneminde iki sorun evrensel bir düşüncenin savunulmasına destek olmuştur. Birincisi, kökenlerin ve geleneklerin farklılıklarını tek bir belirleyicinin yönetimi altında bir arada tutacak “bir dünya görüşü” oluşturma zorunluluğu<sup>4</sup>, ikincisi ise şehir devletin güvenlik duygusunun yok olmasıyla, geniş ve yabancı bir dünya ile karşılaşmanın yarattığı yol göstericilik ve yardım ihtiyacı olmuştur. Bu geniş dünyada yalnız bırakılmış insan, birey olma bilincine yönelmiştir<sup>5</sup>, bu bilincin referansları Stoa öğretisindeki evrensel eşitlik ve özgürlük olmuştur. İlk defa Stoa öğretisinde eşitlik evrensel bir ilke olarak dile getirilmiştir. Bu öğretinin en önemli düşünürü Seneca, insanı sadece insan olduğu için, öz bakımından eşit ve saygı değer kabul etmekle birlikte, efendilerin kölelere dostça nazik davranmaları gerektiğini öğütlemekten ileri gitmemiş, kölelerin düzeni yıkmaması için, mevcut düzeni meşrulaştıran bir araç sunmuştur<sup>6</sup>.

Her tarihsel dönem ve her toplum kendine ait üretim biçimleri ve değerlerinin yansıması sonucu farklı eşitlik anlayışlarını içermiştir. Antikçağ için örneğin vatandaşlar arası eşitlikten söz edilirken, ortaçağ için “tanrı önünde eşitlik”ten<sup>7</sup>, burjuva devrimi sonrası “yasa önünde eşitlik”ten, sanayi devriminden sonra da, kanun önünde eşitliği tamamlayan, sosyal devletin ürünü olan “fırsat eşitliği”nden söz edilebilir.

---

<sup>1</sup> Platon, *Devlet*, çev. Sabahattin Eyüboğlu-M.Ali Cimcoz, Remzi kitabevi, 7. b., İstanbul 1992, (Beşinci kitap 454 c ve e), s. 142.

<sup>2</sup> Bkz. Aristoteles, *Politika*, çev. Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, 4. b., İstanbul 1993, (Kitap I Bölüm 4-5), s. 12-14.

<sup>3</sup> Alaeddin Senel, “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi”, *Yavuz Abadan’a Armağan*, AÜSBF yay., Ankara 1969, s.257.

<sup>4</sup> Bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları, *Kent Devletinden İmparatorluğa*, İmge Kitabevi, Ankara 1994, s. 398-400.

<sup>5</sup> Jacques Choron, *Death and Western Thought*, Colliers Book press, 2. ed, New York 1973.

<sup>6</sup> Bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları–Levent Köker, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, İmge Kitabevi yay., Ankara 1991, s. 66-70.

<sup>7</sup> Şenel, s. 259.

Bu çalışma fırsat eşitliğini değil, “yasa önünde eşitlik”, “yasaların eşit koruması”, “hukuki eşitlik” ya da “ayrımcılık yasağı” olarak çeşitli şekillerde ifade edilen eşitliği ele almaktadır. Yasa önünde eşitlik ilkesinin temelleri 17. ve 18. yüzyıllarda laik doğal hukuk öğretilerinde bulunmakla birlikte, tam anlamıyla yasa önünde eşitliğin sağlanabilmesi için 20. yüzyılı beklemek gerekecektir. Çeşitli bildirimlere ve anayasalara yasa önünde eşitlik 18. yüzyılda girmiş, fakat bu kavram uzun süre kağıt üstünde kalmıştır. Örneğin, eşitlik 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin en önemli ilkelerinden biridir, fakat 1791 Anayasası genel oy ilkesini kabul etmemiş, seçme hakkının kullanılabilmesi için vergi ödeme şartını getirmiştir<sup>8</sup>. Bu sonuç, 1789 devriminin burjuva kazanımlarıyla sonuçlandığını düşünecek olursak şaşırtıcı değildir. Eşitlik ilkesinin kağıt üzerinde kaldığına ilişkin diğer örnek ise, 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu ve sonrasında Meşrutiyet dönemidir. Fermana açıkça yasa önünde eşitlik ilkesi yer almasa da keyfi işlemlere yer verilmeyeceği, ayrımcılık yapılmayacağı çeşitli şekillerde ifade edilmiş<sup>9</sup>, fakat 1876 Anayasasında sadece erkeklere seçme hakkı tanınmıştı<sup>10</sup>. Bu nedenlerle yasa önünde eşitlik ilkesinin ancak 20. yy’da gerçekten uygulanır bir ilke olmaya başladığını ve anayasa mahkemelerinin yaygınlaşmasıyla, uluslararası sözleşmelerde yer verilip denetim altında tutulmasıyla güvencelendiğini söylemek yanlış olmaz.

## **I. Türk Anayasa Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi**

### **A. Eşitlik İlkesine İlişkin Anayasal Düzenleme**

Eşitlik ilkesi kişileri keyfi muameleye maruz kalmaktan koruyan demokrasi ve hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisidir. Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesine aykırılığın aynı zamanda hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturduğunu kabul etmektedir<sup>11</sup>. Eşitlik ilkesi bir yandan hukuk kurallarının genel olmasını (şekli eşitlik), bir yandan da kişilere eşit davranılmasını gerektirir(maddi eşitlik)<sup>12</sup>.

Türk Anayasa hukukundaki gelişmelere baktığımız zaman bu ilkenin 1876, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer aldığını görürüz. Fakat 1961 ve 1982 Anayasaları haricinde Anayasaya uygunluk denetimi yapılamadığı için gerçek güvencenin 1961 Anayasası ile getirildiğini söylememiz gerekir.

---

<sup>8</sup> Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta yay., 7. b., İstanbul 1995, s.534-537.

<sup>9</sup> Bkz. Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Der yay., 2. b., İstanbul 1995, s. 70-74.

<sup>10</sup> Bkz. Tanör, s. 127.

<sup>11</sup> E. 1991/34, K. 1991/34, KT 8/10/1991, AYMKD S. 27, C. II, s. 579-580.

<sup>12</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin yay., Ankara 2000, s. 137; Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997, s. 79.

1982 Anayasasında, eşitlik ilkesi 10. md'de düzenlenmiştir. 10. md şöyle demektedir:

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

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

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

10. md'nin ilk fıkrası ile üçüncü fkr'sı hemen hemen aynı içeriğe sahip bir biçimde 1961 Anayasasının 12. md'sinde yer almıştır. Tek fark “ve benzeri sebeplerle” ifadesinin 12. md'de yer almamasıdır. Son fkr ise 82 Anayasasının bir ürünüdür, bu fkr ile hem kanun koyucu hem de kanun uygulayıcıları muhatap alınmakta, eşitlik ilkesine uyma emri verilmektedir. Diğer bir deyişle eşitlik yükümlülüğü getirilmektedir<sup>13</sup>. Fakat son fıkra olmasaydı dahi, zaten tersinin anlaşılması mümkün değildir, dolayısıyla 61 Anayasasının böyle bir yükümlülük getirmediğini, 82 Anayasasının bunu sağladığını söylemek mümkün değildir. Çünkü 61 Anayasasının 8. md'si ve 82 Anayasasının 11. md'si, Anayasa hükümlerinin (özel-tüzel) kişileri ve tüm kamu otoritelerini bağladığını zaten açıkça beyan etmektedir. 2. fkr'daki kadın erkek eşitliğine ilişkin özel hüküm ise AB'ne uyum sürecinde 2004 Anayasa değişikliği ile Anayasaya girmiştir.

61 ve 82 Anayasasındaki düzenleniş biçimlerindeki diğer bir fark, eşitlik ilkesi, 61 Anayasasında Temel Hak ve Ödevler Kısmında düzenlenmişken, 82 Anayasasında Birinci Kısımda Genel Esaslarda düzenlenmiş olmasıdır. Maddenin gerekçesinde, bu maddenin demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil ettiği, insanın, doğuştan, insan olması sebebiyle bir değeri olduğu ve bu nedenle herhangi bir niteliğe ve ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamayacağı, kanunların uygulanması bakımından da hiçbir fark gözetilemeyeceği belirtilmektedir. Dolayısıyla eşitlik ilkesinin Genel Esaslar Kısmındaki devletin kuruluş unsurları ve dayanaklarından biri olduğunu söylemek gereklidir, tıpkı 2. ve 5. md'lerde belirtilen demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları gibi. Bu ilkenin Genel Esaslarda yer alması eşitliğin iki yönü olduğu, hem bir temel ilke hem de bir temel hak olduğu görüşünü çürütmez<sup>14</sup>, aynı zamanda bir hak olarak savunulmasını güçlendirir.

10. maddenin birinci fıkrası iki konuya dikkat çekmektedir. Birinci fıkrada hem genel olarak herkese uygulanacak olan yasa önünde eşitlik ilkesi yer almakta,

---

<sup>13</sup> Bülent Tanör–Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi yay., İstanbul 2001, s. 115.

<sup>14</sup> Aynı yönde Tanör-Yüzbaşıoğlu, s. 114.

hem de dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç din, mezhep ve benzeri sebeplerle dayanarak ayırım yapılmamasını özel olarak belirtmektedir.

Altı çizilerek belirtilen sebepler eşitlik ilkesinin çekirdek alanıdır. Anayasa bu özelliklere dayalı bir sınıflandırmanın diğer özelliklere dayalı sınıflandırmalara göre çok daha sıkı bir denetim altında tutulacağını vurgulamaktadır. Bu tür sebeplere dayalı bir sınıflandırmanın fiili eşitsizlik durumunda bulunan ve koruma gerektirebilecek grubun (kadınlar ya da dil veya ırk farklılığı olan gruplar gibi) bu eşitsiz konumunu dengelemek amacıyla yapılması mümkündür (olumlu-pozitif ayrımcılık), olumlu ayrımcılık eşitlik ilkesine aykırılık olarak anlaşılmamalıdır, çünkü tersi bir durum fiili eşitsizliği korumak anlamına gelebilir. Ayrıca, 2004 değişikliği ile kadınlara yönelik olumlu ayrımcılığı teşvik eden bir fkr daha eklenmiştir. Devlet kadın erkek eşitliğinin yaşama geçmesini sağlama yükümlülüğünü de üstlenmiştir. Diğer bir deyişle bu konuda pozitif yükümlülüğü vardır.

Üçüncü fıkrada ise hiçbir kimseye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz denilerek, ayrıcalık (imtiyaz) yasağı getirilmektedir. Bu hüküm için de, olumlu ayrımcılık açısından yukarıda belirtilenler tekrarlanabilir. Örneğin fiili eşitsizlik içinde yer alan bazı kesimlere sosyal hakları öncelikli olarak tanımak ayrıcalık yaratmak anlamına gelmez, olumlu ayrımcılık mümkündür<sup>15</sup>.

## **B. Anayasa Mahkemesi'nin Eşitlik İlkesi Yorumu**

Eşitlik iki şeyin aynı, özdeş ya da bir olduğu şeklinde anlaşılabilenekte ise de hukuki eşitlik, gerçek eşitlikle aynı şey değildir, dolayısıyla eşitlik ilkesinden söz ederken, doğadaki hiçbir şeyin veya durumun tıpatıp aynı olmadığı bilinmekte, eşitsizliğin varlığı kabul edilmektedir. Eski Yunan Düşünürü Herakleitos'un dediği gibi, aynı ırmağa iki kez giremeyiz, çünkü ikinci girişimizdeki sular ilk girişimizdeki değildir; hatta aynı ırmağa bir kez bile giremeyiz; daha adımıımızı atarken, yalnız sular değil, biz de değişmekteyiz<sup>16</sup>. İki insanın veya durumun eşit olduğu söylendiğinde, sadece belirli yönlerden eşit olduğu, diğer yönlerin ele alınan konu, amaçlanan şey açısından ilişkisiz olduğu kabul edilmektedir. “Bütün insanlar eşittirler” önermesi, sadece insanlar “insan doğasına” sahip olduklarından, “insan onuru” açısından eşittirler anlamında bir içeriğe sahip olmakta, bu önerme insanların özellikleri, içinde buldukları durum ve ihtiyaçları açısından farklı olduklarını inkar etmemektedir. Aksi halde, herkes eşittir önermesinden yola çıkıp, bir kişinin ihtiyacı olmamasına, özellikleri veya durumu farklı olmasına rağmen diğerlerine uygulanan (yükümlülük veya yarar getiren) kuralın aynıını ona da uygulamak gibi bir durum ortaya çıkabilir ki bu daha fazla eşitsizliğe neden olur. Örneğin, vergi yükü miktarını herkes için sabit

---

<sup>15</sup> Bkz. Tanör-Yüzbaşıoğlu, s. 114-115.

<sup>16</sup> Şenel, s. 243.

tutup, çok geliri olan ile az geliri olan arasında ayırım gözetmeyerek aynı miktarda vergi almak gibi mali güçteki farklılığa aykırı bir durum yaratılabilir veya bedenen sakatlığı bulunan birini askerlik hizmetini yerine getirmeye zorlamak gibi doğal farklılığa aykırı akıl dışı bir yükümlülük getirilebilir.

O halde mutlak eşitlik söz konusu değildir, insanın içinde bulunduğu durumu, özellikleri ve ihtiyaçları açısından farklılıklar vardır. İnsanların özellikleri, durumu ve ihtiyaçları arasındaki benzerlikleri ise siyasi iktidar kategorize ederek diğer bir deyişle sınıflandırarak tanımlar. Dolayısıyla eşitlikten söz ederken, diğerlerinden ayrılan ortak özellikleri ve kendi içinde benzerlikleri nedeniyle sınıflandırılan grubun, kendi içindeki eşitliğine, dolayısıyla tutarlılığına ve bu grubun dışında kalanlardan ayırıcı ölçütlerine dikkat çekilmektedir.

Sınıflandırmanın nasıl yapıldığı önemlidir. Bu noktada kanunun amacının belirlenmesi gereklidir ve sınıflandırma kanunun amacı bakımından benzer durumda olanların tümünü kapsayan, bu amaçla uyumlu ölçütlere dayalı bir sınıflandırma olmalıdır. Yasama amacının ne olduğu kanunun ve sınıflandırma hükmünün metninden, kanunun gerekçesinden ve yasama organında açıklanan görüşlerden anlaşılabilir gibi, yasama tarihi ve kanunun yöneldiği amaçları ortaya koyabilecek bilgi ve belgeler de göz önünde tutularak belirlenebilir<sup>17</sup>. Kanunun somut bir amaca hizmet edip etmediği, amacın meşru, kamu yararına yönelik veya anayasada belirtilmiş özel amaçlardan biri olup olmadığı; belli bir gruba yükümlülük veya yarar getiren kuralın söz konusu amaçla bağlantılı olup olmadığı, diğer bir deyişle sınıflandırıcı özelliklerin yasama amacı ile bağlantılı olup olmadığı, bu amaca hizmet edip etmediği; amaçla araç arasında oranlılık olup olmadığı eşitlik açısından tartışılması gereken konulardır<sup>18</sup>.

Kanunun amacı kamu yararına veya Anayasada belirtilen amaçlardan birine uygun olmak zorundadır. Fakat kamu yararını kesin bir biçimde tanımlamak, bir kanunun kamu yararına olup olmadığını değerlendirmek oldukça güçtür, kamu yararı kavramı, içinde bulunulan şartlara ve döneme göre değişir ve siyasi tercihleri yansıtır, siyasi tercihler ise seçilmiş kişilerin inisiyatifindedir. Bir kanunun amacının kamu yararına olup olmadığı tarzında bir denetim Anayasa Mahkemesinin kendini kanun koyucu yerine koyması, yerindelik denetimi yapması sonucunu doğurabilir. Dolayısıyla, ancak kamu yararının ortaya konulması açık bir biçimde mümkün değilse, böyle bir denetim söz konusu olabilir<sup>19</sup>, yapılan kanunun amacı açıkça fark edilebilecek düzeyde, özel belli bir grubun çıkarlarını gözetiyor ve bir ayrımcılığı hedefliyorsa amaç açısından

---

<sup>17</sup> "Developments in the Law-Equal Protection", Harvard Law Review, 1969, V. 82, s. 1077 in Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara 2003, s. 204-205.

<sup>18</sup> Detaylı bilgi için bkz. Öden, s. 204-288.

<sup>19</sup> Erdoğan Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, Fakülteler matbaası, İstanbul 1972, s. 114-119.

denetim devreye girebilir<sup>20</sup>. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin (AYM), 6195 sayılı “CHP’nin haksız iktisaplarının iadesi hakkındaki kanun”un iptali bu tür bir denetimi gerektirmiştir<sup>21</sup>.

Amaç meşru ve kamu yararına olsa dahi, ikinci tartışılması gereken konu amaç ile sınıflandırmanın birbiriyle ilişkili olup olmadığıdır. Sınıflandırma olası amaçlarla ilişkili değil, bu amaçlara hizmet etmiyorsa eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilir. Bu noktada sınıflandırıcı özelliklere dikkat çekilmek zorundadır. Örneğin, 2556 sayılı Hakimler Yasasının göreve kabul için gereken şartlardan biri olan yabancı ile evli olmama şartını 1961 Anayasasının 58 ve 12. md’lerine aykırı bulmuştur. 12. md eşitlik ilkesini, 58. md de yine eşitlik ilkesinin bir görünümü olan kamu hizmetlerine girme “...görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım gözetilemeyeceğini” kurala bağlamıştır. Yasa ise, göreve uygun olmayanları sınıflandırmış, yabancı ile evli olan grup hakimlik mesleğine uygun bulunmamıştır. AYM iptal kararında şöyle diyor: “...açık bir gerekçeye rastlanmamakla birlikte söz konusu hükmün, günün siyasal ve ahlaki değer yargılarının etkisiyle yasalarda yer aldığı ve özellikle Devlet sırlarının korunması kaygısından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Oysa, yabancı ile evli olmamanın hakim adaylığı görevinin gerektirdiği bir nitelik sayılması olanaksızdır. ...Öte yandan söz konusu niteliği (yabancı ile evli olmama) Devlet sırlarının korunması nedeniyle de açıklamaya olanak yoktur. Yabancı ile evli olanlar Devlet sırlarını koruyamazlar biçiminde bir varsayım da ileri sürülemez. Nitekim Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu olan yedek subaylar için yasa ile öngörülmüş olan bu yoldaki hak kısıtlamalarının, sonradan yürürlükten kaldırılmış olması ve “Memurin Kanunu”nundaki kısıtlayıcı hükümlerin Devlet Memurları Yasasında yer almamış bulunması, yasa koyucunun Devlet sırlarını görevleri gereği yakından bilme ve öğrenme olanağı olan kamu görevlilerinin yabancılarla evlenmelerini olağan gördüğünü ve bu durumu, bir ödev niteliği olarak değerlendirmedeğini açıkça ortaya koymaktadır”<sup>22</sup>.

Başka bir kararında AYM yine amaç araç ilişkisinden yola çıkmaktadır. İmar Kanununun bazı maddelerinin iptaline ilişkin kararında, kanununun 27. md’sinde yer alan ve bazı yapılar için yapı ruhsatı alınmasına istisna getiren hükmü diğer Anayasa maddeleri yanında eşitlik ilkesine de aykırı bulmuştur. AYM şöyle demektedir: “Yasanın gerekçesinde ‘yapı ruhsatı konusunda yeni bir anlayışla belli ölçüdeki binaların ruhsata tabi tutulmaması kolaylığı getirilmiş’ denilmekle yetinilmektedir... ruhsatla sağlanmak istenen nihai amacın kamu yararı olduğunda duraksamaya yer yoktur. O halde bu konuda getirilecek bir istisna kuralının kamu düzeni, güvenliği ve esenliğini zedelememesi ve kamu yararının gerçekleşmesini

---

<sup>20</sup> Özbudun, s. 386-387.

<sup>21</sup> E. 1963/124, K. 1967/20, K.T. 27/6/1967, AYMKD S. 1, s. 432.

<sup>22</sup> E.1979/19, K.1979/39, K.T. 9/10/1979, AYMKD, S. 17, s. 299.

engellememesi gerekir. ...bu ayrıcalığın; kamu düzeni, güvenliği gibi gerekçelerle getirilmiş olan ruhsat alma zorunluluğundan ayrılmayı gerektirecek haklı bir nedene dayandığı ileri sürülemez”<sup>23</sup>.

Eşitlik ilkesi çerçevesinde amaç ve araç ilişkisinin diğer bir unsuru da amaç ve araç arasında ölçülü bir oranın bulunmasıdır. Anayasa Mahkemesi bu ölçütü de kullanmaktadır. 3270 sayılı Kanunun 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 52. md’sini değiştirerek, seçime katılan TBMM’de grubu bulunan ve temsil edilen partilere radyo ve televizyonda propaganda yapma açısından kademeli olarak, diğer partilerin konuşma sürelerinden fazla süreler getirmiştir.,. AYM bu konuyla ilgili şöyle diyor: “..partilere farklı süreler tanınması haklı nedene dayandıkça eşitlik ilkesine aykırılık oluşmaz. Düzenleme, bir önceki seçimlerde öbür partilere oranla daha büyük seçmen kitlesinin güvenini kazanmış partilere avantaj sağlamaktadır. ...(düzenlemedeki) büyük fark, kabul edilebilir ölçünün aşılmasıyla eşitliğe aykırı görülebilirdi. Oysa makul ölçünün aşıldığını gösterir bir durum yoktur. Propaganda konuşmalarının seçime katılma durumunda partiler için aynı olması, sonraki fazlalıkların değişkenliği, parti güçlerinin oranına göre aykırılık oluşturmamaktadır...getirilen değişiklikteki aşırı olmayan ölçüler eşitliğe aykırılık savına kanıt gösterilemez. Düzenlemeyle partiler arasında bir ayırım değil büyüklüklerine göre fark yaratılmıştır”<sup>24</sup>.

Diğer yandan, bir sınıflandırma somut amacı açısından benzer durumda olanların tamamını kapsamıyorsa eksik kapsamlıdır. Eksik kapsam, kişilere yararlar sağlayan bir kanunun, aynı yararı onun amacı ışığında benzer durumda bulunan diğer kişilere de sağlamaması veya yükümlülükler getiren bir kanunun, aynı yükümlülükleri onun amacı ışığında benzer durumda bulunan diğer kişilere de getirmemesi halinde söz konusu olmaktadır<sup>25</sup>. Bu durumun tersi de düşünülebilir, eğer bir sınıflandırma somut amacı açısından benzer durumda bulunmayanları da kapsıyorsa, benzer durumda olanlardan daha genişse aşkın kapsamlıdır. Aşkın kapsam, yararlar sağlayan bir kanunun, amacı ışığında ondan yararlanmamaları gereken kişilere de yararlar sağlaması veya yükümlülükler getiren bir kanunun, yöneldiği amaçlarla ilişkili olmayan kişilere de yükümlülükler getirmesi halinde ortaya çıkmaktadır<sup>26</sup>. Eşitlik ilkesi benzer durumda olanlara eşit

---

<sup>23</sup> E.1985/11, K. 1986/29, KT 11/12/1986, AYMKD, S. 22, s. 462

<sup>24</sup> E. 1986/17, 1987/11, KT. 22/5/1987, AYMKD, S. 23, s. 227-8. Benzer konuda bkz. E. 1973/37, K. 1975/22, KT. 25/2/1975, AYMKD, S. 13, s. 132-3.

<sup>25</sup> “Developments..., s. 1084, Evans G., “Bening Discrimination and the Right to Equality”, Federal Law Review, 1974, V. 6, s. 44, Forde, M. “Equality and the Constitution”, Irish Jurist 1982, V. 17, s. 314, Tussman, J.-Tenbroek, J., “The Equal Protection of the Laws”, California Law Rev., 1949, V. 37, S. 3, s. 347-348 in Öden, s. 289.

<sup>26</sup> “Developments..., s 1086, Evans,s. 43-44, Forde, s. 314-315, Tussman-Tenbroek, s. 351-354 in Öden, s. 310.



davranılmasını gerektirdiği için, eksik veya aşkın yapılmış bir sınıflandırma eşitlik ilkesine aykırı olabilecektir. Bu tür sınıflandırmaları Anayasaya aykırı bulan Anayasa Mahkemesi kararları da bulunmaktadır<sup>27</sup>.

Eşitlik ilkesinin bu türden sıkı denetimi keyfi bir sınıflandırma yapılmasını engellemeye yöneliktir ve bir anlamda hukuk devletinin keyfilige karşı bireyi korumasının bir aracıdır.

Eşitlik ilkesi, pek çok demokratik ülkenin Anayasa Yargısında<sup>28</sup> ve ileride değinilecek olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında mutlak bir eşitlik olarak algılanmamaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesini mutlak olarak görmemektedir. Diğerlerinden farklı özellikleri, durumu ve ihtiyaçları olanların kamu yararı amacına uygun olarak sınıflandırılması, farklı yarar ve yükümlülükler getirilmesi, özel düzenleme konusu yapılması olağandır, hatta bazen gereklidir de. Önemli olan yukarıda eşitlik ilkesine ilişkin söylenenlere uygun düzenleme yapılabilmesidir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında 10. madde yorumlanırken iki bakış açısı daha sık bir biçimde ön plana çıkmaktadır:

(a)Anayasa Mahkemesi aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağını, değişik hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulmasının bir aykırılık oluşturmayacağını belirtmektedir<sup>29</sup>. Diğer bir deyişle, benzer özelliklere sahip olanlar için bir sınıflandırma yapılabilir ve diğerlerinden farklı düzenlemeye tabi tutulabilir ve benzer durumda olanların tümünün aynı kurallara tabi olması gereklidir. Anayasa Mahkemesi 10. md'ye ilişkin bu yorumunu pek çok kararında şu şekilde tekrarlamıştır: Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesini getiren 10. maddesiyle güdülen amaç, aynı durumda bulunan kimselerin yasalarca aynı işleme tabi tutulmasını sağlamak ve yurttaşlara yasa karşısında dil, ırk, renk cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayrımlı davranılmasını önlemektir<sup>30</sup>; Yasa koyucunun benzer durumlara benzer çözümler getirmesi asıldır<sup>31</sup>; (Eşitlik ilkesi), benzer nitelik ve durumda olanlar arasında farklı uygulamayı engeller, ayrı nitelik ve durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulmasını zorunlu kılmaz; Kimi kurum ve kuruluşları, statü farkı nedeniyle, belli bir konuda öbürlerinden ayrı tutmak, ayrı düzenlemeye bağlı kılmak ya da genel bir düzenlemenin kapsamı dışında

---

<sup>27</sup> Örneğin, Eksik sınıflandırma için bkz E. 1966/1, K. 1966/21, K. T. 19/4/1966, AYMKD, S. 4, s. 151-154; aşkın sınıflandırma için bkz. E. 1971/58, K. 1972/22, K.T. 9/5/1972, AYMKD S. 10, s. 381-383. Eksik ve aşkın sınıflandırma hakkındaki detaylı bilgi ve Anayasa Mahkemesi Kararları için bkz. Öden, s. 290-315.

<sup>28</sup> Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İmge yay., Ankara 2002, s. 184-186.

<sup>29</sup> E. 1988/4, K. 1989/3, T. 12/1/1989, AYMKD S. 25, s. 6-8.

<sup>30</sup> E. 1986/16, K. 1986/25, T. 21/10/1986, AYMKD S. 22, s. 291-293. E. 1986/11, K. 1986/26, T. 4/11/1986, AYMKD S. 22, s. 314-316.

<sup>31</sup> E. 1986/11, K. 1986/26, T. 4/11/1986, AYMKD, S. 22, s. 314-316.

birakmak, onlara ayrıcalık tanımak değil, durumlarındaki değişiklik gereği olan bir uygulamadır<sup>32</sup>.

(b) Anayasa Mahkemesine göre, 10. Madde, aynı durumda bulunan kişilerin arasında haklı nedene dayanmayan ayrımları önlemeyi amaçlayarak eşitliği sağlamaktadır<sup>33</sup>. Kimi yurttaşların başka hükümlere bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise eşitlik ilkesinin ihlalinde söz edilemez<sup>34</sup>. (Durum ve konumlarındaki) özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılar<sup>35</sup>. (Eşitlik ilkesi) durumlarındaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak, yasalarla farklı uygulamalar getirilmesini engellemez<sup>36</sup>. İtiraz konusu kurallarla getirilen düzenlemenin .... ayrı (farklı) olmasının haklı bir nedeninin olup olmadığının belirlenmesi gerekir<sup>37</sup>. Anayasa Mahkemesine göre, kamu yararı ve haklı nedenin, “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili”, makul ve adil” olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir<sup>38</sup>. Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, haklı neden kavramını somutlaştırıcı ölçüler olarak, “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler” gibi değişik ifadeler kullanmıştır. Haklı neden kavramının genel bir tanımını vermek mümkün değildir, kanundaki sınıflandırmanın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı ancak o kanunun somut içeriği göz önüne alınarak belirlenebilir<sup>39</sup>.

Haklı neden testi bir anlamda, sınıflandırma ile kanunun amacı arasındaki bağı, ilişkiyi ortaya koymakta, sınıflandırmanın amaca hizmet edip etmediğini, oranlı olup olmadığını da belirlemektedir.

Burada sırası gelmişken ABD Yüksek Mahkemesinin uyguladığı makul neden testi ile, Anayasa Mahkemesinin haklı neden testinin benzerliği üzerinde de durmak gerekir<sup>40</sup>. Fakat hemen belirtilmelidir ki Yüksek Mahkeme söz konusu

---

<sup>32</sup> E. 1988/16, K. 1988/8, T. 19/4/1988, AYMKD S. 24, s. 97-98.

<sup>33</sup> E. 1989/14, 1989/49, T. 19/12/1989, AYMKD S. 25, s. 450.

<sup>34</sup> E. 1987/3, K. 1987/13, T. 22/5/1987, AYMKD S. 23, s. 269. E. 1987/1, K. 1987/18, T. 11/9/ 1987, AYMKD S. 23, s. 306-308.

<sup>35</sup> E. 1988/3, K. 1989/4, T. 18/1/1989, AYMKD S. 25, s. 29-32. 1988/36, K. 1989/24, T. 2/6/1989, AYMKD S. 25, s. 264-265.

<sup>36</sup> E. 1992/22, K. 1992/40, T. 17/6/1992, AYMKD S. 31, C. 1, s. 33-34.

<sup>37</sup> E. 1991/17, K. 1991/23, T. 19/7/1991, AYMKD S. 27, C. 2, s. 480-481.

<sup>38</sup> E. 1991/13, K. 1992/10, T. 19.2.1992, AYMKD S. 30, C. 1, s. 101.

<sup>39</sup> Özbudun, s. 139.

<sup>40</sup> Bkz. Billur Yaltı Soydan, “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 119, Ağustos 1998, s. 106

testi daha belirgin bir şekilde somutlaştırmıştır. Yüksek Mahkeme makul neden testini şöyle açıklıyor: “Devletin federal devlet emeklileri ile federe devlet emeklilerini farklı vergilendirmesine izin verilip verilmediğini belirlemek için, farklı muamelenin “iki sınıf arasındaki belirgin farklılıklarla” doğrudan ilgili olup olmadığı ve “bu farklılıkların söz konusu muameleyi haklı kılıp kılmadığı” araştırılmalıdır... Bunun için, Devletin iki benzer grupta yer alan emekliler arasında ayırım yapmada haklı bir sebebi bulunup bulunmadığı değil, bu gruplar arasında herhangi bir farkın bulunup bulunmadığı gösterilmelidir... Ne kadar önemli olursa olsun, Devletin ayrımcı bir vergiden beklediği faydanın, ayrımcı muameleye tabi tutulan iki grubun niteliğinin araştırılması ile hiç bir ilgisi yoktur”<sup>41</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda, çeşitli konuların eşitlik ilkesi denetimine konu olduğunu görmekteyiz. Örneğin, AYM, sadece semavi dinlere koruma getiren TCK 175. md’yi değerlendiren kararında, devletin kendisine ait cezalandırma hakkını kullanırken bireyler arasında inançlarına göre ayırım yapılmasını Anayasaya aykırı görmüştür<sup>42</sup>. AYM, Zina suçunun oluşumunda evli erkekle, evli kadın arasında, erkek lehine var olan ayırımı Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur<sup>43</sup>. Bu iki karar eşitlik ilkesinin çekirdek alanı ile ilgilidir. Başka bir kararında, evlilik dışı çocukla, evlilik içi çocuk arasında miras yönünden ayırım yapılmasını Anayasaya aykırı bulmuştur<sup>44</sup>.

Fakat bu belirtilen kararlarının yanı sıra AYM’nin eşitlik ilkesine aykırı bulmadığı ve çok eleştiri aldığı kararları da vardır<sup>45</sup>. Örneğin AYM, fahişelerle ilgili kararında, suçun fuhşu kendisine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemin iffetli bir kadına karşı yapılmış olması durumunda görülen zarar eşit sayılmaz demiştir<sup>46</sup>. Ceza kanunları toplumsal ve bireysel zarar oranında cezaları belirler ve bu kamu yararının bir gereğidir. Fakat, mağdurun özel yaşamının ortaya çıkan manevi ve bedensel zararlar ne gibi bir ilgisi olduğu, mağdurun özel yaşamının cezaya nasıl bir hafifletici veya ağırlaştırıcı etki edebileceği anlaşılabilir bir muammadır.

---

<sup>41</sup> US Supreme Court, *Davis v. Michigan Dept. of Treasury*, 489 U.S. 803 (1989), Aynı zamanda bkz., US Supreme Court, *Phillips Co. v. Dumas Independent School Dist*, 361 U.S. 376 (1960). In Yaltı Soydan, s. 106-107.

<sup>42</sup> E. 1986/11, K. 1986/26, T. 4/11/1986, AYMKD S. 22, s. 314-316

<sup>43</sup> E. 1996/5, K. 1996/34, T. 23/9/1996 AYMKD S. 32, C. 2, 8s. 04-808ve E. 1998/3, K. 1998/28, T. 23/6/1998, RG S. 23638, T. 24/3/1999

<sup>44</sup> E. 1987/1, K. 1987/18, T. 11/9/1987, AYMKD S. 23, s. 306-308.

<sup>45</sup> B. Tanör-N. Yüzbaşıoğlu, s. 115-116.

<sup>46</sup> E. 1988/4, K. 1989/3, T. 12/1/1989, AYMKD S. 25, s. 6-8

## **II. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açısından Ayrımcılık Yasağı**

### **A. Ayrımcılık Yasağına İlişkin Düzenleme**

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 14. md'si şöyle demektedir: “Bu sözleşmede tanınan herhangi bir hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasi ya da başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır”.

Anayasamızda her alan yasa önünde eşitlik ilkesi aynı sözcüklerle İHAS 14. md'de yer almamakla birlikte, ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi iç içe geçmiş kavramlardır. Eşitlik ilkesi eşit statüde olanlara eşit bir biçimde davranılmasını ve eşit olmayan statüdekilerin de farklı muamele görmesini gerektirir; bu gereklere, objektif ve makul bir neden olmaksızın uymamak ayrımcılık yaratmak şeklinde yorumlanmaktadır<sup>47</sup>. Nitekim, aşağıda değinilecek olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ayrımcılık yasağını, bu şekilde yorumlama yoluna gitmektedir.

14. md'de düzenlenen ayırım gözetme yasağı bağımsız bir eşitlik ilkesi değildir, sınırlı bir koruma sağlamaktadır. 14. md, “bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma...ayırım gözetilmeksizin herkes için sağlanır” diyerek sözleşmenin diğer maddeleriyle bir bağı olması gerektiğini belirtmektedir. 4. Protokol hazırlanırken Danışma meclisi genel bir eşitlik ilkesini sözleşmeye dahil etmek istemişse de, bu teklif Uzman Komitesi tarafından ertelenmiş ve bu sözleşmede tanınan haklar açısından ayrımcılığın ön plana çıkarılması gerektiği üzerinde durulmuştur<sup>48</sup>.

14. md, “bu sözleşmede tanınan herhangi bir hak ve özgürlüklerden yararlanma... herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır” diyerek sözleşmenin diğer maddeleriyle bir bağı olduğunu belirtmektedir. O halde şu soruları sormak mümkündür, 14. md bağımsız bir karaktere sahip midir, diğer bir deyişle Sözleşmenin diğer maddelerinden bağımsız olarak bir işlevi olabilir mi? Özerk midir, yoksa ancak Sözleşmedeki haklardan biri ihlal edilirse mi 14. md de ihlal edilebilir, diğer bir deyişle 14. md'nin sadece tamamlayıcı bir niteliği mi vardır.

Komisyon ve Mahkeme kararları 14. md'yi geniş yorumlamaktadır. Fakat Sözleşmedeki diğer haklardan tamamen bağımsız olarak uygulanması mümkün değildir, ayırım gözetildiği iddia edilen konu muhakkak sözleşmede tanınan haklardan birinin kapsamına girmelidir. Bununla birlikte, 14. md'nin ihlal edilmiş

---

<sup>47</sup> 12. Protokol Açıklayıcı Rapor'un 15 nolu paragrafı, <http://www.conventions.coe.int>

<sup>48</sup> P.van Dijk-GJ.H. van Hoof, *Theory and Practice of The European Convention on Human Rights*, 3. ed., Kluwer Law International press, 1998, s. 711.

kabul edilebilmesi için bağlantılı olan hakkın da ihlal edilmiş olması gerekmemektedir.

Fakat nihayet 12. Protokol ile genel ayrımcılık yasağı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) sisteminin bir parçası haline gelmiştir. 26 Haziran 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine ek 12. Protokolü kabul etmiştir. Bu yeni Protokol, sadece İHAS’da tanınan haklar açısından ayrımcılık yasağı değil bağımsız genel bir ayrımcılık yasağı öngörmektedir. Protokolün 1. md’si şöyle demektedir:

“1. Hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır.

2. Hiçbir kamu otoritesi paragraf 1’de belirtilenler gibi sebeplere dayanarak hiç kimseye karşı ayrımcılık yapamaz ”.

Bu maddenin 1. paragrafı 14. md ile nerede ise aynı ifadeye sahiptir, tek farkı “bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma” ifadesi yerine “Hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma” ifadesine yer verilmesidir.

12. Protokolün başlangıcında, Avrupa Konseyi üye devletlerinin bu Protokolü imzalarken amaçlarının ne olduğu belirlenmektedir. Üye devletler, herkesin hukuk önünde eşit olduğunu ve hukukun korumasından eşit olarak faydalanma hakkı olduğunu öngören temel ilkeyi dikkate almaktadırlar ve herkes için eşitlik ilkesini geliştirmeye yönelik bir adım atarak genel bir ayrımcılık yasağının İHAS aracılığıyla uygulanmasını amaçlamaktadırlar.

12. Protokolü Açıklayıcı Raporda<sup>49</sup> da İHAS’ın 14. md’sinin, gerek İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 1 ve 7. md’lerinden gerekse Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 26. md’sinden farklı olarak, genel bir ayrımcılık yasağı ve eşitlik öngörmediği üzerinde durulmuş, bağımsız bir ayrımcılık yasağı düzenlemek için bu protokolün hazırlandığı belirtilmiştir. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi uluslararası insan hakları hukukunun temel prensibi olduğu için bu konuda özel bir dikkat gösterildiği üzerinde durulmuştur.

4 Kasım 2000’de, İHAS’ın imzalanmasının 50. yıldönümünde, Protokol Sözleşmeye üye ülkelerin imzasına açılmış ve ancak 1 Nisan 2005’te toplam 10 devletin onaylaması ile uluslararası planda yürürlüğe girmiştir. Şu anda 12. Protokolü 21 devlet imzalamış olmasına karşın sadece 14’ü onaylamıştır. Türkiye de 18 Nisan 2001’de Protokolü imzalamış, fakat henüz onaylamamıştır. 12. Protokol Türkiye bakımından henüz bağlayıcı olmadığı için ve yakın zamanda yürürlüğe girdiği için İHAM’ın yeterince içtihadı bulunmadığından bu çalışmada sadece İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 14. md’si ele alınacaktır.

---

<sup>49</sup> <http://www.conventions.coe.int>

## **B. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Ayrımcılık Yasağı Yorumu**

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Anayasa Mahkemesi gibi mutlak bir ayırım yasağı aramamaktadır. Her farklı uygulama 14. md'ye aykırı olarak düşünülemez. İlk olarak, bu konudaki ana kriter “eşit durumdakilere eşit muamelenin” yapılmasıdır. Fakat, kıyaslanan iki durum arasında eşitlik yoksa, o zaman, başka bir kriter karşımıza çıkmaktadır; (a) “ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki, (b) kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık”. Diğer bir deyişle, varolan eşitsizlik nedeniyle farklı, fakat amaçla ilişkili ve oranlı muamele yapılması 14. md ile uyumludur.

İHAM ilk olarak, ayrımcılık yapıp yapılmadığını anlamak için, dava konusu edilen durumun (sınıflandırmanın), kıyaslanan durumdan (sınıflandırmadan) farklı veya eşit olup olmadıklarına bakmaktadır. Örneğin, *Van der Musselle* davasında Belçikalı avukatlar, doktorlar, dişçiler, eczacılar gibi diğer meslek gruplarına kıyasla farklı muamele gördüklerini, çünkü dişçiler, doktorlar gibi kamu hizmeti yönü olan bir hizmeti görmelerine rağmen, bu benzer durumdakilere farklı olarak adli yardıma ihtiyaç duyan kişilere ücretsiz hizmet verme yükümlülüğünde olduklarını ve bunun 14. md'ye aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Fakat İHAM, bu örnek verilen meslek grupları ile avukatlığın aynı statüde kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Mesleğe giriş koşulları, görevlerinin niteliği, bu görevleri icra ediş biçimleri bakımından aralarında temel farklılıklar olduğunu ve aynı hukuki statüde olmadıklarını belirtmiştir<sup>50</sup>.

İHAM yukarıda belirtildiği gibi önce “kıyaslanabilirlik testi” uygulamaktadır. Diğer bir deyişle iki durum birbirine benzemekte midir sorusunu cevaplandırmaktadır. Baktığı diğer kriter ise, bu farklı uygulama veya düzenlemeyi gerekli kılacak “haklı bir neden” olup olmadığıdır. “Haklı neden testi” meşru bir amaç güdülüp güdülmediği anlamında değildir, ilgili tasarruf yapılırken kamu yararı gibi meşru bir amaç güdülebilir, fakat güdülen amaç ile sonuç arasındaki ilişki, amaç ile kullanılan araç arasındaki orantılılık önemlidir.

*Belçika'da Eğitim Dili* Davasında İHAM şöyle diyor: “Bir tasarruf, kendi başına Sözleşme’de belirtilen hak ve özgürlüklere uygun olabilir, ancak bu tasarruf 14. md ile birlikte okunduğunda, ayrımcılık niteliğine sahip olduğu gerekçesiyle Sözleşme’de belirtilen bir hakkı ihlal edebilir...Sözleşmenin 14. md’si hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanamaz. Belirli bir farklılaşma, hiçbir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele prensibinin ihlal edildiği kabul edilir...Makul bir sebebin varolup olmadığı, (a) ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki

---

<sup>50</sup> *Van Der Musselle v. Belgium*, 23 November 1983, Seri A No. 70, EHRR 6, p. 163; *Johnston v. Ireland* kararı da benzer bir yaklaşımı sunmaktadır, 18 December 1986, Seri A No. 112, EHRR 9, p. 203

ilişki, (b) kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık, söz konusu toplumun yaşamını belirleyen hukuki ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilebilir"<sup>51</sup>.

Görüldüğü gibi İHAM'ın ayrımcılık yasağına ilişkin belirtilen kriterleri, daha önce ele alınan AYM'nin kullandığı kriterlerle örtüşmektedir. Fakat, her somut olayda İHAM tarafından haklı bir neden olup olmadığı, içinde bulunulan toplumla bağlantılı olarak, başvuruya konu olan tasarrufun amacı ve sonucunun arasındaki ilişki, amaçla araç arasındaki ilişkinin orantılılığına bakılarak, ayrımcılık yapılarak bir kısıtlama getirilip getirilmediği değerlendirilecektir. Dolayısıyla, kriterlerin somut olaya uygulanmasında farklılıklar olma ihtimali her zaman vardır.

İHAM, bugüne kadar pek çok kararında 14. md açısından değerlendirme yapmıştır, bunlardan bazılarında da ihlal kararı çıkmıştır. Örneğin *Abdulażiz, Cabales ve Balkandalı* kararında, Mahkeme Birleşik Krallık'taki göçmenlik kurallarını değerlendirmiştir. Birleşik Krallık'ta yasal olarak ikamet eden bir kadının resmen evli olduğu eşi için Birleşik Krallık'a gelme ve kalma izni alması, bir erkeğin eşi için izin almasından daha zor koşullara bağlanmıştır. Hükümet bu tasarrufun amacının kendi iş gücü pazarını korumak olduğunu savunmuş ve kamu menfaati olduğunu belirtmiştir, fakat bu gerekçede belirtilen amaç meşru bulunmakla birlikte, haklı bulunmamıştır, çünkü amaç ile söz konusu tasarruf birbiriyle orantılı değildir<sup>52</sup>.

Diğer bir örnek Belçika hukukuna ilişkin *Marckx* kararıdır. Belçika hukukunda meşru ve gayri meşru çocuklar miras açısından hukuk planında eşit değildir, burada da haklı bir neden olmadığı kanaatine varılmıştır<sup>53</sup>.

Diğer bir örnek *Gaygusuz-Avusturya* kararıdır. Bu davada bir Türk Vatandaşı Cevat Gaygusuz 1971-1984 tarihleri arasında aralıklı olarak Avusturya'da çalışmış, bazen işsizlik bazen sağlık nedenleriyle çalışmamış ve bu arada işsizlik ve sağlık sigortasından yararlanmıştır. 1986-1987 arasında da işsizlik tazminatı almış, fakat bu aylığı alma süresi dolduğu için, aylığını acil yardım biçiminde almak için başvurduysa da, bu tür aylık alabilmesi için vatandaşlık şartı olduğu gerekçesiyle talebi reddedilmiştir. Başvurucu İHAM önünde, söz konusu kanunun Avusturya vatandaşları ile yabancılar arasında sözleşmeye aykırı bir biçimde ayırım yarattığını iddia etmektedir, çünkü yapılan farklı muamelenin hiçbir objektif ve makul haklı sebebi bulunmamaktadır, çünkü işsizlik sigortası fonuna Avusturya vatandaşı olan çalışanlarla aynı ölçüde katkı payı ödemiştir.

---

<sup>51</sup> *Belçika'da Eğitim Dili Davası*, çev. Osman Doğru, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C. I, ed. Osman Doğru, ed yrd. Sibel Inceoğlu, Hasan Kemal Elban, İstanbul Barosu yay. İstanbul 1998, s. 39

<sup>52</sup> *Abdulażiz, Cabales and Balkandalı v. United Kingdom*, 28 May 1985, Seri A No. 94, EHRR 7, p. 471

<sup>53</sup> *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, Seri A No 31, EHRR 2, p. 330.

İHAM' a göre başvuru, acil yardımı hak etme konusunda Avusturya vatandaşlarına benzer durumdadır, farklı muamele “objektif ve makul bir sebebe” dayanmamaktadır<sup>54</sup>.

*Gerger-Türkiye*<sup>55</sup> kararında da başvuru, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8. md'sinin 1. fkr.'dan hüküm giymiş ve yasanın 17. md'si gereğince şartla salıvermeden yararlanmıştı. Başvuru, Ceza Kanunu çerçevesinde hüküm giyenlerin şartla salıvermeden yararlanmaları için cezalarının yarısını çekmeleri aranırken, ilgili yasa nedeniyle, kendisinin cezanın dörtte üçünü çekmek zorunda kaldığını, bu farkın Sözleşmenin 14. md'sine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Hükümet, Terörle Mücadele Kanunundaki bir suçtan mahkum olanların bu tür suçların çok ciddi olması nedeniyle şartla salıverilmelerine sınırlama getirildiğini belirtmiştir.

İHAM iddianın md 5/1-a ile bağlantılı olarak 14. md'nin kapsamına girdiğini belirttikten sonra 14. md'ye aykırılık bulmamıştır. Mahkeme şöyle demektedir: “Yasanın amacı terörist suçları işleyenleri cezalandırmaktır ve bu yasa çerçevesinde suç işleyen herkes, şartla salıverme açısından, olağan yasa çerçevesinde cezalandırılanlardan daha aleyhte muamele görecektir. Bundan şöyle bir sonuç çıkmaktadır, yapılan ayırım farklı insan grupları arasında yapılmamış, yasanın bu tip suçların ağırlığına ilişkin görüşüne göre farklı suç tipleri arasında yapılmıştır”. Burada teröre ilişkin suçların niteliğinin ağırlığı açısından bir sınıflandırma yapılmasını İHAM haklı bulmaktadır. İHAM'ın bu bakış açısı, AYM'nin 3713 sayılı yasanın 17. md'sini Anayasaya aykırı bulmayan kararı ile çakışmaktadır<sup>56</sup>.

## **Sonuç**

Eşitlik ilkesi kişileri keyfi muameleye maruz kalmaktan koruyan demokrasi ve hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisidir. Pek çok Anayasada olduğu gibi Türk Anayasasında da eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesine aykırılığın aynı zamanda hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturduğunu kabul etmektedir. Eşitlik ilkesi bir yandan hukuk kurallarının genel olmasını, bir yandan da kişilere eşit davranılmasını gerektirir.

---

<sup>54</sup> İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C. III, çev. Osman Doğru, ed Osman Doğru, İstanbul Barosu yay., İstanbul 2000, s. 94-95

<sup>55</sup> *Gerger v. Turkey*, (appl. No. 24919794), 08.07.1999, www.echr.coe.int

<sup>56</sup> E. 1991/18, 1992/20, T. 31/3/1992, AYMKD, S. 28, C.I, s. 317-8. Fakat, hemen şunu da belirtmek gerekir ki, şartla salıverme işlenen suçun niteliğine değil, hükümlünün ıslah olmasına, cezaevinde iyi davranmasına dayanan bir kurum olduğundan, işlenen suçunun niteliği göz önüne alınarak bu şekilde özel süreler öngörülmesi yerinde değildir. Bkz. Nur Centel, “Şartla Salıverme”, Hukuk Araştırmaları, MÜHF yay., C. 7, S. 1-3, 1992-1993, s. 49.



Eşitlik iki şeyin aynı, özdeş ya da bir olduğu şeklinde anlaşılabilen bir kavramdır. Eşitlik hukuki eşitlik, gerçek eşitlikle aynı şey değildir, dolayısıyla eşitlik ilkesinden söz ederken, doğadaki hiçbir şeyin veya durumun tıpatıp aynı olmadığı bilinmekte, eşitsizliğin varlığı kabul edilmektedir.

O halde eşitlik ilkesi değerlendirilirken sınıflandırmanın nasıl yapıldığı önem kazanmaktadır. Bu noktada kanunun amacının belirlenmesi gereklidir ve sınıflandırma kanunun amacı bakımından benzer durumda olanların tümünü kapsayan, bu amaçla uyumlu ölçütlere dayalı bir sınıflandırma olmalıdır. Kanunun somut bir amaca hizmet edip etmediği, amacın meşru, kamu yararına yönelik veya anayasada belirtilmiş özel amaçlardan biri olup olmadığı; belli bir gruba yükümlülük veya yarar getiren kuralın söz konusu amaçla bağlantılı olup olmadığı, diğer bir deyişle sınıflandırıcı özelliklerin yasama amacı ile bağlantılı olup olmadığı, bu amaca hizmet edip etmediği; amaçla araç arasında oranlılık olup olmadığı eşitlik açısından tartışılması gereken konulardır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararlarında bu yönde değerlendirmelere yer verilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında 10. madde yorumlanırken iki bakış açısı daha sık bir biçimde ön plana çıkmaktadır. İlk olarak Anayasa Mahkemesi aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağını, değişik hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulmasının bir aykırılık oluşturmayacağını belirtmektedir. İkinci olarak da getirilen düzenlemenin farklı olmasının haklı bir nedeninin olup olmadığını belirlemektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de Anayasa Mahkemesi gibi mutlak bir ayırım yasağından söz etmemektedir. Her farklı uygulama ayrımcılık yasağını düzenleyen Sözleşmenin 14. md'sine aykırı olarak düşünülemez. İlk olarak, bu konudaki ana kriter “eşit durumdakilere eşit muamelenin” yapılmasıdır. Fakat, kıyaslanan iki durum arasında eşitlik yoksa, o zaman, başka bir kriter karşımıza çıkmaktadır; (a) “ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki, (b) kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık”. Diğer bir deyişle, varolan eşitsizlik nedeniyle farklı, fakat amaçla ilişkili ve oranlı muamele yapılması 14. md ile uyumludur.

