

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA EŞİTLİĞİN DAR YORUMU*

Yrd. Doç. Dr. Selda ÇAĞLAR**

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiŐtir.

**Trakya Üniversitesi İ.İ.B.F. Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri A.B.D.
(scaglar@trakya.edu.tr)

ÖZ

Anayasa yargısı, bir yandan devletin temel değerleriyle hukuk rejimini güvence altına alırken, diğer yandan temel hak ve özgürlüklerin korunmasında etkin bir rol oynamaktadır. Anayasal düzeni koruma amacı statükocu bir yaklaşımı, hak ve adaletin tesisi ile birlikte insan haklarının korunması ise, dinamik yaklaşımı ön plana çıkarmaktadır. Anayasa yargısı faaliyetinde belirleyici olan, anayasalarla güvence altına alınan hukuksal eşitliği sağlama konusunda temel insan haklarıyla bağlantılı değer ve ilkelerle siyasal, ekonomik ya da devlete bağlı diğer değerlerin çatışması sorununun nasıl çözümleneceğidir.^[1] Zira, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve kullanılmasını kolaylaştıran bir unsur olarak karşımıza çıkan hakkaniyet ve eşitlik, aynı zamanda anayasal hukuk düzenini korumanın da bir aracıdır.^[2]

Bu çalışmanın da amacı, Anayasa Mahkemesi (AYM)'nin ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin sınırlarını daraltan yorum ve içtihatlarının temel hak ve özgürlüklerin korunması rejimi içindeki sınırlayıcı rolünü tartışmaktır. Tartışmaya yön verecek veriler ise, söz konusu temel ilkelerin Türk anayasalarındaki normatif anlam ve içeriği, bilimsel yazın ve uluslar arası insan hakları hukukundaki değerlendirmeler olacaktır. Nihai amaç, Anayasa Mahkemesi'nin içtihat değişikliğine gidebileceği yön ve anayasal sınırları belirlemektir.

Anahtar Kelimeler: *Anayasa Mahkemesi, Anayasa yargısı, Eşitlik, Ayrımcılık yasağı, Haklı neden*

[1] Anayasal uyumsuzlukların siyasal alanla hukuksal alan arasındaki uyumsuzlıklardan kaynaklandığı ve bu anlamda anayasaların siyasal karar mekanizmaları bakımından yasak alan yarattığı, bu alana müdahaleye ise, ancak özgürlükleri koruma amacına yönelik olarak izin verdiği kabul edilirse, bu sınır anayasa yargısının işlevi ve hareket alanını da belirler. Bkz. Can Osman (2007), “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62/3, s. 102-105; Bu gerilimle ilgili anayasa yargısının konumu hakkında bkz. Machacek, Rudolf (1992), “Temel Hak Temini İle Politika Arasındaki Gerilimli Alanda Anayasa Yargısı”, Anayasa Yargısı, Cilt No:9, s. 47-61.

[2] İnsan hak ve özgürlükleri ile eşitlik ilkesi arasındaki bağlantı için bkz. Gürbüz Ahmet (2004), Hukuk ve Meşruluk Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme, 2. Baskı, Beta, İstanbul, s.116-118

COMMENTS IN SUPREME COURT DECISIONS THAT NARROW EQUALITY

ABSTRACT

The Constitutional jurisdiction, plays an active role, on the one hand, by safeguarding the fundamental values of the state and the legal regime, and on the other hand, by ensuring the protection of fundamental rights and freedoms. While the purpose of protecting the Constitutional order reflects an approach meant to preserving the status quo, the establishment of rights and justice and the protection of human rights reflect a dynamic approach. What is determinant in Constitutional jurisdiction is how it tackles with the clash between values/principles under Constitutional protection, providing equality for everyone before the law; and the political, economical or other values related with the state. Indeed, fairness and equality, as elements facilitating the protection and the use of fundamental rights and freedoms, are also means of safeguarding the Constitutional order.

The aim of this paper is to have a debate on the negative role that the Constitutional Court's interpretations and case-law narrowing the boundaries of the prohibition of discrimination and the principle of equality, plays on the regime of protection fundamental rights and freedoms. The inputs that will shape this debate, will be the normative interpretation and content of the said principles within the current and previous Turkish Constitutions, as well as scientific literature and evaluations based on international law. The ultimate goal is to anticipate (tahmin etmek anlamında) the direction that the Constitutional Court's case-law can take and the determinate the Constitutional boundaries.

Keywords: *Constitutional Court, Constitutional review, Equality, Non-discrimination, Justification*

GİRİŞ

Maddi anlamda yargı organlarının görevi, bireylerin devletle ve kendi aralarındaki ilişkilere bağlı olarak ortaya çıkan hukuki uyumsuzlukları çözümlenektir. Türk hukukunda bireyler arası hukuki uzlaşmalıklar, adli yargının; kişilerin devlet kurumları ve idari kuruluşlarla olan ilişkilerinden doğan uyumsuzluklar ise, idari yargının görev alanındadır. Adli yargı kurumları kişi ve kişi gruplarını hukuka uygun davranmaya yöneltme, hakkaniyeti sağlayarak bozulan adalet dengesini kurma işlevini üstlenirken; idari yargı kurumları, yürütme ve idareyi hukuksal sınırlar içinde tutarak kişileri devletin gücüne karşı koruma temel amacına hizmet etmektedirler. Adli ve idari yargı dışında kendine özgü bir yargı yolu olarak değerlendirilen Anayasa yargısı ise, varlık nedeni ve amaçları bakımından her iki yargı düzenini içine alan kapsayıcı bir role sahiptir.^[3] Çünkü anayasa yargısının varlık nedeni, kanun ve kanun niteliğindeki düzenlemelerin anayasaya uygunluk (soyut ve somut norm) denetimi aracılığıyla yasama ve yürütme, bireysel şikayet yoluyla da diğerlerinin yanı sıra yargısal işlemlerin anayasal sınırlar içinde kalmasını sağlamaktır.^[4]

Devletin tüm organ ve kurumlarıyla anayasaya ve hukuka uygun davranmasını sağlamak, hakkaniyet ve adaletin tesisi, temel hak ve özgürlüklerin korunmasıyla mümkündür.^[5] Devlet-birey/toplum ilişkisini doğrudan, bireyler

- [3] Bkz. Sağlam,Fazıl (1996), “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama Yürütme ve Yargı İle İlişkisi”, Anayasa Yargısı, 13: 43-60; Duran, Lütfi (1984), “Türkiyede Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:17, Sayı:3, TODAİE, s.3-27; Yokuş Sevtap (1997-1998), “Hak ve Özgürlüklere İlişkin Anayasal Hükümlerin Danıştayca Doğrudan Uygulanması”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt.19-20, TODAİE Yayınları, s.197-198
- [4] AYM kararlarının bağlayıcılığı ile ilgili bkz. Sağlam Fazıl (2004), “Anayasa Yargısı’nın Bazı Sorunları”, Bülent Tanör Armağanı, Legal, s.539-542; Büyükeren Sadi (1996), “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Kesin Hükümlerin Çatışması”, Amme İdaresi Dergisi 29/2, s.26-38; Bireysel şikayet mekanizması öncesi dönemi AYM’nin işlevi ile ilgili bilgi için bkz. Aliefendioğlu Yılmaz (1986), “Anayasa Mahkemesi’nin İşlevsel Yönü”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt.19, S.1, s.52; Aliefendioğlu Yılmaz (1997), “Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt.14, s.225; Almanya’da Anayasa şikayeti mekanizması içinde yer alan koruma hedefi ve korumanın bir yanıyla yine yasal düzen olduğu bilgisi için bkz. Klaus Von Beyme (2005), Demokrasi ve Yargı (4-6 Ocak 2005-Sempozyum) , Türkiye Barolar Birliği Yayını, s.88-93; Demokrasi ve Yargı Sempozyumunda “Amerikan “Demokrasisinde Mahkemelerin Rolü” konusu içinde Clayton, Amerikan Federal Mahkemelerinin denetiminin çoğunluk iktidarı üzerinde bir denetim olmaktan çok, önceki dönem siyasal iktidarların siyasalarını denetlediği ve o dönemin yasal düzenlemelerini ortadan kaldırdığını, bu konuda siyaset bilimciler tarafından yapılan pek çok ampirik çalışma olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Clayton Cornell (2005), Demokrasi ve Yargı (4-6 Ocak 2005-Sempozyum) , Türkiye Barolar Birliği Yayını, s.164-168
- [5] Soyut adalet kavramı, hukuk devleti, insan hakları, demokrasi, eşitlik, özgürlük, toplumsal adalet vb. “evrensel hukuk değerleri” biçiminde yansımakta; aşamalı olarak evrensel hukuk değerleri daha somut “evrensel hukuk ilkeleri” biçiminde belirginleşmekte; bu somutlaşma,

arası ilişkileri ise dolaylı olarak belirleyen ve sınırlarını çizen anayasal hukuk düzenlerinde ayrımcılık yasağı ve eşitliğin temel ilkelerden sayılmasının nedeni de budur. Ayrımcılığın önlenmesi ve giderilmesinde, eşitsizlik üreten yasal sorunların çözümünde anayasa yargısı, son sözü söyleyen kurumsal sistemiyle diğer yargı kurumlarından daha etkili bir işleyişe sahiptir.^[6] Türk anayasa yargısı açısından bakıldığında, 2010 Anayasa değişikliğiyle getirilen bireysel başvuru kurumuyla beraber Anayasa Mahkemesi'nin insan haklarına ilişkin görev ve yetki alanının daha da genişlediği söylenebilir. Bu yolla Anayasa Mahkemesi, yargı kurumlarının da insan hakları norm ve ilkelerine bağlı olarak faaliyet göstermelerinin sağlanmasında etkili olacaktır. Ancak, bireysel başvuru usulü 2012 Eylül'de uygulamaya geçeceğinden, bu çalışmada ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne gelen iptal ve itiraz taleplerine dayalı denetim sistemi içinde verilen kararlar incelenecektir.

I. KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

A. Kanun Önünde Eşitlik

Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş tarihinden bu yana görev yaptığı dönemin Anayasalarında eşitlik, “*kanun önünde eşitlik*” olarak klasik anlamıyla düzenlenmiştir.^[7] 1961 ve 1982 Anayasaları'nın her ikisinde de genel eşitlik ilkesi, kanun önünde eşitlik formülünü ayrımcılık yasağı ile birleştirerek ifade edilmiştir. Fakat, 1961'den farklı olarak 1982 Anayasası'nda sözkonusu ilke, temel hak ve hürriyetlerden eşit yararlanma (eşit haklar/temel haklardan yararlanmada eşitlik) anlamını da içerecek şekilde düzenlenmiştir.^[8] Hukuksal eşitlik olarak da adlandırılan bu eşitlik türünde, bireylerin birer hukuksal kişilik olmaları nedeniyle kanun önünde eşit sayılmaları anlayışı hakimdir. Diğer deyişle,

evrensel hukuk ilkelerinin her somut hukuk disiplini bağlamında ve çerçevesinde detaya kavuşması biçiminde bir süreç izlemektedir. Bkz. Gürbüz Ahmet (2012), “*Evrensel Hukuk Değerleri ve İlkelerinin Somut Hukuk Disiplinleri Bağlamında Detaylandırılması Sorunu*”, Güncel Hukuk, Haziran 2012/6-102, s.40

- [6] Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ile ilgili bkz. Sağlam, Fazıl (1996), “*Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Yürütme ve Yargı İle İlişkisi*”, Anayasa Yargısı, 13, s. 57-59.
- [7] İlkenin anlamı için, Kalabalık Halil (2009), İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankarara, s.157-159
- [8] Anayasa'nın Başlangıç kısmındaki “*her Türk vatandaşının bu Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak...*” (para.6) ifadesi ile 7. paragraftaki ifadeler, 10. maddedeki eşitliği bir diğer yönüyle açıklayıp tamamlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öden, Merih (2003), Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, s.126-133

bireyler arasında yasal hak, ödev ve yükümlülükler bakımından eşitlik sağlanması esastır.^[9] Bu yorum, koruma güvenceleri açısından da eşitliğin sağlanması zorunluluğunu beraberinde getirir. İki Anayasa karşılaştırıldığında, eşitlik normunun kapsamı ve koruma güvenceleri bakımından 1982 Anayasası'nın daha kapsamlı olduğu söylenebilir.^[10] Bunun yanısıra, 1982 Anayasası'nda eşitlik, Başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerden biri olarak düzenlenmiştir. Aynı zamanda, Cumhuriyet'in niteliklerini düzenleyen 2. maddede sayılmamakla birlikte, Başlangıç bölümüne yapılan gönderme nedeniyle Devletin temel esasları arasındadır. Bunun sonucu olarak 1982 Anayasası'nda eşitlik, anayasal düzende gerçekleşmesi beklenen bir hedefi değil, devletin varlık nedenlerinden birini temsil etmektedir. 1961 Anayasası'nda ise, benzer bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durum, AYM'nin eşitlik yorumlarını da etkilemiş, sözkonusu ilkenin hukuk devleti ilkesiyle birlikte değerlendirilmesine yol açmıştır.^[11] AYM tarafından eşitliğin bağımsız bir ilke olarak değil, hukuk devletinin bir unsuru olarak ele alınmasında, 1961 Anayasası'nın zayıf eşitlik anlayışı kadar güçlü hukuk devleti tasarımı da etkili olmuştur. Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti, belli unsurlara sahip kapsayıcı bir ilkedir.^[12] “*Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir*” (m.2) düzenlemesinde yer alan unsurlar, insan hakları ve başlangıçtaki temel ilkelerden aldığı dayanakla hukuk devletini somutlaştırmaktadır. Başlangıç bölümündeki “*demokratik hukuk devleti*” tamlaması da, bu zihniyetin ifadesidir. AYM, 1970 yılında Anayasa'nın hukuk devleti tasarımını daha da güçlendirecek bir karar vermiş, eşitlik ilkesini hukuk devleti veya hukukun

- [9] Serim, Bülent (1994), “*Yasa Önünde Eşitlik İlkesi*”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 27, S. 3, s.14; Batum Süheyl (2011), Anayasa ve İnsan 99 Soruda Çağdaş Anayasa, Cumhuriyet Kitapları, 3. Baskı, 286-287; Kaboğlu, İbrahim Ö. (2002), Özgürlükler Hukuku, İmge Kitapevi, 6. Baskı, Ankara, s.18-19
- [10] AYM, kararlarından birinde bu farkı tanım niteliğinde bir cümleyle şöyle dile getirmiştir: “*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 yapılamayacağı 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 kastedilmektedir. 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.*” E.1986/11, K.1986/26, KT.4.11.1986, RG.22.2.1987/19380
- [11] Örneğin, E.1966/1, K.1966/21, KT.19/4/1966, RG. 26.7.1966/12358; Aliefendioğlu Yılmaz (1986), “*Anayasa Mahkemesinin İşlevsel Yönü*”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt.19, S.1, s.30-33
- [12] Esen, Bülent Nuri (1966), Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.206, Ankara, s.46-47

üstünlüğü ilkesinin ana unsuru olarak kabul etmiştir. İçtihat yoluyla eşitliğin Cumhuriyet'in temel niteliği sayılmasına^[13] karşı siyasal tepki gecikmemiş, 1971 yılında Anayasa değiştirilerek AYM'nin Anayasayı değiştiren kanunlara ilişkin denetim yetkisi, şekil yönünden denetimle sınırlandırılmıştır.^[14] Ancak, AYM bu tarihten sonra da eşitlik ilkesini hukuk devletinin bir niteliği olarak Anayasa'nın değiştirilemeyecek hükümleri arasında değerlendirmeye devam etmiştir.^[15] Eşitlik ilkesinin Cumhuriyet'in temel nitelikleri arasında kabul edilmesi, yasama organının yasa ve anayasa değişikliği yapımına ilişkin takdir yetkisinin de sınırlandırılmasına neden olmuştur.

1982 Anayasası'nda ise, kanun önünde eşitlik, ilk metninden bu yana hukuk devleti ilkesiyle pekişecek biçimde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 10/son hükmünde yer alan "*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır*" ibaresi, herkesin eşit olarak bağlı bulunduğu ortak hukuk sisteminde kanunların devlet erki tarafından herkese eşit uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.^[16] Buna ilaveten, Anayasa'nın eşitlik hükmünde yer alan ayrımcılık yasağı zeminlerinde sınırlandırma yapılmaksızın "*benzeri sebeplerle*" ayırım yapılması da yasaklandığı için 1961 Anayasası dönemine göre AYM'ne daha geniş hareket alanı bırakılmıştır.^[17] 2000'li yıllardan itibaren Anayasa'nın "*kanun önünde eşitlik*" hükmü,

[13] E.1970/1, K.1970/31, KT. 16.06.1970.

[14] Karar ve verilen tepkiyle ilgili değerlendirmeler için bkz. Gözler Kemal (2011), Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I, Ekin Kitapevi, 1. Baskı, s. 247-249; Özbudun Ergun (2007), "*Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi*", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62-3, s.259-261.

[15] E.1976/38, K.1976/46, KT.12/10/1976, RG. 20.01.1977/15825; E.1977/82, K.1977/117, KT.27/09/1977, RG. 14.01.1978/16169

[16] Öden Merih (2003), Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, s.392-394; 1982 Anayasası döneminde ise bu yönde bir içtihat geliştirmeye gerek duyulmamıştır. 1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümündeki "*Her Türk vatandaşının bu anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak..*" (para.6) ibaresi, hak ve hürriyetlerden yararlanma bağlamıyla sınırlı bir eşitliği ifade etse de, Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere göndermede bulunan 2. maddenin varlığı, eşitliğin Cumhuriyet'in temel nitelikleri arasında sayılmasına yetmektedir. Bu anlamda değiştirilme yasağı kapsamına dahil edilen eşitlik, AYM tarafından geçmişe sadakatle, sosyal devlet ya da hukuk devletinin bir unsuru olarak değerlendirilmeye de devam edilmektedir. 1982 Anayasası döneminde bu yöndeki kararlar için bkz. E.1988/19, K.1988/33, KT. 26.10.1988, RG. 11.12.1988/20016; E.1992/38, K.1993/5, KT. 2.2.1993, RG.17.12.1993/21791; E.1992/40, K.1992/55, KT.31.12.1992, RG. 24.04.1993/21561; E.1991/24, K.1991/40, KT.31.10.1991, RG.01.03.1992/21158; E.1992/46, K.1992/52, KT. 3.12.1992, RG.17.9.1995/22407; E.1987/16, K.1988/8, KT.19.4.1988; RG.23.8.1988/19908; E.2000/36, K.2002/198, KT.12.12.2002, RG25.4.2003/25089.

[17] AYM, hukuk devleti ile eşitlik arasındaki ilişkiyi demokrasiyle de bağlantılı olarak şöyle ifade etmektedir: "*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.*"

kapsam ve anlam bakımından zenginleştirilen değişikliklere tabi tutulmuş, kadınlar ve diğer korunmasız gruplara yönelik güvenceler getirilmiştir. 2004 yılında kadınlar hakları yönünden erkeklerle eşitlenmiş, devletin bu konudaki yükümlülüğü açıkça vurgulanmıştır. (m.10/2)^[18] Kadınlığı cinsiyet ayrımcılığının temeli olmaktan öteye götüren, kadınları hakların öznesi konumuna taşıyan iyileştirme, 2010 yılında aynı hükme eklenen “*bu amaçla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı*” ibaresiyle cinsiyet temelindeki ayrımcılık yasağını devletin pozitif yükümlülükleriyle pekiştirmiş, kadın-erkek eşitliği güvence altına alınmıştır. Yapılan bu değişiklik, fiili eşitsizlikler önlenmedikçe ve giderilmedikçe kadın- erkek eşitliğinin sağlanamayacağı gerçeğinin kabul edildiğini göstermekte, eşitlik ilkesinin hakkaniyet ve toplumsal adaletin yerine getirilmesindeki işlevini ortaya koymaktadır. Aynı değişiklikte, özgül kişi ve gruplar bakımından eşitliğin sağlanmasına yönelik pozitif önlemlere meşruiyet kazandırmak amacıyla 10. maddeye, “*çocuklar, yaşlılar, özür-lülüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı*” (m.10/3) ibaresi eklenerek^[19] ayrımcılık ve eşitsizliğin olumsuz sonuçlarından en fazla etkilenen dezavantajlı toplumsal grupların da korunması için gerekli koşulların hazırlanması olanağı yaratılmıştır.

Atılan son adım görünüşte olumlu olmakla beraber, güçsüz toplumsal kesimlere yönelik eşitsizliklerin giderilmesinde yaratacağı hukuki etki tartışmalıdır. Çünkü, düzenlemede sınırlı sayma yönteminin kullanılması, dezavantajlı diğer grupların hükmün kapsamı dışında bırakıldığı anlamına gelmektedir ki; bu durum, özel tedbirlerle korunmaya muhtaç diğer kesimlerin göz ardı edilmesine veya daha az korunmasına yol açabilecektir. Diğer yandan, mutlaka listeleme usulü kullanılacaksa, çocukların homojen bir toplumsal kesimi temsil etmediği hesaba katılarak, listenin sokakta yaşayan ve çalışan çocuklar, özgürlüklerinden yoksun çocuklar, mülteci ve göçmen çocuklar ile azınlık mensubu çocukları da içerecek şekilde düzenlenmesi düşünülebilirdi. Bu nedenle yeni bir düzenlemeyle, Anayasa'nın 10/1 hükmündeki gibi “*benzer durumdakiler*” şeklinde bir ibareyle korunmasız ve güçsüz tüm toplum kesimleri için önlem

Çünkü gerçek demokrasilerde ikinci sınıf vatandaş olamaz.” E.1992/40, K.1992/55, KT.31.12.1992, RG.24.4.1993/21561; Bir başka kararında; “*Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devletinin belirgin özelliği yönetimde keyfiliğe izin vermemesi, yönetimin tüm işlemlerinde hukuka uygun hareket etmesidir. Keyfi davranmama yükümlülüğü diğer Devlet organları gibi yasama organı için de bağlayıcıdır. Özellikle haklardan yararlanmayı düzenlerken yasama organı kişiler arasında keyfi ayrımlarda bulunmamalıdır. Bu aynı zamanda 10. maddede düzenlenen eşitlik ilkesinin de bir gereğidir.*” E.2008/47, K.2008/167, KT.20.11.2008

[18] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun No. 5170, Kabul Tarihi:7.05.2004, RG.22.05.2004/25469, m.1

[19] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun No. 5982, Kabul Tarihi:7.05.2010, RG.13.05.2010/27580, m.1

alınabileceğinin vurgulanması gerekmektedir. Diğer yandan, madde kapsamındaki grupların hak sahipliklerine vurgu yapılmamış olması da, hükmün pozitif gücünü zayıflatmaktadır. Buna, eşitsizliklerin önlenmesi ve giderilmesi bakımından devletin açıkça yükümlü kılınmamış olması da eklendiğinde, ilgili grupların sadece hakların öznesi olarak değil, korumanın konusu olarak bile zayıf konumda bırakıldığı söylenebilir. Sonuç olarak, madde metninin kadın-erkek eşitliğini düzenleyen 10/2 hükmü ile uluslararası sözleşmelerle dezavantajlı gruplar lehine alınması gerekli hukuki önlemlerin gerisinde bir düzenleme olduğunu belirtmek gerekir.^[20] Bu değişikliklerin AYM tarafından nasıl yorumlanacağını ise, zaman gösterecektir. Anayasa'nın 10/2 ve 10/3 hükmünde yapılan değişiklik sonrası verilen tek bir karar olduğu için şimdilik genel bir değerlendirme yapmak mümkün görünmemektedir. Sözü edilen karara da ilgili bölümde yer verilecektir.

B. İmtiyaz Tanıma Yasağı-Genel Eşitlik İlişkisi: Şekli Eşitlikten Maddi Eşitlik Anlayışına Doğru

1961 Anayasası eşit koruma ilkesi açısından daha soyut ve zayıf görünse de, dönemin AYM önüne gelen kanunları sadece şeklen -genel, soyut ve objektiflik açısından- değil, genel-özel hüküm ilişkisinden hareketle ya da kanun koyucunun yasal hak ve ödevlerdeki ayırım ve farklılaştırmalara giderken kişiler, şeyler ve durumlar arasındaki eşitsizlikleri gözönüne alıp almadığı yönünden -maddi açıdan- denetleyerek, eşitsizlik yaratan durumları gidermeye çalışmıştır. Kanunların herkese eşit uygulanmasından çok bizzat kanunlarla kurulan hak ve ödevler yönünden eşitliğin sağlanması^[21] anlamına gelen maddi hukuki eşitlik anlayışına uygun olarak AYM, kanun karşısında eşitliğin bütün yurttaşların her yönden aynı hükümlere bağlı tutulmaları demek olmadığını, bir takım yurttaşların başka hükümlere bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanıyorsa, kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmiş sayılmayacağını kabul eden içtihatlar geliştirmiştir. İnsanlar arasında yaradılış, çalışma gücü, sağlık veya nitelikçe buna eşit nedenlere dayalı pek çok ayırım bulunduğu gerçeği karşısında yasama organının ayırı

[20] Değişiklik kanununun madde gerekçesinde her ne kadar bu değişikliğin tüm toplumsal kesimler arasında eşitliğin sağlanması, özel olarak korunması gerekenler için de özel tedbirlerin alınabilmesinin önünü açacağı belirtilse de, uygulamanın haklarda eşitliği sağlamaktan çok koruma tedbirlerine yönelik gelişmesi mümkündür. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin ilgili hükme yönelik yorumunun hak temelli mi, yoksa koruma ağırlıklı mı olacağı daha da önem kazanmaktadır.

[21] Öden Merih (2003), *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, s.141-142; Hukukun genel ilkelerinden norm yaratma fırsatı Anayasa Mahkemeleri'ne temel hak ve özgürlükleri daha geniş bir alanda koruma olanağı da yaratmaktadır. Bkz. Kaboğlu, İbrahim Ö. (1991), "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt No:8, s.291-322

düzenlemeler yapmasının yadırganacak tarafı olmadığına işaret eden AYM, genel eşitlik ile ayrımcılık yasağı arasındaki ilişkiyi de bu görüş üzerine kurmuştur.^[22] Buna göre, Anayasa'nın 12/2 hükmünde düzenlenen imtiyaz tanıma yasağı, bir kişiye veya birtakım topluluklara aynı durumda bulunan yurttaşlardan daha çok veya daha geniş hak ve yetkiler tanımanın önüne geçerek kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmesini önleme amacına yönelik olup, 12/1 deki genel eşitlik hükmünü başka bir yönden açıklamaktadır.^[23]

Anayasa'nın eşitlik hükmününün fıkraları arasında bu yönde kurulan bağlantının sonucu olarak, AYM somut durumlar için “*haklı neden*” ölçütünü geliştirmiş, eşitlik ilkesinin bağlı olduğu normatif koruma alanının sınırlarını, bazen tarihsel ve amaçsal, bazen ise realistik yorum yöntemini kullanarak çizmiştir. “*Haklı neden*” ve buna bağlı olarak geliştirilen “*kamu yararı*” ölçütü, doğası gereği subjektif değerlendirmelere açık, bu yanılla objektiviteyi zorlayan ve sınırlandıran özellikleri nedeniyle, erken dönem AYM kararlarının bir kısmında eşitlik ilkesinin yeterince ya da hiç korunmamasına yol açmıştır. Bunun yanısıra AYM'nin, “*kanun koyucunun takdir yetkisi- kanunî şart ve niteliklere uyarlık*”, “*görevin gerektirdiği bir nitelik*” gerekçelerini bazen “*haklı neden*” ölçütünü ortadan kaldıran neden, bazen ise tek başlarına birer ölçüt olarak kullanmasının da benzer sonuçları olmuştur. Aşağıda, AYM'nin göreve başladığı ilk yıllardan itibaren kullandığı bu nitelikteki ölçüt ve gerekçelerin eşitliği daraltan, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını zayıflatan yönü ele alınacak, yorum ve içtihatlar bu yönlerden değerlendirilecektir.

II. AYM'NİN EŞİTLİK İLKESİNE İLİŞKİN KARARLARINDA “HAKLI NEDEN” ÖLÇÜTÜ; KAPSAM VE SINIRLARI

AYM kararlarında “*haklı neden*” kavramı, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılığı önleyen bir istisna ve meşruluk kriteri olarak kullanılmış, yasal düzenlemelerle getirilen farklılıkların “*haklı neden*”e dayanması koşuluyla eşitlik ilkesini ihlal etmiş sayılmayacağı kabul edilmiştir. Bu temel yargıdan hareketle yürütülen

[22] Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi arasındaki ilişki hakkında bkz. Ağırbaşı Şennur (2009), Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Seçkin Kitabevi, Ankara, s.36-37

[23] Anayasa Mahkemesinin birçok kararında kullandığı, “*12. maddenin ikinci fıkrası, bir tek kişiye veya birtakım topluluklara aynı durumda bulunan yurttaşlardan daha çok veya geniş hak ve yetkiler tanımak yoluyla yasa önünde eşitlik ilkesinin çiğnenmesini yasak etmekle, birinci fıkra kuralını başka bir yönden açıklamıştır. Şunu da belirtmek gerekir ki, kanun önünde eşitlik, bütün yurttaşların hepsinin her yönden aynı kurallara bağlı tutulmaları demek değildir. Bir takım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise, böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmasından söz edilemez.*” şeklindeki kalıp, bu sonuca varmayı mümkün kılmaktadır.

araştırma, her somut durumun özelliği gözönüne alınarak yürütülen bir “*haklı neden*”e ulaşma faaliyetidir. Ancak, AYM’nin “*haklı neden*”i, genellikle iptali istenen hükümle korunmak istenen şeyde -diğer deyişle kanunun amacında- aradığı söylenebilir. Kanunla güdülen amacın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı ise kamu yararının gerekleri^[24] ya da Anayasa’nın temel ilkeleri ve/ya diğer hükümleriyle açıklanmış; iptal kararları Anayasa’nın eşitlik maddesiyle birlikte diğer hükümlerine aykırılık üzerine kurulmuştur.^[25] 1961 Anayasası döneminde

[24] Bilgi için bkz. Serim, Bülent (1994), “*Yasa Önünde Eşitlik İlkesi*”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 27, Sayı 3, s.22; Bu ilkeyi hukuk devletinin öğeleri arasında saydığı kararlarından birinde AYM, yasaların kamu yararına dayanması ilkesini “*kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişiler yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağı*” anlamına gelecek şekilde değerlendirmiştir. E.1992/46, K.1992/52, KT. 3.12.1992, RG.17.9.1995/22407; Diğer kararlar için bkz. E. 1970/36, K. 1970/50, KT. 24/12/1970, RG. 4.5.1971/13826; E. 1985/1, K. 1986/4, KT. 25/2/1986, RG. 10.7.1986/19160; Bir başka kararında ise; “...*kamu yararının, “kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak”* anlamına geldiği Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında yinelenmiştir. Günümüzde kamu yararı kavramı yanında, “*toplum yararı*”, “*ortak çıkar*”, “*genel yarar*” gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen, tümünün “*bireysel çıkar*”dan farklı onun, üstünde ya da dışında ortak bir yararı amaçlamasıdır. Toplumsal yaşamın adalet ve kararlılık içinde oluşmasını sağlayan öge, devletin, gerçek kişilere tanınmayan üstün iradesidir. Kişilere getirilen kimi yükümlülüklerin devlete yüklenmesini istemek, eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, toplumsal yaşamın dengeli ve sağlıklı biçimde sürdürülmesine olanak veren “*devlet*” kavramının üstün anlamı ile de bağdaşmaz. İnsanın, doğuşla kazandığı değeri ve onuru nedeniyle, kamu yararına ya da başka bir haklı nedene dayanmaksızın, değişik ölçülerle insanlar arasında ayırım yapılamaz ve yasaların uygulanması yönünden hiçbir fark gözetilemez. Yasa önünde eşitlik ilkesine saygı göstermek, Devlet organları ve yönetim makamları için bir görevdir. Bu kurumlar, bütün işlemlerinde kişiler arasında bir ayırım yapmadan çalışmalarını sürdürmek zorundadırlar. Devlete karşı icra kovuşturması yapılabilir de Devlet mallarının haczedilmesi devlet kavramı ve işlevleri karşısında olanaksızdır. Devletin varlığını sürdürebilmesi ve yargı ve cebri icra görevi de içersinde olmak üzere, kamu hizmetlerini yürütebilmesi için yapılan bu düzenleme, kamu yararının gerçekleştirme yönelik olup, haklı bir nedene dayandığından, Yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.” yargısına varmıştır. E.1992/13, K.1992/50, KT.20.10.1992, RG.30.6.1993/21623

[25] 6570 Sayılı Kira Kanunu’nun bazı maddelerinin Anayasa’ya aykırılığının ileri sürüldüğü itiraz başvurusunda Anayasa Mahkemesi, gayrimenkul sahiplerinin mülkiyet haklarına Kanunla yapılan müdahalenin kamu yararını sağlayıp sağlamadığını ve mülkiyet hakkının özüne dokunup dokunmadığını incelemiş; Kanun hükümlerinin “*yurttaşların haklarda ve yükümlülüklerde eşitliği prensibi*” ne aykırı olduğuna kanaat getirmiştir. Söz konusu Kanunu, eşitliğe aykırılıktan değil, Anayasa’nın 11. maddesi (hak ve özgürlüklerin sınırlanması) ile 36. maddesine (mülkiyet hakkı) aykırılıktan iptal etmesine rağmen, “*6570 sayılı kanunun 2 nci ve 3 üncü maddelerinde ön görülen sınırlamalar, yukarıda belirtildiği gibi, adalete ve eşitliğe aykırı durumlar doğurduğu ve bu yüzden gayrimenkul sahibi yurttaşlar arasında huzursuzluk yarattığı ve huzursuzluk, diğer yurttaşlar üzerinde de etkilerini göstermekten geri kalmadığı cihetle, bunların artık kamu yararını sağladıkları kabul edilemez*”. gerekçesiyle kararını eşitliğe aykırılık üzerine kurmuş ve eşitliğe aykırı durumların kamuya yarar sağlamayacağını kabul etmiştir. E.1963/3, K.1963/67, KT.26/3/1963, RG.31.5.1963/11416. AYM’nin bu kararı verirken, “*özgürlüğün sınırlanması adalete ve eşitliğe aykırı sonuçlar doğuruyor ise,*

verilen kararların bir kısmında ise “*haklı neden*”, karma (kolektif) değerler bütünüünün bir parçası olarak diğer ölçüt/dayanaklarla birlikte kullanılmıştır.

A. Haklı Nedenin Tespiti

Göreve başladığı ilk yıllarda AYM, özellikle kişi ya da gruplar lehine ayrımcılık yarattığı ve bu nedenle anayasal eşitliği ihlal ettiği iddia edilen yasal düzenlemelerle ilgili kararlarında “*haklı neden*” bazen çok sınırlı bir alana hapsedmiş, bazen ise gerektiği halde hiç araştırmamış ya da hukuk devleti ilkesiyle ilişkilendirmiştir. Bu nedenle, AYM’nin ilk dönem kararlarında “*haklı neden*”i standart ve tek bir yöntem üzerinden açıklamak mümkün değildir. Hakimler Kanunu’nda yapılan değişiklikle eski milletvekili ve Cumhuriyet Senatosu üyelerinin kanun hükümlerinin öngördüğü sıra ve benzeri sınırlamalar gözönünde tutulmaksızın açık kadrolara hakim olarak atanmalarına imkan veren düzenlemeyle ilgili AYM kararı, “*haklı neden*”e ulaşma faaliyetinde izlenen yol ve dayanak noktalarının bazen ne kadar karmaşık olabildiğini göstermesi bakımından önemli bir örnektir. İtiraz yoluyla AYM önüne gelen başvuruda Hakimler Kanunu’nda yapılan düzenlemenin Anayasa’nın imtiyaz tanıma yasağı (m.12) ile hizmete alınmada ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceğini düzenleyen hükmüne (m.58) aykırı olduğu iddiası ileri sürülmüştür. AYM, Anayasa’nın bu hükümleri açısından yaptığı denetimde her iki hüküm açısından da “*haklı neden*” ölçütünü kullanmıştır. Zira, Milletvekili veya Cumhuriyet Senatosu üyeliği yapmış olmanın hakimler arasında bir üstünlük nedeni sayılıp sayılmayacağı sorusuna verilecek yanıt, Değişiklik Kanunu’nun Anayasa’nın her iki hükmüne de aykırı ya da uygun bulunmasında belirleyici bir etkiye sahiptir. Bu nedenle AYM, Büyük Millet Meclisi üyeliği yapmış olmanın hâkimlik mesleği ile ilgili bir nitelik olamayacağı, dolayısıyla göreve alınmada bir öncelik nedeni sayılmaması gerektiği iddiasının yanıtını, yasal düzenlemenin hazırlık aşamasında verilen Komisyon raporlarında aramıştır. Cumhuriyet Senatosu Adalet ve Anayasa Komisyonu raporundaki gerekçeler ile Millet Meclisi Adalet Komisyonu raporunda hakimleri Devlet Memurları Kanunu’na tabi memurlarla eşitlemek olarak açıklanan güvencenin, hakimlik mesleği ya da adalet işlerinin yararına değil, yasama meclisleri ve çalışmalarının yararına olduğu kanaatine varmıştır. Yasama meclisi üyeliğine yetenekli kimselerin istekli olmalarını sağlamak amacıyla yükselme veya atama için sıra bekleyen diğer kimselerin hukukî çıkarlarının daha az önemli sayılmasının, diğer deyişle kamu yararının hâkimlik mesleğine girmek veya o meslekte

o sınırlamada kamu yararı mevcut değildir” prensibiyle hareket ettiği söylenebilir. Bkz. Esen Bülent Nuri (1966), Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.206, Ankara, s.60

yükselmek için sıra bekleyenlerin haklarının korunmasında değil, hakim ve savcıların yasama üyeliğine istek göstermelerinin sağlanmasında ve bunun için eski yasama meclisi üyelerinin göreve olabildiğince çabuk yerleştirilmelerinde görüldüğü yargısına varan AYM, bu kez adalet hizmeti ile yasama çalışmalarını karşılaştırmıştır.^[26] Böylece, haklı neden araştırmasının yönü, hangi faaliyetin kamuya daha çok yarar sağlayacağına dönmüştür. Yüksek Mahkeme, bu noktada devletin temel esasları arasında bir tercihe yönelmiştir. Meclis üyeliğinin demokratik devlet bakımından önemli olduğu, ancak adalet hizmeti ve özellikle hakimlik mesleğinin de hukuk devleti bakımından aynı derecede önemli olduğu sonucuna vararak, ortada yasama görevini üstün kılacak haklı bir neden olmadığına karar vermiştir. Amaçsal ve tarihsel yorumla başladığı “*haklı neden*” araştırmasını sistematik yorumla tamamlayan AYM, demokratik hukuk devleti ilkesini de göz önünde tutarak Kanun’un ilgili hükmünü Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur.^[27]

Görüldüğü gibi, kişi ya da meslek grubunun hukuksal statüsü açısından araştırılması gereken “*haklı neden*”, kurumsal statü ve değerlerin karşılaştırılmasından çıkacak sonuçta aranmıştır. Diğer yandan, Millet Meclisi eski üyesi hakimlerin yükselme sırası gelmiş hakimlerin önüne geçirilerek kadrolara yerleştirilmesinin bir imtiyaz olup olmadığı tartışması, Anayasa’nın 12. maddesine göre değil, kazanılmış hak bağlamında Anayasa’nın 2. maddesiyle bağlantılı olarak yürütülmüştür. 12. maddeyle ilgili değerlendirmede ise yasama ve adalet hizmetlerinin karşılaştırılması tercih edilmiş, ancak bu noktada bile hizmetleri yerine getiren kurumların işlevsel değeri, demokratik devlet (yasama

[26] AYM, bu durumu şöyle açıklamıştır: “İptali islenilen hükmün temeli olan yasama meclisi üyeliği etmiş bulunma niteliği, hiç bir zaman hâkimlik mesleğini ilgilendiren bir nitelik sayılamaz. Bu durum hâkimlik mesleğine ilişkin niteliklerin dayandığı, az yukarıda anılan kurullarla ilgili sayılabilecek bir olay değildir. Başka deyimle, bir kimsenin yasama üyeliği etmiş bulunması, onun başka isteklilerden daha verimli daha yüksek başarılı bir hâkim olmasını sağlayacak bir neden olamaz. Bu yasama meclisi çalışmaları ile hâkimlik çalışmalarının başka başka amaçları bulunan ve başka başka yönlerden gelişen çabalar bulunmasının tabii bir sonucudur. Gerçekten, yukarıdaki (II deki) açıklamalardan anlaşıldığı üzere iptal konusu kanun hükmünü teklif edenlerin ve kabul edenlerin amacının hâkimlik mesleğine ilişkin bir nitelik hükmünü koyarak mesleği güçlendirmek olmayıp yasama meclisi üyesi iken seçime girmek veya seçilmemek yüzünden açıkta kalmış bulunan eski hâkim ve eski savcılarının yeniden hâkimlik veya savcılığa alınmalarına karar verildikten sonra hemen hâkim veya savcı atanmalarını sağlayarak, hâkim veya savcılarının içinden yasama meclisi üyesi olmak isteyenlere cesaret vermek ve böylelikle adalet mesleğinden bir çok kişilerin yasama meclislerinde yer almasını gerçekleştirmektedir. Kanunun temeli olan bu görüşün, Kanunu teklif ve kabul edenlerin ereklerine, göre, hâkimlik mesleğinin güçlendirmesi ile veya onun gerekli kıldığı niteliklerle bir ilişkisi bulunmadığı dahi açıktır.” E.1966/11, K. 1966/44, KT.29/11/1966, RG. 27.12.1967/12787

[27] Yorum yöntemleri ile ilgili bkz. Oder Bertil Emrah (2010), Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta, İstanbul

çalışması)—hukuk devleti (adalet hizmeti) karşılaştırmasıyla ortaya konmuş ve yasama çalışmaları lehine yaratılan ayrıcalığın haklı bir nedeni olamayacağı sonucuna varılmıştır. Karara azımsanmayacak sayıda üye, eşitliğin genel hüküm olduğu, ayrıca ortada bir imtiyaz olmadığı, varsa bile bir hakkın teslimi amacına dayandığı için buna imtiyaz denilemeyeceği gerekçesiyle muhalefet etmiştir. AYM'nin 12. maddeyle ilgili verdiği pek çok kararında benzer durum tekrarlanmıştır.^[28] Bu nitelikteki kararlardan hareketle, ilk dönemlerinde AYM'nin ortak bir eşitlik anlayışı, “*haklı neden*”i belirlemeye yönelik ortak bir dil ve teknik geliştiremediğini söylemek mümkündür. “*Haklı neden*” araştırmasının dar kalıplara hasredildiği, bu ölçüte göre değerlendirme yapılması gerektiği halde, istemlerin başka gerekçelerle reddedildiği ya da aykırılık kararının Anayasa'nın diğer hükümlerine dayandırıldığı içtihatlarında muhalif oyların ileri sürdüğü gerekçeler bu kanıyı daha da güçlendirmektedir.^[29]

1982 Anayasası döneminde AYM, farklılaştırmanın haklı nedene ya da kamu yararına dayanıp dayanmadığını belirlemek için başka hukuksal ölçütler kullanmaya başlamıştır. 1991 yılında verdiği bir kararda, “*Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının anlam ve öneminin tüm ağırlığını taşıyan “haklı neden” ve “kamu yararı” kavramlarına, öğretide, 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.”* diyerek, bu ölçütlere uyan sınıflama ya da farklılaştırmaları haklı ya da kamu yararına uygun, dolayısıyla eşitliğe de uygun gördüğünü ifade etmiştir.^[30] İfadelerden anlaşıldığı

[28] Bu yönde diğer kararlar için bkz. E. 1965/2, K. 1965/24, KT. 5/4/1965, RG.14.01.1966/12202; E.1965/12, K.1965/34, KT. 28/5/1965, RG.1.12.1965/12165; E.1963/205, K.1963/123, KT.22/5/1963, RG.14.8.1963/11480; E.1979/30, K.1980/2, KT. 15.1.1980, RG. 29.3.1980/16944

[29] “*Haklı neden*” araştırması gerektiği halde bu test yapılmaksızın eşitlik ilkesine aykırılık iddiasının reddedildiği ya da eşitlik ilkesi açısından değerlendirilmesi gerektiği halde Anayasa'nın başka hükümlerine göre değerlendirmeler üzerine verilen karar örnekleri için bkz. E. 1965/2, K. 1965/24, KT. 5/4/1965, RG. 14.1.1966/12202; E.1969/8, K.1969/37, KT.19/6/1969, RG. 18.5.1970/13497; E.1964/36, K.1964/77, KT.25/12/1964, RG.21.4.1965/11981; E.1963/138, K.1064/71, KT.11/12/1964, RG. 2.04.1965/11969; E.2008/57, K.2010/26, KT.4/2/2010, RG.22.10.2010/27737

[30] E.1991/24, K.1991/40, KT.31.10.1991, RG.01.03.1992/21158; Aynı ölçütlerin kullanıldığı bir diğer karar, E.1991/13, K.1992/10, KT.19.2.1992, RG. 17.11.1994/22114; Bir başka kararında AYM bu ölçütleri Yasama Organı bakımından şu ifadelerle somutlaştırmıştır:

kadarıyla, ölçütler birbirine bağlı olmakla birlikte tek tek de kullanılabilirler.^[31] Diğer yandan AYM, bu ölçütlerin mutlak olmadığını, değerlendirilen Kanun hükümlerinin zamana ve değişen koşullara göre bu ölçütlerin dışına çıkabileceğini, diğer deyişle değişen koşulların haklı neden ya da kamu yararı olgusunu da değiştirebileceğini belirterek kararına dinamizm katmıştır. Fakat, aynı kararda “Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılar.” yorumuyla AYM’nin neyi anlatmaya çalıştığı belirsizdir. sözkonusu ölçütlerin nesnellikinden ve hukuksallığından kuşkuya düşmemek mümkün değildir. AYM’nin başka kararlarında da rastlanan bu yargı,^[32] “farklı özellik taşıma” ve “ayrılıklara dayanma” durumlarının bizzat haklı neden oluşturacağını mutlak olarak kabul eden bir anlayışın ifadesi ise, AYM kendi değerleri ve ilkeleriyle çelişkiye düşmüş demektir. Çünkü, bu durumda AYM’nin yerleşik içtihatlarında kullandığı “Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturur. Anayasa’nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik, çiğnenmiş olmaz.” yargısını belli ölçütlere dayandırmaya gerek olmadığı sonucuna varmak gerekir ki; maksadın bu olmadığı açıktır. Fakat yine de AYM tarafından kullanılan bu ibarenin yaratacağı kavram kargaşasını öngörmemesi, aynı dili başka kararlarında da tekrarlaması, yukarıda kullanılan ölçütlerin nesnelligi hakkında kuşku yaratmakta, eşitlik yorum ve gerekçelerinin değerini düşürmektedir.

AYM’nin kadının kişi hakları ve kadın-erkek eşitliği açısından itiraza konu olan yasal düzenlemelerle ilgili karar ve değerlendirmelerinde de hukuki ölçütlerin dışına çıktığı görülmektedir. Örneğin, Medeni Kanun’da yapılan değişiklikle getirilen “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir.” hükmünün cinsiyet eşitsizliğine yol açtığı iddiasında, sözkonusu kural sosyal gerçeklerin doğurduğu bir zorunluluk olarak kabul edilmiştir. AYM’ne göre, “yasakoyucu bu kuralla yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmış, kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğünün sağlanması amacıyla eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Yasa koyucunun tercihini kamu yararı, kamu düzeni ve kimi

“Kamu yararının gerektirdiği düzenlemeleri yapmak, çareleri düşünüp önlemleri almak, yasa koyucunun en doğal hakkı ve görevidir. Yeterki düzenlemeler yapılırken doğrudan doğruya amaçlanan hizmetin gerekleri gözönünde tutulmuş, istenen nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç bağı kurulmuş olabilsin.”, E.1992/40, K.1992/55, KT. 31.12.1992, RG. 24.04.1993/21561

[31] Ancak AYM bu kararında ölçütleri birlikte kullanarak yasal düzenlemeyi üç ölçüte de aykırı bulmuştur.

[32] Bu yönde diğer kararlar için bkz. E.1990/5, K.1990/28, KT.14.11.1990, RG.14.3.1991/20814; E.2003/60, K.2008/97, KT.2.5.2008, RG.30.5.2009/27243

zorunluluklardan kaynaklanan bir tercihtir ve cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yaratmamaktadır.”^[33] Bu nitelikteki bir yorumun AYM’nin hukuksal eşitlik değerlendirmelerinde sıklıkla kullandığı “*durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.*”^[34] argümanı ile çeliştiği açıktır. Çünkü, evlilik hukuki statüsü içinde kadın ve erkek aynı durumdadır. Soyadıyla ilgili farklı düzenlemeye tabi tutulmalarını bu statü içinde değerlendirmek gerekir. Gelenekçi bir yaklaşımla, kadını adı üzerinde hak sahibi bir birey olarak değil, aile içinde birlik ve bütünlüğü sağlamakla yükümlü eş konumunda ele alan^[35] bakış açısı çağdaş insan hakları anlayışıyla örtüşmemektedir. AYM’nin en azından, yasa koyucunun aile bütünlüğünü eşitliği bozmayan başka tedbirlerle de sağlayabileceği, geleneksel yapının evrensel hukuk ilkesi ve aynı zamanda anayasal bir kural olan eşitliği bozmanın gerekçesi olamayacağı yönünde makul ve nesnel bir değerlendirmeyle yorumlu ret kararı vermesi daha uygun olurdu. AYM, benzer bir iddiayla ilgili 2011 yılında verdiği kararında da, kamu yararı olgusunu biraz daha netleştirmek dışında, temelde aynı gerekçeleri kullanmış ve düzenlemenin cinsiyet eşitsizliği yaratmadığına hükmetmiştir.^[36]

506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nda yapılan değişiklikle kamuoyunda süper emeklilik olarak bilinen sistemin eşitsizlik yarattığı iddiası üzerine verilen kararda da “*haklı neden*” kamu yararına dayandırılmış, fakat kadının soyadı kararındaki gibi, kamu yararı ile kişi/topluluk yararı arasında ölçülü bir denge kurulamamıştır. AYM, getirilen düzenlemeyle Sosyal Sigortalar Kurumu’nun karşılaştığı mali sorunların günün koşullarına ayarlanabilen esnek ve gerçekçi bir yöntemle çözülmesi hedefinin güdüldüğünü ve bu durumun da kamu

[33] E.1997/61, K.1998/59, KT.29.9.1998, RG.15.11.2002/24937

[34] E.2005/33, K.2008/182, KT.18.12.2008, RG.3.4.2009/27189; E.2009/57, K.2011/33, KT.3.2.2011, RG.14.4.2011/27905; E.2003/60, K.2008/97, KT.2.5.2008, RG.30.5.2009/27243; E.2007/64, K.2008/154, KT.31.10.2008, RG.29.1.2009/27125; E.2007/104, K.2008/164, KT.20.11.2008, RG.3.4.2009/27189

[35] AYM’nin bu durumu şöyle açıklamıştır: “*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.*” E.1997/61, K.1998/59, KT.29.9.1998, RG.15.11.2002/24937

[36] AYM yeni tarihli bir kararında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına atıfla, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğu belirtilmiş ve daha önceki içtihatlarında kullandığı gerekçelerle talebi reddetmiştir. E.2009/85, K.2011/49, KT.10.3.2011, RG.21.10.2011/28091

yararına yönelik bir sonuç doğurduğunu ileri sürerek eşitliğe aykırılık iddiasını reddetmiştir.^[37] Kararda, süper emeklilik sisteminin Sosyal Sigortalar Kurumunun aktüeryal dengesinin düzeltilmesine hizmet edeceği, diğer deyişle kamuya yarar sağlayacağı varsayımını Anayasa'ya uygunluk için yeterli gören AYM, sistemin eski emekliler üzerinde yaratacağı olumsuz etkileri ise tartışmamıştır. Getirilen değişikliği kurumun mali yapısını güçlendirme amacıyla yapılan bir güncellemeden ibaret sayan, bu durumu sosyal hukuk devleti ve sosyal güvenlik ilkesinin gereği olarak değerlendiren yaklaşım, toplumun büyük bir kesimi için yaratılan adaletsizliğin doğuracağı olumsuz sonuçları gözden kaçırmış gözükmektedir. AYM'nin, en üst göstergede bulunanlarla diğer göstergelerde bulunanlar arasında sosyal güvenlik hakkı yönünden yaratılan farklılıkların giderilmesini sağlamak üzere aynı hakkın dengeli ve makul ölçülerde, diğer göstergelerde bulunanlara da tanınması gerektiği yönünde bir değerlendirme yaparak yasal değişikliği eşitlik ilkesine aykırılıktan iptal etmesi isabetli olurdu. Nitekim, AYM'nin yasal düzenlemeleri eşitlik hükmüne aykırılıktan iptal ederken aynı zamanda yasama organına yol gösterdiği kararları da mevcuttur.^[38]

AYM'nin eşitlik ilkesi açısından yaptığı değerlendirmelerde, “*aynı hukuksal durumlar*” in ne anlama geldiği konusu da, üzerinde durulması gereken bir başka sorundur. Çünkü bazı kararlarda, “*aynı hukuksal durumlar*” “*kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar*” la aynı anlama gelecek şekilde yorumlanmıştır. AYM, “*kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurullarla değişik uygulamalar yapılamaz.*”^[39] yargısında “*özdeşlik*” kavramını, doğru bir karşılık olmadığı halde, “*benzerlik*”le eş anlamda kullanmaktadır. Oysa, “*özdeşlik*”, “*aynılık*” anlamına gelir;^[40] “*benzerlik*”te ise, tıpatıp bir aynılık sözkonusu değildir. Eşitlik değerlendirmesinde belirlenmesi gereken hukuksal durumların aynılığı “*özdeşlik*” üzerine oturtulursa, ilke kapsam açısından daralır ve pek çok durumda adalet, hakkaniyet gibi hukukun genel ilkeleriyle

[37] E.1990/5, K.1990/28, KT.14.11.1990, RG.14.3.1991/20814

[38] Örneğin, AYM, tüm sosyal güvenlik kuruluşlarının tek çatı altında toplandığı 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'yla getirilen düzenlemeyi eşitliğe aykırı bulmuş ve iptal kararında yasama organına şu yorumla yol göstermiştir: “*Çalışma yaşamında kimilerinin hukuksal konularından kaynaklanan değişik kurallara bağlı tutulmaları, diğer çalışanlardan ayrıcalıklı duruma getirilmeleri anlamına gelmez. Yaptıkları işin özelliği nedeniyle aynı kurallara bağlı tutulamayanlar için de koşut düzenlemeler getirilerek ekonomik ve mali haklar yönünden eşitlik sağlanabilir... Yasa koyucunun, memurlara ödenecek emekli maaş ile diğer çalışanlara ödenecek yaşlılık aylığının hesaplanmasında, bunların benzerliklerini ve farklılıklarını dikkate alarak, aktüeryal dengeleri bozmadan düzenlemeler yapması olanağı bulunduğu ve bu konudaki takdirin ise kendisine ait olduğu açıktır...*” E.2006/11, K.2006/112, KT.15.12.2006, RG.30.12.2006/26392 5. Mükerrer.

[39] E.1990/28, K.1991/11, KT. 2.5.1991, RG.16.10.1991/21023; E.1990/5, K.1990/28, KT.14.11.1990, RG.14.3.1991/20814

[40] Bakınız Türk Dil Kurumu Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/> (10.02.2012)

sosyal hukuk devleti ilkesine aykırılıklar değerlendirmeye tabi tutulmamış olur. AYM'nin, ya “özdeşlik” ibaresini terk etmesi ya da bazı kararlarında olduğu gibi^[41], “*aynı koşullar içinde bulunan özdeş nitelikteki durumların yasalarca aynı işleme bağlı tutulacağı*” şeklinde daha net açıklamalarla, “*kişisel nitelikler, durum ve konuma bağlı özellikler nedeniyle*”, “*benzer nitelik ve durumda olanlar arasında*”^[42] ibareleriyle yapılan durum değerlendirmelerine istikrar kazandırması daha isabetli görünmektedir. Ancak bu durumda da, eşitliğin gereği kabul edilen “*aynı hukuksal durumda bulunanların aynı, farklı hukuksal durumların ise farklı kurallara tabi olması*” argümanına bağlı olarak, aynılık ya da farklılığın somut durumlarda nasıl saptanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.^[43] Bu sorunu AYM'nin askeri yargı mensuplarını özlük hakları bakımından sivil yargının gerisine düşüren bir Kanun'la ilgili değerlendirmesinde net olarak görmek

[41] E.1980/63, K.1980/68, KT.11.12.1980, RG.20.2.1981/17257; E.1992/38, K.1993/5, KT.2.2.1993, RG.17.12.1993/21791

[42] “*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.*” E.1987/16, K.1988/8, KT.19.4.1988, RG.23.8.1988/19908.

[43] Oyçokluğuyla verilen (5 karşı oy) bir kararında da bu sorun AYM üyeleri arasında tartışma yaratmıştır. İtiraza konu olan 3201 sayılı “*Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun*”unda yer alan “*...yurda kesin dönüş yapanlar*” ibaresidir. Söz konusu Kanun'un yurt dışında bulunan vatandaşların geçmiş hizmet sürelerini borçlanarak emekli olabilmeleri için yurda kesin dönüş şartını getirmiş olması, oysa 506 sayılı Yasa uyarınca geçmiş hizmet sürelerini borçlanarak sosyal güvenlikleri yönünden değerlendirilmesini talep edebilecekler için aktif çalışma hayatına son verme koşulunun aranmadığı ve bu durumun eşitsizlik yarattığı ileri sürülmüştür. AYM üyelerinin çoğunluğu, başvuruda bulunabilme koşulu olarak getirilen “*yurda kesin dönüş*” ibaresinin bu başvuruda bulunanlar yönünden aktif çalışma hayatlarına son verme anlamını taşıdığını, oysa, yurt içinde çalışmakta olan vatandaşlar için 506 sayılı Yasa'da böyle bir koşul bulunmadığını, yasalar önünde aynı hukuksal konumda bulunan, yurt içinde çalışıp da bu hizmetlerini sosyal güvenlikleri açısından borçlanmak suretiyle değerlendirmek isteyenler ile yurt dışında geçen hizmetlerini aynı şekilde değerlendirmek isteyenlerin eşit haklara sahip olmaları ve yasalar tarafından eşit koruma görmeleri gerektiği gerekçesiyle ilgili hükmü eşitliğe aykırı bulmuştur. Karşı oy kullanan üyeler ise, Yasa'nın yabancı ülkelerden yurda kesin dönüş yapanları güvencesiz bırakmamak amacıyla yönelik olduğunu, yurt içinde çalışanlar bakımından borçlanmanın çalışma sırasında sürdürülebilmesi, yurt dışında çalışanlar için kesin dönüş koşulu aranmasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağını, çünkü bu iki durumda sosyal güvenlik hakkının tanınmasındaki amaçların farklı olduğu, yurt içinde çalışarak yurada öngörülen prim miktarı ve çalışılacak gün sayısını tamamlamak zorunda olanlarla yurda dönerek yurada öngörülen toplam primlerini ödemek koşuluyla yaşlılık aylığına hak kazananlar, aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamayacağını ileri sürmüşlerdir. Karar için bkz. E.2000/36, K.2002/198, KT.12.12.2002, RG.25.04.2003/25089

mümkündür. Yüksek hâkimlik tazminatı almaya hak kazandıkları tarihten başlayarak bu görevlerde en az iki yıl çalıştıktan sonra emekliye ayrılan askerî yargı organı mensuplarına bu miktarın yarısının, sivil yargı organı mensuplarına ise tamamının ödeneceğini öngören düzenlemenin askerî ve adli yargı mensupları arasında eşitsizlik yarattığı iddiasına dayanan başvuruda AYM, öncelikle askerî hâkim ve savcılarla adli yargı hâkim ve savcılarının hukuksal konumlarının aynı olup olmadığını saptamaya çalışmıştır. Askerî ve sivil yargının Anayasa'da iki farklı kurumsal yapı olarak düzenlenmesini anayasa koyucunun iki yargı alanını farklı düzenlemeye tabi tutma tercihinin bir tezahürü olarak yorumlayan AYM, ayrımcılık yarattığı ileri sürülen farklılığın “*anayasal bir gereklilik*”ten kaynaklandığını dile getirerek askerî hakim ve savcılarla sivil yargı hakim ve savcılarının aynı konumda bulunmadıkları için ayrımcılık ve eşitsizliğin sözkonusu olamayacağını kabul etmiştir.^[44] Düzenlemenin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığını ise tartışmayan^[45], iki kesimin Anayasa tarafından aynı nitelik ve durumda görülmediğine, hizmet gerekleri ve görev konumu yönünden farklı olduklarına dikkat çeken AYM, emeklilikten ayrı koşullarda yararlanmanın doğal olduğunu ileri sürmüştür.^[46] Farklı uygulamanın ilgilileri için yararlı ya da zararlı sonuçlarını değerlendirme işinin yerindelik denetimi sayılacağını, bunun da Anayasa yargısı dışında kaldığını ifade ederek reddetmiş, sorunun

[44] Kararda kullanılan “...Bunların dışında, Anayasa'nın uygun bulunduğu gereklerle ve ayrı durumlar için ayrı işlem ve uygulamalar eşitlik ilkesiyle çelişmez. Zorunlu bir nedene, anayasal bir gereğe dayanmayan, aynı durum ve nitelikler için ayrı düzenlemeler, ayrı uygulamalar eşitlik ilkesini zedeleyen, önlenmesi zorunlu oluşumlardır.” değerlendirmesinden, anayasal gerekliliğin haklı bir neden olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. E. 1988/1, K. 1988/26, KT. 30.6.1988, R.G.26.11.1988/2001

[45] “...Anayasa'nın askerî yargı hâkim ve savcıları için gerçekleştirilmesini istediği yasal düzenleme. 140. maddenin dördüncü fıkrasında öngörülen “yaş haddi”, “yükselme” ve “emeklilik” konularıyla sınırlı değildir. “Askerî yargı” kenar başlığını taşıyan 145. madde de konuyu özel olarak düzenlemiştir. Bu maddenin son fıkrasının ilk tümcesinde “Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin mahkemesinde görevli buldukları komutanlık ile ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı, askerlik hizmetinin gereklerine göre kanunla düzenlenir.” denilerek özellikle, özlük işleri konusunda ayrı düzenleme gereğine açıklık kazandırılmıştır.” E. 1988/1, K. 1988/26, KT. 30.6.1988, R.G.26.11.1988/2001

[46] “Anlaşılmaktadır ki, adli ve idari yargı hâkim ve savcıları hakkında çıkarılacak yasaya, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri egemen olurken, askerî hâkim ve savcılar hakkında çıkarılacak yasada bu ilkeler yanında bunlarla uyumlu olarak askerlik hizmetlerinin gerekleri de gözönünde tutulacaktır. Askerî hâkim ve savcılarla, adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının özlük hakları yönünden, ayrı statüye bağlı tutulmaları Anayasa buyruğu olduğundan mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına aykırı olmamak koşuluyla, iki ayrı kesimin hâkim ve savcıları için bu konuda ayrı yasal düzenlemeler yapıp kurallar getirilmesi, yaş sınırı ve kadrosuzluk nedeniyle emeklilikte kadrosuzluk tazminatı, öğrencilik ve fiili hizmet olanakları gibi ayrı işlem ve uygulamalar öngörülmesi olağan sayılmalıdır.” E. 1988/1, K. 1988/26, KT. 30.6.1988, R.G.26.11.1988/20001

çözümünü yasalara bırakmıştır.^[47] Kararda, sivil ve asker kesim için farklı düzenlemelere gidilmesinin amacı da araştırılmamış, Anayasa'nın "Askerî yargı" kenar başlıklı "...Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin mahkemesinde görevli buldukları komutanlık ile ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı, askerlik hizmetinin gereklerine göre kanunla düzenlenir." hükmündeki kayıtlar ise, Anayasa'dan kaynaklanan farklılığı mutlak kabul eden bir anlayışın sınırları içinde denetlenmiştir. Yasal düzenlemenin yargı bağımsızlığı, hakimlik ve savcılık teminatı gibi Anayasal normlar ve hukuk devleti ilkesiyle bağlantısı açık olmasına rağmen işin bu yönüne çok kısa değinilmiş, farklılığın Anayasal bir kökeni olduğu ileri sürülerek yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesiyle ilgisi olmadığı kabul edilmiştir. Bu kararla sivil ve askeri kesim ayrımını, yargısal faaliyetlerin nitelik ve özünü de kapsayacak bir zemine oturtan AYM, yıllar sonra içtihadını değiştirmiş, "askeri hizmetin gerekleri"ni yargı faaliyetleri dışında geçerli bir ölçüt olarak kabul etmiştir.

Yukarıdaki kararlarla aynı dönemde verilen bir başka kararında ise, sağlık sektörü içinde asker- sivil ayrımına dayanan farklılaştırmayı, statü kaynaklı bir farklılık olarak kabul eden AYM, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda "bu Kanun'un Millî Savunma Bakanlığı hariç, bütün kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzelkişilerini ve gerçek kişileri kapsar" hükmünü Anayasa'nın eşitlik ilkesine yine aykırı bulmamıştır. Millî Savunma Bakanlığı'na bağlı olarak yürütülen silâhlı kuvvetler sağlık hizmetlerinin Kanun kapsamı dışında tutulmasının haklı nedene dayanıp dayanmadığı araştırmasında da aynı şekilde hizmetin niteliğini değil, kurumsal konumların karşılaştırılmasını temel almış; silahlı kuvvetlere sağlık hizmeti veren kurumların askeri kurum niteliklerinin ağır

[47] "Sivil ve asker kesim arasında Anayasa'dan kaynaklanan farklılık olağan kabul edilince, sivil emeliye yapılandırma daha az ödeme gibi, daha çok ödemenin de eşitlik ilkesine aykırı olacağı düşünülemez. Ödemeler, bir Anayasa hükmü gereği değil, yasa gereğidir. Ancak, askerî hâkim ve savcılarla, adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının genelde ayrı yasal düzenlemelere bağlı tutulmasının Anayasa'dan kaynaklanması, aylık ve ödenek yönünden de farklı düzenlemelere bağlı tutulmayı zorunlu kılmaz. Aynı biçimde ve oranda yararlanmalarında da aykırılık olamaz. Nitekim, 357 sayılı Askerî Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 18. maddesiyle, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesine kadar, bu konuda büyük ölçüde eşitlik sağlanmıştır. Ne var ki, iki kesimin aylık ve ödeneklerinde denklik sağlayan kural gibi emekliliklerinde farklı uygulamalara yol açacak kuralın da -statülerindeki değişiklik nedeniyle- Anayasayla bağdaşmadığı söylenemez." E.1988/1, K. 1988/26, KT. 30.6.1988, R.G.26.11.1988/20001; Anayasa yargısında "yerindelik denetimi" ile ilgili tartışma için bkz. Hakyemez, Yusuf Şevki (2007), "Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması", Anayasa Yargısı 24, s.535-546; Kaboğlu, İbrahim Ö.(2007), Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye, İmge Kitapevi, 4. Baskı, Ankara-İstanbul, s.137-140

bastığını ileri sürmüştür.^[48] Diğer sağlık kuruluşlarıyla askeri sağlık kuruluşları arasındaki statü farkının askeri sağlık kurumlarının askeri gerekler gözetilerek emir-komuta zinciri içinde yönetilmesinden kaynaklandığı, personelinin de öncelikle askerî personel olduğu, sağlık personeli niteliklerinde bir özellik bulunduğu yönündeki yaklaşım, yasalarla yaratılan statü farkının daha başlangıçta haklı bir neden olarak varsayıldığını göstermektedir. Bu yönde bir ön kabul, Anayasa'nın temel ilkeleri ve hükümlerine uygunluk araştırmasında AYM'nin kendini kısıtlamasına neden olmaktadır. Oysa, askeri sağlık hizmetlerinin verildiği mekanların askeri kurum, sağlık görevlilerinin de askeri personel sayılması, verilen hizmetin öncelikle sağlık hizmeti olduğunu kabul etmeye engel değildir. Ayrıca, kararda ileri sürülen “ulusal savunma gerekleri yönünden yerleşim ve hazırlıklarıyla özellik gösteren askerî kurumlarda askerî personel eliyle yürütülen silâhlı kuvvetler sağlık hizmetlerinin bu özellikler nedeniyle ayrı hükümlere bağlı tutularak iptali istenilen maddeyle kapsam dışında bırakılması doğaldır. Statü farklılığı haklı nedenine dayanan düzenlemenin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı bir yönü saptanamamıştır.” yorumunun, askeri sağlık hizmetlerini kışla yönetimiyle eşdeğer tutan bir anlayışın ifadesi olduğunu da belirtmek gerekir.^[49]

Ödenek ve yolluklarını üç aylık peşin olarak alan TBMM üyelerinin çeşitli sebeplerle genel seçimin yenilenmesi halinde önceden aldıkları üç aylık ödenek ve yollukların geri alınamayacağını düzenleyen Kanun hükmünün iptali

[48] E.1987/16, K.1988/8, KT.19.4.1988, RG.23.8.1988/19908

[49] AYM, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'na yapılan ek ile Millî Eğitim Bakanlığında norm kadro sonucu ortaya çıkan öğretmen ihtiyacının kadrolu öğretmen istihdamıyla kapatılmaması hallerinde öğretmenlerin zorunlu hallerde sözleşme ile istihdam edilebileceğini düzenleyen maddenin eşitliği ihlal etmediğine aynı gerekçelerle hükmetmiştir. Gerekçe için bkz. “Sözleşmeli öğretmenler ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesine tabi sözleşmeli personel statüsündeki kamu görevlileridir. Sözleşmeli personel, kamu hizmetinin insan unsurunun memurlardan (atamayla) oluşturulması ilkesine getirilmiş bir istisnadır. Memurlar, içeriği taraflarca belirlenemeyen bir statüye atanırken, sözleşmeli personel kamu hizmetine sözleşme ilişkisiyle bağlanmaktadır. Sözleşmeli personel istihdamı, özel meslek bilgisine ve uzmanlığa ihtiyaç duyulması ve gereksinmenin memur tipi istihdamla karşılanamayacak olması koşullarına bağlanmıştır. Eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için bir yasanın aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayırım veya ayrıcalık yaratması gerekir. 657 sayılı Yasa'nın 4/A maddesine tabi memur statüsünde çalışan kadrolu öğretmenler ile 4/B maddesi kapsamındaki sözleşmeli personel statüsündeki sözleşmeli öğretmenler aynı hukuksal konumda değildir. Farklı hukuksal konumda olanların farklı hukuksal düzenlemelere tabi olmalarının eşitsizliğe yol açtığı ileri sürülemez.” E.2008/54, K.2011/45, KT.10.3.2011, RG. 21.10.2011/28091. AYM'nin, aynı eğitimi alan, kamu kesiminde aynı görev ve sorumluluğu yerine öğretmenlerin bir kısmı için kadrolu (memur), bir kısmı için ise sözleşmeli (diğer kamu görevlisi) statü yaratılmasının ücret, özlük ve diğer sosyal haklar bakımından sözleşmeli öğretmenlerin aleyhine doğacak sonuçları hesaba katması ve değerlendirmesini bunun üzerinden yapması uygun olurdu. Ayrıca, devletin öğretmen ihtiyacını gidermeye yönelik daha makul ve hakkaniyete uygun çözümler üretmekle yükümlü olduğunu da hatırlaması gerekirdi.

isteminde ise AYM, bu kez kararını kaybedilen bir statü üzerine kurmuştur.^[50] Zira kararda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin üyelik statüsünün kazanılması ve kaybedilmesi, yasama dokunulmazlığı, çalışma düzeni ve mali haklar gibi birçok konuda kendilerine özgü hukuki konularına bağlı olarak diğer kamu görevlilerinden farklı kurallara tâbi tutulabildiği esasına dayanılmış; ancak bu ayrıcalıkların milliyetçilik statüsüne bağlı olduğu gözönüne alınmamıştır. Göreve bağlı olarak tanınan ayrıcalıkların görev sona erdikten sonra da devamına vize veren bu anlayışı, ne “görevin gereklilikleri” ne de “kamu yararı”, “yasamanın takdir yetkisi” ya da “anayasal gereklilikler”le açıklamak mümkün değildir.^[51] Diğer yandan, Anayasa’dan kaynaklanan ya da yasa koyucunun takdiriyle yaratılan her statü farklılığı, eşitliğe aykırılığın meşru gerekçesi olsaydı, AYM’nin benzer durumlarda “haklı neden”, “kamu yararı”, “ölçülülük”, “hakkın özü” gibi değerlendirmelere gitmesine gerek kalmazdı. Ancak, özellikle hak ve özgürlüklerin kullanımını etkileyen yasal düzenlemeler sözkonusu olduğunda, bu düzenlemelerin Anayasayla korunan temel hak ve ilkelere uygun olup olmadığını belirlemenin tek yolu, genel kabul görmüş nesnel ölçütlere göre yapılacak değerlendirmelerdir. Bu denetim şeklini reddetmek, başta hukuk devleti olmak üzere, eşitlik ve hukuksal diğer değerlerin getireceği korumanın da hiçe sayılması anlamına gelir ki; çağdaş insan hakları düzeninde bunun yaratacağı olumsuz sonuçların göze alınması düşünülemez.

B. “Haklı Neden”i Somutlaştıran Ölçütler

“Haklı neden” kavramına ilişkin genel bir tanım vermek mümkün değildir. “Haklı neden”,

eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülen yasal düzenlemelerle getirilen sınıflandırmanın farklılaşma yarattığı iddiasını çözümlenecek makam olan AYM tarafından o düzenlemenin somut içeriğine göre belirlenir. Anayasa Mahkemeleri, “haklı neden” olgusuna erişim faaliyetlerinde kanunların kapsamına aldığı herkeş eşit uygulanıp uygulanmadığını (şekli eşitlik) belirlemekten ziyade düzenlemenin içerik olarak aynı durumda olanları kapsayıp kapsamadığını belirlemeye çalışan bir denetime ağırlık vermek zorundadırlar. Haklı neden testi bir anlamda, sınıflandırma ile kanunun amacı arasındaki bağı, ilişkiyi ortaya koymakta, sınıflandırmanın amaca hizmet edip etmediğini, oranlı olup

[50] E.2009/57, K.2011/33, KT.3.2.2011, RG.14.4.2011/27905

[51] AYM, bir başka kararında “kazanılmış hak” kavramını açıklarken aslında tam da bu duruma uygun bir görüş ileri sürmüştür. Bkz. “Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir.” E.2005/110, K.2005/111, KT.29.12.2005, RG.26.7.2006/26240

olmadığını da belirlemektedir.^[52] Türk Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında, haklı neden kavramını somutlaştırmak üzere, “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve gereklerine uygunluk”, “ dengeli ve makul görülebilecek ölçütler”, “adaletli ve eşit ölçütler” gibi değişik ifadelerle ölçütler geliştirmeye çalışmıştır.

1. Kanun Koyucunun Takdir Yetkisinin Sınırı: “Kanunî Şart ve Niteliklere Uyarlık” ve “ Kamu Yararı”

AYM'nin eşitliğe aykırılık itirazlarını reddettiği bazı kararlarını “*yasama organının takdir yetkisine dayandırdığı, bunların bir kısmında yasamanın takdir yetkisini, “kanunî şart ve niteliklere uyarlık”* olarak ifade ettiği, bir kısmında ise adalet, hakkaniyet, kamu yararı, kamu düzeni, objektif ve makul nedenler, ölçülülük, hukuken kabul edilebilirlik gibi ölçütlerle sınırlandırıldığı görülür. Özellikle 1961 Anayasası dönemi kararlarında, bir kanunun Anayasa'nın 12 nci maddesinde yazılı olanlar dışında, düzenlemekte olduğu konunun niteliği bakımından bazı kayıt ve şartlar koyarak ayrımlar yapmasının ve hükümlerinden bu kayıt ve şartları yerine getirmiş olanların yararlanabileceklerini kabul etmesinin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğine hükmedilmiştir.^[53] Örneğin, Orman Kanunu'na eklenen bir hüküm^[54] ile askerden kaçma suçu için hapis ve yeniden asker edilme cezası öngören Askeri Ceza Kanunu hükmüne karşı yapılan eşitliğe aykırılık iddialarıyla ilgili AYM kararları, “*Anayasa'nın mutlak olarak yasakladığı yurttaşların kanun karşısında dillerine, ırklarına, cinsiyetlerine, siyasi düşüncelerine, felsefî inançlarına, dinlerine ve mezheplerine göre farklı muamele görmeleridir. Bunların dışında kanun önünde eşitlik, ancak niteliklerde benzerlik ve yasaların getirdiği kurallara uyarlık oranında söz konusu olabilir.*” yargısı üzerine kurulmuştur.^[55] Aynı dönemde, Memurin Kanunu'nda yapılan değişiklikle, yabancılarla evli olmayı memurluğa girişe engel, memur iken yabancılarla evlenmeyi ise memurluktan müstafi kabul eden kanun hükmünün getirdiği şart ise, bütün memurluklara şâmil, genel ve sınırsız bir kayıtlama olarak değerlendirilmiş; sınırlamanın bu haliyle kamu hizmetinin gerektirdiği bir nitelik olma

[52] İnceoğlu Sibel (2006), “*Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*”, Çalışma ve Toplum, Sayı.4, s.54

[53] E. 1963/336, K. 1967/29, KT. 26-27.9.1967, RG. 19.10.1968/13031

[54] E.1968/62, K.1969/16, KT.3/4/1969, RG. 3.1.1970/13390

[55] Bkz. “*Suç işlemiş ve kanunun koyduğu bir cezayı giyerek eski askerlik hizmeti yanmış bir kimse ile askerlik yükümünü kanunlara uygun olarak yerine getirmiş bir başka kimse arasında bu yönden bir eşitlik ilişkisi tasavvur edilemeyeceği için bunların askerlik yükümü konusunda bir tutulmaları da düşünülemez. Elbette ki ceza olarak askerlik hizmetinin sayılmamasına hükmedilen kimse, askerliğe birlikte girdiği kişilerden sayılmayan süre kadar fazla hizmet edecektir.*” E. 1967/52, K. 1968/29, KT. 2.7.1968, RG.17.12.1968/13069; Benzer kararlar için bkz. E.1968/8, K. 1969/37, KT.19/6/1969, RG. 18.5.1970/13497; E. 1964/36, K. 1964/77, KT. 25/12/1964, RG. 21.4.1965/11981

hüviyetini yitirdiği, kişiliğe bağlı bir ayırım durumuna düştüğü ileri sürülerek düzenlemenin Anayasal eşitliği bozduğuna karar verilmiştir.^[56] Anayasa'nın 58. maddesinin amaçlarından birinin kamu hizmetine alınmada kişiler arasında keyfi ayırım yapılmasını önlemek olduğu düşünüldüğünde, AYM'nin değerlendirmesinde Anayasa'nın 58. maddesi ile 12. maddesi arasında bağlantı kurması doğaldır. Zaten AYM, kamu güvenliğinin gereği olarak bu tür bir kayıtlamanın askerlik, Dışişleri, Millî Emniyet ve benzeri bazı kamu hizmetleri için “*görevin gerektirdiği bir nitelik*” sayılabileceğini kabul etmiştir. Fakat, bu açıklamalarından bir yıl sonra yabancı kadınla evlenmeyi yedeksubaylık hakkını düşüren bir neden olarak düzenleyen Kanun'la ilgili kararında, bu kısıtlamayı Anayasa'nın 58. maddesiyle ilgili görmemiştir. İptali istenen kuralın Anayasa'nın yasakladığı ayrımcılık zeminlerinden birine değil, kanunun düzenlediği konunun gereklerine dayandığına dikkat çektiği kararında^[57] AYM, yedek subaylık müessesesinin bir takım kayıt ve şartlara bağlanmasının Anayasa'nın askerlik yükümünü düzenleyen 60 ıncı maddesiyle kanun koyucunun takdirine bırakılmış bir konu olarak değerlendirmiştir.^[58] Anayasa'nın 58. maddesinin kamu hizmetine girme hakkı ile ilgili bir kural olduğu, yedeksubaylığın ise kişinin kendi isteği ile belirli bir kamu hizmetine girişi olmayıp, zorunlu olarak askerliğe alınması halı olduğu

[56] E.1963/205, K.1963/123, KT.22.05.1963, RG.14.08.1963/11480

[57] E.1964/36, K.1964/77, KT.25/12/1964, RG.21.4.1965/11981; Hükmün benzer değerlendirmeyle kurulduğu bir diğer karar, E.1963/336, K.1967/29, KT. 26-27/9/1967, RG. 19.10.1968/13031

[58] “...kanunun, yedek subaylık müessesesini bir takım kayıt ve şartlarla birlikte kurduğu, örneğin askere alınan yüksek öğrenim gören erkekleri, belirli bir süre askerlik öğrenim ve eğitiminin geçirdiği, sınavlarda başarı göstermeyenlere bu hakkı vermeyerek er sınıfına geçirdiği görülmektedir. Gerek bu hükümlerin gerekse itirazla ilgili 23 üncü maddenin diğer fıkralarında yer alan ve yedek subaylık hakkını düşürecek yazılı olan sebeplerin hiç birisinin de esasen askerliklerini er olarak yapan yüksek öğrenim yapmamış erkek vatandaşlara uygulanması söz konusu bulunmamaktadır. Nasıl yüksek öğrenimlerini yapmamış olan erkek vatandaşlara uygulanmayan ve hizmetin gereği olan bu hükümlerin hiç birisinin, söz konusu vatandaşlara uygulanmıyor diye Anayasa'nın 12 nci maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı oldukları düşünülemezse; askerlik yükümünü yedek subay olarak yapmak ve sonra da bu sıfatı muhafaza edebilmek için, yabancı kız ve kadınla evli olmamak şartını koymakta Anayasa'nın 12 nci maddesinde öngörülen bir eşitsizlik sayılamaz. Zira bu hükümde diğerleri gibi, Anayasa'nın 60 ıncı maddesiyle kanun koyucunun takdirine bırakılmış olan bir konunun, gerektiği şekilde düzenlenmesinden ibarettir.”
AYM Anayasa'nın 35. maddesine aykırılık iddiasını ise, “...yedek subay veya yedek askerî memurluğa ayrılmak için lüzumlu bulunan koşullar arasında yabancı kız veya kadınla evli olmamak veya nikâhsız yaşamamak halı de sayılmakta ve askerliğe çağırıldıkları günde bu durumlarda olanlar, daha başlangıçta yedek subay veya yedek askerî memurluğa ayrılmamaktadırlar. Bu da göstermektedir ki bu hükümler aile müessesesini tedirgin etmek veya Anayasa'nın 35 inci maddesinde yer alan aile ile ilgili diğer kuralları zedelemek amacıyla kabul edilmiş olmayıp, sadece askerlik yükümünün yerine getirilmesinin gerektirdiği koşulların bir sonucu olarak kanun koyucu tarafından takdir edilmiş bulunmaktadır.” gerekçesiyle reddetmiştir. E.1964/36, K.1964/77, KT.25/12/1964, RG.21.4.1965/11981

ileri sürülerek başvurunun 58. madde açısından değil, Anayasa'nın 60. maddesine göre incelendiği^[59] kararda genel hüküm-özel hüküm ilişkisi kurulmasına bile gerek duyulmamış, yasamanın takdir yetkisi, “*askerlik hizmeti ve görevinin nitelikleri*” ile getirilen Kanun hükmü arasında makul, zorunlu, orantılı bir ilişki olup olmadığı yönlerinden denetlenmemiş, eşitlik ilkesi sınırsız ve üstün yasama yetkisine kurban edilmiştir.

AYM, kanun koyucunun takdir yetkisini kamu yararıyla sınırlandırmayı tercih ettiğinde ise, “*kanun koyucuya verilen düzenleme yetkisinin kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek biçimde kullanılmayacağı*”^[60], “*Anayasa ve vergi hukukunun temel ilkelerine bağlı kalarak kamu yararı ve kamu düzeni gibi nedenlerle yeni vergi konabileceği, oranlarının değiştirilebileceği veya kaldırılabilirliği*”^[61], “*kamu yararını sağlama adına*”^[62], “*sosyal, ekonomik, mali ve kültürel amaçlı*”^[63], “*adalet, hakkaniyet ve kamu yararı*”^[64] gibi ifadelerle başvurmuştur. Bu tür kararlarda yasal düzenlemelerin öncelikle kamu yararı amacına hizmet etmesi gerekliliğine vurgu yapılmış, bu duruma aykırılıklar da hukuk devleti ve/ya eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmiştir.^[65] Bazı iş kollarıyla işyerlerini İş Kanunu'nun dışında tutan ve bu yönüyle işkolları ve işyerleri arasında ayrımcılık yarattığı iddia edilen düzenlemeyle ilgili kararda ise, kanun koyucunun takdir yetkisini “*memleketin ekonomik ve sosyal durumu*” ölçütüne göre değerlendirilmiştir. İş Kanunu'ndaki yeni düzenlemeyle ilgili olarak, kanun koyucunun ülkenin ekonomik ve sosyal durumuyla ilgili bir denge kurmayı amaçladığını, bu amaçla işin ve işyerinin durumuna ve memleketin

[59] AYM, bu durumu şöyle açıklamıştır: “Madde 58- Her türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

Hizmete alınmada, ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayırım gözetilemez.” Görüldüğü gibi bu madde hükmü, kamu hizmetlerine girme hakkı ile ilgili Anayasa kuralını koymaktadır. Maddede ki (Kamu hizmetine girme) deyimiyile yurttaşların kamu hizmetlerinin her hangi bir dalında kendi istekleriyle görev almaları halinin öngörüldüğü açıktır. Halbuki itiraz konusu olan kanun hükmü, bir kamu yükümü olan askerlik ödevinin ne suretle yerine getirileceğini düzenlemektedir. Bu kanunla düzenlenmiş olan yedek subaylık, kişinin kendi isteği ile belirli bir kamu hizmetine girişi olmayıp, zorunlu olarak askerliğe alınması halidir. Bu bakımdan 1076 sayılı kanun, Anayasa'nın 58 inci maddesinin kapsamına değil 60 ıncı maddesinin kapsamına giren konuyu düzenlemektedir. Bu sebeple konunun, Anayasa'nın 58 inci maddesinde yer alan hükümlere ve yapılmış olan ayrımların da, maddede öngörülmüş bulunan (Ödevin gerektirdiği niteliklere) dayandığı veya dayanmadığı yolunda belirecek olan düşüncelere göre çözümlenmesi mümkün olmadığından ayrıca bir de bu madde açısından inceleme yapılmasına yer görülmemiştir.” E.1964/36, K.1964/77, KT.25/12/1964, RG.21.4.1965/11981

[60] E. 1985/1, K. 1986/4, KT. 25/2/1986, RG. 10.7.1986/19160

[61] E. 2010/118, K. 2011/170, KT. 22/12/2011, RG. 19.5.2012/28297

[62] E. 2011/46, K. 2011/145, KT. 27/10/2011, RG. 19.5.2012/28297

[63] E.2009/63, K.2011/66, Kt.14.4.2011, RG.23.7.2011/28003

[64] E.2007/16, K.2009/147, KT.15.10.2009, RG.8.1.2010/27456

[65] E.2007/63, K.2009/152, KT.5.11.2009, RG.15.4.2010/27553

ekonomik hayatında yapacağı etkilere göre kanunun uygulanmasına imkân verecek bir ölçüyü esas aldığı, sosyal adaletin bu ölçü içinde sağlanabileceğini düşündüğünü ileri süren AYM, denetimini anayasaya uygunluktan çok bu dengenin kurulup kurulmadığına yöneltmiştir.^[66] Bu yönde bir araştırma, AYM'nin genellikle kaçındığı yerindelik denetimini çağrıştırmaktadır. Zira, ekonomik ve sosyal denge arayışına uygun yanıtı bulmaya yönelik araştırma, ister istemez yargı yüklü olacak, objektif hukuki ölçütlerle hareket imkanını kısıtlayacaktır. Aynı sorunun “*haklı neden*” ve “*kamu yararı*” ölçütleri için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, ilgili konu başlığı altında yukarıda açıklanan kararlardan da görüldüğü üzere, AYM 1990'lerden itibaren bu nitelikteki ölçütleri nesnel ve hukuki temellere dayandırma gayreti içindedir. Örneğin kararlarından birinde, “*Kamu yararının gerektirdiği düzenlemeleri yapmak, çareleri düşünüp önlemleri almak, yasa koyucunun en doğal hakkı ve görevidir. Yeter ki düzenlemeler yapılırken doğrudan doğruya amaçlanan hizmetin gerekleri gözönünde tutulmuş, istenen nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç bağı kurulmuş olabilsin.*” diyerek, amaç ve kısıtlamalar arasında nesnel ve zorunlu bir ilişki kurulmasını aramıştır.^[67] Siyasal partilere mali yardım yapılmasının koşullarını düzenleyen kanun hükmüyle ilgili değerlendirmesinde de, yasama organının keyfi davranmama yükümlülüğünün hukuk devletinin yanı sıra özellikle haklardan yararlanmayla ilgili düzenlemeler bakımından kişiler arasında keyfi ayrımlarda bulunulmamasını zorunlu kıldığını ifade etmiştir. Anayasa'nın eşitlik ilkesiyle bağlantılı olarak; “*Yasama organı haklardan yararlanma konusunda, kişiler arasında ancak objektif ve makul nedenlerle ve ölçülü olarak farklılık yaratabilir. Objektif ve makul nedenlere dayanmayan ya da ölçülü olmayan bir farklılığın Anayasaya uygun olduğu düşünülemez.*” diyerek yasama organını sınırlayan

[66] “*Anayasa'daki temel ilkelere uygun olmak ve belirtilen dengeyi sağlamak kaydıyla kanun koyucunun takdirine bağlı olduğu şüphesizdir. Kanun koyucunun bu takdirini Anayasa hükümlerine uygun olarak kullanıp kullanmadığını da yukarıda belirtilen esasların ışığı altında incelemek icabeder. Bu konuda kanun koyucu, memleketin ekonomik ve sosyal durumuna göre günde en az on işçi çalıştırmayı gerektiren iş yerlerine bu kanunun uygulama imkânı olabileceğini düşünmüş ve bunu bir prensip olarak koymuştur. Burada dikkat edilecek husus, kanun koyucunun, fiilen çalıştırılan işçi sayısını değil, işyerinin normal olarak işleyebilmesi için çalıştırılması gereken işçi sayısını, yani işin ve işyerinin, durumuna ve memleketin ekonomik hayatında yapacağı etkilere göre bu kanunun uygulanmasına imkân verecek bir nitelikte bulunmasını esas tutmuş ve bu konudaki sosyal adaletin, bu ölçü içinde sağlanabileceğini düşünmüş olmasıdır. Kanun koyucunun, bu ölçünün altına inilmesi halinde İş Kanunu hükümlerinin maddi bakımdan uygulama imkânı kalmıyacağını, küçük iş yerlerinin çalışmalarını güçleştirmek suretiyle memleketin üretim gücünde azalmaya yol açabileceği gibi fiyat artışlarına da sebep olabileceğini ve bu suretle toplumun, kişiler de dâhil olmak üzere, bütününe ilgilendiren sosyal adalet konusunda bir dengesizlik meydana gelebileceğini düşünmüş olduğu aşîkârdır.*” E. 1963/172, K. 1963/244, KT. 21/10/1963, RG. 1.2.1964/11622

[67] E.1992/40, K.1992/55, KT.31.12.1992, RG.24.4.1993/21561

ölçütleri de sıralamıştır.^[68] Fakat, AYM bu ölçütleri her zaman hakkaniyete uygun bir değerlendirmeyle somut durumlara uyarlayamamıştır. Siyasi partilere mali yardımı düzenleyen Kanun’la getirilen sınırlamanın büyük partilerle küçük partiler arasında eşitsizlik yaratacağı ve mali yardımın verilme amacına aykırı sonuçlar doğurabileceği itirazlarını karşılayamayan ve oldukça tartışma yaratan kararında bu durum net olarak görülmektedir.^[69] Yine, Ecnebi Memleketlere Gönderilecek Talebe Hakkında Kanun’a eklenen ve yurt dışına gönderilen ancak eğitimlerini her hangi bir sebeple tamamlayamayanların devlet memurluğuna atanabileceklerini düzenleyen hükme yapılan itirazı, bu kişilerle ilk defa devlet memurluğuna atanacak olanların aynı durumda bulunmadıkları ve bu nedenle aralarında eşitlik karşılaştırılması yapılamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir.^[70] Oysa karşı oylarda da haklı olarak belirtildiği gibi; “İtiraz konusu

[68] E.2008/42, K.2008/167, KT.20.11.2008, RG. 18.3.2009/27173

[69] “İtiraz konusu kurallar Devlet yardımından yararlanma bakımından örgütlenmesini tamamlayarak milletvekili genel seçimine katılan ve geçerli oyların en az %7’sini alan partilerle, bu oranda oy alamayan partiler arasında bir farklılık yaratmakta ve sadece bu koşulları sağlayan partilerin Devlet yardımından yararlanmasına olanak tanımaktadır. Siyasi partilerin temel amacı seçimlere katılarak milli iradenin ortaya çıkmasına aracılık etmek ve yeterli seçmen desteğini elde ederek yönetime katılmaktır. Bu nedenle, seçimlere katılabilmek için koşullarını sağlayamayan ve seçimlere katıldığı halde aldığı oyla yeterli oranda seçmen kitlesinin güvenini kazanamadığı anlaşılabilir bir siyasi partinin milli iradenin oluşumuna, daha büyük seçmen kitlesinin güvenini kazanan güçlü partiler gibi katkıda bulunacağı düşünülemez. Dava konusu düzenlemeyle partilerin büyüklük ve güçlerine göre demokratik siyasi hayata katkıları ölçüt olarak dikkate alınmak suretiyle devlet yardımından yararlanmaları öngörülmüştür. Bu ölçütün objektif ve makul olmadığı söylenemeyeceği gibi itiraz konusu kurallarda yer alan oranların da ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşılamaz.” Bu değerlendirmeye katılmayan çok sayıda üyenin karşı oyları, kararın tartışmalı yönlerine ışık tutmaktadır. E.2008/42, K.2008/167, KT.20.11.2008, RG. 18.3.2009/27173; Oysa AYM bir kararında, “... bir kanun hükmünün belli koşullara bağlı olarak tüm kişilere sağladığı bir hakkın kullanımının itiraz konusu kuralla Anayasa’da öngörülmüş hiçbir nedene dayanmaksızın ve hukuken kabul edilebilir bir gerekçe ortaya konulmaksızın, aynı hukuksal konumda bulunan kişiler bakımından engellenmesi Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır.” diyerek “hukuken kabul edilebilir” lik gibi oldukça geniş bir ölçüte dayanmıştır. E.2009/34, K.2010/72, KT.20.5.2010, RG.30.12.2010/27801. Siyasi partilerin mali yardımdan yararlanmalarını düzenleyen kanunla ilgili değerlendirmesinde de bu ölçüte başvurabilirdi.

[70] “İtiraz konusu kural, kapsamına aldığı kişilere öngörülen süre içerisinde başvurularını kaydıyla, bir defaya mahsus olmak üzere belli bir hak tanıyan geçici bir düzenlemedir. İtiraz konusu kural, 1416 sayılı Yasa uyarınca yurt dışına gönderilen ancak eğitimlerini her hangi bir sebeple tamamlayamayıp, Yasa’da öngörülen geçici süre içerisinde başvuran aynı durumdaki kişilerin tamamına bu hakkı öngördüğüne ve bunlar arasında bir ayırım yapmadığına göre, eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Diğer taraftan, 1416 sayılı Yasa uyarınca yurt dışına gönderilen “kamu görevini yürütmekte olanlar” ile “üniversitelerde öğretim elemanı olanlar”ın, yurt dışına gönderilme öncesinde esasen kamuda görev yapmaları nedeniyle bu kişiler ile ilk defa Devlet memurluğuna atanacakların aynı durumda bulunmadıklarından, bunlar arasında bu açıdan da eşitlik karşılaştırmasının yapılamayacağı açıktır. 1416 sayılı Yasa uyarınca yurt dışına gönderilen “kamuda her hangi bir görevi bulunmayan lisans mezunu öğrenciler”in durumu da ilk defa Devlet memurluğuna

kuralla Devlet memurluğuna sınavsız atanma olanağı getirilen; yurt dışındaki öğrencilikle ilişkisi kesilen, eğitim sonunda görevine başlamayan veya kadrolarıyla ilişkisi kesilen kişilerle, açıktan memurluğa atanma için Devlet memurluğu sınavına girmesi gereken kişiler arasında statü hukuku yönünden hiçbir fark yoktur. Çünkü her iki konumda bulunanlar kamu göreviyle ilintisi olmayan ve memuriyete girmek isteyen birey niteliğini taşırlar. Yurt dışına öğrenim için girilen sınavın ise, Devlet kamu hizmet ve görevleri için yapılan Devlet memurluğu sınavıyla hiçbir ilgi ve niteliksel benzerliği bulunmadığında duraksama yoktur. Bu sınav, yalnızca yurt dışında öğrenci olma konumunu kazandırdığı ve memurluk ile öğrencilik ayrı statüler olduklarından, Devlet memurluğu için aranan yeterliliğin oluştuğunun göstergesi de olamaz... Her iki konumda bulunanlar yönünden yeniden atanma halinde ayırım yapılmadan gerekli koşul ve niteliklerin aranması eşitlik ilkesinin gereğidir... Statü hukukunun özelliklerini içeren Devlet memurluğuna açıktan atama için tüm bireyler yönünden görevin gerektirdiği nitelikler dışında önceden belirlenmiş aynı koşulların varlığı gerektiğinde kuşku yoktur. Herhangi bir kişi için bu yönden farklı kurallar getirmek, herkesin sahip olduğu kamu hizmetine girme hakkı ve eşitlik ilkesi yönünden ayırım yapılmış olması sonucunu doğuracaktır.”^[71] Her yönüyle tatmin edici bu açıklama karşısında AYM'nin kararını savunmak mümkün görünmemektedir.

AYM 1961 Anayasası döneminde verdiği bazı kararlarında hukuk devletinde kanun koyucunun Anayasa ve onun dayandığı üstün, temel hukuk ilkeleriyle bağlı bulunduğunu, dolayısıyla kanunların Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerektiğini belirterek kanun koyucunun takdir yetkisini hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırmıştır.^[72] Ancak, eşitlik ilkesine aykırılık iddiaları söz konusu olduğunda, yasama organının anayasal eşitliğe ya da uluslar arası hukukun genel bir ilkesi olarak eşitliğe aykırı kanun çıkaramayacağını dile getirmekten kaçınmıştır.^[73] Yine aynı dönemde, eşitsizliğin yalnızca aynı

atanacak kişilerden farklıdır. 1416 sayılı Yasa uyarınca yurt dışına gönderilenler için yapılan sınav gözetildiğinde, bu kişilerin durumlarının ilk defa Devlet memurluğuna sınavla girenlerden farklı olduğunun kabulü gerekir. Farklı konumdaki bu kişiler için farklı kuralların öngörülmesi Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz”. E.2007/64, K.2008/154, KT.3.10.2008, RG.29.1.2009/27125

[71] E.2007/64, K.2008/154, KT.3.10.2008, RG.29.1.2009/27125

[72] Anayasa yargısında hukukun genel ilkelerinin işlevi ve yasamanın takdir yetkisi bakımından sınırlamanın bir ölçütü olarak kullanımı için bkz. Kaboğlu, İbrahim Ö.(1991), “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No:8, s.310-315

[73] E. 1963/124, K. 1963/243, KT. 1 1.10.1963, RG.4.12.1963/11572; E. 1963/166. K. 1964/76, KT. 22.12.1964, RG.28.4.1965/11985; Kararla ilgili yorum için bkz. Uygun Oktay (2011), Demokrasi Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar, XII Levha, İstanbul, s.263-265; Öden Merih (1999), “Cumhuriyetin 75. Yıldönümünde Anayasa Yargısı”, AÜHFHD, Cilt. 48, Sayı.1-4, s.30

yasa kuralına bağlı kişiler arasında ayırım yapılması durumunda ve yalnızca, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep düşüncelerine dayanması koşulu ile gerçekleştirilebileceği yönündeki AYM yorumunun, eşitlik ilkesinin normatif koruma alanını daralttığını söylemek mümkündür. Bu yorum tarzının, eşitlik ilkesinin varlık nedenlerinden biri olan adalet ve hakkaniyetin sağlanmasını, temel hak ve özgürlüklerden herkesin yararlanabilmesini tehlikeye düşürdüğü açıktır. Uygulamada eşitsizliğin çoğunlukla aynı durumda bulunan kişilerin farklı kurallara bağlı tutulmasıyla ortaya çıkan bir olgu olduğu düşünüldüğünde, ayrımcılık ve eşitsizlik olgusunun Anayasa'nın 12. maddesinde sayılan zeminlere bağlı olması şartının aranması, kimi zaman ilkenin korunmasını zayıflatan bir sonuç doğurmuştur. Anayasa koyucunun bu sonuçları istediği ve amacının bu yönde olduğunu varsaymak da mümkün değildir. Bu nedenle AYM'nin, 1961 Anayasası'nda sayılanlardan başka neden ve durumlara bağlı olarak da eşitsizliğin ortaya çıkabileceğini, aksi halde hukuki eşitliğin sağlanması ve korunmasının mümkün olmayacağını kabul etmesi için bir engel olmadığı gibi kendini bu yönde sınırlamasının makul bir açıklaması da yoktur.^[74] Nitekim eşitlik normunun dar yorumuyla bireysel ve toplumsal eşitlik ve adaletin gerçekleştirilemeyeceği, hakların kullanımını bakımından eşit koruma sağlanamayacağı AYM tarafından da anlaşılmış, sonraki dönemin içtihatları bu yönlerden geliştirilmiştir.^[75]

2. Kişilerin Farklı Durum ve Konumları Kendi İradesiyle Seçmesi

AYM eşitlik ilkesine aykırılık iddialarını değerlendirdiği kararlarından bir kısmında, *“kişilerin kendi iradesiyle farklı durum ve konumları seçtiklerinde, bu görevlere ilişkin kanunla getirilen kısıtlamaları da kabul etmiş sayılacağı”* argümanını kullanmış ve bu durumu düzenlemeyle getirilen farklılığın haklı nedeni kabul etmiştir. İş Kanunu'nda yapılan değişikliğin anayasal eşitliğe aykırı olmadığı sonucuna vardığı kararında bu tesbiti, *“...herhangi bir kişi, İş Kanununun kapsamına giren bir iş kolunu ve iş yerini seçtiği zaman İş Kanununa tabi olacak, bunun dışında kalan iş kolunu veya iş yerini seçtiği zaman da bu kanuna tabi olmayacaktır. Şu duruma göre bir vatandaşın İş Kanunundan yararlanıp yararlanmaması seçtiği İş koluna veya iş yerine bağlı olduğuna ve böylece olayda kişinin iradesi hâkim bulunduğuna göre ortada Anayasa'nın 12 nci maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesine aykırı bir durum söz konusu bulunmamaktadır”*. şeklinde

[74] AYM üyelerinden Recai Seçkin'in karşı oy yazısından. E.1968/8, K. 1969/37, KT.19/6/1969, RG. 18.5.1970/13497

[75] E.1966/11, K. 1966/44, KT. 22/11/1966, RG. 27.12.1967/12787; E. 1963/337, K. 1967/31, KT. 19-20/10/1967 RG. 2.5.1968/ 13188; E.1968/9, K. 1968/67, KT. 26/12/1968, RG.10.7.1969/ 13245

dile getirmiştir.^[76] Bu tespitten hareketle AYM, düzenlemenin amacını “*itiraz edilen hükümlerin kişileri değil, belli nitelikteki iş kollarını veya iş yerlerini hedef tuttuğu ve bu nedenle kişi hakları ile ilgili görülemeyeceği, ayrımların memleketin sosyal ve ekonomik yapısının imkânları gözönüne alınarak bir kısım iş kolları ile belli nitelikteki iş yerlerinde İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasına imkân görülmemiş olmasından ileri geldiği*” yönünde bir yorumla açıklamıştır. Bu gerekçeye katılmak mümkün değildir. Bir kere işsiz kişilerin iş kolları ya da işyerini serbest iradesiyle seçme şansına her zaman sahip olacağı söylenemez. Sırf iş bulabilmek için başka şehirlere göçen ve her türlü işe razı olan kesimin varlığını inkar etmek mümkün olmayacağı gibi, iş seçimlerinin her zaman sosyal güvence yönünden doğru bilgiyle yapıldığı da söylenemez. Bunun yanı sıra, iş yerleri ve iş kollarına ilişkin bir düzenlemenin kişi haklarıyla ilgili olmayacağı söylemi de ikna edici değildir. Zira, çalışma ve sosyal güvenlik konuları tam da kişi haklarına ilişkindir. Hukuki düzenlemelerin çoğunun doğrudan veya dolaylı olarak kişileri etkilediği göz önüne alındığında, kanuni ayrımların ya da farklılaştırmaların doğrudan kişileri ya da şeyleri konu alması, kişilerin eşitlik hakkından yararlanmalarının önünde engelleyici bir sebep olarak düşünülemez.^[77]

AYM, jandarma uzatmalı eratin evlenmelerini izne bağlı tutan Kanun hükmüne karşı yapılan başvuruyu reddettiği kararında da benzer gerekçelere dayanmıştır.^[78] Jandarma uzatmalı eratin hukuki statüsünü belirledikten sonra, kamu hizmeti görenlerin diğer vatandaşlardan farklı yüküm ve kısıtlamalara tabi tutulabileceğine, bu gibi kamu hizmetlerini kabul etmenin veya hizmete devam etmenin kişinin kendi isteğine bağlı olduğuna, dolayısıyla bu kısıtla-

[76] E.1963/172, K.1963/244, KT.21/10/1963, RG. 1.2.1964/11622; Daha sonraki tarihte bu yönde verilen bir başka karar ve karşı oylar için bkz. E.1988/51, K.1989/18, KT.2.5.1989, RG. 04.01.1990/20392

[77] Ayrıntılı bilgi için bkz.Öden Merih (2003), Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, s.151-154

[78] “*Askerlik mükellefiyeti jandarmada er olarak yapıldıktan sonra kazanılan “temditli erati” durumu bir kamu hizmetlisi durumu, görülen hizmetin de bir “kamu hizmeti” olduğu meydandadır. Kamu hizmetleri, gerek toplum gerekse yüklenilen hizmetin şartları bakımından sade bir vatandaştan ayrı yükümlere ve kısıntılara bağlı tutulabilirler. Bu gibi kamu hizmetlerini kabul etmek veya hizmette devam etmek kişinin kendi isteğine bağlı olduğundan, önceden bildiği bu kabil kısıtlamaları kabul etmiş sayılmak gerekir. Kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesi için kayıtlıyı hükümler koymak hukuk kurallarına uygundur. Herhangi bir kamu hizmetlisi evlenmek için izin almak zorunda bulunmadığı halde bir jandarma uzatmalı erinin izin almağa zorlanmasının eşitlik ilkesine aykırı olacağı da hatıra gelebilir. Halbuki Anayasa’nın 12 nci maddesinde : “Herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz” denilmektedir. Konumuzun yanı jandarma uzatmalı eratinin evlenmelerinin izne bağlı tutulmasının ise Anayasa’nın 12 nci maddesinde belirtilen eşitlik ilkesi ile ilgisi olmadığı aşikârdır.” E. 1965/2, K. 1965/24, KT. 5/4/1965, RG. 14.1.1966/12202*

maların baştan kabul edildiğine^[79] işaret ederek konunun eşitlik ilkesiyle bir ilgisi bulunmadığı gibi hukuka aykırı bir yanı da olmadığına hükmetmiştir. Ancak, bu sonuca varmasını haklı kılacak somut ve nesnel bir gerekçe göstermemiştir. Diğer askeri görevliler için öngörülmeleyen bir kısıtlamanın jandarma uzatmalı eratlar için getirilmesinin yarattığı eşitliğe aykırı sonuçlar ile kişisel bir hak ve özgürlük olan evlenme ve aile kurma hakkının özüne dokunulup dokunulmadığı tartışması yapılmadan ya da hak ve özgürlüklerden vazgeçmiş olmanın yapılan sınırlamaları her zaman Anayasa'ya uygun hale getiremeyeceği göz önüne alınmadan kurulan karar, AYM'nin gerekçe açısından da en zayıf kararlarından biridir.

3. Ödevin (Görevin) Gerektirdiği Nitelik

AYM kararlarında “ödevin (görevin) gerektirdiği nitelikler”, kanunla getirilen farklılaşma ya da ayırışmayı haklı kılan nedenlerden biri olarak kabul edilmiştir. “Ödevin gerektirdiği nitelikler” bir üst kavram olup, AYM kararlarında iptali istenen yasanın düzenlediği meslek, görev ve işin niteliğine göre değişen ibarelerle ifade edilmiştir. Bu kavrama bağlı olarak verilen kararların büyük çoğunluğunda, “kamu hizmetinin gerekleri” ne velya “askerlik hizmetlerinin gerekleri” ne dayanıldığı söylenebilir. Askeri unsurlar taşıyan görev ve görevlilerle ilgili yasal düzenlemelere karşı yapılan başvurularda AYM, genellikle askeri hizmetin ne anlama geldiğini tesbit ettikten sonra itiraz edilen düzenlemenin askeri hizmetle ilişkisini, amacını ve Anayasa ile uyumunu araştırmış, askeri yargı kurumları ve görevlileriyle ilgili yasal düzenlemeleri ise, doğrudan anayasa hükümlerine dayanarak değerlendirmiştir. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda hakim sınıftan olmayan başkan ve üyelerin görev sürelerini 3 yıl ile sınırlayan ve diğer haklar bakımından aynı rütbedeki subaylarla eşdeğer tutan değişikliklerle ilgili kararında da önceliği anayasal sınırların belirlenmesine vermiş ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin Anayasal statüsünü şu cümlelerle ifade etmiştir: Askerî Yüksek İdare Mahkemesi temel yapısı yönünden bir yüksek mahkemedir. Askerî bir kuruluş oluşu ondan sonra gelir ve ikinci alanda kalır. Burada askerlik hizmetlerinin gerekleri ancak mahkemenin bağımsızlığına ve bu bağımsızlığın güvencesi, dayanağı olan hâkimlik teminatına dokunmadığı sürece ve o oranda söz konusu olabilir. Başka bir deyimle, bu mahkemenin anayasal yapısı karşısında askerlik hizmetlerinin gerekleri nedenine dayanılarak bağımsızlığının ve başkan ve üyelerinin teminatının zedelenmesine yol açılması hukukça savunulabilir bir tutum olamaz. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bağımsızlığını ve başkan ve üyelerinin teminatını koruyacak, güvenlik alanının

[79] Benzer görüş E.1964/36, K.1964/77, KT.25/12/1964, RG.21.4.1965/11981 kararında da ileri sürülmüştür.

sınırına dayandığı anda askerlik hizmetlerinin gerekleri durur; durdurulur; artık işlememesi, işletilmemesi gerekir.^[80] Değerlendirmede bu şekilde çizilen sınır, AYM kararının yönü hakkında da fikir vermektedir.^[81] Nitekim AYM kararını, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nce icra edilen görevin askeri değil yargısal nitelikte olduğu esasına dayandırmış, Anayasal bir ölçüt olan “*askeri hizmetin gerekleri*” ile Anayasayla güvence altına alınan yargı bağımsızlığı ve teminatının anlam ve amaçları açısından yapılan değerlendirme sonucunda düzenlemeyi hukuk devleti ilkesiyle birlikte yargı bağımsızlığını düzenleyen hükümlere göre iptal etmiştir.^[82]

Askerî hâkim ve savcılara emekliliklerinde ödenecek yüksek hâkimlik tazminatı bakımından değişik uygulama getiren 270 Sayılı Yüksek Hâkimlik Tazminatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinin adli yargı hakimleri ile askeri yargı hakimleri arasında yarattığı farklılığın eşitliğe aykırı olduğu iddiasında ise, getirilen farklılığı askeri hizmetin gereği kabul etmiştir.^[83] Anayasa'nın sivil ve askeri yargı alanlarını ayrı ayrı düzenlemekle bu kesimler arasında özellikle “*askeri hizmetlerin gerekleri*” açısından bir fark yaratmak istediğine kuşku yoktur. Ancak, karşı oyların da haklı olarak belirttiği gibi, hukuk devleti ilkesinin de bir sonucu olarak, Anayasa her iki kesim için de yargı bağımsızlığını temel almıştır. “*Askerî hizmet gerekleri*”nin yargı bağımsızlığını ve ona içkin hakimlik teminatını gözardı edemeyeceği, iki yargı organı arasında farklılaştırma

[80] E.1975/159, K.1975/216, KT.18.12.1975, RG.12.4.1976/15557

[81] “...askeri hizmetlerin gerekleri ne denli ağır basarsa bassın, yukarılarda açıklandığı üzere, bu durumun mahkemelerin bağımsızlığını ve hâkimlik teminatını zedelemesine bir hukuk devletinde göz yumulamayacağı ortadadır.” E.1975/159, K.1975/216, KT.18.12.1975, RG.12.4.1976/15557

[82] “İtiraz konusu kuralların Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken “askerlik hizmetlerinin gerekleri” kavramının niteliğini ve etki alanını açıklığa kavuşturmanın büyük önemi vardır. Bu kavram salt ve soyut olarak ele alınırsa isabetli bir sonuca varılması beklenemez. Çünkü kavramın bir askerî birlikle bir Askerî Yüksek İdare Mahkemesinde eşit ağırlık ve kapsamlı uygulama alanına konulabilmesi tasavvur dahi edilemez. “Askerlik hizmetlerinin gerekleri” nin en başında bir disiplin, astlık-üstlük, buyurma, buyruğa uyma ilişkileri, rütbe ile sınırlanmış yetkiler düzeni gelir. Anayasa; adli, idarî ve askeri yargı arasında bir ayırım gözetmeksizin yargı yetkisinin millet adına bağımsız mahkemelerce kullanılması genel ilkesini benimsemiş (madde 7), hâkimlerin teminat alımda bulundurulmalarını hem genel olarak hem de idarî yargı, askeri yargı ve üstelik Askerî Yüksek İdare Mahkemesi yönünden bir anayasal zorunluk olarak ayrı ayrı belirlemiş (madde 132, 133, değişik 138, değişik 140, değişik 141), böylece “insan haklarına dayanan demokratik hukuk devleti” yapısı içinde (madde 2) mahkeme kavramının askerlik hizmetlerinin olağan ağırlık ve kapsamı içinde uygulanacak gerekleri ile uyuşmasına olanak bulunmadığını ortaya koymuştur.” E.1975/159, K.1975/216, KT.18.12.1975, RG.12.4.1976/15557

[83] “Askerî hâkimlerle adli ve idarî yargı hâkimlerinin yaş haddi, emeklilik, yükselme, özlük işleri yönünden Anayasa gereği ayrı durum ve nitelikte olmaları ve eşitlik ilkesinden, askerlik hizmetlerinin gerekleri gibi haklı bir nedene dayalı olarak uzaklaştırılmış bulunması karşısında itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 138. ve 139. maddeleriyle bağdaşmayan bir yönü de görülmemiştir.” E.1988/1, K.1988/26, KT.30.6.1988, RG.26.11.1988/20001

yaratacak düzenlemelerin bu kayıtlarla yapılması gerektiği açıktır.^[84] Daha açık bir deyişle, askeri hakimlik görevi, askeri bir hizmet olmaktan önce bir yargı hizmetidir ve onun temel ilkelerine bağlıdır. AYM, Anayasa'nın ilgili hükümlerini bu yönde değerlendirerek sözkonusu Kanun hükmünün yargı bağımsızlığına aykırı olduğu sonucuna varabileceği gibi, düzenlemeyle getirilen farklılıkların orantılı ve ölçülü olmadığına işaret ederek eşitliği bozduğuna hükmedebilir ya da yorumlu ret kararı vererek yasama organını eşitsizliği giderecek yönde düzenleme yapmaya sevkedebilirdi. Nitekim, AYM daha sonraki bir tarihte 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin "...357 sayılı Askeri Hakimler Kanununa tabi askeri hakim sınıfı subaylara ödenen görev tazminatı aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamaz." bölümünün eşitliğe aykırı olduğu iddiasını, hakimlik tazminatının görevle ilgili olduğunu ileri sürerek haklı bulmuş ve ilgili hükmü iptal etmiştir. Bu kararında AYM, "... Hakim ve savcılar bu görevde bulunmaları nedeniyle yüksek hakimlik tazminatına ve bu tazminatı almaları nedeniyle de görev tazminatına hak kazanmaktadırlar. Dava konusu kuralla, askeri hakim sınıfı subaylara ödenen görev tazminatının aynı rütbe ve kademedeki emsali subaylardan fazla olamayacağı belirtilerek, haklı bir neden olmaksızın askeri hakim sınıfı subaylar yönünden bir sınırlama getirilmektedir. Askeri hakim sınıfı subaylara, diğer subaylardan farklı tazminat ve ödenek verilmesi hakimlik görevinin gereğidir. Görev tazminatı, hakimlik görevinin niteliği ve özelliği gözönünde bulundurularak saptandığına göre rütbe, tazminatın belirlenmesinde etkileyici olmamalıdır. Başka bir anlatımla, bu tazminat ilgililere, belirli bir rütbede oldukları için değil, hakim ve savcı oldukları için verilmektedir. Görevi gereği yüksek hakimlik tazminatı alma hakkını kazanma bakımından diğer hakimlerle aynı hukuksal durumda bulunan askeri hakim sınıfı subayların bir bölümünün, yargı hizmeti dışındaki bir hizmetle kıyaslama yapılmak suretiyle, görev tazminatlarının sınırlandırılması askeri hizmetin gereklerinden kaynaklanan bir nedene dayanmadığı gibi... Askerlik hizmetinin gereklerinin ise yargı hizmeti yönünden mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi ilkelerinden önce geldiği düşünülemez gibi bu nedene dayanılarak mahkemelerin bağımsızlığının ve hakimlik güvencesinin zedelenmesine de izin verilemez." diyerek, hakim ve savcılık görevinin yargısal niteliğine ağırlık vermiş, önceki kararından

[84] Aslında AYM bu durumu bir başka kararında; "Kamu yararının gerektirdiği düzenlemeleri yapmak, çareleri düşünüp önlemleri almak, yasa koyucunun en doğal hakkı ve görevidir. Yeterki düzenlemeler yapılırken doğrudan doğruya amaçlanan hizmetin gerekleri gözönünde tutulmuş, istenen nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç bağı kurulmuş olabilsin." cümleleriyle çok güzel açıklamıştır. Karar için bkz.E.1992/40, K.1992/55, KT.31.12.1992, RG. 24.04.1993/21561

farklı olarak, bu durumun “askeri hizmetin gerekleri” yle ilgisi olmadığını kabul etmiştir.^[85] Bu yönde verilen bir başka kararın^[86] ardından, Anayasa’nın 145. maddesi AYM’nin içtihadı yönünde değiştirilmiştir. 2010 Anayasa değişikliğinde Anayasa’nın 145. maddesinde yer alan “askeri hizmetin gerekleri” ibaresi, askeri yargının bağımsızlığını zedelediği gerekçesiyle çıkarılmış^[87] ve 145/son hükmü Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin görevli buldukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir. şeklinde değiştirilerek, askeri hakimlerin özlük işlerinde de yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esası yerleştirilmiştir.

AYM’nin kadınların çalışma hakkıyla ilgili olduğu kadar cinsiyet ayrımcılığını yasaklayan Anayasa hükmüne de aykırılık yaratan bazı düzenlemelerle ilgili verdiği kararlarında da “hizmetin, işin niteliği” gerekçesini kullanması, cinsler arası eşitliği gözardı eden, hizmetin nitelikleri ile cinsiyet arasında geleneksel bağ kuran yaklaşımın yargısal temsili olarak değerlendirilmiş ve epey eleştirilmiştir. 788 sayılı Memurin Kanunu’nda yer alan “Kadınların memur ye müstahdem olmaları caizdir. Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tesbit olunur” hükmüne yapılan itirazın oyçokluğuyla reddediğildiği kararda AYM, “Anayasa’nın hükümleri uyarınca kamu hizmetlerine girmede ödevin gerektirdiği niteliklerden başka kadın ve erkek Türk vatandaşları için bir ayırım yapmağa imkân olmadığı gibi cinsiyet, kanun önünde eşitliği engelleyen bir sebep de değildir. İptali istenen Memurin Kanununun 6 ncı maddesinin (Kadınların memur ve müstahdem olmaları caizdir) yolundaki hükmünün Anayasa’nın kamu hizmetlerine girme hakkını ve kanuni eşitliği düzenleyen kurallarına aykırı bir yönü olmadığı... Yine aynı maddede yer alan (Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tesbit olunur) şeklindeki hüküm, ilk bakışta eşitlik prensibine aykırı gibi görünürse de, kadınların vücut yapıları ve işlerin niteliği bakımından bazı kamu hizmetlerine alınmamaları, bu prensibi zedelilecek nitelikte değildir. Kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi gerektiğinden kadınların vücut yapılarının elverişli olmadığı hizmetlerin her vekâletin memurlarına ait kanunlarda gösterilmesinin Anayasa’ya aykırı bir yönü

[85] E.2003/57, K.2004/57, KT. 12.05.2004, RG. 29.07.2004/25537; 926 Sayılı Yasa’ya tabi olup profesör ve doçent unvanına sahip subaylardan öğretim görevlisi olarak usulüne uygun bir şekilde akademik kariyerini kullanabilecekleri yerlere atanan subaylara ödenen görev tazminatının aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamayacağını belirten yasa kuralı da aynı gerekçeyle eşitliğe aykırı bulunmuştur. AYM, bu subaylara diğer subaylardan farklı tazminat ve ödenek verilmesini öğretim üyeliği görevinin gereği kabul edip, yasa hükmünü iptal etmiştir. E.2006/53, K.2009/21, KT. 5.2.2009, RG.28.03.2009/27183

[86] E. 2005/159, K. 2009/62, KT. 7.5.2009, R.G. 07.10.2009/27369

[87] Madde gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf> (10.02.2012)

bulunmadığı..” na hükmetmiştir. Oyçokluğuyla alınan karara karşı 6 üye, ilgili hükmün memur olabilmeyi kadınlara bir lütuflu gibi sunduğunu, kamu hizmetini erkeklere özgü bir görev olarak kabul edip Bakanlıklarca yapılacak tesbit işinin görevin niteliklerinden çok cinsiyet bakımından yapılacağını, zira Kanunda nitelik bakımından bir tesbit yapılacağını belirten genel bir ifade olmamasının tesbit işinin kadınlara hasredilmek suretiyle hükme bağlandığını gösterdiğini, bunun da cinsiyet bakımından bir ayırım olduğunu ileri sürerek karara karşı çıkmıştır.^[88] Kararın en tartışmalı bölümü, “*Kadınların memur ve müstahdem olmaları caizdir.*” ibaresinin “*Anayasa’nın kamu hizmetlerine girme hakkını ve kanunî eşitliği düzenleyen kurallarına aykırı bir yönü olmadığı*” nı söyleyen AYM’nin, “*kamu hizmetlerine girmede ödevin gerektirdiği niteliklerden başka kadın ve erkek Türk vatandaşları için bir ayırım yapmağa imkân olmadığı gibi cinsiyet, kanun önünde eşitliği engelleyen bir sebep de değildir*” şeklindeki eşitliğin en dar anlama indirildiği kısımdır.^[89] Anayasa’nın 58. maddesinde “*görevin gerektirdiği niteliklerden başka*” kamu görevlisi olmanın önünde bir engel yok iken, Kanunla kadın olmaya bağlı yeni koşul ve durumlar yaratılmasına izin verilmesi, bu iznin standart ve sınırlarının da belirlenmemesinin kadınları koruyucu bir yanı olmadığı gibi, eşitlik ilkesine ilaveten hukuk devleti ilkesine de aykırılık teşkil ettiği açıktır. Diğer yandan, kadınların istihdam edileceği memuriyet ve hizmet alanlarının belirlenmesinin Bakanlıklara bırakılmasını, “*kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi*”yle ilişkilendirmek abestir. Zira, aynı tehlike erkek görevliler için de vardır. Vücut yapıları ve işlerin niteliği açısından kadınların bazı işlerde çalıştırılmaması, daha çok iş kanunlarını ilgilendiren ve kadınları ağır işin yük ve tehlikelerinden korumaya yönelik istisnai hükümlerdir. Memurin Kanunu’nda ise, böyle bir hükme yer olmayacağı açıktır.

AYM kararlarında kullanılan “*konunun gerekleri*” ibaresi ise, “*görevin/hizmetin gerekleri*” ifadesinden daha geniş ve onu da içeren bir anlama gelmektedir. Kararlarından birinde AYM bu ibareye açıklık getirmiş; yasa koyucunun, bir kamu hizmetinde görevin gerektirdiği nitelik ve koşulları Anayasa çerçevesi içinde kalmak kaydıyla, görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluklarına

[88] E.1963/148, K.1963/256, KT.25/10/1963, RG.10.3.1964/11652; Diğer kararlar için bkz. E.1967/9, K.1967/41, KT.21/11/1967, RG. 18.6.1968/12927; E.1963/336, K.1967/29, KT.26-27.9.1967, RG.19.10.1968/13031; E.1968/62, K.1969/16, KT. 3/4/1969, RG.3.1.1970/13390

[89] AYM, Medeni Kanun’un “*Karı koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflar, sulh hâkimî tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz. Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir.*” hükmünün eşitliğe aykırı olduğu iddiasını da benzer gerekçelerle reddetmiştir. E.1997/27, K.1998/43, KT.30/6/1998, RG.15.1.2000/23943; benzer başka bir karar için bkz. E.2006/156, K.20008/125, KT.19/6/2008, RG.26.11.2008/27066

göre serbestçe takdir edebileceğini kabul etmiştir. AYM'nin “*gerek ve zorunlulukları*” sadece görevle değil, ülkenin durumuyla da ilişkilendirmesi, Yüksek Mahkeme'nin kendi değerlendirme alanını genişletme, yasaları elverişlilik açısından da inceleme iradesi taşıdığı anlamına gelmemektedir. Aksine AYM, konuyu en iyi bilecek durumda olanın yasa koyucu olduğunu işaret ederek bu değerlendirmeyi yasamanın takdirine bırakmıştır.^[90]

III. “EKSİK DÜZENLEME NEDENİYLE İPTAL KARARI VERİLEMeyeCEĞİ” YAKLAŞIMININ EŞİTLİK İLKESİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

AYM'nin eşitliğin alanını daraltan bir diğer yaklaşımı, önüne gelen yasal düzenlemenin eşitliğe uygun olup olmadığından ziyade katı pozitivist bir tutumla eşitliğe aykırı olup olmadığını belirleme faaliyetinde “*kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla (ya da eksik düzenleme nedeniyle) iptal edilemeyeceği*” şeklinde geliştirdiği bir ölçüte başvurmaktadır. AYM, yasal düzenlemenin konusuyla aynı durum ve koşullarda olmasına rağmen bir hak ya da olanaktan yararlanmayan kişi ya da kesimlerce ileri sürülen eşitsizlik iddialarını reddederken bu yaklaşımı, “*Anayasaya özde aykırı olmamak*” “*kişilerin kendi iradesiyle farklı durum ve konuları seçtiklerinde bu görevlere ilişkin kanunla getirilen kısıtlamaları da kabul etmiş sayılacağı*”, “*itiraz konusu hükmün iptaliyle uygulama alanının genişleyeceği*”, “*ilgili maddelerin uygulama alanlarının genişletilmesini, böylece daha kapsamlı bir uygulamanın gerçekleştirilmesini sağlamak için iptal isteminde bulunulmayacağı*” “*eksik düzenlemenin doğurduğu sonuçların yasama işlemleriyle düzeltilebileceği*” gibi ifadelerle somutlaştırmaktadır.^[91] AYM'nin yerleşik hale gelen, “*iptal kararı ancak Anayasa'ya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için verilebilir. Özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal edilmemesi, bu sorunun çözümünün yasama organına bırakılması gerekir.*” yaklaşımı, özellikle bir kesime hak tanıdığı, aynı koşullar içinde aynı işi ve işlemi yapan diğer kişileri dışlayarak farklı uygulamaya yol açtığı iddia edilen düzenlemeler sözkonusu

[90] “*Yasa koyucunun, bir kamu hizmetinde söz gelimi askerlik alanında görevin gerektirdiği nitelikleri ve koşullar saptamasını ya da saptanmış olanları değiştirmesini, Anayasa çerçevesi içinde kalmak kaydıyla, görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluklarına göre serbestçe takdir edebileceğini kabul etmek yerinde olur. Çünkü bu gerek ve zorunlulukları en iyi bilecek durumda olan yasa koyucudur, itiraz konusu kural ile de yapılmış olan budur.*” E. 1976/51, K. 1977/16, KT.10.3.1977, RG.25.6.1877/15977

[91] Bu yöndeki erken dönem kararları için bkz. E.1963/172, K.1963/244, KT.21.10.1963, RG.1.2.1964/11622; E.1963/174, K.1963/115, KT.20.5.1963, RG.2.8.1963/11470; E.1963/205, K.1963/123, KT.22.5.1963, RG.14.8.1963/11480; E.1963/89, K.1964/36, KT.5.5.1964, RG.22.8.1964/11787

olduğunda, tatmin edici bir yanıt üretemeyen, eşitliğe aykırı sonuçların devamına icazet veren bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir.^[92] 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda yapılan değişikliğin Anayasa'nın 2. ve 10. maddesine aykırı olduğu iddiasını bu gerekçeyle reddeden AYM'nin kararı, sözkonusu yaklaşımın getireceği olumsuz sonuçları göstermesi bakımından iyi bir örnektir. Düzenlemeye karşı Anayasaya aykırılık savı şu gerekçelerle ileri sürülmüştür:

- İddia sahibi Millî Savunma Bakanlığı'na bağlı işyerinde çalışmaktadır. Bu işyeri nitelik ve koşullar bakımından itiraz konusu kuralda öngörülen ve itibari hizmet süresinden yararlanma olanağı veren işyerlerinden farklı olmadığı halde Millî Savunma Bakanlığı'na bağlı işyerlerinde çalışan sigortalılar itiraz konusu madde kapsamında yer almadıkları için bu maddeyle tanınan olanaktan yararlanamamaktadır. Çünkü, itiraz konusu kural uyarınca “*itibari hizmet süresi*” nden yararlanabilmek için iki ayrı koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullar, madde kapsamında açıkça gösterilen ve sayılan sigortalılardan olmak ve görülen işin madde metninde belirtilen işyerinde yapılmasıdır. Başka bir anlatımla, hem işkolu hem de işyeri koşulunun birlikte gerçekleşmesi zorunludur.
- Bunun sonucu olarak, davacı ve aynı durumdaki diğer kişiler için işyeri koşulu gerçekleşmesine karşın, madde metninde belirtilmeyen işkollarında aynı tür işi gören sigortalılar aleyhine bir durum ve eşitsizlik doğmaktadır.
- İtiraz konusu madde düzenlemesinde öngörülen ve itibari hizmet süresinden yararlanabilmek için iki koşulu birlikte arayan sistem yerine, sadece işyeri koşulunu zorunlu kılan sistemin kabulü durumunda bu eşitsizlik ortadan kalkacaktır.

Talebi ve ilgili yasal düzenlemeyi değerlendiren AYM, itirazı oyçokluğuyla reddetmiştir. Yasadaki haktan yararlanabilmek için Yasanın öngördüğü biçimde iş kolu ve işyeri koşullarının birlikte gerçekleşmesinin zorunlu olduğuna işaret etmiş, anılan bent hükümlerinde Millî Savunma Bakanlığı'na bağlı işyerlerinde çalışan sigortalıların yer almamış olması durumunun belli sigortalılara hak tanıyan ve özü bakımından Anayasa'ya aykırılığı bulunmayan hükmün iptalini gerektirmediğini, ayrıca diğer sigortalıların bu haktan yararlanmalarını

[92] Bilgi için, Aliefendioğlu, Yılmaz (1996), Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara, s.50-53; Gözler Kemal (2011), Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, s.796-798; Bu nitelikteki kararlar için bkz. E.1963/174, K.1963/115, KT. 20.5.1963, RG.02.08.1963/11470; E.1981/13, K.1983/8, KT. 28.4.1983, R.G. 09.04.1984/18367; E.1987/24, K.1987/37, KT. 24.11.1987, R.G.'de yayımlanmamıştır. (Red); E.1988/3, K.1989/4, KT. 18.1.1989, RG.3.5.1989/20157; E.1988/51, K.1989/18, KT. 2.5.1989, RG.04.01.1990/20392

sağlamak üzere her zaman yeni düzenlemeler yapılabileceğini ileri sürmüştür.^[93] Karara katılmayan üyelerin itirazları ise, itibari hizmet süresinin anlamı üzerine yoğunlaşmıştır. Azınlık görüşlerinde, “*itibari hizmet süresi*” nin bedeni yıpratıcı, çalışma gücünü ve hayat süresini azaltıcı işyerlerinde çeşitli tehlikelere açık olarak çalışanların emekliliklerine eklenen süre anlamına geldiği, buna bağlı olarak yıpratıcı etkinin işçinin bağlı olduğu işkolundan değil, işçinin çalıştığı yer ve koşullarından ileri geldiği, aynı işyerinde ve aynı koşullarla çalışan iki işçiden birine işkollarına göre bu hak tanınırken ötekine tanınmamasının Anayasa’nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Anayasa’ya öзде aykırılık olmadığı iddiasına karşı da, aynı yıpratıcı koşullar içinde çalışan işçilerin bir kısmına verilen bir hakkın, öteki kısmına verilmemesinin devleti çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemekle görevli kılan Anayasa’nın 49. maddesine aykırı düştüğü görüşü savunulmuş, bu aykırılığın (işkolu koşullunun) iptal kararıyla giderilerek, yasa kapsamına Anayasa’ya uygun bir içerik kazandırılmasının Anayasa Mahkemesi’nin görevi ve anayasal denetim kapsamı içinde olduğu bildirilmiştir.^[94] Aynı yıpratıcı koşullar içinde çalışan işçilerin bir kısmına verilen bir hakkın öteki kısmına verilmemesini eşitliğe aykırı bulmayan AYM, birkaç yıl sonra verdiği başka bir kararda ise, iki farklı hukuki statüden birine verilen imkanın diğerine kıyasen uygulanabileceği yönünde bir değerlendirme yaparak düzenlemenin eşitliğe aykırı bir yanı bulunmadığına hükmetmiştir. Yasama organı üyeliği yapanlarla dışarıdan bakanlığa atanarlara emeklilikle ilgili özlük hakları bakımından bir takım avantajların yanı sıra bu görevlerde geçirdikleri her hizmet yılı nedeniyle fiili hizmet zammı verileceğini düzenleyen Kanun hükmüne karşı ileri sürülen eşitliğe aykırılık itirazının ret

[93] Çoğunluk görüşü için bkz. “...bir yasa hükmünün, Anayasa’ya aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için, bu hükmün Anayasa’nın koyduğu esaslara aykırı bir kural içermesi gerekir. Anayasa; itiraz konusu maddede sözü edilen sigortalıların, “*itibari hizmet süresi*”nden yararlanmalarını engelleyen bir kurala yer vermemiştir.” saptaması, aksine, Anayasa’nın öngördüğü “*Sosyal devlet*” ilkesi ve bu ilkenin içerisinde yer alan “*Sosyal güvenlik*” kavramı, itibari hizmet türünden kurumların kabulünü zorunlu kılmaktadır.” Öзде Anayasa’ya aykırı düşmeyen bir kural uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal edilmeyeceğine göre; bir kısım sigortalılara hak tanıyan itiraz konusu hükmün, öteki kesimlere de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasama işlemleriyle düzeltilmesi, düzenleme eksikliklerinin bu yöntemle giderilmesi Anayasa’ya uygun ve tutarlı bir tasarruf olacaktır.” E.1988/51, K.1989/18, KT.2.5.1989, RG.4.1.1990/20392

[94] 1961 Anayasası döneminde Sendikalar kanunu’ndaki değişiklikle işçilerin işkolunda yetki almış sendikaya verecekleri aidatların işverenden olan alacaklarından kesilerek sendikaya ödenmesini öngören hükmü, sözkonusu değişikliğin diğer sendika üyesi işçileri kapsamadığı gerekçesiyle eşitliğe aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. E.1970/48, K. 1972/3, KT.8-9.2.1972, RG.19.10.1972/14341; Kararla ilgili bilgi için bkz. Öden, Merih (2003), Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, s.292-293; Aynı yönde bir başka karar için bkz. E.1988/19, K.1988/33, KT.26.110.1988, RG. 11.12.1988/20016

gereksesi olarak; “*Yasama organı üyeliği ve bakanlık görevinin, gerek işlevsel ve gerekse içerik bakımından 5434 sayılı TC. Emekli Sandığı Yasası'nın 32. maddesinde fiili hizmet zammı alanlar arasında sayılan Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu üyelerinin görevinden daha az yıpratıcı etki yarattığını söylemeye imkan olmadığı*” ileri sürülmüştür.^[95] İşçilerin itibari hizmet süresiyle ilgili kararda karşı görüş olarak ileri sürülen savlar, bu kez üyelerin çoğunluğu tarafından sahiplenilmiş, üstelik tamamen farklı konumda bulunan bir grup lehine savunulmuştur. AYM, Sosyal Sigortalar Kanunu'yla getirilen süper emeklilik sistemiyle ilgili kararda da benzer bir değerlendirmeye, eski emeklilerin durumlarının iyileştirilmesinin ayrı bir yasa konusu olduğunu, eksik düzenlemenin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceğini ileri sürerek eşitlik ilkesine aykırılık olmadığına karar vermiştir.^[96]

Eksik bir düzenlemenin yarattığı kimi haksızlık ve adaletsizlikleri giderebilmek için itiraza konu hükmün iptali yoluna gidilmesinin Anayasaya uygunluk denetiminin sınırlarını aştığı tezi, bazı kararlarda ise, çoğunluk kararına katılmayan üyeler tarafından savunulmuştur.^[97] Demek ki AYM, bazı başvuru-

[95] E.1992/38, K.1993/5, KT.2.2.1993, RG.17.12.1993/21791

[96] E.1990/5, K.1990/28, KT.14.11.1990, RG.14.3.1991/20814

[97] Kararlara şu gerekçelerle karşı oy kullanılmıştır: “*Düzenlemenin eksik ve aksayan yanlarının bulunması, zaman içinde yeni düzenlemelerle bu hükümlerin de değiştirilip düzeltilmesinin kaçınılmaz olması Anayasaya uygunluk denetimi açısından önem taşımamaktadır. Bir yasa hükmününün Anayasaya aykırı olduğunun iddia edilebilmesi için, metin olarak Anayasanın koyduğu ilke ve kurallara uygun düşmeyen, onlarla çelişip çatışan bir kural içermesi gerekmektedir.*” “*Anayasa Mahkemesinden, ancak Anayasaya aykırı olan bir yasa hükmününün uygulama alanından kaldırılması için iptal kararı istenebilmekte, öz yönünden Anayasaya aykırı düşmeyen bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal isteminde bulunulmasına Anayasa cevaz vermemektedir.*” “*Bir yasa hükmününün uygulama alanını genişletmek amacıyla değil, Anayasa'ya aykırı olması halinde iptali gerekir.*” E.1988/19, K.1988/33, KT.26.110.1988, RG. 11.12.1988/20016; “*...Bir yasanın Anayasa'nın 10. maddesinde yazılı olanlar dışında, düzenlemekte olduğu konunun niteliği bakımından bazı kayıt ve şartlar koyarak ayrımlar yapması ve hükümlerinde bu kayıt ve şartları yerine getirmiş olanların yararlanabileceklerini kabul etmesi, 10. maddede sayılan özelliklerin herhangi birisine dayanılarak yapılmış bir ayırım olmadıkça eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.*” E.1992/40, K.1992/55, KT.31.12.1992, RG.24.04.1993/21561; “*...Söz konusu düzenleme, Kurumun aktüeryal dengesini düzeltmek üzere uygulamaya konulmuştur. Eski emeklilerin durumlarının iyileştirilmesinin ise, ayrı bir yasa konusu oluşturacağı, eksik düzenlemenin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceği açıktır.*” E. 1990/5, K.1990/28, KT.14.11.1990, RG.14.03.1991/20814; “*Özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işverenler veya vekillerinden tahsil edilecek para cezalarının ne şekilde kullanılacağı hususu tamamen yasa koyucunun takdir alanına giren bir husus olup, Anayasal ilkelere bağlı kalmak şartıyla, bu cezaların kamu yararına bir harcama kalemi olarak doğrudan Çalışma Bakanlığı ya da bağlı bir birimince kullanılması mümkün olabileceği gibi, işçi-işveren temsilcilerinin de içinde olacağı bir komisyonun teşkil edilip edilmemesi, bu komisyona kimlerin alınıp alınmayacağı, temsili uygun görülen komisyon üyelerinin bir bölümü için farklı, diğerleri için değişik kriter ve ölçütlerin öngörülmesi de tamamen yasa koyucunun takdirindedir. Diğer bir deyişle, örneklenen hususlar bir Anayasal denetim sorunu olmayıp, yasanın tasarrufu alanındaki bir tercihini ortaya konulmasından ibaret bulunmaktadır.*” E.2008/57, K.2010/26, KT.4.2.2010, RG.22.10.2010/27737;

larda önüne iptal talebiyle gelen benzer nitelikteki kanun ve düzenlemeleri bu gerekçeyle reddedileceği halde kabul etmekte ve eşitliğe aykırı bulabilmektedir. Özellikle bir gruba imtiyaz sağlandığı gerekçesiyle iptal edilen kanun hükümleriyle uygulamanın genişletilmesi değil, ama daraltılması sonucunun ortaya çıktığı kararlar bu yöndedir.^[98]

Bu nitelikteki kararlarda AYM üyeleri arasında tam bir uzlaşıya varılmasını, diğer deyişle kararların neredeyse tamamının oyçokluğuyla verilmesini, bir yandan “ayrımcılık iddialarına konu olan düzenlemelerin dışarıda tutulan kesim için aleyhte bir sonuç yaratmasına rağmen bir başka kesim lehine gelişen sonuçların hukuki ve nesnel ölçütlerle açıklanamaması”, diğer yandan ise AYM’nin “kendi kendini sınırlaması” olarak değerlendirmek mümkündür. AYM’nin kendini sınırlamasını da iki nedenle açıklamak mümkündür; birincisi itiraz konusu düzenlemenin iptali ile uygulamanın genişletilmesinin yasama organının iradesine aykırı bir sonuç doğuracağı, diğer deyişle yasamanın yerine geçme anlamına geleceği endişesi, ikincisi ise, iptali istenen düzenlemenin Yüksek Mahkeme’nin deyimiyle öz yönünden Anayasa’ya aykırı düşmemesi ya da bazı kararlarında ileri sürdüğü gibi, aslında istenenin iptal değil, yasal düzenlemenin kapsamını genişletmek olması. Ancak, hangi nedenle olursa olsun, bu kaçınma tavrı bazı hallerde eşitliğe aykırı sonuçların hukuka aykırı biçimde devamına yol açmaktadır.^[99] AYM’nin benzer nitelikteki düzenlemelerle ilgili kararlarında başvurduğu nesnel ölçütleri, bu tür itirazlarla ilgili olarak da kullanmaya devam etmesi, yasamanın takdir yetkisini bu ölçütlere göre değerlendirmesi, aleyhe sonuçlar doğuran farklılıkların haksız bir nedene dayanmadığına kanaat getirdiğinde durumu aydınlatıcı ve ikna edici gerekçelerle açıklama gayretini

“Yasa hükümlerinin Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna varılabilmesi için, Anayasa’nın açıkça belirlediği hususların tersine kurallar içermesi gerekmektedir. Oysa Türk Ceza Kanununun 9/1/1986 günlü, 3255 sayılı Yasa ile değişik 175. ve 176. maddeleri, düzenleme alanları içinde, vicdan ve ibadet özgürlüğünü zedeleyen; Anayasa’nın “Din ve vicdan hürriyeti” ile ilgili 24. maddesine ve iptal davasının öteki dayanaklarını oluşturan Başlangıç hükümleri ile 2, 10, 13, 14, 174. maddelerine ters düşen hükümler içermediği gibi, beşeri dinler aleyhinde uygulama yapılmasına neden olacak kurallara da yer vermemektedir. Semavi olmayan dinler yönünden aynı doğrultuda bir düzenlemeye bu evrede gidilmemiş olması, dolayısıyla Türk Ceza Kanununun 175. ve 176. maddelerinin yalnız semavi dinleri koruma altına almış bulunması karşısında, ancak “eksik düzenleme”den söz edilebilecektir. İlgili maddelerin uygulama alanlarının genişletilmesini, böylece daha kapsamlı bir uygulamanın gerçekleştirilmesini sağlamak için iptal isteminde bulunulmayacağı gibi, iptal kararı da verilemeyeceğine göre, belirtilen eksikliğin Anayasa’ya aykırılığı oluşturan haklı bir neden olarak değerlendirilmesi kanımca olanaksızdır.” E. 1986/11, K. 1986/26, KT. 4/11/1986, R.G. 22.02.1987/19380

[98] E. 1985/1, K. 1986/4, KT. 25/2/1986, R.G.10.07.1986/19160), E. 1986/11, K. 1986/26, KT. 4/11/1986, R.G. 22.02.1987/19380

[99] Eleştiriler için bkz. Öden, Merih (2003), Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, s.304-310

göstermesi yerinde olacaktır. Nitekim AYM, eşitliğe aykırılık nedeniyle iptal ettiği bazı yasal düzenlemelerle ilgili olarak, yasa koyucunun benzer durumlara benzer çözümler getirmesi esasına vurgu yaparak yasa koyucuya yol göstermiş, yasaların genel olması ilkesinin de bunu zorunlu kıldığını ileri sürebilmiştir.^[100] Bunun anlamı, yasamanın yerine geçmek değil, AYM'nin varlık nedeni olan adalet ve hakkaniyete uygun düzenlemeler yoluyla anayasal düzenin ve insan haklarının korunmasını sağlamaktır.

SONUÇ

Ayırmıcılık yasağı, negatif içeriğiyle kişi ve gruplara belli zeminlere dayalı ayrımcılık yapılmamasını emreden mutlak bir yasaktır. Eşitlik ilkesiyle ilişkisi ise, mutlak olarak yasaklanan nedenlere dayalı ayrımcılığın eşitliği daima bozacağı kabulüne dayalı bir varsayımla açıklanabilir. Diğer deyişle, bu zeminlerin eşitlik ilkesinin çekirdek, dokunulmaz alanını oluşturduğu kabul edilir. 1961 ve 1982 Anayasalarının kanun önünde eşitliği düzenleyen hükümlerinden de anlaşıldığı kadarıyla, bu özelliklere dayalı bir sınıflandırma diğer özelliklere dayalı sınıflandırmalara göre çok daha sıkı bir denetime tabi tutulacaktır.^[101]

Gerçek ya da mutlak eşitliğin doğal düzende bile olmadığı düşünüldüğünde, eşitlik ilkesiyle varılmak istenenin hukuksal eşitlik olduğu açıktır. Hukuksal eşitlik de ancak hukuksal ölçütlere dayanarak kurulabilir. Bunun sonucu olarak, kişiler/gruplar arasındaki benzerlik ya da farklılıkların kişisel özelliklere ya da ayrımcılığın yasaklandığı alanlara ilişkin değil, kişi/grupların hukuksal durum ve özellikleri açısından ele alınması zorunludur. Diğer deyişle, yasalarla yapılan sınıflandırmanın tabi tutulduğu denetim, yerindelik değil, hukuki açıdan bir değerlendirmeyi esas almaktadır. Bu anlamda anayasal denetimin etkinliği, AYM tarafından kullanılan yorum yöntemleri ve ölçütlerin hukuksal ve nesnel değerine, hak-eksensiz bakışın hakim kılınıp kılınmamasına bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Özellikle eşitlik gibi oldukça soyut ilkelerin denetimine konu olan yasal düzenlemelere ilişkin değerlendirmelerin, Anayasanın ya da hukukun açık kavram ve kurallarına göre yapılacak yorumlardan daha zor olduğunu söylemeye gerek yoktur. Hakkaniyet ve adalet gibi ahlaki ilkelerin hukuk düzenindeki karşılığının ayrımcılık yasağı ve hukuksal eşitlik olması, hukuka uygunluk denetimini daha da güçleştirmektedir. Çünkü, birinin bozulması diğerini de etkilemektedir.

[100] E.1986/11, K.1986/26, KT.4.11.1986, RG.22.2.1987/19380

[101] İnceoğlu Sibel (2006), "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, Sayı.4, s.49

AYM, bu nedenlerle ilk dönem kararlarında sosyal güvenlik, vergi yükümlülüğü, işçi-işveren ilişkileri gibi sosyal ve ekonomik alanı düzenleyen yasa hükümlerini, düzenin aksamasını önlemek, kurumsal uygulamalarda istikrarsızlığa yol açmamak adına iptal etmeyerek sistemin işleyişinin devam ettirilmesi yönünde tercih kullanmış, bu konularda yasamanın takdir yetkisini geniş tutmuştur. Diğer alanlara ilişkin yasal düzenlemeleri ise ya sıkı sıkıya Anayasa'da sayılan ayrımcılık zeminleri üzerinden ya da Anayasa'nın açık hükümlerine bağlı olarak denetlemeyi yeğlemiştir. Eşitliği daha çok statü temelinde ele almış, yasal düzenlemenin konusu durumundaki kişi ya da kurumların içinde buldukları hukuksal durum üzerinden karşılaştırmaya gitmiştir. Ancak, bu anlayış, her türlü ayrımcılık ve sosyal adaletsizliklerle mücadelede etkin değildir. Bazı hallerde yasal düzenlemelerle getirilen sınıflamaların devletin ayrımcılık yapmama yükümlününün yanı sıra başta Anayasa olmak üzere diğer yasalarla güvence altına alınan her bir haktan yararlanmada eşit davranılmasını sağlama yükümlülüğü açısından da sorgulanması gerekmektedir. Diğer deyişle, yasaklayıcı veya hak kaybına yol açan yasal düzenlemelerin bu yetkiyi açıkça Anayasa'dan alıp almadığı gözetilmelidir. Ancak AYM'nin kanun önünde eşitlik ilkesinin sağlayacağı korumayı zayıflatacak biçimde, askeri ve sivil yargı mensupları ve kadının soyadı seçimine ilişkin kararlarıyla, sosyal güvenlik hakkıyla bağlantılı eşitlik ilkesi değerlendirmelerinde hukuksal standartların dışına çıkabildiği ve tartışmalı kararlara imza attığı görülebilmektedir.

Yukarıda ilgili başlıklar altında da dikkat çekildiği gibi, AYM'nin denetim faaliyeti, hem Anayasa kuralının hem de önüne getirilen yasal düzenleme ve kuralların sebebini, amacını ve konusunu belirleme, bunlar arasında makul, uygun, nesnel, dengeli bir ilişki kurma ameliyesidir. İnsan hak ve özgürlükleriyle temel ilkeleri düzenleyen anayasal ve yasal normun koruma alanının tesbiti, normun neyi, niçin, nasıl düzenlemek istediğiyle yakın bağlantılı bir konu olduğuna göre, AYM'nin eşitlik ilkesiyle ilintili olarak "*haklı neden*" testine tabi tuttuğu yasal düzenlemeleri, bu bağlamdan ayrılmadan nesnel ölçütlerle değerlendirmesi, izlediği yol ve yöntemlerle doğacak sonuçları, tatmin edici hukuksal gerekçelerle açıklaması, kararlarının meşruluğu açısından olduğu kadar, devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin sağlanması bakımından da önemlidir.

AYM'nin kararlarında eleştirilmesi gereken bir başka nokta, ayrımcılığın uluslararası insan hakları hukukundaki gelişmelerin gerisinde dar bir kapsamla değerlendirilmiş olmasıdır. Uluslararası insan hakları alanında jus cogens niteliğinde bir kural kabul edilen ayrımcılık yasağı, dezavantajlı toplumsal kesimler ve bir takım haklarla bağlantılı olarak uluslar arası sözleşmelerde ayrımcılığın her türünü kapsayacak biçimde ayrıntılı olarak tanımlanmıştır. Taraf devletlerce Sözleşmelere uyulmasını sağlamak üzere görev yapan mahkeme ve komite

niteliğindeki denetim organlarının karar ve yorumlarında, açık ayırım yaratan yasaların yanısıra toplumun güçsüz kesimleri için özel koruma tedbirleri getirmeyen nötr yasaların da ayrımcılık (pasif ayrımcılık) ürettiği kabul edilmektedir. Ayrımcılığın negatif bir yasak olmanın ötesinde devletin olumlu önlem ve eylemlerini içeren bir olgu kabul edildiği dönemde AYM'nin bu nitelikteki iddiaları eksik düzenleme yorumuyla reddetmesi üzerinde düşünülmesi ve çözüm üretilmesi gereken bir durumdur. Günümüzde klasik neden ve zeminler dışında çeşitli nedenlere bağlı olarak pek çok tür ve şekilde gelişebilen ayrımcılık olgusu bu kapsamda değerlendirilmediği sürece, kişi hak ve özgürlüklerinden herkesin tam olarak yararlanmasını sağlamak mümkün olamamaktadır. Kadınlar, çocuklar, yaşlılar, engellilerle birlikte ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal açıdan dezavantajlı diğer kesimleri bilerek veya bilmeyerek dışlayan, özel tedbirlerle korumayan yasal düzenlemelerin toplumun diğer kesimlerini daima bir adım öne geçirdiğini ve bunun da ayrımcılık sayıldığını bilmek gerekir. AYM'nin ayrımcılığı belli nedenlere dayalı farklılıklarla sınırlı tutan veya hiç değerlendirmemeyi yeğleyen tutumu, Türkiye'nin tarihsel, kültürel, siyasal ve toplumsal koşul ve özellikleriyle de bağlantılı olup, devletin diğer organlarıyla beraber yargının ayrımcılık ve eşitliğin kapsamını genişletmekten çekinme geleneğinin bir dışavurumudur.

Devlet/kişi ya da kişiler arası ilişkileri temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak kurgulayan yasal düzenlemelerin, devleti, siyasal ya da ekonomik istikrar ve düzeni koruma refleksini abartılı biçimde ön plana çıkarmadan, ancak siyasal ve ekonomik alanlara ölçüsüz müdahale sayılabilecek yaklaşımlara da kaymadan, uluslararası insan hakları denetim kuruluşlarının kararlarında kullandıkları asgari standartlara uygun standartlar geliştirerek değerlendirmek, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesini bu ölçütlere bağlı kalarak istikrarlı bir yoruma kavuşturmak zorunlu görünmektedir. Ayrımcılık fiillerine en açık koşullarda yaşayan dezavantajlı kişi ve grupların sayı ve türü açısından oldukça zengin bir ülke sayılan Türkiye'de yasama ve yargının bu dengeyi kurabilmesi kolay değildir. Ancak, en azından AYM tetikleyici bir güç olarak bu tutumu bireysel başvuru kararlarıyla başlatırsa, süreç içinde gelişen standart ve yorumlar AYM'nin kanun denetimine de devletin diğer organlarının işlemlerine de sirayet edecektir.

KAYNAKÇA

- Ağırbaşı Şennur (2009), *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, Seçkin Kitabevi, Ankara.
- Akıllıoğlu, Tekin (1998), "Avrupa Toplumsal Andlaşması ve Türkiye", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:15, s.14-37
- Amnesty International (2005), *Human rights for hukam dignity A primer on economic, social and cultural rights*, Amnesty International Publications.
- Aliefendioğlu, Yılmaz (1996), *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Aliefendioğlu, Yılmaz (1986), "Anayasa Mahkemesinin İşlevsel Yönü", *Amme İdaresi Dergisi*, (19/1): 23-54.
- Aliefendioğlu, Yılmaz (1991), "Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Anayasa Yargısı", *Amme İdaresi Dergisi*, (24/3): 27-46.
- Aliefendioğlu Yılmaz (1997), "Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt.14, s.225-246
- Atar, Yavuz (2008), "Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden yapılandırılması", *Anayasa Yargısı* 25, s.93-115.
- Başlar, Kemal (2005), "Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma", *Hukuk Devleti Ve Yargıda Reform*, (Ed) İrfan Kaya Ülger, Demokrasi Platformu (2): 87-112
- Batum Süheyl (2011), *Anayasa ve İnsan 99 Soruda Çağdaş Anayasa*, Cumhuriyet Kitapları, 3. Baskı
- Büyükeren, Sadi (1996), "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Kesin Hüküm Çatışması", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 28, Sayı 2, s.19-38.
- Can Osman (2007), "Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu", Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62/3, s. 101-139
- Clayton Cornell (2005), *Demokrasi ve Yargı (4-6 Ocak 2005-Sempozyum)*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, s.159-183
- Çağlar, Bakır (1991), "Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargıci Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt No:8, s.13-62.
- Çağlar, Bakır (1984), "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt No:2, s.163-195.
- Çağlar, Bakır (1986), "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi Sentetik Bir Deneme İçin Notlar", *Anayasa Yargısı Dergisi* 3: 137-187
- Duran, Lütfi (1984), "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt:17, Sayı:3, TODAİE, s.3-27.
- Esen, Bülent Nuri (1966), *Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.206, Ankara.
- Gözler, Kemal (2011), *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II*, 1.Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa.
- Gürbüz Ahmet (2012), "Evrensel Hukuk Değerleri ve İlkelerinin Somut Hukuk Disiplinleri Bağlamında Detaylandırılması Sorunu", *Güncel Hukuk*, Haziran 2012/6-102, s.38-41
- Gürbüz Ahmet (2004), *Hukuk ve Meşruluk Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme*, 2. Baskı, Beta, İstanbul,
- Hakyemez, Yusuf Şevki (2007), "Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması", *Anayasa Yargısı* 24, s.525-568
- İnceoğlu Sibel (2006), "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum*, Sayı.4, s.45-61
- Kaboğlu, İbrahim Ö.(1994), "Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa'ya Yansıtılması Sorunu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt No:11, s.237-252
- Kaboğlu, İbrahim Ö.(2002), *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitapevi, 6. Baskı, Ankara.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.(2007), *Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye*, İmge Kitapevi, 4. Baskı, Ankara-İstanbul.

- Kaboğlu, İbrahim Ö. (1991), "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt No:8, s.291-322
- Kalabalık Halil (2009), *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara
- Klaus Von Beyme (2005), *Demokrasi ve Yargı (4-6 Ocak 2005-Sempozyum)*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, s.77-116
- Machacek, Rudolf (1992), "Temel Hak Temini İle Politika Arasındaki Gerilimli Alanda Anayasa Yargısı", *Anayasa Yargısı*, Cilt No:9, s. 47-61.
- Oder, Bertil Emrah (2010), *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta, İstanbul.
- Öden, Merih (2003), *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara
- Öden Merih (1999), "Cumhuriyetin 75. Yıldönümünde Anayasa Yargısı", *AÜHFD*, Cilt. 48, Sayı.1-4, s.23-37
- Özay, İl Han (1996), "Yasama-Yürütme ve Yargı İlişkileri Açısından Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi", *Anayasa Yargısı*, 13:31-39
- Özbudun, Ergun (2007), "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 62-3, s.257-268.
- Özüerman, Tülay (1996), "Türkiye'de Anayasa Yargısının Rolü ve Önemi", *Anayasa Yargısı*, Cilt No:13, s. 149-167.
- Sağlam, Fazıl (1996), "Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Yürütme ve Yargı İle İlişkisi", *Anayasa Yargısı*, 13: 43-60.
- Sağlam, Fazıl (2004), "Anayasa Yargısı'nın Bazı Sorunları", *Bülent Tanör Armağanı*, Legal.
- Serim, Bülent (1994), "Yasa Önünde Eşitlik İlkesi", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 3.
- Tunç, Hasan (1995), "Anayasa Yargısında Yeni Oluşumlar: İşlevsel ve Kurumsal Açından Türk Anayasa Mahkemesi İle Macaristan ve Kore Anayasa Mahkemelerinin Karşılaştırılması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt No:12, s. 288-309.
- Turhan, Mehmet (2007), *Anayasa'nın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Mahkemesi*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62-3, s.380-404
- Uygun Oktay (2011), *Demokrasi Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, XII Levha, İstanbul
- Yokuş Sevtap (1997-1998), "Hak ve Özgürlüklere İlişkin Anayasal Hükümlerin Danıştay'ca Doğrudan Uygulanması", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt.19-20, TODAİE Yayınları, s.197-213
- (<http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>, 8.08.2011)
- (<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/88/IMG/NR004388.pdf?OpenElement>, 8.08.2011)
- (<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVolezVous.asp?NT=035&CM=1&CL=ENG>, 8.08.2011)
- (<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVolezVous.asp?NT=163&CM=8&CL=ENG>, 8.08.2011)
- (<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>, 3.08.2011)
- (<http://www.anayasa.gen.tr/5982.htm>, 15.08.2011)
- http://www.anayasa.gov.tr/index.php?!=manage_karar&ref=show&action=karar&id=145&content= (20.08.2011)