

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

1982 ANAYASASINA GÖRE AYRIMCILIK YASAĞI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
FAZIL ALTINORDU**

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. GÜL AKYILMAZ**

ANKARA, 2010

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

1982 ANAYASASINA GÖRE AYRIMCILIK YASAĞI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

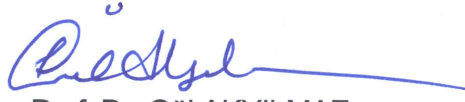
**HAZIRLAYAN
FAZIL ALTINORDU**

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. GÜL AKYILMAZ**

ANKARA, 2010

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

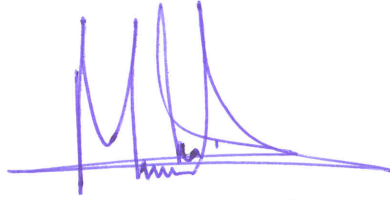
Fazıl ALTINORDU'ya ait "1982 Anayasasına Göre Ayrımcılık Yasağı" adlı çalışma, jürimiz tarafından Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Siyaset ve Sosyal Bilimler Bilim dalında, YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.



Prof. Dr. Gül AKYILMAZ



Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ



Prof. Dr. Murat SEZGİNER

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AYRIMCILIK YASAĞI KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

A. EŞİTLİK KAVRAMI	3
1. Genel Olarak Eşitlik İlkesi	3
a. Mutlak Eşitlik	4
b. Nispi Eşitlik.....	4
(1). Haklı Neden Kriteri	6
(2). 1982 Anayasası'nın 13. Maddesinde Sayılan Kriterler	7
2. Kanun Önünde Eşitlik İlkesi Ve Kapsamı.....	8
B. EŞİTLİK İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ	10
1. Avrupalı Düşünürlerin Eşitlik Kuramları.....	10
a. Aristoteles'in Eşitlik Kuramı	11
b. Toplum Sözleşmesi ve John Locke	12
c. Rousseau'da Eşitlik Prensibi	13
d. Marx'a göre Eşitlik Ve Eşitsizlik	15
2. Modern Eşitlik Kavramının Gelişimi	15

a. Eşitlik İlkesinin Gelişiminde İngiltere	17
b. Amerika'da Kamu Özgürlüklerinin Doğuşu	19
c. Fransa'da Eşitlik İlkesinin Kabulü	21
d. Eşitlik İlkesinin Evrensel Nitelik Kazanması	23

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE AYRIMCILIK YASAĞI

A. AİHS'NİN AYRIMCILIĞI Yasaklayan İLGİLİ MADDELERİ	25
1. Sözleşmenin 1. Maddesi.....	26
2. Sözleşmenin 6. Maddesi.....	27
3. Sözleşmenin 14. Maddesi.....	28
a. 14.Maddenin Açıklaması	29
b. 14.Maddeye Bağlı Olarak Ayrımcılığa Karşı Koruma	29
c. 12 No'lu Ek Protokol	31
B. 14.MADDE İLE İLGİLİ AİHM'NİN ÖRNEK KARARLARI	33
1. Belçika Eğitim Dili Davası	33
2. Van Der Musselle / Belçika Davası	34
3. Rasmussen / Danimarka Kararı.....	35

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞININ GELİŞİMİ

A. OSMANLI DÖNEMİ DÜZENLEMELERİ	39
1. Tanzimat Öncesi Dönem	39
a. Gayrimüslim Ve Müslüman Vatandaşlar Açısından Ayrımcılık.....	40
(1). Aile Ve Miras Hukuku Açısından Ayrımcılık	41
(2). Borçlar Ve Ticaret Hukuku Açısından Ayrımcılık.....	42
(3). Usul Hukuku Açısından Ayrımcılık	43
(4). Ceza Hukuku Açısından	44
(5). Vergi Hukuku Açısından Ayrımcılık	45
b. Kadınlar Ve Erkekler Açısından Ayrımcılık	45
(1). Aile Ve Miras Hukuku Açısından Kadınlar.....	46
(2). Ceza Hukuku Açısından Kadınlar.....	50
(3). Ticaret Hukuku Açısından Kadınlar	52
2. Tanzimat Sonrası Dönem	53
a. Gülhane Hatt-ı Hümayunu.....	54
b. Islahat Fermanı	57
c. I. Meşrutiyet.....	61
d. II. Meşrutiyet.....	65
B. CUMHURİYET DÖNEMİNDE YAPILAN DÜZENLEMELERİ	66

1. 1924 Anayasasında Yer Alan Düzenlemeler.....	67
2. 1961 Anayasasında Yer Alan Düzenlemeler.....	69

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

1982 ANAYASASI VE AYRIMCILIK YASAĞI

A. AYRIMCILIK YASAĞININ DÜZENLENMESİ	76
1. 1982 Anayasasında Yer Alan Eşitlik İlkesinin Kapsamı.....	76
2. Yasağa ilişkin Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukumuzda Etkisi.....	80
3. Ayrımcılığın Önlenmesine Yönelik Düzenlemeler.....	81
4. 1982 Anayasasında Yer Alan Ayrımcılık Yasakları	82
a. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık	82
(1). Farklı Cinslerin Eşit Hakka Sahip Olmalarının İstisnası	84
(2). Türk Medeni Kanununda Yapılan Düzenlemeler	86
(3). Ailede Kadın Erkek Eşitliği	86
(4). Uluslararası Sözleşmelerin Kabulü İle Kadın Erkek Eşitliği	88
b. Din, Mezhep, Irk, Dil Ve Diğer Farklılıklara Dayalı Ayrımcılık.....	89
(1) Din ve Meshep Özgürlüğü Açısından Anayasal Koruma	90
(2). Türkiye Cumhuriyeti'nde Azınlıklara Yönelik Koruma	91
B. AYRIMCILIK YASAĞI İLE İLGİLİ YARGI KARARLARI	94
1. AİHM'nin Türkiye İle İlgili Verdiği Bazı Kararların İncelenmesi	94
a. Opuz Davası	95

b. Özgür Gündem Davası	98
c. Ünal Tekeli Davası	99
2. Anayasa Mahkemesinin Verdiği Bazı Kararlarının İncelenmesi	100
a. Aynı Durumda Olanların Farklı Düzenlemelere Tabi Tutulması.....	101
b Farklı Durumda Olanların Farklı Düzenlemelere Tabi Tutulması.....	103
KAYNAKÇA	107
ÖZET	111
ABSTRACT	114

KISALTMALAR

age	: Adı Geçen Eser
agm	: Adı Geçen Makale
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
çev	: Çeviren
der	: Derleyen
md	: Madde
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
s	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
yy	: Yüzyıl

GİRİŞ

Ayrımcılık yasağı, eşitlik anlayışı ile birlikte, her yeni gün değişen dünyamızda, ulusal ve uluslar arası belgelerde, sözleşmelerde ve de kanunlarda yer alan geniş kapsamlı bir ilke haline gelmiştir. Ayrımcılık yasağı ya da eşitlik ilkesi, mutlak manada bir kural şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu ilkenin de hukuki şartlar altında sınırlandırıldığıının bilinmesi gerekir. İnsan hakları herkesin doğuştan sahip olduğu ve kullanabilmesi için varlığının yeterli olduğu haklardır. Şüphesiz Hukuk Devletinin ve de demokrasilerin vazgeçilmez koşullarından biri de insan haklarının herkes tarafından eşitlik prensibi içinde herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmadan kullanılmasını sağlamaktır.

Eşitlik kavramının fikri yönden açıklığa kavuşturulması ve tanımlanması oldukça zordur. Eşitlik için sayısız tanım örnekleri verilmiştir. Bu tanımlardan birinin ya da bir kısmının genel ve ortak bir kabule ulaştığı da söylenemez.

Tarihsel olarak eşitlik kavramının gelişimi üç aşamada gerçekleştiği söylenebilir: Bunlar; hukuksal eşitlik, siyasi eşitlik ve ekonomik sosyal eşitliktir. Bütün bu aşamalar birbirlerini tamamlamaktadır. Hukuksal eşitlik, siyasal eşitlikle tamamlanmakta, her ikisi ise ekonomik ve sosyal eşitlikle bütünleşmektedir.

“Kanun önünde eşitlik” prensibi tarihsel açıdan eşitlik düşüncesinin ilk somutlaşmış biçimidir. Bu, kamu otoritelerinin hiçbir ayırım gözetmeksizin herkese eşit muamele de bulunması demektir. Bu bir yandan hukuk kurallarının uygulanması, bir yandan da kişilere eşit davranılmasını gerektirir. Hukuki eşitlik ve hukuk kurallarının genel olması, eşit olmayan insanların hayatlarını makul ve önceden bilinebilir bir şekilde sürdürmelerinin tek güvencesi olarak görülmüştür. Böylelikle insanlar arasında toplumsal hayatta ortaya çıkabilecek eşitsizliklerin, yönetimlerin ve kanunların onlara “haksız davranılmasının dayanağı olmaması” sağlanmaya çalışılmıştır.

Tabii hukuk düşüncesinin, tüm insanların doğuştan eşit oldukları görüşü, Fransız İhtilali ile birlikte 18. yy liberal düşüncesinde “hukuki eşitlik” prensibine dönüşmüştür.

Hukuk önünde herkesin eşit olduğunun kabul edilmesi; hukuk terminolojisinden “ayrımcılık” ve “ayrıcalık” kavramlarının çıkarılması, herkesin imkanları çerçevesinde vergi vermesi, kamu görevlerine girişte yetenek ve yeterlilik dışında başkaca bir kriterin uygulanmaması, kanunların oluşumuna herkesin eşit olarak katılması gibi önemli hukuki sonuçları da beraberinde getirmiştir. 1982 Anayasamızın “kanun önünde eşitlik” prensibine ayrılan 10. maddesi “herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kimseye aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorundadırlar.” düzenlemesi ile de eşitlik ilkesini Anayasal bir güvence altına almış bulunmaktadır. Bu güvenceyi Anayasa Mahkemesi, bazı somut olaylarda, eşitlik ilkesine uygun olmadığı tespit edilen kanun hükümlerini iptal ederek göstermektedir.

Çalışmamda ayrımcılık yasağı ilkesinin 1982 Anayasası’nda yer almasına kadar, doğuşundan günümüze dek gelişmesine, yasağın ihlalini önleme çabalarına ve de günümüz uygulamalarına yer vererek yasağın manasına ve uygulanışa yer vermeye çalıştım.

BİRİNCİ BÖLÜM

AYRIMCILIK YASAĞI KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

Ayrımcılık yasağı kavramının temelini eşitlik ilkesi oluşturur. Eşitlik ilkesi ayrımcılık yasağına göre hem kavram olarak daha geniş anlamları ihtiva etmekte hem de tarihsel olarak daha eski dönemlere dayanmaktadır. Dolayısıyla bugün birçok ulusal ve uluslararası sözleşmede yer alan ayrımcılık yasağının ortaya çıkışına zemin hazırlayan ilke eşitlik ilkesi olmuştur. Ayrımcılık yasağı kavramının tarihsel gelişimini de eşitlik ilkesinin tarihsel gelişimi başlığı altında inceleyeceğiz.

A) EŞİTLİK KAVRAMI

Eşitlik; yasalarla tanınmış hak ve yükümlülüklerde bütün yurttaşların eşit olması, özdeşliği, yurdun yönetimine katılma haklarında (seçme ve seçilme) bütün yurttaşların eşit olması, bireylere toplumsal yaşamın her alanında (eğitim, kültür, ekonomi vb.) kendilerini geliştirebilmeleri için eşit olanaklar sağlanmasıdır.¹

1) Genel Olarak Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi, hukuk devleti kavramı içinde düşünülebileceği gibi, bir temel hak ya da devlet yönetimine egemen bağımsız bir temel ilke olarak da değerlendirilmesi mümkündür. Eşitlik ilkesinin, bir temel hak, yani eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurduğu kuşkusuzdur. Eşitlik aynı zamanda muhatapları yani devlet organları ve idare makamları açısından da anayasal bir buyruk, devlet yönetimine egemen bir

¹ **Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük**, Komisyon, Türk Dil Kurumu Yayınevi, Ankara, 2005, s.207

ilkedir.² Eşitlik ilkesini, kendi içinde; mutlak eşitlik ve nispi eşitlik şeklinde yorumlamak mümkündür.

a) Mutlak Eşitlik

Mutlak eşitlikten kastedilen; kanunların herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Mutlak eşitlik uygulanırken, kişilerin kişisel ve özel durumlarına bakılmamasıdır. 1982 Anayasası'nın 10.md.si'nin ilk fıkrasında yer alan "herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" hükmü, bu konularda eşitliği emretmektedir. Yani, hangi düşüncelerle olursa olsun, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri bakımlardan kişiler arasında ayırım yapılamaz.

Anayasanın 10. md.sinin ilk fıkrasına göre, cinsiyet, bir "özüml ayırım yasağı"dır. Cinsiyete dayalı bir ayırım öngören düzenleme, hangi arzu edilen (kadın milletvekili oranını yükseltmek gibi) mülâhazayla olursa olsun eşitlik ilkesine aykırı olur. Çünkü "cinsiyet" bir mutlak eşitlik sebebidir. Keza 10. md.'nin ikinci fıkrasında yer alan "hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz" hükmü de böyle bir "mutlak eşitlik" hükmüdür.³

b) Nispi Eşitlik

Nispi eşitlikten kastedilen şey ise, farklı durumlarda bulunan kişilerin, farklı işlemlere tabi tutulabileceğidir. Diğer bir ifadeyle, nispi eşitlik anlayışına göre, eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Bu ilkeye göre, kişinin hakları ve ödevleri, yetkileri ve sorumlulukları, durumunu, niteliğine yaptığı işe göre değişebilecektir.

Anayasa Mahkememiz de değişik tarihlerde verdiği kararlarında "nispi eşitlik" anlayışını benimsemiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi 13 Nisan 1976

² Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara,2002,s.137

³ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin Kitapevi Yayınları, 2000,s.32

tarikh ve K.1976/23 sayılı Kararında şöyle demiştir: “(Eşitlik ilkesi), herkesin her yönden aynı hükümlere bağılı olması gerektiğı anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır”.

Anayasa Mahkemesi 27 Eylül 1988 tarih ve K.1988/27 sayılı Kararında: “Anayasa’da öngörölen eşitlik ilkesi, ‘yasa önünde eşitlik’ olup herkesin aynı hak ve yükümlölöklere sahip olması anlamında değildir. Eşitlik her yönüyle aynı hukukî durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle, ‘eşitlerin eşitliğı’ anlamındadır. Farklı durumlarda olanlara, yani eşit olmayanlara, farklı kurallar uygulanması, yani ‘eşit olmayanların eşitsizliğı’ eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz”.⁴

Anayasa Mahkemesi, 1 Temmuz 1998 tarih ve K.1998/45 sayılı Kararında şöyle demiştir: “Anayasa’nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik, eylemli değil, hukuksal eşitliktir. Bu ilke, özdeş nitelikte ve durumda olanlar arasında farklı uygulamaya engel olup, tüm yurttaşların mutlaka her yönden aynı kurallara bağılı tutulmaları zorunluluğunu içermez. Eşitlik kavramı öncelikle Anayasa’nın 10. maddesinin birinci fıkrasında sayılan nedenlerle yasa önünde ayrımını yasaklanmaktadır. Bu nedenle, Anayasa’nın 10. maddesi kanun koyucuya yasama yetkisini kullanırken eşitlik ilkesine uygun yasa yapma yükümlölölüğünü getirmektedir”.⁵

Anayasa Mahkemesi, 11 Mayıs 1999 tarih ve K.1999/15 sayılı kararında ise: “Yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile hukuksal eşitlik öngörölmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağılı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi

⁴ Anayasa Mahkemesi, 27 Eylül 1989 Tarih ve E.1988/7, K.1988/27 Sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 24, s.421.

⁵ Anayasa Mahkemesi, 1 Temmuz 1998 Tarih ve E.1996/74, K.1998/45 Sayılı Karar, Resmi Gazete, 11 Mart 2000, Sayı 23990, s.39.

yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı değil, geçerli kılar. Anayasa'nın amaçladığı eylemli değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz".⁶

Nispi eşitliğin uygulanmasını iki farklı kriter açısından değerlendirmek de mümkündür. Bunların birincisi haklı neden kriteri, ikincisi ise Anayasa'nın 13. maddesinde sayılan kriterlerdir. Anayasa Mahkemesi bu iki kriterine farklı kararlarında yer vermiştir.

(1) Haklı Neden Kriteri

Anayasa Mahkemesi, kanun hükümlerinin eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını denetlerken, kanunun yaptığı ayrımın bir "haklı neden"e dayanması kriterini kullanmaktadır. Yani, Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen bir kanun hükmü "haklı bir neden"e dayanıyorsa, bu hükmü eşitlik ilkesine aykırı olarak görmemektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi 28 Nisan 1983 tarih ve K.1983/3 sayılı Kararında şöyle demiştir: "Kanun önünde eşitlik ilkesi'... tüm yurttaşların mutlaka her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu da içermez. Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez".⁷

Anayasa Mahkemesi 11 Aralık 1986 tarih ve K.1986/29 sayılı Kararında da aynı yönde şöyle demiştir: " Anayasanın 10. maddesinde

⁶ Anayasa Mahkemesi, 11 Mayıs 1999 Tarih ve E.1997/65, K.1999/15 Sayılı Karar, Resmi Gazete, 16 Şubat 2000, Sayı 23966, s.45.

⁷ Gözler, a.g.e. s.183

öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde farklı uygulamalara imkân veren bir ilkedir". Anayasa Mahkemesi, 17 Kasım 1998 tarih ve K.1998/69 sayılı daha yeni bir kararında aynı yönde şöyle demiştir: " Bu ilkeyle (eşitlik ilkesi), aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Ancak, durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı değil, geçerli kılar. 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 ilkesi çiğnenmiş olmaz. Durumlarındaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklara, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz"⁸.

(2) 1982 Anayasa'nın 13. Maddesinde Sayılan Kriterler

Anayasa Mahkemesi diğer bazı kararlarında, özellikle daha yeni kararlarında, eşitlik ilkesinden ayrılmanın kriteri olarak "haklı neden" ifadesini değil, "Anayasanın 13'üncü maddesindeki nedenler" ifadesini kullanmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi 27 Mayıs 1999 tarih K.1999/19 sayılı Kararında şöyle demiştir: "“ Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Kimilerinin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen nedenlerle değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumları farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez".

⁸ Gözler, a.g.e. s.184.

Anayasanın 13'üncü maddesinde şu sebepler sayılmıştır: Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması. Buna göre, kanun koyucu, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü, millî egemenliği, Cumhuriyeti, millî güvenliği, kamu düzenini, genel asayiş, kamu yararını, genel ahlâkı ve genel sağlığı korunmak amacıyla eşitlik ilkesinden ayrılabilir. Bu sebeplerin neler olduğunu ve ne anlama geldiklerini biz aşağıda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını inceleyeceğimiz yedinci bölümde ayrıca göreceğiz. Bu konuda oraya bakılmalıdır. Orada da görüleceği gibi bu kavramlar da oldukça soyut ve tanımlanması güç kavramlardır. Ama her halükârda “Anayasanın 13'üncü maddesindeki nedenler” kriteri, “haklı nedenler” kriterine göre daha belirgin, uygulanması daha kolaydır⁹.

2) Kanun Önünde Eşitlik İlkesi Ve Kapsamı

Kanun önünde eşitlik kavramına farklı anlamlar verilebilmektedir. Bir anlamıyla kanun önünde eşitlik, herkesin içeriği ne olursa olsun ortak bir hukuk sistemine eşit bağlılığını ifade etmektedir. Herkesin ortak bir hukuka eşit bağlılığı, temel hukuk düzeninin birliğini, tekliğini anlatmakta, gerektirmektedir. Türk Anayasalarında kanun önünde eşitliğin, Cumhuriyet hukuk düzeninin tekliğini, temel birliğini ifade eden bir yönü bulunduğu söylenebilir. Toplum içindeki tüm kişi ve toplulukların ortak bir hukuka ve yönetime eşit bağlılığı olarak anlaşıldığında, her türlü kanunsuzluk, belirsizlik ve karışıklık kanun önünde eşitlik ile çelişir. Bununla beraber, bu kanun önünde eşitlik, herkesin eşit olarak bağlı olduğu hukukun ve kanunların türü ve niteliğine ilişkin bir öge içermiyor. Başka bir deyişle, herkes kanuna eşit olarak bağlıdır ama, bazılarının bağlı olduğu kanun başkalarının bağlı olduğu kanundan farklı olabilir. Sonuçta bu yönüyle kanun önünde eşitlik, söz konusu kanunların genellik ve niteliği ne olursa olsun, herkesin aynı hukuki çerçeve

⁹ Gözler, a.g.e. s.186.

içinde bulunmasını, hiçbir kanunsuzluğun olmamasını ifade eder. Ortak bir hukuka eşit bağlılık, aynı zamanda hiçbir kişi veya kurumun hukukun “üstünde” (davranışlarından dolayı kanunen sorumsuz kalabilme anlamında) ve hukukun “dışında” (hukuki ve kanuni korunma olanaklarından yoksun bırakılabilme anlamında) bulunmamasını gerektirir¹⁰

Herkesin yasa önünde eşit olması, normu uygulayan organlara yapılmış olan bir emri ifade eder. Bu emir sözü edilen organları, kuralda öngörülmemiş olan istisnaları yapmamaya zorlamaktadır. Eşitlik ilkesinin bu açıklaması işlemin içeriğine değil, ancak sadece uygulama modellerine ilişkindir.

Tarihsel olarak yasa önünde eşitlik, eşitliğin dışarıya yansıyan ilk halidir. Temel niteliği ise, hukuksal anlamda birliği gerçekleştirecek olan ayrıcalıkların yıkılmasından doğan yeni hukuki düzeni kurmasıdır. Demokratik olmayan eski rejimlerin içinde özel kurallara tabi kılınan toplumsal kategorilerde görülen artış, kurucu gücü herkes için tek bir hukuku ikame etmeye sevk etmiştir. Bütün insanlar aynı haklara sahiptir. Dolayısıyla toplum yararı gereğince aynı hukuka, aynı farklılık ölçütüne tabi kılınması gerekir. Yasa önünde eşitlik ilkesi ortak bir hukukun ortaya çıkmasına işaret eder. 1789 Bildirgesi yasanın genelliği ilkesini benimsemiştir. Yasa herkes için aynı olmak zorundadır. Yasanın yöneldiği bir evrensellik, haklarda eşitliği bütün vatandaşlar için bir hak olarak yaratmıştır. Yasa önünde eşitlik ilkesinin işlevi tek bir hukuki siper içinde, fiili durumlardan bağımsız idare edilenlerin birlikte gruplandırılmasıdır. İlkenin bu açıklaması, modern hukuki düzeni kurmuştur ve eşitlik hükmünün temelini beslemektedir.¹¹

¹⁰ Merih ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.26

¹¹ HasanTunç, Ethem Atay, “Kamu Hukukunda Eşitlik İlkesi”, **Türk Hukuk Dünyası Dergisi**, Y.I, S.I, Ankara, 2000, s.54

B) EŞİTLİK İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Bu bölümde eşitlik kavramının ortaçağ da ilk kez ortaya çıkışında etkili olan, Avrupalı düşünürlerin eşitlik tanımlamalarına yer vereceğiz. Günümüz ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin oluşumunu ve bugünkü haline gelişini inceleyebilmek için, Avrupa'da ve Amerika'da kabul edilen sözleşmelere ve yayınlanan beyannamelere yer vereceğiz.

1) Avrupalı Düşünürlerin Eşitlik Kuramları

Toplum bilimciler, eşitliğe ilişkin felsefi tartışmayla ilgilenirken; eşitsizlik denen şeyin doğasıyla daha az ilgilirken, eşitsizlikle ve onun toplumsal sonuçlarının açıklanmasıyla daha çok uğraşır. Dolayısıyla toplum bilim, buyurucu değil bütünleyicidir. Ayrıca toplum bilim, eşitsizliği, kişilerin bir özelliği olmaktan çok toplumların yapısının temel bir özelliği olarak çözümlemeye çalışır. Toplum bilim için eşitsizlik, toplumsal grupları, toplumsal tabakaları ve toplumsal sınıfları niteleyen bir ilişkiler dizisidir; bireylerin eşitsizliği, toplumsal yapı içindeki toplumsal konumlarının bir sonucudur.¹²

Kişi hakları ve hürriyetleri teorisi tabii hukuk fikrinden doğmuştur. Yalnız bu, ortaçağın ve mutlakiyet devrinin dinsel kaynaklı tabii hukuku değil, dinsel kalıptan sıyrılmış, laikleşmiş, gökyüzünden yeryüzüne indirilmiş bir tabii hukuktur.

İşte bu laik tabii hukuktan kaynak alan kişi hakları doktrini iki temel varsayım (hipotez) üzerine kurulmuştur. Bunlardan birincisi “tabiat hali”, ikincisi de “toplum sözleşmesi” (*contrat social*) hipotezleridir. Bu teorinin ana fikir örgüsünü birkaç cümle ile şöylece özetleyebiliriz: İnsanlar toplum hayatına geçmeden önce tabiat halinde yaşıyorlardı. Tabiat halinde tam ve mutlak bir hürriyete sahiptiler. Sonradan aralarında bir sözleşme akdederek

¹² Bryan TURNER, **Eşitlik**, Çeviren: Bahadır Sina Pener, Dost Kitapevi, 1997, Ankara, s.58

siyasal topluluğu meydana getirdiler. Ve bunu yaparken de, bu topluluğun kurulabilmesi ve yaşayabilmesi için gerekli olan ölçüde ilk hürriyetlerimin bir kısmından feragat ettiler. Ancak -bu nokta çok önemlidir- tabiat halinde sahip oldukları hak ve hürriyetlerinin en esaslı olanlarını topluluğa devretmediler; bunları siyasal topluluğun, yani devletin kuruluşundan sonra da muhafaza ettiler. Bundan çıkan sonuç şudur: İnsanlar, devletten önce ve onun hukukundan üstün bir takım tabii haklara sahiptirler. Şu halde, devlet, kendisi tarafından bağışlanmamış olan, kendinden önce var olan bu tabii haklarla bağlıdır ve onlara saygı göstermek zorundadır. Dayandığı varsayımlar doğru olarak kabul edildiği takdirde gayet ustalıkla inşa edildiğine şüphe olmayan bu teori, 17. ve 18. yy.'da, başta ünlü İngiliz filozofu Locke olmak üzere, Puffendorf, Wolf, Blackstone, Burlamaqui, Vattel gibi yazarlar tarafından işlenmiş ve geliştirilmiştir.¹³

a) Aristoteles'in Eşitlik Kuramı

Aristoteles toplum ve siyaset konusunda kalıcı düşünceler öne süren ilk düşünürdür. Asil vatandaşlar arasında bir bakımdan eşitlik, ama toplumdaki konumları bakımından daha önemli bir açıdan da eşitsizlik olduğunu belirtir Aristoteles. Her onura seçilme, her seçime aday olabilme ve oy verebilme gibi konularda eşittir vatandaşlar. Bunlar doğumla gelen vatandaşlık haklarıdır, toplumun yasalarıyla, kamuoyunun ortak kararlarıyla belirlenir. İnsanların doğal özelliklerinden yani soylarından gelen kişisel özellikleri, vatandaşları ayıran, tefrik eden özellikleridir. Bu bakımdan toplumlar da vatandaşlar arasında değer sıralaması gözetilir. Kimisi çok akıllı, bilgilidir, örneğin: her vatandaş akılcı eşit değildir. Kimisi de soydan gelen birikmiş servetiyle zenginlikte üstündür, ya da sayılan ataların soyundandır, saygınlıkta üstün bir konumu vardır. Toplumlar da böyle eşitsizliklerin kaçınılmaz olduklarını tartışmasız, değerlendirmesiz kabul etmiştir Aristoteles'e göre eşit olunan ve olunmayan özellikler arasındaki ayrım türleri

¹³ Münici KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s.30

olarak “toplumsal, kişisel, yasal, doğal, verilen, edinilen özellikler, haklar” sayılabilir.¹⁴

b) Toplum Sözleşmesi ve John Locke

John Locke, siyasal felsefisini 1690 yılında yayınlanan “Medeni Hükümet Üzerine İki Deneme” adlı eserinde açıklamıştır. Locke’a göre; insanlar bir takım tabii haklara sahiptirler. Bunların en başında hayat ve hürriyet hakları gelir. Ayrıca, mülkiyet de temel haklar arasındadır. İnsanlar, bu tabii haklarını korumak, bunlara karşı başkaları tarafından yapılacak tecavüzleri defetmek ve tecavüzleri defetmek ve tecavüzde bulunan kimseleri cezalandırmak hakkını da sahiptirler. Ancak, bütün insanların hür ve eşit olarak yaşadıkları bu tabiat halinde eksikliği duyulan çok önemli bir şey vardır: o da ortak ve düzenli bir otorite'nin mevcut olmayışıdır. Bu dönemde herkes tabii kanunları kendi görüş ve anlayışına göre yorumlamakta ve gene kendi bildiği gibi uygulamaktadır. Bu da, hiç şüphesiz, bir takım kararsızlıklara ve karışıklıklara yol açmaktadır. İşte, insanları, aralarında birleşme akdederek tabiat halinden çıkıp siyasal topluluk haline geçmeğe zorlayan başlıca sebep budur.¹⁵

Toplum sözleşmesi ile fertler, aralarında çıkacak olan anlaşmazlıkları çözecek, tabii kanunları düzenli ve etkili bir şekilde uygulayacak üstün bir otorite kurmuşlardır. Bu üstün otoriteyi -yani devleti- kurarken de ona, tabiat halinde tek tek sahip oldukları cezalandırma hakkını devretmişlerdir. Diğer bütün hak ve hürriyetlerini siyasal topluluğun kuruluşundan sonra muhafaza etmektedirler. Esasen, insanların devleti meydana getirmelerinden ve ona üstün bir kudret tanımalarından göttükleri amaç, hak ve hürriyetlerinin daha iyi korunmasını sağlamaktır. Şu halde, toplum sözleşmesi ile devlete, fertlerin

¹⁴ Semiha AKINCI, Eşitlik Kavramının Felsefi Kökenleri, **Muğla Üniversitesi Felsefe Ve Sosyal Bilimler Sempozyumu Bildirileri**, Vadi Yayınları, Derleyen: Ercan ŞEN, Ankara, 2007, s.45

¹⁵ KAPANİ, a.g.e. , s.31

vazgeçilmez ve devredilmez hak ve hürriyetleri ve eşitliği korumak yükümlülüğü yüklenmiş olmaktadır.¹⁶

c) Rousseau'da Eşitlik Prensibi

İnsan haklarının tarihi gelişimi ve teorik temelleri hakkında konuşurken insan doğası, doğal hukuk ve sosyal sözleşme kavramlarından da mutlaka söz edilir. Bunlar arasında toplum sözleşmesi, Spinoza ve T. Hobbes gibi düşünürlerce, insan haklarına karşıt bir şekilde ortaya konulduğu gibi, John Locke, Thomas Paine ve Jean J. Rousseau'da görüldüğü üzere klasik hak ve hürriyetlerin temellendirilmesinde önemli yere sahiptir. Rousseau'nun fikirleri 1789 Fransız Devrimi ve "İnsan ve Yurttaş Hakları Evrensel Bildirisi"nin hazırlanmasında önemli role sahiptir.

Rousseau'ya göre doğa durumunda özgür olan insanlar, ayrıca güvende olmak için, sınırını kişinin gücünde bulan doğa özgürlüğünün yerine, halkın oyuyla belirlenmiş ve gerçek bir yetki içeren toplum özgürlüğünü getiren bir toplum sözleşmesi yapmışlardır. Bu sözleşme, doğanın insanlar arasına koyduğu maddi eşitsizlik yerine manevi ve haklı bir eşitlik getirir.

Rousseau'nun hazırlanmasında öncülük ettiği 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi eşitlik prensibi açısından önemli olsa da ne yazık ki eşitlik prensibinin yerleşmesi ve uygulanması bakımından soyuttur, çünkü beyanname sadece prensipler koyar, bunların uygulanışı konusunda bir açıklama yapmaz. Beyannamenin ilk maddesinde "İnsanlar hukuken eşit doğarlar ve hür ve eşit olmakta devam ederler, sosyal farklılıklar ancak ortak faydaya istinat edebilir." denilmiştir. Ancak Beyanname, 1791 Fransa Anayasasına eklenirken, Asya, Afrika ve Amerika'daki Fransız sömürgelerini kapsamadığı ifade edilmiş böylelikle soyut bir ilke olarak kalmıştır.¹⁷

¹⁶ KAPANİ, a.g.e. , s.32

¹⁷ J.J.ROUSSEAU, **Toplum Sözleşmesi**, Çeviren: Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul, 1994,s.45

Rousseau İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı adlı kitabında; “insanlar doğal yaşama döneminde eşitler; bu eşitliği onlara sunan doğaydı. Doğanın nimetleri bütün insanlara yetiyor bir durumda olduğundan dolayı doğal insan, bir ağaç altında, bu ağacın meyveleriyle karnını doyuran, yakınındaki bir pınardan suyunu içen ve aynı ağacın altında yatıp uyuyan bir insan görünümündeydi. Bu insan bütün gereksinmelerini kendi başına karşılayabilme gücüne sahip olduğundan, başka insanlara gereksinme duymuyordu, dolayısıyla insanlar arasında bir çatışma söz konusu değildi. Doğa herkese yetiyor, bu böyle sürüp gidiyordu. Ne var ki bu, her zaman böyle sürüp gitmedi. Bir toprak parçasının etrafını çitle çevirip bu bana aittir diyebilen, buna inanacak kadar saf insanlar bulabilen ilk insan, uygar toplumun ilk kurucusu oldu. Bu sınır kazıklarının söküp atacak ya da hendeği dolduracak, sonra da hemcinslerine bu sahtekara kulak vermekten sakınınz, meyvelerin herkese ait olduğunu, toprağın ise hiç kimseye ait olmadığını unutursanız mahvolursunuz diye haykıracak olan adam, insan türünü nice suçlardan, nice cinayetlerden, nice korkunç olaylardan esirgemiş olurdu! İşte böylece insanlar arasındaki eşitsizliğin ilk tohumu atılmış oluyordu” demiştir.¹⁸ Rousseau, hukuken eşit durumda olan fertlerden kurulu bir toplum tasarlamıştır. Ve insanlar arasında hak yönünden bütün farklılıkların giderilmiş olduğu böyle bir toplumda hürriyetin de kendiliğinden gerçekleşeceğini düşünmüştür. Aynı durumda olan ve hak eşitliğine sahip bulunan insanlar arasında gerçek bir menfaat çatışması olamayacağından, azınlık ve çoğunluk farkının bir önemi yoktur. Bu bakımdan, Rousseau'nun düşüncesi ile Marxist düşünce arasında eşitlik anlayışındaki mahiyet farklılığına rağmen- temelde bir akrabalık ilişkisi olduğu ileri sürülebilir.¹⁹

¹⁸ J.J.ROUSSEAU ,İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, Çeviren: Rasih Nuri İleri , Say Yayınları, İstanbul, 2009, ,s.21

¹⁹ KAPANİ, a.g.e. , s.37

d) Marx'a göre Eşitlik Ve Eşitsizlik

Çağdaş toplum biliminin, toplumsal tabakalaşmanın çözümlenmesinde birçok konuda olduğu gibi eşitlik konusunda da Marx'ın görüşleri etkili olmuştur.

Marx'ın eşitlik ilgili çözümlemesi şöyledir: toplum bilim tasarısında eşitsizlik, kişisel eksikliklerin ya da ahlaki kusurların ürünü değildir. Eşitsizlik, temelde bireylerin bir niteliği değil bir bütün olarak toplumun bir özelliğidir. Bireyler, eşitsizliği yapılarında taşıyan ilişkiler tarafından toplumsal olarak yapılandırılmış toplumsal rolleri üstlenmek zorundadırlar; bu anlamda da bireyler eşitsizliğe zorlanırlar. Marx; burjuva toplumunun tipik sorunlarından olan eşitlik konusunun nasıl halledeceğine ilişkin açık bir fikre sahiptir. Marx'ın “komünist toplumun en yüksek evresi” dediği noktada, özel mülkiyet kurumu ile sınıf çatışmaları ortadan kalkacak ve bu toplumsal çatışmaların yok olmasıyla devlet de çaptan düşecek, böylelikle kapitalizme niteliğini veren ekonomik ve siyasal ve diğer eşitsizlikler son bulacaktır.²⁰

2) Modern Eşitlik Kavramının Gelişimi

İnsanlar arasında fiziki, zihni, ahlaki ve sosyal özellikler bakımından pek çok farklılıkların ve eşitsizliklerin olduğu, ilk bakışta hepsinde görülen birtakım özelliklerin bile farklı ölçülerde paylaşıldığı, hatta bazı özelliklerin yalnızca insan türüne özgü de sayılamayacakları açıktır. Bütün insanların eşit veya eşitsiz olduklarından, onların yalnızca belirli özellikleri bakımından söz edilebilir. Belirli bir özelliğe sahip olma bakımından da, bazı insanlar eşit olabilirler ama bütün insanlar eşit değildirler. Böylece “bütün insanlar eşittirler” formülü, herkesin insanlık sıfat ve onurunda eşit olduğunu, yani insanları değerlendirmişte herkese eşit değer verildiğini açıklayan bir değer yargısıdır. Bu temel değer yargısından da, insanların toplumla ve birbirleriyle

²⁰ TURNER, a.g.e. ,s.37

ilişkilerini düzenleyen temel ahlak ve hukuk ilkeleri çıkarılmaktadır. Başka bir anlatımla, “bütün insanlar eşittir”, formülünün bu etkileyici güzel sözlerinde “insanlara eşit davranılmalıdır” veya “eşit olarak işlem yapılmalıdır”, yolunda normatif, yani emredici veya düzenleyici bir ilke saklıdır. “Bütün insanlar eşittir.”, “bütün insanlar eşit onur ve değerdedir, herkes insanlık onur ve sıfatında eşittir” gibi formüller, olgusal anlamda değil, normatif anlamda, yani, “bütün insanların eşit işlem görmeye hakkı olduğu” ve böylece “insanlara eşit işlem yapılması gerektiği” şeklinde yorumlanması gerekir.²¹

Eşitlik ilkesinin ortaya çıkışını 15. ve 16. yy.da var olan mevcut yapı ve bu yapının fiili sonuçları tetiklemiştir. Ortaçağın son yüzyıllarında Avrupa’da kurulan merkezîyetçi mutlak krallıklar, bir yandan feodal beylere ve kiliseye karşı mücadelede başarılı olarak, diğer yandan ticaretin gelişip yaygınlaşmasıyla güçlendiler. Burjuvazi de, yukarıda belirttiğimiz gibi, ticaretin güven içinde sürdürülmesini ve korunmasını sağlamak amacıyla mutlak monarşi yönündeki eğilimleri ve bu bağlamda, aynı dilin konuşulduğu, aynı kanunların uygulandığı siyasi birimler olarak milli devletlerin oluşumunu destekledi. Bununla beraber, burjuvazinin mutlak krallıkların siyasi ve hukuki düzenleri içinde bulunduğu yer, yeni sınıfa artık çok dar geliyordu. Çünkü sosyal tabakalar arasında hala sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki bakımlardan çok açık farklar ve dengesizlikler vardı. Kanunlar, kraldan başka soylulara ve din adamlarına da üstünlük sağlayan bu farklı hukuki statüleri koruyor, pekiştiriyorlardı. Bu nedenle burjuvazi, özgürlük ve eşitlik ilkelerine dayanan bir siyasi ve hukuki düzenin kurulmasını, dolayısıyla iktidarın dağılımının kendisinin de söz sahibi olabileceği şekilde yeniden düzenlenmesini zorunlu buluyordu. Feodal baskılar altında bunalan geniş halk yığınları da, özgürlük ve eşitlik özlemiyle bu yeni siyasi ve hukuki düzen arayışını desteklemişlerdir. Böylece özgürlük ve eşitlik kavramları, burjuvazinin geniş halk kitleleriyle sağladığı birliğin siyasi ve ideolojik temelini oluşturmuştur.

²¹ Alaattin ŞENEL, **Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi**, Yavuz Abadan'a Armağan, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1969,s.67

Bu koşullar, Rönesans ve Reform hareketleriyle filizlenmeye başlayan laik değerlerden kaynak alan ve akla önem veren yeni düşünüşü olgunlaştırmıştır. İşte çağdaş eşitlik öğretisinin temelleri de, insan hakları öğretisiyle birlikte, 17. ve 18. yy.'da laik içerikli doğal hukuk ve sosyal sözleşme teorileriyle atılmıştır. Doğal durumun en önemli yararlarından biri, insanlar arasında var olan koşullarda göreceli (nispi) eşitliği, dolayısıyla insan haklarında eşitliği sağlamasıydı.²²

Özellikle İngiltere, Fransa ve Amerika'da eşitlik ilkesinin gelişimine katkı sağlayacak birçok ulusal ve uluslar arası sözleşmeler imzalanmıştır. Bunun yanında bu ülkeler yayınladıkları beyannamelerle, eşitlik ve diğer insan hakları konusunda ki kabullerini tüm dünyaya açıklamışlardır. Öyle ki bu beyannameler birçok devletlerarası sözleşmelerin ve anayasaların hazırlanmasında esas alınmıştır.

a) Eşitlik İlkesinin Gelişiminde İngiltere

İngiltere'de eşitlik ve özgürlük kavramının, 1215 tarihli Magna Carta Libertum'a kadar uzanan bir geçmişi vardır. Batı Roma İmparatorluğunun egemenliğinden 5. yy.'ın ortalarına doğru kurtulabilen İngiltere'de derebeyliklerin ardında devlet düşüncesi orta çıktı. 11.yy.'dan sonra İngiltere tahtına oturanlar, devleti; adalete ve var olan hukuk kurallarına uygun yöneteceklerine ve halklarını tüm özgürlüklere kavuşturacaklarına dair and içtiler. İşte, hükümdarın yetkilerini sınırlandırma, yurttaşlara verilecek özgürlükler konusunda 1215 tarihinde büyük bir özgürlük fermanı kabul edildi.²³ Magna Carta'nın 39.md.'sinde; "Eşitlerin kanuni bir hükmü ya da memleket kanunu olmadan hiçbir hür kişi tevkif ya da hapis edilemeyecek; haklarından ve mallarından mahrum bırakılamayacak, kanun dışı edilemeyecek, sürülemeyecek, herhangi başka bir şekilde kötü muameleye maruz bırakılamayacaktır. Hiçbir hür kişiye zor kullanmayacağız ve

²² ÖDEN, a.g.e. ,s.65

²³ İlhan AKIN, **Temel Hak Ve Özgürlükler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul,1971,s.24

başkalarının zor kullanmasını istemeyeceğiz” şeklinde bir hüküm konulmak suretiyle eşitlik ilkesinden bahsedilmiş ve bu madde ile güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Yalnız bu madde de dikkati çeken bir husus vardır ki, bu madde eşitlik ilkesinin tam olarak uygulanabilmesi açısından çok önemlidir. Madde de “eşitlerin kanuni bir hükmü” ve “hür kişi” ifadeleri kullanılmak suretiyle adı geçen eşitliğin tüm vatandaşlar arasında uygulanacağı ya da koşulsuz olmadığı belirtilmektedir. Madde bu haliyle tam manasıyla eşitlik ilkesinin uygulanmasından uzaktır. 13. yy. İngiltere’inde toplumda ciddi şekilde hayat bulan sınıflaşmalar bu madde ile de korunmuş; aristokratlar ve üst sınıf eşit düzeyde bulunan İngilizler ile hür olan vatandaşlar korunurken bunların dışında ki sınıflar md. kapsamı dışında bırakılmıştır. Yine eşitlik ilkesi bağlamında Magna Carta’ya konulan 20. md.’sinde “Hür bir insan küçük bir suç için ancak bu suça uygun bir para cezasına çarptırılabilir...” ve 52. md. de “Eşitlerin kanuni bir hükmü olmadan, topraklarını, şatolarını, hürriyetlerini ve haklarını ellerinden aldığımız kimselere bunları derhal geri vereceğiz” demek suretiyle yine sınıf farkı koruma altına alınmıştır.²⁴ İngilizler, Fransa’ya karşı girilen savaşta mali bir takım zorluklarla karşılaşınca, Avam kamarası krala savaşa devam edebilmesi için gerekli mali yardımı ancak bazı isteklerinin kabulü ile vereceklerini bildirmişlerdi. Böylece 1628 yılında “Petition Of Rights” denilen belge yapıldı. Burada parlamentonun kabul ettiği bir yasa olmadıkça hiç kimse para ya da vergi vermeye zorlanamayacağı, ayrıca Magna Carta’da belirtilen usule aykırı olarak hiç kimsenin savunması alınmadan tutuklanamayacağı gibi hükümler bulunmaktaydı. Yine 1689 yılında parlamento ile kral arasında bir anlaşma niteliğinde olarak kabul edilen “Bill of Rights” kralın; parlamentonun izni olmadan yasaların uygulanmasını durdurması ve de özel yetkili mahkeme kurma hakkı ortadan kaldırılarak kanuni güvence sağlanmaya çalışıldı.²⁵

²⁴ M.Aydoğan ÖZMAN, **İnsan Hakları İle Temel Metinler**, BM İnsan Haklarını Ve Ana Hürriyetleri Sağlama Ve Koruma Türk Grubu Yayınları, Ankara, 1967, s.4-5

²⁵ AKIN, a.g.e. , s.29

1215 tarihli Magna Carta Libertatum'dan başlayarak kabul edilen ferman ve kanunlarla, kişi hak ve özgürlükleri gittikçe genişletilmiş ve kralın iktidarı kanunla sınırlandırılarak yurttaşların hak ve özgürlüklerinin onun keyfi davranışlarına karşı korunması amaçlanmıştır. İngiltere'deki gelişmelerde dikkat çeken bir diğer nokta, hem kişi hak ve özgürlüklerinin hem de eşitliğin, insanların doğuştan eşit ve devredilmez, vazgeçilmez haklara sahip olduğu inancından kaynak alan, dolayısıyla bütün insanları kavrayan evrensel bir insan hakları anlayışından hareketle değil, İngilizlerin hak ve özgürlükleri olarak düşünülüp ileri sürülmüş olmasıdır.²⁶ Magna Carta, tüm İngiltere halkının özgürlüklerini tanıyan bir belge olmaktan çok "feodal bir manifesto" niteliğindedir. Burada soyluların gerçek amacı; kralın feodal ayrıcalıklara saygı duymasını sağlamak ve bu ayrıcalıkları güvenceye almaktır. Aynı zamanda Magna Carta, sadece verilmiş bir ayrıcalık belgesi değil; bunun yanında feodal bir devlet örgütünün ilkelerine yer veren bir belgedir. Daha da önemli olanı, Magna Carta'nın, çok geniş yorumlanabilecek hükümler içermesi nedeniyle, sonra ki yüzyıllarda bu esnek ilkeler yeniden yorumlanıp, yeni ve demokratik özgürlük belgelerine kaynaklık edecek nitelikte olmasıdır.²⁷

b) Amerika' da Kamu Özgürlüklerinin Doğuşu

Amerika'ya ayak basanlar özellikle İngiltere'den göç edenler, inançlarını da birlikte getirmişlerdir. Bunun en açık anlamı; bu kimselerin kendilerini özgür saymış ve Tanrı'nın kendilerini doğuştan özgür varlıklar olarak yarattığına inanmalarıydı. İngiltere'den göç edenlerin inançlarını birlikte getirmeleri ve İngiliz belgelerinin Amerika'da önemli etkileri olmasına karşılık yine de önemli farklılıklar da vardır. İngiliz belgelerinde herhangi bir

²⁶ ÖDEN, a.g.e. ,s.67

²⁷ Mehmet AKAD, **Genel Kamu Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1997, s.147

ideolojinin bulunmamasına karşılık Amerikan metinleri geniş çapta 18.yy. felsefesinin etkisi ile evrensel nitelik taşımaktadırlar.²⁸

Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'ne esin kaynağı olan ve 12 Haziran 1776 tarihinde kabul edilen "Virginia Haklar Bildirisi" toplam 16 md.'den oluşmaktadır. Bildirinin 1. md.'sinde; "Kişiler, doğuştan eşit, özgür ve bağımsızdırlar. Doğuştan edinilmiş, belli hakları vardır ve bir topluma girdikleri zaman, hiçbir anlaşmayla, gelecek nesilleri bu haklardan yoksun edemezler. Bu haklar mülk edinme, mutluluk ve güvenlik arama ve kazanma yollarıyla duyulan yaşama ve özgürlük haklarıdır" denilmiştir. Yine eşitlik ilkesi açısından bildirinin 16. md.'sinde "...herkes dininin gereklerini, vicdanının emirlerine göre yerine getirmek hakkına eşit olarak sahiptir..." denilmiştir.²⁹

4 Temmuz 1776 tarihinde kabul edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nin başlangıcında şöyle denilmektedir: " Şu gerçekleri kendiliklerinden doğru sayıyoruz: Bütün insanlar eşit yaratılmıştır. Yaradan her insana kimsenin elinden alamayacağı bir takım haklar bağışlamıştır. Yaşamak, özgürlük, mutluluğu arama bu haklardandır. Yönetimler bu hakların korunması için kurulmuştur..."

Bu bildirinin benimsediği anlayış ortadadır. Buna göre, insanların doğuştan bir takım hakları olduğu açık bir deyim ile belgenin başında yer almaktadır. Adından da anlaşıldığı gibi bir haklar bildirisinden çok bağımsızlığı açıklayan bir belgedir. Bu belgede yurttaşların hak ve özgürlüklerinin kökü açıklanmıştır. Bu köke dayanarak baş kaldırmak ve egemen bir devlet kurmak bir hak olarak yurttaşlara tanınmıştır. Amerikan bildirilerinde insanların doğuştan hür ve bağımsız oldukları topluma katılmakla bu haklarından yoksun kılınamayacakları belirtilerek evrensel anlayış açıkça ortaya konmaktadır. Amerikan belgelerini hazırlayanlar, somut insanı gözden kaçırmamış ve onun değerine inanmışlardı. Amerikan

²⁸ AKIN, a.g.e. , s.32

²⁹ ÖZMAN, a.g.e. , s.7

özgürlüğü, yurttaşın bağımsızlığı, eşitliği ve her Amerikalının iktidara katılması yönünden önemlidir. Amerikalılar eşit hakların ve eşit koşulların herkese ait olduğunu ve özgürlüklerine hiçbir gücün engel olamayacağını biliyordu.³⁰

Virginia Haklar Bildirisinde belirtildiği gibi insanların doğuştan bazı hakları vardır, topluma katılmakla bunlardan yoksun kınlanamazlar. Virginia’da ki bu özgürlük anlayışı toplumsal düzenin kurulmasına bağlı değildi. Bir başka deyişle “devlet öncesi hürriyet” formülü benimsenmişti. Amerikan özgürlüğü; yurttaşın bağımsızlığı, eşitliği ve Amerikan halkının iktidara katılması yönünden önemliydi. Eşit haklar ve eşit koşullar herkese aitti ve doğa tarafından verilmişti. Bu yüzden yurttaş olma niteliği yönetime katılma olanağını ona kendiliğinden veriyordu.³¹

c) Fransa’da Eşitlik İlkesinin Kabulü

1789 Büyük Fransız devriminden önce Fransa’da mutlak krallık ile zorlu bir baskı yönetimi sürüp gidiyordu. Kral, iktidarını kimse ile bölüşmüyor ve kendi üstünde hiçbir kuvvet tanııyordu. Ne var ki Rousseau, Montesquieu ve Voltaire gibi “aydınlık felsefe” yi temsil eden düşünürlerin etkisi ile Fransa’da bir özgürlük fikri doğmuş ve büyük bir gelişme göstermiştir. Bugün bile insan hak ve özgürlüklerinden söz açılınca akla hemen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları bildirileri gelir. Bunun nedeni Fransa’ da ki özgürlük düşüncesinin daha başlangıcında evrensel bir nitelikte oluşu ve sadece Fransız yurttaşını değil bütün insanlığı kapsayan bir özgürlük anlayışı getirmesidir. Kendinden sonraki döneme bu bildirinin etkisi sonsuz olmuştur.³²

Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi’nin giriş bölümünde böyle bir beyannamenin hazırlanma nedeni anlatılırken “...ta ki, sosyal

³⁰ AKIN, a.g.e. s.34

³¹ AKIN, a.g.e. s.35

³² AKIN, a.g.e. s.36

heyetin bütün üyelerinin hafızasında daima hazır bulunacak bu beyanname onlara daima, hak ve vazifelerini hatırlatsın; ta ki, yasama ve yürütme organlarının, her siyasi kuruluşun amacı ile karşılaştırılabilecek fiilleri böylece daha fazla saygı görsün; ta ki, vatandaşların bundan böyle basit ve reddi mümkün olmayan prensiplere dayanacak olan talep ve iddiaları, daima Anayasanın korunmasına ve herkesin saadetine yönelsin” denilerek herkesin sahip olduğu eşit haklar güvence altına alınmıştır.

Beyannamenin 1. md.’si; “İnsanlar hukuken hür ve eşit doğarlar ve hür ve eşit kalmakla devam ederler. Sosyal farklılıklar ancak müşterek faydaya dayandırılabilir” , 6. md.’si “...Bütün vatandaşların, salisen veya temsilcileri vasıtasıyla, kanunun teşekkülüne katılmaya hakları vardır. İster korusun, ister cezalandırsın, kanun herkes için aynı olmalıdır. Bütün vatandaşlar, kanun nazarında eşit olduklarından, yeterliklerine göre, fazilet ve kabiliyetleri dışında bir ayırım yapılmaksızın, bütün kamu rütbe, mevki ve memurluklarına eşit bir şekilde kabul edilirler” şeklindedir.³³

1789 Bildirisi yasa karşısında eşitlik, toplumda yasanın üstünlüğü, güçler ayrılığı ile hakların güvenceye bağlanması gibi ilkeleri değişik maddelerinde düzenlemiştir. Özgürlükleri bununla birlikte eşitliği yasalara bağlama, düzenin korunması sağlama gibi faaliyetler; hukukun toplumda geçerli kılınması ve saygınlık kazanması amacına yöneliktir. 1789 Bildirisinde hürriyet, yasalar önünde eşitlik insana eskiden verilmiş, doğuştan tanınmış, bir anlama göre insanın tabiatı ile birlikte var olan haktır, yetkidir.³⁴

Bildiri İnsan ve Yurttaş Hakları diye bir ayırım yapmıştır. İnsanın ayrı olarak ele alınması boşuna değildir. Burada ele alınan insan, belli bir çağda ve belli bir ülkede yaşayan insan değildir. Bildiri evrensel insan haklarını açıklamak, savunmak istemiş; eşitlik, özgürlük, mülkiyet, güvenlik gibi kavramların bütün siyasi toplumlarda her insanın hakkı olduğunu ileri sürmüştür. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi yayınlandıktan sonra

³³ ÖZMAN, a.g.e. , s.11

³⁴ AKAD, a.g.e. , s.153

büyük yankılar uyandırdı. Bundan sonra yapılan Anayasalarda bu bildirideki haklar ve özgürlükler yer almaya başladı. Bildirinin kaleme alınışındaki ustalık ve dil onun daha geniş bir alana yayılmasını sağlamıştır.³⁵

d) Eşitlik İlkesinin Evrensel Nitelik Kazanması

İnsanlığın eşitlik yönünden ilerlemesi bakımından yüzyılımızın en önemli yeniliklerinden birisi de, eşitlik ilkesinin uluslararası alana geçişi ve evrensel bir nitelik kazanmasıdır. Şöyle ki; İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra 26 Haziran 1945'de imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması, tekrar, insan haklarına ve kişilerin hak eşitliğine inancı, saygıyı ve bağlılığı ilan etmiş ve ırk, cins, dil veya din farkı gözetilmeksizin herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanmasının sağlanmasını dünya barışının zorunlu koşulları arasında saymıştır. 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul ve ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin önsözünde de, insanlık ailesinin bütün üyelerinin sahip bulunduğu onurun ve eşit ve devredilemez insan haklarının herkes tarafından tanınmasının, dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğu inancı ve düşüncesi tekrar belirtilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde, Birleşmiş Milletler Antlaşmasında sözü edilen insan hakları ve özgürlükleri belirlenerek açıklanmıştır.³⁶

Birleşmiş Milletler tarafından 1948 yılında kabul edilen ve yayınlanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 2. md.'de; "Herkes ırk, renk, cins, dil, siyasi veya diğer herhangi bir akide, ulusal veya sosyal köken, servet, doğuş veya herhangi diğer bir fark gözetilmeksizin, iş bu bildirge'de ilan olunan tüm haklardan ve tüm özgürlüklerden yararlanabilir. Bundan başka, bağımsız ülke uyruğu olsun, vesayet altında bulunan, sair egemenlik kayıtlamasına tabi ülke uyruğu olsun; bir şahıs hakkında uyruğu bulunduğu ülke veya

³⁵ AKIN, a.g.e. s.40

³⁶ ÖDEN, a.g.e. ,s.70

ülkenin siyasi, hukuki veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayrılık gözetilmeyecektir” denmektedir.³⁷

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, evrensel olma yönüyle eşitlik ilkesinin dolayısı ile ayrımcılık yasağının gelişimi bakımından çok önemli bir etkiye sahiptir. Eşitlik ilkesinden her ne kadar bu bildirgeden çok daha önce özellikle Amerikan ve Fransız Beyannamelerinde bahsedilmiş olsa da ilkenin; Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiş ve ilan edilmiş olması ile gerçek anlamda evrenselleşmiş; salt bir ülkenin kabulü olmaktan çıkmıştır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin hukuki bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Ancak Evrensel Bildirinin, tarihi ve manevi bakımdan büyük bir değer taşıdığı kuşkusuzdur. Bildiri, insanlığın eşitlik yönünde ilerlemesinde çok önemli bir dönüm noktasına işaret etmektedir. Şöyle ki İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, bütün insanların eşitliğini, özgürlük ve kardeşlik içinde kaynak oluşturan evrensel bir değer ve temel bir ilke olarak açıklamaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden sonra, insan haklarına ve temel özgürlüklerine karşı saygıyı sağlamak ve geliştirmek üzere devletleri bağlayıcı yani onlara değişen ölçülerde hukuki yükümlülükler yükleyen çeşitli uluslararası sözleşmelerde, örneğin Kişisel ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de ve İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasını İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nde (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), eşitlik üzerinde ısrarla durularak, ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Uluslararası insan hakları sözleşmeleri de bu sözleşmeleri imzalayan ülkelerde; kanun yapıcı ve kanun uygulayıcı organların anayasadan kaynaklanan eşitlik ilkesine bağlılığını pekiştirmekte ve desteklemektedir.³⁸

³⁷ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Say Yayınları, 1996, İstanbul,s.6

³⁸ ÖDEN, a.g.e. ,s.71

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE AYRIMCILIK YASAĞI

İki dünya savaşı yaşayan Avrupa, uğradığı sosyal, ekonomik ve politik çöküntüden kurtulmak çabasına girmiştir. Bu çaba karşılıklı saygı ve işbirliği özlemiydi. 1948–1950 yılları Avrupa'nın demokratik temeller üzerinde birleşmesi için büyük çabalar sarf edilen yıllar olmuştur. 2.Dünya Savaşı sonrasında, faşizmin yol açtığı dehşet ve soykırımın düşünsel izleri altında BM Antlaşması ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'yle şekillenmeye başlayan insan haklarının milletlerarası korunması sürecine Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle katılmıştır.³⁹

Avrupa Konseyine üye 10 devlet tarafından 1950 tarihinde Roma'da imzalanan ve 1953 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarının Ve Temel Özgürlüklerin Korunması Konusunda Avrupa Konvansiyonu (sonradan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak anılacaktır) bu alanda atılmış önemli bir adım oluşturmaktadır. Sözleşme bir taraftan klasik hakları diğer taraftan düşünceyi açıklama özgürlüğü, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü gibi özgürlükleri ve nihayet eşitlik ilkesinin bir yansıması olan ayrımcılık yasağını güvence altına almıştır.⁴⁰

A) AİHS'NİN AYRIMCILIĞI YASAKLAYAN İLGİLİ MADDELERİ

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1948 yılında yayınlanan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 2. Dünya Savaşı sonrasında ciddi şekilde ihlal edilen tamamen olmasa da büyük ölçüde kaybedilen insan haklarının, onurunun; insanoğluna ait olduğunu ilan etmek; ve tekrar kazandırabilmek amacıyla yayınlanmış uluslararası bir belgedir. Belge uluslar

³⁹ Said Vakkas GÖZLÜGÖL , „Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve İç Hukukumuz Etkisi, Yetkin Yayınları,Ankara,2002,s.135

⁴⁰ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004, s.1

arası hukuki bir belge olmadığından devletler açısından bir yaptırımı da söz konusu olmamış, ancak yapılan düzenlemeler için bir ilham kaynağı teşkil etmiştir. Avrupalı devletler bu beyannameden esinlenerek, insan haklarını bir sözleşme altına almışlardır. Bu sözleşmeye dahil olan devletlerden bu sözleşmeye sadık kalmaları beklenecek aksi takdirde ilgili ülkelere yaptırım uygulanabilecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi işte bu amaçla hazırlanarak taraf devletlerce imzalanmış ve sözleşme kapsamına alınan insan hakları böylelikle hukuki bir koruma kazanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi insanlar arasında haksız bir ayrımcılık yapılmaması amacıyla özellikle 14. md.'de ve diğer bazı maddelerinde ayrımcılık yasağına yer vermiştir.

1) Sözleşmenin 1. Maddesi

Sözleşmenin 1. md.'si "İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü" başlığını taşır. Bu maddeye göre; "Yüksek sözleşmeci taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu sözleşmede açıklanan hak ve özgürlükleri tanı" denmiştir⁴¹ Sözleşme, 1. md.'sinde böyle bir hükme yer verirken, bu korumayı; sözleşmede yer alan haklarla sınırlamıştır. Konumuz itibariyle söz konusu madde, ayrımcılık yasağını kapsamaktadır. Sözleşmenin 1. bölümünde, 14. md.'de düzenlenen ayrımcılık yasağını, sözleşmeye imza atan tüm devletler kabul etmiş, ayrımcılık yasağına sözleşmeci tüm devletlerin uyması gerektiğini belirtilmiştir. Sözleşmeci devletler de ayrımcılık yasağını ihlal etmeyeceklerini; aksi takdirde ise bunun bir yaptırımı olacağını kabul etmiş bulunmaktadır. Böylelikle ayrımcılık yasağı daha sözleşmenin ilk maddesinde güvence altına alınmıştır.

⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, s.4

2) Sözleşmenin 6. Maddesi

Sözleşmenin 6. maddesinde ise “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir...bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır...” denmektedir.⁴² Madde de “adil yargılama ilkesi” düzenlenerek ayrımcılığın bu alanda ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.⁴³ Bu güvenceye göre; herhangi bir suçla itham edilen herkesin yargılama bitip hüküm kesinleşinceye kadar suçsuz olarak kabul edileceği belirtilir. Yani kişi hakkında soruşturma hatta kovuşturma başlamış olsa ve sanık hüviyeti kazansa da suçlu kabul edilemeyecek dolayısı ile mahkumiyetin sonucu olan hiçbir hak mahrumiyeti ile karşılaşmayacaktır. Ayrıca maddenin ilk paragrafından anlaşıldığı üzere hiçbir kimsenin milliyetine, kimliğine bakılmaksızın yargılanacağı mahkemeden hakkaniyet ölçülerine uyulmasını isteme hakkı olacak kendisi bağımsız mahkeme önünde hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmayacaktır.

Söz konusu güvenceler, her ne kadar ceza davasında sanık için öngörülmüş iseler de; gereğinde, medeni hak yargılamasında da uygulama bulacaktır. Adil yargılama güvencesini gerçek kılmak için Sözleşmeye taraf devletler gerekli önlemleri almak zorundadırlar. Örneğin yargılanmanın makul sürede bitirilmesi için yeterli sayıda mahkeme kurulması ve yargıç görevlendirilmesi gerekmektedir. Devlet her vatandaşı için hak arama yolunun etkin kullanılmasını sağlamakla yükümlüdür. Hak arama yolunun fiilen yahut hukuken, geçici de olsa kapatılması veya kullanılmasının

⁴² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, a.g.e. , s.5

⁴³ TUNÇ, ATAY, a.g.m. , s.53

imkansız kılar ölçüde koşullara bağlanıp sınırlandırılması 6. md. hükmünün çiğnenmesi demektir.⁴⁴

Adil yargılanma hakkından herkesin eşit olarak faydalanabilmesi için; mahkemelerin bağımsız, tarafsız ve kanuni olması gerekmektedir. Bu ifadeler Strasbourg Kurumları'nın içtihatlarıyla açıklık kazanmıştır. Buna göre mahkemenin bağımsız olması, onun başka bir kişi veya organdan emir almaması, özellikle yürütme organının etki alanı dışında bulunması, üyelerinin her türlü etkinin dışında bulunması anlamına gelmektedir. Mahkemenin tarafsızlığı açısından ise, davanın çözümünü etkileyecek önyargının bulunması; mahkemenin varlığıyla bağdaşmaz. Mahkemenin tarafsızlığı, özellikle, mahkemenin veya kimi mahkeme üyelerinin taraflar düzeyinde, onların leh veya aleyhinde bir duyguya sahip olmadan eşit şekilde davranmasını ifade eder. Mahkemenin kanuni olması ise, mahkemenin hem kuruluş, hem yetki hem de yargılama usulünün; yürütme organının düzenleyici işlemleriyle değil, yasama organı tarafından, dava konusu olay ortaya çıkmadan önce kanunla kurulmuş olması anlamına gelmektedir. Sözleşme Kurumları'na göre, bununla kişi veya olaya göre yargılama makamı oluşturmak gibi keyfiliklerin önlenmesi amaçlanmaktadır.⁴⁵

3) Sözleşmenin 14. Maddesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. md.si şöyledir. “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır”.⁴⁶

⁴⁴ Şeref GÖZÜBÜYÜK, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2007, s.276

⁴⁵ GÖZLÜGÖL, a.g.e., s.178

⁴⁶ **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, a.g.e., s.8

a) 14.Madde'nin Açıklaması

Sözleşmenin egemen devletçe sağlanıp korunmasının emrettiği haklar ve özgürlükler “herkes” için olduğu cihetle, bunların kullanılmasında ve bu haklardan yararlanılmasında bireyler arasında ayrım gözetilmesi, açık bir hükümle yasaklanmış bulunmaktadır. Bu husus aynı zamanda yasalar önünde eşitlik ilkesinin bir sonucudur.14. md. aynı zamanda, aynı ya da benzer durumda bulunan bireyleri haksız farklı muameleye karşı korumaktadır.⁴⁷

b) 14. Madde'ye Bağlı Olarak Ayrımcılığa Karşı Koruma

Eşitlik ve ayırım yapmama ilkesi, milletlerarası hukukun temel bir elementidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin buna ilişkin hükmü, 14. md.'sidir. Bununla beraber, Sözleşme'nin eşitlik ve ayırım yapmamaya ilişkin 14. md.'siyle sağlanan koruma, diğer milletlerarası belgelerle karşılaştırıldığında, sınırlı kalmaktadır. Bunun başlıca sebebi, diğer belgelerdeki hükümlerden farklı olarak, Sözleşme'nin 14. md.'si hükmünün ayrımcılığın bağımsız bir yasaklamasını içermemesidir. Ayrımcılığı sadece Sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlere sahip olmak bakımından yasaklamaktadır.⁴⁸ Ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi iç içe geçmiş kavramlardır. Eşitlik ilkesi eşit statüde olanlara eşit bir biçimde davranılmasını ve eşit olmayan statüdekilerin de farklı muamele görmesini gerektirir. Bu gereklerle, objektif ve makul bir neden olmaksızın eşitlik kuralına uymamak, ayrımcılık yaratmak şeklinde yorumlanmaktadır. Nitekim, aşağıda değinilecek olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ayrımcılık yasağını, bu şekilde yorumlama yoluna gitmektedir.⁴⁹

⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, a.g.e. , s.18

⁴⁸ GÖZLÜGÖL, a.g.e. ,s.239

⁴⁹ Sibel İNCEOĞLU, **Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi, Anayasa Yargısı**, Takav Yayıncılık, Ankara, 2001, s.121

14. md. Sözleşmenin koruduğu “hak ve özgürlüklerden yararlanma” konusunda hüküm ifade ettiği için bağımsız bir varlığa sahip değildir; bu madde sözleşme ve protokollerde mevcut öteki normatif hükümleri tamamlamaktadır. Yani 14.md. bu şekilde tamamlayıcı bir haktır. Bununla beraber, ihlal edildiği ileri sürülen sözleşme hükmü konusunda bir ihlalin saptanmadığı durumlarda da, olayın 14. md. açısından incelenerek bu madde hükmünün ihlal edildiği sonucuna varılması her zaman mümkün olabilmektedir. 14.md.’nin ihlal edilmiş sayılması için aynı zamanda ilgili olduğu hakkın da ihlal edilmiş olmasına gerek yoktur. Fakat şikayet konusu olayın Sözleşmede ve ek protokollerde yer alan hak ya da özgürlüklerden en az birisinin kapsamına girmediği durumlarda ise 14. md.’nin uygulanma yeteneği yoktur. 14.md.’nin uygulanabilmesi için sözleşmedeki haklarla ilgili ve bağlantılı bir başvuru olması gerekmektedir. Yani ayrımcılık yasağı hakkı sözleşme ve protokollerde yer alan hakların kapsamı ile sınırlıdır.

Sözleşmenin normatif hükümlerinden biriyle bağlantılı olarak 14.md.’nin de ihlal edilmiş olduğunun ileri sürüldüğü davalarda AİHM, asıl hükmün ihlal edildiği sonucuna varmakla birlikte 14. md.’nin ihlalinin; davanın “önemli bir yönünü” oluşturmadığı kanaatine varmış ise; olayı 14.md. açısından incelemeyi çoğu zaman gereksiz bulmaktadır. Ancak bir haktan yararlanmada açık bir eşitsizlik olduğu ortada ise ve bu eşitsizlik; açılan bir davanın temel yönünü oluşturuyorsa, mahkeme hem ayrımcılık konusunu, hem de temel hak konusunu ele almaktadır.⁵⁰

14. md.’de düzenlenen ayırım gözetme yasağı bağımsız bir eşitlik ilkesi değildir ve sınırlı bir koruma sağlamaktadır. 14. md. “bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma...ayırım gözetilmeksizin herkes için sağlanır” diyerek sözleşmenin diğer maddeleriyle bir bağı olması gerektiğini belirtmektedir. 4. Protokol hazırlanırken Danışma Meclisi genel bir eşitlik ilkesini sözleşmeye dahil etmek istemişse de, bu teklif Uzman Komitesi tarafından ertelenmiş ve bu sözleşmede tanınan haklar açısından

⁵⁰ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, a.g.e. , s.18

ayırımcılığın ön plana çıkarılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalamış olan devletler için yaptırım mekanizması; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir. Mahkeme kendisine yapılan başvurular sonucunda ilgili olayı inceleyip sözleşmecî devletin ihlalini tespit ederse yaptırım uygulayarak söz konusu devletleri sözleşmeye sadık kalmaları ve herhangi bir ihlale sebebiyet vermemeleri konusunda caydırıcı bir etkiye sahip olmaktadır.⁵¹

AİHM, kendisine yapılan başvurularda çeşitli kriterleri göz önünde bulundurmaktadır. Ayırımcılık yasağı ihlali ile ilgili başvurularda mahkeme ana ölçüt olarak her farklı uygulamanın; ayırımcılık yasağı ihlali anlamına gelmeyeceğini benimsemiş ve eşitliği mutlak bir eşitlik olarak kabul etmemiştir.⁵²

AİHM ilk olarak, ayırımcılık yapıp yapılmadığını anlamak için, dava konusu edilen durumun (sınıflandırmanın), kıyaslanan durumdan (sınıflandırmadan) farklı veya eşit olup olmadıklarına bakmaktadır. Mahkemenin incelemesi burada üç aşamalıdır: Önce Sözleşmeye dahil bir hakkın ve benzer durumun varlığı araştırılmakta, sonra benzer durumda bulunan bireyler arasında hak ve özgürlükten yararlanma bakımından fark gözetilip gözetilmediği saptanmaktadır. Eğer fark gözetilmiş ise; son olarak, devletin sahip olduğu takdir hakkı göz önüne alınıp, farkın objektif ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığı, (amaç-araç orantısı sorgulanarak) araştırılmaktadır.⁵³

c) 12 No'lu Ek Protokol

26 Haziran 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilerek imzaya açılan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine

⁵¹ İNCEOĞLU, a.g.e. ,s.131

⁵² İNCEOĞLU, a.g.e. ,s.131

⁵³ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, a.g.e. , s.20

ek 12.Protokol ile bağımsız genel bir ayrımcılık yasağının sözleşmeye eklenmesi öngörülmüştür.

Ek 12 No'lu protokol “Tüm insanların hukuk önünde eşit oldukları ve hukuk tarafından eşit derecede korunma hakkına sahip oldukları” temel ilkesinden hareketle hazırlanmıştır. Ayrımcılık yapılmaması ilkesinin, alınacak tedbirlerin objektif ve makul bir gerekçeye dayanması şartıyla taraf devletleri tam ve etkin bir eşitlik sağlamak üzere tedbir almaktan alıkoymadığı belirtilmiştir”.⁵⁴

Bu protokolle ayrımcılık genel yasağı öngörülmektedir. Buna göre; kanunda öngörülen haklardan yararlanma, hiçbir ayrımcılık, özellikle cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir görüş, milli veya sosyal orijin, bir milli azınlığa mensup olma, servet, doğum veya diğer herhangi bir duruma dayanan bir ayrımcılık yapılmaksızın sağlanmalıdır. Hiç kimse bir kamu otoritesi tarafından, herhangi bir sebebe dayanılarak, bir ayrımcılığa tabi tutulamaz.⁵⁵

Protokolün 1. md.'sinin 1. paragrafı, 14. md. ile neredeyse aynı ifadeye sahiptir. Tek farkı ise protokol de “bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma” ifadesine yer verilmemesidir. 12 no'lu protokolün başlangıcında, Avrupa Konseyi üye devletlerinin bu protokolü imzalarken amaçlarının ne olduğu belirtilmektedir. Üye devletler, herkesin hukuk önünde eşit olduğunu ve hukukun korumasından eşit olarak faydalanma hakkı olduğunu öngören temel ilkeyi dikkate almaktadırlar. Böylelikle herkes için eşitlik ilkesini geliştirmeye yönelik bir adım atarak genel bir ayrımcılık yasağının AİHS aracılığıyla uygulanmasını amaçlamaktadırlar.

12 no'lu protokolü açıklayıcı raporda AİHS'nin 14.md.si ile; gerek İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 1. ve 7. md.'lerinden gerekse Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 26. md.'sinden farklı olarak, genel bir ayrımcılık yasağının (AİHS aracılığıyla) uygulanmasını

⁵⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, a.g.e. ,s.51

⁵⁵ GÖZLÜGÖL, a.g.e. , s..238

amaçlamaktadırlar. Bu protokolün bağımsız bir ayrımcılık yasağı düzenlemek için hazırlandığı belirtilmiştir. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi uluslararası insan hakları hukukunun temel prensibi olduğu için bu konuda özel bir dikkat gösterildiği üzerinde durulmuştur.⁵⁶ 12 no'lu protokolün başlangıcında hukuk önünde eşitlik ve eşit hukuki koruma ilkesine yer verilmiştir. Taraf devletlerin anayasalarında ve milletlerarası insan hakları hukukunda tanınmış, iyi yerleşmiş bu genel ve temel ilke, insan haklarını korumanın “sine qua non” olmazsa olmaz bir elementidir.⁵⁷

B) 14.MADDE İLE İLGİLİ AİHM’NİN ÖRNEK KARARLARI

AİHM, kendisine yapılan başvuruları yukarıda bazılarına değindiğimiz kriterlere göre incelemekte yine bu kriterler doğrultusunda sözleşmeci devletin ayrımcılık yasağını ihlal edip etmediği hakkında karar vermektedir. AİHM’nin vermiş olduğu bazı kararları inceleyerek bu kriterlerin nasıl uygulandığı incelemeye çalışacağız.

1) Belçika Eğitim Dili Davası

Bir grup Fransızca konuşan ebeveyn, çocuklarının ebeveynlerin ikamet yeri gerekçesiyle Brüksel çevresindeki okullara girememesinden şikayetçiydi. Oysa, Flamenkçe konuşanlar böyle bir sınırlama ile karşılaşmıyorlardı. Mahkemeye göre “Bir tasarruf, kendi başına Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlüklere uygun olabilir, ancak bu tasarruf 14. md. ile birlikte okunduğunda, ayrımcılık niteliğine sahip olduğu gerekçesiyle Sözleşmede belirtilen bir hakkı ihlal edebilir... Sözleşmenin 14. md.’si hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanamaz. Belirli bir farklılaşma, hiçbir objektif ve makul bir sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele prensibinin ihlal edildiği kabul edilir... Makul bir sebebin var olup olmadığı, ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu

⁵⁶ İNCEOĞLU, a.g.e. , s.135

⁵⁷ GÖZLÜGÖL, a.g.e. ,s.239

arasındaki ilişki, kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık, söz konusu toplumun yaşamını belirleyen hukuki ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilebilir.”

Görüldüğü üzere, Mahkeme, 14. md.’nin kullanılan araçlar ve gerçekleştirilmek istenilen amaç arasında mantıklı bir oransallık olmadığı zaman ihlal edileceğine karar vermiştir. Benzer durumun var olduğunu ve benzer durumdakilere farklı uygulama yapıldığını ispatlamak ise, başvurucunun görevidir. Bunu yapabilmek için başvuru kendisine diğerlerinden esaslı bir şekilde farklı ve diğerlerine göre daha dezavantajlı davranıldığını, bu farklı davranışın onun şahsi bir özellik ya da konumundan kaynaklandığını ve kendisini kıyasladığı diğerleri ile aynı ya da benzer durumda olduğunu ortaya koyması gerekir.⁵⁸

2) Van der Musselle / Belçika Davası

Bu davada Belçikalı avukatlar; doktorlar, dişçiler, eczacılar gibi diğer meslek gruplarına kıyasla farklı muamele gördüklerinden, bu durumu ayrımcılık yasağının ihlali olarak görerek AİHM’ne başvurmuşlardır. Davacı olan Belçikalı avukatlar; dişçiler, doktorlar gibi kamu hizmeti yönü olan bir hizmet görmelerine rağmen, kendilerinin; sayılan meslek gruplarından farklı olarak, adli yardıma ihtiyaç duyan kişilere ücretsiz hizmet verme yükümlülüğünde olduklarını ve bunun 14. md.’ye aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. AİHM, gelen bu başvuruyu şu şekilde değerlendirmiştir: Örnek verilen meslek grupları ile avukatlığın aynı statüde kabul edilemeyeceğini; mesleğe giriş koşulları, görevlerinin niteliği, bu görevleri icra ediş biçimleri bakımından aralarında temel farklılıkların olduğunu ve kendilerinin sayılan meslek gruplarıyla aynı hukuki statüde olmadıklarını belirterek herhangi bir ihlalin olmadığına karar vermiştir.

⁵⁸ Osman DOĞRU, “Belçika’da Eğitim Dili Davası”, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1998, s.39

AİHM bu tip davalarda karar verirken öncelikle “kıyaslanabilirlik testi” uygulamaktadır. Diğer bir deyişle “iki durum birbirine benzemekte midir?” sorusunu cevap aramaktadır. Baktığı diğer bir ölçüt ise, bu farklı uygulama veya düzenlemeyi gerekli kılacak “haklı bir neden” olup olmadığıdır. “Haklı neden testi” meşru bir amaç güdülüp güdülmediği anlamında değildir. İlgili olayda tasarruf yapılırken, kamu yararı gibi meşru bir amaç güdülebilir. Fakat güdülen amaç ile sonuç arasındaki ilişki incelenirken; mahkeme, amaç ile kullanılan araç arasında, orantılılık olup olmadığına önem vermektedir.⁵⁹

3) Rasmussen/Danimarka Kararı:

Başvurucunun, 21 Mayıs 1979 tarihinde yaptığı başvurusundan, 1966 tarihinde evlendiği ve bu evliliği sırasında 1966 yılında bir erkek çocuğu ile 20 Ocak 1971 tarihinde de Pernille adında bir kız çocuğunun doğduğu belirlenmiştir. Başvurucunun kız çocuğunun doğmasından önce, karısının farklı bir ilişkisi nedeniyle; kızının babasının başka bir adam olduğunu düşünmesi için yeterli sebepler bulunduğunu belirtmiştir. Buna rağmen başvuru, çocuğun velayeti ile nafakası konularında karısıyla yaptığı anlaşmalar nedeniyle, babalığın tespiti için iç hukuktaki yasal sürelerde herhangi bir girişimde bulunmamıştır. 16 Ocak 1976 tarihinde ise başvurucunun eski karısının başvurucuya gönderdiği mektupla aralarındaki anlaşmaya artık bağlı olmadığını ve nafaka yenileme talebinde bulunduğunu ve bu talebin de yetkili makamlarca kabul edildiğini bildirmiştir. Bunun üzerine başvuru da 27 Ocak 1976 tarihinde; kızın babalığın tespiti için süresi dışında dava açmak üzere üst mahkemeye başvurduğu, ancak kendisi için tanınan sürenin geçmiş olması nedeniyle başvurusunun reddedildiğini belirtmiştir.

Başvurucunun,(cinsiyet bakımından) ayrımcılığa tabi tutulduğu itirazı burada başlamaktadır. Çünkü o tarihte uygulanan Danimarka hukukuna göre kendisinin, babalığa itiraz etmek için mahkemeye başvurma konusunda eski

⁵⁹ İNCEOĞLU, a.g.e. , 139

eşinin süresiz bir hakkı bulunmasına rağmen, kendisinin bir süreyle sınırlandırıldığını ve Danimarka kanununun bu şekliyle; sözleşmenin 6., 8. ve bunlara bağlı olarak da 14.md.'sinin ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Komisyon, başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve sözleşmenin 6. ve 8.md.'leri ile bağlantılı olarak ele alınan 14.md.'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, öncelikle sözleşmenin 14.md.'sinin; sözleşme ve protokollerin diğer maddi hükümlerini tamamlamakta olduğunu, 14.md.'nin bağımsız bir varlığı olmadığını, çünkü sadece bu maddi hükümlerle korunan hakların ve özgürlüklerin kullanılmasıyla bağlantılı olarak sonuç doğuracağını belirlemişlerdir. 14.md.'nin uygulanması, bu maddi hükümlerin ihlal edilmiş olmasını zorunlu kılmaya bile (bu çerçevede özerk bir anlama sahip olsa bile) tartışma konusu olaylar bir veya birden fazla maddi hükmün kapsamına girmedikçe; 14.md.'nin uygulama imkanı olmadığını saptamışlardır. Davadaki olayların, “kişisel hak karakterinde bir uyuşmazlığa ilişkin olması ve başvuru ve Pernille için de özel yaşamlarını ilgilendirmekte” olması nedenleriyle, sözleşmenin 6. ve 8.md.'lerinin kapsamına girdiği kabul edilmiştir.⁶⁰

Mahkeme, bundan sonra ise olayda “ayrımcılığa konu farklı bir muamele” olup olmadığını araştırmış ve sözleşmenin 14.md.'si bakımından başvuru ile eski eşi arasında, başvurucuya babalığın reddi için dava açma imkanı konusunda farklı bir muamelede bulunulduğu sonucuna varmıştır. Sözleşmenin 14.md.'sinde görünen sebepler sınırlı olmadığından bu farklılığın hangi temele dayandığını belirlemeye ihtiyaç görülmemiştir.

Mahkeme daha sonra ise olayda 14.md.'nin “karşılaştırılabilir durumda” bulunan bireyleri haksız ve farklı muameleyle karşı koruması nedeniyle, başvuru ve eski eşinin karşılaştırılabilir durumda olup olmadığını incelemiş ve meseleyi çözmesine gerek bulunmadığını düşünerek

⁶⁰ Osman DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Cilt I, Beta Yayınları, İstanbul, 2002s.804

ve farklılaştırmanın karşılaştırılabilir kişiler arasında yapıldığının kabulü ile davaya devam etmeye karar vermiştir.

Mahkeme son olarak da, farklı muamelenin “objektif ve makul bir haklılığa” sahip olup olmadığını araştırmıştır. Çünkü, 14.md. bakımından bir muameledeki farklılık; objektif ve makul bir haklılığa sahip değilse; yani meşru bir amaç izlemiyorsa veya kullanan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılilik ilişkisi bulunmuyorsa, ayrımcılık oluşturur. Mahkeme birçok kararında, benzer durumlardaki farklılıkların hukuken farklı bir muameleyi haklı kılıp kılmadığını ve kılıyorsa hangi ölçüde kıldığını takdir ederken; sözleşmecı devletlerin belirli bir “takdir alanı”ndan yararlandıklarını belirtmiştir. Takdir alanının kapsamı, olayın şartlarına ve konusuna göre değişir. Sözleşmecı devletlerin hukuk düzenlerinde ortak bir temel bulunup bulunmaması, bu noktada konuyla ilgili faktörlerden biri olabilir.⁶¹

Sözleşmecı devletlerin babalık davası ile ilgili mevzuatları incelendiğinde pek bir ortak temel bulunmadığı, bunların birçoğunda, annenin ve kocanın durumunun değişik şekillerde düzenlendiği görülür. Bu nedenlerle mahkeme, olayın içinde bulunduğu koşulları dikkatlice incelemiş ve olayla ilgili olarak yetkili makamlara bir takdir alanı bırakılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre; yetkili makamlar, babalık davası açılmasına süre sınırı koymaları, hukuki kesinlik ve çocuğun menfaatlerini koruma bakımından yerindedir. Bu konuda şikayet konusu mevzuat, diğer sözleşmecı devletlerin çoğunda önemli ölçüde aynıdır. Bu noktada, kocalar ile karıları arasında yerleşmiş olan farklı muamele; ayrılık veya boşanma davalarında, çocuğun velayeti daha çok anneye verildiği için annelerin menfaatleri genellikle çocukların menfaati ile uyduğundan, bu tür süre sınırlarının kocaya göre karısı için daha az gerekli olduğu düşüncesine dayandırılmıştır.

Benzer bir sonucun “tanıma doktrini” yoluyla elde edilebileceği doğrudur. Fakat daha önce belirtilen nedenlerle yetkili makamlar;

⁶¹ DOĞRU, İHAM. İçt., s.805

- Anneler bakımından meseleyi her olayın şartlarına göre mahkemeler tarafından verilecek kararlara bırakmak yeterli iken,

- Babalar bakımından gerçekleştirilmek istenen amacın en tatmin edici biçimde yasa hükümleri koymak suretiyle sağlanacağını düşünmekte haklıdırlar.

Buna göre, takdir alanı dikkate alındığında, yetkili makamlar orantılılık ilkesini de çiğnememişlerdir.

Bu nedenlerle mahkeme olayda, şikayet konusu farklı muamelenin sözleşmenin 14.md.'si anlamında ayrımcı olmadığı sonucuna vararak, sözleşmenin 6 veya 8.md.'leri ile birlikte anılan 14.md.'sinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶²

⁶² DOĞRU, İHAM. İçt., s.807-811

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞININ GELİŞİMİ

Türk hukukunda Ayrımcılık yasağı ve eşitlik konusunda ki gelişmeleri Osmanlı Devleti'ne kadar uzanmaktadır. Gerek Osmanlı Devleti dönemlerini, gerekse 1982 Anayasası'na kadar Cumhuriyet dönemini gösterdikleri özelliklere göre belirli dönemlere ayırarak inceleyeceğiz.

A) OSMANLI DÖNEMİ DÜZENLEMELERİ

Osmanlı dönemi ayrımcılık yasağı ve eşitlikle ilgili gelişmeleri; Tanzimat öncesi dönem ve Tanzimat sonrası dönem olarak iki farklı bölüm altında göreceğiz. Tanzimat öncesi dönemde, gayrimüslim Osmanlı vatandaşları ile Müslüman vatandaşlar arasında farklı nedenlerle birçok alanda uygulanan ayrımcılıklar ile kadınlarla erkekler arasında uygulanan ayrımcılıklara yer vermeye, Tanzimat sonrası dönemde ise daha çok ilan edilen fermanlarla; ayrımcılıkların giderilmesi çabaları ile getirilen yenilikler anlatılacaktır.

1) Tanzimat Öncesi Dönem

19. yy.'da batıda feodalitenin tarihe karıştığı ve sanayileşme hareketinin yaşandığı sırada batıda gelişen düşünce akımlarından, Osmanlı Devleti habersiz durumdaydı. Osmanlı devlet adamları, 17. yy.'dan sonra başlayan çöküşü önlemek için, 19. yy. başlarından itibaren, eğitim; adalet ve idare sisteminde reformlar uygulamaya başladılar. Osmanlı'nın bütünlüğünün korunmasına yönelik olan bu reformlar, amaç değil araç olmuştur. Devlet bünyesinde yapılan reformların yanı sıra 19. yy. ortalarına doğru, batıda mutlak yetkili hükümdarlardan zorla alınan özgürlükler, Osmanlı Devletinde reformist padişahlar, devlet adamları ve meşrutiyetçiler tarafından tanınmıştır.

İslam dininde da eşitlik hakkı; dinsel temellere, İslami eşitlik anlayışına dayanır. Eşitlik, dinsel toplumun bir temel değeri olarak; Tanrı önünde eşitlik düşüncesinin bir görünümü olarak kabul edilebilir. Bu eşitlik mutlak olmayıp, iman ve itaat temellerinde ayırma dayalı bir toplumsal-etik değerdir. İslam da hukuki eşitlik, İslam hukukunun özelliği gereği etik değerın yeryüzü düzenine yansımasıdır.⁶³

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat öncesi dönemde bazı alanlarda insanlar arasında ayrımcılıklar uygulanmaktaydı. Tanzimat ve sonrasında yapılan düzenlemeler, bu ayrımcılık türlerinden en çok gayrimüslimler ve kadınlar açısından ayrımcılıkları önlemeye çalışmıştır. Bu nedenle biz de çalışmamızda bu iki ayrımcılık türüne yer vereceğiz.

a) Gayrimüslim Ve Müslüman Vatandaşlar Açısından Ayrımcılık

Osmanlı Devleti dini kuralları esas alan bir yönetim biçimi benimsemiştir. Yönetime esas alınan bu İslami kurallar, Osmanlı devletinde yaşayan ve vatandaşlık statüsü kazanmış gayrimüslimlere yönelik kuralları da düzenlemiştir. Osmanlı Devleti gayrimüslim vatandaşları ile belirli kurallar çerçevesinde bir zimmet anlaşması yapmış ve bu anlaşma nedeniyle gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarına "zimmi" adı verilmiştir.

İslam devletinde zimmilerin hukuki statüsüne baktığımız zaman Müslüman tebaadan daha farklı bir konumda oldukları görülmektedir. Zimmilere bazı hukuk dallarında şer'i hukuk değil, kendi dinlerinin kuralları uygulanır. İslam anlayışında din, kişilerin birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarını da içerdüğinden din ve vicdan hürriyetinin bir uzantısı olarak zimmilere kendi hukuklarını uygulama imkanı tanınmıştır. Bu anlayış sonucunda özellikle dini kuralların yakın etkisi altında bulunan şahıs, aile ve miras hukuku alanlarında gayrimüslimlere kendi hukuk kurallarının yine kendi mahkemelerince uygulanma imkanı getirilmiş ve böylelikle ortaya cemaat mahkemeleri çıkmıştır. Ceza hukuku açısından ise "içki

⁶³ AKAD, a.g.e. , s.152

içme suçu” gibi bazı istisnalar dışında İslam ceza hukuku hükümlerine tabi tutulmuşlardır.⁶⁴

(1) Aile Ve Miras Hukuku Açısından Ayrımcılık

Zimmiler yargı muhtariyeti sebebiyle aile hukuku alanında kendi dini hukuklarına tabi olmuşlardır. Evlilik akdi, bu akdin feshedilmesi gibi konular; Osmanlı Devleti’nde dini ahkamdan sayılmış ve din adamları verilen beraatlarla bu konularda kendi dini kurallarını uygulamakla yetkili kılınmışlardır. Zimmilerin kendi aralarında ki boşanmalarında da İslam hukuku hükümleri uygulanmaz; kendi dini hükümlerine tabidirler. Ancak bir Müslüman’la evli olan, zimmi kadın ise; boşanma konusunda İslam hukuku hükümlerine tabidir. İslam hukukunun kocaya tanıdığı talak(başanma) yetkisini Müslüman koca zimmi karısına karşı kullanabilir.⁶⁵ Ama yine de özel hukuk sorunlarında olduğu gibi, aile hukukuna ilişkin sorunlarda da zimmiler dilerse şeriat’a göre hükmedilmek üzere kadı’ya başvurabilirlerdi. Evlenen zimmilerden, Müslümanlardan alınanın yarısı kadar gerdek resmi alınırdı. Osmanlı Devleti’nde Müslüman erkeklerin zimmi kadınlarla evlenmesine bir engel yoktu ve bu evlilikte zimmi kadın dinini muhafaza edebilirdi. Ancak, Müslüman bir kadın zimmi bir erkekle evlenemezdi. Bununla birlikte, Müslüman bir erkek zimmi kadınla evleneceği zaman o evliliğin şahitlerinin Müslüman olması gerekmezdi. Ama bu evlilikten doğan çocuklar mutlaka Müslüman olurlardı.⁶⁶

Osmanlı Devletinde zimmilerin kendi aralarındaki miras meseleleri İslam hukukunun yukarıdaki ilkeleri doğrultusunda, mensup oldukları dinin kurallarına göre halledilirdi. Zimmilerin problemleri, cemaatlerinin din adamları tarafından çözümlenirken, zaman zaman konunun çözümü için devletten yardım istemişler veya şer’iyye mahkemelerine başvurmuşlardır.

Zimmiler açısından İslam miras hukukunun getirdiği en önemli kısıtlama din ayrılığının bir miras engeli olarak kabul edilmesi ve bunun sonucunda zimmilerle

⁶⁴ Halil CİN, Gül AKYILMAZ, **Türk Hukuk Tarihi**, Sayram Yayınları, Konya, 2003, s.166

⁶⁵ CİN, AKYILMAZ, a.g.e. , s.167

⁶⁶ Gülnihal BOZKURT, **Alman-İngiliz Belgelerinin Ve Siyasi Gelişmelerinin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu(1839-1914)**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1996, s.15

Müslümanların birbirlerine mirasçı olamamalarıdır. Bu sebeple ehl-i kitap bir kadınla evli olan Müslüman erkek ile karısı arasında mirasçılık ilişkisi kurulamaz. Yani zimmi bir kadınla evli olan Müslüman, ne karısına miras bırakabilir; ne de ona mirasçı olabilir. Bir Müslüman erkekle bir zimmi kadının evliliğinden doğan çocuklar, babalarının dininden sayıldıklarından anneleri ile miras bağları yoktur. Bu noktadan hareketle, anası, babası, oğlu, kızı ve diğer akrabaları gayrimüslim olan kişi ile kendisi Müslüman olan kişi arasında mirasçılık ilişkisi söz konusu olmaz. Ancak muris öldüğünde zimmi, Müslüman olmamış, daha sonra din değiştirmişse mirastan pay alabilir. Belirleyici olan mirasçının murisin ölümü anındaki dini inanışdır.⁶⁷

Muhtelif mezheplerde ki ya da dinlerde ki zimmiler ise birbirlerine mirasçı olabilirler. Müslümanlarla zimmilerin birbirleri lehine yaptıkları vasiyetler ise geçerlidir. Ayrıca zimmilerin tereke hakkında ki ihtilafları şer'i mahkemeye götürme yetkileri vardır. Bu konuda devlet 1856'da bir ferman çıkartarak zimmilerin vasiyetlerinin dilediklerince yerine getirilmesi sağlanmıştır. İslam hukukuna göre zimmilerin Müslümanlar lehine vakıf kurulması için yaptıkları vasiyetler geçerli sayılmıştır. Ancak zimmilerin cami inşası amacıyla vakıf kurmaları yasaklanmıştır.⁶⁸

(2) Borçlar Hukuku Ve Ticaret Hukuku Açısından Ayrımcılık

Borçlar ve ticaret hukuku açısından zimmiler birkaç istisna dışında İslam hukuku hükümlerine tabidirler. Her şeyden önce zimmiler mülkiyet hakkına sahiptirler. Üstelik zimmet anlaşması ile malları İslam Devleti'nin teminatı altına alınmış, mallarına yönelik saldırılar Müslümanların mallarına yönelik saldırılarla bir tutulmuş ve defedilmeye çalışılmıştır.

Zimmilerin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerde İslam hukuku kuralları ile bağlı olma zorunluluğu yoktur. Mesela içki ve domuz alışverişi yapabilirler, bu

⁶⁷ CİN, AKYILMAZ,s.168

⁶⁸ BOZKURT,s.16

malları hibe edebilirler.⁶⁹ Bunun yanında zimmiler, Müslümanlarla girdikleri borç ilişkilerinde bu konuda kısıtlamaya tabidirler. Müslümanlarla bu mallara ilişkin sözleşme yapamaz, ya da faiz şartı koyamazlar. Ayrıca Müslüman köle satın alamazlar. Elleri ki köle din değiştirip Müslüman olursa, onu derhal bir Müslüman'a satmak zorundadırlar.⁷⁰

(3) Usul Hukuku Açısından Ayrımcılık

Zimmilerin kendi aralarındaki, aile-miras hukukuna giren davalarını; cemaat mahkemelerine götürme hakları vardır. Ancak taraflardan biri Müslüman ise davaya mutlaka şer'iyye mahkemesinde bakılarak İslam hukuku hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Zimmiler, şer'iyye mahkemesindeki davalarda, davacı ya da davalı olabilmişlerdir. Hatta zimmilerin yönetici sınıf mensuplarıyla olan anlaşmazlıklarında, davaları, Osmanlı Devleti'nin önemli meselelerinde karar alma mercii olan, Divan-ı Hümayun'da görülerek hakları teslim edilmiştir. Yine zimmiler aleyhlerine hüküm verilen davalarda itiraz haklarını kullanarak, davanın yeniden görülmesini temin edebilmişlerdir. Öte yandan hemen belirtmek gerekir ki bütün Osmanlı tebaasının din, dil, cinsiyet ayrımı olmaksızın Divan-ı Hümayuna dilekçe (arzuhal) vererek şikayette bulunma ve gerekirse davasının Divan'da görüşülmesini talep etme hakkı vardır. Bu çerçevede zimmiler de herhangi bir sınırlama olmadan Divan-ı Hümayuna başvurabilmişlerdir.

Usul hukuku açısından gayrimüslimlere getirilen en önemli sınırlama Müslümanlara karşı gayrimüslimlerin şahitliğinin kabul edilmemesidir. İslam hukukçuları gayrimüslimlerin Müslümanlar hakkında şahitlik yapmalarını caiz ve geçerli görmemişlerdir. Eğer bir davada taraflardan biri Müslüman ise şahitlerin de

⁶⁹ CİN, AKYILMAZ,s.169

⁷⁰ BOZKURT,s.17

Müslüman olması gerekir. Osmanlı uygulamasında da taraflardan birinin Müslüman olduğu davalarda gayrimüslimlerin şahitliği kabul edilmemiştir.⁷¹

Şer'iye sicillerinden İslam usul hukukuna uygun olarak senet bulunmayan durumlarda zimmilerin ve Müslümanların şahitle iddialarını ispatladıkları görülmektedir. Senet ya da şahit bulunmadığı zamanlarda zimmilerin yemin etmeleri istenirdi. Zimmiler kadı önünde yemin ederlerken kendi dini değerleri adına yemin ederlerdi.⁷²

(4) Ceza Hukuku Açısından Ayrımcılık

Zimmiler, Osmanlı Devleti ile zimmet anlaşmasını yapmak suretiyle İslam ceza hukuku hükümlerine tabi olmayı kabul etmektedirler. Yani ceza hukuku alanında bazı küçük istisnalar dışında İslam ceza hukuku hükümleri zimmilere de uygulanmıştır.

Kisas ve diyet suçları açısından konuya baktığımızda; İslam hukukunda bir zimmiyi kasten öldüren bir başka zimmi gerekli şartlar gerçekleşirse, kisas cezasına çarptırılır. Osmanlı Devletinde de bu kurala uyularak, zimmiler arasında işlenen kasten adam öldürme suçlarında kisas cezası uygulanmıştır.⁷³

Osmanlı hukukunda kisasın uygulanmadığı durumlarda, suçlu zimmilere, bu gibi hallerde Müslümanlara tayin edilen diyet miktarının yarısı kadar bir diyet tatbik edilmiştir. Böylece Osmanlı Devletinde ceza hukuku alanında Müslüman zimmi eşitliği ilkesinden ayrılmıştır. Suç işleyen zimmilere; aynı suçu işleyen bir Müslüman'a verilecek olan cezanın yarısının tatbik edileceği kanunnamelerle kabul edilmiştir. Kisası gerektiren ama kisasın uygulanmadığı durumlarda da aynı kurala uyulmuştur.

Osmanlılar; kendi dinlerine karşı gelip, dini nitelikte suç işleyen zimmilerin cezalandırılmalarını Patrikler ve Hahambaşına bırakmışlar, bu konuda hiçbir

⁷¹ CİN, AKYILMAZ,s.169-170

⁷² BOZKURT,s.25

⁷³ CİN, AKYILMAZ,s.171

müdahalede bulunmamışlardır. Zimmi din adamlarının bu konulardaki cezalandırma yetkileri atama beraatlarıyla belirtilirdi. Ancak Patriklerin ölüm cezası verme yetkileri yoktu. Bunlarla birlikte Osmanlı Devletinde zimmilerin kadı önünde haklarının korunması da çeşitli fermanlarla kabul edilmiştir.⁷⁴

(5) Vergi Hukuku Açısından Ayrımcılık

Zimmilerden, hukuki ve toplumsal statülerini belirleyen ve Müslüman reayadan toplanmayan iki ayrı vergi alınırdı ki bunlar haraç ve cizyedir. Bunun dışında vatandaşı oldukları İslam ülkesinin vergi hukukuna tabi olarak, Müslüman reayanın ödediği vergiler de kendilerinden talep edilmiştir.⁷⁵

Haraç, zimmi toprak sahiplerinin fetihten önceki topraklarından yararlanmayı sürdürebilmeleri için verdikleri bir vergiydi. Toprak ve ürün üzerinden ayni olarak alınırdı. Cizye ise Osmanlı Devleti'nde fıkha uygun olarak ergin olan ve vergi verebilecek güçte olan zimmi erkeklerden alınırdı.

Osmanlılar fethettikleri ülkelerde yerleşik olan zimmileri de haraç ve cizye ile vergilendirirken bazı yerel vergileri de aynen bırakmış bazen de miktarlarını azaltmış ya da kaldırmışlardır. Zaman zaman Müslümanlara uygulanmayan şarap vergisi gibi vergiler zimmiler için uygulansa da bazen de; olsa kahve vergisi gibi bazı vergiler zimmilerden, Müslümanlara göre daha fazla alınırdı.⁷⁶

b) Kadınlar Ve Erkekler Arasındaki Ayrımcılık

Osmanlı Devletinde zimmilerden sonra kadınlara yönelik ayrımcılıklar da göze çarpmaktadır. Özellikle aile hukuku açısından kadın ve erkekler arasında farklı hak ve yükümlülükler göze çarpmaktadır. Osmanlı'da Tanzimat öncesi ve sonrasında zimmiler de olduğu gibi kadınların durumlarında çok fazla iyileştirme yapılmamıştır. Ama yine de özellikle meşrutiyet ve sonrası dönemlerde yapılan

⁷⁴ BOZKURT,s.26

⁷⁵ CİN, AKYILMAZ,s.174

⁷⁶ BOZKURT,s.29

kanuni düzenlemelerle bu alanda da ciddi düzenlemeler göze çarpmaktadır. Bu konu başlığı altında Osmanlı'da özellikle Tanzimat dönemi öncesinde kadın ve erkeklerin hukuki alanında ki farklı durumlarını incelemeye çalışacağız.

(1) Aile Ve Miras Hukuku Açısından Kadınlar

Osmanlı Devleti'nde aile hukuku sahasında dolayısıyla evlenme konusunda büyük oranda İslam Hukuku hükümleri uygulanmıştır. Devletin resmi mezhebi Hanefi mezhebi olduğu için genellikle Hanefi içtihatları yönünde konu ele alınmıştır. 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesinde bile diğer üç mezhebin görüşlerinden istifade edilmekle birlikte İslam hukukuna aykırı bir hüküm yoktur.⁷⁷

İslam aile hukukunda karşımıza çıkan çok kadınla evlilik Kur'an da bazı ayetlerde düzenlenmiştir. Nisa suresinde ki ilgili ayetin de ortaya koyduğu gibi Kur'an-ı Kerim'de dört kadınla evlenmek bir emir değil bir icazet şeklindedir ve bu icazet "adalet" şartına bağlanmaktadır.⁷⁸ Araştırma sonuçları, yönetici sınıflar arasında, çok kadınla evliliğin yaygın olduğunu göstermektedir. Buna karşılık, gelir düzeyi düşük halk tabakalarında ve köylerde taaddüd-ü zevcat oranının düşük olduğunu göstermektedir.

İslam hukukçuları evlenme ehliyetine sahip olan; yani akıl ve baliğ ve kendi başına bu akdi yapabilecek durumda olan bir kızın, nikahta mutlaka rızasının alınması gerektiği konusunda ittifak halindedirler. Hanefi mezhebine göre akıllı ve buluğa ermiş olan bir kızı velisi tarafından cebren yani rızası hilafına evlendirilemez. Bu kurala Osmanlı Devleti'nde de uyulduğunu, ihlali durumunda şikayet olduğunda; kadının nikahı feshettiğini görmekteyiz. Hatta nikah akdinden önce nişanlılık aşamasında bile mahkemeler bu yöndeki şikayetleri dikkate almışlardır.

⁷⁷ Gül AKYILMAZ, **İslam Ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü**, Gök Matbaası, Konya, 2000,s..25

⁷⁸ CİN,AKYILMAZ,s.330

Nikah akdi ile ilgili olarak karşımıza çıkan bir diğer önemli mesele evlenme ehliyetine sahip olan -akıl baliğ- kadının velisinin izni olmadan tek başına nikah akdedip, akdedemeyeceğidir? Hanefi hukukçulardan Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre erkek olsun, kadın olsun temyiz gücüne sahip ve ergenlik çağına gelmiş herkes aile hukuku bakımından tam ehliyetlidir ve velisinin rızası olmadan evlenebilir, Hanefi hukukçulardan İmam Muhammed ise buluğa ermiş olan kızların rızalarına ilaveten velilerinin rızalarını da şart koşturmuştur. Osmanlı Devleti'nde 951/1544 yılına kadar Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un görüşü en sahih görüş olarak kabul edilerek uygulanmıştır. Kadınlar kendi irade beyanlarıyla ya bizzat nikah merasimine katılarak veya vekil vasıtasıyla kendilerini temsil ettirerek velilerinin rızası aranmaksızın evlenebilmişlerdir.⁷⁹

İslamiyet'te boşanma hakkı, kural olarak erkektedir ve erkeğin ağzından çıkacak boşanmayı ima eden herhangi bir sözle gerçekleşir. Bu sözün, şaka olarak, bilerek ve isteyerek sarhoş olma neticesinde ya da (Hanefilere göre) zorla söylenmesi, boşanmanın hukuken sonuç doğurmasına engel değildir.⁸⁰ İslam hukukunda kabul edilen tek boşanma şekli erkeğin tek taraflı irade beyanına dayanan "talak" değildir. Bunun yanında belirli sebeplerin varlığı halinde hakim kararıyla boşanma, karşılıklı rıza ile boşanma ve de kocanın verdiği yetkiye dayanarak kadın tarafından boşanma kabul edilmiştir.⁸¹

İslam hukuku çerçevesinde kadına boşanma konusunda en fazla esneklik tanıyan metot, tefrik yani; adli boşanmadır. Tefrikte kadına kocanın iktidarsızlığı veya bazı hastalıklarının olması, kocasının gaipliği, nafaka mükellefiyetini yerine getirmemesi, şiddetli geçimsizlik ve fena muamelesi sebeplerinden birinin varlığı halinde mahkemeye başvurarak evliliğin sona erdirilmesini istemekte, kadı uygun görürse evlilik birliği sona ermektedir.

⁷⁹ AKYILMAZ, s.25-27

⁸⁰ Coşkun ÜÇÖK, Ahmet MUMCU, **Türk Hukuk Tarihi**, Savaş Yayınları, Ankara, 1991, s.91

⁸¹ CİN, AKYILMAZ, s.343

Tefrik de kocanın rızası aranmadığı gibi kadın da müeccel mehrinden ve iddet nafakasından vazgeçmek zorunda değildir.⁸²

İslam hukukuna göre hakim kararıyla boşanma sebepleri arasında yer alan “din ayrılığı”nda da erkek ile kadın arasında bazı farklılıklar mevcuttur. Farklı bir dine mensup olup da ihtida eden (yani din değiştirerek Müslüman olan) kişi şayet erkek ise, eşi, evliliğe devam etmeyi arzuladığında bu din değişikliği evliliğin sona ermesine neden olmamıştır. Ancak bu evlilikte gayrimüslim kadın, Müslüman olan kocasıyla evliliğe devam etmek istemiyorsa mahkemeye başvurup kocasından ayrılabilmiştir. Ancak ihtida eden kadınsa ve eşi İslam’a geçmeyi kabul etmiyorsa, bu evlilik devam edemez. Kadın, hakim kararıyla kocasından ayrılır. Zira İslam dini, Müslüman kadınların Müslüman olmayan bir erkekle evlenerek aile hayatı sürmesini uygun görmemiştir.⁸³

İslam hukukunda evliliğin hükümleri, yani kadının ve erkeğin karşılıklı hak ve yükümlülükleri incelendiği zaman; hiyerarşik olarak erkeğe bir üstünlük tanındığı görülmektedir. Kadının kural ve ölçü dışı davranış ve sözlerinin ağırlık derecesine göre erkeğe karşılık verme yetkisi tanınmıştır. Kaldı ki iffetsizlik ve sadakatsizlik evlilik birliğinin selameti açısından oldukça ağır fiillerdir. Ancak yine de bu konuda erkek lehine bir tercih yapıldığını kabul etmek gerekir. Osmanlı Devleti’nde erkeklerin eşlerini haksız yere dövmeleri, hakaret etmeleri ve eve hapsedmeleri gibi örneklere az da olsa belgelerde rastlanmaktadır. Böyle durumlarda mahkemenin kadınlara arka çıktığı, hanımlarının haklarına riayet etmelerine dair kocalara tembihatta bulunduğu gözlenmektedir.⁸⁴

İslamiyet, miras konusunda da İslamiyet öncesi Arap toplumlarındakinin aksine kadın lehine değişiklikler yapmış ve kadını mirasta pay sahibi durumuna getirmiştir. Zira İslamiyet’ten önce Arap toplumlarında, murisin terekesi erkek

⁸² AKYILMAZ,a.g.e.,s.47

⁸³ Hayreddin KARAMAN, **Mukayeseli İslam Hukuku**, Nesil Yayınları, İstanbul, 1996,s. 261

⁸⁴ AKYILMAZ,a.g.e.,s.36

yanından en yakın erkek hısımına veya hısımlarına kalırdı. Kadının mirastaki rolü ise, terekeye dahil mallarla birlikte devredilebilmekten ibaretti.⁸⁵

Kur'an a göre belli durumlarda, kadın erkeğin yarısı kadar miras payına sahiptir. Bu durumlardan birinde; kadının aynı ana babanın çocuğu olarak erkek kardeşleriyle birlikte mirasçı olması söz konusudur. Nisa suresi 11. ayetine göre murisin kızları ve oğulları beraber mirasçı olurlarsa kadının payı erkeğin yarısıdır. Yine aynı surenin 176. ayetine göre ise anne-baba bir ve baba bir erkek ve kız kardeşler birlikte mirasçı olduklarında da erkeğin miras payı kadının iki katıdır. Bu üç hal dışında kadın mirasçılar erkek mirasçılarla beraber bulunduklarında mutlaka yarım pay almazlar.⁸⁶

Bu paylaşım esasının nedenleri arasında kuşkusuz en önemlisi, mali yükümlerin erkekte olmasıdır. Kadının, erkeğin yansı kadar pay sahibi olmasının nedenleri arasında, erkeğin nesli devam ettirmesi ve kadının evlenirken mehir ve pek çok hediye alması da sayılmaktadır.⁸⁷

Burada mutlaka üzerinde durulması gereken bir noktada Osmanlı Devleti'nde son derece yaygın olarak ortaya çıkan vakıflar yoluyla şer'i miras kurallarının değiştirilmeye çalışılmasıdır. Bu durum iki farklı uygulamayı beraberinde getirmiştir. Birincisi; vakıf yoluyla varislerini mirasından eşit bir şekilde yararlandırmadır: Bazı vakıflar kurdukları ailevi vakıflarla kız ve erkek evlatlarını vakfettikleri malları ve mülkleri üzerinde eşit bir şekilde pay alır duruma getirmişlerdir. İkincisi ise; şer'i miras düzenlemelerini kızların aleyhine değiştirmektir: Bazı vakıflar tesis ettikleri ailevi ve yarı ailevi vakıflar yoluyla, erkek evlatlarının nesli devam ettikçe kızlarını mirastan yoksun bırakmış, erkek evlatlarının nesli kesilince kızlarına ve bunların çocuklarına, tesis ettikleri vakıfların gelirinden yararlanmayı şart koşmuşlardır.

Osmanlı Devleti'nde mülk menkul ve gayrimenkul mallar, İslam miras hukuku hükümlerine göre paylaştırılırken miri arazinin intikali örfi hukuk

⁸⁵ ÜÇÖK, MUMCU,a.g.e.,s.97

⁸⁶ AKYILMAZ,a.g.e.,s.52

⁸⁷ ÜÇÖK, MUMCU,a.g.e.,s.98

tarafından düzenlenmiştir. Çünkü miri tarım arazisinde kabul edilmiş olan mülkiyet ve tasarruf rejimi, bu arazinin miras yoluyla intikalinin de farklı olması sonucunu doğurmuştur. Özel mülkiyet konusu olan tarım arazisinin mirasçılara intikali şer'i bir hak olduğu halde, miri tarım arazisinin miras yoluyla intikali kanunen verilmiş bir izin, başka bir deyimle arazinin maliki sayılan Devlet ya da padişahın bir lütfudur. Osmanlı Devleti'nde örfi intikale konu olan miri arazi ve paya sahih vakıflarda İslam miras hukukunun cinsiyetler arası ikili birli taksim usulü benimsenmeyerek, belli bir tarihten sonra eşitlik ilkesi uygulanmıştır.⁸⁸

(2) Ceza Hukuku Açısından Kadınlar

Adam öldürme suçlarında, mağdur ve failin cinsiyetlerinin farklı olması durumunda kadın ve erkeğin birbirlerine kısas ediliş edilmeyeceği ve diyet miktarının ne olacağı hususu İslam ceza hukukunda tartışmalı bir konudur.

Bakara Suresinin 178. ayetindeki “Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında size farz kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın öldürülür.” ifadesi İslam hukukçularını ikiye bölmüştür. İslam hukukçularının bir bölümüne göre, bir kadın bir erkeği öldürürse, erkeğin mirasçılarının önünde iki seçenek vardır; ya kadının kısasen katlini isterler ve tam diyetin yarısını alırlar, ya da kısas istemezler ve tam diyet alırlar. Bir erkek kadını öldürürse, kadının erkeği öldürmesinden farklı olarak, kadının mirasçıları ya kısas isterler ya da tam diyetin yarısını alırlar.⁸⁹

Karı-koca arasındaki cana karşı kısas konusunda ise evlilik akdinin, kocanın, karısı üzerinde bir tür mülkiyet hakkı doğurduğu ve bu nedenle karısını öldüren erkeğe kısas uygulanamayacağı şeklinde görüşler bulunmakla birlikte dört mezhep de, kısas konusunda karı ve kocayı eşit görmektedirler.

⁸⁸ AKYILMAZ,a.g.e.,s.52-55

⁸⁹ AKYILMAZ,a.g.e.,s.63

Konuya kısası isteme hakkına sahip olanlar açısından bakıldığında, mezhepler arasında görüş farklılıklarının bulunduğu görülmektedir. İmam Malik'e göre, bu hakka sahip olanlar, kural olarak maktulün erkek tarafından erkek hısımları yani asabeden olan kişilerdir. Çünkü, bunlar mağdurun en yakın akrabalarıdır, mağdur bir cinayet işlese idi diyetini bu kişiler ödeyecekti ve fail kısas edilmediği takdirde, bundan rahatsız olacaklar da yine mağdurun bu akrabalarıdır. Kadınlar ancak mirasçılıkla ilgili bazı koşulların bulunması durumunda bu hakka sahip olabilir.⁹⁰

Diyet; kısas istenmediği veya kısasın olanaksız olduğu durumlarda mal olarak verilen bedeldir. Kur'an da diyet konusunda açık bir hüküm yoktur. Fıkıhçılar "Kadının diyeti erkeğin diyetinin yarısı kadardır." hadisini ve kadının mirasta ve şahitlikteki konumunu delil göstererek kadının diyetinin erkeğin diyetinin yarısı kadar olduğunu kabul etmişlerdir.⁹¹

Diyet konusuna müessir fiiller açısından bakıldığında ise, Ebu Hanife ve İmam Şafii'ye göre yaralamalarda kadının diyetinin, erkeğin diyetinin yarısı kadar olduğu görülmektedir. Osmanlı uygulamasına bakıldığında, kadına erkeğin diyetinin yarısının ödendiğini gösteren örneklerin bulunduğu görülmektedir.

Hırsızlık suçunun cezasının düzenlendiği, Maide suresinin ilgili ayetinde kadın erkek ayrımı yapılmamış, bilakis açıkça "...hırsız erkek ve hırsız kadın ..." ifadesine yer verilmiştir. Osmanlı Devleti'nde de, gerek kanunnamelerde, gerek ceza kanunlarında hırsızlık suçu için getirilen cezalarda cinsiyet ayrımı yapılmamıştır.

Yol kesme suçuna ilişkin Maide suresinin ilgili ayetinde de cinsiyet ayrımı söz konusu değildir. Çoğunluğun görüşü de bu doğrultudadır.⁹²

⁹⁰ Nevin Ünal ÖZKORKUT, "İslam Ceza Hukukunda Kadın", AÜHFD, 2007, C.56, S.2s.85

⁹¹ Gül AKYILMAZ, a.g.e., s.64

⁹² ÖZKORKUT, a.g.m., s.88-93

Tanıklık ve kadılık konuları usul hukukuna girmekle birlikte, İslam ceza hukukunda kadın konusu incelenirken tanıklık açısından bazı kısıtlamalar getirilmiştir. Had ve kısas davalarında tanıkların erkek olması aranmaktadır. Sadece kadınların bulunduğu bir ortamdaki öldürme olayında kadınların tanıklığı mümkün olmakla birlikte, sanığa kısas cezası verilemeyeceği, diyete hükmedileceği kabul edilmektedir. Ebu Hanife, bu tür ceza davalarında kadınların tanıklık yapamayacağını belirtmiştir. Ahmet bin Hanbel ise sadece kadınların bulunduğu yerlerdeki yaralama olaylarında, güvenilir kadınların tanıklığının kabul edileceğini belirtmiştir. Had suçları açısından da durum aynıdır. Zina suçunun ispatında dört, içki içme suçunun ispatında iki erkeğin tanıklığı aranmaktadır. Hırsızlık suçunun ispatında da iki erkek tanık aranır. Bir erkek ve iki kadının, bu tür bir davada tanıklık yapması durumunda sanığa hırsızlığın haddi olan cezanın (el kesme cezası) verilmeyeceği, malın tazminine hükmedileceği kabul edilmiştir.⁹³

(3) Ticaret Hukuku Açısından Kadınlar

Şer'i hukuka göre tam eda ehliyetine sahip olan bir kadın (mümeyyiz-baliğ-reşit) kimsenin rızasına ihtiyaç olmaksızın malları üzerinde ivazlı-ivazsız her türlü tasarrufta bulunabilir. Evlenme kadının bu ehliyeti üzerinde hiçbir değişiklik yapmaz. İslam hukuku eşler arasında tam bir mal ayrılığı rejimi kabul etmiştir. Karı, kocasının rızasını almadan malları üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Kadının hiçbir hukuki muamelesine, kocanın şu ya da bu şekilde karışmak, engel olmak hakkı yoktur. Kadın mallarını bizzat idare edebileceği gibi, bu işi kocasından başka bir şahsa da bırakabilir. Yine bu mal varlıklarıyla kadınlar kocalarının rızalarını almadan serbestçe vakıflar kurabilirler.⁹⁴

Osmanlı Devleti'nde Şer'iye sicillerindeki kayıtlara göre; kadınların vakıf kurma, karz, alım satım akidleri gibi her türlü hukuki işlemi özgürce yaptıklarını ve

⁹³ ÖZKORKUT, a.g.m., s.94

⁹⁴ AKYILMAZ, a.g.e., s.39

miras ya da miras dışı yollarla edindikleri malvarlığı üzerinde tasarruf hakkına sahip olduklarını göstermektedir. İslam Hukuku'nda tam eda ehliyetine sahip herkes, kimsenin iznine ihtiyaç duymaksızın malları üzerinde her türlü tasarruf hakkına sahiptir. Böylece kadın da; her hak ve borcun sahibi, taşıyıcısı ve amili olma ehliyetini elde eder.⁹⁵

2) Tanzimat Sonrası Dönem

1839 yılında Mustafa Reşit Paşa'nın Gülhane Parkında okuduğu Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile başlayan ve 1870'li yıllara kadar süren döneme Tanzimat dönemi denmektedir. Her ne kadar Tanzimat Dönemi ile Gülhane Hatt-ı özdeş gibi görünse de aslında Tanzimat, Gülhane Hatt-ı'na nazaran daha geniş düzenlemeler içeren bir dönemdir. Dönemin diğer fermanları içerik olarak Gülhane Hatt-ı'ndan çok farklı değillerdir.⁹⁶

Osmanlı Devleti'nde din, mezhep farkı gözetilmeksizin tüm tebaanın eşit olduğu konusunda ilk sinyaller II. Mahmut döneminde verilmiştir. II. Mahmut, bu çağrı 1837'deki şu sözleriyle açmıştır: “Ben, tebaamın Müslüman'ını camide, Hristyan'ını kilisede, Musevi'sini de havrada fark ederim. Aralarında başka güne bir fark yoktur. Cümlesi hakkındaki muhabbet ve adaletim kavidir ve hepsi hakiki evladımdır”. Yine II. Mahmut, 1837 Mayıs'ında halka hitaben yaptığı bir konuşmada da şöyle demiştir. “Siz Rumlar, siz Ermeniler, siz Yahudiler, hepiniz Müslümanlar gibi Allah'ın kulu ve benim tebaamsınız, dinleriniz başka başkadır; fakat hepiniz kanunun ve irade-i şahanemin himayesindesiniz. Size tarh edilen vergileri ödeyin; bunların kullanılacakları maksatlar; sizin emniyetiniz ve sizin refahınızdır”. II. Mahmut'un bu sözleri eşitlik prensibini ortaya koymakla birlikte, bu prensip henüz resmi bir belgede halka duyurulmadığı için hukuki bir değer ifade etmemektedir.⁹⁷

Tanzimat'la birlikte devlet bir taraftan kuvvetlenmiş diğer taraftan padişahın şahsından soyutlanmıştır. Özellikle batı ile temaslardan doğan devlet bürokrasisi

⁹⁵ KARAMAN, a.g.e. ,s. 237–238

⁹⁶ AKAD,a.g.e.,s.165

⁹⁷ CİN, AKYILMAZ,s.178

padişahın iktidarına ortak olmaya başlamış, devlet ricali olarak anılan Bab-ı Ali, zaman içinde gelişen “hürriyet” mücadelesinin tohumlarını atmıştır.⁹⁸

a) Gülhane Hatt-ı Hümayunu

3 Kasım 1839 günü, devlet ileri gelenlerinin, kalabalık bir halk kitlesinin, Osmanlı tebaasının her din ve sınıftan ahalisini temsil eden ruhani reislerin ve yabancı diplomatların önünde okunan Gülhane Hatt-ı Hümayunu, imparatorluğun devlet ve toplum hayatında bir dönüm noktasını teşkil ediyordu. Bundan sonra, aydın bürokrat zümre, imparatorluğun işlevini yitirmiş kurumlarını ve sarsılan merkezi otoriteyi yeniden kurmak, devleti, mali, idari ve adli alanlarda düzenli bir yapıya kavuşturmak için hakimiyeti ele geçirdiler.

Sultan Abdülmecid zamanında dış işleri bakanlığı görevini yürüten Mustafa Reşit Paşa, Osmanlı Devleti için, sosyal, idari ve hukuki reformları; modern ve liberal bir rejim kurmak için gerekli görüyordu. Bu reformlar aynı zamanda batı ile ittifakı kolaylaştıracaktı. Bütün iç ve dış nedenlerle, özellikle de Avrupa ülkelerinin baskısıyla siyasal birliğin yeniden sağlam temellere oturtulabilmesi için, aydın bürokratların çabalarıyla hazırlanan ferman, hukuki güven arayışının bir sonucudur.⁹⁹

Gülhane Hattı Hümayunu, yeni yasal düzenlemelere gerek görüldüğünü açıklamakta, gerçekleştirilecek amaçları, kişilere tanınan bazı hakları ve bazı alanlara ilişkin reform esaslarını bildirmektedir. Hattı Hümayun’da hem uyruklara bazı haklar tanındığı, hem de bir dizi alanda gerçekleştirilecek reformlara değinilmiştir. Reformların esaslarını olan, temel hakların korunmasını ve öngörülen esasların gerçekleştirilmesini sağlamak üzere bir kurulca yeni kanunlar hazırlanması ve yapım sürecinde belirtilen esasların göz önüne alınması buyrulmaktadır.

⁹⁸ Taner TİMUR, **Türk Devrimi Ve Sonrası**, İmge Kitapevi, Ankara, 2008,s.62

⁹⁹ İlber ORTAYLI, **Türkiye İdare Tarihine Giriş**, Ankara, 2000, s.265

Padişah, tek taraflı iradesiyle ısdar etmiş olduğu bu fermandaki esaslara ve yapılacak kanunlara uyacağını açıklamakta, bu vaadini yeminle pekiştirmektedir. Ayrıca diğer yöneticilerin de aynı yemini edecekleri ve yapılacak kanunlara aykırı davrananların rütbe, hatır ve gönül e bakılmaksızın cezalandırılmalarını sağlayacak bir ceza kanunu yapılacağı açıklanmaktadır. Devlet düzeninde böylesine bir değişikliğe girilmesinin kuşkusuz çok çeşitli nedenleri vardır. Bunlar arasında konuyla yakından ilgili gözükken biri de, İmparatorluğun Müslüman olmayan uyruklarına Müslüman olanlara eşit haklar tanınmakla, hem iç siyasal ve sosyal bütünlüğün daha kolay sağlanacağı, hem de bu yoldan gerçekleşen dış müdahalelerin önüne geçilebileceği düşüncesinin fermanın ilanında hayli önemli bir rol oynamış bulunduğu işaret etmek gerekir.¹⁰⁰

19.yy.'ın hemen başında Osmanlı Devleti'nde henüz ne kavram olarak ne de uygulamada eşit hak ve ödevleri içeren bir vatandaşlık olgusu ortaya çıkmamıştır. Ancak 1800'lerin ilk yıllarından itibaren Osmanlı yönetiminin dikkatleri birkaç yoldan zorunlu olarak eşitlik sorununa çevrilmiştir. İlk olarak İmparatorluktaki zimmiler, özellikle Hristiyanlar, Fransız İhtilali sonucu bütün Avrupa'yı etkisi altına alan liberalizm ve milliyetçilik akımları ve bunların doğurduğu bir dizi yeni kavramla tanışınca, gittikçe yükselen bir ses tonuyla, Osmanlı Devleti'nde, Müslümanlarla gayrimüslimler arasında eşitlik olmadığından şikayet etmeye başlamışlardır. İkincisi; Osmanlı zimmileri birçok güçlü devleti kendilerini dinlemeye hazır bir durumda bulmuşlardır. Bu güçler çok az hümanizm ve ondan daha fazla siyasi çıkarları sebebiyle şikayetlerin, Bab-ı Ali'nin kulağına ulaşmasını sağlamış ve değişiklik yapılması yönünde baskılarını yoğunlaştırmışlardır. Daha 18.yy. sona ermeden 1774 yılında imzalanan Küçük Kaynarca Barış Antlaşması ile Osmanlı Devleti Ruslara kendi tebaası olan Ortodoksların din ve vicdan hürriyetlerini ve kiliselerini koruma yetkisini vermiş, böylece gayrimüslimlerin sahip oldukları haklar bir iç hukuk düzenlemesi olmaktan çıkarak ilk kez uluslararası bir nitelik kazanmıştır. Üçüncü olarak içteki bozulmaya çare bulmaya ve devletin toprak bütünlüğünü sağlamaya çalışan Osmanlı devlet adamları, Batı'yı örnek alan bir reform programı ortaya koymak istedikleri zaman yine eşitlik problemiyle karşı

¹⁰⁰ AKAD,a.g.e.,s.166

karşıya gelmişler, reform programlarının başarı şansı Müslim-gayrimüslim eşitliğinde düşünülmüştür.¹⁰¹

Değişik biçimlerde tanımlanmakla birlikte eşitlik ilkesinin biri Fermanla tanınan hakların din ayrımı gözetilmeksizin eşit olarak tanındığı, diğeri kanunların eşit olarak uygulanması gereğine işaret eden iki yönü bulunduğu belirtilmelidir. Gülhane Hattı'nın ilanıyla kurulması amaçlanan yeni düzenin temellerini yerleştirecek kanunların yapımına ve böylece yapılan kanunların da aynen uygulanmasına özel bir önem verilmektedir. Böylelikle Tanzimat Fermanı hem yapılacak kanunların içerikleriyle hem de uygulanmalarıyla ilişkili bir eşitlik ilkesi formüle etmiş görünmektedir.

Gülhane Hattının, din ayrımı gözetilmeksizin, tüm uyrukların fermanla belirtilen haklardan yararlanması esassından başka, kanunların içerikleri ne olursa olsun herkese eşit ve aynen uygulanmasını biraz örtülü biçimde ifade ettiğı ve bu hususun ceza kanunuyla yaptırıma bağlanmasını buyurduğı görölr.¹⁰²

1789 Fransız İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesi ve bu bildirgenin ruhunu teşkil eden liberalizm akımının önemli etkilerinin hissedildiğı Gülhane Hatt-ı Hümayunu Osmanlı Devleti'nde eşitlik sürecini kavramsal olarak başlatmış ve Osmanlı yönetimi siyasi aidiyetle ilgili ortak bir laik anlayış geliştirmeye çalışmıştır. Fermanla sadece birtakım haklardan bahsedilmiş ve hürriyetlere yer verilmemiştir. Gülhane Hatt-ı Humayunu'nda hayat, namus ve mal güvenliğı, vergi ve askerlik işlerinde düzenlemeler yapılması, yasadışı nedenlerle suçlanmama ve cezalandırılmama, adil ve açık usullerle yargılanma gibi ilkeler yer almaktadır. Böylelikle "kanunsuz suç ve ceza olmaz", "yargılanmadan kimseye ceza verilmez" biçimindeki evrensel hukuk ilkeleri de benimsenmiş olmaktadır. Konumuz açısından önem teşkil eden nokta; fermanla yer alan tüm bu hakların istisnasız bütün Osmanlı tebaasına tanınmasıdır. Fermanla "... tebaayı saltanat-ı seniyyemizden olan ehl-i İslam ve milel-i saire bu can ve ırz ve namus ve mal madlerinde hükm-i şerif iktizasınca kaffe-i Memalik-i Mahrusemiz ehalisine taraf-ı

¹⁰¹ CİN, AKYILMAZ, a.g.e. ,s.179

¹⁰² ÖDEN, a.g.e. , s.96

şahanemizden emniyet-i kamile verilmiş...” cümlesindeki ifadeden Müslümanlar gibi Müslüman olmayan Osmanlı tebaasının da tanınan haklardan eşit şekilde faydalanacağı anlaşılmaktadır. İfade tartışmaya yer bırakmayacak kadar açıktır ve cümlelerin ifade ettiği anlam “kanun önünde eşitlik” ten başka bir şey değildir⁸¹. Ancak yine de Fermanda Müslüman-zimmi eşitliği açıkça belirtilmemiş, tebaaya tanınan güvenceler dolayısıyla böyle bir eşitliğin söz konusu olduğu tahmin edilmiştir.

Tanzimat Fermanı’nın ortaya koyduğu “kanun önünde eşitlik” prensibinin bir özelliği de, Batı’da milli devletlerde eşitlik prensibi sosyal sınıfların, vatandaşların eşitliği yönünde gelişirken, Osmanlı Devleti’nde bu prensip gayrimüslimlerin eşitliği şeklinde kendini göstermiştir.¹⁰³

b) Islahat Fermanı

Tanzimat döneminde ortaya çıkan ikinci önemli hukuki belge 1856 Islahat Fermanı’dır. 1856 Islahat Fermanı genel olarak bütün Osmanlı tebaasına hitap eden birkaç maddesi dışında sadece zimmilerin hukuki statülerinde, dini ve sosyal yaşamlarında değişiklik yapacak düzenlemeler içermektedir. 1856 Fermanı 1839 Hatt-ı Hümayundaki vaatleri gerçekleştirmeye yarayacak somut reformları ortaya koyar ve 1839’da kapalı kalan bazı yanları açığa çıkardığı ve daha çatallı sorunları gündeme getirdiği için birincisi gibi sessizlikle karşılanmamış, çok yönlü eleştirilere uğramış ve tepkiler yaratmıştır.¹⁰⁴

Osmanlı Devleti, Islahat Fermanı’nın ilanı ve 30 Mart 1856’da biten Paris Kongresi’yle bir Avrupa devleti olmuştur. Osmanlı aydın mutlakîyetçiliğinin bir eseri olarak; ilan edilen Tanzimat Fermanı’yla başlayan dönem, dış devletlerin müdahalesiyle çıkarılan Islahat Fermanı’yla noktalanıyordu. Islahat Fermanı, Kırım Savaşı’nın son yıllarında hazırlanarak, Paris Antlaşması’nın imzalanmasından altı hafta kadar önce 28 Şubat 1856’da, Babıali’de bütün nazırlar, yüksek memurlar ve Şeyhülislam, patrikler, hahambaşı ve cemaatlerin ileri gelenleri önünde

¹⁰³ CİN, AKYILMAZ, a.g.e., s.180

¹⁰⁴ CİN, AKYILMAZ, a.g.e., s.181

okunduktan sonra Paris Antlaşmasını hazırlamakta olan devletlere bildirildi. Bu ferman, 1839'da ilan edilen Gülhane Hatt-ı Humayunu'nun esas hükümlerini teyit ve tekrar etmekle beraber onları daha da genişletiyor, özellikle Hıristiyan tebaaya tanıdığı eşit haklar ve mükellefiyetleri açıklığa kavuşturuyordu. Gerek içeride, gerekse dışarıda büyük etkiler yaratan bu ferman aynı zamanda Tanzimat devrinin devam edeceğini belirtmekteydi.¹⁰⁵

Islahat Fermanı'na göre; tüm Osmanlı tebaası devlet hizmetlerine, askeri ve mülki okullara herhangi bir ayırım yapılmadan kabul edilecektir. Haklarda eşitlik vazifelerde de eşitlik getireceğinden zimmiler de bundan böyle askerlik hizmeti yapacaklardır. Fakat dilerlerse bedel usulü de geçerlidir ve askerlik yerine mali bir bedel ödeyebileceklerdir.

Müslüman ve zimmiler ya da çeşitli mezheplere mensup zimmiler arasındaki ticaret ve ceza davaları karma mahkemelerde açık olarak görülecektir. Medeni hukuk davalarına ise eyalet ve sancak karma mahkemelerinde vali ve kadının huzurunda nizami ve şer'i usule göre ve aleni olarak bakılacaktır. Bu mahkemelerde isterlerse gayrimüslimlerde şahitlik yapabileceklerdir. Zimmilerin miras davaları ise istedikleri takdirde cemaat meclisleri tarafından çözümlenebilecektir. Ceza ve ticaret kanunlarıyla, karma mahkemeler de uygulanacak muhakeme usulü hakkındaki kanun mümkün olan en kısa sürede tamamlanacaktır.¹⁰⁶

Bundan böyle Meclis-i Vala'da tüm tebaaya ilişkin maddelerin tartışılması sırasında zimmi temsilciler de hazır bulunacak ve görüş bildirip, oy kullanma hakları olacaktır. Ayrıca eyalet ve sancak meclislerinde bulunan Müslüman ve zimmi üyelerin seçim usullerini belirlemek ve oyların doğru olarak kullanılmasını sağlamak amacıyla, bu meclislerin kuruluş ve düzenlenmesine ilişkin nizamnameler yeniden gözden geçirilecektir.

Fermanda işkencenin kaldırılması, ceza uygulamalarının insancıllaştırılması, vergide eşitlik, iltizamın kaldırılması, yabancı uyruklulara

¹⁰⁵ ORTAYLI, a.g.e. , s.99

¹⁰⁶ AKAD, a.g.e. ,s.167

“tasarrufu emlak” izni verilmesi, banka, ticaret ve tarım sermayesine imkan sağlanması gibi düzenlemeler de vardır.

Islahat Fermanının hükümleri özellikle Müslümanlarla Müslüman olmayanlar arasında eşitlik sağlamaya; haksız bir ayrımcılık yapılmasını önlemeye yöneliktir. Fermanda Gülhane Hatt-ı Hümayunda kilerden farklı olarak;

-Müslüman olmayan tebaa, kendi kendilerini yönetmek için meclisler oluşturabilecek, ibadet yeri ve okul açabileceklerdir.

-İrk,dil,din bakımından tebaa arasında ayırım yapılmayacak, onur kırıcı tabirler kullanılmayacak,din ve mezhep değiştirmeye zorlanmayacak, devlet memurluğunun tüm tebaaya açık tutulması, askeri ve sivil devlet okullarına kabul edilmesi sağlanacaktır.

-Vergide eşitlik sağlanacaktır.

Bu belge ile eşitlik konusunda Gülhane Hatt-ı Hümayunu’na göre daha ileri adımlar atılmıştır. Bunun yanında Müslüman olmayanların devlet içerisindeki yeri açısından büyük ilerleme kaydedilirken, çeşitli nedenlerle devletin sosyal, siyasal ve hukuksal yapısında büyük değişiklikler gerçekleştirilememiştir.¹⁰⁷

Islahat Fermanı’nın ana hedefi, Müslüman olmayan uyruklara, Müslümanlarla her yönden eşitlik (müsavât) sağlamaktır. Islahat Fermanı’nın ele aldığı ve kökünde çözdüğü mesele, Müslim-gayrimüslim eşitliği (müsavât) meselesidir. Ferman, gayrimüslim tebaayı muhatap alan onlara dönük din ve vicdan hürriyetleri konularını düzenleyen, tebaa arasında din farklarına dayalı muameleyi kaldırarak “müsavât” temin eden ve bu fasıldan yapılacak reformları sıralayan bir vesikadır. Osmanlı toplumunun klasik yapısı içinde bir dönüm noktası teşkil eden ferman, o günün dünyası için de “ileri” bir vesikadır. Fermanda tesis edilen ve teminat altına alınan “müsavât”, “din ve vicdan hürriyetleri” hakkındaki hükümlerden pek çoğu zamanın Avrupa devletlerinin birçoğunda henüz

¹⁰⁷AKAD, a.g.e. ,s.168

gerçekleşmemiştir. Avrupa devletlerinde din ve ırk ayrımına dayalı hukuki düzenlemeler hala devam etmektedir.¹⁰⁸

Fermanda da yer aldığı üzere; yerel düzeydeki meclislerde, zimmiler temsil edilmeye devam etmişlerdir. 1864 Vilayet Nizamnamesi ile kurulan “vilayet idare meclisleri” ile “vilayet umumi meclisleri”nde de zimmilere temsil imkanı tanınmıştır. Sivil idare, maliye, dışişleri, kamu görevleri, ticaret ve tarımla ilgili konuları tartışma, gerekli tedbirleri alıp, uygulama yetkisiyle donatılmış idare meclislerinde devlet görevlileri dışında Müslümanları temsilen iki, gayrimüslimleri temsilen iki seçilmiş üyenin bulunması öngörülmüştür.

Aynı Nizamname ile kurulması öngörülen vilayet umumi meclisleri de her sancak tarafından seçilecek iki Müslüman, iki gayrimüslim üyeden oluşacaktır. Bu düzenlemelerle hem Tanzimat’ın temel felsefesine uygun olarak eşitlik prensibi çerçevesinde Müslim ve gayrimüslim halkın idareye katılması temin edilmekte hem de kurulan meclisler yoluyla her düzeyde seçim prensibi Osmanlı sistemine tanıştırılmış olmaktadır. 1871 “İdare-i Umumiye-i Vilayet Nizamnamesi” ile vilayet, liva, kaza idare meclisleriyle vilayet temyiz divanlarında Müslüman ve gayrimüslim unsurların eşit temsili hükme bağlanmıştır.

Islahat Fermanı zimmilere ve yabancılara tanıdığı haklar ve imtiyazlar nedeniyle hukuk birliğini sarsıcı ve yıkıcı haklar içermektedir. Hatta onun da ötesinde dış güçlerin Osmanlı Devleti’ne müdahalesini kolaylaştırarak siyasi bütünlük ve bağımsızlığını tehlikeye sokabilecek hükümler ihtiva etmektedir. Bu olumsuzluklarına rağmen Türk insan hakları ve kamu özgürlükleri tarihinde yasalar karşısında mutlak eşitliği (sadece Müslim ve gayrimüslimler arasında olsa bile) getirmesi açısından son derece önemli bir belgedir. Öte yandan hukuk devletinin önemli unsurlarından biri olan eşitlik ilkesi de en azından Müslüman- zimmi eşitliği açısından gerçekleştirilmiş olmaktadır.¹⁰⁹

¹⁰⁸Mümtaz’er TÜRKÖNE, “Islahat Fermanı”, **Osmanlı Ansiklopedisi**, İz Yayıncılık, İstanbul, 2007,C.VI,s.64

¹⁰⁹ CİN, AKYILMAZ,s.183

c) I. Meşrutiyet

Osmanlı Devleti'nde Sultan Abdülmecit devrinde, batı ile temaslar; batı yaşayış tarzı ve nihayet batı usulü eğitim ile birlikte, Tanzimat'ın ilanında pek az kişinin üstüne eğildiği fert hak ve özgürlükleri sorununu çözmeye çalışanların sayısı arttı. Artık sadece, düşmekte olan İmparatorluğun kalkınma yolları değil, fakat aynı zamanda, fert hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilip teminat altına alınması da inceleme konusu oldu. Gelişme, kısa zamanda doğal yolunu izleyerek siyasi rejimlerin ve dolayısıyla imparatorluğun siyasi rejiminin değerlendirilmesine yol açtı.¹¹⁰

Sultan Abdülmecid'in ölümü üzerine 1861'de tahta geçen Sultan Abdülaziz, her padişahın tahta geçince neşrettiği Hattı Hümayunu'nda, hilafet kelimesini kullanmadı. Böylece Müslüman ve Müslüman olmayanların hükümdarı olduğunu belirtmek istedi. 1856 Islahat Fermanı'nda gerçekleşmesi için bir adım daha atılan laiklik prensibinin Padişah tarafından kabul edildiği görülüyordu. Gülhane Hattı Hümayunu'nda, şeriata uymak prensibinin yer aldığı hatırlanacak olursa, gelişmeler daha iyi anlaşılacaktır. Bununla beraber, Abdülaziz saltanatında, Devlet Başkanlığı anlayışında bir değişiklik olmamıştır. O da kendisinden evvel gelen padişahlar gibi, ancak Tanrı önünde sorumlu olduğu veya dünyada sorumsuz bulunduğu kaidesine sadık kalmıştır. Fakat ıslahat çabalarına devam etmiştir. Avrupa'ya yaptığı seyahatten dönüşte, gördüklerinin etkisinde kaldığı ve o sıralarda en kuvvetli devrini yaşamakta olan Genç Osmanlılar hareketini dikkate aldığı açıktır. Nitekim, 1868'de batı devlet merkezlerini görüp döndükten sonra, 19 Mayıs 1869 günü Şurayı Devleti kurmuştur. Şurayı Devletin kurulması büyük bir hamledir.

Şurayı Devlet, beş idareden kurulu bütün uyrukların üye olabilecekleri bir meclistir. Bu şekilde kurulan Şurayı Devlete ilk sene 28 Müslüman, 13 çeşitli din ve mezheplere mensup 41 üye tayin olunmuştur. Şuranın ilk başkanı Mithat Paşa'dır. Sultan Abdülaziz, Şurayı açış nutkunda "Hangi mezhepten bulunursa bulunsunlar,

¹¹⁰ Orhan ALDIKAÇTI, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi Ve 1961 Anayasası*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s.48

bütün tebaam aynı vatanın evlatlarıdır. Herkes din itikadında serbesttir” demekle eşitlik anlayışını bir kez daha ortaya koymuştur. Padişahın bu sözlerinden çıkan önemli sonuçlardan biri şeriat hükümlerinin yetersizliğinin bizzat Halife tarafından kabul edilmesi, yeni bir hukuk düzeni meydana getirilmesi zaruretinin anlaşılması, diğeri de ilk defa olarak kuvvetler ayrılığı fikrinin, dar bir alanda da olsa, Anayasa Hukukumuzda girmesidir. Şurayı açış nutkunda bir kere daha, kamu hizmetlerine girme hakkında dinin, ayrıcalık unsuru olamayacağı teyit edilmektedir.

31 Ağustos 1876’da, Anayasa’yı ilan edeceğini vadeden II. Abdülhamit tahta çıkmıştır. Sultan Abdülhamit, tahta çıkışında Mithat Paşanın hazırladığı Hattı Hümayundan, “yeni idare, meşrutiyet ve ıslahat” gibi açık deyimleri çıkarmıştı. Hatta bütün uyruklar için, müşterek okullar kurulmasını, laiklik prensibinin uygulanmasında bir hamle yapılmasını sağlayacak olan teklifi de kabul etmemişti. Fakat, Sultan Abdülhamit, diğer taraftan vaadini tutar görünmüş ve hazırlanan Anayasayı 23 Aralık 1876 günü bir ferman ile ısdar etmiştir. Böylece Türkiye’de ilk defa Anayasa kabul olunmuştur.¹¹¹

1876 yılında Kanun-i Esasi ilan edilip, ilk parlamento açılmadan önce de eşitlik konusundaki tartışmaların devam ettiği görülmektedir. I.Meşrutiyet’in ilanında büyük katkısı olan Yeni Osmanlıların savunduğu görüşlerden birisi de Müslimlerle gayrimüslimlerin hürriyet, adalet, vatanseverlik temeline dayanan “Osmanlı Milleti” çatısı altında birleşmeleridir. Son anayasa taslağını hazırlayan 28 kişilik komisyonun 3 üyesi gayrimüslimdir.¹¹²

Türk toplumunun ilk yazılı anayasası olan 1876 Anayasası (Kanun-u Esasi) ülkede meşruti yönetimi, özgürlük, eşitlik ve adalet ilkelerini belirten bir Hattı Hümayunun ilan edilmesiyle sağlanmıştır. İlk bakışta batı anayasalarına benzeyen ve padişahça oluşturulan bir kurulca hazırlanan anayasada eşitlikle ilgili hükümlere de yer verildiği görülmektedir.

1876 Anayasası’nın biçimsel bakımdan, gerçek anlamda bir anayasa olmayıp bir Berat (Ferman) niteliği taşıdığı belirtilmektedir. Anayasa ile biri seçimle

¹¹¹ ALDIKAÇTI, a.g.e. , s.51-55

¹¹² CİN, AKYILMAZ, s.184

oluşan çift meclisli bir parlamento kurulmuş, fakat devlet yönetiminde ağırlık yine padişahta bırakılmış ve iktidarına gerçek bir sınırlama getirilmemiş, böylece meşruti bir monarşi kurulamamıştır. Öte yandan anayasanın Osmanlı Devletinin teokratik yapısını yazılı anayasa kuralı olarak açıkladığına işaret edilir. Gerek mutlak monarşik gerek teokratik özellikleriyle eylemli olarak var olan yapının anayasa ile belgelendirildiği anlaşılmaktadır.¹¹³

1876 Anayasasının 8. md.'sinde yer alan "Osmanlı tabiiyetinde bulunan herkes hangi din ve mezhepten olursa olsun istisnasız Osmanlı tabir olunur" ifadesi tebaadan vatandaşlığa geçişi simgelemektedir. Artık öncelikle Osmanlı vatandaşlığı gelmektedir. Vatandaşların Müslüman, Rum, Yahudi olması bundan sonra ikinci derecede bir öneme sahiptir.

Kanuni Esasi'nin 8.ve 26. md.'leri arasında "Tebaa-i Devleti Osmaniye'nin Hukuk-i Umumiyesi" (Osmanlı Devleti uyruklarının genel hakları) düzenlenmiştir. Burada özellikle 17. md. anahtar niteliğindedir. Maddeye göre "Bütün Osmanlılar dini ve mezheple ilgili durumlar dışında hak ve görevler açısından kanun önünde eşittirler". Görüldüğü üzere anayasada açık bir biçimde kanun önünde eşitlik ilkesinden bahsedilmektedir.¹¹⁴

1876 Anayasası'nın hazırlanışında batı anayasalarında ki kanun önünde eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemelerin dikkate alındığı öne sürülmektedir. Buna rağmen "teokratik temellere dayalı kalma" özelliğini sürdüren Osmanlı anayasa düzenindeki durumu; kanun önünde eşitlik prensibi açısından farklı değerlendirmek gerekir. Bu kural kuşkusuz devletin teokratik niteliğini belirleyen hükümlerle birlikte yorumlanmalıdır. Din ve mezhep dışındaki ayırım ölçütleri; örneğin cinsiyet yönünden açık düzenlemeler Anayasa'da yer almamıştır. Dahası Anayasa'da; insanların hür doğduğu, hür yaşadığı ve haklar yönünden eşit olduğu yolunda hiçbir hükme yer verilmemiş dolayısıyla köleliğe ilişkin bir açıklık getirilmemiştir. Bütün

¹¹³ ALDIKAÇTI, a.g.e. , s.57

¹¹⁴ CİN,AKYILMAZ,s.184-185

bunlar 1876 Anayasası'nın kanun huzurunda eşitlik kuralının din, cinsiyet gibi ayırım ölçütlerine mutlak yasaklama getirmediğini göstermektedir.¹¹⁵

Anayasanın 11. md.'sinde ise "Devletin dini İslam olmakla beraber, düzen ve umumi adabı ihlal etmemek şartıyla Osmanlı Devleti'nde diğer dinlerin ve milletlere verilmiş olan mezhep imtiyazlarının serbestçe icrası devletin himayesindedir" cümlesine yer verilmek suretiyle kimsenin din ve mezhebine karışılmayacağı bir kez daha vurgulanmıştır. 25. md. de ise "vergi aynı isim altında tüm Osmanlı tebaasından din ve mezhep farkı gözetilmeksizin alınır" denilerek; zimmilerin yıllardır ek bir yük getirdiği için şikayetlerinin temelini teşkil eden bir konu daha çözümlenmiş olmaktadır.

Anayasaya göre Heyet-i Mebusan için yapılacak seçimlerde her 50.000 erkek için bir mebus (milletvekili) seçilecektir. Ancak ilk parlamentonun oluşumunda, milletvekilleri, yapılan bir genel seçimle değil; daha önce seçilmiş olan vilayet idare meclislerindeki üyelerin mebusluk sıfatını kazanmalarıyla kurulmuştur. İstanbul içinse farklı bir sistem kabul edilmiştir. Şehir 20 seçim bölgesine ayrılmış; her bir bölge için, biri Müslim, biri gayrimüslim iki aday belirlenmiştir. Tespit edilen 40 aday seçim günü belediyede bir araya gelerek içlerinden 5 Müslim 5 gayrimüslim olmak üzere 10 kişiyi milletvekili olarak seçmişlerdir.¹¹⁶

İlk Meclis-i Mebusan 115 kişiden oluşmakta olup; bunlardan 67'si Müslüman, 48'i ise gayrimüslimdir. İlk parlamentodaki Rumeli milletvekilleri yarı yarıya Müslim ve gayrimüslim, Anadolu mebusları ise büyük ölçüde Müslüman'dır. Mezopotamya ve Arabistan bölgesinden gelen mebuslar arasında ise tek tük Hristyanlar vardır.

II. Abdülhamit ilk meclisi açış konuşmasında şeriata atıf yapmazken eşitlik ilkesini bir kez daha şu ifadeyi kullanarak vurgulamıştır: "... Bütün tebaam aynı ülkenin çocuklarıdır ve kanunların koruması altına

¹¹⁵ ÖDEN, a.g.e., s.117

¹¹⁶ CİN, AKYILMAZ, s.185

alınmışlarıdır". Bu ilk mecliste milletvekili yemininin Müslümanlar, Hristyanlar ve Yahudiler arasında bir ayırım yaratmaması için laik bir yemin seçilmiştir.¹¹⁷

d) II. Meşrutiyet

İkinci Meşrutiyet ilan edildiği zaman 1876 Anayasası yürürlükteydi, fakat uygulanmıyordu, askıya alınmıştı. Hürriyet için mücadele edenlerin büyük çoğunluğunda ise, hürriyet kavramı, ne olduğu anlaşılmayan bir hedefti. Padişaha karşı yürütülen özgürlükçü çalışmalar sırasında, padişah tarafından yurdun dört bir tarafına sürgün gönderilen aydınlar, padişahın tehlikeli bulduğu fikirleri yAnayasa Mahkemesiakta idiler. Bir kısmı ise batıya kaçmakta, orada faaliyette bulunmaktaydı. İkinci Jön Türk hareketi bu şekilde gelişmiştir. Artık hürriyet mücadelesinin gizli bir yönü kalmamıştır.

Osmanlı Padişahına Selanik'ten gelen bir telgrafta, Kanuni Esasi'nin yürürlüğe konması istenmekte ve meclis içtimaa çağrılmadığı takdirde "Padişahın razı olamayacağı hallerin vukua" geleceği bildirilmekteydi. Aynı mealde çekilen 67 telgraftan sonra, durumun vehametini anlayan Sultan Abdülhamid, Kanun-i Esasi'nin zaten yürürlükte olduğunu ve meclisin derhal çağrılması ile seçimlerin yapılmasına karar verdiğini bir irade-i seniye ile bildirmiş ve böylece 23 Temmuz 1908'de meşrutiyet rejimi Türkiye'de ikinci defa ilan olunmuştur. Rejimin işleyebilmesi için her şeyden evvel Anayasaya göre yasama organının kurulması lazımdı. Heyet-i Ayan esasen mevcuttu; yapılması gereken, seçimlerle Heyet-i Mebusanın üyelerini tayin etmektir, ikinci devre Heyet-i Mebusanın kabul ettiği otuz senedir Padişahın tasdikini bekleyen, Intihab-ı Mebusan Kanunu hatırlandı. Tasdik ettirilerek yürürlüğe kondu. II.Meşrutiyetin ilk seçimleri 1908 yılında bu şekilde yapıldı.¹¹⁸

Meşrutiyetin ilanından sonra Osmanlı Terakki ve İttihat Fırkası, ilk ismini tekrar kabulle İttihat ve Terakki adı altında seçimlere katılmış, hemen bütün adayları seçilmiş; karşısında bulunan Ahrar Fırkası ise hiçbir

¹¹⁷ CİN, AKYILMAZ,s.186

¹¹⁸ ALDIKAÇTI, a.g.e., s.67

milletvekilliği kazanamamıştır. 1908 seçimlerinden sonra teşekkül eden Meclis-i Mebusan, 1909'de Sultan Reşad'ın tahta geçmesinden sonra, bir Kurucu Meclis olmadığından, 1876 Anayasası yerine yeni bir anayasa koyamayacağına, anayasayı tadille yetineceğine karar vermiştir.

Anayasanın bu şekilde adeta yeniden yapılcasına tadil edilerek Padişah tarafından tasdik edilmesinden sonra, Anayasa Hukukumuzda ferman anayasa devri kapanmış ve 1909 Anayasası, milletle hükümdar arasında iki taraflı bir akit sonunda (misak) oluşmuştur.¹¹⁹

1908 yılında ikinci Meşrutiyet'in ilanından ve 1876 Anayasası'nın yeniden yürürlüğe girişinden sonra 1909 yılında Anayasanın bir kısım hükümlerinde değişiklikler yapıldı. Anayasa değişiklikleri genel olarak padişahın yetkilerinin daraltılması, Mebusan Meclisinin yetkilerinin genişletilmesi ve yasama ile yürütme organları arasındaki ilişkilerin klasik parlamenter sisteme göre düzenlenmesi yönünde olmuş, böylelikle demokratik bir meşruti monarşiye geçilmiştir. Kişi hak ve özgürlükleri ile ilgili olarak başta 113.md.'nin kaldırılması olmak üzere değişiklikler yapılmış, yeni ilke ve haklar getirilmiş, eşitlik ilkesine ilişkin hükümler korunmuştur.¹²⁰

B) CUMHURİYET DÖNEMİNDE YAPILAN DÜZENLEMELER

Cumhuriyet dönemi Anayasalarına baktığımızda eşitlik ilkesinin dolayısı ile ayrımcılık yasağının 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında güvence altına alındığını görmekteyiz. Bununla beraber 1961 Anayasasından itibaren Anayasa'ya uygunluk denetimi getirildiği için özellikle 1961 ve 1982 Anayasalarında ayrımcılık yasağı güvencesinin tam olarak sağlandığını söylenebilir.

¹¹⁹ ALDIKAÇTI, a.g.e., s.69

¹²⁰ ÖDEN, a.g.e., s.123

1) 1924 Anayasasında Yer Alan Düzenleme

Atatürk'ün düşündüğünü yeni Türk Devleti kurulduktan sonra, devletin Anayasası'nı teşkil eden 23 Nisan 1920'den beri konmuş çeşitli kanunların bir sistem dahilinde birleştirilmesinin zorunluluğu anlaşılacak bir komisyon kuruldu. Bu komisyonun çalışmaları sonunda meydana gelen tasarı Büyük Millet Meclisinde müzakere ve bazı maddeleri değiştirildikten sonra 20 Nisan 1924 günü kabul edildi.

1924 Anayasası'nın yargı konusunda ki düzenlemelere dikkate değerdir. Fert hak ve hürriyetlerinin gerçekleşip teminat altına alınabilmesinin temel yollarından biri, yargı kuvvetinin bağımsız olmasında görülür; statüsü, bu açıdan düzenlenmeye çalışılır. Bununla beraber, saf Meclis Hükümeti sisteminde bu üç kuvvetin de tek bir mecliste toplandığı bilinmektedir.

Nitekim görüldüğü gibi, Meclis hükümetinin saf şekilde uygulandığı bir düzen getiren 1921 Anayasasında oluşturulan statüde, T.B.M.M. kendi bünyesinde İstiklal Mahkemeleri kurmuştu. Fakat, 1924 Anayasasını koyan ikinci T.B.M.M., meclis hükümeti sistemine bağlılığını ilan etmesine rağmen, bir taraftan yürütme kuvvetini parlamenter sistemin belirli ilkeleri ile donatırken., diğer taraftan yargı kuvvetine de yeniden klasik görüşe uygun olarak bağımsızlık statüsü sağlamak istemiştir. Anayasanın 8. md.'si "hakki kaza"nın millet namına usulü ve kanunu dairesinde bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağını hükmetmektedir. Yargı kuvvetinin düzenlendiği dördüncü faslın 54. md.'sinde de, mahkeme kararlarının T.B.M.M. ve İcra Vekilleri Heyeti tarafından hiçbir şekilde "tebdil ve tağyir ve fehri ve infazı" na karşı konamayacağı kaidelerini koyarak, 8. md.'de ki ilkeyi başka bir açıdan teyit etmektedir.¹²¹

Cumhuriyet döneminden önce kabul edilen 1921 Anayasası eşitlik konusunda yeni bir hüküm getirmemekle birlikte, 1876 Anayasasının; 1921

¹²¹ ALDIKAÇTI, a.g.e. ,s.85

Anayasası ile çatışmayan hükümlerinin, dolayısıyla eşitlik ile ilgili hükümlerinin de yürürlükte kaldığı düşünülebilir.¹²²

1924 Anayasası'nın "Türklerin Hukuk-u Ammesi (Türklerin Kamu Hakları)" başlığını taşıyan beşinci faslında; 1924 Anayasası'nın, temel hak ve hürriyetlerin; felsefi kökeni ve sınırı konusunda, 18.yy filozoflarının geliştirdikleri "tabii hak" doktrinini benimsediğini göstermektedir.¹²³

Anayasanın 88. md.'sinde "Türk halkının din ve ırk farkı gözetilmeksizin Türk sayılacağı" açıklanmaktadır. 69. md.'de ise; "Türkler kanun nazarında müsavi ve bilaistisna kanuna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnudur" derken maddenin yasa önünde eşitliği kabul ettiği, sosyal ve ekonomik alandaki eşitliğin ise kişinin kendi gücüne bırakıldığı görülmektedir. Bu iki maddenin ortak anlamı, 1961 Anayasası'nın 12. md.'de yer almıştır. Buna göre de dil, din, ırk, mezhep ayrımı yanı sıra felsefi inanç, siyasal düşünce ve cinsiyet gözetilmeden herkesin yasa önünde eşitliği açıklanırken, Evrensel Bildirilerin kabul ettiği formül benimsenmiştir.¹²⁴

Eşitlik Güvencesi, 1924 Anayasası ile Türkiye Cumhuriyeti'nin siyasi-hukuki düzeninde temel bir değer ve ilke olmuştur. Ancak 1924 Anayasası'nda tanınan hak ve hürriyetlerin yargısal güvencelerinin olmaması, yine bu hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ölçütlerinin gösterilmemiş bulunması bu hak ve hürriyetlerin ve eşitlik güvencesinin korunamamasına yol açmıştır.¹²⁵

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, asıl etkisini 1924 Anayasamızda göstermiştir. Bu Anayasa'da özgürlük " başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufta bulunmaktır" diye tanımlanıyor. Ne var ki Türkiye'de o güne kadar gelişmiş, özgürlükleri gerçekleştirecek bir siyasi

¹²² Bülent Nuri ESEN, **Türk Anayasa Hukuku**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1971, s.45

¹²³ GÖZLER, a.g.e. , s.38

¹²⁴ İlhan F. AKIN, Kamu Hukuku Devlet Doktrinleri Temel Hak ve Özgürlükler, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1981, s.315

¹²⁵ ÖZBUDUN, a.g.e. , s.34

rejimin olmaması da özgürlüklerin koruma altına alınamamasında etkili olmuştur.¹²⁶

2) 1961 Anayasasında Yer Alan Düzenlemeler

1961 Anayasası, 27 Mayıs 1960 Devrimi sonunda yapılmaya başlanmıştır. Bir sene süren çalışmaların sonunda 27 Mayıs 1961 günü Kurucu Meclis tarafından kabul edilmiş ve 9 Temmuz 1961’de halkoyuna sunulmuş ve kabul olunduktan sonra yürürlüğe konmuştur.

İhtilal bir taraftan 1950-1960 arasında tereddiye uğramış müesseseleri yeniden düzenler ve gayrimeşru bir iktidarı tasfiye ederken, diğer taraftan da 1950’de bir gerçek olduğu görülen birden fazla partili sisteme yani demokrasiye dayanan yeni bir anayasanın yapılmasını sağlamıştır. İhtilalin hedefi yeni bir anayasa ve seçim kanununu en kısa zamanda yaparak genel seçimlere gitmek ve böylece kurulacak Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne iktidarı devretmektir.¹²⁷

27 Mayıs 1960 darbesi, demokratik hayata ara vermek için değil, demokratik niteliklerini git gide yitiren bir iktidara karşı yapılmış ve demokrasiyi kısa zamanda yeniden kurmayı amaçlamıştır.

1950 yılında iktidara gelen Demokrat Parti, daha çok çiftçi ve esnaf kesiminden gelen gelenekçi milletvekillerinden oluşmaktaydı. Bu dönemde, devrimlerin bir gereği olan yenileşme hareketlerine ilgi azalmaya başlamış, ezanın yeniden Arapça okunması ve din eğitiminin serbest bırakılması gibi uygulamalar, Batılılaşmanın öncülüğünü yapan kesimin tepkilerini çekmeye başlamıştır.

Diğer yandan, Demokrat Parti’nin yürüttüğü kalkınma ve imar faaliyetleri sonucunda sanayi ve ticaretle önemli gelişmeler meydana gelmiş,

¹²⁶ AKIN, a.g.e. , s.52

¹²⁷ ALDIKAÇTI, a.g.e. ,s.124

siyasi hayatta etkinliği olan bir burjuva sınıfının doğmasına sebep olmuştur. Oluşan bu burjuva sınıfı ile bürokrasi arasında kısa süren bir denge sağlanabilmiş ise de gelenekçi çevrelerin desteklemesiyle denge, burjuvazi lehine bozulmuş ve Tanzimat'tan bu yana izlenen çağdaşlaşma çizgisinde sapmalar meydana gelmiştir. 27 Mayıs 1960'da yapılan askeri darbe, bu sapmalara karşı asker ve sivil bürokratların bir tepkisi şeklinde değerlendirilmektedir.¹²⁸

Avrupa Devletlerini birleştirerek federasyon tipinde tek bir Devlet haline getirmek için yapılan çabalarla, bir aşama olarak 5 Mayıs 1949 günü Avrupa Devletleri arasında işbirliğini düzenlemek amacı ile Avrupa Konseyi kurulmuştur. Bu Konseye Batı Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İsveç, İzlanda, İtalya, Lüksemburg, Norveç, Yunanistan ve Türkiye katılmışlardır. Avrupa Konseyi çalışmaları sırasında, insan haklarını ve temel hürriyetlerini korumak için bir sözleşme hazırladı. Bu sözleşme 4 Kasım 1950'de Roma'da ve onu tamamlayan ek protokol 20 Mart 1952'de Paris'te imzalandı. Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme başlığını taşıyan bu sözleşmelerden de 1961 Anayasası hazırlanırken yararlanılmıştır.¹²⁹

1924 Anayasası, gerçek anlamda “anayasanın üstünlüğü” ilkesini gerçekleştirememiş olmakla birlikte, 1961 Anayasası, tümüyle anayasanın üstünlüğü ilkesi üzerine inşa edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasını ve kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini kabulü, bu Anayasanın en etkili yeniliklerinden biridir.

1924 Anayasası'nın yasama ve yürütme kuvvetlerini tek açıdan da olsa TBMM'nde toplamış olmasına karşılık, 1961 Anayasası “kuvvetlerin yumuşak ayrılığı”nı benimsemiştir.¹³⁰

¹²⁸ Hasan TUNÇ, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Nobel Yayınları, Ankara, 1999, s.35-36

¹²⁹ ALDIKAÇTI, a.g.e. ,s.160

¹³⁰ GÖZLER, a.g.e. ,s.44

1961 Anayasası'nın, 1924 Anayasası'na göre temel hak ve özgürlüklere daha geniş yer verdiği hemen gözlemlenmektedir. Keza bu Anayasa temel hak ve özgürlükler sınırlandırılmasını da oldukça güvenceli bir sisteme bağlamıştır.¹³¹

1961 Anayasası, hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda iki sınırlama getirmiştir. Biri, sınırlamanın ancak "kanunla" yapılabilmesi; diğeri ise, sınırlamanın "Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun" olmasıdır. Bunların yanında, "hakkın özü güvencesi" adı verilen üçüncü ve çok önemli bir sınırlama daha getirmiştir. Bu güvenceye göre, temel hak ve hürriyetlere ilişkin kanuni düzenlemeler, bu hak ve hürriyetlerin özüne dokunucu ölçülere varamayacaktır.¹³²

1961 Anayasası muhteva olarak, Devlet ve fert arasındaki münasebetleri düzenlerken; her ikisinin statülerini tespit eder. Bu düzenleyişte, fert hak ve hürriyetleri temel olarak alınır. Fert hak ve hürriyetleri anlayışı Devlet fonksiyonlarının alanını, Devlet yetkilerinin kapsamını tayin eder. 1961 Anayasası da klasik fert ve devlet ikiliğini temel almış fakat toplumun sosyal mahiyetinin tespitinde Atatürk devrimlerine özel bir önem vermiştir. Böylece Anayasanın felsefesi, fert hak ve hürriyetleri, Devlet fonksiyonları ve Atatürk Devrimlerine verilen anlam ve içerik de bulunmaktadır.

1961 Anayasası; ferdin hak ve hürriyetlerine temelli bir yer vermiştir. Esasen fert hak ve hürriyetlerinin Türklerin hukuku ammesi diye bir beşinci faslın bulunmasına rağmen, 1924 Anayasası'nda gerektiği şekilde teminat altına alınmadığı genel olarak kabul edilmiştir. Anayasa bu eksikliği, daha doğrusu keyfi rejime sapsak isteyenlerin bu arzularını "kitaba" uydurmak imkanını ortadan kaldırmak istemiş ve ferdin haklarını ve hürriyetlerini ayrıntılı bir şekilde belirtmiştir. Bunun için Parlamenter hükümet tarzı, çift meclis, Anayasa Mahkemesi'nin kurulması yanında; fert hak ve hürriyetlerini

¹³¹ GÖZLER, a.g.e. , s.44

¹³² TUNÇ, a.g.e. s.38

iktidara karşı savunmak konusunda hakim teminatını kuvvetlendirmek amacıyla Yüksek Hakimler Kurulu'nu ihdas etmiştir.¹³³

Anayasa fert hak ve hürriyetleri hususunda daha da ileri giderek ferdin kamu hizmetlerine girme hakkının bir gerçek ifade edebilmesi için siyasi partinin faaliyetinin demokratik düzene göre yapılmasını emretmiştir. Nihayet Anayasa kişiyi bir bütün telakki ederek onun insan şeref ve haysiyetine uygun bir tarzda yaşayabilmesini temine devleti görevlendirmiştir.¹³⁴

1961 Anayasası tümüyle Anayasanın üstünlüğü ilkesi üzerine inşa edilmiştir. 1961 Anayasası'nın 8. md.'si Anayasanın üstünlüğünü kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirtmektedir: “ Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Anayasa hükümleri, yasama, yürütme, yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayana temel hukuk kurallarıdır” .¹³⁵

Anayasanın ikinci kısmında, kurulmuş olan Devlet içerisinde, ferdin hukuki statüsü de tespit edilmiştir. Anayasada 10. md.'den 63. md.'ye kadar 53 maddeden oluşan ve Anayasanın 1/3 nü kapsayan bu kısımda;

- Fert hak ve hürriyetleri sayılmış ve teminat altına alınmak,
- Sosyal Devlet anlayışının içeriği tespit edilmek istenmiştir.

Ancak bu düzenleme, Devletin hakimiyeti altında bulunan herkese aynı şekilde uygulanmamakta yabancılarla, uyruklar arasında milletlerarası hukukun çizdiği statüye göre bir ayırım yapılmaktadır. Gerçekten 13.md., “Temel hak ve hürriyetler yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir” diyerek, yabancıların ikinci kısmın konusunu teşkil eden haklar ve hürriyetlerden belirli bir durumda Türkler kadar istifade edemeyeceklerine hükmetmektedir. Bu durum da, yabancıнын uyruğu olduğu Devletin, hakimiyeti altında bulunan Türklere, Anayasamızın çizdiği fert hak ve hürriyetler statüsünden daha dar bir statü tanınması halidir. Böyle bir

¹³³ ALDIKAÇTI, a.g.e. ,s.160

¹³⁴ ALDIKAÇTI, a.g.e. ,s.161

¹³⁵ ÖZBUDUN, a.g.e. , s.40

durumda Türkiye’de bulunan yabancının temel hak ve hürriyetlerden yararlanması aynı ölçü içinde sınırlanabilir. Buna mukabil yabancı, kendi memleketindeki Türklerin Anayasamızca düzenlenen fert hak ve hürriyetleri statüsünden daha geniş teminata veya hakka sahip olduklarını ileri sürerek aynı statünün kendisine uygulanmasını isteyemez. Çünkü bu takdirde, Türk Devleti’nin hakimiyeti altında bulunanlar arasında bir ayırım yapılmış yabancı imtiyazlı duruma geçmiş olur. Halbuki. Anayasamızın 12. md.’sinin açık hükmüne göre; kanun önünde eşitlik prensibi gereğince, herkes, haklar ve hürriyetlerden Anayasanın tespit ettiği statü içinde aynı şekilde istifade eder.

Anayasa, 12. maddesi üstünde büyük bir titizlikle durmuş ve insanlar arasında farklılaşmaya amil olan bütün faktörleri, dil ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep diye sayılmıştır. Maddenin ruhu kanun önünde eşitlik olduğundan bu sayışın tahdidi olamayacağı doğaldır.

Bu Anayasa ile kurulan Anayasa Mahkemesi de, 12. md.’yi yasal eşitlik açısından ele almış ve 1963/161 Karar sayılı kararında “Anayasanın seçmenlik yaşı olarak medeni rüşt yaşını yeterli saydığı ileri sürülemez. Kaldı ki Anayasanın 12. md.’si kanun önünde eşitliği öngörmektedir. Burada, yaş farkı gözetmeksizin herkesin aynı hakka haiz olacağı yolundaki tabii bir eşitlik öngörülmemiştir” diyerek hukuk önünde eşitlik ilkesinin 12. md.’nin özü olduğu açıkça belirtilmiştir. Hukuk Devleti ilkesinin temel gereği olan yasaların genelliği yani benzer durumlarda aynı çözümlere bağlanması zorunluluğu, 12. md.’nin düzenlediği ilkenin hangi doğrultuda anlaşılması gerektiğini belli eder.

1924 Anayasası sosyal eşitliğe yer vermediği halde 1961 Anayasası’nın günümüz Anayasal belgelerine ışık tutacak şekilde buna değindiğini görüyoruz. Anayasada topluma yönelik girişimlerde sosyal eşitliğin de göz önünde tutulacağını kanıtlayan hayli anlamlı bir md. vardır. Anayasanın 41. md.’sine göre; “İktisadi ve sosyal hayat, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacına göre düzenlenir...”. Maddenin ilk fıkrasında yer alan “herkes için

insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesinin sağlanması” kişinin uygulamadaki eşitliğinin, hak ve özgürlükleri açısından gerçekleştirileceğine işaret eder. Ayrıca Sosyal Devlet ilkesi içindeki sosyal adalet kavramının Hukuk Devleti ölçülerine uygun yanını da belirlemektedir.¹³⁶

1961 Anayasası’nın getirdiği liberal ortam içinde sol fikirlerin yayılmaya başlaması ve sendikal hareketlerin güçlenmesi, bazı çevrelerde endişeler yaratmış ve nihayet 1960’ların sonlarına doğru ortaya çıkmaya başlayan siyasal şiddet ortamının ve terör eylemlerinin önlenememesi, Anayasa’ya yöneltilen suçlamaları artırmıştır. Türk Silahlı Kuvvetlerinin 12 Mart 1971 muhtırası ile Demirel Hükümetini istifaya zorlayıp, ordu desteğinde bir “partiler üstü” geçici yönetim kurmasıyla anayasa değişikliği de gündeme gelmiştir. 1961 Anayasası, 1971-1973 ara rejim döneminde iki defa önemli değişikliğe uğramıştır. Birincisi, 1488 Sayılı Kanunla yapılan 22 Eylül 1971 tarihli değişikliktir. Bununla Anayasa’nın 35.md.’si değiştirilmiş ve 9 geçici madde eklenmiştir. Diğeri ise, 1699 Sayılı Kanunla yapılan 20 Mart 1973 tarihli değişikliktir. Bu değişikliklerle yürütme güçlendirilmiş, Bakanlar Kumluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır. Temel haklarda ise bazı sınırlamalar meydana getirilmiştir. Ayrıca, yargı denetimine bazı sınırlamalar getirilmiştir.

Bununla birlikte, 1971 ve 1973 yıllarında Anayasa’da yapılan değişiklikler anayasa konusundaki tartışmalara son vermemiştir. 1975’den sonra siyasal şiddet ve terör olaylarının hızla tırmanması ve bunların önlenememesi, anayasa sorununu gittikçe ağırlaştırmıştır. Bu gelişmeler sonucunda da yeni ve daha köklü bir anayasa değişikliği zorunlu hale gelmiştir.

Sözü edilen rejim bunalımı, 12 Eylül 1980 günü, Türk Silahlı Kuvvetlerinin “emir ve komuta zinciri içinde ve emirle” yönetime el koyması ile sonuçlanmıştır. Bu darbe ile birlikte, yeni bir anayasa kabul edilip yürürlüğe girinceye kadar, 1961 Anayasası’nın yürürlükte olduğu belirtilmiş olmakla

¹³⁶ AKIN, Kamu Hk.Dev..Dokt. ,s.316

birlikte, bu dönem içinde Milli Güvenlik Konseyi'nin anayasayı değiştirme yetkisine de sahip olduğu açıkça belirtilmiştir.

Nihayet, Danışma Meclisi ve Milli Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen 1982 Anayasası'nın 7 Kasım 1982 günü halkoyuna sunularak yürürlüğe girmesiyle birlikte, 1961 Anayasası sona ermiştir.¹³⁷

¹³⁷ TUNÇ, a.g.e. s.37-40

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

1982 ANAYASASI VE AYRIMCILIK YASAĞI

1982 Anayasası'nın kabulü ile birlikte ayrımcılık yasağı konusunda öncelikle Anayasa'da daha sonra da ilgili kanunlarda birçok düzenleme ve değişiklik yapılmış, Anayasa kuralları çerçevesinde hiçbir kimsenin haksız şekilde ayrımcılığa uğratılmaması amacıyla eşitlik ilkesi güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın kabulü ile birlikte Anayasa Mahkemesi de bu konuda yeni içtihatlarla bulunmuş ve hangi durumlarda yasağın ihlal edilmiş sayılacağını belirlemiştir. 1982 Anayasası'nda ve bazı kanunlarda yapılan düzenlemelerden sonra hem Anayasa Mahkemesinin hem de AİHM'nin bu konuda vermiş olduğu bazı kararlara yer vereceğiz

A) AYRIMCILIK YASAĞININ DÜZENLENMESİ

1982 Anayasası'nda da daha önceki anayasalarda olduğu gibi ayrımcılık yasağı eşitlik ilkesi kavramı ile ifade edilmiş tüm düzenlemelerde bu kavram doğrultusunda yapılmıştır. Bu nedenle biz de eşitlik ilkesi çatısı altında, 1982 Anayasası'nda ki ayrımcılık yasağını inceleyeceğiz.

1) 1982 Anayasası'nda Yer Alan Eşitlik İlkesi'nin Kapsamı

1982 Anayasası'nın 10. md.'si şu şekildedir: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır". 10. md.'nin kadın erkek eşitliğini ifade eden 2. paragrafı; 2004 yılında yapılan bir değişiklikle anayasamıza girmiştir. Yine Anayasa

Mahkemesi'nin 2008/116 numaralı kararı ile son paragrafta yer alan "her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi iptal edilmiş ve yürürlüğü durdurulmuştur.¹³⁸

Ayrımcılık yasağının; anayasa'da 10. md.'de düzenlenmesinin yanında dolaylı ya da doğrudan başka maddelerle güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, 2. md.'sinde Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında "İnsan haklarına saygılı bir Hukuk Devleti" olduğu ilkesini kabul etmiştir. Hemen sonra 4. md.'sinde ise 2. md.'nin değiştirilemez, değiştirilmesi dahi teklif edilemez bir hüküm olduğu belirlenmiştir. Anayasanın başlangıç bölümünde de insan haklarının temeli olan Evrensel Bildirinin 1. ve 2. md.'lerine yollama yapılarak, "her vatandaşın Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ilkesi gereği yararlanacağını ve insanın doğuştan insan hak ve özgürlüğüne sahip olduğu" ilkesi kabul edilmektedir.

Anayasanın "temel hak ve hürriyetlerin niteliği" başlığını taşıyan 12. md.'sinde ise; "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir" hükmü yer almıştır. İnsan haklarına saygı bir Anayasa ilkesi olduğuna göre, Anayasanın üstünlüğünü öngören 11. md.'si uyarınca da Türk İç Hukukunda insan haklarına aykırı kanun, düzenleme ve uygulama yapılamayacağı kabul edilmiştir.¹³⁹

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

¹³⁸ T.C. ANAYASASI, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008,s.32

¹³⁹ Suat BİLGE, *İnsan Hakları El Kitabı*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara,1991, s.52-65

1982 Anayasası'nın 10. md.'sinin ilk fıkrası ile üçüncü fıkrası hemen hemen aynı içeriğe sahip bir biçimde 1961 Anayasası'nın 12. md.'sinde yer almıştır. Tek fark “ve benzeri sebeplerle” ifadesinin 12. md.'de yer almamasıdır. Son fıkra ise 1982 Anayasası'nın bir ürünüdür. Bu fıkra ile hem kanun koyucu hem de kanun uygulayıcıları muhatap alınmakta, eşitlik ilkesine uyma emri verilmektedir. Diğer bir deyişle eşitlik yükümlülüğü getirilmektedir. Fakat son fıkra olmasaydı dahi, zaten tersinin anlaşılması mümkün değildir, dolayısıyla 1961 Anayasası'nın böyle bir yükümlülük getirmediğini, 1982 Anayasası'nın bunu sağladığını söylemek mümkün değildir. Çünkü 1961 Anayasası'nın 8. md.'si ve 1982 Anayasası'nın 11. md.'si, Anayasa hükümlerinin (özel-tüzel) kişileri ve tüm kamu otoritelerini bağladığını zaten açıkça beyan etmektedir. 2. fıkra'daki kadın erkek eşitliğine ilişkin özel hüküm ise AB'ne uyum sürecinde 2004 Anayasa değişikliği ile Anayasaya girmiştir

1961 ve 1982 Anayasası'ndaki düzenleniş biçimlerindeki diğer bir fark, eşitlik ilkesi, 1961 Anayasası'nda “Temel Hak ve Ödevler” kısmında düzenlenmişken, 1982 Anayasası'nda birinci kısımda “Genel Esaslar” başlığı altında düzenlenmiş olmasıdır. Maddenin gerekçesinde; “bu maddenin demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil ettiği, insanın, doğuştan, insan olması sebebiyle bir değeri olduğu ve bu nedenle herhangi bir niteliğe ve ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamayacağı, kanunların uygulanması bakımından da hiçbir fark gözetilemeyeceği” belirtilmektedir. Dolayısıyla eşitlik ilkesinin; tıpkı 2. ve 5. md.'ler de belirtilen demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları gibi “Genel Esaslar Kısmı”ndaki devletin kuruluş unsurları ve dayanaklarından biri olduğunu söylemek gereklidir. Bu ilkenin Genel Esaslarda yer alması eşitliğin iki yönü olduğu, hem bir temel ilke hem de bir temel hak olduğu görüşünü çürütmez, aynı zamanda bir hak olarak savunulmasını güçlendirir.

1982 Anayasası'nın 10. md.'nin birinci fıkrası ise, iki konuya dikkat çekmektedir. Birinci fıkrada hem genel olarak herkese uygulanacak olan yasa

önünde eşitlik ilkesi yer almakta, hem de dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç din, mezhep ve benzeri sebeplere dayanarak ayırım yapılmamasını özel olarak belirtmektedir.¹⁴⁰ Belirtilen sebepler eşitlik ilkesinin çekirdek alanıdır. Anayasa bu özelliklere dayalı bir sınıflandırmanın diğer özelliklere dayalı sınıflandırmalara göre çok daha sıkı bir denetim altında tutulacağını vurgulamaktadır. Bu tür sebeplere dayalı bir sınıflandırmanın fiili eşitsizlik durumunda bulunan ve koruma gerektirebilecek grubun bu eşitsiz konumunu dengelemek amacıyla (olumlu-pozitif ayrımcılık) yapılması mümkündür. Pozitif ayrımcılık eşitlik ilkesine aykırılık olarak anlaşılmamalıdır, çünkü tersi bir durum fiili eşitsizliği korumak anlamına gelebilir.

Üçüncü fıkra; hiçbir kimseye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz denilerek, ayrıcalık (imtiyaz) yasağı getirilmektedir. Devlet anayasal düzenleme gereği hiçbir vatandaşına belli bir yere ait olduğundan dolayı hiçbir ayrıcalık tanıyamayacaktır. Yine bu hüküm için de, olumlu ayrımcılık açısından yukarıda belirtilenler tekrarlanabilir.¹⁴¹

Ayrımcılık yasağının kapsamını, uygulama şekli ile yani Anayasa Mahkemesi kararları ile de anlamak mümkündür. Anayasa Mahkemesi'ne göre; kanunların içerdiği hükümlerin her şeyden önce genel nitelikte olması, kimlikleri önceden belirli kişilere yönelmemesi, herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekir. Kimlikleri önceden belirli kişilere yönelen kanun hükümleri hem kanunların genelliği hem de eşitlik ilkesine aykırı düşer.¹⁴²

İnsanın içinde bulunduğu durumu, özellikleri ve ihtiyaçları açısından farklılıklar vardır. İnsanların özellikleri, durumu ve ihtiyaçları arasındaki benzerlikleri ise siyasi iktidar kategorize ederek diğer bir deyişle

¹⁴⁰ Bülent TANÖR, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **Türk Anayasa Hukuku**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001, s.115-116

¹⁴¹ TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e. ,s.117

¹⁴² ÖDEN, a.g.e. ,s.196

sınıflandırarak tanımlar. Dolayısıyla eşitlikten söz ederken, diğerlerinden ayrılan ortak özellikleri ve kendi içinde benzerlikleri nedeniyle sınıflandırılan grubun, kendi içindeki eşitliğine, dolayısıyla tutarlılığına ve bu grubun dışında kalanlardan ayırıcı ölçütlerine dikkat çekilmektedir. Sınıflandırmanın nasıl yapıldığı önemlidir. Bu noktada kanunun amacının belirlenmesi gereklidir ve sınıflandırma kanunun amacı bakımından benzer durumda olanların tümünü kapsayan, bu amaçla uyumlu ölçütlere dayalı bir sınıflandırma olmalıdır. Yasama amacının ne olduğu kanunun ve sınıflandırma hükmünün metninden, kanunun gerekçesinden ve yasama organında açıklanan görüşlerden anlaşılabilir gibi, yasama tarihi ve kanunun yöneldiği amaçları ortaya koyabilecek bilgi ve belgeler de göz önünde tutularak belirlenebilir.¹⁴³

2) Yasağa İlişkin Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukumuzda Etkisi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, uluslararası bir antlaşma olarak Türkiye Cumhuriyeti'ni bağlayan bir antlaşma olmakla birlikte insan hakları ile ilgili Anayasada yer alan hükümler nedeniyle "Ulusal Kanun" niteliğindedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, hem özel bir antlaşma hem özel bir kanundur. Bu nedenle devletlerarası hukukun ahde vefa kuralı gereğince de, Sözleşme bir kanunla ve tek taraflı değiştirilemez, ancak metninde belirtilen hükümlere göre fesih edilebilir. Bu durumda da Sözleşme, iç hukukumuzu bağlayıcı niteliktedir. Anayasa Mahkemesi de Sözleşmenin değiştirilemez bir Anayasa ilkesi olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla, her bir birey; bizim hukuk sistemimizde AİHS'ne dayanarak hak talep etmek, Sözleşmenin herhangi bir hükmünü ulusal merci önünde, ileri sürmek imkanına sahiptir. AİHS'nin 34. md.'si gereği ülkemiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu ve mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiş bulunmaktadır. Bu nedenlerle ayrımcılık yasağı ile ilgili ülkemizde, AİHS'nde tanınan tüm haklar ve özgürlükler ile Sözleşmenin eki olan ve imzalanan protokollerde

¹⁴³ ÖDEN, a.g.e. ,s.197

tanınan, hak ve özgürlüklerden her birey yararlanabilecektir. Sözleşmenin 14. md.'sinde belirtilen ayrımcılık yasağı iç hukukumuzda da; milli kanunlarla çatışsa bile, öncelikli olarak uygulanacaktır.¹⁴⁴

AİHS'nin hükümlerinin ihlali durumunda devreye AİHM'nin kararları girer. AİHM kararları, ilgili oldukları devlet açısından bağlayıcıdır. AİHM kararları, sadece sözleşmenin ihlal edildiğini belirler ve beyan eder, yoksa milli mahkeme kararlarını ortadan kaldırıcı etki yapmaz. AİHM kararları uygulanırken, gereken tedbirlerin alınması gerekmektedir. Bu tedbirlerin ne olacağı konusunda ilgili devlet bir serbestiye sahiptir. Sözleşmeye taraf devletler, AİHM'nin kararlarına uymayı taahhüt etmişlerdir. İç hukukta nasıl bir yaklaşım benimsemiş olurlarsa olsunlar, sözleşme kurumları tarafından yorumlanıp uygulanan Sözleşme hükümlerine ve bu arada alınan kararlara uymak zorundadırlar.

Diğer taraftan AİHM'nin bağlayıcılığı Sözleşmeyle sınırlandırılmıştır. Mahkeme kararları devletler için sadece bir davada taraf oldukları zaman bağlayıcıdır. Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini tanımadığı ve taraf olmadığı olaylarda Mahkeme kararları ile bağlı değildirler.¹⁴⁵

3) Ayrımcılığın Önlenmesine Yönelik Düzenlemeler

Ayrımcılık yasağı ihlaline sebebiyet vermemek için ülkemizde özellikle son yıllarda birçok düzenleme ve değişiklik yapılmıştır. Özellikle yasama organı açısından yapılan en belirgin faaliyet; TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nun kurulmasıdır. Komisyon; Türk Anayasası, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, AİHS ve diğer çok taraflı belgelerde belirlenmiş bulunan insan hakları ve temel hürriyetler ile milletlerarası alanda genel kabul gören bütün insan hak ve hürriyetlerinin uygulanması açısından takip yetkisine sahiptir. Yine bu doğrultuda, ihlallerin engellenmesi için 1982 Anayasası'nda ve birçok kanunda değişiklik yapılmıştır. Ayrıca çevre hakkı, çalışma hayatı

¹⁴⁴ ÖDEN, a.g.e. ,s.202

¹⁴⁵ GÖZLÜGÖL, a.g.e. ,s.410

ve de kadın hakları alanında hem 1982 Anayasası'nda hem de ilgili kanunlarda birçok değişiklik yine bu doğrultuda yapılmıştır. Bunlardan özellikle kadınlara yönelik olan cinsiyete dayalı ayrımcılığın önüne geçebilmek için Anayasa'nın dışında Türk Medeni Kanunu adeta yeni baştan şekillendirilmiş yine bu ayrımcılığın ortaya çıkmaması adına Türkiye birçok uluslar arası anlaşmaya da imza atmıştır.¹⁴⁶ Anayasamızda ve diğer kanunlarda yapılan bu değişiklik ve iyileştirmeler ile ayrımcılık yasağına uyum sağlanmaya çalışılmıştır. Bu düzenlemelerden bazılarını aşağıda daha ayrıntılı olarak değinmeye çalışacağız.

4) 1982 Anayasasında Yer Alan Ayrımcılık Yasakları

Anayasamızın 10. md.'sinde ayırım gözetilmeyecek hususlar olarak; dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler sayılmıştır.¹⁴⁷ Bu ayrımcılık türlerinden, cinsiyete dayalı ayrımcılık çok eski medeniyetlerden günümüze en çok ihlal edilen ayrımcılık türleri arasında yer almıştır. Avrupa'da olduğu gibi ülkemizde de kadınlara yönelik ayrımcılığın engellenebilmesi, her açıdan erkeklerle eşit konumda kabul edilmesi için hem Anayasa'da hem de farklı kanunlarda birçok değişiklik yapılmıştır. Bu başlık altında Anayasamızda yer alan tüm ayrımcılık türlerine yer vermekle beraber özellikle cinsiyete dayalı ayrımcılığa daha fazla dikkat çekmek; kadınlara yönelik ayrımcılığın önüne geçmek için Cumhuriyet'ten günümüze yapılan yeniliklere yer vermek istiyoruz.

a) Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık

Cinsiyet nedeniyle ayırım yasağının çekirdeğinde; insan onuru açısından cinsiyet nedeniyle farklı muamele yapılamayacağı gerçeği bulunmaktadır. Bu nedenle de eşit haklara sahip olma, genel eşitlik ilkesini düzenleyen normda var olan adalet eşitliğinin vurgulanmasıdır. Başka bir

¹⁴⁶ GÖZLÜGÖL, a.g.e. ,s.414

¹⁴⁷ T.C. ANAYASASI, s.32

deyişle, ayırım yasakları olmasa bile cinsiyet nedeniyle farklı hukuksal davranış, ilke olarak keyfi, akıl dışı ve genel eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz olacaktır. Dolayısıyla, hem Anayasanın birinci kısmında genel hükümler başlığı altında düzenlenen 10. md.'sinde, hem başlangıç hükümlerinin 6. paragrafında yer alan eşitlik ilkesi hukukun bütün alanlarında erkek cinsinin kadın cinsine oranla hukuksal açıdan daha iyi bir duruma getirilmesini ya da tersine düzenlemeyi yasaklamaktadır. Aynı şekilde farklı cinsler arasındaki ilişkilerde de erkeğin kadına oranla kayırılması veya mağdur duruma getirilmesine de izin vermemektedir.¹⁴⁸ Batı ülkelerinin birçoğu henüz kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanımazken, Türkiye 1934 yılında kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanıyarak bu alanda Batı ülkelerinde daha ileri bir seviyeye gelmişti. Anayasamızda kadın-erkek eşitliğini de kapsayan “kanun önünde eşitlik” ilkesi gereği, cinsiyete dayanan bir ayırım yapılmamıştır.¹⁴⁹

1961 ve 1982 Anayasaları'na baktığımızda cinsiyetin açık bir ayırım yasağı olarak yer aldığını görmekteyiz. Anayasa Mahkemesi de, “Cinsiyet, yasa önünde eşitliği engelleyen bir neden değildir” diyerek aile hukukundaki eşitsizliklerin kaldırılmasını sağlamaktadır.¹⁵⁰ 1982 Anayasası da kadın ve erkek arasında eşitlik içermektedir. Özel birkaç madde dışında “herkes, her kim, hiç kimse” gibi ayırımcılık içermeyen kavramlar kullanılmıştır. 1982 Anayasası'nın genelindeki bu eşitlikçi yaklaşım evrensel bir insan hakkı olan eşitlik ilkesini, 10. md. ile güvence altına almıştır. Anayasanın 10. md.'sindeki bu düzenlemesi büyük önem taşır. Ancak son yıllarda Medeni Kanun ve Ceza Kanununun bazı maddeleri hakkında kadınlara karşı ayırımcılık içerdiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine çeşitli başvurular yapılmıştır. Mahkeme bu başvurulardan bir kısmını Anayasanın 10. md.'sine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasanın 10. md.'sindeki eşitlik ilkesinde yer alan cinsiyet kriteri bazı maddelerde tekrar edilerek vurgulanmakta, “Aile Türk toplumunun

¹⁴⁸ Zafer GÖREN, **Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması**, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1998, s. 31

¹⁴⁹ GÖZLÜGÖL, **a.g.e.** ,s.443

¹⁵⁰ ÖDEN, **a.g.e.** , s.293

temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulamasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar” şeklinde ifade edilmektedir.¹⁵¹

Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevini düzenleyen 42. md.’de ilköğretimin kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunlu olduğu belirtilerek cinsiyet eşitliği kriteri tekrarlanmaktadır. Çalışma ile ilgili hükümler içerisinde bulunan ve çalışma şartları ve dinlenme hakkını düzenleyen 50. md.’de kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı belirtilerek cinsiyet eşitliği vurgulanmakla birlikte aynı maddede küçükler ve kadınların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacakları ifadesi yer almaktadır.

Anayasa değişiklikleri çerçevesinde kadın-erkek eşitliği açısından atılan önemli adımlar söz konusudur. Bunlardan ilki 41. md.’ye “aile toplumun temelidir” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve eşler arasında eşitliğe dayanır” ibaresinin eklenmiş olmasıdır. Diğer değişiklik ise Anayasanın 66. md.’sinin ikinci fıkrasının “yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir” şeklindeki ikinci cümlesinin madde metninden çıkarılmasıdır.¹⁵²

(1) Farklı Cinslerin Eşit Hakka Sahip Olmalarının İstisnaları

Kadın ve erkeğe; ortak yönleri nedeniyle -farklılıklarına karşın- ilke olarak eşit davranılmalıdır. Anayasaların kadın ve erkeğin hukuksal açıdan eşit haklara sahip olmasını garanti altına almaları halinde bu ilkenin istisnaları kaçınılmaz olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa metinlerinin bir açıklamada bulunmaması durumunda bile en azından kadının anne olarak korunmasının gerekliliği karşısında, yasa belli ayrımlar yapabilmelidir. Ancak Anayasamızın 10. md.’sinin yorumundan elde ettiğimiz eşit haklara sahip

¹⁵¹ T.C. ANAYASASI, md.41

¹⁵² GÖREN, a.g.e. ,s.46-47

olma ilkesine, istisnalar tanırken bu ilkeyi zedelemekten ortalama bir yol seçilmesi gerekmektedir.

1982 Anayasası'nda, "vatan hizmeti" başlığını taşıyan 72. md.'sinde "vatan hizmeti her Türkün hakkı ve ödevidir" denilmektedir. Yani vatan hizmetinin sadece erkek vatandaşlar için öngörüldüğüne ilişkin Anayasada özel bir kural yoktur. Anayasa, bu hizmetin ne şekilde yerine getirileceğinin veya getirilmiş sayılacağı konusunun yasayla düzenleneceğini belirtmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, 25.12.1964 tarihli bir kararında "Askerlik yükümü cinsiyet farkına bağlı olarak değişik olabilir: Anayasanın 60. md.'sinde (askerlik yükümü kanunla düzenlenir) derken askerlik yükümünün bir gereği olmak üzere cinsiyet bakımından ayırım yapılabileceğini anlatmış; bu çeşit bir ayırım eşitlik ilkesini zedelemeyiz" demiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin yasa yoluyla düzenlemeye ilişkin olan kuralın cinsiyet bakımından farklılık yaratabileceği şeklindeki yorumu eleştirilmiştir. Vatan hizmetinin bir temel hak olduğu ve yasanın kadın vatandaşı yurt savunması hakkından yoksun bırakması durumunda temel hakkın özüne dokunacağı öne sürülmüştür.¹⁵³

1982 Anayasası'nın 50. md.'sindeki "kimsenin cinsiyetine uymayan işte çalıştırılmayacağını" ya da Anayasa 50/2 md.'de sözü geçen "kadınlar çalışma koşulları bakımından özel olarak korunur" kuralı gereği kadının maden işinde çalışmasının yasaklanması olasıdır. Bütün bu ayırımlar temelde biyolojik cinsel farklılıklardan kaynaklanmaktadır ve aynı zamanda eşit haklara sahip olma ilkesine Anayasanın özel bir kuralı ile getirilmiş olan istisnalardır.¹⁵⁴

¹⁵³ ESEN, a.g.e. ,s.88

¹⁵⁴ ESEN, a.g.e. ,s.88

(2) Türk Medeni Kanununda Yapılan Düzenlemeler

Medeni Kanunumuzun bizzat kendisi “ihtiyaçların zamanla değişeceğini, yasaların değişen ihtiyaçlara uymak ve değiştirilmek zorunda olduğunu” genel gerekçesinde belirtmekte ve ihtiyaçlar değiştikçe kendisinin de değiştirilmesi gerektiğini, yasa kurallarının din kurallarından farklılığının buna dayandığını kabul etmektedir.

Kabul edildiği tarihte bir mantığı ve açıklaması olan bazı hükümler, günümüzde kabul edilemez hale gelebilmektedir. Medeni Kanunda yapılan düzenlemeler ve getirilen yenilikler; kadınların toplumsal yaşamda edindikleri yerleri, evlilik yaşamındaki konumlarını, aradan geçen 76 yıllık süreç içindeki sosyal ve ekonomik durumları, uluslar arası alanlardaki gelişmeleri ve Türkiye’nin de taraf olduğu anlaşmaları göz önünde tutularak, kadın erkek eşitliğini zedeleyici hükümler ortadan kaldırmıştır.¹⁵⁵

(3) Ailede Kadın Erkek Eşitliği

2001 yılında yeniden yapılan düzenlemelerle yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu daha önceki haliyle özellikle aile içerisinde kadın-erkek eşitliğini zedeleyici hükümleri değiştirerek var olan bu ayrımcılığın önüne geçilmiştir. Bu yenilikleri sadece maddeler halinde zikretmenin yeterli olacağını sanıyorum. Buna göre;

- Evlenme başvurusunda sadece erkeğin değil kadının da yerleşim yerindeki evlendirme memurluğuna da yapılabileceği kabul edilmiştir.
- Kocanın evin reisi olması hükmü kaldırılmıştır.
- Konutu seçme hakkı kocaya değil; eşlere tanınmıştır.

¹⁵⁵ Ahmet KILIÇOĞLU, **Kadın Ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu**, Kadın Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2003,s.21

-Kadının çalışması kocanın iznine bağlı olmaktan çıkarılmıştır.

-Kocanın yerleşim yerinin kadının da yerleşim yeri olduğu hükmü kaldırılmıştır.

- Velayette kocanın üstün oyu kaldırılmıştır.

- Vesayette ve mirasta eşitliği zedeleyen hükümler kaldırılmıştır.

- Eşin rızasına bağlı hukuksal işlemlerde istisnalar kayıtlı kalmak şartıyla sözleşme özgürlüğü ilkesi kabul edilmiştir.

2001 yılından önce yürürlükte olan medeni kanunun eşitlik ilkesine aykırı olan; ayrımcılık yasağını ihlal edilen birçok maddesi kanun değişikliğinden önce zaten Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşüncesiyle iptal edilmiştir. Bunlardan bazıları; karının bir meslek veya sanatla uğraşabilmesini kocanın iznine tabi tutan TMK'nın 159. md.'de ki hükmü, 1990/31 Sayılı Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmiştir. Yine mirasçılıkta sahih nesepli çocuklar ile sahih olmayan nesepli çocuklar veya altsoyları arasında eşitsizlik yaratan 443. md.'si de, Anayasa Mahkemesi tarafından 1987/18 karar numaralı kararı ile iptal edilmiştir.¹⁵⁶ Yapılan bu düzenlemelerle medeni kanunumuz Anayasa' da sayılan sebeplerden biri olarak da sayılan; kadın-erkek arasında olması muhtemel ayrımcılıkların önüne geçilmiştir. Medeni Kanunda yapılan bu düzenleme ve değişikliklerin haricinde ülkemizde ayrıca kadına yönelik şiddet dolayısı ile kadın erkek ayrımcılığının önlenmesi konusunda önemli ve olumlu bir adım da; 4320 sayılı "Ailenin Korunmasına Dair Kanun"un çıkarılmasıdır. Ailenin korunması hakkında ki bu kanun, TCK ve şiddetin önlenmesine ilişkin diğer hükümlerin uygulanmasında doğabilecek aksamaların önlenmesi açısından

¹⁵⁶ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.25-26

Anayasanın “Ailenin Korunması” başlıklı 41. Md.’si de gözetilerek, kadına yönelik şiddet olgularının nitelendirilmesi sağlamaktadır.¹⁵⁷

(4) Uluslar Arası Sözleşmelerin Kabulü İle Kadın Erkek Eşitliği

Kadın-erkek eşitliği alanında uluslar arası planda tek yasal bağlayıcı doküman olan “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” ne Türkiye 1985 yılında taraf olmuş ve sözleşme 1986 yılında yürürlüğe girmiştir. Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin ilk maddesinde “kadınlara karşı ayırım” deyimi; “kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet ya da kısıtlama anlamına gelecektir”, şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁵⁸ Ayrımcılığın; yasalar, hukuk sistemi, siyasal ve kamu yaşamı, eğitim, istihdam, sağlık, kırsal kesim, evlilik ve aile dahil olmak üzere her alandan silinmesi için devleti sorumlu tutar. Bu amaçla da devleti gerekli her türlü önlemi alarak, ayrımcılık yapan yasaları, denetim mekanizmalarım, gelenekleri ve uygulamaları değiştirmek veya kaldırmakla yükümlü kılar. Söz konusu sözleşmenin 24. md.’si ile kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması yönünde taraf devletlere ulusal seviyede gerekli bütün önlemleri alma zorunluluğu getirilmiştir.¹⁵⁹

Anayasa Mahkemesi bazı kararları ile, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin Başlangıç kısmı ile bazı maddelerine, AİHS’nin Başlangıç kısmı ile 14. md.’sine ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin çeşitli maddelerine atıfta bulunmuştur. Örneğin Türk Ceza

¹⁵⁷ **TBMM Araştırma Komisyonu Raporu**, Ankara, Başbakanlık Kadın Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2006, s.48

¹⁵⁸ **Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi**, Ankara, Başbakanlık Kadın Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2001, s.7-8

¹⁵⁹ Nazan MOROĞLU, **Uluslararası Belgelerde Kadın Erkek Eşitliği**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005, s.28

Kanununun erkeğin zinasına ilişkin 441. md.'sini eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde, taraf devletler "kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden bütün ulusal cezai hükümleri ilga etmeyi" taahhüt etmektedirler. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'ne göre "Çağdaş hukuk anlayışında görülen gelişmeler, ulusların hukuk düzenlerinin yeniden gözden geçirilmesini, saptanan aykırılıkların giderilmesini" gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi, Medeni Kanunun "evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuğun tanınmayacağı" hakkındaki 292. md.'sini iptal ederken, milletlerarası sözleşmelere atıfta bulunarak, milletlerarası sözleşmelerin Anayasa üstü normlar olarak nitelendirilebileceğini tespit etmiştir.¹⁶⁰

b) Din, Mezhep, Irk, Dil Ve diğer Farklılıklara Dayalı Ayrımcılık

1982 Anayasası'na göre herkes, din ve mezhep nedeniyle ayırım gözetilmeksizin eşittir. Din ve mezhep her türlü hukuki farklılaştırmalar için belirsiz, ilişkisiz özelliklerdir. Bu özel hüküm genel eşitlik kuralını somutlaştırıcı olmaktan başka, Türk hukuk düzeninin temel kurallarından laiklik ilkesini de pekiştirici, destekleyici bir işleve sahiptir.

Anayasalarımızın din ve mezhep farkı nedeniyle ayırım gözetmeyi yasaklayan hükümleri, toplumda dini inanç ve kanaatleri bakımından azınlıkta kalanları, hiçbir dini inanca sahip olmayanları da dahil olmak üzere; haksız ayrımlara karşı korumayı amaçlamaktadır.

Aynı zamanda, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan hiçbir fert siyasi ya da felsefi düşüncesi nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmayacaktır. 1982 Anayasası, 10. md.'sinde "...Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür..." derken

¹⁶⁰ GÖZLÜGÖL, a.g.e. ,s.444

vatandaşlar arasında bu ve benzeri bir ayrımcılık yapılmayacağını da garantisi altına almış bulunmaktadır.

Anayasalarımızdaki felsefi inanç nedeniyle ayırım gözetme yasakları da, siyasi düşünce ve hatta din ve mezhep ayırımı gözetme yasaklarını tamamlayan geniş kapsamlı bir buyruk olarak değerlendirilebilir. Bu yasakları, hem düşünce ve ifade özgürlüğüyle, hem de laik bir toplumda inanç özgürlüğüyle birlikte düşünmek doğru olacaktır.¹⁶¹

(1) Din Ve Mezhep Özgürlüğü Açısından Anayasal Koruma

Anayasamızın 10. md.'sinde din farkının bir ayrımcılık nedeni olamayacağı belirtip güvence altına alınmasının yanında yine Anayasamız 24. md.'sinde "Din ve Vicdan Özgürlüğü" başlığı altında farklı bir maddesinde de bu özgürlüğü güvence altına almıştır.¹⁶²

Anayasa Mahkemesi de içtihatlarında din ya da mezhep farklılığının vatandaşlar arasında ayırım nedeni olamayacağını ve bu hususta esas aldığı kriterleri bir kararının gerekçesinde şöyle açıklıyor: "...Modern devlette din, kimi haklara sahip olmanın bir şartı değildir. Dinlerden birini Devlet olarak tercih fikri, ayrı dinlere mensup vatandaşlar açısından; kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşer. Laik devlet din konusunda inancına bakmaksızın yurttaşlara eşit davranan, yan tutmayan devlettir. Laik bir toplumda din ya da mezhep farklılığı kişiler arasında hiçbir ayırma neden olamaz. Devletin kendisine ait bulunan cezalandırma hakkını kullanırken bireyler arasında inançlarına göre ayırım gözetmemesi gerekir. Anayasanın 24.md.'sinde ifadesini bulan ve Anayasa güvencesinde olan din ve vicdan özgürlüğü sadece semavi dinlere inananlara özgü bir emel hak niteliğinde değildir. Ülke toprakları üzerinde yaşayan herkes bu özgürlüğe sahiptir. 3255 sayılı Yasanın 1.md.'siyle Türk Ceza Kanununun 175.md.'sinde yapılmış olan değişikliğin getirdiği hukuki himayeden pek cüzi bir azınlığın mahrum kalmış

¹⁶¹ ÖDEN, a.g.e. ,s.341

¹⁶² T.C. ANAYASASI, md.24

olması, bu hususun düzenlenmesinde kamu yararı olmadığı düşüncesine dayanılamayacağı gibi, sorunun bir düzenleme eksikliği olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. 3255 sayılı Yasayla getirilen yeni düzenlemenin semavi dinler ve bunların mensuplarıyla semavi olmayan dinler ve bunların mensupları arasında ayırım gözettiği açık ve seçiktir. Bu ayırım, Anayasanın 2.md.'sinde ve Başlangıç bölümünde ifadesini bulan laik devlet düzeni esaslarına ve herkesin din ve vicdan özgürlüğüne sahip olduğunu ilan eden ve bu özgürlüğün güvencesini getiren Anayasanın 24. md.'sine aykırıdır..."¹⁶³ Devlet, bütün din ve mezheplere inananlara ve bunlara ait kuruluşlara eşit davranmak zorundadır. Laik devlette herkes kendi dinini seçebilir; hiçbir zorlama olamaz. Devlet, inancına bakmaksızın yurttaşlarına eşit davranmalıdır.¹⁶⁴

Osmanlı İmparatorluğu döneminde çok çeşitli milletlerden ve dinlerden insanlar, imparatorluk sınırları içinde, yüzyıllar boyunca barış ve adalet içinde yaşamışlardır. Bunu sağlayan; Osmanlı devlet yönetimindeki "tebaa" anlayışı olmuştur. Hristiyanlar, Yahudiler, Ermeniler ve Müslümanlar, yüzyıllar boyunca Osmanlı İmparatorluğu toprakları üzerinde birlikte yaşamışlardır ve bu gelenek bugün de laik Türkiye Cumhuriyeti'nde devam etmektedir.¹⁶⁵

(2) Türkiye Cumhuriyeti'nde Azınlıklara Yönelik Koruma

Türkiye Cumhuriyeti Devleti sadece din farklılığı nedeniyle bazı vatandaşlarına azınlık statüsü tanımış ve onların da tüm haklarını bu suretle koruma yoluna gitmiş ve bunu Anayasal güvence altına almıştır

1923 Yılında imzalanan Lozan Antlaşması üzerine kurulmuş olan Türkiye Cumhuriyeti, Lozan'dan gelen model çerçevesinde yalnızca gayrimüslim din gruplarına azınlık statüsü tanımıştır. Bunun dışında her Türk vatandaşı azınlık değil, aksine çoğunluğun eşit bir parçası olarak ele

¹⁶³ **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, Sayı 22, s.19

¹⁶⁴ Hasan TUNÇ "Uluslararası Sözleşmelerde Azınlık Hakları Sorunu Ve Türkiye", **GÜHFD**, Cilt: 8, Sayı: 1-2, s.215

¹⁶⁵ TUNÇ, a.g.m., s.215

alınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti bu modeli ile 20.yy boyunca uyum içinde varlığını sürdürebilmiştir.¹⁶⁶

Lozan Antlaşması'nın gayrimüslim azınlıkların; bütün Türk uyruklarına uygulanan dolaşım ve göç etme özgürlüğünden tam olarak yararlandırılacağı; Müslümanlar gibi aynı medeni haklar ile siyasi haklardan yararlandırılacağı; hukuk ve uygulama bakımından Türk uyrukları ile aynı işlem ve garantilerden yararlanacağı, hayır kurumu, dinsel ve sosyal kurumlar, her türlü okullar, öğretim ve eğitim kurumları kurmak, buralarda kendi dillerini serbestçe kullanma ve dini ayinlerini serbestçe yapmada eşit hakka sahip olduklarına ilişkin hükümleri azınlık haklarının eşitlikçi ve ayrımcılık yasağına ilişkin yönü özellikle vurgulanmıştır.¹⁶⁷

Türkiye'de azınlık statüsü tanınan gayrimüslim topluluklar, yani Müslümanlığın dışında bir başka dini benimseyen dini cemaatlerin, uluslararası azınlık hukukuna göre her türlü hakları tanınmaktadır. Özellikle bugün şiddetli bir tartışma konusu yapılan kültürel haklar açısından konuya bakıldığında, Türkiye'de bu dinsel azınlıklara her türlü kültürel hakların tanındığı görülmektedir. Bu din grupları, kendi ibadet yerlerini serbestçe açabilmekte ve kullanabilmektedirler. Kendi okullarında serbestçe kendi dillerinde eğitim yapabilmektedirler. Kendi kültürleri açısından önemli günlerde yaptıkları etkinliklerini sürdürebilmektedirler. Hepsinin kendi dillerinde yine kendi kültürlerini sürdüren gazete ve dergileri özgürce yayınlatabilmektedirler. Uluslararası hukuk ve Birleşmiş Milletler kararları doğrultusunda Lozan Antlaşmasına uygun olarak kültürel haklar dinsel azınlıklara tanınmakta ve devlet güvencesi ile bunlar yerine getirilmektedir.¹⁶⁸

Lozan Antlaşmasına uygun olarak; 1924 Anayasası'nda yer alan kurucu vatandaşlık anlayışı Cumhuriyet'in diğer Anayasalarında da devam etmiştir. Nitekim 1961 Anayasası'nın 54. ve 1982 Anayasası'nın 66. md.'leri

¹⁶⁶ TUNÇ,,a.g.m.,s.221

¹⁶⁷ Mehmet Merdan HEKİMOĞLU, **Uluslararası İnsan Hakları Açısından Azınlık Hakları Ve Türkiye**,Ankara, Detay Yayıncılık,2007,s.104

¹⁶⁸ TUNÇ , a.g.m., s.222

de “Türk Devleti’ne vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür” demek suretiyle “Türklük” kavramını belirli bir etnik kökene veya ırka indirgemenen sadece vatandaşlık bağıyla özdeşleştiren birleştirici bir vatandaşlık anlayışını benimsemişlerdir.

Anayasa Mahkemesi de bu bağlamda vatandaşlık anlayışını iki farklı tarihli kararında şu şekilde ortaya koymuştur: “...İrk ve dil farklılıklarına göre azınlık statüsü tanımak, ülke ve millet bütünlüğü kavramıyla bağdaşmaz. Türkiye Cumhuriyetini kuran Türkiye halkına Türk Ulusu denir. Türk Ulusunu oluşturan etnik gruplar arasında çoğunluk ya da azınlık biçiminde bir ayrıma yer verilmemiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesi “Türk” sayan birleştirici ve bütünleştirici milliyetçilik anlayışı kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin, hangi etnik gruptan olursa olsun “Türk” sayılması onun etnik kimliğini inkar anlamında değil, dünyaca, devletine “Türkiye Cumhuriyeti Devleti”, ulusuna “Türk Ulusu” ve vatanına “Türk Vatanı” denen ve toplum yapısında çeşitli etnik gruplar bulunan ülkede bütün vatandaşlar arasında eşitliğin sağlanması ve hepsi çoğunluk içinde bulunan etnik grupların azınlığa düşmesini önleme amacına yöneliktir”.¹⁶⁹

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na göre, Türkiye Cumhuriyeti’ne vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür. Hiçbir ayırım gözetmeyen bu madde ile, Türkiye’de yaşayan insanlar arasında herhangi bir kan bağı, etnik köken, dinsel ayırım gibi farklılıklar gözetilmemiştir. Ayrıca, Anayasa’nın başlangıç kısmında, Türk vatanı ve milletin ebedi varlığı ile bölünmez bütünlüğünün Anayasa’ya belirtildiği, Atatürk’ün belirlediği milliyetçilik anlayışının esas alındığı vurgulanarak Atatürk’ün anladığı anlamda bir milliyetçilik ilke olarak benimsenmiştir. “Ne Mutlu Türküm Diyene” gibi gerçekçi bir anlayış çerçevesinde, Türkiye’de Misakı Milli sınırları içinde yaşayan herkesi hiçbir ayırım öne sürmeden eşit vatandaş olarak kabul eden Atatürk milliyetçiliği; geleneksel ırkçı milliyetçilikten farklı olarak, batı

¹⁶⁹ HEKİMOĞLU, a.g.e.,s.46

dillerinde önde gelen bir kavram olan patriotism ya da Türkçe karşılığı olan vatanseverlik doğrultusunda bir milliyetçiliğin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında benimsendiği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin 9. 8. 1994 günü Resmi Gazetede yayınlanan ilgili kararlarına göre; "Türkiye'de Lozan Antlaşması ve Türk-Bulgar Dostluk Antlaşmasıyla kabul edilen gayrimüslim azınlıklar dışında başka bir azınlık yoktur. Yine bu karara göre, ulusal devletlerde dil, din, ırk ve mezhep bakımından birbirinden farklı toplulukların bulunması doğal karşılanması gereken bir olgudur. Ancak bu topluluklarda her birine azınlık hakkı tanınması devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine aykırı düşmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bu ilke temel prensiplerden biri olduğu için, Avrupa ulusal azınlıkları korunması protokolü çerçevesinde, bir ulusal azınlıktan Türkiye-Cumhuriyeti sınırları içinde hukuken söz edebilmek mümkün değildir".¹⁷⁰

B) AYRIMCILIK YASAĞI İLE İLGİLİ YARGI KARARLARI

Bu başlık altında hem AİHM'nin hem de Anayasa Mahkemesi'nin ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi ihlali nedeniyle yapılan başvuru ve açılan davalarda nasıl karar verdiklerini, karar verirken nelere dikkat ettiklerini, göz önünde bulundurdıkları kriterler incelenecektir.

1) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle ilgili Verdiği Bazı Kararların İncelenmesi

AİHM'ne bugüne kadar ayrımcılık yasağının ihlali nedeniyle Türkiye'den bir çok başvuru olmuş, mahkeme bu başvuruları değerlendirerek sonuçlandırmıştır. Başvurucular AİHS'nin bazı maddeleriyle birlikte 14. md.'sinin de ihlal edildiği iddiasıyla başvuru yapmışlar ve 14. md. ile ilgili değerlendirmeler sonunda AİHM, bu madde yönünden yapılan başvuruların çok az sayıdaki kararı ile 14.md.'nin ihlal edildiğine karar vermiş;

¹⁷⁰ TUNÇ, , a.g.m., s.226

çoğunluğunda ise bir ihlal saptamamış ve başvuruları bu yönüyle reddetmiştir.

a) Opuz Davası

Bu dava, Nahide Opuz (başvuran) adlı T.C. vatandaşı tarafından Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, özellikle, Devlet makamlarının kendisini ve annesini aile içi şiddetten koruyamadığını, bunun annesinin ölümü ve kendisinin de kötü muameleye uğramasıyla sonuçlandığını iddia etmesiyle açılmıştır.

Başvuran, AİHS'nin 2. ve 3. md.'leri ile birlikte 14. md.'si bağlamında kendisi ve annesinin, cinsiyetlerine dayanılarak ayrımcılığa maruz bırakıldığından şikayetçi olmuştur.

Başvuran, aile birliği adı altında kadının hayatının değersiz olarak kabul edilmesi sebebiyle Taraf Devlet'in kadınları koruma hususunda ayrımcı ve yetersiz olduğunu ileri sürmüştür. Anılan dönemde yürürlükte olan eski Medeni Kanun, kocanın ailenin reisi ve aile birliğinin temsilcisi olması nedeniyle isteklerinin öncelikli olması gibi, erkekler ve kadınlar arasında ayırım yapan çok sayıda hüküm içermektedir. Ayrıca, o zamanki Ceza Kanunu kadınlara ikinci sınıf vatandaşlar olarak muamele etmekteydi. Kadın, öncelikle toplumun ve aile içinde erkeğin mülkü olarak görülürdü. Bunun en önemli göstergesi, kadınlara karşı işlenen cinsel suçlar, kadının kişisel haklarına ve özgürlüklerine direkt saldırı teşkil ettiği halde, bu suçların "Genel Ahlak ve Aile Düzenine İlişkin Suçlar" başlıklı bölümde yer almasıydı. Ceza Kanunu'nun aile namusu için karılarını öldüren kişilere daha hafif cezalar vermesinin nedeni budur. Başvuranın kocası olan H.O.'nun; kendisine ve annesine yaptığı defalarca saldırılar sonucunda kendisinin çok ciddi yaralanmalarla ve kocasının bu saldırıları nedeniyle annesinin de ölmesi sonucunda, 15 yıllık bir ceza alması, Ceza Kanunu'ndaki sınıflandırmanın bir sonucudur.

. Hükümet'in Medeni Hukuk ve Ceza Hukuku alanlarında sırasıyla 2002 ve 2004 yıllarında gerçekleştirdiği reformlara rağmen, halen erkeklerin gösterdiği aile içi şiddet hoş görülmekte ve saldırganlar, adli ve idari makamlarca cezadan muaf tutulmaktadır. Başvuran ve annesi, yalnızca kadın olmaları nedeniyle 2., 3., 6. ve 13. md.'lerin ihlal edilmesinden mağdur olmuştur. Bu bağlamda, başvuran AİHM'nin dikkatini herhangi bir erkeğin benzer ihlallerden mağdur olmasının olanaksızlığına çekmiştir.

Başvuranın bu iddialarına karşılık Hükümet ise; söz konusu şiddetin karşılıklı olması nedeniyle mevcut davada cinsiyet ayrımı yapılmadığını ileri sürmüştür. Ayrıca, ceza ya da aile hukukunda veya adli ve idari uygulamadan kaynaklanan kurumsallaşmış bir ayrımcılığın mevcut olduğu iddia edilemez. Ulusal hukukun, erkekler ve kadınlar arasında resmi ve açık bir ayrımcılık içerdiği de ileri sürülemez. Ulusal makamların, kadın olması nedeniyle başvuranın yaşam hakkını korumadıkları da kanıtlanmamıştır.

Hükümet, ayrıca 2002 ve 2004 yıllarında Medeni Hukuk'un bazı hükümlerinin değiştirilmesi, yeni Ceza Kanunu'nun kabul edilmesi ve 4320 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi şeklinde gerçekleştirilen reformlar sonrasında Türk Hukuku'nun, kadınların aile içi şiddetten korunmasına yönelik uluslararası standartları yerine getirerek yeterli güvenceler sağladığını ileri sürmüştür. Hükümet, söz konusu iddiaların hiçbir zaman ulusal makamların dikkatine sunulmaması ve esastan yoksun olması nedeniyle şikayetin iç hukuk yollarının tüketilmemesi ya da dayanaktan yoksun olması sebepleri göz önüne alınarak kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

AİHM, yürürlükteki Türk hukuku haklardan yararlanma hususunda erkekler ve kadınlar arasında açık bir ayrım yapmasa dahi, demokratik ve çoğulcu bir toplumda kadınların statüsüne ilişkin olarak uluslararası standartlara uygun hale getirilmesi gerektiğini gözlemlemiştir.

Hükümet'in aile içi şiddete maruz kalan kadınlar için çare teşkil ettiğini kaydettiği 4320 sayılı Kanun'un uygulanmasında ciddi sorunlarla karşılaşıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıda kaydedilen kuruluşların gerçekleştirdiği araştırma, polis karakollarına aile içi şiddet şikayetinde bulunulduğunda, polis memurlarının şikayetleri soruşturmadığı ancak mağdurların eve dönmeleri ve şikayetlerini geri almaları için arabuluculuk görevi üstlendiklerini göstermektedir.

Ayrıca, mahkemelerin şikayetleri boşanma davası şeklinde ele almaları ve bu sebeple, acil olarak değerlendirmemeleri nedeniyle 4320 sayılı Kanun uyarınca karara varmada makul olmayan gecikmelerin görüldüğü anlaşılmaktadır. Polis memurlarının negatif tutumları göz önüne alındığında saldırganlar hususunda karar verilirken de gecikmeler sıklıkla görülmektedir. Ayrıca, mahkemelerin gelenek, görenek veya şerefe dayalı cezaları hafifletmeleri nedeniyle aile içi şiddet suçu işleyen kişilerin caydırıcı cezalar almadıkları anlaşılmaktadır.

Bu sorunlar sonucu yukarıda kaydedilen raporlar, yetkili makamların aile içi şiddeti hoş gördüğünü ve Hükümet'in sağladığı iç hukuk yollarının etkili şekilde işlemediğini ortaya koymaktadır. "Türkiye'de aile içi şiddet de dahil olmak üzere kadınlara yönelik şiddetin sürekliliğini" kaydeden ve Sorumlu Hükümet'i, kadınlara yönelik şiddeti önleme ve şiddetle mücadele etme çabalarını artırmaya çağıran CEDAW Komitesi de benzer tespitleri ve endişeleri dile getirmiştir.

Türkiye'deki genel ve ayrımcı adli pasifliğin, kasıtlı olmasa dahi, esas olarak kadınları etkilediğine ilişkin yukarıda kaydedilen tespitini göz önüne alan AİHM, başvuran ve annesinin çektikleri sıkıntının kadınlara karşı ayrımcılık türlerinden biri olan cinsiyete dayalı şiddet olarak kabul edilebileceği kanaatindedir. Hükümet tarafından son yıllarda yürütülen reformlara rağmen, geçmiş yıllarda mevcut davada tespit edildiği gibi adli sistemin genel pasifliği ve saldırganların cezadan muaf olması aile içi şiddeti

çözmeye uygun adımın atılmasında gereken sorumluluğun alınmadığını göstermektedir.

Yukarıda kaydedilenleri göz önüne alan AİHM, mevcut davada, AİHS'nin 2. ve 3. md.'leri ile birlikte 14. md.'sinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁷¹

b) Özgür Gündem Davası

Başvuru, Özgür Gündem Gazetesi ile bağlantılı gazeteci ve diğer kişilere karşı yürütülen mücadele ile ifade özgürlüğüne karşı hep birlikte yürütülen kasıtlı bir saldırının mevcut olduğu iddiaları ile ilgilidir. Başvuranlar, Sözleşmenin 10. ve 14. md.'lerine dayanmışlardır. Başvuranlar, "Komisyon Raporu'ndaki ayrımcılık yasağının dayanaktan yoksun olduğu şeklindeki görüşü tekrar düşüncelerini Mahkeme'den talep etmiştir. 10. md.'sinin ihlal edildiği bulgusunun, ulusal köken ve ulusal bir azınlığa mensupluk gibi nedenlerle ayrımcılığa maruz kalındığı yolundaki sonucu desteklediğini belirtmiştir. Kürt kimliğinin ifade edilmesinin, yetkililerce ayrımcılığın ve PKK propagandasının yapılması şeklinde algılandığını belirtmişlerdir. Komisyon tarafından incelenen makalelerin çoğu hakkında uygulanan tedbirlere iyi bir gerekçe sunulmadığı için, bu tedbirler sadece yasaklanan ayrımcılık ile açıklanabilir" iddiasında bulunmuşlardır.

AİHM ise; Sözleşme'nin 10. md.'sinin ihlal edildiği şeklinde bir karara vardığını hatırlatmıştır. Fakat 29 makale ve haber raporları hakkında alınan önlemlerin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varırken, Hükümet'in milli güvenliği, toprak bütünlüğünü ve kamu düzenini koruma, suçu engelleme gibi meşru amaçları takip ettiği konusunda ikna olmuştur. İfade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların, başvuranların etnik kökenine veya bir ulusal azınlığa mensup olmalarına dayandığına inanmak için bir neden de

¹⁷¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye ile Verdiği Kararlar, (Erişim) <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmtkliste.asp1,10.1.1.2008>

tespit edilememiştir. Bu sebeple, Mahkeme, 14. md.'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.¹⁷²

c) Ünal Tekeli Davası

Başvuran, Ayşe Ünal Tekeli; 25 Aralık 1990 tarihinde yaptığı evliliğin ardından, o dönemde halen stajyer avukat olan başvuran Türk Medeni Kanunu'nun 153. md.'si uyarınca eşinin soyadını almıştır. Meslek hayatında kızlık adıyla bilindiğinden, bu ismi yasalara göre aldığı soyadın önüne eklemeyi sürdürmüştür.

Başvuran, 22 Şubat 1995'te Karşıyaka Asliye Mahkemesi'nde yalnızca kızlık soyadı "Ünal"ı kullanmasına izin verilmesi için" dava açmıştır. Asliye Mahkemesi, 4 Nisan 1995 tarihinde, Türk Medeni Kanunu'nun 153. md.'sine göre evli kadınların evlilikleri süresince kocalarının ismini taşımalarının gerektiğini gerekçe göstererek başvuranın talebini reddetmiştir.

Başvuran, Türk yasaları tarafından erkeklerin kendi soyadlarını kullanmasına izin verilmesine karşın, yetkililerin evlendikten sonra kızlık soyadını kullanmasına izin vermemesinden şikayet etmiştir. Bunun cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğunu ve Sözleşme'nin 14. md.'siyle beraber düşünüldüğünde 8. md.yi ihlal ettiğini öne sürmüştür.

AİHM, AİHS'nin 14. md.'sinin, diğer bağımsız md.ler tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa karşı koruma sağladığını hatırlatır. Ancak her farklı muamele bu md.ye aykırı olmayabilir. Eşdeğer ya da benzer bir konumdaki başka insanlara imtiyazlı muamele yapıldığının ve bu farkın ayrımcılık teşkil ettiğinin kanıtlanması gereklidir. AİHM'nin içtihatlarına göre, bir farklı muamelenin 14. md.'ye aykırı olması için nesnel ve makul bir nedeninin olmaması gereklidir. Böyle bir nedenin varlığı demokratik toplumlarda normalde geçerli olan ilkelere göre

¹⁷² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye ile Verdiği Kararlar, (Erişim) <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmtkliste.asp1,10.1.1.2008>

değerlendirilir. AİHS'nin belirlediği bir hakkın kullanımındaki farklı bir muamelenin meşru bir amacı olması da yeterli değildir: “kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenilen amaç arasında makul bir oransal bağ olmadığı” kanıtlandığında da 14. md.'nin ihlal edildiği kabul edilir.

Hükümetin savunmasında söz konusu müdahale kocanın soyadı vasıtasıyla aile birliğini yansıtarak kamu düzenini sağlamaya yönelik meşru bir amaç gütmektedir.

AİHM'nin önündeki ilk soru, aile birliğinin erkeğin ismi ile yansıtılması geleneğinin söz konusu davada nihai bir etken sayılıp sayılamayacağıdır. Bu geleneğin, erkeğin aile içerisinde sahip olduğu birincil ve kadının sahip olduğu ikincil rollerden kaynaklandığı açıktır. Günümüzde, erkek-kadın eşitliğinin, Türkiye de dahil, Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler içerisinde gösterdiği gelişim ve özellikle de ayrımcılık yapmama ilkesine verilen önem, Devletlerin bu geleneği uygulamasını engellemektedir. Bu bağlamda, aile birliği, aile soyadı olarak erkeğin soyadının kabul edilmesiyle yansıtılabileceği gibi kadının soyadının ya da çift tarafından seçilen ortak bir soyadın kabul edilmesiyle de yansıtılabilir.

Mahkeme; oybirliğiyle verdiği kararında; AİHS'nin 8. md.'si ile birlikte düşünüldüğünde 14. md.'nin ihlal edildiğine; Tek başına ihlal kararının başvuranın uğradığı manevi zararlar için yeterli bir tazminat oluşturduğuna karar vererek ayrıca bir tazminata hükmedilmesine gerek görmemiştir.¹⁷³

2) Anayasa Mahkemesinin Verdiği Bazı Kararlarının İncelenmesi

Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlerken Anayasanın 10. md.'sinde yer alan “Eşitlik İlkesi”ni göz önünde bulundurarak kendi kıstasları açısından ilgili kanunun eşitlik ilkesini ihlal edip etmediğine bakmış ve ihlal ettiği kanısına vardığı kanun maddelerini iptal etmiştir.

¹⁷³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye ile Verdiği Kararlar, (Erişim) <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmtkliste.asp>1,16.03.2010

Anayasa Mahkemesi, incelemelerinde birçok kriteri göz önünde bulundurmaktadır. Burada iki farklı kriter açısından verilen kararlar incelenecektir.

a) Aynı Durumda Olanların Farklı Düzenlemelere Tabi Tutulması

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesi konusunda; aynı durumda olanların haklı ve geçerli bir neden olmaksızın diğerlerinden farklı uygulamalara, muameleye ya da kurallara tabi olmasını başka bir ifadeyle maruz bırakılmasını eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini kabul etmiştir. İlgili kanundaki düzenleme vatandaşlar arasında “kamu düzeninin gerektireceği” tarzda bir farklılık gerektiriyorsa bu durum eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi’nin kamu yararında ne anlaşılması gerektiğine dair somut bir ölçüde mevcut değildir. Mahkemenin kamu yararı kıstası değişen mahkeme üyeleri ile birlikte zaman içinde değişebilmektedir.

Örneğin; 2556 sayılı Hakimler Yasasının göreve kabul için gereken şartlardan biri olan yabancı ile evli olmama şartını 1961 Anayasasının 58 ve 12. md.’lerine aykırı bulmuştur. 12. md. eşitlik ilkesini, 58. md.’de yine eşitlik ilkesinin bir görünümü olan kamu hizmetlerine girmede “...görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım gözetilemeyeceğini” kuralına bağlamıştır. Yasa ise, göreve uygun olmayanları sınıflandırmış, yabancı ile evli olan grup, hakimlik mesleğine uygun bulunmamıştır. Anayasa Mahkemesi iptal kararında şöyle diyor: “...açık bir gerekçeye rastlanmamakla birlikte söz konusu hükmün, günün siyasal ve ahlaki değer yargılarının etkisiyle yasalarda yer aldığı ve özellikle Devlet sırlarının korunması kaygısından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Oysa, yabancı ile evli olmamanın hakim adaylığı görevinin gerektirdiği bir nitelik sayılması olanaksızdır... Öte yandan söz konusu niteliği (yabancı ile evli olmama) Devlet sırlarının korunması nedeniyle de açıklamaya olanak yoktur. Yabancı ile evli olanlar Devlet sırlarını koruyamazlar biçiminde bir varsayım da ileri sürülemez”. Bu nedenle

söz konusu yasak “kamu yararı” için yeterli görülmeyip Mahkeme tarafından eşitlik ilkesinin ihlali olduğu kabul edilip iptal edilmiştir.¹⁷⁴

Kamu yararının dışında gözetilmesi gereken başka bir kıstas da; ölçülülük ilkesidir. Zaten kanunun amacı kamu yararına veya Anayasada belirtilen amaçlardan birine uygun olmak zorundadır. Amaç meşru ve kamu yararına olsa dahi, ikinci tartışılması gereken konu amaç ile sınıflandırmanın birbiriyle ilişkili olup olmadığıdır. Sınıflandırma, olası amaçlarla ilişkili değil ve bu amaçlara hizmet etmiyorsa eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilir. Bu noktada sınıflandırıcı özelliklere dikkat çekilmek zorundadır.

Anayasanın 10. md.’sine aykırılığı ileri sürülen bir başka davada; 2829 sayılı Yasa’nın 12. md.’sinin birinci fıkrasındaki “Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve...” ibaresi nedeniyle, uzun müddet Emekli Sandığına tabi görevlerde çalıştıktan sonra, örneğin son bir ay başka bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olarak çalışıp yaşlılık aylığına hak kazananlara, Emekli Sandığına emekli ikramiyesi ödenmesinin mümkün olmayacaktır. Adalet ve hakkaniyet ölçütleri gereğince bu durumda olanlara Emekli Sandığına tabi olarak çalıştıkları sürelerdeki prim veya keseneklere göre emekli ikramiyesi ödenmesi gerekecektir. Diğer yandan uzun bir süre başka sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak çalıştıktan sonra, son bir yılında Emekli Sandığına tabi bir görevde çalışanlara 5434 sayılı Yasa’nın 89. md.’si de gözetildiğinde Emekli Sandığına tabi olarak çalıştıkları süre üzerinden emekli ikramiyesi ödenecektir. Böylece farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi hizmet süreleri birleştirilerek sosyal güvenliklerine kavuşturulması amaçlanan ve bu haliyle aynı hukuksal konumda bulunan ilgililerden, son defa Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılmayanlara ikramiye veya kıdem tazminatı ödenmesini engelleyen itiraz konusu ibarenin Anayasa’nın 2., 10. ve 60. md.’lerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

¹⁷⁴ İNCEOĞLU a.g.e. s.248

Anayasa Mahkemesi kararında; Anayasa'nın 10. md.'sindeki "kanun önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

2829 sayılı Yasa'da benimsenen sistemle, farklı sosyal güvenlik kuruluşlarındaki hizmet süreleri birleştirilerek emekli olanlara yaşlılık aylığı bağlandığı halde, itiraz konusu ibareyle son defa bağlı olunan sosyal güvenlik kurumuna göre ayırım yapılarak Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılmayanlara, 5434 sayılı Yasa'ya tabi çalışma süreleri için emekli ikramiyesi ödenmemesi, Anayasa'nın 10. md.'sindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, adil sonuçlar doğurmadığından 2. md.'sindeki hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. Bu nedenle itiraz konusu ibare, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 2. ve 10. md.'lerine aykırı bulunmuştur.¹⁷⁵

b) Farklı Durumda Olanların Farklı Düzenlemelere Tabi Tutulması

Anayasa Mahkemesi bazı durumlarda da ilgili kanun hükmünün dışarıdan aynı durumda görünenler arasında farklı ölçütleri kullanarak eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine de karar verebilmektedir.

Örneğin, Anayasa Mahkemesi 4.6.2003 günlü, 2003/47 sayılı kararında, Siyasal Bilgiler Fakültesi'nden mezun ve idari yargı hakimi olarak görev yapan davacının, avukatlık mesleğine kabulü için yapmış olduğu başvuruyu anayasanın 10. md.'sindeki eşitlik ilkesine aykırı bulmayarak başvurunun reddine karar vermiştir. Davacı başvurusunda, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 3.md.'sinin (b) bendinde yer alan avukatlığa kabul

¹⁷⁵ Anayasa Mahkemesi Kararları, (Erişim)http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2698&content=, 16.03.2010

edilebilmek için hukuk fakültesinden mezun olma şartını arayan hükmünün Anayasanın 10. md.'sindeki “kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırı olduğunu savunmuştur. Ancak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 3. md.’sinin iptali istenen (b) bendine baktığımızda, “Türk Hukuk Fakültelerinden birinden mezun olmak veya yabancı memleket hukuk fakültesinden mezun olup da Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden başarılı bulunmak” şartı aranmaktadır. Anayasanın 10.md.’sinde belirtilen “kanun önünde eşitlik” ilkesi ise, “herkes dil, ırk, renk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorundadırlar” şeklindedir. Yani burada belirtilen mutlak yasak, birbirinin aynı durumda olanlara, ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların oluşturulmasını engellemektedir. Yüksek Mahkeme de 2003/47 sayılı vermiş olduğu kararında da aynı durumda olanlar için farklı düzenlemenin eşitlik ilkesini zedelediğini belirtmiştir. Anayasanın amaçladığı eşitlik; hukuksal bir eşitliktir. Başka bir anlatımla kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durum ve hukuki statüdeki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Belirtilen bu durum da “kanun önünde eşitlik” ilkesini zedelemiş olmayacaktır.¹⁷⁶

Anayasa Mahkemesi’ni gördüğü başka bir davada ise; Kartal Cumhuriyet Başsavcılığının 2002/1735 iddianame sayılı iddianamesiyle; sanık Özbir Günaydın hakkında, çalıştırdığı yerde langirt tabir edilen oyun oynattığı iddiasıyla, eylemine uyan 1072 sayılı Yasanın 2. md.’si uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır. Sanığa yüklenen suç ve bu suçun yasal unsurları, 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langirt ve benzeri oyun alet ve makineleri hakkındaki Kanunun 1. md.’sinde düzenlenmiştir. Yasanın 2. md.’sinin 1. fıkrası ceza yaptırımını olarak; 1 yıldan aşağı olmamak üzere hapis

¹⁷⁶ İNCEOĞLU, a.g.e. s.250

ve 1.000 liradan 5.000 liraya kadar ağır para cezası'nı düzenlemiştir. Yasanın, iptali istenen 2. md.'sinin 3. fıkrasıdır: "Bu suçlardan mahkum olanların cezaları tecil edilemez." Kartal 3.Sulh Ceza Mahkemesi'ne göre; bu hüküm, Anayasanın, "hukuk devleti" ilkesini düzenleyen 2. md.'si ile, "eşitlik" ilkesini düzenleyen 10. md.'sine aykırıdır. Bu nedenle Anayasanın 152. md.'si yoluyla iptali talep edilmektedir.

Kartal 3.Sulh Ceza Mahkemesi gerekçesinde; "Cezaların ertelenmesi (tecili) kurumu 16.7.1965 tarihinde yürürlüğe giren 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun 6. md.'sinde düzenlenmiştir. Buna göre, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya bir yıla kadar ağır hapis veya iki yıla kadar hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkum olan kimsenin bu cezası, maddede ki diğer koşulların da varlığı halinde ertelenebilir. Madde de, suçlar bakımından bir ayırım gözetilmemiştir. Sonradan yürürlüğe giren 1072 sayılı Yasada yer alan suçlar bakımından, bu suçları işleyen sanıklar yönünden, iptali istenen hüküm nedeniyle cezaların ertelenmesi (tecili) olanağı ortadan kaldırılmış, bu suçlar bakımından tecil yasaklanmıştır. Böylece, ceza niteliği ve miktarı bakımından erteleme kapsamında kalsa bile, 1072 sayılı Yasaya aykırı davrananların, suç türü bakımından cezaları ertelenemeyecektir. Sonuç olarak, 1072 sayılı Yasada düzenlenen suçlar ve sanıklar bakımından ayırım gözetildiği açıktır. Bu ayrımı gerektirecek adil, hakkaniyete uygun, objektif ve hukuksal bir gerekçe de bulunmamaktadır. Anayasa'nın 2. md.'si, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğunu, 10. md.'si ise, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu düzenlemektedir. Hukuk devleti kavramı, her şeyin yasalarla düzenlenmesi gerektiğini içermesinin yanında; yasaların da, genel, adil, objektif, eşit koşullardaki kişilere aynı kuralın uygulanmasını gerektirecek içerikte olmasını da içerir. İptali istenen hükmün hukuk devleti ilkesine uymadığı açıktır ve bu nedenlerle iptali gerekir" demiştir."

Anayasa Mahkemesi ise verdiği kararında, mahkemenin gerekçesinde ifade edilenlerin Anayasa'ya aykırılık için yeterli olmadığını, farklı durumlarda bulunanlara farklı düzenlemelere tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olmayacağından bahisle, madde metnini Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Anayasa Mahkemesi Kararları, (Erişim)
http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1983&content=, 10.02.2010

KAYNAKÇA

Ahmet KILIÇOĞLU, Kadın Ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, Kadın Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2003

Alaattin ŞENEL, Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi, Yavuz Abadan'a Armağan, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1969

Anayasa Mahkemesi, 1 Temmuz 1998 Tarih ve E.1996/74, K.1998/45 Sayılı Karar, Resmi Gazete, 11 Mart 2000, Sayı 23

Anayasa Mahkemesi, 11 Mayıs 1999 Tarih ve E.1997/65, K.1999/15 Sayılı Karar, Resmi Gazete, 16 Şubat 2000, Sayı 23

Anayasa Mahkemesi, 27 Eylül 1989 Tarih ve E.1988/7, K.1988/27 Sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 24

Atilla ÖZER, Anayasa Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı

Bryan TURNER, Eşitlik, Çeviren: Bahadır Sina Pender, Dost Kitapevi, 1997, Ankara

Bülent Nuri ESEN, Türk Anayasa Hukuku, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1971

Bülent TANÖR, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001

Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004

Erdoğan TEZİÇ, Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2009

Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara,2002

Gül AKYILMAZ, İslam Ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Gök Matbaası, Konya, 2000 22) Coşkun ÜÇÖK, Ahmet MUMCU, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınları,Ankara,1991

Gülnihal BOZKURT, Alman-İngiliz Belgelerinin Ve Siyasi Gelişmelerinin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu(1839-1914), Türk Tarih Kurumu Basımevi,Ankara,1996

Halil CİN, Gül AKYILMAZ, Türk Hukuk Tarihi,Sayram Yayınları, Konya,2003

Hasan TUNÇ “Uluslar arası Sözleşmelerde Azınlık Hakları Sorunu Ve Türkiye”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8,Sayı:1-2

Hasan TUNÇ, Anayasa Hukukuna Giriş, Nobel Yayınları,Ankara,1999

HasanTUNÇ, Ethem ATAY, “Kamu Hukukunda Eşitlik İlkesi”, Türk Hukuk Dünyası, Y.I, S.I, Ankara,2000

Hayreddin KARAMAN, Mukayeseli İslam Hukuku, Nesil Yayınları, İstanbul, 1996

İlber ORTAYLI, Türkiye İdare Tarihine Giriş, Ankara, 2000

İlhan F. AKIN, Kamu Hukuku Devlet Doktrinleri Temel Hak ve Özgürlükler, Üçdal Neşriyat, İstanbul,1981

İlhan F. AKIN, Temel Hak Ve Özgürlükler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1971

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Say Yayınları, 1996, İstanbul

Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Ankara, Başbakanlık Kadın Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara,2001

Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Kitapevi Yayınları, 2000

M.Aydoğan ÖZMAN, İnsan Hakları İle Temel Metinler, BM İnsan Haklarını Ve Ana Hürriyetleri Sağlama Ve Koruma Türk Grubu Yayınları, Ankara, 1967

Mehmet AKAD, Genel Kamu Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1997

Mehmet Merdan HEKİMOĞLU, Uluslararası İnsan Hakları Açısından Azınlık Hakları Ve Türkiye, Detay Yayıncılık, Ankara, 2007

Merih ÖDEN, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003

Mümtaz'erTÜRKÖNE, "İslahat Fermanı", Osmanlı Ansiklopedisi, C.VI, İz Yayıncılık, İstanbul, 2007

Münci KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993

Nazan MOROĞLU, Uluslararası Belgelerde Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005

Nevin Ünal ÖZKORKUT, "İslam Ceza Hukukunda Kadın", AÜHFD, C.56, S.2, Ankara, 2007

Orhan ALDIKAÇTI, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi Ve 1961 Anayasası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982

Osman DOĞRU, "Belçika'da Eğitim Dili Davası", İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1998

Osman DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt I, Beta Yayınları, 2002, İstanbul

Said Vakkas GÖZLÜGÖL, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve İç Hukukumuz Etkisi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002

Semiha AKINCI, Muğla Üniversitesi Felsefe Ve Sosyal Bilimler Sempozyumu Bildirileri,Vadi Yayınları,Derleyen: Ercan ŞEN,Ankara,2007

Sibel İNCEOĞLU, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayırmıcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi, Anayasa Yargısı, Takav Yayıncılık, Ankara, 2001

Suat BİLGE, İnsan Hakları El Kitabı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara,1991

Şeref GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku, Turhan Kitapevi,2008, Ankara

Şeref GÖZÜBÜYÜK, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, Ankara, Turhan Kitapevi,2007

T.C. ANAYASASI, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008

Taner TİMUR, Türk Devrimi Ve Sonrası, İmge Kitapevi, Ankara, 2008

TBMM Araştırma Komisyonu Raporu, Ankara, Başbakanlık Kadın Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara,2006

Zafer GÖREN, Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir,1998

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, Ayrımcılık Yasağı kavramının, doğuşundan 1982 Anayasası'nda ele alınmasına kadar geçen süreci incelemek ve bu sürecin Ayrımcılık Yasağının oluşmasında ve uygulanmasında ki etkileri konusuna bir yorum getirebilmektir. Bu çerçevede birinci bölümde, Ayrımcılık Yasağı kavramı ile Ayrımcılık Yasağının tarihsel gelişimi incelenmeye çalışılmıştır. Ayrımcılık Yasağı kavramının, asıl olarak eşitlik ilkesi çatısı altında gelişme gösterdiği, eşitlik ilkesinin Avrupa'da ve Amerika'da ortaya çıkmasının ardından evrensel nitelik kazanma süreci anlatılmaya çalışılmıştır. Eşitlik ilkesi kavramı; Avrupalı düşünürlerin kuramları ile daha geniş çapta ele alınmaya başlamıştır. Öyle ki her bir düşünür eşitlik ilkesi kavramına, kendi düşünce ekseninde etrafında yaptığı yorumlarla zenginlik katmıştır. Tüm bu farklı yorumlar, eşitlik ilkesinin, Avrupa'da ve Amerika'da yayılmasına; ulusal ve uluslar arası belgelerde yer almasına zemin hazırlamıştır.

İkinci bölümde Ayrımcılık Yasağı kavramının esas olarak ele alındığı; eşitlik ilkesi kavramı çatısı altından çıkarak ayrı bir hüviyet kazandığı; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve ilgili maddelerine yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ayrımcılık Yasağı kavramını özel olarak bir maddesiyle koruma altına almış ayrıca da farklı maddelerle bu korumayı pekiştirmiştir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer verilen hak ve özgürlüklerin uygulanabilirliği açısından koruma mekanizması olarak; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Bu bölümde ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ayrımcılık Yasağı konusunda verdiği karar örneklerine de yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, somut olaylarda, Ayrımcılık Yasağı'nın ihlal edilip edilmediğine karar verirken bazı ölçütleri baz almaktadır. Mahkemenin açılan bir davada hangi kıstaslara göre karar verdiği de örnek davalarla birlikte açıklanmıştır.

Üçüncü bölümde Ayrımcılık Yasağı ilkesinin Türk hukukunda gelişimi anlatılmıştır. Bu bölüm başlığı altında, ayrımcılık türleri ve uygulamaları, tarihsel olaylar, fermanlar ve Cumhuriyet dönemi anayasalarında yer alan şekilleriyle Ayrımcılık Yasağı ve gelişimi ele alınmıştır. Osmanlı Devleti hukuku, İslam dininin emrettiği kurallardan oluşan şer'i hukuku benimsemiş olması nedeniyle, Cumhuriyet sonrası Türk hukuku ile ciddi farklılıklar taşımaktadır. Çok uluslu bir devlet olan Osmanlı Devleti'nde ki eşitlik ve ayrımcılık uygulamaları, kendisini, özellikle Müslüman olan Osmanlı vatandaşları ile Müslüman olmayan vatandaşları arasında göstermiştir. Vatandaşlar arasında uygulanan bu ayrımcılık; zaman içerisinde ilan edilen fermanlar ve kabul edilen kanunlarla giderilmeye çalışılmıştır. Osmanlı Devleti'nde ayrıca kadın erkek eşitliği de günümüz Türk hukukuna göre bariz farklılıklar içermektedir. Çalışmamızda Osmanlı Devleti zamanında uygulanan bu iki tür ayrımcılık örneklerine ve iyileştirme çabalarına yer vermeye çalıştık.

Cumhuriyet dönemi anayasaları, Osmanlı Devleti zamanında kabul edilmiş bazı kanunların yanında, birçok Avrupa Devleti anayasalarını da örnek alarak; eşitlik ilkesi kavramına yer vermişler böylece Türk hukukunda Ayrımcılık Yasağının gelişmesinde etkili olmuşlardır. Cumhuriyet dönemi anayasalarında yer verilen eşitlik ilkesi; 1982 Anayasası'na da örnek oluşturmuş, bazı farklı ibareler eklenerek eşitlik ilkesi kavramı bu anayasamızda da yer almıştır.

Son bölümde ise; tezimizin başlığını oluşturan 1982 Anayasası'na göre ayrımcılık yasağına yer verilmiştir. Anayasamızda 10. madde de kabul edilen eşitlik ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan ayrımcılık yasağı kavramını karşılamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, anayasal güvence altına aldığı bu ilke ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne bu şekilde uyum sağlamaktadır. Bu bölümde 1982 Anayasası'nın 10. maddesi ile koruma altına aldığı ayrımcılık türlerine yer verilerek, korumaya yönelik kanun çalışmaları da anlatılmıştır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları

Mahkemesi'nin Türkiye ile ilgili verdiği kararlardan ayrımcılık yasağı ihlali iddiasını taşıyan birkaç örnek karar da incelenmiştir. Son olarak da Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda karar verirken göz önünde bulundurduğu kıstaslar yine örnek kararlarla açıklanmıştır.

ABSTRACT

The purpose of this study is to examine the process of the revealing of the concept non-discrimination from its birth to the point stated in the 1982 Constitution and to be able to comment on the effects of the law of non-discrimination in terms of preparation and practising. In this sense, the concept of the ban of non-discrimination and the etymology of the ban of non-discrimination have been studied. With the concept of the ban of non-discrimination, originally developed under the principle of equality at first sight, the development process of the principle of equality in Europe and America after it has been deserved as the universal value will be stated. The concept of equality, with the ideas of European thinkers began to be widely discussed. By the way, each thinker has contributed some to the concept of equality. All these various comments have enabled the principle of equality to state in the documents both nationally and internationally in Europe and America.

In the second part, the ban of non-discrimination has taken a different identity by getting out of the frame the principle of equality. And, the European Human Rights Convention and its decisions have taken place. European Human Rights Convention has taken the ban of non-discrimination under protection with its a special article and supported it with other various articles. Besides, the European Court of Human Rights was established for the sake of the practising of the rights and freedoms stated. In this part, the sample decisions related to the ban of non-discrimination by the European Court of Human Rights have also been stated. The European Court of Human Rights has some provisions in deciding whether the ban of non-discrimination is violated or not. Furthermore, how the European Court of Human Rights decide on a file and which criteria it has proceeded are stated with the help of sample court cases.

In the third part, the principle of development in the ban of non-discrimination has been given with respect to the Turkish legal system. In

addition to this, discrimination types and applications, historical events, and the edicts and the ban of non-discrimination with its place in the constitution of the republic period have been handled. There are strict differences between Turkish legal system pursuing the period of republic and the Ottoman Empire adopted the law based on the rules of the Islam religion. The discriminatory practices and equality of Muslims and non-Muslims citizens took place in the Ottoman Empire, a multinational state. This discrimination applied among citizens started to be prevented by the edicts and the law in time. We have seen the differences about the equality between man and woman in Ottoman Empire with respect to the equality practised in Turkish legal system. In this study, we have studied to exemplify the discriminatory practices and its rehabilitation practises.

With the laws legislated in period of the Ottoman Empire, constitutions of the Republic period, as well as particularly some constitutions taken from some European countries as examples have provided to state the concept of equality, so they have become efficient to develop the ban of non-discrimination in Turkish legal system. The equality principle taking place in the constitutions of the republic period has become sample for the constitution of 1982 and the equality principle has taken place with some extra articles in this constitution.

In the last part, the title of our thesis, the ban of non-discrimination in terms of the Constitution of 1982 has taken place. The principle of equality adopted in article 10 of our constitution refers to the concept of the ban of non-discrimination with respect to European Human Rights Convention.

In article 10 of our constitution adopted the principle of equality, European Human Rights Convention on the prohibition of discrimination refers to the concept of. The Republic of Turkey, where the principle of constitutional guarantees and the European Human Convention is so adapted. The European Court of Human Rights concerning Turkey was given a landmark claims for breach of the discrimination on the move decided a few samples

were examined. Lastly, the Supreme Court considered these issues when deciding on issues that are still open in case the decisions. The Republic of Turkey which guarantees the principle of constitutional is in accordance with the European Human Convention. In this part the discriminatory practices adopted by the article 10 in the constitution and laws related to the title have been stated. Besides, some sample decisions handled by the European Court of Human Rights have been examined. Lastly, some criterion the European Court of Human Rights has dealt with have been stated with samples.