

Makale Gönderim Tarihi: 31/07/2017 - Makale Kabul Tarihi: 26/12/2017

## YARGI KARARLARINDA KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK İLKESİ VE KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ

Jülide Gül ERDEM\*

### Öz

*Bilinen en eski tabletlerde dahi hükümdarların hayata geçirmiş olmakla övündüğü ve bir şekilde kanun koyuculardan, filozoflara herkesin ülküsü olarak ortaya konan eşitlik ilkesi, modern hukuk anlayışının en temel hedeflerinden biridir. Eşitlik yolunda yapılan hukuki ve siyasi mücadeleler neredeyse insanlık yaşıttır ve son derece zorlu geçmiştir. Bugün en azından hukuk devletinin en temel ilkelerinden biri olduğu konusunda tartışma yoktur. Ancak nasıl değerlendirilip hayata geçirileceği ve hukuk tarafından nasıl güvenceye alınacağı konusunda pek çok farklı yorum vardır. İlke 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde düzenlenmiştir. Madde, 2004 ve 2010 yıllarında değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerle kadın erkek eşitliği vurgulanmış ve bu konuda devlete açıkça sorumluluk verilmiştir. Ayrıca yaşlılar, çocuklar, şehit yakınları, gaziler ve özürllüler için alınacak tedbirlerin eşitliğin ihlali olmayacağı belirtilmiştir. Ancak tabii eşitliğin anayasa da olsa bir yasal metinde nasıl ye aldığından çok nasıl hayat bulduğu önemlidir. Bu noktada idari uygulamalar ve uygulamaların yargısal kararlarda yorumlanması çok büyük önem taşımaktadır. İlkenin sistem içinde nasıl yaşayacağı, bir anlamda yargı kararlarıyla şekillenmektedir. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın ilkeyi nasıl yorumladığı ele alınmaktadır. Özellikle bu iki yüksek mahkeme, eşitlik ilkesini yorumlarıyla şekillendirmekte, idari uygulamaları hukuka uygunluk bakımından değerlendirirken ona adeta yeniden biçim vermektedirler. Makalede eşitlik ilkesinin önemli ve yine çok sorunlu bir boyutunu oluşturan kadın erkek eşitliği meselesi de ilkenin kendi içinde daha da özelleşmiş bir örnek uygulaması olarak ele alınmış ve özellikle Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında izi sürülmüştür.*

**Anahtar Kelimeler:** Eşitlik, ayrımcılık yasağı, kadın-erkek eşitliği

### THE PRINCIPLE OF EQUALITY BEFORE THE LAW AND GENDER EQUALITY IN THE DECISIONS (CASE-LAW) OF TURKISH CONSTITUTIONAL COURT AND THE COUNCIL OF STATE

#### Abstract

*The principle of equality, which was put forward as the principle for everyone from lawmakers to philosophers, and about which the rulers boasted for achieving even in the ancient tablets, has been one of the fundamental goals of modern law. The legal and political struggles on the road to equality are almost as old as human beings and have been very challenging. Today, there is no debate as to the idea that it is one of*

\* Yrd. Doç. Dr. AİBÜ İİBF Kamu Yönetimi Bölümü, julideerdem@ibu.edu.tr

*the most fundamental principles of the rule of law. However, there are many different interpretations on how to materialize and guarantee equality by law. The principle was regulated in Article 10 of the 1982 Constitution. The article was amended in 2004 and 2010. These amendments emphasized the equality between men and women and clearly held the state accountable for this responsibility. It is also stated that there shall be no violation of equality of measures for the elderly, children, martyr relatives, veterans and disabled people. However, how the equality is achieved in real life rather than how it takes place in the constitution is important. At this very point, the interpretation of administrative practices and implementations in judicial decisions are of great importance. How the principle sustains in the system is shaped by judicial decisions in a sense. This study touches upon how the Constitutional Court and the Council of State interpret this principle. In particular, these two high courts shape the principle of equality with their interpretations, and they almost reform it while evaluating administrative practices in terms of compliance with the law. The issue of equality between men and women, which constitutes an important and also problematic dimension of the equality principle, has been treated as a more specialized example of the principle, and has been examined particularly in the decisions of the Constitutional Court and Council of State.*

**Keywords:** Equality, non-discrimination, gender equality

### Giriş

“Eşitlik” kelimesi, Türk Dil Kurumu sözlüğünde<sup>1</sup>, denklik, müsavilik, müsavat, muadelet kelimeleriyle karşılanıp “iki veya daha fazla şeyin eşit olması” diye tanımlanmaktadır. “Eşit” kelimesini de “yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne artık ne eksik olmayan (iki veya daha çok şey)” diyerek açıklar. Matematikçiler de basit bir sembolle (=) karşılayıp sık sık kullanırlar. Ancak konu sosyal bilimlere geldiğinde eşitliği tanımlamak elbette hiç kolay olmaz. Eşitliği anlatmak isterken iki şeyin aynılığı, özdeşliği, birliğinden,.. dem vurulabilir ama bu yine de yetersiz kalacaktır, doğada hiçbir şeyin aynı olmadığını bilirken (İnceoğlu, 2001:43). Belki de o yüzden, insanlar tanımlamadan önce peşine düşmüşlerdir eşitliğin.

Bilinen en eski kanun koyucu Lagas Kralı Urukagina, M.Ö. 2350 yıllarında Sümerce yazılmış kil tabletlerdeki kanunnamelerde; kendinden önceki idarecilerin yarattığı düzensizlik, adaletsizlik ve yolsuzlukları yok etmek için kuvvetlinin zayıfa zulmetmesinden bıkan halk tarafından aynı kavme mensup olmamasına rağmen başa geçirildiğini ve kanunlarla özgürlüğü, (amaargi:anaya dönüş) diğer anlamıyla eşitliği getirdiğini anlatır. Aynı şehirde 200 yıl kadar sonra hüküm sürmüş olan Ensi Gudea, şehirde esirliği ve köleliği kaldırmakla, fakiri kuvvetliye ezdirmekle övünür (Tosun, 1973:563-564). Buradan yola çıkarak Sümerlerde eşitliğin sağlanmasının (bir iddia bile olsa) kral için bir övünç vesilesi olduğunu söylemek mümkündür. M.Ö. 1728-1686 yıllarında hüküm sürdüğü tahmin edilen Hammurabi de kanunnamesinin giriş kısmında, bu kanunlarla hem hâkimlerin belirsiz örf ve adetlere göre karar vermemesini hem de davacının (halkın) kendi durumunu bile-

1 [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.596b3253b663b1.55033625](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.596b3253b663b1.55033625) (15.07.2017).

bilmesini sağlamaktan (bunun için kanunnamenin yazıldığı abide mabet avlusuna dikilmiştir) bahseder (Tosun, 1973:575). Hammurabi Kanunları bugünün hukuk anlayışına ve eşitlik ilkesine pek uygun olmayabilir ama hiç olmazsa kanunların kapsama alanına giren herkese eşit şekilde uygulanabilmesinin amaçlandığı söylenebilir.

M.Ö. 6. yüzyılda yaşanmakta olan gerginliklerin son bulması için Antik Yunan'da yönetime getirilen Solon da insanların<sup>2</sup> kanun önünde eşitliğini temin etmek için yasal düzenlemeler yapmış, ekonomik eşitsizliği dengelemeye çalışmıştır ama bu girişimler başarılı olamamıştır. M.Ö. 5 yüzyıla gelindiğinde Sofistler insanların doğuştan gelen eşitliği ve özgürlüğü fikrini yaymaya çalıştılar. Ancak bu görüşler o dönemde hayata geçirilemeyip naif felsefi akımlar olarak kabul edildi. Benzer şekilde, aynı dönemlerde Çin'de yaşamış olduğu tahmin edilen Konfüçyüs da insanlığın bir bütün ve bütün insanların eşit olduğu düşüncesini yaymaya çalışıyordu (Ünal, 1994:45).

Aristoteles de adalet teorisini eşitliğin görünüm biçimleri üzerinden açıklamıştır. O, konuyu denkleştirici adalet ile dağıtıcı adalet olmak üzere iki türe ayırarak yorumlar. Denkleştirici adalet, bir hukuki ilişkideki tarafların eşit muamele görmesi, kişisel unsurların dikkate alınmamasıdır. Örneğin, bir sözleşmeyi ihlal edenin zararı tazmin etmesi, suç işleyenin hak ettiği cezayı çekmesi gibi tezahür eder. Daha çok bireyler arası ilişkilerin hukuk tarafından formüle edilip uygulanmasında kullanılır ve bu tür adalette eşitlik daha bağımsız bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Dağıtıcı adalet ise temelde bireyle devlet (idare) ve toplum arasındaki ilişki için kullanılır. Herkesin şeref ve mallardaki payının, yetenekleri ve toplum içindeki yerine göre belirlenmesini öngörür. Burada da eşitlik temel bir nosyondur ama göreceli bir eşitliktir (Güriz, 1990:13-14). Aslında Aristo adalet ve eşitlikten bahsetmiştir ama herkes için değil. Köleliği doğal görür, hatta ünlü eşitlik ve adalet teorisi tam da bunu meşrulaştırmayı sağlar (İnceoğlu, 2001:41).

Yüzyıllar sonra “özgürlük, eşitlik, kardeşlik” sloganıyla yola çıkan Fransız İhtilali ve ardından gelen 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, belki de eşitlik ülküsünün en ünlü<sup>3</sup> belgesi olmuştur. 1. maddesiyle “insanlar hür ve hukuken eşit doğarlar” diye başlar, 6.maddesinde bütün vatandaşların kanun önünde eşit olduğunu vurgular (Öndül, 1989:690). Ardından gelen 1793 ve 1795 tarihli beyannameler eşitlik hususuna daha da güçlü vurgular yapar (Baltacı, 1996:201).

Özellikle II. Dünya Savaşı'nın ardından eşitlik kavramının yorumu genişlemiş, ekonomik eşitliği de kapsamaya başlamıştır. Eşitlik kavramı çok boyutludur ve klasik ayırmda, sosyal ve ekonomik, hukuki ve de siyasi eşitlik olmak üzere üç temel

2 Dönemine göre son derece ilerici de olsa, bu yasal eşitlik ve diğer reformlar sadece doğuştan köle olmayanlar için geçerliydi. Yetiş, Mehmet, “Antik Atina’da Demokrasinin Gelişimi: Soloncu Pasisif Devrimden Peisistratos’un Tiranlığına”, <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/54/2/Mehmet-YETIS.pdf> (15.07.2017)

3 1789 Beyannamesi bu konuda ilk değildir. Ondan önce 12 Haziran 1776 Virginia Haklar Bildirgesi ilan edilmiştir ve o da ilk maddesinde tüm insanların doğuştan eşit, özgür ve bağımsız olduklarını beyan eder. Ardından 4 Temmuz 1776 tarihinde ilan edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi de tüm insanların eşitliğine vurgu yaparak başlar. Sencer Muzaffer, “İnsan Hakları Açısından Amerikan Devrimi”, İnsan Hakları Yılı, Cilt:9, Sayı:1, 1987, s.95-98.

sütunda incelenmektedir (Serim, 1994:14). Ancak şu tartışmasızdır ki kavram bu klasik ayrımın çok ötesinde boyutlanmıştır artık.

Eşitlik peşindeki mücadele ve bu yolda atılan adımlar zorlu ve uzun bir maceradır. O zamana kadar yüksek sesle söylenmesinden bile hazzedilmeyen bir dileğin, bildirgelere yazılıp ilan edilmesinden çok daha fazlası yaşanmıştır. Ancak bu zorlu yolculuk, bu çalışmanın kapsamı içinde değildir ve o yüzden bu sürece yer verilemeyecektir. Bu çalışma, eşitlik kavramının hukuki boyutu ve idari yargı kararlarına yansıyan uygulamalar üzerinedir. Tüm kurum ve kavramlarıyla hayat bulmuş bir hukuk devleti sistemi kurulmamışsa eşitlik ilkesinin de hoş bir söylence olmaktan öteye geçmesi pek de mümkün olmayacaktır. Bu çalışma bakımından önem taşıyan kanun önünde eşitlik ilkesi, hukuk devletinin temel gerekliliklerinden biri olmanın yanı sıra hayata geçmek için de hukuk devleti sistemine ihtiyaç duyar. Anayasa'da genel esaslar arasında düzenlenmesi yetmez, özellikle idari uygulamalar ve bu uygulamaların hukuka uygunluğunu denetlenebilmesinde hayati rol oynayan yargı kararlarıyla, beslenerek gelişir. İlkenin hayata geçebilmesinde en önemli basamak idarenin uygulamaları ve bu uygulamalardaki ihlallerin tespit edilip ortadan kaldırılabilmesidir. Bu çalışma, kanun önünde eşitlik ilkesinin ülkemizde idari uygulamalardaki ihlal iddialarının yargı tarafından yorumlanışını ele almaktadır. Çalışmada özellikle Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın ilkenin ihlali iddiasıyla önüne gelen iptal davalarındaki değerlendirmeleri mercek altına alınmıştır. Ayrıca eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının uygulamada en sorunlu görünüşlerinden biri olan kadın-erkek eşitliği konusu, kanun önünde eşitlik ilkesinin daha özel bir konuda nasıl yansıdığını irdelemek için örnek olarak seçilmiş ve bu konudaki yargı kararlarına daha yakından bakılmaya çalışılmıştır.

## 1. KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK İLKESİ

Eşitlik anlayışı ve hukuki anlamada eşitlik insanoğlunun aldığı yola ve ufkunun genişlemesine bağlı olarak zamanla değişmiş, gelişmiştir. Bir zamanlar bir insanın diğer bir insanı bir eşya olarak satın alıp kullanması doğal ve hukuka aykırı gelmezken şimdi, en azından uygar dünyada, kabul edilemez ve yasalarca cezalandırılan bir davranış olarak kabul ediliyor. Oysaki uzun bir zaman boyunca en eşitlikçi düşünürler için bile kölelik sorun yaratmayabiliyordu. Sonuçta en eski metinlerde bile bir şekilde bahis konusu olabilse bile hukuki anlamda eşitlik aslında modern çağın kavramıdır.

Eşitlik rüyasının ilk basamağı kanun önünde eşitlik ve doğal yansıması olarak ayrımcılık yasağıdır. İnsanlardan bahsederken mutlak bir eşitlikten bahsetmek pek anlamlı olmayacaktır elbette. Kimse kimseye birebir benzemez, benzetmek de istemez zaten. O yüzden herkes eşit olsun derken; herkesin, kaşının gözünün, renginin, sesinin, boyunun, posunun,... eşitliğinden daha doğrusu eşit olması gerektiğinden bahsedilmiyordur. Gerek iç hukukta gerekse bu konuyu amaç edinmiş uluslararası belgelerde "eşitlik" kavramının tanımına rastlanmaz aslında. Ancak kastedilen, yasaların gözünde eşit olabilmektir. Bu da adaletin terazisinin kefesinde her bir insan için aynı abranın kullanılması; kimsenin, dili, dini, ırkı, cinsiyeti, soyu, makamı, parası gibi nedenlerle farklı ölçeklerle tartılmaması demektir. Eşitlik ilkesi bir ta-

lep hakkı doğurduğu gibi devlet organları ve idare için de anayasal bir buyruktur (ayrımcılık yasağı). Bu ilke, hukuk devleti kavramı içinde bulunmasının yanı sıra bir temel hak veya bağımsız bir temel ilke olarak da kabul edilebilir (Özbudun, 2011:150). Eşitlik ilkesi, ancak ve ancak hukuk devletinin güvencesi ve araçlarıyla korunabilir (İnceoğlu, 2006:57).

Kanun önünde eşitlik ilkesi, doğal olarak, herkesin her yönden aynı hükümlere tabi olması, aynı uygulamalarla karşılaşması anlamına gelmez. Bu kavram, en kısa ifadeyle eşit durumda olanların eşitliğini kasteder. Farklı hukuki konumlarda olanlara farklı kurallar uygulanması tek başına bu ilkenin ihlali anlamına gelmez. Haklı nedenlerin varlığı halinde farklı uygulamalar yapılabilir. Ancak farklı durumlardakilere yapılan farklı uygulama, haklı nedenlerle yapılıyor olsa bile bu farklı durumdaki herkese aynı şekilde uygulanmalıdır.<sup>4</sup>

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı arasındaki koparılamaz ilişki, onları bir bakıma yapışık ikizler haline getirir. Bu iki unsur, özellikle de insan haklarından yararlanmaya dair bir husus söz konusu olduğunda, yasal düzenlemede açıkça ifade edilmiş olsun olmasın, bütüncül bir şekilde değerlendirilmelidir. *“Ayrımcılık yasaklı eşitlik, aynı durumda bulunan hak öznelerinin; haklı nedenler olmadıkça, özellikle ırk, cinsiyet, dil, din ve inanç, siyasal ya da başka görüşler, yaş, engel, cinsel yönelim ve benzeri nedenlere dayalı ayırım gözetilmeksizin aynı kurallara bağlı olmasını ve yasaklama, kısıtlama, dışlama ya da yağleme gibi eylemlere başvurmaksızın, tüm insan haklarından eşitlik koşulları içinde”* yararlanmalarının sağlanması anlamına gelen temel bir ilke ve haktır (Gülmez, 2010:221).

Ancak şu da belirtilmelidir ki eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının aynı şeyi ifade ettiği görüşüne yönelik eleştiriler de önemlidir. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını denk görmenin; şekli bir eşitlik anlayışı olduğu, herkesin tümüyle eşit olduğu varsayımından hareket ettiği, ayrımcılık yapılmamış olmak koşuluyla mevcut durumun korunmasını eşitliğin varlığı için yeterli saydığı, ayrımcılığı münferit bir vaka olarak değerlendirdiği sonuç olarak da yapısal bir değişiklik öngörmediği, sadece geçici önlemlerle yetindiği iddia edilmektedir. Ulusal ve uluslararası hukukta egemen olan kanun önünde eşitlik anlayışı, gerçek eşitliğin hayat bulmasını engelleyen şekli bir eşitlik anlayışı olarak eleştirilirken; bunun karşısına ayrımcılığın sadece doğrudan biçimlerini değil dolaylı biçimlerini de önlemekle yükümlenen bir maddi eşitlik anlayışı konulmaktadır. Maddi eşitlik anlayışının sadece davranışa değil, sonuçlarına da odaklanarak, dezavantajlı kişilere olumlu anlamda farklı muamele edilmesini gerektirdiği savunulmaktadır (Karan, 2011).

Bu yaklaşımın bir parçası olarak da ayrımcılık yasağı, maddi eşitliğe ulaşmak için en önemli araç olarak belirlenmektedir. Bu yaklaşım ayrımcılığı, eşit durumda olanlara eşit davranmamak veya eşit durumda olmayanlara eşit davranmak olarak niteler. Buna göre ayrımcılıkla; bilerek ya da bilmeyerek, icrai veya ihmali olarak,

4 Anayasa Mahkemesi de bu ilkeyi, eşit hukuki durumlarda eşit uygulama gereği olarak yorumlamaktadır. Örneğin: Anayasa Mahkemesi, K.T.:13.4.1976, Esas No.:1976/3, Karar No.:1976/23; Anayasa Mahkemesi, K.T.:28.4.1983, Esas No.:1981/13, Karar No.:1983/8; Anayasa Mahkemesi, K.T.:11.12.1986, Esas No:1985/11, Karar No:1986/29; Anayasa Mahkemesi, K.T.:31.10.2013, E.2013/23, K.2013/123,... AYMBB

bir hak veya yükümlülükle ilgili durumlarda ve geçerli bir neden olmaksızın; eşit durumdakilere eşit davranılmamış, eşit durumda olmayan kişilere de eşit davranılmıştır (Karan, 2011).

Bir yasal metinde ilk defa ayrımcılık yasağının tanımlanması 1958 tarihli 111 sayılı İstihdam ve Meslek Alanında Ayrımcılık Yasağı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi 1.maddesinde yapılmıştır. Bu maddede “ayırım” deyimini “*Irk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı*”<sup>5</sup> ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) 1985’de verdiği Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. UK davasında ayrımcılık şöyle açıklanmıştır: “Madde 14 anlamında ayrımcılık, genel olarak, sözleşme daha lehte muamele öngörmemesine rağmen, bir kişi veya grubun, tam bir haklı neden olmaksızın diğerinden daha az lehte muamele görmesidir.”<sup>6</sup> Bu karardan yola çıkarak AİHM’nin ayrımcılığın gerçekleşmiş olması için dört koşulun tespitini aradığı çıkarılabilir: Farklı muamele, karşılaştırılabilecek durumda biriyle karşılaştırıldığında daha az lehte muamele, objektif ve makul bir neden yokluğu, amaç ve araç arasında ölçülülüğün bulunmaması. Anayasa Mahkemesinin yıllar içinde geliştirdiği (aşağıda örneklendirilecek olan) haklı neden ölçütünün de temelde AİHM’nin yaklaşımından çok uzakta olmadığı söylenebilir.

Sonuç olarak kanun önünde eşitlik ilkesi, muhataplarına bunu talep etme hakkı verirken devlete (yasama, yürütme ve yargıya) da ayrımcılık yapmamak, yapılmasına izin vermemek ve ayrımcılığı önlemek hatta ortadan kaldırmak için de gereken tedbirleri alma yükümlülüğü vermektedir.

## 2. KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK İLKESİNİN YASAL DAYANAKLARI

1982 Anayasasının “Genel Esaslar” bölümünde, 10. madde olarak düzenlenmiş bulunan eşitlik ilkesi; devlet organlarının ve idarenin, kimseye imtiyaz tanımaksızın herkese, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetmeden eşit davranmasını buyurur. Devlet organları ve idare makamları, tüm işlemlerinde, kanun önünde eşitlik ilkesi doğrultusunda hareket etmelidir<sup>7</sup>. Herkes kanun önünde eşittir, kimseye ayrıcalık tanınmaz. Ancak kadın-erkek eşitliğinin hayata geçirilmesi veya çocuklar, yaşlılar, özürllüler,

5 ILO Kabul T.: 4 Haziran 1958, Kanun T. ve Sayısı: 13.12.1966/811, Resmi Gazete T. ve Sayı: 22.12.1966 /12484, Bakanlar Kurulu Kararı T.ve Sayısı: 2.9.1967/6-8730, Resmi Gazete T. ve Sayısı: 21.9.1967/12705.

[http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377273/lang--tr/index.htm](http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377273/lang--tr/index.htm) (15.07.2017)

6 [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["695293"\],"itemid":\["001-57416"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (21.11.2017). Türkçesi için: Bakırcı Kadriye (2012), Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.19-20.

7 9/2/2008 tarihli ve 5735 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle; bu fıkra “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmişse de ve bu ibare Anayasa Mahkemesinin 5/6/2008 tarihli ve E.: 2008/16, K.: 2008/116 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. (R.G.: 22/10/2008, 27032).

harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile gazi ve maluller<sup>8</sup> için alınacak tedbirler eşitlik ilkesinin ihlali sayılamaz. Ayrıca Anayasa'nın "Başlangıç" kısmında da (6. paragraf) eşitlik ilkesi yer bulmaktadır<sup>9</sup>.

Bu ilke, Türk Anayasalarında ilk olarak 1924 Anayasası'nda yer alıyordu (69. madde) ama sadece vatandaşları içeren bir dille yazılmıştı. "*Türkler kanun nazarında müsavi ve bilaistisna kanuna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnudur.*" Madde "*Türklerin Hukuku Ammesi*" başlığı altında yer alıyordu. Ancak şunu da hemen belirtmek gereklidir ki 1934 yılına kadar bütün vatandaşlar yasa önünde o kadar da eşit değildi. 1924 Anayasası, ilk halinde, kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanımıyordu (10. ve 11. madde). Kanun önünde eşitlik ilkesi 1961 Anayasası'nda ise 12. maddede "Temel Haklar ve Ödevler" başlığı altında düzenlenmişti: "*Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.*" Eşitlik ilkesi bakımından 1961 Anayasası, 1982'ye göre daha zayıf bulunmaktadır<sup>10</sup>.

Devlet Memurları Kanunu'nun "Tarafsızlık ve devlete bağlılık" başlıklı 7. maddesinde de devlet memurlarının ayrımcılık yapamayacağı ifade edilmiştir: "*Devlet memurları siyasi partiye üye olamazlar, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamazlar; görevlerini yerine getirirlerken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar; hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamazlar ve bu eylemlere katılamazlar.*"

Türk Ceza Kanunu 122. madde'de nefret ve ayrımcılık yasağı düzenlenmiş ve 1 yıldan 3 yıla kadar ceza öngörülmüştür.<sup>11</sup> Ayrıca Milli Eğitim Temel Kanunu 4.

8 2010 yılında maddeye eklenen "*Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı*" ibaresi görünüşte olumlu olmakla birlikte, düzenlemede sınırlı sayma yöntemi benimsendiği için dezavantajlı diğer grupları gözardı ettiği için eleştirilmektedir. Çağlar Selda, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:70, Sayı:3, 2012, s.49.

9 "*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerini yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu...*"

10 "*Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasada yer alan en önemli kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Bu kural 1982 Anayasasında 1961 Anayasasına nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki; eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. Benzeri sebeplerle de ayırım yapılmayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır. Anayasanın 10 uncu maddesinde yer alan eşitlik kavramıyla kanun önünde eşitlik yani hukuki eşitlik kastedilmiştir. Bu ilkeyle bir tek kişiye veya kimi topluluklara aynı durumda bulunan yurttaşlardan daha çok veya daha geniş hak ve yetkiler tanımak yoluyla kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmesi yasaklanmaktadır.*" Anayasa Mahkemesi, K.T.04.11.1986, E.1986/11, K.1986/26, AYMBB(17.07.2017).

11 "Nefret ve ayrımcılık Madde 122- (Değişik: 2/3/2014-6529/15 md.) (1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

madde’de, “Eğitim kurumları dil, ırk, cinsiyet, engellilik ve din ayırımı gözetilmeksizin herkese açıktır. Eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” denir ve 8.madde’de de eğitimde kadın-erkek herkese fırsat eşitliği sağlanacağı, yoksul ve başarılı öğrencilere parasız yatılılık, burs, kredi ve başka yollarla gerekli yardımların yapılacağı, özel eğitime ve korunmaya muhtaç çocukları yetiştirmek için de tedbirler alınacağı ifade edilmiştir.

İlke, sadece iç hukuk dayanaklarıyla güvence altına alınmamıştır elbette. Hatta uluslararası hukukun ve insan haklarının temel meselesi halini almasıyla iç hukukta da güçlenmiştir demek daha doğru olacaktır. Kaldı ki 2004 yılında Anayasa’nın 90.maddesine eklenen son fıkra<sup>12</sup> ile insan hakları konusunda taraf olduğumuz uluslararası anlaşmalar iç hukukta kanun hükmünde kabul edilmiş ve ilgili konularda diğer kanunlardan üstün kılınmıştır.

Hâlihazırda Türkiye’nin de imzalamış olduğu pek çok uluslararası belge bu ilkeyi güvence altına almaya çalışmaktadır. Ancak bunların ilki Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiş olan BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’dir. Bildirge’nin ilk iki maddesi doğrudan doğruya bu ilkedan bahseder<sup>13</sup>: “Madde 1- Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler, birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.

Madde 2- Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir. Ayrıca, ister bağımsız olsun, ister vesayet altında veya özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke yurttaşı olsun, bir kimse hakkında, uyuşukunda bulunduğu devlet veya ülkenin siyasi, hukuksal veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayırım gözetilmeyecektir.”

Eşitlik ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. Maddesinde, ayrımcılık yasağı şeklinde ve Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada, cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ya da toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilemeyeceği şeklinde yer almıştır. 14. madde, tek başında değil de diğer maddelerde tanınmış hakların uygulamasına dönük bir

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

12 Anayasa Madde 90/5: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

13 Türkiye de 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu ile “İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si’nin Resmi Gazete ile yayımlanması yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması” kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. <http://www.danistay.gov.tr/upload/insanhaklarievrenselbeyanname.pdf> (15.07.2016)



teminat<sup>14</sup> içermektedir. Tamamlayıcı bir hükümdür (Cin, 2011:1053). Ancak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 26 Haziran 2000 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ek 12. Protokolü kabul etmiştir. Bu yeni Protokol, sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tanınan haklar açısından ayrımcılık yasağı değil, bağımsız genel bir ayrımcılık yasağı öngörmektedir.<sup>15</sup>

### 3. KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK İLKESİNİN YARGISAL YORUMU

Kanun önünde eşitlik ilkesi ve uzantısı olarak ayrımcılık yasağı en çok yargıya akseden olaylarla kayıtlanabilmektedir. Yargı, karşısına gelen somut olaylarla soyut düzenlemeler arasındaki ilişkiyi tespit ederek; somut olayı soyut kuralın kapsama alanına yerleştirdiğinde, kanun önünde eşit muamele görme hakkı yeniden şekillenmekte ve bir gerçeklik olarak hayatta yerini almaktadır. Sonuçta eşitlik ilkesinin sınırlarını çizen ve ayrımcılık alanına girildiğini ortaya koyan asıl yorumlama kaynağı yargı kararları olmaktadır. Bu bölümde genel olarak kanun önünde eşitlik ilkesine dair önemli görülen yargı kararları ele alınacaktır.

#### 3.1. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Genel Olarak Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

Anayasa Mahkemesi kurulduğu günden itibaren çeşitli vesilelerle eşitlik ilkesinin ihlali iddiasıyla açılan davalarda somut ve soyut norm denetimi yapmış ve son yıllarda da bireysel başvurular vesilesiyle yasa önünde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı hakkında kararlar vermektedir. Özellikle iptal davalarında verdiği kararlardan yola çıkarak eşitlik ilkesine yaklaşımı hakkında sonuca varmak mümkündür.

Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesiyle demokrasi ve hukukun üstünlüğü arasındaki ilişkiye işaret eder: *"Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü temeli üzerine oturur. Yasa önünde eşitlik bu temelde vazgeçilmesi olanağı bulunmayan bir ilkedir. Böyle bir ilke her türlü ayrıcalığı reddeder. Eşitlik ilkesi, demokratik rejimde en önemli ilkelere biridir. Çünkü gerçek demokrasilerde ikinci sınıf vatandaş olamaz."*<sup>16</sup>

14 "Sözleşme'nin 14. Maddesi tek başına ele alınamamakla birlikte, bu madde Sözleşme'de ve Protokoller'de bulunan normatif hükümleri tamamlayıcı niteliktedir. Sözleşme'nin 14. Maddesi, benzer koşullardaki birey ve grupları, Sözleşme'de ve Protokoller'de belirtilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü ayrımcılığa karşı korumaktadır. Tek başına ele alındığında, bir hak ve özgürlüğü güvence altına alan bir maddenin koşullarına uygun bulunan bir tasarruf. 14. Madde'yle birlikte ele alındığında ayrımcı bir niteliğe sahip olması nedeniyle normatif hükümlere aykırı olabilir. 14. Madde bir bakıma, nitelikleri ne olursa olsun hak ve özgürlükleri ortaya koyan her bir maddenin bütünleyici parçasını teşkil eder." Belçika Ulusal Polis Sendikası Davası, 27 Ekim 1975, Seri A, No. 19, s. 19, paragraf 44. Dutertre Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003, s.291.

15 "Madde 1: Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması

1. Hukukten temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

2. Hiçbir kimse 1.paragrafta belirtildiği şekilde, hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz." [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf) (01.01.2013)

16 Anayasa Mahkemesi, K.T.31.12.1992, E.1992/40, K.1992/55, AYMBB (16.07.2017); Benzer... Anayasa Mahkemesi, K.T. : 20.11.2008, E.2008/47, K.2008/167, AYMBB, (15.07.2017).

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 10.maddesinin herkese her zaman aynı kuralların uygulanması anlamına gelmediğini vurgular. 10.maddenin eşitlik anlayışının, hukuksal eşitlik olduğunu yani eşit durumdakilere eşit davranılmasını ancak eşit olmayan konumda bulunanlara da farklı davranılmasını öngördüğünü belirtir. Aynı statüde olanlara aynı kurallar uygulanacaktır ancak, farklı statülere farklı kuralların (elbette statü içindeki herkese aynı şekilde) uygulanması eşitliği ihlal etmez<sup>17</sup>. “Benzer nitelik ve durumda olanlar arasında farklı uygulamayı engelleyen, ayrı nitelik ve durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulmasını zorunlu kılmayan eşitlik ilkesi, hukukun üstünlüğü temeli üzerine oturan hukuk devletinde her türlü ayrıcalığı reddeden önemli bir öğedir. Kimi kurum ve kuruluşları, statü farkı nedeniyle, belli bir konuda öbürlerinden ayrı tutmak, ayrı düzenlemeye bağlı kılmak ya da genel bir düzenlemenin kapsamı dışında bırakmak, onlara ayrıcalık tanımak değil, durumlarındaki değişiklik gereği olan bir uygulamadır.”<sup>18</sup>

Mahkeme, kanun önünde eşitlik ilkesine ayrılığı önleyen bir “haklı neden” ölçütü kullanarak, yasayla getirilmiş farklılıkların haklı nedene dayandığı kanaatinde olduğu hallerde, farklı düzenlemeyi Anayasa'yı ihlal olarak değerlendirmemiştir. Bu ölçütü ilk dönemlerinde pek de sistematik bir şekilde kullanmamış olsa da zamanla şematize ettiği söylenebilir: “Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının anlam ve öneminin tüm ağırlığını taşıyan “haklı neden” ve “kamu yararı” kavramlarına, öğretilerde, eşitliği bozduğu ileri sürülen sınıflandırma ya da ayırımın, a) ANLAŞILABİLİR, b) AMAÇLA İLGİLİ, c) MÂKUL VE ÂDİL olması ölçütleriyle hukuksal biçim ve içerik kazandırılmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır, denebilir. Çünkü, eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmamakta ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olmaktadır. Başlangıçta varolan uyum içindeki bu koşullar, zamanla aralarındaki bağın çözülmesi halinde de Anayasa kurallarına aykırı hale gelebilirler.”<sup>19</sup> Ancak şu da söylenmelidir ki Anayasa Mahkemesi bu ölçütü eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediğini incelemesi gereken her kararda da uygulamamıştır.<sup>20</sup>

### 3.2. Danıştay Kararlarında Genel Olarak Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

Birey ve toplum hayatındaki rolü gitgide genişleyen ve buna bağlı olarak sahip olduğu güç artan idare, kanun önünde eşitlik ilkesinin hayata geçmesinde en önemli sorumlu haline gelmektedir. Eşitliğin sağlanması ve doğal olarak ayrımcılığın önlenmesinde en önemli aktör olan idare, hem yönlendirici, denetleyici ve teşvik edici misyonuyla bu ilkenin hayat bulup yerleşmesini sağlamakla hem de kendi tasarruflarında bunu titizlikle uygulamakla yükümlüdür. Kanun önünde eşitlik ilkesini teorik bir prensip olmaktan çıkarıp bir gerçekliğe dönüştürmek, özellikle de idarenin takdir yetkisini kullanması gereken durumlarda çok daha büyük ciddiyet kazanır.

17 Anayasa Mahkemesi, K.T.21.06.1963, E.1963/192, K.1963/161; K.T.21.05.1981, E.1980/29, K.1981/22; K.T.28.09.1988, E.1988/12, K.1988/32; K.T.16.06.1992, E.1992/8, K.1992/39;

18 Anayasa Mahkemesi, K.T.19.04.1988, E.1987/16, K.1988/8, AYMBB (16.07.2017).

19 Anayasa Mahkemesi, K.T. : 31.10.1991, E. 1991/24, K.1991/40, AYMBB (17.07.2017)

20 Anayasa Mahkemesi, K.T. 30.6.1988, E. 1988/1, K. 1988/26; K.T.19.4.1988, E.1987/16, K.1988/8; K.T.10.3.2011, E.2008/54, K.2011/45, AYMBB (17.07.2017)

Yasal düzenlemelerin hangi koşullarda ne yapacağına dair talimat verdiği durumların tersine; idare, takdir yetkisini, yani yasanın kendisine tanıdığı alanda tercihte bulunabilme olanağına sahip kılındığı durumlarda, bu yetkiyi eşitlik ilkesini dikkate alarak kullanmak zorundadır. Benzer şekilde, yasal düzenlemelerde belirsiz hukuki kavramlarla formüle edilmiş hususları uygulamak söz konusu olduğunda da bu soyut kavramları somut durumlarla eşleştirme görevini yerine getirirken kanun önünde eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını ihlal etme gibi bir lüksü asla yoktur. Aksi durum çok büyük sorunlara ve haksızlıklara kapı açacaktır.

Kanun önünde eşitlik ilkesi, takdir yetkisinin kullanılmasına dair 11 Mart 1980 tarihli R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı'nda da 3. ilke olarak yer bulur: Takdir yetkisini kullanan bir idari makam, hakkaniyete uymayan ayrımcılıktan kaçınacak ve kanun önünde eşitlik ilkesini gözetecektir.<sup>21</sup> Aynı Tavsiye Karar'ında ilkenin amacının fiilen ve hukuken aynı konumda olan kişilerin benzer muamele görmesini sağlayarak haksız ayrımcılığın engellenmesi olarak açıklanmıştır. Haksız ayrımcılık sadece farklı davranılmasının makul temellere dayandırılmadığı, objektif bir şekilde haklı kılınamayan durumlarda söz konusu olacaktır. Elbette uygulamanın hukuka ya da kamu yararına aykırı olduğunun belirlenmesi halinde, idarenin genel hareket biçimini değiştirmesi kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi olarak kabul edilemez.<sup>22</sup> Bu ilke, aynı zamanda, Avrupa İyi Yönetim Yasası'nın 5. maddesinde de yer bulan bir idare hukuku ilkesidir<sup>23</sup>.

Yargı kararlarında, eşitlik ilkesinin genel olarak idari uygulamalarda ve idarenin takdir yetkisini kullandığı faaliyet ve işlemlerinde taşıdığı önemi ortaya koyan ifadeler sıklıkla görülmektedir. Danıştay, takdir yetkisini kullanan idarenin, bunu yaparken, Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesine uymakla mükellefiyetini önemle vurgular.<sup>24</sup>

21 Recommendation No. R (80) 2, Of The Committee Of Ministers Concerning The Exercise Of Discretionary Powers By Administrative Authorities, (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=678043,14.3.2013>).

22 Recommendation No. R (80) 2, Of The Committee Of Ministers Concerning The Exercise Of Discretionary Powers By Administrative Authorities, (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=678043,14.3.2013>).

23 Avrupa İyi Yönetim Yasası Madde 5:

1. Yetkili, kamudan gelen taleplerin değerlendirilmesi ve gerekli kararların alınması sürecinde herkese eşit muamele yapma ilkesine saygı gösterilmesini sağlayacaktır. Aynı durumda olan kamu mensupları aynı şekilde muamele edileceklerdir.

2. Farklı bir muamele yapılması halinde, yetkili bu durumun söz konusu olayın özel nitelikleri nedeniyle haklı olmasına dikkat edecektir.

3. Yetkili özellikle kamu üyeleri arasında, tabiiyete, cinsiyete, ırka, renge, etnik ya da sosyal kökene, genetik özelliklere, lisana, dine ya da inanca, siyasi ya da farklı bir görüşe, ulusal azınlık üyeliğine, varlığa, soya, maluliyete, yaşa ya da cinsel eğilimlere dayalı haksız ayrımcılıktan kaçınacaktır. ([www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1226503345059-17.11.2017](http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1226503345059-17.11.2017)).

İngilizcesi için (<http://www.ombudsman.europa.eu/resources/code.faces>)

24 "Anayasa'nın 10'uncu maddesinde öngörülen kanun önündeki eşitlik ilkesi, idarenin yetkisini kullanırken uymak zorunda olduğu söz konusu hukuk kurallarının en önemlilerinden biridir. İdare, idare edilenler yönünden, hak yaratırken ve külfet getirirken, bu ilkeye uygun davranmakla yükümlüdür..." Danıştay 7. Daire, K.T.:11.6.2001, Esas No.:2001/1 , Karar No.:2001/2124, DBB, (14.12.2012).

Bir idare hukuku ilkesi olarak eşitlik ilkesi, nesnel koşulları aynı ya da benzer olan iki olayda aynı uygulamaların yapılmasını gerektirir ancak idarenin her somut olayı özenle inceleme gereği de devam etmektedir. İdarenin takdir yetkisi kullanarak yaptığı bir işlemin yargısal denetimi aşamasında Danıştay bu temel gerçeğe, şu şekilde işaret etmiştir: “*Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında da vurgulandığı gibi, yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kimilerinin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Özellikle, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı uygulamayı aykırı değil, geçerli kılar. Başka bir anlatımla, kişisel durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallara dayanılarak değişik uygulamalar yapılamaz.*”<sup>25</sup> İdarenin takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda nesnel bir değerlendirmeye uygulamayı değiştirmesi, tek başına eşitlik ilkesinin ihlali olarak kabul edilmeyebilir (Akıllıoğlu, 2004).

Takdir yetkisinin kullanılması söz konusu olduğunda, en büyük hassasiyetin gösterilmesi gerektiği ilkelerin başında eşitlik ilkesinin olması doğaldır. Danıştay, idarenin işlemlerini yaparken sahip olduğu takdir yetkisini ve kullanım biçimini irdelerken, sıklıkla eşitlik ilkesinin hayat geçiriliş biçimine dair değerlendirmelerde bulunmak gereksinimi duymaktadır. Örneğin, 1924 Anayasası döneminde, Bursa'da yayınlanan ve birbirlerine denk özellikler taşıyan iki gazeteden sadece birine resmi ilan verilmesi yönünde karar alan Başbakanlık Basın-Yayın Genel Müdürlüğü işleminin iptali için açılan davada; eşit konumdaki iki yayın organından sadece birine resmi ilan verilmesini, o gazeteyi, diğerinin karşısında avantajlı duruma geçirmeye yönelik ve eşitlik ilkesine aykırı bir tasarruf olarak belirlemiş ve iptal kararı vermiştir <sup>26</sup>. Yüksek Mahkeme, bazı kararlarında eşitlik ilkesini başka kelimelerle (“denge ve hakkaniyet” gibi) ifade etmeyi seçmiş olsa da benzer koşullar söz konusu olduğunda takdir yetkisinin kullanımında eşit uygulama koşulunda titizlik göstermiştir.<sup>27</sup> Benzer şekilde, takdir yetkisinin kullanımında eşitlik ilkesinin uygulanmamasını eleştirirken, durumu “objektif esaslar” ve “hukukun genel ilkeleri” ifadeleriyle ortaya koyduğu da görülebilmektedir.<sup>28</sup>

Danıştay da Anayasa Mahkemesi gibi eşitlik ilkesini, aynı hukuki durumda bulunan kişilere aynı şekilde davranılıp bu kişilerin aynı uygulamalara maruz kalmaları biçiminde yorumlamaktadır<sup>29</sup>. Bunun doğal bir sonucu olarak; farklı hukuki

25 Danıştay İdari Dava Daireleri, K.T.:17.4.2008, Esas No:2005/270, Karar No:2008/1286, DBB, (01.01.2013).

26 Danıştay 6. Daire, K.T.:27.9.1951, Esas No:1950/194, Karar No:1951/676 (Aktaran:GİRİTLİ, İdarenin Yetkisini Saptırması, s.52).

27 Danıştay 8. Daire, K.T.:18.10.1988, Esas No.:1988/668, Karar No.:1988/714 DBB (01.01.2013). Benzer yönde; Danıştay 8. Daire, K.T.:17.10.1991, Esas No.:191/324, Karar No:1991/1653 DBB (07.01.2013).

28 Danıştay 11. Daire, K.T.:19.2.2003, Esas No.:2000/10901, Karar No:2003/739 DBB (07.01.2013). Danıştay 11. Daire, K.T.:8.4.2003, Esas No:2000/8963, Karar No.:2003/1623 (Aktaran: KARAVELİ-OĞLU Celal-KARAVELİOĞLU Erdem Cemil, Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Karavelioğlu Hukuk Yayınları, Ankara, 2009, s.428).

29 Örneğin: Danıştay 9. Daire, K.T.:12.12.2001, Esas No.:2001/278, Karar No.:2001/4848 ; Danıştay 10. Daire, K.T.:28.3.1991, Esas No.:1971/2105, Karar No:1991/1175; Danıştay 11. Daire, K.T.:13.10.2003,

durumdaki kişilere farklı şekilde davranılmasının eşitlik ilkesinin ihlali olmayacağı da benimsenmiştir<sup>30</sup>. Danıştay, bazı durumlarda ayrıcalık yapılmasının kabul edilmesine izin verdiği düşünülebilecek ifadeler kullansa da kastedilen “ayrıcalık” değil, farklı hukuki durumların kendi koşulları içinde değerlendirilmesi gereği olmalıdır.<sup>31</sup>

Benzer durumlarda aranan eşitlik ilkesinin, hukuken sakat işlemler ölçü alınarak uygulanamayacağı açıktır ki bu noktanın Danıştay tarafından çok kesin bir dille ifade edildiği görülmektedir: “İdari işlemler karşısında eşitlik ancak idarenin emsal gösterilen benzer durumda tesis ettiği işlemin hukuka uygun olması halinde söz konusu olabilir”<sup>32</sup>. Ancak, Danıştay’ın eşitlik ilkesini kullanarak karar verdiği bir davadan yola çıkarak, yasaya aykırı bir işlemin, başka bir aykırılığı ortadan kaldırması mümkün müdür, sorusu da akla gelebilmektedir. Söz konusu davada<sup>33</sup>, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, yönetmelikte öngörülen sağlık meslek lisesi müdürlüğü görevi için aranan şartlara sahip olmaması nedeniyle görevden alınan davacı ile yerine atanan ve yine yönetmelikte aranan koşullara sahip olmayan yeni müdürün, aynı hukuki koşullara sahip oldukları ama eşitliğe aykırı bir muamelemin uygulandığına işaret etmiştir. Yargının bunu görmezden gelmesinin, idarenin “kural tanımazlığı”na yargının da ortak edilmesi ve eşitlik ilkesinin ihlali yanında, yargının adaleti sağlayacağına dair toplumsal inancı zayıflatmak gibi sonuçları da olacağını belirten Danıştay, idarenin bahis konusu keyfi uygulamalarla Yönetmeliğin “uygulanamaz hale getirilmiş olması” karşısında işlemin sadece takdir yetkisi

Esas No:2000/10880, Karar No:2003/4011; Danıştay 11. Daire, K.T.:24.1.2007, Esas No:2004/5815, Karar No:2007/461 DBB (07.01.2013).

30 Örneğin; Danıştay 5. Daire, K.T.:9.5.2000, Esas No.:1997/1325, Karar No.:2000/1470; Danıştay 8. Daire, K.T.:22.2.2006, Esas No.:2004/4680, Karar No.:2006/692, DBB (07.01.2013).

31 Danıştay 10. Daire, K.T.:9.6.2004, Esas No.:2002/4723, Karar No.:2004/5434. Bu karar, Danıştay Dava Daireleri Kurulu’nun 5.5.2005 tarih, 2005/16 Esas ve 2005/1118 Karar Sayılı kararıyla onanmıştır, DBB (01.01.2013).

Danıştay 3. Daire, K.T.:13.5.1976, Esas No:1976/323, Karar No:1976/336, DBB (01.01.2013).

32 Danıştay 8. Daire, K.T.:27.10.1971, Esas No.:1971/2105, Karar No.:1971/2451 (Aktaran: BEREKET-BAŞ Zuhâl, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.47).

33 Dava, üç yıldır Bursa Sağlık Meslek Lisesi Müdürlüğü yapmaktayken, Kadro Kıstasları Yönetmeliği’nde öngörülen tabip veya sağlık yüksek öğrenimli olma şartını taşımadığı için görevden alınıp sağlık meslek lisesi öğretmenliğine atanan davacının, bu ve yerine yine aynı koşulu taşımayan başka bir kişinin atanması işlemlerini iptali talebiyle açılmıştır. İdare mahkemesi, idarenin atama konusundaki takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmetin gerekleriyle sınırlı kullanılması gereğinden yola çıkarak işlemlerin iptaline karar vermiştir. Temyiz aşamasından 5. Daire, davacının Yönetmelikte öngörülen şartları taşımadığı için görevden alınmasının hukuka aykırı olmadığına, bu nedenle de aslında hukuka aykırı olduğu sonucuna vardığı, davacının yerine benzer durumdaki birinin atanması işleminin iptalinde davacının menfaatinin olmadığı sonucuna varmıştır. İdare Mahkemesi ise bozma kararına uymayarak; 1979 yılında yürürlüğe giren Kadro Kıstasları Yönetmeliğinde aranan nitelikte eleman bulunmadığı için pek çok okulda farklı branşlardan gelen müdürlerin görev yapmakta olduğuna; idarenin 3 yıl önce davacıyı atarken de öğrenim durumunu bildiğine; yerine yine aynı nitelikte birini atadığına; bu şekilde Yönetmeliğe aykırı davranabilmek için Yönetmeliğe uygun davranmış görüldüğüne; yargısal denetimin sadece Yönetmelik perspektifinden yapılmasının gerçeklerle bağdaşmayan, soyut ve dar kapsamlı olacağına; bu nedenle de her iki işlemin birlikte değerlendirilmesi gerektiğine hükmederek dava konusu işlemlerin iptaline karar vermiştir. Dava, İdari Dava Daireleri Kurulu önüne gelmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, K.T.:25.12.1998, Esas No.:1997/699, Karar No.:1998/708 DBB, (01.01.2013).

açısından değerlendirilmesinin zorunlu olduğunu açıklamıştır. Mahkeme, takdir yetkisi üzerinden yaptığı yargısal denetim sonucunda da; davacının hizmete yönelik olumsuz bir durumunun olmaması karşısında hukuken geçerli bir nedene dayanmadığı sonucuna vardığı işlemleri iptal etmiştir.

Bu kararda bazı hususların oldukça dikkat çekici olduğunu ileri sürmek çok yanlış olmaz. Öncelikle Danıştay, davacının görevden alınmasının (iptali istenen ilk işlemin) hukuka aykırı olmadığını kabul etmektedir. Bununla birlikte bu işlemin ardından yapılan atama işleminin de hukuka uygun olmadığını altı çizilirken; ikinci işlemin hukuka aykırılığı ilk işlemin hukuka uygun olmasını nötrler gibi bir çıkarıma varılacak şekilde, iki işlem de iptal edilmektedir. Bu yaklaşımını da eşitlik ilkesine dayandırmaktadır. Dahası, idarenin bahis konusu Yönetmeliğe aykırı işlemler yapmasını adeta o Yönetmeliğin yürürlükten kalkması olarak yorumlamıştır ki bunun bir yönetmeliğin yürürlükten kalkması konusunda kabul edilen temel idare hukuku ilkeleri açısından değerlendirmek çok kolay olmayabilir. Yüksek Mahkeme, bu değerlendirmelerinin ardından, Yönetmeliğin atlanarak Kanun'un genel hükümlerinde tanınan takdir yetkisi açısından denetim yapmış ve en sonunda da eşitlik ilkesinin de desteğini alarak işlemlerin iptali sonucuna ulaşmıştır.

Eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi dava konusu olaylara bağlı olarak bazı farklılıklar gösterecekse de temelde değişmeyecektir. Örneğin, eşitlik ilkesi gereğince, aynı hukuki durumdaki kişilerin aynı işlemlere tabi olması disiplin cezalarının takdirinde de, yasal düzenlemede tanınan olumlu sicil nedeniyle bir alt cezanın uygulanması işleminde de gözetilmesi beklenen bir ilkedir. Danıştay'ın bu konudaki tavrının, söz konusu olayda verilen disiplin cezası tek başına değerlendirildiğinde hukuka uygun bulunsa bile; idarenin aynı hukuki koşulları taşıyan başka bir kamu görevlisi için takdirini kullanmış olması halinde, o olayda da takdir yetkisinin aynı şekilde kullanılması yönünde olduğu ve bunu da eşitlik ilkesinin gereği olarak gördüğü söylenebilir.<sup>34</sup> Yine, idare, kamu hizmetleri ve hizmetlerin sunumuyla ilgili tercihlerini yaparken de eşitlik ilkesini gözetmek zorundadır.<sup>35</sup>

Demokratik bir hukuk devletinde eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesinde nirengi noktalarından biri de dinsel eşitlik ilkesidir. İdarenin, tasarruflarında dinsel ayrımcılık yapması kabul edilmemelidir. Örneğin, bir belediye meclisinin camii, mescit, Kuran kursu gibi dini yerlerden su ücreti almama kararı, sadece tek bir dinin, mezhebin, eğitim ve ibadet mekânlarına özgülenerek uygulanacak olursa; bunun eşitlik ilkesine aykırı bir işlem olduğu sonucuna varmak zor olmayacaktır.<sup>36</sup>

Eşitlik ilkesinin (ve doğal olarak kamu hizmetine girmede eşitlik ilkesinin<sup>37</sup>) kabul edildiği bir idari düzende, siyasi görüşler bakımından da ayırım yapılmaması

34 Danıştay 10. Daire, K.T.: 18.2.1988, Esas No.:1987/932, Karar No.:1986/242 (Aktaran: BEREKET-BAŞ, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, s.42). Disiplin cezalarına dair yasal düzenlemeler, genellikle takdir yetkisinden ziyade belirsiz hukuki kavramlar kullanılarak hüküm altına alınmışsa da bu kavramların verdiği değerlendirme yetkisi kullanılırken, tıpkı takdir yetkisinin kullanımında olduğu gibi, eşitlik ilkesinin uygulanması mecburiyeti tartışmasızdır.

35 Danıştay 10. Daire, K.T.:21.6.1990, Esas No.:1989/359, K.T.:1990/1493, DBB, (01.01.2013).

36 Danıştay 8. Daire, K.T.:22.2.2005, Esas No:2004/4350, Karar No:2005/809, DBB, (01.01.2013).

37 1982 Anayasası 70. madde/2 "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez".

beklenecektir. Bu konu zaman zaman Danıştay'ın önüne gelebilmektedir. Örneğin, yapılmayan bir atama işleminin (ya da atamama işleminin) dava konusu olduğu bir kararda siyasi görüşler nedeniyle yapılan ayırım hususunun açıkça belirtilmesi bile "tutum ve davranışlar" şeklinde ifade edildiği ve konunun eşitlik ilkesi açısından irdelendiği görülebilmektedir.<sup>38</sup> Söz konusu olayda, davacının ataması arşiv araştırması yaptırılmasının ardından sendika üyesi olması ve yargı kararıyla iptal edilmiş bir disiplin cezası bulunması gerekçe gösterilerek yapılmamıştır. Danıştay bu davaya ilişkin kararında, idarenin, "ilgilinin tutum ve davranışlarına" göre seçim yapma hakkına sahip olduğunu kabul etmenin yasa ve Anayasaya aykırılığı bir yana; idareye, sınırlama olanağı olmayacak şekilde keyfiliğe son derece müsait bir yetki verdiği vurgulanmış ve bu açıklamaların ışığında işlemin iptalini reddeden idare mahkemesi kararı bozulmuştur. Bahis konusu yargı kararıyla ilgili bir hususu da hatırlatmak gereklidir. Söz konusu işlemin dayandırıldığı 3.10.1993 günlü 21717 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin 17. maddesinde müfettiş yardımcılığı sınavına katılacaklarda aranan nitelikler 6 fıkra halinde sayılmış, bunlardan 17/c fıkrasında "sicili ile yapılacak inceleme sonucunda tutum ve davranışları yönünden müfettiş yardımcılığına alınmasına engel hali bulunmaması" gerektiği belirtilmiştir. Bu hükümle idareye tanınan yetki, adayın müfettiş yardımcılığına atanmasına engel tutum ve davranışları olup olmadığına dair bir değerlendirme yetkisidir ve bu yetki tamamen yargısal denetime tabii bir yetkidir. İdarenin, bu yönetmelik hükmü nedeniyle yaptığı, bir adayın tutum ve davranışlarıyla ilgili nitelemesi yargı tarafından denetlenilebilecektir. O nedenle, yargının söz konusu hükümle ilgili olarak yaptığı, idarenin boş bir kadroya için atama yapmak için hareket geçmesiyle bağlı yetki içine girdiği değerlendirmesi ve buradan yola çıkarak da kişinin tutum ve davranışları açısından değerlendirme yapamayacağını belirtmesini benimsemek mümkün değildir. İlgili yönetmeliği yok saymak yerine, belirsiz kavramlarla verilmiş o değerlendirme yetkisinin; yargısal denetime tabi olduğu ve idarenin de başta eşitlik ilkesi olmak üzere, hukuka uygun kullanmakla yükümlü bulunduğu noktasından hareket etmek daha doğru olacaktır.

#### **4. KADIN - ERKEK EŞİTLİĞİ**

Kanun önünde eşitlik ilkesi, dil, ırk, renk, cinsiyet,... ayrımı gözetmeksizin eşitlikten bahsederken, uygulamada sıklıkla karşılaşılan sorunlardan birinin cinsiyete dayanan ayrımcılık olması da şaşırtıcı değildir. Bu sadece Türkiye'de yaşanan bir sorun da değildir elbette. Dünyanın her yerinde kadınlar, sırf erkek olmadıkları için evde, işte, sokakta, siyasette, adalette yok sayılmalarından, insana atfedilen, özgürlük, eşitlik, adalet ve benzeri değerler için özne kabul edilmemekten bıkip isyan etmişlerdir. Bu çok eski bir isyandır üstelik. Sanılabileceği gibi hiçbir zaman kadınlar, akıllarının, emeklerinin, yeteneklerinin, yaratıcılıklarının, cesaretlerinin,... yok sayılmasını uysallıkla kabul etmemişlerdir. Belki başlangıçta, çoğu kadın, tıpkı diğer roller gibi, kadın olmaya biçilen rolün değiştirilemez olduğuna dair şartlanmışlıkları ile çaresizliklerine esir olmuştu ama diğer roller, sınıflandırmalar, sorgu-

38 Danıştay 5. Daire, K.T.: 13.3.2003, Esas No:2001/5253, Karar No.:2003/796, DBB (01.01.2013).

lanmaya ve hatta değiştirilmeye başladıktan sonra bile “kadın” a giydirilmiş olan dar ve karanlık elbisenin değiştirilmesi bir yana, daha da daraltılması için dikişlerin sağlamaştırılmasına çalışıldığını farkedince artık bununla ellerinden gelen her türlü yolla mücadele etmek gerektiğini anladılar. Olympe de Gouges’in<sup>39</sup>, başından itibaren bütün gücüyle desteklediği ve katıldığı Fransız İhtilali’nin, efsanevi sloganı “eşitlik, özgürlük, kardeşlik” in kapsama alanına kadınların girmediğini kesin bir şekilde anladığında yayınladığı, “Kadının ve Kadın Yurttaşın Haklar Bildirgesi” (7 Eylül 1791) ile parlamento dâhil olmak üzere her alanda, hukuki eşitlik talep etmesinin üzerinden iki asırdan fazla zaman geçti ama konunun güncelliğini yitirdiği asla söylenemez.

Eşit işe eşit ücret, mirastan eşit pay, seçme ve seçilme hakkı bu mücadelenin ilk basamaklarıydı. Ama bu basamaklara çıkmak, bundan sonrakileri kolay kılmadı. Eşitlik ilkesinin hayata geçmesi yolunda verilen en zorlu yasal mücadele konularından birisi cinsiyet ayrımcılığını sadece toplumsal alışkanlıklardan değil, yasalardan ve idari uygulamalardan çıkarmak olmuştur. Bu çaba halen devam etmektedir ve kolay kolay bitebilecek gibi de değildir. Çok yol alınmıştır ama alınması gereken daha çok mesafe vardır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından, 1979 yılında kabul edilen “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” nin kabul edilmesi ve Türkiye<sup>40</sup> dâhil pek çok ülkenin bu Sözleşme hükümlerini yükümlenmesinin üzerinden de az zaman geçmemiştir ama kadın-erkek ayrımcılığı hala ciddi bir sorun olarak yaşanmaktadır, hem toplumsal yaşamda hem iş hayatında hem idari uygulamalarda hem de yasalarda. Ama daha da ilerisi, yargının da zaman zaman ayrımcılığı hukuka uygun bulduğunu düşündürten kararlar verebilmesidir.

BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, kadınlara karşı ayırım deyimini “*..kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama*”<sup>41</sup> olarak tanımlamıştır.

39 Olympe de Gouges (1748-1793), filozof, yazar. Fransız İhtilalini başından itibaren desteklemiş ve aktif olarak içinde bulunmuştu. Gouges, kadınların giyotine gitme hakları varsa kürsüye çıkma hakları da olmalı, diyordu. Parlamento kürsüsüne çıkmadı, ama giyotine gitti. Grosse Frauen der Weltgeschichte, Klagenfurt, Neuer Kaiser Verlag, 1987, s.195, Aktaran: Göztepe Ece, “Kadının ve Kadın Yurttaşın Haklar Bildirgesi”, (çeviri metni altında yer alan not), AÜHFCD, Cilt:45, 1996, Sayı:1, 1996, s.189-190.

40 Türkiye, Sözleşme’ye imza koymamış, bağatlanma işlemini “katılma” suretiyle gerçekleştirmiştir. Bu amaçla Türkiye 11/06/1985 tarih ve 3232 sayılı “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine Katılmanın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” u çıkartmıştır, (RG, 25/06/1985, s. 18792). Bu işlemin ardından, Bakanlar Kurulunun 24/07/1985 tarih ve 85/9722 sayılı bu Sözleşmeye “Katılmanın Onaylanmasına Dair” Karar çıkartılmış ve buna ekli olarak Sözleşmenin Türkçe resmi çevirisi de yayımlanmıştır, (RG, 14/ 10/ 1985, s. 18898). Türkiye, 20/ 12/ 1985 tarihinde “katılma” belgesini depo ederek Sözleşmeye taraf olmuştur ve Sözleşme, (md.27/2) uyarınca Türkiye bakımından 19/01/1986 tarihinden itibaren yürürlük kazanmıştır. Gemalmaz Semih, “Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi”, İÜHFCD, Cilt:69, Sayı:1-2, 2011, s.142-143.

41 [https://www.unicef.org/turkey/cedaw/\\_gi18.html](https://www.unicef.org/turkey/cedaw/_gi18.html) (15.07.2017)



Bu bölümde kadın-erkek ayrımı ile ilgili olarak önlerine gelen davalarda, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın konuya yaklaşımına dair örnekler ele alınacaktır.

#### 4.1. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kadın-Erkek Eşitliği

Anayasa Mahkemesi'nin kadın-erkek eşitliğini doğrudan yorumladığı bir kararda konuyu şöyle açıkladığı görülmektedir: *“Kadın erkek eşitliği, kadının erkekle eşit konuma getirilmesi olarak yorumlanmalıdır. Bunun aksi, yani erkeğin, daha kısıtlı hakları olan kadınla eşit duruma getirilmesi eşitlik kuralını olumsuz yönde yorumlama ve uygulama anlamına gelir. Oysa, kadın-erkek eşitliğinin amacı, her iki cinsin benzer ancak eşit olmayan yönlerinin olumlu doğrultuda hukuksal olarak eşit duruma getirilmesidir. Kuşkusuz, benzemeyen yönleri için yapılan farklı hukuksal düzenlemeler -örneğin kadına doğum izni verilmesi gibi- bu eşitliği etkilemez. Zira kadın ve erkeğin benzemeyen yönlerine ilişkin hukuk kurallarının amacı, eşitliği sağlamak değil; her iki cinsin farklı özelliklerine hukuksal alanda çözüm getirmektir.”*<sup>42</sup>

Anayasa Mahkemesi kuruluşundan bu yana, pek çok yasada kadın-erkek eşitliğinin ihlal edildiği intibamı uyandıran düzenleme nedeniyle, bu hususta değerlendirme yapmıştır. Mahkeme'nin hemen hemen her konuda gösterdiği gelgitleri kadın-erkek eşitliği meselesinde de gösterdiği tespit edilebilmektedir. Ancak iyimser bir bakış açısından şu da söylenebilir ki; Mahkeme'nin başlangıçtaki aşırı gelekselci ve bu konuyu yasa koyucunun takdirine bırakma yönündeki tavrı, zaman içinde daha eşitlikçi ve eşitsizlikleri ortadan kaldırma yönünde eğilim göstermiştir. Ancak bu eğilim beklenebileceği kadar hızlı ve güçlü seyretmemektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin, mesela, 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararda, 18 Mart 1926 günlü ve 788 sayılı Memurin Kanunu'nun 6.maddesinde yer alan *“Kadınların memur ve müstahdem olmaları caizdir. Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tesbit olunur”* hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasını reddederken gösterdiği ve bir iki cümleden ibaret olan gerekçedeki gibi bir hukuki analizi (veya pek de hukuki olmayan analizi), tekrar yapmayacağı umulabilir: *“...ilk bakışta eşitlik prensibine aykırı gibi görünürse de kadınların vücut yapıları ve işlerin niteliği bakımından bazı kamu hizmetlerine alınmamaları, bu prensibi zedeliyecek nitelikte değildir. Kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi gerektiğinden kadınların vücut yapılarının elverişli olmadığı hizmetlerin her vekâletin memurlarına ait kanunlarda gösterilmesinin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığı...”*<sup>43</sup> Karara muhalefet şerhi veren üyelerden birinin<sup>44</sup> de çok net bir şekilde ortaya koyduğu gibi; Kanun zaten memur olabilmeyi kadınlara bir lütuf gibi gören bir dille yazıldığını söz konusu maddenin ilk cümlesinde ortaya koyduktan sonra, kadınların ancak her bir bakanlık için ayrıca belirlenecek

42 Anayasa Mahkemesi, K.T.:29.11.1990, Esas No:1990/30, K.T.:1990/31, AYMBB (15.07.2017).

43 Anayasa Mahkemesi, K.T.: 25/10/1963, E.1963/148, K.1963/256, AYMBB (15.07.2017).

1961 Anayasası'nın Anayasa'nın 12. maddesi *“Herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”* ve 58. maddesi *“Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayırım gözetilemez”* şeklindeydi.

44 Muhalefet Şerhi, İ.Hakkı Ülkmen, (Anayasa Mahkemesi, 25/10/1963, E.1963/148, K.1963/256).

hizmetlerde görev yapabileceklerini ifade etmiştir. Böyle bir hükmün, memuriyete alımda görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir hususun dikkate alınmayacağı ilkesiyle çatışmadığını iddia edebilmek olaya hukuk gözlüğüyle bakılmadığını düşündürmüştür. Elbette tenor kadrosuna soprano başvurmayacaktır ama bunun için bakanlık kanununda ayrıca belirleme yapma yetkisi vermeye gerek yoktur, çünkü bu o mesleğin nitelikleriyle ilgilidir zaten. Bu durumda 6.maddede geçit verilen husus, ödevin gerektirdiği nitelikler dışında cinsiyet faktörüne bağlı sınırlamaların yapılabilmesi olacaktır<sup>45</sup>.

2006 yılında Mahkeme'nin önüne gelen bir davada konu yine mesleğe girmeye cinsiyet ayrımı olmuştur. Ama bu sefer ayrımcılığın erkekler aleyhine yapıldığı savunularak, başta eşitlik ilkesi olmak üzere Anayasa'nın beş maddesinin ihlal edildiği iddia edilmiştir (2.,10.,13.,49. Ve 70. maddeleri). Dava 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "kadınlardan" sözü ile hemşirelik mesleğinin erkeklere kapatılmasının Anayasa aykırı olduğu iddiası açılmıştır. Mahkeme 2009 yılında verdiği kararla hemşirelik mesleği açısından kadın ve erkeğin aynı hukuki konumda olduğunu belirterek mesleğin erkeklere kapatılmasını Anayasa'nın 10.maddesine aykırı görmüş ve diğer maddelere konusunda irdelemeye gerek görmeyerek ilgili kanun hükmünü iptal etmiştir<sup>46</sup>.

1982 Anayasası döneminde verilen ve fuhuşu meslek edinmiş kadınları kaçırın, tecavüz eden ve alıkoyanların, bu eylemleri "iffetli" kadınlara karşı yapanlara göre üçte iki daha az ceza alabileceğine dair 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu 438. maddenin, Anayasanın 10, 12, 17 ve 19. maddelerine aykırılığı nedeniyle yapılan başvuruyu reddettiği karar da önemlidir. Yüksek Mahkeme bu kararda, TCK 438. maddeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur<sup>47</sup>. Bu karar sadece söz konusu Anayasa maddelerinin yorumlanması hakkında fikir vermemektedir, aynı zamanda "kadın" algısı hakkında da çok şey söylemektedir. Mahkeme, bir kadını kaçırıp tecavüz eden insanın cezasının ağırlığını kadının "iffeti" ile tartmayı kamu yararına uygun bulmuştur. Üstelik "*Kaçırarak ve ırza geçmek eylemleri iffete karşı işlenen birer suç olması...*" gibi bir ifadeyle şahsa karşı işlenen suçlar kategorisine giren bir suç türünü, "iffet" gibi tümüyle toplumsal değer yargılarına, zamana, mekana... bağlı olarak değişen, tümüyle göreceli bir değere karşı işlenen suç olarak nitelendirmesi; kadının şahıs olarak çok da önemli olmadığını, toplumun ona biçtiği "iffet" borsasında o gün taşıdığı pahaya göre anlam ifade edeceğini ve adalet terazisinin de bu borsaya göre tartmasında temel haklar bakımından da, eşitlik ilkesi bakımından da hatta hukuk devleti için de sorun oluşturmadığına hükmetmiştir. Ama bu karardan yaklaşık 10 yıl sonra "*Evlilik birliğinin tarafları olarak karı ile aynı hukuksal konumda olması gereken koca için zinanın suç olmaktan çıkmasına karşın, karı için suç sayılmaya devam etmesi Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır*" diyerek Türk Ceza Kanununun 440. maddesini iptal etmiştir<sup>48</sup>. En azından bu

45 Bu Kanun, 23.07.1965 yürürlüğe giren 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile yürürlükten kalkmıştır.

46 Anayasa Mahkemesi, 23.07.2009, E.2006/166, K.2009/113, AYMBB (17.07.2017).

47 Anayasa Mahkemesi, 12.1.1989, E.1988/4, K.1989/3, AYMBB (15.07.2017).

48 Anayasa Mahkemesi, 23.6.1998, E. 1998/3, K. 1998/28, AYMBB (15.07.2017).

kararda hukuki gelenekler arkasına saklayıp, kadının hukuki varlığının erkeklerin ki kadar kıymetli olmadığını düşündürmemiştir.

Anayasa Mahkemesi 1990 yılında, bu defa Türk Kanunu Medenisi 159.maddesi'nde<sup>49</sup> “*Karının meslek veya sanatı*” başlığıyla yer bulan ve evli kadının ancak kocasının izniyle çalışabileceğine dair hükmün Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını irdelemiştir. Mahkeme bu karar metninde önce konunun karşılaştırmalı hukukta nasıl düzenlenmiş olduğunu incelemiş, kadınla erkek arasında eşitsizlik yaratan ve çağlar boyunca korunan değer yargılarının değiştirilmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Türkiye'nin imzaladığı ve ayrımcılığın önlenmesine dair uluslararası sözleşmelerden de bahsedilen kararda, söz konusu Kanun hükmünün kadının kişilik haklarını ve Anayasa'nın 10.maddesini (ve çalışma özgürlüğüne dair 49.maddenin) ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>50</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin evli kadının soyadıyla ilgili hükümlerin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davalarında yaptığı değerlendirmeler de yargının eşitlik algısı hakkında önemli veriler iletmektedir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 187. maddesine göre, “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*” Bu hüküm, bu kanunla yürürlükten kalkmış olan 743 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun (14.5.1997 günlü 4248 sayılı Kanunla değişik) 153. maddesinde<sup>51</sup> de aynen yer almaktaydı. 153.madde ilk önce 743 Sayılı kanun döneminde iptal talebiyle Mahkeme'nin önüne gelmişti. Mahkeme, “*İtiraz konusu 'Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır' kuralı kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasa koyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından kaynaklanmaktadır. 'Aile hukuku' öğretisinde de kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı, zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği gibi hususlarda görüşler bulunmaktadır... Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişilerin ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasakoyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.*”<sup>52</sup> Görüldüğü üzere Anayasa

49 “Madde 159. - *Karı koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun karı, kocanın sarahaten veya zımnen müsaadesi ile bir iş veya sanatla iştigal edebilir.*

*Kocanın izinden imtinaı halinde karı, kendisinin bir iş veya bir sanat ile iştigal etmesi birliğin veya bütün ailenin menfaati icabı olduğunu ispat ederse, bu izin, hâkim tarafından verilebilir.*

*Koca, karısının bir iş veya sanat ile iştigalden men ettiği takdirde keyfiyet kâtibiadil marifetiyle ilân edilmedikçe, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez.”*

50 Anayasa Mahkemesi, K.T. 29.11.1990, E.1990/30, K.1990/31, AYMBB (15.07.2017).

51 4248 Sayılı Kanunla değişmeden önceki hali “*Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*” şeklindeydi.

52 Anayasa mahkemesi, K.T.:29.09.1998, E.1997/61, K.1998/59, AYMBB (15.07.2017).

Mahkemesi, bu kararı verirken kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı ve sonuçta da erkeğin soyadına öncelik verilmesinin haklı olduğu şeklinde özetlenecek ve hukuki argüman ve tekniklerle analiz edilip sonuca ulaşılmaktan ziyade, hatta hukuki olmaktan uzak bir üslupla söz konusu maddenin Anayasa'nın 10.maddesi (eşitlik), 12.maddesi (herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olması) ve 17.maddesine (herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olması) aykırı olduğu için iptal edilmesi talebini reddetmiş ve bu hükmü Anayasa'ya uygun bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı vermesinden sonra; 2001 yılında Anayasa'nın ailenin korunmasına dair 41.maddesinde değişiklik yapılmış, maddenin ilk cümlesi olan "Aile, Türk toplumunun temelidir" ifadesine "ve eşler arasında eşitliğe dayanır" hükmü eklenmiştir. Ardından da Medeni Kanun değişmiş ama 153. Madde hükmü 187.maddede yer alarak aynı ifade korunmuştur. Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının ardından aynı konuyla ilgili olarak AİHM "Ünal Tekeli v. Türkiye" kararını<sup>53</sup> vermiştir. AİHM, kararında önce bir temel hakkın kullanımının eşitlik ilkesinin ihlali teşkil edip etmediğini belirlerken kullandığı temel ölçüyü hatırlatmıştır: Farklı bir muamele ancak; demokratik toplumlarda geçerli ilkelere nesnel ve makul olarak kabul edilebilecek bir nedenle, meşru bir amaçla yapılması ve kullanılan yöntemle gerçekleştirilmesi hedeflenen amaç arasında makul bir oranın bulunması halinde 14.madde ihlal edilmemiş olur. AİHM, daha sonra kadın-erkek eşitliği hususunda Türkiye'nin Avrupa Konseyi içindeki yeri hakkında kısa bir değerlendirme yapmıştır. Türkiye de dâhil pek çok ülkenin kadının aile içindeki konumunun eşitleştirilmesini önemsedikleri ve bu hususta düzenlemeler yapıldığını belirtmiştir. Hatta yeni Medeni Kanun ile artık ailenin reisinin erkek olduğuna dair hükmün yasada yer almadığını, bu Yasayla ailenin temsilinde, ekonomik etkinliklerde, aileyi ve çocuğu etkileyen kararlar alınmasında kadının konumunun iyileştirilmiş olduğunu da belirtmiştir. Ancak yine de Türkiye'nin, Konsey üye ülkeler arasında, evli çift başka bir düzenlemeyi tercih etse bile, kadının kocasının soyadının almasını ve böylece de kadının evlenince otomatik olarak kendi soyadını kaybetmesini yasalarla öngörmüş tek ülke olduğuna işaret etmiştir. Mahkeme, değerlendirmesinde aile birliğinin yansıtılabilmesinin tek yolunun erkeğin soyadının kullanılması olmadığını, kadının soyadının ya da çift tarafından seçilebilecek ortak bir soyadının da aynı işlevi görebileceğini vurgulamıştır. Sonuçta AİHM, AİHS'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, ilk kararından yıllar sonra evli kadının soyadıyla ilgili yasal düzenlemeyi tekrar değerlendirmek zorunda kalmıştır. Evli kadının soyadıyla ilgili hüküm, aynı ifadeyle, bu sefer yeni Medeni Kanun'un 187.maddesinde yer bulmuş ve bu sefer de bu maddenin Anayasa'nın 2, 10, 12, 17, 41 ve 90. maddelerine aykırılığı nedeniyle tekrar ele alınması gerekmiştir. Mahkeme, bu davada verdiği kararda<sup>54</sup> önce soyadı ile ilgili değerlendirme yapmıştır. Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğerlerinden ayırmaya yarayan, kuşaktan kuşağa geçen, kimliğin belirlenmesinde en önemli unsur olan, vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı olarak

53 Ünal Tekeli v. Turkey, K.T.:16.11.2004, Başvuru No: 29865/96, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/unaltekelit2004.pdf> (17.07.2017).

54 Anayasa Mahkemesi, K.T. 0.3.2011, E.2009/85, K.2011/49, AYMBB (17:07:2017).

bağlı bir kişilik hakkı olarak nitelendirilmiştir. Soyadının 2525 Sayılı Kanun'a göre kullanılması zorunluluğundan da bahsedilmiştir. Mahkeme, soyadının kişilik hakkı olmasının ona müdahale edilemeyeceği anlamına gelmediğini, yasa koyucunun kamu yararı ve kamu düzeni nedeniyle Anayasa'ya uygun müdahalede bulunabileceğini de belirtmiştir<sup>55</sup>. Ardından da *"Bu kapsamda, yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlanmıştır. Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır."* Bu kararda Mahkeme'nin önceliği ailenin korunmasına verdiği, konuyu kişinin ailesine ödevi ve devletin ailenin korunması vazifesi çerçevesinde yorumladığı çıkarılmaktadır. Ancak şu da hatırlanmalıdır ki; Anayasa'da ailenin korunmasında devlete ödev veren hüküm, aynı zamanda ailede eşitliğin sağlanması konusunda da görev vermektedir. Ayrıca Anayasa'nın 10.maddesi doğrudan doğruya kadın-erkek eşitliğinin sağlanması için devleti yükümlendirmektedir. Mahkeme bu konuları adeta unutmuş görünmekte, bu hükümler açısından değerlendirme yapmamaktadır. Bunun yanında Mahkeme kararda, soyadı kullanma zorunluluğuyla ilgili olarak AİHM'nin vermiş olduğu bir takım kararlardan bahsetmekle birlikte, doğrudan doğruya Türkiye'deki bu yasal düzenlemenin uygulanmasıyla ilgili olarak verdiği ihlal kararına nedense hiç değinmemektedir. Ayrıca yasal düzenlemenin amacının öneminde bahsetmekte fakat klasik bir hukuk tekniği olan ama-araç orantısıyla ilgili hiçbir değerlendirme yapmamaktadır. Yine erkeğin soyadının kullanılmasından başka hiçbir olasılığın olmadığına dair bir ön kabul hareket ettiğini, aile bütünlüğünün kadının soyadı ya da eşlerin ortak seçecekleri bir soyadıyla da sağlanabileceğini, bu hususta en azından eşlere seçenek sunulması olasılıklarını da hiç aklına getirmedeğini, düşündürmektedir.

Bu kararın ardından aynı konu bir defa daha AİHM önüne gitmiştir ve Mahkeme, 2013 yılında bir kere daha ihlal kararı<sup>56</sup> vermiştir. Kararda Ünal Tekeli v. Türkiye kararına gönderme yapılarak koşulların değişmediğine işaret edilerek aynı nedenlerle AİHS'nin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

55 Bu noktada, Anayasa'nın 13.maddesi gereğince temel hakların sadece Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen nedenlerle kısıtlanabileceğini hatırlatan Öden-Esen, Anayasa'nın kişilik hakkına ilişkin 17.maddesinde "kamu yararı" ve "kamu düzeni"nin birer sınırlama nedeni olarak yer almadığını, bu nedenle de böyle bir sınırlamanın Anayasa'ya aykırı olduğunu belirtmektedirler. Öden Melih-Esen Selin, "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, Cilt: 2, 2013, s.818-819.

56 Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Türkiye, K.T. 28.05.2013, Başvuru No:7971/07, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/leventoglu.pdf> (17.07.2017).

2013 yılında evli kadının soyadı meselesi Anayasa Mahkemesinin önüne tekrar gelmiştir ama bu defa iptal davası konusu olarak değil, bireysel başvuru konusu olarak. Mahkeme, konuyu bu sefer çok daha farklı yorumlamıştır: “Başvuruya konu yargılama kapsamında başvurucunun sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmasına yetkili idari ve yargısal merciler tarafından izin verilmemesi şeklindeki uygulamanın, kişinin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olan soyadının vazgeçilemezlik, devredilemezlik ve kişiye sıkı surette bağlı olma niteliklerinin kadının soyadı bakımından geçerliliğini etkilediği görülmekle, belirtilen uygulamanın Anayasa’nın 17.maddesinde tanımlanan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik bir müdahale olduğu açıktır.”<sup>57</sup> Görülüyor ki 2 yıl arayla Anayasa Mahkemesi’nin, AİHS ve Anayasanın ilgili maddeleri hakkındaki yorumu tümüyle değişmiştir. Ancak bu dava bir iptal davası olmadığı için sadece hakkın ihlal edilmesine ve dava masraflarının başvurucaya ödenmesine karar verilmiştir. Söz konusu hüküm yasadaki yerini korumaktadır.

#### 4.2. Danıştay Kararlarında Kadın-Erkek Eşitliği

Kanun önünde eşitlik ilkesinin kadın-erkek ayrımcılığı yasağı olarak beliren yansıması, çeşitli olaylarla Yüksek İdare Mahkemesi’nin de önüne gelmektedir. Ancak Danıştay kararlarının tümü ne yazık ki yayınlanmadığı için sınırlı sayıda karara ulaşmak mümkün olabilmektedir. Bu kararlardan yola çıkarak Danıştay’ın kadın-erkek eşitliği algısı çözümlenmeye çalışılacaktır.

Danıştay 8. Dairenin, Anayasa’nın 10. maddesine 2004 (“Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir”<sup>58</sup>. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.”<sup>59</sup>) ve 2010 yılında (“Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.”) yapılan eklemelerden çok önce verdiği bir kararda, cinsiyet eşitliğinin hayata geçirilmesi için yapılabilecekleri ya da kısaca bu konudaki pozitif ayrımcılığı, eşitlik ilkesine aykırı görmediği anlaşılmaktadır. Dava, Bir

57 Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Başvuru Numarası:2013/2187, K.T.19.12.2013, AYMBB (17.07.2017).

58 Gülmez, Anayasa madde 10/2’de geçen “kadınlar ve erkekler” ifadesinin, eşitlik ilkesinin kişiler bakımından uygulama alanını daraltıcı bir etki yarattığına dikkat çekmektedir. Bu ifade, yerleşik algılamalara uygun olarak sadece kadın ve erkeği kapsamına almakta ve farklı cinsel yönelimleri anayasal güvencenin dışına itmektedir. Gülmez Mesut, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler”, Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu (25-26 Ekim 2011, Kocaeli), Bildiriler III, İstanbul, 2011, s.73.

Yasamanın, ilk fıkrada kullanılan “herkes” ifadesi yerine ikinci fıkrada “kadın-erkek” ifadesinin kullanmasının anayasanın sağladığı koruyuculuğun dâhiline, kendini geleneksel cinsiyet rolleri dışında konumlandırmak isteyen bireyleri dâhil etmek isteyip istemediği hususu oldukça önemli bir tartışma konusu oluşturmakla birlikte bu çalışmanın kapsamını aşacağından daha detaylı ele alınamayacaktır. İdari yargının bu husustaki yorumunu örneklendirecek bir yargı kararına da ulaşamamıştır. Elbette, maddenin yargı tarafından bu noktada yorumlanması söz konusu olduğunda; eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı hususlarının, herkes için ve bütünsel olarak değerlendirileceği umulmaktadır.

59 Anayasaya 2004 yılında eklenen bu hükmün belki de en önemli özelliği, kadın-erkek eşitliğinin hayata geçirilmesinin devlete bir yükümlülük olarak verilmiş olmasıdır. Böylece, bu husus devlet için sadece yasal düzenlemelerdeki eşitsizliğin giderilmesiyle sınırlandırılmış değildir. Eşitliğin somut eylemlerle de ortaya konulması devletin görevidir.

Kısım Derslerin Öğretimini Yabancı Dille Yapan Resmî Okullar Özel Yönetmeliğinin Bazı maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 10. maddesinin son fıkrasında yer alan “kız öğrenci ise 3 puan eklenir” hükmünün iptali talebiyle açılmıştır. Yüksek Mahkeme, iptal talebini reddederken detaylı bir açıklama yapmamış, bu hükmün eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesine engel olmak bir yana destekleyici bir rolü olabileceğine değinmiştir (hatta cinsiyet eşitliğinin konu edildiği bir dava için şaşırtıcı bulunabilecek bir şekilde “Türk toplum yapısı gelenek ve göreneklere”nin söz konusu işlemi benimseyeceği ima edilmiştir). Gerçi bu kararda, temel düşüncenin pozitif ayrımcılık yardımıyla eşitliğin hayata geçirilmesi fikrinden ziyade; Türk geleneklerine göre kız öğrencilerin ailelerinin yanında okumasının erkek öğrencilerden daha hayati olduğu ve bu noktada gözetilecek kamu yararının, eşitliğin ihlali riskinin önüne geçmesine dayandığını ileri sürmek de olasıdır elbette.<sup>60</sup>

8. Dairenin yukarıda bahsedilen kararından bir yıl önce, 5. Daire tarafından verilen bir kararda; kadınların kaymakamlık sınavlarına başvuramamasının eşitlik ilkesinin ihlali olup olmadığı meselesi ele alınmıştır. Mahkeme, cinsiyeti nedeniyle Kaymakamlık sınavı mülakat aşamasında elenen bir davacının eşitlik ilkesinin ihlali iddiasıyla açtığı davada, idarenin yaptığı; “Ülkemizin idari yapısı, kaymakamdan beklenen hizmetler, bu hizmetlerin fiziki yönden arzettiği zorluklar düşünülerek, bayanların başvuruları Bakanlığımızca kabul edilmemektedir” açıklamasını yeterli ve işlemi de hukuka uygun görerek davacının iptal talebini reddetmişti.<sup>61</sup> Ancak bir kadın kaymakam için fiziki yönden zorluk arzedeceği düşünülen görevlerin ne olduğu nedense açıklanmamıştır. Oysa kaymakamlardan çok daha ağır koşullarda ve çok daha zorlu coğrafi birimlerde görev yapmak zorunda kalan kadın hekimler, öğretmenler, hemşireler,... için sakınca olmayan yerlere, kadınların kaymakam olarak gidememelerinin sorgulanması ve konunun ayrımcılık yasağıyla bağlantısının irdelenmesi beklenirdi.<sup>62</sup> Anayasa’nın 70.maddesi hükmünün, her vatandaşın kamu hizmetine girme hakkına sahip olması ve hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceğine dair açık ifadesi karşısında kaymakamlık görevi için gereken niteliklerden hangisinin kadınlarda bulunmadığının irdelenmesini beklemek normaldi. Ancak Danıştay bunun yerine Bakanlığın tek cümlelik açıklamasını yeterli bulmuştu.<sup>63</sup>

60 Danıştay 8. Daire, K.T.:9.1.1985, Esas No.:1983/826, Karar No.:1985/4, DBB (01.01.2013).

61 Danıştay 5. Daire, K.T.:15.11.1984, Esas No.:1980/9357, Karar No.:1984/3836, DBB (01.01.2013).

62 Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi 7.madde de taraf devletlerden biri olarak Türkiye’ye kamu görevlerinde bulunmak konusunda kadınlara erkeklerle eşit şartlar sağlama yükümlülüğü vermektedir.

Madde 7: “Taraf Devletler, ülkenin politika ve kamu hayatında, kadınlara karşı ayırımı önlemek için tüm önlemleri alacaklar ve özellikle kadınlara erkeklerle eşit şartlarla aşağıdaki hakları sağlayacaklardır:

a-Bütün seçimlerde ve halk oylamalarında oy kullanmak ve halk tarafından seçilen organlara seçilebilmek;

b-Hükümet politikasının hazırlanmasına ve uygulanmasına katılmak, kamu görevinde bulunabilmek ve hükümetin her kademesinde kamu görevleri ifa etmek;

c-Ülkenin kamu ve politik hayatı ile ilgili hükümet dışı kuruluşlara ve derneklere katılmak.”

63 Türkiye’de ilk kadın kaymakam 1992 yılında, ilk kadın vali 1991 yılında göreve başlamıştır.

Ancak daha yakın tarihli bir kararda, mühendis kadrosuna yapılacak atamalarda “cinsiyeti erkek olma” ibaresinin eşitlik ilkesinin ihlali olarak nitelendirildiği görülmektedir. “Aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında cinsiyet farklılığının hukuksal eşitsizliğe gerekçe olabileceği kabul edilemez. Bir yüksek öğretim lisans programına devam edilerek alınan mezuniyet diploması; diplomaya hak kazanan kişinin mesleği her koşulda yerine getirmeye hak kazandığını göstermektedir. Kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığına dayalı engelleyici yönde getirilen koşullar eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi, işlevselliği kalmayan meslek unvanlarının dolaylı olarak kişilerin elinden alınması suretiyle hak kaybına yol açacaktır. ...Olayda, Anayasanın yukarıda anılan hükümleri gereğince, kamu kurum ve kuruluşlarına, personel alımlarında, başvuru şartlarının görevin gerektirdiği nitelikler ve hizmet gerekleri doğrultusunda eşitlik ilkesine uygun bir şekilde belirlenmesi gerekmekte olup, bunun dışında hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kuşkusuz olduğundan, Tercih Kılavuzunda Anayasanın 10. ve 70. maddelerinin öngördüğü eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde düzenlenen koşulda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”<sup>64</sup> Sonuç olarak Danıştay, mühendis olma yeterliliğini elde etmiş herkesin yapabileceği bir görev için “erkek olma” koşulunun aranmasını; hem eşitlik ilkesinin genel olarak düzenlendiği Anayasa’nın 10. maddesine hem de ilkenin daha özel bir yansımasının hükme bağlandığı kamu hizmetine girmede görevin getirildiğinden başka bir niteliğin aranmayacağına dair 70. maddeye aykırı olduğuna karar vermiştir.

Bu bölümde yer alan kararların zaman içinde gösterdiği çizgiye bakarak Yüksek İdare Mahkemesinin kadın-erkek eşitliği konusundaki yaklaşımının belki de daha eşitlikçi eğilim izlemeye başladığı düşünülebilir.

## Sonuç

Binlerce yıl önce krallar ülkelerine eşitlik getirdiklerini iddia ederek övünüyordular, filozoflar eşitlik temelli fikirler üretiyorlardı, içinde eşitlik vaatleri olan ihtilaller yapıldı, eşitlik vadeden sözler verildi, kanunlar hazırlandı, uluslararası anlaşmalar imzalandı,... Dünyanın her yerinde onbinlerce şair, yazar, sanatçı, akademisyen eşitliği konu eden eserler verdiler, vermeye devam ediyorlar. Ama hala en demokratiğinden en antidemokratiğine, her sistemde eşitliğin en azından kanun önünde sağlanması için fazladan çaba harcanması gerekiyor.

1948’de Birleşmiş Milletler çatısı altında ilan edilen Evrensel Beyanname insanların eşitliğini haykırıyordu ama ondan önce, Türkiye de dâhil ülkelerin çoğu temel metinlerinde genel olarak kanun önünde eşitlik ilkesinden ve bunun ihlalinin önlemek için ayrımcılık yasağından bahsetmeye başlamışlardı bile. 1924’den beri her anayasasında eşitlik ilkesine yer veren Türkiye, bunun için uluslararası platformlarda da yükümlülük altına girmiştir. BM İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, İstihdamda ve Meslekte Ayrımcılık Yasağı Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme,... bunlardan sadece birkaç tanesidir.

64 Danıştay 12. Daire, K.T.:22.2.2006, Esas No.:2004/4382, Karar No.:2006/539, DBB, (01.01.2013).



Anayasa'nın Genel Esaslar kısmında 10. madde'de yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi (ve ayrımcılık yasağı), 70. maddede yer alan kamu hizmetine girmede eşitlik, 49. maddede yer alan çalışma özgürlüğü ve eşitliği, 67. maddede yer alan seçme ve seçilme hakkı bakımından eşitlik, 73. madde'de yer alan vergi yükümlülüğü yönünden eşitlik, 2. maddede ifade edilen hukuk devleti ilkesiyle de birleşince 1982 Anayasa'nın genel olarak bu ilke bakımından yeterince hukuki taban sağlamış olduğu da söylenebilir. Bununla birlikte kanun önünde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı hukuk sistemimiz için tümüyle halledilmiş bir mesele değildir. Aslında hiçbir sistem için konunun tümüyle çözülmüş olduğu söylenemez. Çünkü konu, sadece yasal düzenlemelerle halledilebilecek bir husus değildir. Konu, insanın, doğasından gelen farklılıklarla beslenirken başkasının farklılıklarına da saygı duyması ve bunu toplumsal yaşamın her alanında olgunlukla yansıtabilmesiyle de bağlantılıdır. Üstelik insanın bireysel olarak, ilkeyi sosyal ilişkilerinde yansıtabilecek kadar hazmetmiş olması da yetersizdir. Birey ve grupların farklılıklarının, hukukun terazisinde eşit tartılmalarına engel olmadan korunabilmesi, yaşanabilecek eşitsizliklerin sistemin telafi mekanizmalarıyla giderilebilmesini öngörmüş bir hukuk düzeninin de varlığı gerekir.

Bu çalışmada kanun önünde eşitlik ilkesi bakımından Anayasal sistemin öngördüğü eşitlik anlayışı ve yargının bunu yorumlayış biçimi ele alınmıştır. Konu eşitlik ilkesine yönelik en büyük ihlal risklerinin kaynağı olan devletin olası ihlallerinin denetlendiği Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları üzerinden irdelenmiştir. Eşitlik ilkesi, önce genel olarak sonra da bu ilkenin özel ve gayet sorunlu bir bölümünü oluşturan kadın erkek eşitliği alanındaki yasal düzenlemeler ve yargı kararlarında irdelenmiştir. Görülmüştür ki yargı eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı konusunda pek istikrarlı ve sistematik bir yorum tekniği benimsememiştir.

## Kaynakça

- Akilloğlu T. (2004). "İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü", [www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm](http://www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm) (01.01.2013).
- Bakırcı K. (2012). *Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler*, Seçkin Yayıncılık. Ankara.
- Baltacı C. (1996). "Demokratik Eşitlik İlkesi" Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi. 1(1). 199-211.
- Baş Z. B. (1996). *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Yetkin Yayınları. Ankara.
- Cin E. (2011). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Danıştay Kararları Işığında Kamu Hizmetlerine Girmede Cinsiyet Ayrımı*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 69 (1-2). 1051 – 1073.
- Çağlar S. (2012). *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu*. Ankara Barosu Dergisi, 70(3). 41-86.
- Duterte G. (2003). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*. Avrupa Konseyi Yayınları, 291.
- Gemalmaz S. (2011). *Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 69(1-2). 141-240.

- Giritli İ. (1957). *Türk Devlet Şurası İçtihadlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması*, İstanbul.
- Gülmez M. (2010). *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi*. Çalışma ve Toplum Dergisi. 2. 217-265.
- Gülmez M. (2011). *Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler*. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu (25-26 Ekim 2011, Kocaeli), Bildiriler III, İstanbul, 51-84.
- Güriz A. (1990). *Adalet Kavramı*. Anayasa Yargısı. Cilt:7. 13-20.
- İnceoğlu S. (2001). *Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi*. Anayasa Yargısı. Cilt:18. 42-70.
- İnceoğlu S. (2006). *Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*. Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı:2006/5, 45-61.
- Karan U. (2011). *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve*. <http://secbir.org/images/haber/2011/01/12-ulas-karan.pdf> (16.07.2017).
- Karavelioğlu C.- Karavelioğlu E. C. (2009). *Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Karavelioğlu Hukuk Yayınları, Ankara, 2009.
- Öden M.-Esen S. (2013). *Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı*. Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, Cilt: 2. 817-836.
- Öndül H. (1989). *1789 Fransız Devrimi ve Etkileri*. Ankara Barosu Dergisi, Yıl:1989, Sayı:4, s.688-692.
- Özbudun E. (2011). *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınevi. 12. Baskı, Ankara.
- Sencer M. (1987). *İnsan Hakları Açısından Amerikan Devrimi*. İnsan Hakları Yıllığı, 9(1). 85-126.
- Serim B. (1994). *Yasa Önünde Eşitlik İlkesi*. Amme İdaresi Dergisi. 27(3). 13-25.
- Tosun M. (1973). *Sümer, Babil ve Asurlularda Hukuk, Kanun ve Adalet Kavramları ve Bunlarla İlgili Terimler*. Belleten. 37(148). 557-581.
- Ünal Ş. (1994). *İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri*. Ankara Barosu Dergisi. 1994 (1). 41-74.
- Yetiş, Mehmet, *Antik Atina'da Demokrasinin Gelişimi: Soloncu Pasif Devrimden Peisistratos'un Tiranlığına*. [http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/54/2/ Mehmet-YETIS.pdf](http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/54/2/Mehmet-YETIS.pdf) (15.07.2017).

## İnternet

[www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

[www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr)

[www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

[www.ilo.org](http://www.ilo.org)

[www.unicef.org](http://www.unicef.org)