

İDARİ DAVALARDA EŞİTLİK DENETİMİNİN YOĞUNLUĞU

THE INTENSITY OF JUDICIAL EQUALITY REVIEW IN ADMINISTRATIVE CASES

Züleyha KESKİN*  10.21492/inuhfd.1115229 

Makale Bilgi

Gönderi: 20/05/2022
Kabul : 02/03/2023

Anahtar Kelimeler

*Eşitlik İlkesi,
Yargısal Denetim
Yoğunluğu,
İdari Davalar,
Ayrımcılık Yasası.*

Article Info

Received: 20/05/2022
Accepted: 02/03/2023

Keywords

*Equality Principle,
Intensity of Judicial
Review,
Administrative Cases,
Prohibition of
Discrimination.*

Özet

Eşitlik ilkesi, temel bir ilke ve hak normu olarak idarenin yargısal denetiminde önemli bir yer tutmaktadır. Yargısal denetim yoğunluğu, idari yargı yetkisinin sınırlarına göndermede bulunan ve idari dava konusunun nasıl ve ne kadar denetlendiği ile ilgili bir kavramdır. Denetimin yoğunluğunu maddi denetim ölçütleri, usuli yetkiler ve kanıt standardı belirler. Eşitlik ilkesinin denetim ölçütü olarak kullanıldığı davalarda denetim yoğunluğu, belirli bir dava konusuna ve sınıflandırmaya bu hususlar göz önüne alınarak hangi düzeyde bir denetim uygulanacağına bağlıdır. İdari davalarda eşitlik denetiminin yoğunluğunun bilinmesi, yargısal denetiminin belirliliği ve öngörülebilirliği açısından önemlidir. Eşitlik ilkesinin benzer davalarda tutarlı bir şekilde uygulanması, mahkemelerin ‘duruma göre’ davranmasını engellediği gibi kişi hak ve özgürlüklerinin en üst düzeyde korunmasını da sağlar. Bu çalışma, eşitlik ilkesinin norm yapısını ve kapsamı ile birlikte yargıç yetkilerini dikkate alarak idari davalarda eşitlik denetiminin yoğunluğunu ortaya koymayı amaçlamaktadır. Çalışma, özellikle kural-ilke ayrımına ve eşitlik ilkesinin kapsamına odaklanarak eşitlik testinin idari davalarda ne kadar etkili kullanılabileceğini göstermeye çalışmaktadır.

Abstract

The principle of equality, as a basic principle and subjective right norm, has an important place in the judicial review of the administration. Judicial review intensity is a concept that refers to the limits of administrative jurisdiction and is related to how and how much the subject of administrative cases is reviewed. The intensity of the review is determined by the substantive review criteria, procedural powers and standard of evidence/evidence standard. In cases where the principle of equality is used as a review criterion, the intensity of review depends on the level of review that will be applied to a particular case and classification, taking these considerations into account. In administrative cases, the intensity of the equality review is important in terms of the certainty and predictability of the judicial review. The consistent application of the principle of equality in similar cases prevents the courts from ruling according to the case and ensures the protection of individual rights and freedoms at the highest level. This study aims to reveal the intensity of equality reviews in administrative cases, by taking into account the norm’s structure, scope of the principle of equality and the powers of judges. This study tries to reveal how effectively the equality test can be used, with particular focus on the distinction between rule-principle and the scope of the principle of equality in administrative cases.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Arş. Gör. Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi, İİBF, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: KESKİN Züleyha, “İdari Davalarda Eşitlik Denetiminin Yoğunluğu”, İnÜHFD, 14(1), 2023, s.58-72. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

In cases where the principle of equality is used as a review criterion, the intensity of the judicial can be determined by revealing the content of this principle. For this, the norm structure and the scope of this principle need to be addressed. The norm structure and the different meanings of the principle of equality, along with the regulations in the Constitution, can be explained using the "Theory of Constitutional Rights," where Alexy examines the scope, definition, and normative structure of constitutional rights. When the norm structure of the equality principle is analyzed based on the principle-rule distinction expressed in Alexy's work, it is clear that the rule or principle character of equality determines the intensity of review. This principle's personal and interest scope can be reached by analyzing article 10 of the Constitution. According to this analysis, who will be subject to which interest or rights to equality review can be determined.

The intensity of review can change according to the judge's powers and how to use these powers, regardless of the substantive review's criterion. In the administrative judiciary, the judge has been authorized to do in-depth review with the ex officio examination power regulated in article 20 of the administrative procedure law. In general, the ex officio examination power has lessened the burden of proof in favor of individuals considering the inequalities between parties and the objective nature of administrative cases. Therefore, in administrative law, the intensity of review does not change based on the burden of proof. However, it changes based on the standard of the proof. It is necessary to determine to what extent the burden of the proof for administrative interference which is incompatible with the principle of equality is standardized. The court can determine the intensity of review by changing the standard of proof to find out the legitimacy of the persuaded purpose of administrative action.

In order to determine the intensity of the review, it is necessary to point out what tests the equality review consists of, which questions are asked, and the scope of the equality test. Equality means a set of standards used to decide the constitutionality of a violation of constitutionally protected rights. The equality review usually takes place in two-tier. First, it is examined whether there is an interference with a constitutionally protected right by an administrative action. Such a review involves determining what the scope of the right is. If there is differential treatment that is unreasonable or based on suspect grounds, it violates the right to equality. Then, whether such administrative action has a legal and legitimate basis and whether it complies with the principle of proportionality are determined. In short, reviewing discrimination includes tests of comparison, reasonable justification, and proportionality.

The intensity of review in equality cases may also change depending on the importance and nature of the rights and interests brought up in the legal system, along with the principle of equality. The Council of State has not been able to develop a general formula to control the benefits and rights that are considered to be "fundamental" in equality cases more intensely than others. In the equality review, the review is intensified by using the principle of proportionality, which partially includes contextual factors such as the importance and nature of the right, the degree of violation, the intensity of the interference, and the public interest.

The review of the principle of equality can take place at different levels depending on tendency of the judiciary to review or not to review administrative action. When the administrative judiciary tends to carry out a less intensive review, it uses the administration's discretion as just a cause or includes the ex officio examination power (inquiry) in less review and ignores suspect grounds. In addition, there are no clear and robust justifications that the nature and importance of the right in dispute intensify the review in equality cases. In this respect, it can be said that the predictability in the equality review in the administrative judiciary is weak. There are only consistent practices for certain types of administrative actions, albeit exceptions. The court can use different criteria to strengthen judicial protection in equality cases. When the court is eager to review administrative action, regardless of the existence of administrative discretion, it can do in-depth review with its ex officio examination power and make the comparison on suspect grounds and seek a higher standard of proof to be convinced of the lawfulness of the administrative action. Precise assessments of the nature and importance of the right in the court case might contribute to predictability.

I. GİRİŞ

Yoğunluk kavramı, Türk hukuk yazınında yargısal denetimin derecesini belirlemek için kullanılan bir kavram değildir. Bunun yerine, ‘yargısal denetimin kapsamı ve sınırları’ ifadesi tercih edilmektedir. Bu çalışma için yoğunluk, yargısal denetim derecesini ya da standardını belirleyen bir kavram olarak kullanılmıştır. Yargısal denetim yoğunluğu¹, ‘işlemin usul ve esasa yönelik hukuka aykırılıkların ortaya konulmasında kullanılan yargısal yetkiler ve hukuki referans normlar ile bunların etkililiğini ortaya koyan bir kavram’ olarak ele alınabilir². Yargısal denetimin yoğunluğu, denetimde kullanılan ölçütlerin içerdiği sorular ile bu soruların yanıtları için yargı yerinin hangi yetkileri, ne kadar kullandığı ve bu sorulara verilen yanıtların yeterliliğine ikna olup olmamasıyla ilgilidir. Yargıç, hukuka uygunluk ölçütleri ve araştırma ve kanıt kabul etme usulleriyle yargı denetiminin yoğunluğunu belirleyebilir.

Eşitlik ilkesinin denetim ölçütü olarak kullanıldığı davalarda denetimin yoğunluğu, eşitlik testinin içeriğinin ortaya konulmasıyla tespit edilebilir³. İlk olarak eşitlik denetiminin hangi testlerden oluştuğunun, daha doğrusu, hangi sorulara yanıt aradığının ortaya konulması gerekir. İkinci olarak, eşitlik ilkesine aykırı idari müdahalenin hukuka uygun olduğunu kanıtlama yükümlülüğünün hangi düzeyde gerçekleşmesi gerektiğinin belirlenmesi gerekir⁴. Bu çalışmada, eşitlik ilkesiyle ne kadar ‘yoğun’ bir denetim gerçekleştirildiği, eşitlik ilkesine uygunluk testleri ve kanıt standardıyla birlikte belirlenecektir.

II. EŞİTLİK İLKESİNİN NORM YAPISI VE KAPSAMI

A. Eşitlik İlkesinin Norm Yapısı

1982 Anayasası m.10’ daki eşitlik ilkesi, eşitliğin farklı yönlerini ifade edecek şekilde düzenlenmiştir. 10. madde; özgül ayırım yasaklarıyla ayrımcılığı ve ayrıcalığı yasaklayan; maddede sayılan bazı kişi gruplarına pozitif ayrımcılığı haklı neden olarak kabul eden; devlet organlarına ve idareye maddi ve şekli eşitlik yükümlülüğü yükleyen genel bir eşitlik ilkesidir. Bu düzenleme, ayrımcılık yasağıyla hem ‘özel bir hak’⁵; hem de devletin temel amaç ve ödevlerini düzenleyen ve sosyal politika ilkeleri öngören yapısıyla ‘nesnel düzen normu’ olarak işlev görmektedir.

Eşitlik, ister nesnel bir hukuk ilkesi, ister temel bir özel hak olarak kabul edilsin, kendisini bir dizi kavram aracılığıyla ifade eder: nisbi-mutlak veya şekli-maddi eşitlik, ayrımcılık yasağı, eşitlik yükümlülüğü, eşitlik hakkı, yasa önünde eşitlik, yasaların genelliği. Bu kavramların her biri, eşitlik ilkesinin hem kural hem de ilke normları içerdiğini göstermektedir. Bunların tümü, eşitlik ilkesinin farklı bir tanımını oluşturmaktadır. Her bir tanımlama, eşitlik ilkesinin norm değeri ve kapsamını; dolayısıyla, yargısal denetim yoğunluğunu farklılaştırabilir.

Eşitlik ilkesinin norm değerini belirlemek için Alexy’nin anayasal hakların kapsamını, tanımını ve normatif yapısını açıklayan “Temel Haklar Teorisi” kullanılabilir⁶. Alexy normları, ilke ve kural normlar olarak ikiye ayırmaktadır⁷. Yazara göre kuralların hangi durumlarda uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Kurallar tanımlıdır, belli koşullar ve kesin ifadeler içerirler. Kesin ifadeler, kuralda yer alandan fazlasına ve azına izin vermez. Kurallar için ancak somut durumların (olgular ve yasal olasılıkların) yarattığı istisnalar söz konusu olabilir⁸. Bu normların uygulanmasında yargıcın yorum yetkisi oldukça sınırlıdır⁹. Dolayısıyla kurallar, optimizasyon (uygunlaştırma) gerektirmeyen normlardır. İlkeler ise optimizasyon ve tartım gerektirir. Kuralların tersine ilkeler, tanımlı ve belli değildir; her olayın özelliğine göre uygulaması değişir¹⁰. İlkeler, fiili ve hukuki sebepler dikkate alındığında farklı düzeylerde gerçekleşme olanağı sunan optimizasyon yükümlülükleridir. İlkeler, somut olayda başka ilkelerle yarışabilir ve her ilke yarıştığı diğer ilkenin gerçekleştirilme ihtimalini sınırlar¹¹. Yarışan ilkelerden birinin tartımda ağır basması durumunda diğer ilke uygulanmaz.

Anayasa’ daki formülasyonda genel eşitlik ilkesinden yapılacak ilk çıkarımlardan biri, bütün kural ve uygulamaların Anayasa’ da sayılan ve şüpheli temellerle ilişkilendirilmeden genel ve soyut olarak

¹ Bkz. KNIGHT, Dean R.: Vigilance and Restraint in the Common Law of Judicial Review: Scope, Grounds, Intensity, Context, A Thesis Submitted to Department of Law of the London School of Economics and Political Science for the degree of Doctor of Philosophy, London, December 2014, s.140.

² Bkz. KESKİN Züleyha: İdari Yargı Denetiminin Yoğunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

³ Bkz. CHAN, Core: “Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review”, The Society of Legal Scholars (SLS) Annual Conference, Bristol, UK., 11-14 September 2012, in Legal Studies I, 33(1), 2013, s.6.

⁴ Yargılamada kanıt standardının belirlenmesi, yargıcın ikna düzeyine ilişkin nesnel standardın belirli olması, davanın tarafları bakımından dava sonucunun öngörülebilir olması anlamına gelir. YILDIRIM, Mehmet Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990, s.43-44; YASİN, Melikşah: İdari Yargılama Usulünde İspat, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.187.

⁵ Bkz. KARAN, Ulaş: “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, in İnceoğlu, Sibel (ed.) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.459; TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s.130; ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.154.

⁶ ÇAP, Güneş: “Robert Alexy’nin İlkeler Teorisine Genel Bir Bakış”, Anayasa Yargısı, 38(2), 2021, s.221.

⁷ Bkz. ALEXY, Robert: A Theory of Constitutional Rights, (Trans. Julien Rivers), Oxford University Press, 2nd Ed., Oxford 2002, s.44-49.

⁸ Bkz. ÇAP, s.226.

⁹ Bkz. ALEXY, Robert: “Constitutional Rights and Proportionality”, Revus -Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law-, (22) 2014, s.52.

¹⁰ Bkz. ALEXY, “Constitutional Rights and Proportionality”, s.52.

¹¹ ALEXY, Theory of Constitutional Rights, s. 51. GÜLFİDAN, Osman Serkan: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2018, s.106.

uygulanmasıdır. Anayasa m.10/1'de düzenlenen eşitlik ilkesi, koşulların eşitliğini değil, şekli eşitliği düzenlemektedir. Bu haliyle kural karakterinde bir norm gibi gözükmektedir. Bununla birlikte, yasa önünde eşitlik, herkese devlet organları ve idare önünde aynı kuralların uygulanacağı yönünde tek bir anlam içermez. Eşitlik; sayılan ayırım yasaklarına aykırı olmayacak biçimde benzer durumda olanlara eşit ve farklı durumda olanlara farklı muamaleyi öngörür. Buna *maddi* veya *nisbi* eşitlik denir. Maddi eşitlik, bir kuralda ya da işlemde öngörülen yarar ve yükümlülüğün herhangi bir ayrımcılık temeliyle ilişkilendirilmeden herkese tarafsız olarak özgülenip özgülenmediğini değil, bunların sonuçlarına ve içeriğine ilişkin bir değerlendirmeyi gerektirir. Bu değerlendirmeye göre eşitlik ilkesi, “farklı muamale hakkını” kapsar¹². Anayasa’da maddi eşitliğin sağlanması yönünde belirli sosyal koruma önlemlerinin alınması konusunda devlete yükümlülük yükleyen ve pozitif ayrımcılığı hukuka uygun kabul eden açık kurallar (AY m.10/2-3), farklı muamele hakkının varlığını ortaya koymaktadır. İlkenin, devlet için hem maddi hem de şekli eşitliği sağlama yükümlülükleriyle kural ve ilkelerden oluşan anayasal bir “hak” olarak düzenlendiği söylenebilir¹³.

Eşitlik, kural norm olarak kabul edildiğinde yargısal denetimde daha öngörülebilir sonuçlar sunabilir. Kurallar, somut olaya uygulanır ya da uygulanmazlar¹⁴. Bu yönüyle kesin ve otomatik sonuçları vardır. Mahkemeler, farklı muamelenin ayrımcılık oluşturup oluşturmadığını inceleyerek, eşitlik hakkının ihlal edilip edilmediğini belirlemek için ilk olarak ırk, etnik köken veya cinsiyet gibi ayrımcı sınıflandırmaları belirlemekte ve ardından genellikle haklı neden ve ölçülülük testleriyle bunların gerekçelerini incelemektedir. Eşitlik ilkesinin mutlak-kural yönünün; özellikle ölçülülük ve haklı neden ilkeleriyle birlikte değerlendirildiği veya bu ilkelerle yarıştırdığı göz önüne alındığında mutlak bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Farklı ölçütlerin eşitlik denetiminde kullanılması, denetimin yoğunluğunu değiştirebilir. Anayasa’da her ne kadar emredici ifadeler yer alsın da, mahkemeler aksi kanıtlara (haklı neden-ölçülülük) başvurarak farklı muameleyi hukuka uygun kabul edebilir. O halde eşitlik ilkesinin kural karakterinde olduğu ve her durumda kesin olarak uygulandığı söylenemez.

Yine de, şüpheli-anayasal temellere dayalı ayrımcılık yasağı kural benzeri bir normdur. Anayasa m.10/1'de sayılan temellerin farklı uygulama ve sınıflandırmalarla ilişkili olamayacağı Anayasa’da özel olarak belirtilmiştir¹⁵. Mahkemeler, ayrımcılık yasağı¹⁶ ya da eşitlik hakkını, ölçülülük ilkesiyle optimize etmeye çalışsa da, dava konusu normu (özellikle m.10/1'i) ilkedeki çok bir kural gibi uygulamaktadır¹⁷. Bu nedenle mahkemeler, ölçülülük ve haklı neden ilkesini eşitlik ilkesini optimize etmek için değil, somut olayda ayrımcılığı yasaklayan kuralın uygulanıp uygulanmayacağını belirlemek için eşitlik hakkını tanımlamanın ve kapsamını belirlemenin bir yolu olarak kullanma eğilimindedir. Başka bir deyişle, mahkemeler ilkelerin dengelenmesi amacıyla değil, daha çok kategorik bir yasak ya da hakkın ihlal edilmeyecek özünü belirlemek amacıyla mutlak ayırım yasağına başvurmaktadır¹⁸.

Bununla birlikte, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında, özel önlemlerle korunma gereksinimi olan kişi kesimleri için alınacak pozitif ayrımcılık önlemlerinin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı yönündeki istisna, kesin ve açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu istisnalar, tam olarak uygulanması gereken kural normları ifade eder ve uygulanmadığında eşitlik ihlal edilmiş olur. Anayasa m.10'daki pozitif ayrımcılık düzenlemesi, sayılan gruplara pozitif ayrımcılık öngören işlemlerin haklı nedenleri konusunda başka bir anayasal neden aranmasına gerek bırakmamaktadır. Bu düzenlemeyle ayrıca haklı neden konusunda mahkemenin ikna olması gerekmemekte, dolayısıyla yargısal denetim yoğunluğu düşmektedir¹⁹. Bu açık ve kesin kural, optimizasyona elverişli değildir. Bu durumda önceliklerin hukuken nasıl tayin edileceği, yani belirli bir durumda ağır gelen ilkenin nasıl tespit edileceği ve tartımın nasıl yapılacağı sorun teşkil etmez. Böylece yargısal denetimin yoğunlaştırılmasına gerek kalmamaktadır. Sayılan kişi gruplarına yönelik pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırı olamayacağı kuralı, emir niteliğinde olmakla birlikte, farklı muamelenin pozitif ayrımcılık oluşturup oluşturmadığına mahkeme karar

¹² Farklı olanlara farklı muamele edilebileceğinin kabulünü “farklılık hakkı” olarak ele alan görüş için bkz. ANDREESCU, Marius/ANDREESCU, Claudia: “The Constitutional Principle of Equality”, *Challenges of the Knowledge Society*; Bucharest (2018), s.370.

¹³ Alexy'nin teorisinde, anayasal haklar hem kural hem ilke içerebilir (bkz. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, s.70-79; 80-86). Oder de “Anayasa’da soyut ve genel olmaları nedeniyle ‘ilke’ niteliğine sahip temel hak ve özgürlük normları yanında, ‘hak ve özgürlük lehine yasaklar’ olarak beliren ve ilgili hak ve özgürlüğün Anayasa’da somutlaşmış öz güvencesini bildiren normlar da bulun(duğunu)” ifade etmektedir (bkz. ODER, Bertil E.: “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtama ve Somutlaştırma Sorunları: 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, in Ergül, Ozan (ed.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Kamu Hukukçuları Platformu, TBB, Ankara 2013, s.128). Bu yönüyle eşitlik, hem ilke hem kural değerinde bir anayasal haktır.

¹⁴ Bkz. ÇAP, s.226.

¹⁵ Eşitlik ilkesinin negatif yönünü ifade eden ayrımcılık yasağının uluslararası kamu hukukunda çekince konulmayacak emredici kural (jus cogens) olduğu kabul edilmektedir. AKILLIOĞLU, Tekin: *İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, İmaj Yayınları, Ankara 2010, s.295. Aktaran Ayşe ÖZKAN DUVAN: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, *GSÜHFD*, (2) 2017, s.21-22.

¹⁶ Bkz. ÖDEN, Merih: *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.216.

¹⁷ AYM, 14.04.1966, E.1961/1, K.1966/21. Ayrıca bkz. AYM, 14.11.1967, E.1967/14, 1967/36; AYM, 21.10.1975, E.1975/152, K.1975/202. Danıştay 12.D., 22.02.2006, E.2004/4382, K.2006/539. Danıştay bir kararında 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun 1/I. maddesinde yer alan “...kadınlardan...” sözcüğünü ve 3/I. maddesini cinsiyet ayrımcılığı içerdiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur. Bkz. AYM, 23.07.2009, E.2006/166, K.2009/113.

¹⁸ LURIE, Guy: *Proportionality and the Right to Equality*, *German Law Journal*, (21) 2020, s.178.

¹⁹ KESKİN, Züleyha: “Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Sağlamada Korumacı Yaklaşımlar-Pozitif Ayrımcılık Çare mi Çıkamaz mı?”, in Yalçın, Türkan (ed.), *Kadın Yazıları, Savaş Yayınları*, Ankara 2020, s.441.

vermektedir. Hangi önlemlerin pozitif ayrımcılık oluşturduğu konusunda ise mahkemelerin içtihatları sorunludur²⁰.

B. Eşitlik İlkesinin Kişi ve Yararlar Yönünden Kapsamı

Yasal düzenlemelerdeki “herkes” veya “hiç kimse” ifadeleri, yasaların genelliğine göndermede bulunur. Yasa önünde eşitlik ilkesi, kural olarak “herkes” için ‘genel’ bir anayasal ilkedir²¹. Anayasa m.10/1’de eşitlik ilkesi, sayılan temellerde kimseye ayrımcılık yapılamayacağını düzenlemiştir. 1. fıkranın devamında yer alan “ve benzeri sebepler” sözcüklerinin, ayırım gözetmeksizin hukuk önünde eşitlik güvencesinin Anayasa’da sayılmayan temellere dayalı ayrımcılıkları da kapsadığı söylenebilir. Dolayısıyla 10. maddedeki eşitlik, “herkes” ve “benzeri sebepler” ifadeleriyle tek yönlü olmayan ve açık uçlu bir düzenlemedir²². Bu yaklaşımın bir sonucu olarak medeni hal, evlilik dışı çocuk, yaş ve engellilik gibi Anayasa’da sayılmayan temellerde yapılan ayrımcılık bu kapsamda görülmüş ve maddenin norm alanı genişletilmiştir²³.

Anayasa 10. maddenin 1. fıkrasında “cinsiyet” bir ayırım yasağı olarak yer almasına rağmen, maddenin 2. fıkrasında kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları belirtildikten sonra, devletin bu eşitliği sağlama yükümlülüğüne işaret edilmiştir. Bu düzenlemede, kadınlara ve erkeklere yönelik ayrımcılığın iki yönlü yasaklandığı kabul edilebilse bile, kadın erkek eşitliğine dair vurgu, kadınların erkeklerle eşit duruma getirilmesi ve pozitif ayrımcılık uygulamalarının haklı görülmesi amacıyla eklenmiştir²⁴. Maddenin 2. fıkrasında kadınlara ve 3. fıkrasında sayılan gruplara yönelik pozitif ayrımcılık içeren uygulamaların eşitliği bozmayacağı yönündeki ifadeler, maddenin tek yönlü yorumlanmasına olanak vermektedir. Bu tek yönlü yaklaşım, Anayasa’da sayılan gruplar içinde olmayanlara, örneğin erkeklere yönelik bir pozitif ayrımcılık uygulamalarının haklı neden olarak görülmeyeceği anlamına gelir. Eşitlik ilkesi, ‘herkesi’ Anayasa’da sayılan ve sayılmayan temellerde korumakla birlikte, bazı kişi gruplarına yönelik ayrıca bir koruma sağlamaktadır.

Anayasa, eşitliğin koruduğu değer ve haklar bakımından bir sınırlama öngörmemektedir. Bununla birlikte 10. madde, eşitliği herhangi bir hak ya da özgürlükten yararlanmada eşitlik olarak düzenlenmemiştir²⁵. Anayasa Mahkemesi ise eşitlik ilkesini, hak ve özgürlüklerden yararlanmada Anayasa’da yer alan kavramlardan biri olarak kabul etmiştir²⁶. Eşitlik, tek başına uygulanan bir hak değildir, bir hakla birlikte ileri sürülebilir²⁷. Bu nedenle AİHM, AİHS’nin 14. maddesi kapsamında ayrımcılığı, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın kişi kategorileri arasında -eşitliğin yanı sıra- başka bir hakkın kullanılmasında farklı muamele olarak tanımlamıştır²⁸.

Danıştay eşitlik ilkesini başka hak ve yararlar çerçevesinde değerlendirerek esnek bir yaklaşım ortaya koymuştur. Danıştay genellikle, Anayasa’daki ayrımcılık temellerine ve temel haklara dayandırmadan işlemin hukuka uygunluğunu; hakkaniyet ve adalet²⁹, fırsat ve olanak eşitliği³⁰ ve kamu hizmetinde eşitlik³¹ ilkeleriyle birlikte değerlendirme eğiliminde olmuştur. Bu tutum, iptal davasının menfaat ihlali koşuluna bağlanmasının bir sonucu olarak kabul edilebilir. Danıştay, özellikle son dönemde, eşitliği idari işlemlerin temel haklar üzerindeki etkileriyle birlikte ele almakta, giderek daha fazla hak temelinde bir denetim yapmaktadır. İdari davaların söz konusu olduğu bireysel başvurularda ise AİHS’in koruduğu haklar ve AİHM içtihatları referans alınarak her hak ve menfaat, eşitlik hakkının koruma kapsamına alınmamıştır³². Dolayısıyla sosyal haklar, belli ölçüde eşitlik korumasının dışında kalmaktadır³³.

Eşitlik ilkesinin hak ve yararlar yönünden kapsamı, devlete yüklenen ödevin niteliğine göre değişir. Eşitlik ilkesi, bir hakkın veya menfaatin tarafsız veya adil olarak özgülenmesini ‘isteme’ hakkını içerir. ‘İsteme’, eşitlik ilkesinin devlete yüklediği edimlerle doğrudan ilişkilidir. Bu edimlerden hangisinin idare ve yargı önünde istenebileceğini yükümlüğün karakteri (pozitif/negatif) belirler.

²⁰ Bkz. KESKİN, “Korumacı Yaklaşımlar”, s.439.

²¹ KESKİN, Züleyha: Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s.21.

²² KARAN, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, s. 464-469. Anayasa m.10’daki “benzeri nedenler” ifadesinin ayrımcılık temellerinin maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı yönünde bkz. AYM, 04.11.1986, E.1986/11, K.1986/26; AYM, 17.03.2011, E.2009/47, K.2011/51; AYM, 06.05.2004, E.2002/70, K.2004/56; AYM, Tuğba Arslan, [GK], B.N. 2014/256, 25.06.2014, § 115; AYM, İbrahim Uysal, B.N. 2014/1711, 23.07.2014, § 48; AYM, Hüseyin Kesici, B.N. 2013/3440, 20.04.2016, § 56.

²³ Bkz. AYM, 11.09.1987, E.1987/1, K.1987/18; Danıştay 10.D., 29.06.2009, E.2006/2214, K.2009/7098; Danıştay 5.D., 15.01.2008, E.2005/3518, K.2008/57; Danıştay 8.D., 19.11.1990, E.1989/1379, K.1990/1339; Danıştay 10.D., 18.11.1986, E.1985/1885, K.1986/2093; Danıştay 8.D., 17.12.2008, E.2007/6457, K.2008/8352; Danıştay İDDGK, 21.11.2012, E.2008/2220, K.2012/2239.

²⁴ Bkz. AYM, 29.11.1990, E.1990/30, K.1990/31.

²⁵ GÜLMEZ, s.65.

²⁶ AYM, 20.11.2008, E.2008/42, K.2008/167.

²⁷ NIKOLAİDIS, Charilaos: “The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance” in The Jurisprudence of The European Courts 51–55 (2015). AYM, Mesude Yaşar, B.N. 2013/2738, 16.07.2014, § 46; AYM, Onurhan Solmaz, B.N. 2012/1049, 26.03.2013, § 33.

“...(İ)lgili temel hak ve özgürlük ihlal edilmemiş olsa da o hakla ilgili bir konuda sergilenen ayrımcı tutumun, eşitlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilir.” AYM, İhsan Asutay, B.N. 2012/606, 20/2/2014, § 48; aynı yönde AYM, Mesude Yaşar, § 47.

²⁸ Belçika Dil Davası (No. 2), B.N. 2126/64, 1 Eur. H.R. Rep. 252 (1968).

²⁹ Bkz. Danıştay 8.D., 11.12.1989, E.1988/460, K.1989/1011; Danıştay 8.D., 18.10.1988, E.1988/668, K.1988/714; Danıştay 8.D., 17.10.1991, E.1991/324, K.1991/1653; Danıştay 11.D., 08.04.2003, E.2000/8963, K.2003/1623.

³⁰ Danıştay 8.D., 11.12.1989, E.1988/460, K.1989/1011; Danıştay 8.D., 16.11.1993, E.1992/2839, K.1993/3652.

³¹ Danıştay 10.D., 23.06.1999, E.1996/993, K.1999/3627.

³² AYM, Onurhan Solmaz, § 18.

³³ Bkz. AYM, Mehmet Hadi Tunç, B.N. 2013/1958, 07.07.2015, § 28.

İlkenin içerdiği negatif yükümlülük ve bunun yargısal yolla korunması ya da istenmesi yönünde herhangi bir sorun gözükmemektedir. Negatif yükümlülük norm ifadesinde görülmekte ve hangi hallerde ihlalin mevcut olacağı da açıkça anlaşılabilir. Negatif yükümlülüklerle belirlenen negatif statü hakları, bireyin dokunulamayacak alanının sınırlarını çizerek devletin müdahale edemeyeceği alanı belirler³⁴. Bu yönüyle negatif bir hak olan ayrımcılık yasağı, ihlal edilmemekle ifa edilecek olan emredici bir hükümdür. Negatif yükümlülük, bütün haklarla birlikte ileri sürülebilir.

Eşitlik ilkesinde yer alan pozitif ayrımcılık düzenlemelerinin devlete pozitif yükümlülük yüklediği kabul edilse bile³⁵ pozitif ayrımcılık düzenlemeleri, idareyi pozitif ayrımcı bir eylem/işleme zorlama konusunda dava hakkı vermez; buna karşılık pozitif ayrımcılık içeren bir işlemin hukuka uygun kabul edilmesini sağlar. Pozitif ayrımcılıkta, normal koşullarda ayrımcılık olarak değerlendirilen ‘öncelik verme’ veya ‘tercih etme’ ayrımcılık olarak değerlendirilmez³⁶. Pozitif ayrımcılık içeren düzenleme, devlet organları açısından açık bir emir gibi görünse de; idari yargı, eşitlik yükümlülüğü bulunan organları, pozitif ayrımcılık yapmaya zorlayabilecek yetkilere sahip değildir. Bu tür kararların, “idari işlem ya da eylem niteliğinde yargı kararı” verilmesi yasağına aykırı değerlendirilmesi mümkündür. Bu hâliyle pozitif ayrımcılık hükmü; yasama ve yürütme organlarına yönelik bir program hüküm (ilke)³⁷, yargı önünde kural karakterinde bir denetim normu olarak işletilmektedir.

Anayasa m.10, maddi eşitliğin sağlanması yönünde ifadeler içermekle birlikte; bu, sosyal hakların gerçekleştirilmesini değil, sosyal hakların diğer haklar gibi eşitlik ilkesine uygun sağlanmasını gerektirir. Sosyal hakların gerçekleştirilmesine yönelik olumlu eylem gerektiren uygulamalar için Anayasa’da başka hükümler öngörülmüştür³⁸. Eşitlik ilkesi, çoğunlukla, hakların denetiminde keyfi ayrımlarla ilgili ve sınırlı olarak yorumlanmaktadır³⁹.

III. YARGIÇ YETKİLERİ

Hukuki uyumsuzluk, büyük oranda olguların varlığı/yokluğu tespitine dayanılarak çözülür. Olgusal gerçeklik olmadan kamu yararı ve kamu düzeninin ihlaline ilişkin bir yargıya varmak güçtür. Mahkemelerin taraflardan istedikleri bilginin niceliği ve niteliği, yargısal denetimin yoğunluğunu belirler. Olgulara ait bilgilerin istenmesi, ayrımcı kararların denetlenmesinde önemli bir araçtır. Bu bilgiler, işlemin ilgili yasaya ve yasanın amacına ve hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde işlevseldir. Bu yönüyle, yargısal usuli yetkiler ile maddi denetim arasında yakın bir bağlantı vardır⁴⁰.

Birçok idari yargı sisteminde resen araştırma yetkisiyle mahkemelere olgusal gerçekliği bulma görevi verilmiştir⁴¹. Türk hukukunda, resen araştırma yetkisi, İYUK m.20’de düzenlenmiştir. Bu yetkiyle idari yargıç, taraflardan bağımsız olarak, onların sundukları bilgiler dışında gerekli gördüğü her türlü inceleme, bilgi edinme ve araştırma yoluna başvurabilir, taraflar ve taraflar dışındaki kişilerden her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilir⁴², yapılacak keşif incelemesine katılabilir ve bilirkişi incelemesi yaptırabilir⁴³. Olgulara dair kapsamlı araştırma yetkisi, idari yargıcın hukuksal gerçekleri ortaya çıkarmadaki rolüne önemli katkıda bulunmaktadır.

Genel olarak, resen araştırma yetkisi, tarafların eşitsizliği ve iptal davalarının objektif niteliği sebebiyle kanıt yükünü birey lehine azaltmıştır^{44,45}. Bu durumda kanıt unsurları elinde olan idarenin işlemde hata yapmadığını göstermesi gerekmektedir. Resen araştırma yetkisi, kanıt yükünün davacı üzerinden tamamen alındığı anlamına gelmez. Davacı⁴⁶ dava konusu olguya dair yanlışlıkları kanıtlama yükünü taşımaya devam etmektedir. Tereddüt halinde yargıç, resen araştırmaya devam edebilir. Böylece, araştırma mahkeme tarafından, taraflardan bağımsız olarak derinleştirilebilir. Bu sebeple, idari yargıda denetim yoğunluğu kanıt yüküne değil; mahkemenin sunulan kanıtlara ikna olma düzeyine bağlı olarak

³⁴ GÜLFİDAN, s.18.

³⁵ Bkz. Mesut GÜLMEZ, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler”, in Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu 3, 25-26 Ekim 2011, Petrol-İş Yayınları, 116, Can Matbaacılık, s.64.

³⁶ KARAN, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, s.477.

³⁷ Özen yükümlülüğü içeren pozitif yükümlülüklerin ilke karakterinde olduğu yönünde bkz. GÜLFİDAN, s.107.

³⁸ Bkz. AY m.29/3, 41/1, 68/3, 50, 55. 42, 70, 67/2.

³⁹ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.131.

⁴⁰ CRAIG, Paul: “Law, Fact And Discretion in UK”, s.28-29. https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/paul_craig.pdf. (Erişim: 02.03.2022).

⁴¹ Bkz. ARAI-TAKAHASHI, Yutaka: “Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited”, *European Public Law*, 6(1), 2000, s.71; BERMAN, George A.: “The Scope of Judicial Review in French Administrative Law,” *Columbia Journal of Transnational Law*, 16(2), 1977, s.210; BROWN, Neville L./GARNER, John F.: *French Administrative Law*, 2d Ed., Butterworth&Co Publishers, Lincoln 1973, s.47-48.

⁴² İYUK m.20/3, bu konuda istisna bir düzenleme içermektedir. Bkz. Danıştay 5.D., 02.04.1996, E.1994/7820, K.1996/1370.

⁴³ İYUK m.20.

⁴⁴ Bkz. BERMAN, s. 208-209. Danıştay bir kararında olumsuz sicil işleminin iptali istemiyle açılan davada, işlemin neden unsurunun kanıt yükünün davalı idarede olduğuna hükmetmiştir. Danıştay 2.D., 31.01.2005, E.2004/6213, K.2005/329. İptal davalarında amaç unsurunun kanıtlanmasında kanıt yükünün davacıya düşebileceğini kabul eden yazarlar vardır. Bkz. ONAR, S. Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s.1980; YASİN, s.94.

⁴⁵ OĞURLU, Yücel: “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Resen Araştırma İlkesi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), s. 130. İYUK’da kanıt yükü konusunda açık bir hüküm yoktur. Danıştay, İYUK m.31’de belirtilen haller dışında HMK’ye başvurmayı kabul etmemektedir.

⁴⁶ 2577 sayılı İYUK m.20 dışında kanıt konusunda sessizdir. Ancak İYUK m.3/2/b’de davacının dava dilekçesinde “Davanın konu ve sebepleri ile dayandığı deliller”i göstermesi beklenir.

değişmektedir. Mahkeme, idarenin idari işlem için öngördüğü aracın haklılığını görmek için kanıt standardını daha yüksek veya daha düşük tutarak denetim yoğunluğunu belirleyebilir⁴⁷.

Kanıt standardı, mahkemenin bir idari işlemi değerlendirmeden önce işleme konu olayın varlığı ya da yokluğuna; “ikna düzeyi”⁴⁸ veya “bir olayın kanıtlanmış sayılması için gereken kanıt yoğunluğu”dur⁴⁹. İdari yargıda, kanıt standardı konusunda ne mevzuatta ne içtihatlarda somut bir kural öngörülmüştür. Eşitlik denetiminin yapıldığı davalarda kanıt standardını, esas olarak, mahkemenin ayrımcı muamelenin olup olmadığına ve ayrımcı muamelenin haklılığına ikna olma düzeyi belirlemektedir. Genel olarak, “açık ve ikna edici kanıt standardı”⁵⁰ idari yargıda uygulanmaktadır. Bu standardın; “makul şüphenin ötesinde kanıt standardından”⁵¹ daha düşük, “delil üstünlüğü standardından”⁵² daha yüksek, ikisinin ortasında bir kanıt standardı olduğu söylenebilir⁵³. İdari yargıda, her davada açık ve ikna edici delil standardının uygulandığı söylenemez. Kanıt standardı genellikle davanın konusuna ve ihlalin ciddiyetine göre değişmektedir. Davanın türüne göre “delil üstünlüğü standardının” veya “açık ve ikna edici delil standardının” uygulandığı kararlar da vardır⁵⁴. Danıştay, hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak kadar yüksek dereceli kanıt standardı olan makul şüphenin ötesinde kanıt standardını ise işkence yasağının söz konusu olduğu davalarda aramaktadır⁵⁵. Bunun dışında idari yaptırımlar⁵⁶ için makul şüphenin ötesinde kanıt standardına yakın yüksek bir standardın benimsendiği söylenebilir.

IV. EŞİTLİK DENETİMİNİN KAPSAMI

Eşitlik, anayasal olarak korunan hakların ihlalinin anayasaya uygunluğuna karar vermek için kullanılan bir dizi standart anlamına gelir. Eşitlik denetimi, genellikle iki aşamalı olarak gerçekleşir. İlk olarak, söz konusu işlemle anayasal olarak korunan bir hakka müdahale olup olmadığı incelenir. Böyle bir inceleme, hakın kapsamının ne olduğunu belirlemeyi içerir. Farklı muamele varsa ve bu muamele, akla uygun değilse (farklılık-aynılık temelinde kurulmamışsa) veya şüpheli temellere dayanıyorsa bu, eşitlik hakkını ihlal etmektedir. Daha sonra, işlemin yasal ve meşru bir temeli olup olmadığı ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı tespit edilerek işlemin hukuka uygunluğu denetlenir⁵⁷. Kısacası ayrımcılık tespiti; karşılaştırma, haklı neden ve ölçülülük testlerini içerir⁵⁸.

A. Karşılaştırma Temeli

Eşitlik ilkesine uygunluk denetimi, büyük ölçüde farklı muamelenin varlığını belirlemeyi gerektirir. Farklı muamelenin tespiti, öncelikle farklı muamelenin yöneldiği kişi ya da kişi gruplarını, şeyleri ve durumları karşılaştırmayı gerekli kılar. Durumlar karşılaştırılabilir görülmezse eşitlik denetimi yapılmasına gerek kalmaz⁵⁹. Örneğin sınav süresinin, eşitliğe aykırı bir şekilde, kısa olduğu yönündeki başvuruda Mahkeme, tüm adaylar için aynı sürenin öngörüldüğüne ve hiçbir aday için farklı bir muamelenin söz konusu olmadığına karar vermiştir⁶⁰. Bu örnekte muamelenin ayrımcı olduğunun kabul edilebilmesi için farklı kişi/gruplara farklı sınav sürelerinin verilmesi gerekmektedir. Farklı muamelenin tespiti için karşılaştırılabilir kişi ya da grupların varlığı şarttır.

⁴⁷ Örneğin Danıştay, özellikle idari yaptırımlara ilişkin davalarda yüksek kanıt standardı aramaktadır. Bkz. YASİN, s.201 vd.

⁴⁸ YASİN, s.181.

⁴⁹ PARRET, Laura: “Sense and Nonsense of Rules on Proof in Cartel Cases: How to Reconcile a More Economics-Based Approach to Competition Law With More Attention for Rules on Proof?”, *European Competition Journal*, 4(1), 2008, s.173; SHERWIN, Emily/CLERMONT, Kevin M.: “A Comparative View of Standards of Proof”, *The American Journal of Comparative Law*, 50(2), 2002, s.244.

⁵⁰ “Açık ve ikna edici delil standardı, delil üstünlüğü standardından daha yüksek ve katı bir standarttır. Bu standardın uygulandığı davalarda delilin üstünlüğü yetmez, mahkemenin ikna olması da gerekir”. YASİN, s.91.

⁵¹ Makul şüphenin ötesinde kanıt; iddianın yeterince güçlü, açık ve uyumlu çıkarımlara dayanması ya da olaylara ilişkin çürütülemez varsayımların bulunmasıdır. Bkz. AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, B.N. 5310/71, 18.01.1978, § 161; AYM, Nejla Özer ve Müslim Özer, B.N. 2013/3782, 21.4.2016, § 114.

⁵² Olasılıklar dengelenmesi/delil üstünlüğü standardı, bir olayın gerçekleşmiş olmasının, gerçekleşmemiş olmasından daha olası olması şeklinde özetlenebilir. Olayın gerçekleşmiş olma olasılığının %50’nin üzerinde olması durumunda olayın gerçekleştiği hukuken kanıtlanmış olacaktır. Bkz. ROSCH, J. Thomas: “Observations on Evidentiary Issues in Antitrust Cases”, *EU Competition Law and Policy Workshop Florence, Italy, June 19, 2009*, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/observations-evidentiary-issues-antitrust-cases/090619antitrustcases.pdf (Erişim: 03.02.2022); CLERMONT/SHERWIN, s.251.

⁵³ Bkz. MEADOW, Robin: “Clear and Convincing Evidence: How Much Is Enough?”, *California Insurance Litigator*, May 1999, s.116-117.

Anayasa Mahkemesi, idari uyumsuzluklarda ceza hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda kullanılan kanıt standardından daha düşük bir standardın geçerli olduğunu kabul etmektedir. Bkz. AYM, S.S.A., B.N. 2013/2355, 07.11.2013 § 31; AYM, Işıl Yaykır, B.N. 2013/2284, 15/4/2014, § 44; AYM, Barış Baş, B.N. 2016/14253, 02.07.2020, § 57.

⁵⁴ Bkz. BİRİR EFENDİOĞLU, Didem: İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı, İstanbul Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, YLTezi, İstanbul 2019, s.108 vd.

⁵⁵ Bkz. Danıştay 10.D., 26.01.2010, E.2008/5198, K.2010/88; Danıştay 10.D., 11.01.2007, E.2004/2216, K.2007/4; Danıştay 10.D., 20.11.2007, E.2005/8721, K.2007/5293.

⁵⁶ AİHM, adil yargılanma hakkına ilişkin kararlarda idari yaptırımların ceza yargılaması ilkeleri kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. Bkz. AİHM, Engel ve diğerleri/Hollanda, B.N. 5100/71, 23.11.1976; Öztürk/Almanya, B.N. 8544/79, 23.10.1984.

⁵⁷ H.K., § 18-19.

⁵⁸ AYM, İbrahim Kaptan, B.N. 2017/30510, 18.07.2018, § 75.

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, yürürlükteki yasaların kadınları askerlikten muaf tutması sebebiyle itiraz konusu düzenlemenin kadınlara uygulanmasının mümkün olmaması sebebiyle eşitlik ilkesine aykırılık görmemiştir. Bkz. AYM, 25.12.1964, E.1964/36, K.1964/77.

⁶⁰ Danıştay 8.D., 04.06.1991, E.1990/851, K.1991/1084.

Danıştay kararlarında karşılaştırma, aynılık ve farklılık temelinde yapılır⁶¹. Aynılık-benzerlik testi, genellikle; şüpheli temeller ve akla uygun sınıflandırmalar esas alınarak yapılmaktadır.

1. Şüpheli Temellerde Sınıflandırma

“Şüpheli”, tarihsel olarak bazı grupların ayrımcılığa uğrama ihtimaline ve bu gruplara ayrımcılık yapılmadığı yönünde sunulan kanıtlara karşı duyulan şüpheyi ifade eder⁶². Bazı toplum kesimlerine yönelik kökleşmiş toplumsal yargılar ve süregelen uygulamalar, muamelenin ayrımcı olduğu yönündeki “şüpheyi” güçlendirir⁶³. Örneğin kamu görevinden cinsel yönelimi nedeniyle alınan davacının görevin gerektirdiği nitelikler yerine ahlak kuralları⁶⁴ gerekçesiyle görevinden alındığına yönelik şüpheli, kökleşmiş toplumsal algılara ve süregelen ayrımcı uygulamaların varlığına dayanabilir. Şüpheli temellerde herhangi bir farklı muamelenin “ilk bakışta” ayrımcılık oluşturduğu kabul edilir⁶⁵. Şüpheli temelde gerçekleşen ayrımcı muamele için daha yüksek kanıt standardı ve birey için daha fazla yargısal koruma söz konusu olmaktadır. Bu durumda ayrımcı muameleyle maruz kalanın ayrımcılığı kanıtlaması beklenmez, aksine idarenin farklı muameleyi haklı göstermek için önemli gerekçelere ihtiyacı vardır⁶⁶. İdari yargı, kanıt standardını yükseltme ve ayrıca davacı lehine kanıtları arama konusunda yetkilidir.

Anayasal ayrımcılık temelleri, genellikle “şüpheli” olarak kabul edilir⁶⁷. Anayasal temeller geneldir ve ayrımcılığın tespit edilmesinde kolaylaştırıcıdır⁶⁸. Ancak ayrımcılığın başka temellerde gerçekleşme olasılığı vardır. Danıştay için de anayasal temeller ayrımcılığın tespit edilmesinde işlevseldir. Örneğin mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için bir düzenlemede yer alan “cinsiyeti erkek olmak” koşulunun cinsiyet temelinde bir ayrımcılık olduğu kolayca görülmüş ve koşulun ayrımcı olduğu kabul edilmiştir⁶⁹. Diğer yandan, mahkemelerin yalnızca Anayasa’da sayılan mutlak ayırım yasaklarına odaklanması durumunda diğer temellerde yapılan ayrımcılığın görülmesini engelleyebilir. Böyle durumlarda benzerlik-farklılık temelindeki karşılaştırma testi, hakkın koruma gücünü zayıflatır⁷⁰.

Her ne kadar Anayasa’da sayılan temeller, ayrımcılığın yaygın olduğu gerçeğinin bir ifadesi ise de, mahkemeler her davada bu temelleri ‘şüpheli’ olarak değerlendirmemektedir. Anayasa Mahkemesi işkence ve kötü muamele yasağının ihlaline hükmettiği bir davada, dava dosyasında bazı veriler olmasına rağmen⁷¹ soruşturma yürütülürken ırkçılık saikiyle⁷² ayrımcı bir muamelenin söz konusu olup olmadığını inceleme gereği duymamıştır⁷³. Danıştay ve Anayasa Mahkemesi, uzun yıllar din temelindeki ayrımcılık iddialarını da şüpheli temellerde değerlendirmemiştir⁷⁴. Anayasa Mahkemesi’nin din veya inanç temelindeki

⁶¹ Aynılık-benzerlik Danıştay kararlarında; “aynı statüde olma” Danıştay 11.D., 08.04.2003, E.2000/8963, K.2003/1623; Danıştay 10.D., 18.02.1988, E.1987/932, K.1988/242, “eşit seviyede olma” Danıştay 8.D., 27.10.1998, E.1997/2359, K.1998/3478, “aynı hukuki durumda olma” Danıştay İDD, 17.04.2008, E.2005/270, K.2008/1286; Danıştay 7.D., 24.01.2007, E.2004/5815, K.2007/461; Danıştay 5.D., 09.05.2000, E.1997/1325, K.2000/1470 biçiminde ifade edilmiştir.

⁶² Bkz. AYM, 14.04.1966, E.1961/1, K.1966/21.

⁶³ AİHM, başvurucuların cinsel, ulusal, etnik ve dinsel azınlık hakları ve kadına, engellilere karşı yapılan ayrımcılığa karşı kamuoyunun dikkatini çekme amaçlı olarak düzenlemek istedikleri yürüyüş ve toplantılarının engellenmesi sebebiyle önüne gelen Backovvski ve Diğerleri/Polonya davasında cinsel yönelim temelli ayrımcılık iddiasını değerlendirirken belirli bir ayrımcılık temeline gönderme yapmadan ancak yetkili makamların yapmış olduğu homofobik açıklamaları dikkate alarak ihlal kararı vermiştir. AİHM, Backovvski ve Diğerleri/Polonya, B.N. 1543/06, 03.05.2007.

⁶⁴ Cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın iddia edildiği bir olayda (AYM, Z.A., B.N. 2013/2928, 18.10.2017) başvurucunun görevine “göreviyle bağdaşmayan iffetsiz fiil” sebebiyle son verildiği belirtilmiştir. Ancak Mahkeme kararından başvurucunun görev yaptığı okulda cinsel yöneliminin bilinmesi, okul hademesine eşcinsel ilişki teklif etmiş olması gibi hususların “iffetsiz fiil” olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

⁶⁵ BAYEFESKY, Anne F.: “Defining Equality Rights”, in Bayefsky, Anne F./Carswell, Mary Eberts (ed.) Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms, Toronto-Calgary-Vancouver 1985, s.167.

⁶⁶ AİHM, Inze/Avusturya, B.N. 8695/79, 28.10.1987, § 4; Mazurek/Fransa, B.N. 34406/97, 01.02.2000, § 49; AYM, Gülbu Özgüler, B.N. 2013/7979, 11.11.2015, § 43.

⁶⁷ Bkz. ÖZKAN DUVAN, s.69, 70.

⁶⁸ HARRIS David J/O’BOYLE, Michael/BATES Ed/BUCKLEY, Carla: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, (Çev. Ulaş Karan/Mehveş Bingöllü Kılıcı), Şen Matbaa, Ankara 2013, s.604.

⁶⁹ Danıştay 12.D., 22.02.2006, E.2004/4382, K.2006/539.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir düzenlemede engelli bireyler arasında cinsiyet temelli ayrımcılığın söz konusu olduğu bir davada Mahkeme’nin cinsiyet temelli ayrımcılık yönünden ihlal kararı vermiş olması, ayrıca engellilik temelinde hak kaybı yaşayan davacı için bir yasal boşluğun doğmasına ve engellilik temelinde ayrımcılığın devam etmesine neden olmuştur. AYM, 07.02.2008, E.2004/30, K.2008/55. Bkz. ÇAĞLAR, Selda: “Engelli Hakları Sözleşmesi’nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu”, TBB Dergisi, 24(96), 2011, s.163 vd.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi’nin bazı kararlarında etnik kökenin ayrımcılık temellerinden biri olarak kabul edildiği izlenimi veren ifadeler yer almıştır. “Başvurucuların yargılamanın hiçbir aşamasında etnik kökenleri nedeniyle ayrımcılığa uğradıkları yönünde herhangi bir iddiayi ileri sürmedikleri” ifadesini kullanmıştır. Bkz. AYM, Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya, B.N. 2013/1280, 28.05.2014, § 46.

⁷² Dava dosyasında başvuruya konu olayda işkence ve kötü muamele yasağını ihlalden sorumlu olan kamu görevlilerinin kullandıkları “...demek Diyarbakır’ın, adın da Deniz. Sen üniversitede az dayak yedin herhalde, doktor oldun da bir şey mi oldun” şeklindeki ifadeler yer almıştır. AYM, Deniz Yazıcı, B. N. 2013/6359, 10.12.2014, § 12.

⁷³ AİHM’e göre kötü muamelenin özellikle ırkçı bir saikle gerçekleştiğine dair bir şüphenin olduğu durumlarda ulusal makamlar, kapsamlı bir soruşturma yükümlülüğü altındadır. AİHM, Secic/Croatia, B.N. 40116/02, 31.05.2007, § 67.

⁷⁴ Danıştay 8.D., 13.12.1984, E.1984/636, K.1984/1574; Danıştay 8.D., 28.03.2000, E.1999/3772, K.2000/2293; Danıştay 8.D., 15.05.2000, E.1997/6285, K.2000/3653; Danıştay 8.D., 16.02.2000, E.1998/4242, K.2000/1449; Danıştay 8.D., 13.07.2010, E.2009/10610, K.2010/4213; Danıştay 8.D., 14.04.2003, E.2002/2939, K.2003/1720; Danıştay DİDDGK, 17.06.1994, E.1993/6, K.1994/327; Danıştay DİDDGK, 10.06.1994, E.1993/73, K.1994/310; Danıştay 10.D., 25.10.1995, E.1992/3226, K.1995/4872; Danıştay 10.D., 01.03.2006, E.2003/2029, K.2006/6340; Danıştay 10.D., 13.11.2006, E.2003/2040, K.2006/6339; Danıştay 10.D., 15.02.1996, E.1994/8030, K.1996/719.

ayrımcılığı, yakın dönemde şüpheli temellerde değerlendirdiği söylenebilir. Mahkeme bu yöndeki bir kararında, ancak “çok önemli gerekçeler”in farklı muameleyi haklı gösterebileceğini belirtmiştir⁷⁵.

Kadının soyadına ilişkin düzenlemelerin cinsiyet ayrımcılığı⁷⁶ içerdiği yönündeki başvurulara Anayasa Mahkemesi, başlangıçta evli kadının evlenmeden önceki soyadını ancak eşinin soyadı ile birlikte kullanılabileceğini öngören yasa kuralını cinsiyete dayalı farklı muamele olarak değerlendirmemiştir⁷⁷. Mahkeme daha sonra bireysel başvuru kararlarında cinsiyet ayrımcılığını, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerde açıkça düzenlenen “önemli bir ayrımcılık temeli” olarak değerlendirmiştir⁷⁸. Cinsiyet ayrımcılığının bir görünümü olan cinsel yönelim temelli⁷⁹ ayrımcılık konusunda da Anayasa Mahkemesi kararları tutarlı değildir. Mahkeme’nin bazı kararlarında cinsel yönelim “şüpheli” bir ayrımcılık temeli kabul edilmekte⁸⁰, bazılarında kabul edilmemektedir. Anayasa Mahkemesi, travesti olan başvurucuya yönelik muameleyi değerlendirdiği bir kararında, başvurucunun polis merkezinde suç şüphesi olmadan tutulmasının ve kendisine para cezası verilmesinin ayrımcılık oluşturduğu yönündeki iddiayı ayrımcılık yasağı ve özel yaşama saygı hakkıyla birlikte değerlendirmiştir. Mahkeme davada kanıt yükünün paylaşılabilirliğini de kabul etmesine rağmen (§44) yalnızca dava dosyasındaki tutanakları esas alarak başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur⁸¹. Mahkeme, idareyi ayrımcı davranmadığını kanıtlaması yönünde çok önemli gerekçeler sunmaya zorlamadığı gibi davacı lehine bir araştırma da yapmamıştır. Mahkeme bu davada, başvurucuya yapılan muameleyi cinsel kimliği sebebiyle “şüpheli” görseydi, başvurucuya yapılan muamele ile verilen cezanın benzerlerine kimlerin maruz kaldığını, bu cezaların herkes için mi yoksa çoğunlukla tranvestiler için mi uygulandığını idareden isteyeceği bilgilerden edinebilirdi⁸². Mahkeme’nin bu davada cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı, şüpheli görmediği söylenebilir⁸³.

Cinsel yönelimin bir idari işlemin nedenini oluşturduğu davaları Danıştay, şüpheli temeller yerine, ayrımcı uygulamanın ihlal ettiği hakkın kapsamını belirleyerek denetlemektedir⁸⁴. Eşitlik ilkesi, bu davaların karar gerekçelerinde yer almakla birlikte, Mahkeme eşitlik testi uygulamamaktadır. Mahkeme, cinsel yönelim temelinde devlet memurluğundan çıkarma işlemlerini özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirmektedir. Cinsel eğilimi nedeniyle meslekten çıkarılan davacı hakkındaki bir davada Danıştay, davaya konu olan fiili özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde değerlendirmiş ve işlemi hukuka aykırı bulmuştur⁸⁵. Mahkeme, cinsellik ve mahremiyet hakkının söz konusu olduğu bu davalarda eşitlik denetimi yapmasa da, takdir yetkisini dar yorumlamakta ve bu alanlara yönelik müdahalenin haklılığının ancak ciddi gerekçelere dayanabileceğini kabul etmiş olmaktadır⁸⁶. Danıştay’ın bu hakka yönelik sınırlamalar için ciddi gerekçeler araması, müdahaleyi “ayrımcı” olarak nitelense de “şüpheli” gördüğünü göstermektedir.

2. Akla Uygun Sınıflandırma

Yasal statü ve diğer idari uygulamalara dayanan ayrımcı muamelelerde düşük yoğunluktaki “akla uygun sınıflandırmalar” (*reasonable classification*)⁸⁷ kriterinin uygulandığı söylenebilir. Akla uygun sınıflandırma testinde idari işlem, yasanın amacı bakımından benzer durumda bulunan tüm kişileri kapsıyorsa eşitlik ilkesine uygundur⁸⁸. Burada yasal sınıflandırma ile yasanın amacı arasında asgari düzeyde bir akla uygunluk ilişkisinin varlığı yeterlidir. İdarenin sınıflandırmasına bağlanacak amaç, yasaya uygun olabilecek herhangi bir amaç olabilir⁸⁹. Burada idarenin sınıflandırmasından duyulan şüphe, yoğun denetime göre çok azdır⁹⁰. Sınıflandırma akla uygun değilse, bu ölçütten sapmayı haklılaştıracak bir haklı neden bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

İdari yargı kararlarında eşitlik denetimi, çoğunlukla verili ayrımlar (yasa) kullanılarak yapılır. Yasal sınıflandırmanın akla uygun olduğu varsayılır, sadece idarenin işlem konusu şey, durum ya da kişi için yasal

⁷⁵ Tuğba Arslan, §§ 145-146.

⁷⁶ AİHM, cinsiyet ayrımcılığını şüpheli temellerde görmektedir. Bkz. AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, B.N. 29865/96, 16.11.2004, § 53/63; Burghats/İsviçre, B.N. 16213/90, 22.02.1994, § 27; Schuler-Zraggen/İsviçre, 24.06.1993, Seri A, Sayı 263, § 67.

⁷⁷ AYM, 10.03.2011, E.2009/85, K.2011/49; AYM, 08.12.2011, E.2010/119, K.2011/165.

⁷⁸ Bkz. AYM, Nurcan Yölcü, B.N. 2013/9880, 11.11.2015, § 36; Gülbu Özgüler, § 43.

⁷⁹ AİHM içtihatlarında cinsel yönelim, ayrımcılık temellerinden biri olarak kabul edilmiştir AİHM, L ve V/Avusturya, B.N. 39392/98, 09.01.2003, § 45; E.B./Fransa, B.N. 43546/02, 22.01.2008, § 96; Identoba ve diğerleri/Gürcistan, B.N. 73235/12, 12/05/2015, § 96.

⁸⁰ AYM, Şahin Karaman, B.N. 2012/1205, 08.05.2014, § 41. Sinem Hun, B.N. 2013/5356, 08.05.2014, § 32; Mehmet Fatih Yiğit ve Diğerleri, B. N. 2014/16838, 09.09.2015, § 82.

⁸¹ Bkz. AYM, Cemal Duğan, B.N. 2014/19308, 15.02.2017, § 48, 52.

⁸² Bkz. Ulaş KARAN, “Anayasa Mahkemesi’nin Cemal Duğan Kararı: Ayrımcılığa Karşı Korumada Hiyerarşik Yaklaşım ve İspat Sorunu”, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, 28 Aralık 2017, <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/blog/anayasa-mahkemesinin-cemal-dugan-karar-ayrilmca-ka/> (Erişim: 03.03.2022).

⁸³ Kararın karşı oyunda başvurucunun cinsel yönelimi sebebiyle ayrımcılığa uğradığı belirtilmiştir. Bkz. Cemal Duğan Başvurusu, Engin Yıldırım’ın karşı oyu. Ayrıca bkz. AYM, Z. A., B.N. 2013/2928, 18.10.2017, §§ 73-75.

⁸⁴ Danıştay 12.D., 23.03.2016, E.2012/8980, K.2016/1586.

⁸⁵ Danıştay 2.D., 07.11.2014, E.2011/750, K.2014/7169.

⁸⁶ Bkz. AYM, Z. A., B.N. 2015/6302, 12.09.2019. Mahkeme, ayrıca idarenin memurun özel hayatı kapsamında olan ancak idarece disiplin cezasına gerekçe gösterilen fiillerin meslek ve kurum üzerindeki etkilerinin ikna edici delillerle ortaya koymasını beklemektedir. Bkz. AYM, Sevilay Sümer, B.N. 2016/7091, 18.07.2019.

⁸⁷ Amerikan öğretisinde kabul gören bu denetim ölçütü hakkında bkz. ÖDEN, s.201.

⁸⁸ ÖDEN, s. 201-202. Bkz. Danıştay 2.D., 14.03.2007, E.2004/6569, K.2007/1038; Danıştay 11.D., 08.04.2003, E.2000/8963, K.2003/1623.

⁸⁹ Bkz. ÖDEN, s.203.

⁹⁰ Şüpheli olmayan sınıflandırmalar için rasyonel temel testi (rational basis scrutiny), daha düşük yoğunlukta ve yasanın amacına sadık bir test olarak uygulanmaktadır. STRAUSS, Marcy: “Reevaluating Suspect Classifications”, Seattle University Law Review, (135) 2011-2012, s.136.

sınıflandırmayı belirleyen ana özellikleri ya da yasanın amacını dikkate alıp almadığına bakılır⁹¹. Bu davalarda yargısal denetim yoğunluğunu, takdir yetkisinin dar ya da geniş yorumu belirler. Mahkeme, idarenin takdir alanını geniş yorumladığı davalarda, düşük yoğunluklu denetim testlerinden birini, örneğin açık hata testini, uygulayabilir veya araştırma yetkilerini hiç kullanmaz veya daha az kullanır⁹². Bir çok durumda aynı yasal statüdekiler için farklı muamele, idarenin takdirine bağlı olarak hukuka uygun kabul edilebilmektedir⁹³.

İdari yargı, idari takdir yetkisinin olduğu durumlarda; işlemin unsurlarıyla ve idari istikrar, açık hata, kamu hizmetlerinde eşitlik gibi ilkelerle eşitlik denetimi yapmaktadır. Bu ilkelerin kullanıldığı denetimlerde, yasanın amacı ve kullanılan araç arasındaki ilişki olgusal gerçekler göz önünde bulundurularak değerlendirilmektedir. Örneğin kamu yararı amacı dışında kişisel ve duygusal saikler ya da belli bir kişi ya da grubun yararı gözetilerek yapılan sınıflandırmalar akla uygun değildir⁹⁴. Burada da farklı muamele, benzerler için yapılan işlemlerle karşılaştırma yoluyla tespit edilir⁹⁵. Danıştay bir davada idarenin ilgili yönetmelikte gerekli koşulları taşımadığı gerekçesiyle görevden aldığı kişinin yerine, aynı yönetmelikte belirlenen koşulları taşımayan birini atadığını tespit etmiş ve işlemi eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur⁹⁶. Bir başka davada Danıştay, aynı ekipte görevli bir polis memuru hakkında geçmiş hizmetleri dikkate alınarak bir alt disiplin cezasının uygulanmasına karar verilmesine karşın, davacı bakımından bir alt cezanın uygulanmasına karar verilmemesini eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur⁹⁷.

Danıştay idarenin sahip olduğu takdir yetkisinin kullanılmasında işlemin amacı bakımından (hizmet gerekleri) akla uygun ilişkinin kurulması için “görevin önemi, görevin sorumluluk ve niteliği, görev yerinin özelliği, hizmet süresi, kadro ünvanı ve derecesi ve eğitim seviyesi” hususlarının gözönünde bulundurulması gerektiğini belirtmiş, bu koşulların göz ardı edilerek tazminat oranının belirlenmesini eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur⁹⁸. Danıştay, bazı durumlarda takdir yetkisinin yasanın amacı doğrultusunda kullanılması için *benzerliği/rasyonel temelde sınıflandırmayı* kendisi kurmaktadır. Buna göre bir haktan ya da menfaatten yararlanmak için öngörülen bütün koşulları yerine getirenler “aynı/benzer”dir⁹⁹.

İdari istikrar ilkesinin kullanıldığı davalarda benzerlik, süregelen uygulamalar esas alınarak kurulur ve amaç düzenlilik, devamlılık ve idareye güveni korumaktır. Bu ilkeye göre idare, yetkili olsa bile, haklı bir sebep olmadan yerleşik idari davranışlara aykırı davrandığında eşitlik ilkesini ihlal eder¹⁰⁰. Burada karşılaştırma, çoğunlukla yasal statülere dayandırılmadan idarenin önceki uygulamaları esas alınarak yapılmaktadır¹⁰¹. İdarenin bu ilkeyi mutlak olarak uygulaması beklenmez. Bazı sapmalar, yasanın amacına uygun kabul edildiğinde hukuka uygun kabul edilebilir¹⁰².

Karşılaştırmanın şüpheli temeller yerine, akla uygun (yasal) sınıflandırmaya dayanılarak yapılması, eşitlik denetiminin yoğunluğunu belirgin bir şekilde değiştirmektedir. Danıştay, cem ve kültür evlerinin su ve enerji giderlerinin idare tarafından karşılanması yönündeki yarardan faydalanmak üzere yapılan başvurunun reddi yönündeki idari kararı, cem evlerinin yasal olarak “ibadet yeri” olmadıkları, daha doğrusu, hukuki olarak diğer ibadet yerleriyle benzer olmadıkları gerekçesiyle hukuka uygun bulmuştur¹⁰³. Bir kilisenin su kullanımının bedelsiz olması isteminin reddi üzerine açılan davada ise Danıştay, kilisenin yasal statüsünü tartışma konusu yapmadan kilisenin bedelsiz su sağlanacak ibadet yerleri kapsamında olduğunu kabul etmiş, şüpheli temellerde (din) denetim yaparak kararın eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁰⁴.

⁹¹ Bkz. ÖDEN, s.202.

⁹² Bkz. Danıştay 5.D., 17.05.1999, E.1997/1899, K.1999/1526; Danıştay 5.D., 30.10.1997, E.1995/1788, K.1997/2389; Danıştay 5.D., 15.10.1997, E.1996/502, K.1997/2127; Danıştay 5.D., 09.11.1993, E.1993/5695, K.1993/4225; Danıştay İDDGK, 10.12.1999, E.1998/283, K.1999/1218.

⁹³ Bkz. Danıştay 5.D., 13.10.1992, E.1989/1847, K.1992/2607.

⁹⁴ Bkz. ÖDEN, s.206.

⁹⁵ Yetki saptırmasının dava dosyasındaki verilerden tespit edilememesi durumunda Danıştay’ın kanıt yükünün davacıda olduğu yönünde verdiği kararlar vardır. Danıştay 2.D., 31.01.2005, E.2004/6213, K.2005/329; Danıştay 12.D., 04.03.1974, E.1971/2042, K.1974/572.

⁹⁶ Danıştay İDDGK, 25.12.1998, E.1997/669, K.1998/708. Aynı yönde bkz. Danıştay 12.D., 13.10.1969, E.1968/339, K.1969/1582; Danıştay 5.D., 27.02.1996, E.1993/7780, K.1996/721. Aktaran ALAN, Nuri: “Anayasanın İdari Yargıda Somutlaşması”, s.6-7. <https://cdn.bartın.edu.tr/personel/ecf292227efb77dbdc4ccb91b19d8031/danistay-dergisi-92.pdf> (Erişim: 02.03.2022).

⁹⁷ Danıştay 10.D., 18.02.1988, E.1987/932, K.1988/242.

⁹⁸ Danıştay 8.D., 27.10.1998, E.1997/2359, K.1998/3478; Danıştay 11.D., 08.04.2003, E.2000/8963, K.2003/1623.

⁹⁹ Danıştay, “...asgari şartları kabul eden eczanelerin tamamı ile anlaşma yapılması zorunlu olduğundan, esas indirim oranı olan %3 den fazla indirim yapan eczane bulunduğu gerekçesiyle sadece bu eczane ile anlaşma yapıp, diğerleri ile anlaşma yapılmaması konusunda idarenin takdir yetkisinin bulunmadığını” belirtmiştir. Danıştay 10.D., 1987 E, 1989/813 K, 01.11.1989. Aynı yönde bkz. Danıştay 1.D., 11.10.1989, E.1989/123, K.1989/148; Danıştay 10.D., 12.03.1990, E.1987/2461, K.1990/526.

¹⁰⁰ Bkz. NOLTE, s.203.

¹⁰¹ Eğitim enstitüsü mezunlarının özel liselere öğretmen ve müdür yardımcısı olarak atanamayacakları gerekçesiyle talebi reddedilen kişinin açtığı davada Danıştay, daha önce benzer şekilde atamalar yapılmış olması sebebiyle kararı idari istikrar prensibine ve eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Danıştay 12.D., 22.09.1970, E.1969/, K.1970/1739.

¹⁰² Kamu hizmetlerinde değişkenlik ilkesi de idari istikrar ilkesinin mutlak olarak uygulanmasını engelleyebilmektedir. İdari istikrar, eşitlik ilkesi kadar işlevli bir ilke değildir. Danıştay takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılmış olması ve kazanılmış hakların korunması koşuluyla idarenin uzun süren uygulamasından vazgeçebileceğini belirtmiştir. Bkz. Danıştay 8.D., 2009/6617 E, YD, 25.12.2009; Danıştay 8.D., 18.09.2006, E.2005/2542, K.2006/3075.

¹⁰³ Danıştay 10.D., 02.02.2010, E.2006/5564, K.2010/476.

¹⁰⁴ Danıştay kararın, “belde sakinlerinin mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak ile yükümlü olan belediyenin hizmet sunumunda dinsel farklılık gözetmesinin düşünülemeyeceğini; dolayısıyla kilisenin karar kapsamında sayılan dini yerlerden olduğu ve su

B. Haklı Neden

İdarenin amacını haklılaştıracak gerekçelerin niteliği üzerindeki denetim, denetim yoğunluğunu belirlemektedir. Haklı neden çoğunlukla, anayasal nedenlere ya da kamu yararı, hizmet gerekleri ve kamu düzeni gibi olgusal gerçeklerle içi doldurulabilecek belirsiz kavramlara dayandırılmaktadır.

Anayasal nedenler dışındaki haklılık incelemesi, neden ögesi yönünden yapılır. Haklı nedenin arandığı davalarda, kamu yararı, hizmet gerekleri ve kamu düzeni gerekçesiyle yapılan farklı muamele, makul¹⁰⁵ ve nesnel bir gerekçeyle haklı kılınabilirse eşitlik ilkesine aykırı olmaz¹⁰⁶. Olgularla tespit edilebilecek makul ve nesnel neden; somut, yeterli, ilgili ve ikna edici olmalıdır¹⁰⁷. Karşılaştırma temeli ve çıkarın niteliği, nedenin “makul ve nesnel” kabul edilme koşullarını değiştirebilir. Örneğin H.K. Başvurusunda; ilgili, yeterli ve ikna edici kanıt, farklı muamelelerin şüpheli temellerde kabul edilmesi sebebiyle yüksek bir kanıt standardına denk gelmiştir¹⁰⁸. Bir başka davada ise Danıştay, şüpheli bir sınıflandırma olmasına rağmen, kadın olmayı bazı hizmetler yönünden “hizmetin gerektirdiği niteliklere sahip olmamak” şeklinde yorumlamış; kadınların ilgili hizmetin gereklerine uygun olmadığı konusunda somut, yeterli, ilgili ve ikna edici bir kanıt aramamıştır¹⁰⁹.

İdari yargıda haklı nedenin aranmadığı davalarda, takdir yetkisi geniş yorumlanmakta, düşük yoğunluklu denetim yapılmaktadır. Danıştay, idarenin geniş takdir yetkisinin bulunduğu kabul edildiği alanlarda asgari denetim uygulayarak haklı neden incelemesini yapmamaktadır¹¹⁰. Diğer davalarda asgari bir amaç-araç ilişkisinin kurulmuş olması, farklı muameleyi haklılaştırmaktadır¹¹¹. Bu ilişki genellikle yasayla kurulur. Yasayla belirlenen statüler ve takdir yetkisi, farklı muamelelerin haklı nedenini oluşturur. Danıştay, özellikle yasayla belirlenmiş farklı statülere dayalı işlem yapıldığında, farklı muameleyi idarenin takdirine dayandırmakta ve haklı neden konusunda detaylı bir inceleme yapmamaktadır. Örneğin güvenlik ve düzen ve vatandaşlardan gelen şikayetler gibi sebeplerden dolayı Belediye encümeninin, içkili mekanların kapanış saatinin 22.00, diğer yerlerin kapanış saatinin 24.00 olarak belirlenmesine karar vermesi üzerine açılan davada

“idarenin işyerinin kapanış saatlerini belirleme konusunda yetkili bulunduğu tartışmasız olup;... Olayda aynı statüde bulunmayan içkili ve içkisiz yerler bakımından farklı kuralların konulduğu anlaşıldığından ve bu tür yerlerin aynı nitelikteki işyerleri olmaması nedeniyle kendi aralarında farklı kuralların getirilmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Bu hale göre; idarenin mevzuatla verilen takdir hakkını haklı sebeplere dayandırdığı görüldüğünden işlemde hukuka aykırılık görülme(diği)”¹¹²

yönünde karar verilmiştir. Kararda, olayda belirtilen vatandaş şikayetleri, asayiş ve güvenlik sorunları olgusal düzlemde tartışma konusu olmamıştır.

Farklı muameleyi eşitliğe uygun hale getiren haklı nedenler, Anayasa’dan kaynaklanabilir. Anayasa’dan kaynaklı haklı nedenlerin başında pozitif ayrımcılık ve Anayasa m.2, m.5 ve diğer hükümlerin¹¹³ devlete yüklediği ödevlerle birlikte sosyal devlet ilkesi gelir. Anayasa’da, pozitif ayrımcılık öngören özel normlar, mahkemelerin norm öznelere özgül koruma sağlamakta takdiri davranmalarını engeller¹¹⁴. Anayasa m.10’daki pozitif ayrımcılık düzenlemesi, sayılan gruplara yönelik yapılan pozitif ayrımcılık içeren işlemlerin haklı nedenleri konusunda başka bir anayasal neden aranmasına gerek bırakmaz. Mahkemeler, koruyucu özel önlemler öngören düzenlemeleri ise Anayasa’nın başka maddelerine dayanarak haklı neden saymaktadır. Anayasa Mahkemesi¹¹⁵ ve Danıştay pozitif ayrımcılık düzenlemesinden önce verdiği kararlarda; pozitif ayrımcılık uygulamalarını, “fırsat ve imkân eşitliği ilkesi”¹¹⁶ ve “sosyal devlet ilkesi”¹¹⁷ çerçevesinde haklı neden olarak kabul etmiştir.

kullanım hakkından yararlandırılması gerekirken, aksi yönde tesis edilen işlemin eşitlik ve hakkaniyet kurallarına aykırı” olduğuna karar vermiştir. Danıştay 8.D., 22.02.2005, E.2004/4350, K.2005/809.

¹⁰⁵ Her ne kadar “makul” ve “akla uygun” ifadeleri arasında anlam bakımından bir fark olmasa da bu başlık altında mahkemeler tarafından ifade edilen şekliyle “makul” ifadesi tercih edilmiştir.

¹⁰⁶ AYM, 14.12.1995, E.1995/19, K.1995/64.

¹⁰⁷ Bkz. Danıştay İDD, 17.04.2008, E.2005/270, K.2008/1286; Danıştay 5.D., 30.01.2003, E.2002/3312, K.2003/253. Danıştay 5.D., 13.10.1993, E.1992/5775, K.1993/3756.

¹⁰⁸ AYM, H.K., B.N. 2019/42944, 17.06.2021, § 47-48.

¹⁰⁹ Danıştay 5.D., 15.11.1984, E.1984/9357, K.1984/3836.

¹¹⁰ Danıştay 5.D., 23.10.1986, E.1985/596, K.1986/1084.

¹¹¹ Anayasa Mahkemesi’ne göre “anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil haklı neden”, farklı muameleyi eşitliğe uygun hale getirir. Bkz. AYM, 19.02.1992, E.1991/13, K.1992/10; AYM, 31.10.1991, E.1991/24, K.1991/40; AYM, 17.11.1998, E.1997/74, K.1998/69; AYM, 19.02.1992, E.1996/13, K.1992/10; AYM, 24.03.2010, E.2006/159, K.2010/47.

¹¹² Danıştay 8.D., 29.03.2013, E.2010/8660, K.2013/2616.

¹¹³ AY m.29/3, m.41/1 ve m.68/3, m.50, m.55, m.42, m.70, m.67/2.

¹¹⁴ Bkz. ODER, Bertil E.: “Eşitlik İlkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı”, in Ögüz, Tufan/Helvacı, İlhan (ed.), Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 21 Mayıs 2012, 1. Basi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.5.

¹¹⁵ AYM, 19.06.2008, E.2006/101, K.2008/126.

¹¹⁶ “... (K)ız öğrenci ise üç puan eklenir” kuralının iptali istemiyle açılan davayı Danıştay, fırsat eşitliğinin sağlanması amacını dikkate alarak eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Danıştay 8.D., 09.01.1985, E. 1983/826, K.1985/4.

¹¹⁷ Danıştay, yapılan inceleme sonucu ailenin ekonomik gelirinin yeterli bulunması nedeniyle engelli çocuğa kurumda ücretsiz olarak bakılmayacağı yönündeki kararda, muhtaç ve engelli herkesin aynı hizmetten faydalanmasını sosyal devletin bir gereği olarak görmüştür. Danıştay İDDGK, 03.07.2000, E.2000/401, K.2000/938, Aksi yönde bkz. Danıştay 10.D., 06.05.1999, E.1998/1582, K.1999/2239; Danıştay 8.D., 17.12.2008, E.2007/6457, K.2008/8352. Mahkeme, engelliler arasında hizmetten yararlanmada “yaş” ayrımı yapan düzenleme hakkında da aynı yönde karar vermiştir. Bkz. Danıştay 8.D., 22.04.2004, E.2003/614, K.2004/1921; Danıştay 8.D., 17.12.2008, E.2007/6457, K.2008/8352.

Anayasal düzenlemeler, normatif beyanlar olarak hukukun yorumlanması faaliyetini doğrudan yönlendirirler¹¹⁸. Anayasal haklı nedenler için davacının mahkemeyi ikna etmesi gerekmez. Farklı muamelelerin haklılığının anayasal nedenlerle belirlenmesi, kanıt gerektirmeyen nesnel amaç unsuru bakımından hukuka uygunluk denetiminin bir parçasıdır. Nesnel amaçsal yorumla yapılan denetim, olguların gerçekliği ortaya konulduktan sonra olguların nitelendirilmesi ve uyumsuzluğa uygulanacak hukuk kurallarının yorumlanmasıyla ilgili bir denetim olduğundan bu durum, kanıtlamaya ilişkin standartların uygulanmasını gerektirmez.

C. Ölçülülük

Eşitlik denetiminin farklı durumların karşılaştırılmasına ve farklılık hakkının tanınmasına dayanması, ölçülülük denetiminin özel bir yönü olarak kabul edilmektedir¹¹⁹. Eşitlik denetiminde, durumlar farklıysa muamele farklılaştırılabilir, bu ölçülülük denetimini içerir¹²⁰. AİHM, ayrımcılık yasağını (AİHS m.14) kullandığı denetimde hakka yapılan farklı müdahalenin ‘haklı’lığını tespit etmek için değil, farklı uygulamanın eşitlik hakkını ihlal edip etmediğinin tespiti için ölçülülük ilkesini kullanmaktadır¹²¹. AİHM için “meşru bir amaç taşımadığı veya kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığı tespit edilen farklı muamele”, ayrımcıdır¹²². AİHM, ayrımcı olmakla birlikte, izlenen amaca ulaşılmasında kullanılan daha az ayrımcı veya daha az dezavantajlı bir önlemler ölçülü ve eşitliğe uygun kabul edilmektedir¹²³.

Danıştay’ın eşitlik denetimi genellikle, anayasa-yasa temelli bir benzerlik farklılık karşılaştırmasına ve farklı muamele için haklı bir nedenin aranmasına dayanır. Danıştay çok az kararda ölçülülük ilkesini, ayrımcı işlemin hukuka uygunluğunu belirlemek amacıyla kullanmıştır. Bu kararlara göre ölçülü karar, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Mahkeme’ye göre hakkın özüne zarar vermeyen, işlemde beklenen amaç ile araç arasında adil bir dengenin olduğu kabul edilen kararlar ölçülüdür¹²⁴.

Danıştay, eşitlik denetiminde ölçülülük ilkesini kullanmak yerine ölçülülük testini uygularken bazı karşılaştırmalar yapmaktadır. Danıştay bir yüksek öğretim kurumuna girdiğini belgeleyen öğrencinin öğretmenler kurulunca başarısızlığı nedeniyle sınıfta bırakılması işleminde,

“...sınıf öğretmenler kurulunun bakanlık emrini amacı doğrultusunda kurulda başarılı sayılan öğrencilerin durumu ile karşılaştırıldığında Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığına bağlı Okullar ile Lise ve Dengi Okulların Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinin 50. maddesi uygulanırken takdir yetkisinin dengeli ve hakkaniyet ilkesine uygun kullanılmadığı”¹²⁵

sonucuna varırken orantılılığı kullanmıştır. Bir başka davada, bir öğrenciye verilen uzaklaştırma cezasının onun yurt içinde herhangi bir eğitim kuruluşuna devam olanağını ortadan kaldırdığı için cezanın Anayasa (m.42 eğitim hakkı) ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’na (m.7 eğitimde fırsat ve olanak eşitliği) ve “hak ve adalet ilkelerine ve bu kurullarla kişilere tanınan temel hakların işlerliğine engel teşkil ettiği(ne)” karar verilmiştir. Burada disiplin cezası almış öğrenci ile almamış öğrenci arasında fark yaratılarak eğitime devam olanağını ortadan kaldıran işlem, verilen ceza ile hakkın sınırlandırılması arasında orantı bulunmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulunmuştur¹²⁶.

V. İHLALİN KONUSU YARARIN NİTELİĞİ VE ÖNEMİ

Hukuk devletini ve temel hakları, kamu yararına feda etmenin sosyal maliyeti; yargının ve anayasanın kurduğu haklar düzeninin işlevsizleşmesidir. Hak ihlali ne kadar ciddi olursa anayasanın koruduğu temel değer o kadar tehlikede olur, idari kararın toplumsal maliyeti de o kadar yüksek olur. Hakkın koruduğu temel değer, denetiminin belli bir yoğunlukta yapılmasını gerektirir.

Ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesinin koruduğu temel değer insan onurudur¹²⁷. İnsan onuruna aykırı davranış, çoğu kez eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelir. Eşitlik hakkı, insan onuru hakkıyla nitelendirildiğinde, insanlık onurunu zedeleme potansiyeline sahip herhangi bir farklı muamele eşitlik hakkını ihlal edebilir. İnsan onuru, mahkemenin eşitlik anlayışına göre değişebilir. Bireylere ikinci sınıf muamelesi yapıldığı ve bir kişinin özerkliğini ve özgür iradesini göz ardı eden ayrımcılık veya sosyal

¹¹⁸ SANCAR, Mithat: Temel Hakların Yorumu, Ankara Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 1995, s.211.

¹¹⁹ ANDREESCU/ANDREESCU, s.370.

¹²⁰ “(F)arklı durumda olan kişilere aynı şekilde muamele ediliyorsa fakat bu muamele belirli bir kişiyi veya gurubun üyelerini orantısız ve olumsuz yönde etkiliyorsa da ayrımcılıktan söz edilebilir.” Tuğba Arslan, § 115.

¹²¹ CONESA, Luisa: The Tropicalization of Proportionality Balancing: The Colombian and Mexican Examples, Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers, paper 13 (2008), https://scholarship.law.cornell.edu/lps_clap/13/ (Erişim: 03.03.2022).

¹²² AİHM, Belçika Dil Davası, Seri A, 23.07.1968, § 10; Fabris/France, B.N. 16574/08, 07.02.2013, § 56; Tuğba Arslan, §§ 120, 121.

¹²³ GERARDS, Janneke: “The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights”, in Jan Niessen, Jan/Chopin, Isabelle (ed.), The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston 2004, s.34-36.

¹²⁴ Bkz. Danıştay 8.D., 27.01.2010, E.2010/2, K.2010/0000; Danıştay İDDK, 10.12.2009, E.2009/1005.

¹²⁵ Danıştay 8.D., 18.10.1988, E.1988/668, K.1988/714.

¹²⁶ Danıştay 8.D., 11.12.1989, E.1988/460, K.1989/1011, ayrıca bkz. Danıştay 8.D., 16.11.1993, E.1992/2839, K.1993/3652.

¹²⁷ Anayasa m.10’nun gerekçesine göre eşitlik, ‘insan onuru’nun gereğidir. Bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf. (Erişim: 02.03.2022).

malların insanlara eşitsiz dağılımı insan onuruna aykırı kabul edilebilir¹²⁸. Bu durumda, insan onuruna aykırı herhangi bir davranış hiçbir gerekçeyle haklılaştırılmaz¹²⁹.

Bununla birlikte, eşitlik denetimin yoğunluğu, eşitlik ilkesiyle birlikte dava edilen kişisel hak ve yararların hukuk sistemi içindeki önemine ve niteliğine¹³⁰ göre değişebilmektedir¹³¹. Dava konusu hak, temel nitelikte¹³² kabul edildiğinde daha yüksek bir standart aranır. AİHM içtihatlarında zaman zaman, bazı hakların niteliği üzerinden denetim yoğunluğunun artırıldığı görülebilir. Örneğin mülkiyet hakkına yönelik müdahalede denetim oldukça yoğundur. Mahkeme, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında kamu yararı olduğu kanıtlanmadıkça, sınırlamanın hukuka uygun olmadığı konusunda ısrar etmektedir¹³³. Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik denetimi yaptığı davalarda, eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülen yasal sınıflandırmaların etkilediği hak ya da menfaatin Anayasa tarafından tanınmış olup olmadığına göre farklı bir tutum sergilediği ifade edilmiştir¹³⁴. Bu, hak veya menfaatin Anayasa'da mutlak ya da koşullu olarak tanınıp tanınmadığına bağlıdır¹³⁵. Örneğin Anayasa Mahkemesi, bir kararında masumiyet karinesini bireyler için "vazgeçilmez bir temel hak" ve güvence olarak değerlendirmiş ve yasakoyucunun bu kuraldan ayrılması için haklı bir nedeni olup olmadığını bile tartışmamıştır¹³⁶.

Danıştay, eşitlik denetimi yaptığı davalarda "temel" nitelikte sayılan yararları ve hakları diğerlerinden daha yoğun denetlemek için genel bir formül ortaya koyabilmiş değildir. Yoğun denetim yapılan durumlarda bile yoğunluk, çoğu zaman hakkın veya menfaatin "temel" önemde görülmesi gerekçesine bağlanmaz¹³⁷. Bu durumda eşitlik denetiminin yapıldığı bir davada anayasal güvence altındaki herhangi bir temel hakkın Danıştay tarafından daha yoğun denetime tabi olacağı söylenemez. Eşitlik denetiminde hakkın önemi ve niteliğiyle müdahale derecesi, müdahalenin ve kamu yararının yoğunluğu gibi bağlamsal faktörleri içinde kısmen barındıran¹³⁸ ölçülülük ilkesi kullanılarak denetim yoğunlaştırılmaktadır. Temel hakkın anayasal güvence altına alınması tek başına yoğun bir yargısal denetim sunmasa bile, anayasal (temel) bir hakka müdahale niteliği taşıyan bir işlemin hukuka aykırı görülmesi daha muhtemeldir. Örneğin Danıştay, dışarıdan okul bitirme sınavlarına giren davacının, kalan sınavlarına işini ve evini taşıdığı ilde bulunan bir okulda girmesinin sağlanması yönündeki istemin reddine ilişkin işlemi eşitlik ilkesine aykırı bulduğu kararında eğitim hakkını esas almıştır¹³⁹.

VI. SONUÇ

Eşitlik ilkesinin denetimi, yargının bir işlemi denetleme veya denetlememe eğilimine göre farklı düzeylerde gerçekleşmektedir. İdari yargı daha az yoğun bir denetim yapmak istediğinde idarenin takdir yetkisini haklı neden olarak kullanmakta ya da araştırma yetkilerini denetime daha az dahil etmekte ve karşılaştırma temeli bakımından denetim standardını düşürmektedir. Ayrıca eşitlik denetiminin yapıldığı davalarda dava konusu hakkın niteliği ve öneminin denetimi yoğunlaştırdığına dair açık ve güçlü gerekçelendirmeler de söz konusu değildir. Bu bakımdan idari yargıda eşitlik denetiminde öngörülebilirliğin zayıf olduğu söylenebilir. Yalnızca belli işlem türleri için, istisnalar olmakla birlikte, istikrarlı uygulamalar söz konusudur.

Eşitlik denetiminde yargısal korumayı güçlendirmek için mahkeme farklı ölçütleri kullanabilir. Mahkeme bir kararı denetlemek istediğinde idari takdirin varlığından bağımsız olarak araştırma yetkileriyle denetimi derinleştirebilir ve karşılaştırmayı şüpheli temellerde yapabilir ve idari işlemin hukuka uygunluğuna ikna olmak için daha yüksek kanıt standardı arayabilir. Bununla birlikte, mahkeme gerekçelerinde dava konusu hakkın niteliği ve önemi konusunda açık değerlendirmelerin yapılması öngörülebilirliğe katkı sunar.

¹²⁸ LURIE, s.179.

¹²⁹ Aksi uygulamalar için bkz. AYM, 12.01.1989, E.1988/4, K.1989/3; Anayasa Mahkemesi "fuhuşu meslek edinen kadın/iffetli kadın" ayrımı yaparak, birincilere karşı işlenen bazı suçların daha hafif cezayla karşılanmasını eşitliğe aykırı saymamış, mağdurenin mesleğini eşitsizliğin haklı nedeni saymıştır. Bu ayırım, 3679 sayılı ve 21.11.1990 tarihli Yasa değişikliğiyle giderilmiştir. "Bu yorumun insan onuruna saygı ve eşit saygı görme hakkına ters düştüğü söylenmelidir." TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.132.

¹³⁰ ŞUŞNJAR, Davor: Proportionality, Fundamental Rights and Balance of Powers, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston 2010, s.122.

¹³¹ CHAN, s.6.

¹³² Amerikan Yüksek Mahkemesi, temel hak ve menfaatlerle ilgili sınıflandırmada, yasama organının takdir yetkisini aklı uygunluk ölçütünden daha fazla sınırlayan bir ölçüt olarak "temel menfaatler" formülünü kullanmaktadır. Bkz. ÖDEN, s.361-362

¹³³ Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde belli bir düzeyde kanıt standardının aranması gerektiği, bazı yazarlarca desteklenmektedir. Bkz. GREER, Steven: "Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights", Oxford Journal of Legal Studies, 23(3), s.428.

¹³⁴ ÖDEN, s.363.

¹³⁵ Bkz. AYM, 11.12.1964, E.1963/138, K.1964/71; AYM, 05.03.1965, E.1963/171, K.1965/13; AYM, 21.10.1975, E.1975/147, K.1975/201.

¹³⁶ AYM, 29.01.1980, E.1979/38, K.1980/11.

¹³⁷ Danıştay, sosyal hakların (maddi eşitliğin) söz konusu olduğu davalarda insan onuru, yaşam hakkı, sağlık ve çevre hakkının öneminden bahsederek gerekçesini güçlendirmektedir. Bkz. Danıştay 11.D., 04.11.2015, E.2012/8725, K.2015/5032; Danıştay 11.D., 27.02.2014, E.2010/4736, K.2014/552; Danıştay 11.D., 26.11.2014, E.2014/1363, K.2014/7360; Danıştay 11.D., 18.12.2014, E.2012/6073, K.2014/8383; Danıştay 11.D., 27.02.2014, E.2010/4736, K.2014/552; Danıştay 11.D., 04.11.2015, E.2012/8725, K.2015/5032.

¹³⁸ CHAN, s.19.

¹³⁹ Danıştay 8.D., 24.02.1987, E.1985/735, K.1987/88. Aynı yönde bkz. Danıştay 8.D., 04.02.2015, E.2014/6621, K.2015/450.

Zazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atrif Şekli: Yazar Züleyha KESKİN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Züleyha KESKİN who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.
Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.
Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.
Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahriyat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

KAYNAKÇA

- ALAN, Nuri: “Anayasanın İdari Yargıda Somutlaşması”, <https://cdn.bartın.edu.tr/personel/ecf292227efb77dbdc4ccb91b19d8031/danistay-dergisi-92.pdf>, (Erişim: 02.03.2022).
- ALEXY, Robert, “Constitutional Rights and Proportionality”, *Revus* (Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law), (22) 2014, s.51–65.
- ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights* (Trans. Julien Rivers), Oxford University Press, 2nd Ed., Oxford 2002.
- ANDREESCU, Marius/ANDREESCU, Claudia: “The Constitutional Principle of Equality”, *Challenges of the Knowledge Society*; Bucharest, 2018, s.369-375.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka: “Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited”, *European Public Law*, 6(1), 2000, s.69-80.
- BAYEFESKY, Anne F.: “Defining Equality Rights”, in *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Ed. Anne F. Bayefsky/Mary Eberts, Toronto-Calgary-Vancouver, Carswell, 1985, s.345-359.
- BERMANN, George A.: “The Scope of Judicial Review in French Administrative Law,” *Columbia Journal of Transnational Law*, 16(2), 1977, s.195-254.
- BİRBİR EFENDİOĞLU, Didem: *İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- BROWN, Neville L./GARNER, John F., *French Administrative Law*, 2nd Ed., Butterworth&Co Publishers, Lincoln 1973.
- CHAN, Core: “Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review”, *The Society of Legal Scholars (SLS) Annual Conference*, Bristol, UK., 11-14 September 2012, in *Legal Studies I*, 33(1), 2013, s.1-21.
- CONESA, Luisa: *The Tropicalization of Proportionality Balancing: The Colombian and Mexican Examples*, Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers, paper 13 (2008), https://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/13/ (Erişim: 03.03.2022).
- CRAIG, Paul: “Law, Fact And Discretion in UK”, s. 28-29. https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/paul_craig.pdf. (Erişim: 02.03.2022).
- ÇAĞLAR, Selda: “Engelli Hakları Sözleşmesi’nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu”, *TBB Dergisi*, 24(96), 2011, s.149-178.
- ÇAP, Güneş: “Robert Alexy’nin İlkeler Teorisine Genel Bir Bakış”, *Anayasa Yargısı*, 38(2), (2021), s.221–245.
- GERARDS, Janneke: “The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights”, in Niessen, Jan/Chopin, Isabelle (ed.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2004, s.3-60.
- GREER, Steven: “Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 23(3), s.405-433.
- GREER, Steven: *The European Convention On Human Rights: Achievements, Problems And Prospects* 203, 217, 2006.
- GÜLFİDAN, Osman Serkan: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2018. (Yaşam Hakkı)
- GÜLMEZ, Mesut: “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler”, in *Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu* 3, 25-26 Ekim 2011, Petrol-İş Yayınları -116, Can Matbaacılık, s.51-84.
- HARRIS David J./O’BOYLE, Michael/BATES Ed/BUCKLEY, Carla: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, (Çev.Ulaş Karan/Mehveş Bingöllü Kılıcı), Şen Matbaa, Ankara 2013.
- KARAN, Ulaş: “Anayasa Mahkemesi’nin Cemal Duğan Kararı: Ayrımcılığa Karşı Korumada Hiyerarşik Yaklaşım ve İspat Sorunu”, *İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi*, 28 Aralık 2017, <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/blog/anayasa-mahkemesinin-cemal-dugan-karar-ayrilmclga-ka/> (Erişim: 03.03.2022).
- KARAN, Ulaş: “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, in *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)*, Ed. Sibel İnceoğlu, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.159-178.
- KESKİN, Züleyha: “Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Sağlamada Korumacı Yaklaşımlar-Pozitif Ayrımcılık Çare mi Çıkmaz mı?”, in *Kadın Yazıları*, Hazırlayan Türkan Yalçın, Savaş Yayınları, Ankara 2020, s.437-465. (Korumacı Yaklaşımlar).

- KESKİN, Züleyha: İdari Yargı Denetiminin Yoğunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- KESKİN, Züleyha: Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- KNIGHT, Dean R., *Vigilance and Restraint in the Common Law of Judicial Review: Scope, Grounds, Intensity, Context*, A Thesis Submitted to Department of Law of the London School of Economics and Political Science for the Degree of Doctor of Philosophy, London, December 2014.
- LURIE, Guy, “Proportionality and the Right to Equality”, *German Law Journal* (21) 2020, s.174-196.
- MEADOW, Robin: “Clear and Convincing Evidence: How Much Is Enough?”, *California Insurance Litigator*, May 1999, s.116-121.
- NIKOLAIDIS, Charilaos: *The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance in The Jurisprudence of The European Courts 51–55* (2015).
- NOLTE, George: “General Principles of German and European Administrative Law: A Comparison in Historical Perspective”, *The Modern Law Review*, 57(2), 1994, s.191-212.
- ODER, Bertil E., “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtama ve Somutlaştırma Sorunları: 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, in Ergül, Ozan (ed.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Kamu Hukukçuları Platformu, TBB, Ankara 2013, s.121-213.
- ODER, Bertil E.: “Eşitlik İlkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı”, in Ögüz, Tufan/Helvacı, İlhan (ed.), *Anayasa Mahkemesinin Medenin Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 21 Mayıs 2012, 1. Bası, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.1-18.
- OĞURLU, Yücel: “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Resen Araştırma İlkesi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), s.119-133.
- ONAR, S. Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ÖDEN, Merih: *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- ÖZKAN DUVAN, Ayşe: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, *GSÜHFD*, (2)2017, s.17-81.
- PARRET, Laura: “Sense and Nonsense of Rules on Proof in Cartel Cases: How to Reconcile a More Economics-Based Approach to Competition Law With More Attention for Rules on Proof?”, *European Competition Journal*, 4(1), 2008, s.169-199.
- ROSCH, J. Thomas: “Observations on Evidentiary Issues in Antitrust Cases”, *EU Competition Law and Policy Workshop Florence, Italy, June 19, 2009*, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/observations-evidentiary-issues-antitrust-cases/090619antitrustcases.pdf. (Erişim: 03.02.2022).
- SANCAR, Mithat: *Temel Hakların Yorumu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 1995.
- SHERWIN, Emily/CLERMONT, Kevin M.: “A Comparative View of Standards of Proof”, *The American Journal of Comparative Law*, 50(2), 2002, s.243-275.
- STRAUSS, Marcy: “Reevaluating Suspect Classifications”, *Seattle University Law Review*, (35) 2011, s.135-174.
- ŠUŠNJAR, Davor: *Proportionality, Fundamental Rights and Balance of Powers*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston 2010.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- YASİN, Melikşah: *İdari Yargılama Usulünde İspat*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- YILDIRIM, Mehmet Kamil: *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990.