

EŞİTLİK İLKESİ

Kolay görünen zor bir nokta üzerindeyiz. Hukukun kolay gözüken zor bir boyutuna değinmeye çalışıyoruz. Hukukun zor gözüken boyutu, maddelerden bahsetmek. Şu sayılı kanun, şu tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmış şu maddesi, şu bendi dendiği zaman çok daha teknik ve bilimsel gibi geliyor. Hâlbuki o pozitif bir hukuk metni. Esasında onun uygulaması bakımından her zaman çok büyük bir problem yok. Birebir ona uyan konularda, iyi bir algoritması olursa bilgisayar insandan daha iyi karar verebilir. Esas bu işin zor noktası; ilkelerle, kavramlarla düşüncüyü ifade edecek, düşüncüyü şekillendirecek, bununla birlikte bir olayı çözmeye çalışacağınız bir alanı anlamaya çalışmak. Esas önemlisi, pozitif metinlerde düzenlenenlerin, şimdiye kadar uygulanagelenlerin; hakkaniyet gereği farklı bir boyutunu ele almak gerektiğinde kullanılacak şey kavramlar. Kanun maddeleri değil. Kavramlar, kanunların üzerinde; kanunların anlam ve kapsamını anlamaya, belirlemeye, yorumlamaya, doldurmaya yarıyor. Dolayısıyla insanın iyi bir hukukçu olmasının emaresi, kavramlarla oynayabilmesine, onlara hâkim olabilmesine ilişkin.

Üstelik bunun diğer bir zorluğu da, kavramlar günlük hayatta da kullanılan sözlük anlamı olan kelimeler olduğu için; tıpta olduğu gibi bilmeyene farklı bir şey ifade etmiyor. Tıpta diyelim ki homeostaz sisteminden bahsediyorsunuz. Zaten bilmeyenin bu konuda bir fikir iddia edebilmesi, öneri sürebilmesi mümkün değil. Ama geçen haftalarda okuduğumuz hukuk devleti kavramı gündeme geldiğinde, hukukçu olmayan kimselerin de hukuk devleti konusunda bir fikri var. Söyleyebileceği şeyler var. Bir anlamı, algıladığı bir kapsamı var. Ama algıladığı bu kapsam, teknik olarak insan düşüncesinin biriktirdiği kapsamı ifade eder bir genişlikte değil. O, hukuk devletini, sözlük anlamı bakımından gördüğü boyutuyla kullanıyor. Doğru da olabilir ama her hâlükârda eksik olma ihtimali var. Hukuk devletini teknik olarak kullanabilmek için, şimdiye kadar söylenenler konusunda bilgi sahibi olarak onları ezberlemek değil; düşünmüş olmak, onların yargı kararlarına yansıyan boyutunu görmek, onları kullanabiliyor olmak lazım.

Hukukun temel kavramlarından “*eşitlik ilkesi*” üzerinde duracağız. Eşitlik ilkesi de herkese bir şey ifade edecek bir ilke. Ama bunun teknik özünü, kapsamını ve anlamını görmeye çalışacağız. Bir şeyin anlamını ve kapsamını görmek için birkaç yol kullanılır. Birisi, bu konuda yazılan çizilenleri görmek. Bu konuyu esas alan kanun maddesine, anayasa maddesine bakmak. Ama esas insana fikir veren; bunun hareket eden kısmında, uyumsuzluk çözümünde kullanılan unsurunu, boyutunu görmek. Yani yargı kararlarını görmek. Eşitlik ilkesinde nasıl uyumsuzluklar olmuş, yargı ne gibi kararlar vermiş; buna ilişkin bakmak lazım. Biz bir farklılık yapalım, yargı kararlarından başlayalım. Yargı kararı üzerinden size eşitlik ilkesi tartışmasını ortaya koyalım.

Eşitlik İlkesine İlişkin Yargı Kararları

1) Şöyle bir Danıştay 8. Daire kararı var². Olay şöyle:

“Dava; Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan; zihinsel özürliülerde yaş koşulu aranmadan, özürliü çocukların eğitim giderlerinin Bakanlıkça karşılanmasına ilişkin 26.06.2006 gün ve 55270 sayılı tebliğde, zihinsel özürliü çocuklarda yaş koşulu aranmamasına karşılık, bunlar dışındaki özürliüler için 18 yaş sınırı getirildiği; bu suretle bedensel özürliüler açısından Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde ayırım yapıldığı; 5378 sayılı Özürliüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması

¹ 2018-2019 öğretim yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi birinci sınıf öğrencilerine verilen “Kamu Hukukunun Temel Kavramları” seçimlik dersi kapsamında Prof. Dr. Aydın Gülan tarafından gerçekleştirilen 4 Mart 2019 tarihli derste tutulan ses kaydının metinleştirilmiş halidir.

² Dan. 8. D. E. 2007/6457, T. 12.12.2007.

hakkında Kanun'un ilgili maddelerinde bu yönde bir ayırım yapılmadığı ve anılan düzenleyici işlemin üst hukuk normlarına aykırı olduğu ileri sürülerek, zihinsel özürhüleri dışındaki özürhüleri için 18 yaş sınırı getiren kısmının iptali isteminden doğmuştur.”

Artık özürhüli denmiyor. Danıştay o tarihte bunu kullanmış. Kavramlar o yüzden önemli. Artık hakaretimiz bir kelime kabul ediliyor. Engelli demek lazım. Özür denilince sanki kendisinin özür dilemesi gereken bir şey varmış gibi algılandığı için artık anlayış değişiyor.

Bakın bu tamamen eşitlik ilkesi tartışması olarak yargının önüne intikal ediyor. Bir tebliğ var. Bu tebliğde zihinsel engelliler için getirilmiş bir yaş sınırlamasının kaldırılması var. 18 yaş sınırlaması yok. Bedensel engelliler için bu sınır var. Madem zihinsel engellilere yaş sınırlaması kalktı; bedensel engellilere de kalkmalıydı anlamında bir eşitlik ilkesi yaklaşımı var. Eşitlik bunu gerektiriyor mu, gerektirmiyor mu? Dikkat ederseniz buradaki mesele eşitliğin kapsamıyla ilgili bir değerlendirme.

Yargı, tartışırken gördüğü kanun maddelerini de kararına yazar. Böylelikle konuyla ilgili bütün mevzuata baktığını göstermeye çalışır. Bakın diyor ki *“07.07.2005 gün ve 25868 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5378 sayılı Özürhüleri ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması hakkında Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin a bendinde”* tanımlar başlığına baktım. *“3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığı’nun Teşkilat ve Görevleri hakkında Kanun’a eklenen Ek 3. maddesinde de”* öngörülen düzenlemeye baktım. Milli Eğitim Bakanlığının Tebliği’ne de ayrıca baktım.

“Dava dosyasının incelenmesinden, davacının, adına 26.06.2006 günlü tebliğin iptali istemiyle yargı yoluna başvurduğu ve % 90.4 fonksiyon kaybı olan oğlunun, anılan tebliğ uyarınca 18 yaşını doldurduğu ve bedensel özürhüli olduğu için devam ettiği özel eğitim ve rehabilitasyon merkezinden ayrılmak durumunda kaldığı, anlaşılmaktadır.”

Olayı da özetliyor. Özel eğitimden 18 yaşını doldurduğu için ayrılmış. Bunun üzerine gerekçelendirmeye giriyor. *“Yukarıda alıntısı yapılan Anayasa hükümleri uyarınca sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetinin idari yapısını oluşturan kurumlarının tüm eylem ve işlemlerinde “sosyal devlet” ilkesini gözetmeleri bir zorunluluktur.”* Bir üstteki paragrafta görüyorsunuz, buna ilişkin açıklamalarda bulunuyor. Hukuk uyumsuzluğunda esasında bir bakış açısını da gerekçelendiriyor.

Mesela bakın burada, hukuk dışı ama hukuku etkileyen bir noktayı da konuyla ilgili değerlendirmiş. *“Engelli vatandaşların toplum yaşamına daha aktif bir şekilde katılımı için özel ve maddi açıdan daha külfetli bir eğitim ve rehabilitasyon sürecine ihtiyaç duydukları izahtan varestedir.”* Yani engelli vatandaşların böyle bir şeye ihtiyaç duyduğunu açıklamaya bile gerek yoktur. *“Bu eğitimin sağlanması aşamasında sosyal devlet olmanın bir gereği olarak 5378 Sayılı Yasada birtakım düzenlemeler yapılmış ve anılan yasanın amacını belirten 1. maddesinde; “engellilerin her bakımından gelişmelerini sağlamak” ibaresine yer verilmiştir.”* Yani buna sadece bir kavramla karar vermedim. Bunun pozitif dayanakları da vardır demek için; bulabildiği Kanun’un 1. maddesindeki şu hükmü de belirtiyor: *Engellilerin her bakımdan gelişmelerini sağlamak.* Esasında bu hüküm bir altlık. Bu, tam anlamıyla vereceği çözümün yönünü belirleyen bir husus değil; ama o çözümü kuvvetlendiren, o çözümü bunun üzerine bina edilmesini sağlayan bir madde olarak gündeme gelmiş.

“Dava konusu tebliğ ile engelli vatandaşların arasında Medeni Kanun’da yer alan erginlik tanımı temel alınarak eğitim giderlerinin bakanlıkça karşılanması konusunda zihinsel ve bedensel özürhüli şeklinde bir ayırım yapılmıştır.” Durumu tespit ediyor Medeni Kanun’daki reşit olma yaşını esas alarak.

“Yasal düzenlemeler ve Anayasa hükümleri karşısında engellilerin özel eğitiminin giderlerinin karşılanmasında temel alınması gereken kıstas kişinin engelli olup olmadığı hususudur. Engelli bir kişinin, Medeni Yasaya göre ergin sayılması onun engelli olduğu gerçeğini değiştirmedeği gibi, toplum yaşamına daha aktif bir şekilde katılımı için özel bir eğitime duyduğu gereksinimini de ortadan kaldırmamaktadır.”

Sosyal bir yaklaşım. Yani reşit oldu ama engelinden kurtulamadı. Dolayısıyla onun toplum yaşamına aktif olarak katılımı, mademki Kanun’un 1. maddesindeki esas hedef; Kanun’un bütün düzenlemelerine de, bu esas hedef ışığı altında bakmak lazım. Kaldı ki daha üste de çıkarsak, Anayasa da zaten sosyal hukuk devleti niteliğini yaptığı

için, sosyal hukuk devletinin de böyle vatandaşlarını aktif hayata katmak gibi bir görevi olduğu ve bununla ilgili düzenlemeler yapması gerektiği pek tabiidire geliyor.

“Aksi düşünceyle zihinsel engelli olmayan ve onsekiz yaşından büyük olduğu için Medeni Kanun gereği ergin sayılan bedensel engelli vatandaşların yasada öngörülen ekonomik imkandan yararlanmaması gibi bir sonuç ortaya çıkacak ve bu uygulama hem yasanın amacıyla bağdaşmayacak hem de vatandaşların temel hakları önündeki sosyal ve ekonomik engelleri kaldırmakla görevli sosyal devlet anlayışı ve ilkesine ters düşecektir. Ayrıca bu durum, karşılaşılan zorluklar ve sosyal hayata katılım açısından aynı koşullara sahip olan engelli vatandaşlar arasında, anayasal eşitlik ilkesine açıkça aykırılık teşkil edecektir.”

*“Bu bilgiler ışığında 26.06.2006 gün ve 55270 sayılı tebliğin üst hukuk normlarına ve **temel hukuki ilkelere açıkça aykırı olan**, bedensel engellilerin özel eğitim giderlerinin bakanlıkça karşılanması hususunda onsekiz yaş sınırı getirilmesine ilişkin kısmında hukuka uyarlık görülmüştür.”* diyor ve iptal ediyor.

Bu, hukukçuyla hukuk teknisyeni arasındaki farkı belirleyen bir şey. Hukuk teknisyeni olsaydı diyecekti ki, bu idarenin takdir yetkisi böyle düzenlemiş; zihinsel engelliler için 18 yaş sınırını kaldırmış, bedensel engelliler için kaldırmamış. Bu idarenin takdiridir deyip iptal etmeyecekti. Şimdi idarenin takdiridir demenin ötesine geçen bir şey var. Tabii idarenin takdiri ama bu takdir hukuk ilkelerine aykırı mı, değil mi buna bakacak. İdare düzenlemeye yetkili ama bu düzenlemeye yetkili olması, düzenlemeyi istediği gibi yapar anlamına gelmez ki. İdare bir lütufta bulunmuyor ki, zihinsel engelliler için o lütfu veriyor; bedensel engelliler için bunu gerekli görmüyor diye tamam diyelim. İdare bir görevini yapıyor. Verdiği para kimin parası zaten, milletin parası. Dolayısıyla idarenin bir lütufta bulunuyor olarak değil, bir görevi yerine getiriyor olarak bakıldığında; yaptığı işlemlerde üst hukuk ilkelerine uygunluğunu denetlemek, idareye karşı bir düşmanlık değildir. Aksine idareyi yanlış yapmaktan kurtarmak, onun daha vatandaşın haklarının önündeki engelleri kaldıran bir idare olmasını sağlamak, hukuk devleti olmaya giden yolda onun önünü açmakla ilgili bir yargısal işlev. Dolayısıyla bu idarenin bir yanlışını düzeltmekle ilgili. Esas mesele ilkeyi gündeme getirmek. Burada da dikkat ederseniz ilkeyi kullanmış.

2) Danıştay 12. Daire'nin bir kararına bakalım³.

Kamu görevine atamada aranan “cinsiyeti erkek olmak” ibaresinin eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı hakkında. Personel alımında erkek olması şartı aranmış. Bu aykırı mıdır, değil midir? Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü'nün bir düzenlemesine ilişkin.

“Dava; KPSS-2004/2 ve Ek Yerleştirme Tercih Klavuzununun 252 kodunda yer alan ve Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Merkez Teşkilatına mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için, "Cinsiyeti erkek olmak." ibaresini içeren düzenlemenin iptali istemiyle açılmıştır.”

Mahkeme Anayasa'nın 10. maddesine değiniyor: “2709 sayılı Anayasa'nın 10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmektedir. Bu yasak, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında değişik uygulamalar yapılamaz.”

Eşitliğin içini doldurmaya çalışıyor. Yani matematiksel bir eşitlik değil bu.

³ Dan. 12. D. E. 2004/4382, K. 2006/539, T. 22.2.2006.

“İdare hukuku alanında eşitlik ilkesi kamu hizmeti kavramı ile birlikte aktarılmaktadır. Buna göre eşitlik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu çerçevede idare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorundadır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, ‘ayrımcılık yapmama’ yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır.”

Bu gerekçelerden ne karar vereceği tam anlaşılıyor. Kabul mu edecek, ret mi edecek? Bir yandan diyor ki, farklılıklar mümkündür. Dolayısıyla cinsiyet bakımından hizmetin nitelikleri gerektiriyorsa, bir ayırım getirebiliriz temeli var. Bir yandan da diyor ki, ayrımcılık yapılmaması lazım. Dolayısıyla bu konuda ret de verebilir.

“Anayasanın yukarıda yer verilen hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, herkes cinsiyet yönünden kanun önünde eşittir. Aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında cinsiyet farklılığının hukuksal eşitsizliğe gerekçe olabileceği kabul edilemez. Bir yüksek öğretim lisans programına devam edilerek alınan mezuniyet diploması; diplomaya hak kazanan kişinin mesleği her koşulda yerine getirmeye hak kazandığını göstermektedir. Kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığına dayalı engelleyici yönde getirilen koşullar eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi, işlevselliği kalmayan meslek unvanlarının dolaylı olarak kişilerin elinden alınması suretiyle hak kaybına yol açacaktır.”

Bu da iptal edecek hissi veriyor. Niçin? Çünkü mademki aynı diplomayı veriyorsun, cinsiyet bakımından nasıl farklılık yapacaksın? O zaman diplomanın anlamı kalmaz diyor.

“Olayda, Anayasanın yukarıda anılan hükümleri gereğince, kamu kurum ve kuruluşlarına, personel alımlarında, başvuru şartlarının görevin gerektirdiği nitelikler ve hizmet gerekleri doğrultusunda eşitlik ilkesine uygun bir şekilde belirlenmesi gerekmekte olup, bunun dışında hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kuşkusuz olduğundan, Tercih Kılavuzunda 2709 sayılı Anayasanın 10. ve 70. maddelerinin öngördüğü eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde düzenlenen koşulda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

...

“Açıklanan nedenlerle, dava konusu KPSS-2004/2 ve Ek Yerleştirme Tercih Klavuzununun 252 kodunda yer alan ve Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Merkez Teşkilatına mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için, "Cinsiyeti erkek olmak." ibaresini içeren düzenlemenin iptaline,..."

Yani bu mümkün değildir diyor. Mademki aynı diplomayı veriyorsunuz.

3) Danıştay İdari Dava Daireleri'nin bir kararına bakalım⁴.

Zeka geriliği bulunan erkek çocuklarının hususi pasaporttan reşit oluncaya kadar yararlanabilmelerinin eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı hakkında. Hususi pasaport, yani yeşil pasaport denilen pasaportun devlet memurlarının çocuklarına, belli derecedeki devlet memurlarına verilmesine ilişkin bir düzenleme var. Şöyle diyor:

“5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 14.maddesinin (A) bendinin beşinci fıkrasında, hususi damgalı pasaport sahibi olan kişilerin kız ve erkek çocuklarının hangi koşullar altında bu pasaporttan yararlanabilecekleri belirtilmiştir. Buna göre, hususi damgalı pasaport sahibi kişilerin kız çocuklarının bu pasaporttan yararlanabilmeleri için hususi damgalı pasaport sahibi ile birlikte yaşamaları, evli olmamaları ve çalışmamaları gerekirken, erkek çocuklar için birlikte yaşama ve reşit olmama koşulları öngörülmüştür.”

Yani kızlar lehine bir durum var. Kızlar reşit olduktan sonra da evlenmemişlerse hususi pasaport alabiliyorlar. Erkekler evlenmeseler bile reşit olduktan sonra hususi pasaport sahibi olamıyorlar. Burada kızlar lehine, erkekler aleyhine bir durum var. Olayda zeka geriliği olan bir erkek çocuk var. Anne babanın bakımına muhtaç. Reşit olmuş ama bu maddede kastedilen şekilde kendi işine sahip olmak, çalışıyor olmak vesaire gibi varsayımsal avantajlara sahip değil. Varsayım olarak kızların okumadığı, evlenmediği, anne baba yanında kaldığı takdirde anne babanın geçiminden yararlandığı için, pasaporttan da yararlanmasının doğal olabileceği şeklinde bir pozitif ayrımcılıktan ziyade; daha kötü

⁴ DİDDK, E. 2006/1017, K. 2009/3073, T. 17.12.2009.

durumda olduğu şeklindeki bir kabulden de kaynaklanabilir. Sonuçta ama böyle bir fark var. Anayasa Mahkemesi bunu değerlendiriyor. Sonuçta diyor ki:

“Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen “yasa önünde eşitlik” ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Dolayısıyla aynı durumda bulunan kişilerin yasaların öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmaları ya da yararlandırılmamaları eşitlik ilkesinin gereğidir. Eşitlik ilkesi kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanların, farklı kurallara tabi tutulmalarını yasaklar ve Devletin de yasal düzenlemelerinde bu ilkeyi zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”

Bütün bu gerekçeler hava cıva değil. Esasında çok düşünülmüş ve çeşitli durumları etkilemesi bakımından böyle söylüyor. Yani ayırım yapılabilir. Ama ayırımlar aynı statüdekiler arasında olmaz. Ayırımın bir gerekçesi olması lazım. Mesela Hava Harp Okuluna girecekler için gözünün bozuk olmaması şartı aranabilir. Ama bütün üniversite sınavlarına girişte gözün bozuk olmaması aranmaz. Niye? Birisinde hizmetin getirdiği niteliklerdir, her o okula girende aranıyor olabilir. Diğerinde ise gözün bozuk olması o kadar önemli değildir. Hava Harp Okulunda da, pilot olacaklar ve pilotluk dışındaki hava sınıfında bulunacaklar diye bir ayırım yapılması gerektiği söylenebilir. Dolayısıyla iki-üç tane statü olabilir. ‘Yükseköğrenim görecek hiç kimsenin gözlüklü olmaması aranır’ denilemez ama bazılarının gözlüklü olması, bazılarının gözlüklü olup olmadığının etkisinin olup olmaması gibi düzenlemeleri mümkün kılacak bir ifade tarzını gerekçede kullanıyor.

Eşitlik farklılıklara engel olmaz. Eşitlik, aynı statüde olanların eşitliğidir. Daha da geliştiresek, eşitlik, farklılıklara değil; imtiyazlara engel olur. Dolayısıyla bu bir matematiksel eşitlik değildir. Eş düzeyde olanlar arasındaki eşitlik. Eş düzeyde olmak da cinsiyet ve saire gibi ayırımlarla her zaman olmaz. Bu ayırımı yapabilmeyenin de haklı bir gerekçesi olacak. Ancak haklı gerekçesi olursa, bu ayırımın bir anlamı olabilir. Hava Harp Okulunun gözlüksüz olma şartının haklı bir ayırımı var. Göz bozukluğu pilotluk için engeldir hizmetin niteliği bakımından. Dolayısıyla bu kendiliğinden çıkarttığı bir şey olamaz. Ancak hizmetin gerektirdiği bir ayırımın ortaya çıkarttığı farklılıktır ve bu da eşitliğe aykırı sayılmaz demek istiyorum. O yüzden bakın “...durumları özdeş olanların, farklı kurallara tabi tutulmalarını yasaklar ve Devletin de yasal düzenlemelerinde bu ilkeyi zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesine dönelim.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Madde 14 Ayrımcılık Yasağı

“Bu Sözleşmede 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.”

Bu yüzden bakın bizim Anayasa'mız eşitlik ilkesi diyor 10. maddede. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çok daha enteresan bir madde başlığıyla karşılıyor: **“Ayrımcılık yasağı”**. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, temel bakışı, *“ayrımcılık yasağı”* ifadesiyle daha net ortaya koyuyor. Dikkat ederseniz mesele aslında bir eşitlik değil; bir ayrımcılık yapmama meselesi tersinden giderseniz. Dolayısıyla ayrımcılık sayılmayacak ayırımlar, eşitliğe aykırı değil. O yüzden de *“eşitlik”* gibi Türkçe bakımından birebir herkesin aynı kurala tâbi tutulmasını çağrıştıracak bir kelime yerine, ayrımcılık yapmama şeklindeki bir yaklaşım da olması gereken hukuk bakımından enteresan olabilirdi ama eşitlik ilkesinin de bir birikimi var.

Karara devam edelim.

“Bu bağlamda; halen dahi 5682 sayılı Yasa'nın 14.maddesinin (A) bendinin beşinci fıkrası uyarınca, kız çocuklarının hususi damgalı pasaport sahibi ile birlikte yaşadıkları, çalışmadıkları ve evlenmedikleri sürece hususi damgalı pasaporttan yararlanabilme olanağına sahip olmalarına karşın, aynı durumda bulunan erkek çocukların bu imkandan ancak reşit olana kadar yararlanabilmeleri, Anayasada yer alan eşitlik kuralına, Anayasa Mahkemesi iptal kararına aykırılık oluşturduğundan dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

İptal ediyor. Dolayısıyla böyle pozitif ayrımcılık olmaza geliyor. Bu farklılığı oluşturmak, ayrımcılıktır diyor. Erkek çocuk da madem ailesi ile oturuyor, evlenmemiş, çalışmıyor; üstelik olay bakımından baktığınızda, zihinsel engelli, ailesinin bakımına muhtaç. Ailesi giderken onun aynı pasaporta sahip olmaması dolayısıyla bir külfet çıkartmak, eşitlik ilkesine uygun değil.

(Öğrenci ifadesi üzerine) Şu andaki sosyal zihniyet, hep kadınlar aleyhine ayrımcılık yapıldığına odaklandığı için; erkek çocuklar aleyhine yapılmış ayrımcılık, bazen dikkat çekmiyor. Ayrımcılığın kimin lehine aleyhine yapıldığı meselesi yok. Ayrımcılık, ayrımcılıktır. Sadece cinsiyetle alakalı bir şey değil ki.

(Öğrencinin sorusu üzerine) Eşitliğe aykırıdır deyip dememek konusunda hukukta şöyle bir şey var: Siz, ben ve mahkeme hâkimleri arasında otorite açısından bakarsanız; sonuçta mahkemenin ne diyeceği önemli. Hukukun yaptığı ne? Mahkemenin bu konuda karar verebilmesi için bir görüşü olgunlaştırıp, gerekçelendirip farklı tezler olarak öne sürmek. Şimdi ben burada hocayım diye eşitliğe aykırıdır desem, bunun eşitliğe aykırılığı belirleyici bir unsur yok ki. Önemli olan bu konudaki düşüncenin tutarlı bir biçimde geliştirilmesi. Benim kanaatime göre eşitliğe aykırı. Çünkü farklılık oluşturmayı haklı kılacak, ayrımcılığı haklı kılacak bir unsur yok. Ama sonuçta buna karar verecek olan mahkeme. Siz de farklı şeyler düşünebilirsiniz.

Burada esasında konuşarak, bu konudaki bilgi birikimini geliştirmeye ihtiyaç var. Bu konudaki gerekçelendirmeye, çeşitlendirmeye ihtiyaç var. İnsanlar, özellikle bu alanları birbirini dinlemeden, bir yönü savunmak-münazara mantığıyla yaptığı için buradaki hukuki gelişmede aksaklıklar oluyor. Mühür kimdeyse onun dediği gerçekleşir hale geliyor. Hâlbuki öyle değil. Bu ortak aklın, ortak konuşmanın bir unsuru olacak. O yüzden buna münazara değil; eskiden bu tip konuları konuşmaya -şimdi eskidi o kelime- *mübahase* deniliyor. Bahis açmak. Konu üzerinde düşünmek. “Kesinlikle eşitliğe aykırıdır ya da kesinlikle eşitliğe uygundur.” şeklinde olmamak lazım. Şu açıdan da düşünelim. Bu açıdan da düşünelim. Zincirleme etkileri bakımından düşünelim. Eşitlik ilkesinin varlık gerekçesi bakımından düşünelim. Ayrımcılık oluşturup oluşturmayacağı açısından düşünelim. Anayasa Mahkemesi’nin, Danıştay’ın şimdiye kadar verdiği kararlarda kullandığı gerekçeler açısından düşünelim. Kanunun amacı açısından düşünelim. Toplum hayatının geldiği seviyede insanların haklı beklentileri açısından düşünelim. Adalet duygusu bakımından değerlendirelim. Niye? Bunu mübahase etmek lazım.

(Öğrenci sorusu üzerine) Bu alanı tartışırken nereden bakacağımız da önemli. Şimdi sizin söylediğiniz üzerinde duralım. Eğitim masrafları açısından yapılacak bir fark, eşitliğe aykırı olur. Çünkü devletin, kimin eğitimi için ne kadar masraflı olacağına bakarak karar vermemesi lazım. Sağlıkta da öyle. Buradaki bakış açısı ne? Engellilerin daha iyi eğitim görerek, topluma intibak sağlaması, toplumdaki kopmaması, toplumla birlikte yaşayabilmesi, toplum hayatına mümkün olduğu kadar katılabilmesi olduğuna göre; zihinsel engelliler nasıl ek eğitim gerektiriyorsa, bedensel engelliler de aynı eğitimi gerektirir. Konuştuğumuz zaman diyeceğiz ki, masraf açısından baktığımızda, idare ispat etti, ortaya koydu; bedensel eğitimde şu kadar, zihinsel eğitimde şu kadar. Ama eşitlik ilkesinin olup olmadığının kriteri, acaba devletin yapacağı masraf mı olmalı? O yüzden dikkat ederseniz, yargı kararları, ilginç bir yerinden tutuyor ve Kanun’un 1. maddesinden yola çıkarak diyor ki, bunların gelişmelerini sağlamak olduğuna göre, zihinsel engelli olsa da gelişmesine ihtiyaç var. Dolayısıyla eşitliği nerden alacağınızla da ilgili. Hizmet açısından alırsanız, mesela diyelim ki, bedensel özellikleri nedeniyle yapamayacağını düşündüğünüz kimseler olabilir mi? Bu konuda çok gelişme oldu. Eskiden denilebilirdi ki, hizmet açısından görme engelli biri nasıl hukuk hocası olacak, nasıl metinleri okuyacak, nasıl sınav kâğıtlarını okuyacak? Biz mesela girerken sağlık kontrolünden geçerek girdik. O zaman verem meselesi vardı. Herkesten akciğer filmi istiyorlardı. Şimdi akciğer filminin ne alakası var, veremin bir şeyi kalmadı. O zaman veremden insanlara bulaşır, tedavi olmaz, yaptığınız yatırım boşa gider, ölüverir diye düşünüp herkesten akciğer filmi istiyorlardı. Şimdi akciğer filmi falan kalmadı. Anlamını yitirince rutine dönüyor. Anlamına baktığınız zaman sağlık raporu isteyebilirsiniz ama akciğer filmi değil artık. Verem eskisi gibi öldürücü değil. Genel bir sağlık raporu istiyor olabilirsiniz.

Şimdi de ehliyetleri değiştirmek için göz raporu isteniyor. Niçin? Gözünde gereğinden fazla bozukluk olmuşsa, sarı nokta hastalığı olmuşsa, artık odak kaçmışsa ehliyet hayat boyunca süremez. Eskiden verilen ehliyet hayat boyu sürüyordu, şimdi beş senede bir göz raporu göstereceksin. Hatta belki durum gelişecek; psikiyatri raporu isteyecek, delice kullanıldığı için. Ehliyet vermek için akli başında mı diye. Akli başında olmayanlara vermeyecek. Dolayısıyla her şey hizmetle alakalı. Ulaşılmak istenen amaçla alakalı.

Bir şeyi tartışırken hangi kriteri esas alarak tartışılacağını tespit etmek, tartışmanın verimli olması bakımından, sonuç doğurması bakımından önemli. Neyin üzerinde durulacak? O zaman fikir alışverişinden, gerekçelendirmeden bir ortak noktaya gidecek. Şimdi mahkemenin nasıl baktığını gösteriyoruz. İki kere iki dört gibi, bu eşitliğe uygundur, bu aykırıdır demek hukuki gelişmeye engel olur. Niye ilkelerden bahsediyoruz? Çünkü hukuki ilkeler uyumsuzluklarla beslenir. Yeni uyumsuzluklarda yeni çözümlerle gelişir, değişir. İlke hareketliliği sağlar. Biz hareketlilikten bahsederken sabit bir şey söyleyebilir miyiz? Hareket edecek bir hukuk zihniyetinden bahsediyoruz. Bu böyledir, eşitliğe uygundur aykırıdır dersek, hareket etmesine engel olacak kazıklar çakıyoruz demektir. Mesele kazık çakmamak. Onun hareketine engel olmamak.

4) Dördüncü karar bir Anayasa Mahkemesi kararı⁵.

İzinden dönen için ceza infaz kurumundan kaçmayla ilgili bir husus. Cezaevinden izinle çıkıp dönmesi gereken tarihte dönmeyen 2 gün daha dönmezse; firar suçunu işlemiş oluyor ve ayrıca ceza alıyor. Ama izin almadan kaçan için, dönüşü bakımından bir süre yok. Bu eşitliğe uygun olur mu olmaz mı bunu tartışıyor. En son diyor ki;

“Ceza infaz kurumundan izin verilerek ayrılmasına müsaade edilen hükümlünün izinden süresi içerisinde dönmemesi ile firar eden hükümlünün hukuki statülerinin farklı olduğu açıktır. İzinden süresinde dönmeme fiilinin ihlal ettiği hukuki yarar ile ceza infaz kurumundan kaçma fiilinin ihlal ettiği hukuki yarar birbirinden farklıdır. Bu kapsamda kanun koyucunun izinden süresinde dönmemeyle ceza infaz kurumundan firar etme suçlarının maddi unsurlarını farklı olarak düzenlemesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.”

Bir tane de böyle eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz meselesi. Birisi izni ihlal etti; diğeri kaçtı. Dolayısıyla farklıdır diyor. İkisi de sonuçta bulunması gereken yerde bulunmadı. Bulunması gereken zamanda bulunmadı. Ama birisi, kaçıp döndüğü için; diğeri, iznini ihlal ettiği için. Dolayısıyla bunlara farklı yaptırımlar öngörmek, aykırı değildir diyor. Kasıt var, niyet var, koruduğu hukuki yarar var. Kamu düzenini korumakla ilgili hususlar var. Dolayısıyla önemli bir fark öngörmüş.

Eşitlik ilkesini, hukuk devleti kavramını anlatırken izlediğimiz yolun tersinden anlatmaya başladık. Önce yargı kararlarına değindik. Şimdi doktrine ve diğer açıklamalara, mevzuata geleceğiz. Buradaki temel nokta da, bir vesileyle soru üzerine ortaya çıktı: Bir şeyin eşitliğini değerlendirmekte önemli nokta, nerede duracağımız, yani nereden olayı ele alarak eşitliği değerlendireceğimiz önem taşıyor. Hangi unsur açısından ele alacağımız önem taşıyor. Örnek olarak verdik. Görme engelli bir profesör olduğuna göre, öğretim üyeliğini kâğıt okumak ve saire gibi tanımlarsanız; burada görme engelliler için akademik kariyerin açık olmaması eşitliğe aykırı değildir hizmetin gerektirdiği nitelikler ve saire nedeniyle diyebilirsiniz. Ama bunu bilimsel araştırma, zihinsel emek üzerine çeşitli sorunlar hakkında öğrenciyi tenvir etmek, aydınlatmak gibi ele alırsanız; burada görme engelli, başka engellilerin esas olmadığını ortaya koyabilirsiniz. Yanlış bir noktadan böyle bir şeye ihtiyaç var mı diye değerlendirmek. Mesele sadece kâğıt okumak değil ki. Kâğıt okumayı mesleğin esas ayırım gerektiren bir unsuru olarak ele almamayı da bu sayede ortaya koymuş oluyorsunuz. Mesleği öğrenci kâğıdı okumaktan ibaret görmek yerine, bilimsel alanda çalışmalar yapmak, toplumu aydınlatmak, sorunlar hakkında bilimsel çalışmalarla ürünler vermek olarak görüyorsanız; buna engel olmadığını fiilen de görüyorsunuz. Öyleyse eşitlik ilkesinin değerlendirilmesindeki en önemli nokta, sabit duracağı noktayı görmek. Neye göre haklı farklılıklar oluşturulabilir; neye göre farklı hukuki rejimler eşitliğe aykırı sayılmaz; neyi esas alarak bunu değerlendireceğiz noktası önemli.

Anayasa Mahkemesi'nin 1963 tarihli bir kararı vardı. İdari maiyet memuru olabilmek bakımından, yani kadınlar kaymakamlık mesleğine kabul edilmezler diye bir husus vardı. Anayasa Mahkemesi önüne gittiğinde Anayasa Mahkemesi bunu eşitliğe aykırı bulmadı. Şöyle değerlendirdi: Ülkemiz şartları, yolların olmaması, katır sırtında görev yapmak gereği ve saire dikkate alındığından, bedeni nitelikleri bakımından bu hizmetin gereklerine uygun olmadığı düşünülerek ayırım yapılması, eşitliğe aykırı değildir dedi. Sonra idare, eşitlik fikrindeki değişimle, mahkeme onu iptal etmiş olmamasına rağmen eşitliğe aykırı bularak o yasağı kaldırdı.

⁵ AYM, E. 2018/153, K. 2018/119, T. 27.12.2018.

Mesela şöyle bir şey eşitliğe aykırı olmaz: Diyanet İşleri müezzin arıyor. Müezzinin Müslüman olmasını arıyor. Bu eşitliğe aykırı sayılmaz. Baktığımızda dini bakımdan farklılık var ama zaten verilecek şey dini bir hizmet. Dolayısıyla burada bir eşitliğe aykırılık olmadığı söylenebilir. Bir ayırımın haklı gerekçesinin hizmetle açıklanması lazım. Madende de mesela diyelim ki fiziki yapı nedeniyle, ciğer yapısı nedeniyle, çocuk işçi çalıştırmada daha yüksek bir yaş sınırı var. Sağlığa aykırı olduğu için. Belli yaşın üzerindekiilerin çalıştırılmaması, hastaların çalıştırılmaması gibi hususlar olabilir. Ama nezaretçilik, madenin içinde çalışmayı gerektiren bir husus olmadığı için; sadece güvenlik şartlarını, sağlık şartlarını kontrol edeceği için o yasağa bile dâhil olmaz. Kaldı ki hukuken de artık böyle bir yasak yok.

Buradaki problem, hizmete alınmadaki tartışma noktasıyla, hizmette aynı şartlara tâbi tutulup tutulmama meselesi. Bu ikisi, eşitlikten farklı olarak algılanan hususlar. Mesela kadınlarla erkeklerin izin hakları aynı değil. Doğum izni var, doğumdan sonra emzirme izni var. Nispeten eşitliği sağlamak fikriyle, kadına verilen doğum iznini, kadının eşine de veriyor şimdi belirli bir oranda. Ama aynı miktarda vermiyor. Dolayısıyla bir eşitlik olsun. Erkeğe de izin verilsin diye, doğum dolayısıyla izin verilmesi gibi eşitlik fikrinin getirdiği hukuki durum, sonrasında da aynı uygulamayı haklı ve gerekli kılmıyor.

Problemlili bir terim. Çokça kullanılan bir terim. Kapsamı konusunda net bir duruş sergileyebilmek için, çelişkiye düşmeyen bir duruş sergileyebilmek için, insanın kendi düşüncelerinden hayata bakışından yola çıkarak belirlenmiş bir duruş sergileyememek için, pergelin sabit noktasının konulacağı yer önemli. Konulacağı yer de **“hizmet gerekleri”**. Eşitlik tartışmasının yapıldığı hizmetin, böyle bir ayırımı **haklı ve gerekli kılıp kılmadığı**. Hizmetin haklı kıldığı, gerekli kıldığı, giderek zorunlu kıldığı farklılıklar ayrımcılık sayılmıyor. Hizmetin eskiden haklı kıldığı yeterli sayılırken, haklı kılmak da şimdi tek başına yetmiyor. Haklı kılacak, gereklilik olacak, giderek zorunluluk olacak. Zorunluluk deniliyor şimdi. Mecburiyet ile zaruret farkını göstermeyen bir terim zorunluluk. Mecbur olunacak buna. Bu ayırım zaruri olacak. Mecbur ve zaruri. Yani irade dışında gerçekleşen hususların ortaya koyduğu unsurlar olacak. Madenin çalışma şartları, insan cinsinin belli hastalığa tâbi olanı veya belli cinsiyette olanı veya belli yaşın altında ve üstünde olanı, hizmet bakımından zaruri olarak katılmamasını gerektiren nitelikteyse, böyle bir ayırım aykırı değil.

Bu alandaki gelişme çok hızlı. Mesela askerlerde gazi olanların askerlikten malulen emekli olması gerekiyordu. Sonra ciddi maluliyet olsa bile, toplumda sadece maaş alan ve evinde oturan bir insan olmayı, birçok kimse istemediği için geri hizmetlerde de çalışmak isteyenlerin istihdam anlayışına ilişkin, bir anlayış değişikliği oldu. Yani gazi oldunuz. Bir uzvunuzu kaybettiniz. Normal bulunduğunuz sınıfta artık çalışabilmeniz için gerekli şartları taşıyamıyorsunuz ama malulen emekli olmak da istemiyorsunuz. Sizi o sınıf içinde veya kabulünüz halinde başka bir sınıfta geri hizmetlerde, yardımcı hizmetlerde, büro işlerinde veya eğitimde veya başka bir şekilde eğitim öğretimde kullanma imkanı getiriyor. Bunu niçin getiriyor? Çünkü giderek *eşitlik*, bir para talebi, maaş talebi, malulen emekli olabilmek meselesi olmaktan çıkıp toplumda bulunabilme, toplum içine katılabilme, hizmete katılabilmeyle alakalı bir husus haline geliyor.

O yüzden eşitliği sağlamak için KPSS diye memur seçme sınavı yapılıyor. Bir yandan da engelliler için ayrı bir sınav yaparak engellileri alıyor. Engellilerin en büyük problemi memur olabilmek değil; eğitimlerine uygun iş verilmemesi. Mesela bizim santralde sosyoloji mezunu bir engelli personel vardı. Çok şikâyetçiydi haklı olarak. Ben bu kadar okudum, benim meselem sadece maaş almak değil ki, mesleğimle ilgili de bir iş yapabilmek. Dolayısıyla giderek bu konudaki düşünce ilerliyor. Eşitlik fikri, sadece ona devlet memuru olabilmek hakkı vermek değil; onu aynı zamanda mesleğini yapabilecek bir alanda istihdam etmek. Bu engelli çalıştırma mecburiyeti nedeniyle, birçok büyük şirket engellilere bordrosundan maaş veriyor. Ama evinde otur, sen işe gelme diyor. Birçok kimse bunu kabul ediyor; birçok kimse de etmiyor. Bunu eşitliğe aykırı görüyor. Ben de çalışmak istiyorum diyor. O yüzden hizmet hakkı var. Yani iş sadece para almak değil ki. Bir yandan baktığımızda ne güzel hiçbir şey yapmadan para alıyorsunuz. Bu belki daha yorucu, daha onur kırıcı. Eşitliğe daha aykırı. Dolayısıyla hizmet hakkı, çalışma hakkını isteyebilmesi lazım.

Eşitlik fikri toplumdaki gelişmişliği gösteren bir anlayış. O yüzden de sabit durmaması lazım. Gelişmesi lazım. Bunu kanunla düzenlerseniz, sadece kanunla belirlerseniz dondurmuş olursunuz. O alandaki gelişmeleri hizmete çekemezsiniz. Malul diye emekli edeceksiniz, sen artık gelme diyecekseniz. Ben 25 yaşında malul oldum, çalışmak istiyorum, evde oturup ne yapayım, protezimle veya engelikle birlikte yapacağım bir iş yok mu? Niye başka mesleğe gideyim? Fedakârlıksa fedakârlıkla karşı karşıya kaldım. Biraz da hizmet benden yararlanınsın. Gelişme bu yönde.

Dolayısıyla eşitlik, sadece bir maaş, bir görev olmaktan çıkıp örneğini gördüğümüz gibi benzer davranış modellerinin uygulanacağı ve bunun bir lütuf olarak görülmediği bir hukuki ortama kavuşturulmayı gerektiriyor.

Eşitlik, farklılık olmadığı iddiasına dayanmıyor. Farklılıkları görmezden gelmiyor. Farklılıkları esas almıyor değil. Sadece ayrıcalık ve imtiyaza engel oluyor. Farklılıklar haklı bir unsur gerektiriyor. Farklılıklar da sosyal hayatın ve tarihi gelişimin getirdiği unsurlar nedeniyle, kadınların iş hayatından daha yoksun olması veya yönetici pozisyonundan daha uzak olması dolayısıyla, çeşitli ülkelerde getirilen farklı uygulamalar var. Bunun en fazla geliştiği İsveç, Norveç'te yönetici kontenjanları var. Belli bir oranın altında belli bir cinsiyetten olmuyor. Ne kadın ne erkek lehine değil. Belli bir oranın üzerinde kadın veya belli bir oranın üzerinde erkek yönetici olamıyor. Bir dengeyi sağlamak için oran getiriliyor. Kimi seçeceğine karışmıyor ama cinsiyet bakımından bir kota uygulanmasını istiyor ve bekliyor. Dolayısıyla bu alandaki fikir geliştikçe yaklaşım da gelişecek.

Kitaplardaki eşitlikle ilgili sayfaları size verdik. Bu kitaplardaki atıfları görüp sizden beklenen şu: Gidip kütüphaneden bunları alıp okumanız. Hatta üç dört kişilik bir arkadaş grubunuz varsa, kendi aranızda paylaşıp farklı metinleri okuyup, birbirinize anlatmanız. Bu, dünyada eğitim modeli olarak böyle.

Bunları merak etmiyorsanız, okumuyorsanız, sadece anlatılandan ibaret kalıyorsanız gelişme, ancak anlatılan kadardır. Hâlbuki gelişme, anlatanın veya anlatılanın üzerine çıkabilmesi, yeni bir kuşak olarak sizin bu alandaki katkınızın olabilmesi için bu alanda yazanları, anlatanlar dışında okumaya ihtiyacımız var. Bunları okuduktan sonra, bu kavrama ilişkin çok farklı yönlerden yaklaşanların verilerini toplamış olacaksınız. Onun üzerinde biraz düşündüğünüzde de, siz burada kavramdaki yaklaşımınıza ilişkin kendinize göre bir denge kuracaksınız. Bu dengeyi, hayatta karşılaştığınız yargı kararları ve yazılanlarda bakarak ayarlayacak, uyarlayacaksınız. O zaman bu altında koskocaman bir emeğin olduğu bir kavram olacak ve çözmeye yarayacak. Bir uyumsuzluk geldiğinde, bu uyumsuzluğun çözümü konusunda eşitlik ilkesinden nasıl yararlanılabileceğine ilişkin, başkalarından daha fazla bilgiye dayanan bir sezginiz olacak. Buradan geliştireceksiniz veya eşitlik fikrine ilişkin bir yaklaşımı, esasında eşitlik fikrinin doğru bir tartışması olmadığını, örnekleriyle gösterip yanlışlığını ortaya koyacaksınız eşitlikten kaynaklanan böyle bir talebin isabetli olmadığını.

O yüzden kavramlarla oynamak, bilgiye dayalı bir oynamayı, çok okumayı gerektiriyor. Çok okuduktan sonra unutulananlarla denge kurabilmeyi gerektiriyor. Bunların hepsini ezberlemeyi değil. Bunları okuyup okuyup zaman içinde unuttuktan sonra, kalan tortularla sizin bilinçaltınızdaki tortunun, sezginizi, bilgiye dayalı olarak geliştirmesi. Hukuk mantığı böyle bir şey. Bunun dışında madde ezberleyenler, madde değiştiğinde sudan çıkmış balığa dönüyorlar. Normal anlatılanlar dışında bir olay geldiğinde çözebilecek bir hukuki yol bulamıyorlar. Yeni bir boyut getiremiyorlar. Atipik bir olayla karşılaştığında o atipik olayı tartışabilecek kavramları olmuyor. O kavramların içerikleri olmuyor. O yüzden de bunu mümkün olduğu kadar zamana yayıp mümkün olduğu kadar beslemek önemli. 120 senelik ekmek mayası ne kadar unla beslene beslene ekmek mayalar hale geliyor. 120 senelik bir ekmek mayasıyla mayalanmış ekmekle, 1 senelik mayayla mayalanmış ekmek aynı olmuyor. Anlayanlar bakıyor. Gözeneklerinin büyüklüğünden, ekmeğin nefasetinden, o mayanın yediği undaki zararlı şeylerden sonra geriye kalanlardan yola çıkarak diyor ki, bu ne harika bir şey ne, olağanüstü bir şey. Baktığınızda ekmek. Baktığımızda ikisi de maya. Dolayısıyla bunu mayalandırabilmek için kavrama ihtiyaç var.

Vecdi Aral isimli Hukuk Felsefecisinin bir metni⁶ üzerinden bakalım eşitlik kavramına. Vecdi Aral bizim Hukuk Felsefesi hocalarımızdan birisi. Ben de onun öğrencisi oldum. Onların hocaları da dünya çapında hocalardı. Gurvitch isimli bir filozofun yanında yetişmiş kimselerdi Orhan Münir Çağıl, Tarık Özbilgen. Vecdi Aral da onların öğrencisi. Hukuk mantığı bakımından önemli. Hukuka teknisyenlik olarak bakanlar, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi, Hukuk Başlangıcı gibi derslere önem vermiyorlar. Bazen de onların hocaları, o derslere gereken önemi vermiyor. Dolayısıyla ortada bir eksiklik oluyor. Bakın şöyle demiş:

"(...) İnsanlar gerek yaratılış ve gerekse içinde bulunduğu koşullar, bu koşullara göre sahip olduğu olanaklar bakımından eşit değildir (...)" Bakın eşitlik anlatımına nereden başlıyor. Eşit olmayan yönleri ortaya koyarak.

"...insan bunu, insanlarla ilişkileri bakımından hukuk düzeninden bekler. Düzen ve eşitlik hemen hemen aynı anlama gelir; düzenlemek bir bakıma eşitlemek demektir..." Esasında eşit olmayanların eşitlenmesine ilişkin bir

⁶ Vecdi Aral, **Beklediğimiz ve Bizden Beklenen Adalet**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014, s. 21-22.

hukuki uğraştan bahsediliyor. Dolayısıyla eşitlik derken, zaten mesele eşitler arasındaki eşitlik değil. Eşit olmayan şartları, eşitleştirecek bir şey. Adeta bu pozitif ayrımcılığın önemini de getiriyor. Bazen eşitleyebilmek için eşitsizlik yapmak lazım. Nitekim stadın etrafında birkaç tur dönülecek yarışlarda, vevv biçimde start noktası belirleniyor. Niçin? Birisi daha iç kulvardan dönüyor. Birisi daha dış kulvardan dönüyor. Baktığında mesafesi aynı olmadığı için, başlangıcı aynı olmayan vevv biçimde belirleniyor ki koştukları mesafe aynı olsun. Yarışta eşit olsunlar. Baktığımızda aynı çizgiden değil. Aynı çizgiden olursa eşitsizlik olacak eşitlik yapıyorum diye. Çünkü birisi daha dar kesimden dönecek; diğeri daha geniş. Dolayısıyla eşitsizlik de eşitliği sağlamak içindir. Bir düzen meselesi.

“...Nitekim ilişki ve davranışlarımıza ilişkin olan hukuk düzeni, bu ilişki ve tutumları mantığa uygun olarak sıralamak zorundadır; düzen ancak böylece varlık kazanabilir ve gerçekleşebilir. Düzenleme ancak mantığa göre, ona uygun yapılacaksa(yapılması gerekiyorsa), bu demektir ki, düzenlemek biçimlendirmekten başka bir şey değildir; çünkü mantık, düşüncelerin(fikirlerin) tek tek içerikleri ile değil, onların yapıları ile, dış görünüşleri ile ilgilenir.

Bu yüzden biçim ve biçimcilik(formalizm) hukukun niteliği gereğidir ve hukukçu her zaman biçimci düşünmek, onun gereklerini yerine getirmek zorundadır.

Öze ya da içeriğe değil, biçime önem veren formalizme uygun olarak hukuk, bireylerin davranışlarını ve ilişkilerini ayrı ayrı özü ve özellikleri bakımından değil, daha çok dış görünüşleri ve biçimleri bakımından düzenler. Hukuk, bireysel olana, önceden kestirilemeyecek olana göre kurallar koymaya kalksardı bunu aslâ başaramazdı.

İşte, bireysel olanı düzenlemedeki bu olanaksızlık hukuktan beklenen eşitliği doğrudan doğruya sağlamaktadır. Düzenlemede bireysel olan her şey dışarı atılacağına göre, geriye sadece olay ve bireyler arasındaki ortak noktalar kalacaktır ki, bu bir eşitlemeden başka bir şey değildir...”

Yani herkeste farklı olan dışında, herkeste aynı olan var. Herkesi, aynı olanı esas olarak değerlendirdiğinizde, esasında eşitliği sağlamış olacaksınız diyor. Dolayısıyla herkeste farklı olan, kendisine özgü bir şey. Burada esas olan önemli. Yani bir insanı, insanlığı dolayısıyla, bir düzenlemeye tâbi tutuyorsanız; daha önce mahkûm olması, kadın olması, erkek olması, şu dinden olması, bu dinden olması, şu düşüncüyü taşıması onun kendisine özgü nitelikler olduğu için düzenlemede esas alınmaz. Ortak noktası esas alınır. O yüzden hırsızlıktan mahkûm olanlar oy kullanamaz diyemezsiniz. Hırsızlıktan mahkûm olmanın cezası başka bir şey. Bazen deniliyor ya üniversite bitirmiş biriyle bir çobanın oyu aynı mı olacak. Aynı olacak. Çünkü oradaki eğitim farkı, meslek farkı, mesleklere ilişkin bir şey. Sonuçta kendisine hizmet sunacak kimseleri tercih etmede, o da diğeri gibi hizmetten yararlanan konumunda. Kişiye özgü nitelikleri esas aldığınız takdirde oluşabilecek eşitsizlik, herkeste ortak olan noktayı esas olarak düzenleme mantığına ulaştığımızda, gerçek anlamda bir eşitlik noktasına ve düzenleme mantığına oturacak diyor.

*“Düzenleme gereği kendiliğinden oluşan bu eşitlik, yasa koyucunun(düzenleyicinin) özel niyetine bağlı olmadan kendiliğinden oluşur. Eşitlik istemi, bizzat düzenleme kavramının içinde yer alır. **Bu nedenle eşitlik isteminin anayasalarda ön görülmesine aslâ gerek yoktur. ‘Yasa karşısında herkesin eşit olduğu’ anlamına gelen bu tür eşitlik her düzenlemede, her yasada vardır. (...)**”*

Daha önemli bir noktaya gidiyor. Bu o kadar hukukun genel bir ilkesidir ki Anayasa'nın 10. maddesinde eşitlik ilkesi yer almasaydı bile eşitlik ilkesi yine olurdu. Hatta avangart bir yaklaşımla şöyle denilebilir: Eşitlik ilkesini böyle düzenlemesi daha kötü. Çünkü eşitlik konusundaki anlayış gelişmesine de engel olmayacak bir biçimde eşitliği ayrıntılı düzenlemeye tâbi tutuyor. Düzenlemeye tâbi tutmak, bir anlamda da sınırlamaktır. Dolayısıyla eşitlik ilkesi, içinde mündemiçtir diyor. Derunundadır. Bünyenin içinde vardır. Her düzenleme eşitliği esas almak zorundadır. Zaten eşitliği esas almamışsa, düzenleme başarılı yapılmamıştır. Herkeste ortak olan noktaya göre yapılmamışsa, zaten yapılması gereken şeyde eksiklik, aksaklık var.

Şimdi Anayasa'mızın eşitlik maddesini inceleyelim. Madde, **“kanun önünde eşitlik”**. Başarılı bir ifade diyebiliriz buna. Adeta diyor ki, insanlar, fırsatları bakımından eşit değil, imkânları bakımından eşit değil, eğitimleri bakımından eşit değil; cinsiyetleri farklı, inanışları farklı, ırkları farklı ama kanun önünde hepsi eşit. Dolayısıyla kanun önündeki konumları bakımından ele alıyoruz diyor. Dolayısıyla burada eşitliği sağlayan şey ne? Kanun önünde eşitlik. Önemli bir yaklaşım. Kanunun herkesi aynı konumda ele alması -Vecdi Aral'ın dediği gibi- farklılıklarından arındırılmış bir insan olarak değerlendirmektir. İnsan olması dolayısıyla da değerlendirmesi lazım. Bu yüzden çocuk eğitimcileri de diyor ya, çocuğunuzun bir hatasını eleştiriyorsanız, çocuğa sen şöylesin böylesin demek yerine, şu

davranışın yanlış diye vurgulayacaksınız. İnsanlığını ezmeyeceksin. Yanlış davranışı cezalandırmamak hata ama insanlığını ezmek, bu sefer hatanın üzerine yapılan ikinci bir hata. Dolayısıyla esasında kanun, insan olmasına dayalı bir değerlendirme.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI

X. Kanun önünde eşitlik

Madde 10 – *Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Tarihin ayırım noktalarından yola çıkarak saymış. Diller farklı olabilir, ırklar farklı olabilir. Renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep “ve benzeri sebeplerle” diyerek de genişleme imkânı veriyor. Farklı ayırım noktaları olabilir. Galatasaraylı, Fenerbahçeli, Beşiktaşlı. Bir sürü sebepler çıkabilir. Burada da mantıklı yaklaşmış. Şimdiye kadar insanlık tarihinin-sadece Türkiye’nin tarihinin değil- geçirdiği ayrımcılık sebeplerinin belli başlılarını saymak, bundan sonra da ortaya çıkabilecekler için genişleme. Emniyet supabı bırakmak suretiyle eşitliği açıklamış. Dikkat ederseniz bir vurgulama ve dondurmama yaklaşımı var. Bunlar bakımından dese, donmuş olacak.

Sonra 2004’te bir değişiklik olmuş: “*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir.*” O sırada hukuk düşüncesi ve uygulama kadın-erkek eşitliği meselesini gündeme getirmiş. Eşitsizlik yapılmaya bile aynı noktadan başlamamak veya aynı imkânlarla sahip olmamak, sosyal engelleri bulunmak, toplumsal cinsiyet anlayışı, iş bölümü ve saire nedeniyle eşit olma durumunu yakalayamayanlar için bir şey düşünüyor.

Mesela telekomünikasyon piyasasında buna ilişkin bir tartışma var. Turkcell diğerlerinden daha önce başladı. 60 milyona yakın abonesi var. Avea ve Vodafone bir türlü Turkcell’in yarısına bile yetişemiyor. Niye? Çünkü bir türlü eşitlenemiyor. Şimdi Düzenleyici Kurul kurdum, hepimize aynı düzenlemeleri yapıyorum diyor ama diğerleri diyor ki; bizi önce eşitle, eşit başlamadık, o daha önceden bütün baz istasyonlarını kurdu, abone aldı, bizden önce bütün yapılanmayı bitirdi, biz şimdi yeni baz istasyonları kuramıyoruz. Peki ne istiyorsunuz diyor? Bizim de bir abonemiz aradığı zaman Turkcell’in baz istasyonlarından bize çağrı gelebilir. Biz de onu kullanabilelim. Eşitleştirmek sadece eşitsiniz demekle olmuyor ki. Eşitiz ama bir türlü piyasadaki hâkim gücünü kırıp da aynı potansiyele gelemiyoruz. Aynı potansiyele gelebilmemiz için bize avantaj ver. Turkcell de, “Ben kurdum masraf yaptım, bütün bu baz istasyonları benim, niye başkasına kullanırayım?” diyor. Sonuçta idari otorite düşünüyor; “Eşitleştirici bir karar almam lazım, ‘ulusal roaming’e karar verdim” diyor. Bu sefer Turkcell fazla para isterse, “Hayır diğer telefon şirketlerinden kendi abonenden daha fazla para alamayacaksınız.” diyor. Ne yapıyor? Eşitleştiriyor. Eşitleştirmeye çalışıyor. Burada da ona işaret etmiş. Bakmış ki böyle demekle, kadın-erkek kanun önündeki eşitlik yeterince sağlanamayacak; eşitleştirmek için bir daha vurgulamış: “*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir.*” Bir önceki bunu içermiyor muydu? İçeriyordu. Bu yeni mi geldi? Hayır, vurguladı. Esasında sonrasını yazmak için bunu yazdığı anlaşılıyor. “*Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.*” İşte bakın eşitleştirici bir şey. “*Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*” Ek cümleyi de 2010’da getirmiş. Eşitliği sağlamak için önemli. “*Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*” Bu özürllüer terimi Anayasa’da da kalmış. Harp ve vazife şehitlerinin geride kalanları millete emanettir diye bakma anlayışını getirmiş. Yoksa onlara tazminat veriliyor, maaş

bağlanıyor. Sadece onla açıklanabilecek bir şey değil. Daha fazla verecek bir şeyi var mı canını vermiş. Eşitleyecek bir şey yapman lazım. Ailesinden geride kalan birisini, sınavsız devlet memurluğuna alacaksın. Bunu yapmak da eşitliğe aykırı sayılmayacak. Dolayısıyla bu bir anlamda devletin eşitleştirici yaklaşımı. Kendisi için canını vermiş, uzvunu vermiş insanın geride kalanlarına sahip çıkmak demek, böyle yapacak kimselere de hukuki düzen bakımından bir güvence vermek demek. Geride gözünün kalmaması demek. Gelişmiş bir eşitlik yaklaşımı. Esas noktaya geliyor. “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” Esas yaklaşım bu: İmtiyaz tanınamaz. Eşitliğin ayrımcılık yasağı olarak gözüken boyutu. “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” Bir de yükümlülük getirmiş.

Anayasa’daki yetmişinci madde de “kamu hizmetine girme hakkı”.

IV. Kamu hizmetlerine girme hakkı

A. Hizmete girme

Madde 70 – Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.

Burada da kritik cümleye bakın maddede. “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez”. Bir ayırım gözetiyorsanız, ancak görevin yerine getirdiği nitelikler olacak. Mesela İç Hastalıklarına profesör alacaksınız. İç Hastalıklarda böbrek uzmanı var, karaciğer uzmanı var, mide uzmanı var. Sizin karaciğer uzmanınız yoksa karaciğer uzmanı olma şartını arayacaksınız. Niye? Çünkü diğer uzmanlar var, karaciğer uzmanı yok. Bu sefer niye böbrek uzmanı Nefroloji demedin de karaciğer dedin diye dese eşitliğe aykırı olmayacak. Çünkü hizmette eksik olan parçayı almaya çalışıyor olacaksınız.