

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ VE İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI ÇERÇEVESİNDE AF, ŞARTLA SALIVERME, DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİ

Yrd. Doç. Dr. Sibel İNCEOĞLU^(*)

Giriş

Günümüzde neredeyse bütün anayasalar ve uluslararası sözleşmeler eşitlik ilkesine yer vermektedir. Bu ilke modern hukuk sistemlerinde hukuk devletinin en önemli parçası olarak görülmektedir.

Eşitliğin, ancak hukuk devletinin güvence araçlarıyla birlikte korunma imkanına kavuşabildiği doğru olmakla birlikte, eşitliğe ilişkin düşüncelerin yeni olduğu söylenemez. Örneğin, Antikçağda dahi eşitlik dileği dile getirilmiştir. Platon, kadın erkeğin gördüğü işi görebilir mi sorusunu cevaplarken şöyle diyor: “Dazlak kafalılarla saçlı olanlar bir yaradılıştadır mıdır? Ayrı dersek, dazlak kafalılar kunduracı olunca, saçlı olanlara kunduracılık yaptırmamız gerekir, ya da tersine... kadınla erkek arasındaki fark sadece kadının doğurması, erkeğin de tohum salmasından başka bir şey değil ise, üstünde durduğumuz konuda kadınla erkeğin ayrılığını hesaba katmayacağız. Bekçilerimizin karılarıyla birlikte aynı işleri görmeleri gerektiğini ileri süreceğiz”.¹ Fakat ne Platon’un tam olarak bir eşitlik savunucusu olduğunu, ne bu tür dileklerin, o dönemde eşitlik ilkesinin yaşama geçirildiğini gösterdiğini ne de tersi fikirlerin örneğin köleliği meşrulaştırıcı fikirlerin savunulmadığını söylememiz mümkün değildir. Nitekim Platon ve Aristoteles hiyerarşik bir evren ve insanların eşitsizliği temeline dayanmışlardır. Aristoteles bir üretim aracı olan köleliğin doğallığını güçlü bir biçimde savunurken esasında üretim biçiminin sonucu olan mevcut düzeni meşrulaştırmaktadır.² Eski

^(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Platon. Devlet. çev. Sabahattin Eyüboğlu – M.Ali Cimcoz. Remzi Kitabevi. 7. b. İstanbul 1992. (Beşinci kitap 454 c ve e) s. 142.

² Bkz. Aristoteles. Politika. çev. Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, 4. b., İstanbul 1993, (Kitap I Bölüm 4-5), s. 12-14.

Yunanda eşitlik, “vatandaşlar arası eşitlik”, “bilgeler arası eşitlik” gibi eşitsizliğin eşitlik sözcüğü ile ifade edildiği sınırlı bir eşitlik olmuştur.³

Antikçağda şehir devletlerin yıkılmasından sonra İmparatorluk döneminde iki sorun evrensel bir düşüncenin savunulmasına destek olmuştur. Birincisi, kökenlerin ve geleneklerin farklılıklarını tek bir belirleyicinin yönetimi altında bir arada tutacak “bir dünya görüşü” oluşturma zorunluluğu⁴, ikincisi ise şehir devletin güvenlik duygusunun yok olmasıyla, geniş ve yabancı bir dünya ile karşılaşmanın yarattığı yol göstericilik ve yardım ihtiyacı olmuştur. Bu geniş dünyada yalnız bırakılmış insan, birey olma bilincine yönelmiştir,⁵ bu bilincin referansları Stoa öğretisindeki evrensel eşitlik ve özgürlük olmuştur. İlk defa Stoa öğretisinde eşitlik evrensel bir ilke olarak dile getirilmiştir. Bu öğretinin en önemli düşünürü Seneca, insanı sadece insan olduğu için öz bakımından eşit ve saygı değer kabul etmekle birlikte, efendilerin kölelere dostça nazik davranmaları gerektiğini öğütlemekten ileri gitmemiş, kölelerin düzeni yıkmaması için, mevcut düzeni meşrulaştıran bir araç sunmuştur⁶.

Her tarihsel dönem ve her toplum kendine ait üretim biçimleri ve değerlerinin yansıması sonucu farklı eşitlik anlayışlarını içermiştir. Antikçağ için örneğin vatandaşlar arası eşitlikten söz edilirken, ortaçağ için “tanrı önünde eşitlik”ten⁷, burjuva devrimi sonrası “yasa önünde eşitlik”ten, sanayi devriminden sonra da, kanun önünde eşitliği tamamlayan, sosyal devletin ürünü olan “fırsat eşitliği”nden söz edilebilir.

Bu çalışma fırsat eşitliğini değil, “yasa önünde eşitlik”, “yasaların eşit koruması”, “hukuki eşitlik” ya da “ayrımcılık yasağı” olarak çeşitli şekillerde ifade edilen eşitliği ele almaktadır. Yasa önünde eşitlik ilkesinin temelleri 17. ve 18. yüzyıllarda laik doğal hukuk öğretilerinde bulunmakla birlikte, tam anlamıyla yasa önünde eşitliğin sağlanabilmesi için 20. yüzyılı beklemek gerekecektir. Çeşitli bildirilere ve anayasalara yasa önünde eşitlik 18. yüzyılda girmiş, fakat bu kavram uzun süre kağıt üstünde kalmıştır. Örneğin, eşitlik 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin en önemli

³ Alaeddin Senel. “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi”. Yavuz Abadan’a Armağan. AÜSBF yay. Ankara 1969. s.257.

⁴ Bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları. Kent Devletinden İmparatorluğa, İmge Kitabevi. Ankara 1994. s. 398-400.

⁵ Jacques Choron. Death and Western Thought. Colliers Book press. 2 ed. New York 1973.

⁶ Bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları – Levent Köker, İmparatorluktan Tanrı Devletine. İmge Kitabevi yay. Ankara 1991. s. 66-70.

⁷ A. Şenel. a.g.m. s. 259.

ilkelerinden biridir, fakat 1791 Anayasası genel oy ilkesini kabul etmemiş, seçme hakkının kullanılabilmesi için vergi ödeme şartını getirmiştir⁸ Bu sonuç, 1789 devriminin burjuva kazanımlarıyla sonuçlandığını düşünecek olursak şaşırtıcı değildir. Eşitlik ilkesinin kağıt üzerinde kaldığına ilişkin diğer örnek ise, 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu ve sonrasında Meşrutiyet dönemidir. Fermanda açıkça yasa önünde eşitlik ilkesi yer almasa da keyfi işlemlere yer verilmeyeceği, ayrımcılık yapılmayacağı çeşitli şekillerde ifade edilmiş⁹, fakat 1876 Anayasasında sadece erkeklere seçme hakkı tanınmıştır¹⁰. Bu nedenlerle yasa önünde eşitlik ilkesinin ancak 20. yy'da gerçekten uygulanır bir ilke olmaya başladığını ve anayasa mahkemelerinin yaygınlaşmasıyla, uluslararası sözleşmelerde yer verilip denetim altında tutulmasıyla güvencelendiğini söylemek yanlış olmaz.

I- Eşitlik İlkesine İlişkin Düşünceler

Eşitlik iki şeyin aynı, özdeş ya da bir olduğu şeklinde anlaşılabilen bir kavramdır. Eşitlik ilkesinden söz ederken, doğadaki hiçbir şeyin veya durumun tıpatıp aynı olmadığı bilinmekte, eşitsizliğin varlığı kabul edilmektedir. Eski Yunan Düşünürü Herakleitos'un dediği gibi, aynı ırmağa iki kez giremeyiz, çünkü ikinci girişimizdeki sular ilk girişimizdeki değildir; hatta aynı ırmağa bir kez bile giremeyiz; daha adımımızı atarken, yalnız sular değil, biz de değişmekteyiz¹¹. İki insanın veya durumun eşit olduğu söylendiğinde, sadece belirli yönlerden eşit olduğu, diğer yönlerin ele alınan konu, amaçlanan şey açısından ilişkisiz olduğu kabul edilmektedir. "Bütün insanlar eşittirler" önermesi, sadece insanlar "insan doğasına" sahip olduklarından, "insan onuru" açısından eşittirler anlamında bir içeriğe sahip olmakta, bu önerme insanların özellikleri, içinde buldukları durum ve ihtiyaçları açısından farklı olduklarını inkar etmemektedir. Aksi halde, herkes eşittir önermesinden yola çıkıp, bir kişinin ihtiyacı olmamasına, özellikleri veya durumu farklı olmasına rağmen diğerlerine uygulanan (yükümlülük veya yarar getiren) kuralın aynısını ona da uygulamak gibi bir durum ortaya çıkabilir ki bu daha fazla eşitsizliğe neden olur. Örneğin, vergi yükü miktarını herkes için sabit tutup, çok geliri olan ile

⁸ Ayferi Göze. Siyasal Düşünceler ve Yönetimler. Beta yay., 7.b., İstanbul 1995. s. 534-537.

⁹ Bkz. Bülent Tanör. Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri. Der yay., 2.b., İstanbul 1995. s. 70-74.

¹⁰ Bkz. a.g.e., s. 127.

¹¹ A. Şenel. a.g.m., s. 243.

az geliri olan arasında ayırım gözetmeyerek aynı miktarda vergi almak gibi mali güçteki farklılığa aykırı bir durum yaratılabilir veya bedenen sakatlığı bulunan birini askerlik hizmetini yerine getirmeye zorlamak gibi doğal farklılığa aykırı akıl dışı bir yükümlülük getirilebilir.

O halde mutlak eşitlik söz konusu değildir. insanın içinde bulunduğu durumu, özellikleri ve ihtiyaçları açısından farklılıklar vardır. İnsanların özellikleri, durumu ve ihtiyaçları arasındaki benzerlikleri ise siyasi iktidar kategorize ederek diğer bir deyişle 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 belirlenebilir¹². Kanunun somut bir amaca hizmet edip etmediği, amacın meşru, kamu yararına yönelik veya anayasada belirtilmiş özel amaçlardan biri olup olmadığı; belli bir gruba yükümlülük veya yarar getiren kuralın söz konusu amaçla bağlantılı olup olmadığı, diğer bir deyişle sınıflandırıcı özelliklerin yasama amacı ile bağlantılı olup olmadığı, bu amaca hizmet edip etmediği; amaçla araç arasında oranlılık olup olmadığı eşitlik açısından tartışılması gereken konulardır¹³.

Kanunun amacı kamu yararına veya Anayasada belirtilen amaçlardan birine uygun olmak zorundadır. Fakat kamu yararını kesin bir biçimde tanımlamak, bir kanunun kamu yararına olup olmadığını değerlendirmek oldukça güçtür, kamu yararı kavramı, içinde bulunulan şartlara ve döneme göre değişir ve siyasi tercihleri yansıtır, siyasi tercihler ise seçilmiş kişilerin inisiyatifindedir. Bir kanunun amacının kamu yararına olup olmadığı tarzında bir denetim Anayasa Mahkemesinin kendini kanun koyucu yerine koyması,

¹² "Developments in the Law-Equal Protection". Harvard Law Review. 1969. V. 82. s. 1077 in A. Merih Öden. Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi. (doktora tezi) Ankara 1989. s. 231-232.

¹³ Detaylı bilgi için bkz. A. M. Öden. a.g.e.. s. 231-266.

yerindelik denetimi yapması sonucunu doğurabilir. Dolayısıyla, ancak kamu yararının ortaya konulması açık bir biçimde mümkün değilse, böyle bir denetim söz konusu olabilir¹⁴, yapılan kanunun amacı açıkça fark edilebilecek düzeyde, özel belli bir grubun çıkarlarını gözetiyor ve bir ayırmacılığı hedefliyorsa amaç açısından denetim devreye girebilir¹⁵. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin (AYM), 6195 sayılı “CHP’nin haksız iktisaplarının iadesi hakkındaki kanun”un iptali bu tür bir denetimi gerektirmiştir¹⁶

Amaç meşru ve kamu yararına olsa dahi, ikinci tartışılması gereken konu amaç ile sınıflandırmanın birbiriyle ilişkili olup olmadığıdır. Sınıflandırma olası amaçlarla ilişkili değil, bu amaçlara hizmet etmiyorsa eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilir. Bu noktada sınıflandırıcı özelliklere dikkat çekilmek zorundadır. Örneğin, 2556 sayılı Hakimler Yasasının göreve kabul için gereken şartlardan biri olan yabancı ile evli olmama şartını 1961 Anayasasının 58 ve 12. maddelerine aykırı bulmuştur. 12. md. eşitlik ilkesini, 58 maddede yine eşitlik ilkesinin bir görünümü olan kamu hizmetlerine girmede “... görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırim gözetilemeyeceğini” kurala bağlamıştır. Yasa ise, göreve uygun olmayanları sınıflandırmış, yabancı ile evli olan grup hakimlik mesleğine uygun bulunmamıştır. AYM 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. Nitekim Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu olan yedek subaylar için yasa ile öngörülmüş olan bu yoldaki hak kısıtlamalarının, sonradan yürürlükten kaldırılmış olması ve “Memurin Kanunu”ndaki kısıtlayıcı hükümlerin Devlet Memurları Yasasında yer almamış bulunması, yasa koyucunun Devlet sırlarını görevleri gereği yakından bilme ve öğrenme olanağı olan kamu görevlilerinin yabancılarla evlenmelerini

¹⁴ Erdoğan Teziç. Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı. Fakülteler matbaası. İstanbul 1972. s. 114-119.

¹⁵ Ergun Özbudun. Türk Anayasa Hukuku. Yetkin yay., Ankara 2000. s. 386-387.

¹⁶ E. 1963/124. K. 1967/20. K.T. 27/6/1967. AYMKD S. 1. s. 432.

olağan gördüğünü ve bu durumu, bir ödev niteliği olarak değerlendirmediyi açıkça ortaya koymaktadır.”¹⁷

Başka bir kararında AYM yine amaç araç ilişkisinden yola çıkmaktadır. İmar Kanununun bazı maddelerinin iptaline ilişkin kararında, kanunun 27. maddesinde yer alan ve bazı yapılar için yapı ruhsatı alınmasına istisna getiren hükmü diğer Anayasa maddeleri yanında eşitlik ilkesine de aykırı bulmuştur. AYM şöyle demektedir: “Yasanın gerekçesinde ‘yapı ruhsatı konusunda yeni bir anlayışla belli ölçüdeki binaların ruhsata tabi tutulmaması kolaylığı getirilmiş’ denilmekle yetinilmektedir.... ruhsatla sağlanmak istenen nihai amacın kamu yararı olduğunda duraksamaya yer yoktur. O halde bu konuda getirilecek bir istisna kuralının kamu düzeni, güvenliği ve esenliğini zedelememesi ve kamu yararının gerçekleşmesini engellememesi gerekir. ...bu ayrıcalığın; kamu düzeni, güvenliği gibi gerekçelerle getirilmiş olan ruhsat alma zorunluluğundan ayrılmayı gerektirecek haklı bir nedene dayandığı ileri sürülemez”¹⁸.

Eşitlik ilkesi çerçevesinde amaç ve araç ilişkisinin diğer bir unsuru da amaç ve araç arasında ölçülü bir oranın bulunmasıdır. Anayasa Mahkemesi bu ölçütü de kullanmaktadır. 3270 sayılı Kanunun 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 52. maddesini değiştirerek, seçime katılan TBMM’de grubu bulunan ve temsil edilen partilere radyo ve televizyonda propaganda yapma açısından kademeli olarak, diğer partilerin konuşma sürelerinden fazla süreler getirmiştir... AYM bu konuyla ilgili şöyle diyor. “...partilere farklı süreler tanınması haklı nedene dayandıkça eşitlik ilkesine aykırılık oluşmaz. Düzenleme, bir önceki seçimlerde öbür partilere oranla daha büyük seçmen kitlesinin güvenini kazanmış partilere avantaj sağlamaktadır. ... (düzenlemedeki) büyük fark, kabul edilebilir ölçünün aşılmasıyla eşitliğe aykırı görülebilirdi. Oysa makul ölçünün aşıldığını gösterir bir durum yoktur. Propaganda konuşmalarının seçime katılma durumunda partiler için aynı olması, sonraki fazlalıkların değişkenliği, parti güçlerinin oranına göre aykırılık oluşturmamaktadır... getirilen değişiklikteki aşırı olmayan ölçüler eşitliğe aykırılık savına kanıt gösterilemez. Düzenlemeyle partiler arasında bir ayırım değil büyüklüklerine göre fark yaratılmıştır”¹⁹

¹⁷ E.1979/19. K.1979/39. K.T.9/10/1979. AYMKD. S. 17. s. 299.

¹⁸ E.1985/11. K.1986/29. KT 11/12/1986. AYMKD. S. 22. s. 462.

¹⁹ E. 1986/17. 1987/11. KT. 22/5/1987. AYMKD. S. 23. s. 227-8. Benzer konuda bkz. E. 1973/37. K. 1975/22. KT. 25/2/1975. AYMKD. S. 13. s. 132-3.

Diğer yandan, bir sınıflandırma somut amacı açısından benzer durumda olanların tamamını kapsamıyorsa eksik kapsamlıdır. Eksik kapsam, kişilere yararlar sağlayan bir kanunun, aynı yararı onun amacı ışığında benzer durumda bulunan diğer kişilere de sağlamaması veya yükümlülükler getiren bir kanunun, aynı yükümlülükleri onun amacı ışığında benzer durumda bulunan diğer kişilere de getirmemesi halinde söz konusu olmaktadır²⁰. Bu durumun tersi de düşünülebilir, eğer bir sınıflandırma somut amacı açısından benzer durumda bulunmayanları da kapsıyorsa, benzer durumda olanlardan daha genişse aşkın kapsamlıdır. Aşkın kapsam, yararlar sağlayan bir kanunun, amacı ışığında ondan yararlanmamaları gereken kişilere de yararlar sağlaması veya yükümlülükler getiren bir kanunun, yöneldiği amaçlarla ilişkili olmayan kişilere de yükümlülükler getirmesi halinde ortaya çıkmaktadır²¹. Eşitlik ilkesi benzer durumda olanlara eşit davranılmasını gerektirdiği için, eksik veya aşkın yapılmış bir sınıflandırma eşitlik ilkesine aykırı olabilecektir Bu tür sınıflandırmaları Anayasaya aykırı bulan Anayasa Mahkemesi kararları da bulunmaktadır²².

Eşitlik ilkesinin bu türden sıkı denetimi keyfi bir sınıflandırma yapılmasını engellemeye yöneliktir ve bir anlamda hukuk devletinin keyfiliğe karşı bireyi korumasının bir aracıdır.

II- Eşitlik İlkesinin Türk Anayasa Hukuku Açısından Değerlendirmesi

A- 10. Maddenin İçeriği

Eşitlik ilkesi kişileri keyfi muameleye maruz kalmaktan koruyan demokrasi ve hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisidir. Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesine aykırılığın aynı zamanda

²⁰ "Developments. a.g.e., s. 1084. Evans G.. "Bening Discrimination and the Right to Equality". Federal Law Reviev. 1974. V. 6. s. 44. Forde. M. "Equality and the Constitution". Irish Jurist 1982. V. 17. s. 314. Tussman J.-Tenbrock. J.. "The Equal Protection of the Laws". California Law Rev.. 1949. V. 37. S. 3. s. 347-348 in A.M. Öden. a.g.e.. s. 267.

²¹ "Developments... a.g.e., s 1086. Evans. a.g.m., s. 43-44. Forde. a.g.m., s. 314-315. Tussman-Tenbrock. a.g.m.. s. 351-354 in A.M. Öden. a.g.e., s. 280.

²² Örneğin. Eksik sınıflandırma için bkz E. 1966/1. K. 1966/21. K. T. 19/4/1966. AYMKD. S. 4. s. 151-154; aşkın sınıflandırma için bkz., E. 1971/58. K. 1972/22. K..T. 9/5/1972. AYMKD S. 10. s. 381-383. Eksik ve aşkın sınıflandırma hakkındaki detaylı bilgi ve Anayasa Mahkemesi Kararları için bkz.. A. M. Öden. a.g.e., s. 267-284.

hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturduğunu kabul etmektedir²³. Eşitlik ilkesi bir yandan hukuk kurallarının genel olmasını (şekli eşitlik), bir yandan da kişilere eşit davranılmasını gerektirir (maddi eşitlik)²⁴.

Türk Anayasa hukukundaki gelişmelere baktığımız zaman bu ilkenin 1876, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer aldığını görürüz. Fakat 1961 ve 1982 Anayasaları haricinde Anayasaya uygunluk denetimi yapılamadığı için gerçek güvencenin 1961 Anayasası sonrası getirildiğini söylememiz gerekir.

1982 Anayasasında, eşitlik ilkesi 10. maddede düzenlenmiştir. 10. madde şöyle demektedir:

"Herkes, dil, ırk, cinsiyet, 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 olarak hareket etmek zorundadır".

10. maddenin ilk iki fıkrası hemen hemen aynı içeriğe sahip bir biçimde 1961 Anayasasının 12. maddesinde yer almıştır. Tek fark "ve benzeri sebeplerle" ifadesinin 12. madde de yer almamasıdır. Üçüncü fıkrası ise 82 Anayasasının bir ürünüdür, bu fıkra ile hem kanun koyucu hem de kanun uygulayıcıları muhatap alınmakta, eşitlik ilkesine uyma emri verilmektedir Diğer bir deyişle eşitlik yükümlülüğü getirilmektedir²⁵. Fakat üçüncü fıkra olmasaydı dahi, zaten tersinin anlaşılması mümkün değildir, dolayısıyla 61 Anayasasının böyle bir yükümlülük getirmediğini, 82 Anayasasının bunu sağladığını söylemek mümkün değildir. Çünkü 61 Anayasasının 8. maddesi ve 82 Anayasasının 11. maddesi, Anayasa hükümlerinin (özel-tüzel) kişileri ve tüm kamu otoritelerini bağladığını zaten açıkça beyan etmektedir.

61 ve 82 Anayasasındaki düzenleniş biçimlerindeki diğer bir fark, eşitlik ilkesi, 61 Anayasasında Temel Hak ve Ödevler Kısmında düzenlenmişken, 82 Anayasasında Birinci Kısımda Genel Esaslarda düzenlenmiş olmasıdır. Maddenin gerekçesinde, bu maddenin

²³ E. 1991/34. K. 1991/34. KT 8/10/1991. AYMKD S. 27. C. II. s. 579-580.

²⁴ E. Özbudun. a.g.e.. s. 137; Mustafa Erdoğan. Anayasal Demokrasi. Siyasal Kitabevi. Ankara 1997, s. 79.

²⁵ Bülent Tanör- Necmi Yüzbaşıoğlu. Türk Anayasa Hukuku. Yapı Kredi yay., İstanbul 2001. s. 115.

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 Genel Esaslar Kısımındaki devletin kuruluş unsurları ve dayanaklarından biri olduğunu söylemek gereklidir, tıpkı 2. ve 5. maddelerde belirtilen demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları gibi. Bu ilkenin Genel Esaslarda yer alması eşitliğin iki yönü olduğu, hem bir temel ilke hem de bir temel hak olduğu görüşünü çürütmez²⁶, aynı zamanda bir hak olarak savunulmasını güçlendirir.

10. maddenin birinci fıkrası iki şeye 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.

Altı çizilerek 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 (kadınlar gibi) bu eşitsiz konumunu dengelemek amacıyla yapılması mümkündür (olumlu-pozitif ayırimcılık), olumlu ayırimcılık eşitlik ilkesine aykırılık olarak anlaşılmamalıdır, çünkü tersi bir durum fiili eşitsizliği korumak anlamına gelebilir.

İkinci fıkrada ise hiçbir kimseye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz denilerek, ayrıcalık (imtiyaz) yasağı getirilmektedir. Bu hüküm için de, olumlu ayırimcılık açısından yukarıda belirtilenler tekrarlanabilir. Örneğin fiili eşitsizlik içinde yer alan bazı kesimlere sosyal hakları öncelikli olarak tanımak ayrıcalık yaratmak anlamına gelmez, olumlu ayırimcılık mümkündür²⁷.

B- Eşitlik İlkesinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu

1) Anayasa Mahkemesinin Kararlarına Genel Bakış

Eşitlik ilkesi, pek çok demokratik ülkenin Anayasa Yargısında²⁸ ve ileride değinilecek olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

²⁶ Aynı yönde B. Tanör-N. Yüzbaşıoğlu. s. 114.

²⁷ Bkz. a.g.e., s. 114-115.

²⁸ Bkz., İbrahim Ö. Kaboğlu. Özgürlükler Hukuku. Afa yay., İstanbul 1999. s. 113-114.

kararlarında mutlak bir eşitlik olarak algılanmamaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesini mutlak olarak görmemektedir. Diğerlerinden farklı özellikleri, durumu ve ihtiyaçları olanların kamu yararı amacına uygun olarak sınıflandırılması, farklı yarar ve yükümlülükler getirilmesi, özel düzenleme konusu yapılması olağandır, hatta bazen gereklidir de. Önemli olan yukarıda eşitlik ilkesine ilişkin söylenenlere uygun düzenleme yapılabilmesidir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında 10. madde yorumlanırken iki bakış açısı daha sık bir biçimde ön plana çıkmaktadır:

(a) Anayasa Mahkemesi aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağını, değişik hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulmasının bir aykırılık oluşturmayacağını belirtmektedir²⁹. Diğer bir deyişle, benzer özelliklere sahip olanlar için bir sınıflandırma yapılabilir ve diğerlerinden farklı düzenlemeye tabi tutulabilir ve benzer durumda olanların tümünün aynı kurallara tabi olması gereklidir. Anayasa Mahkemesi 10. maddeye ilişkin bu yorumunu pek çok kararında şu şekilde tekrarlamıştır: Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesini getiren 10. maddesiyle güdülen amaç, aynı durumda bulunan kimselerin yasalarca aynı işleme tabi tutulmasını sağlamak ve yurttaşlara yasa karşısında dil, ırk, renk cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayrımlı davranılmasını önlemektir³⁰; Yasa koyucunun benzer durumlara benzer çözümler getirmesi asıldır³¹; (Eşitlik ilkesi), benzer nitelik ve durumda olanlar arasında farklı uygulamayı engeller, ayrı nitelik ve durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulmasını zorunlu kılmaz; Kimi kurum ve kuruluşları, statü farkı nedeniyle, belli bir konuda öbürlerinden ayrı tutmak, ayrı düzenlemeye bağlı kılmak ya da genel bir düzenlemenin kapsamı dışında bırakmak, onlara ayrıcalık tanımak değil, durumlarındaki değişiklik gereği olan bir uygulamadır³².

(b) Anayasa Mahkemesine göre, 10. madde, aynı durumda bulunan kişilerin arasında haklı nedene dayanmayan ayrımları önlemeyi amaçlayarak eşitliği sağlamaktadır³³. Kimi yurttaşların

²⁹ E. 1988/4. K. 1989/3. T. 12/1/1989. AYMKD S. 25. s. 6-8.

³⁰ E. 1986/16. K. 1986/25. T. 21/10/1986. AYMKD S. 22. s. 291-293. E. 1986/11. K. 1986/26. T. 4/11/1986. AYMKD S. 22. s. 314-316.

³¹ E. 1986/11. K. 1986/26. T. 4/11/1986. AYMKD. S. 22. s. 314-316.

³² E. 1988/16. K. 1988/8. T. 19/4/1988. AYMKD S. 24. s. 97-98.

³³ E. 1989/14. 1989/49. T. 19/12/1989. AYMKD S. 25. s. 450.

başka hükümlere bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise eşitlik ilkesinin ihlalinden söz edilemez³⁴. (Durum ve konumlarındaki) özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılar³⁵. (Eşitlik ilkesi) durumlarındaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak, yasalarla farklı uygulamalar getirilmesini engellemez³⁶. İtiraz konusu kurullarla getirilen düzenlemenin ayrı (farklı) olmasının haklı bir nedeninin olup olmadığının belirlenmesi gerekir³⁷. Anayasa Mahkemesine göre, kamu yararı ve haklı nedenin, "anlaşılabilir", "amaçla ilgili", "makul ve adil" olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir³⁸. Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, haklı neden kavramını somutlaştırıcı ölçüler olarak, "gereklilik", "zorunluluk", "işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk", "dengeli ve makul görülebilecek ölçüler" gibi değişik ifadeler kullanmıştır. Haklı neden kavramının genel bir tanımını vermek mümkün değildir, kanundaki sınıflandırmanın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı ancak o kanunun somut içeriği göz önüne alınarak belirlenebilir³⁹.

Haklı neden testi bir anlamda, sınıflandırma ile kanunun amacı arasındaki bağı, ilişkiyi ortaya koymakta, sınıflandırmanın amaca hizmet edip etmediğini, oranlı olup olmadığını da belirlemektedir.

Burada sırası gelmişken ABD Yüksek Mahkemesinin uyguladığı makul neden testi ile, Anayasa Mahkemesinin haklı neden testinin benzerliği üzerinde de durmak gerekir⁴⁰. Fakat hemen belirtilmelidir ki Yüksek Mahkeme söz konusu testi daha belirgin bir şekilde somutlaştırmıştır. Yüksek Mahkeme makul neden testini şöyle açıklıyor: "Devletin federal devlet emeklileri ile federe devlet emeklilerini farklı vergilendirmesine izin verilip verilmediğini belirlemek için, farklı muamelenin "iki sınıf arasındaki belirgin farklılıklarla" doğrudan ilgili olup olmadığı ve "bu farklılıkların söz konusu

³⁴ E. 1987/3. K. 1987/13. T. 22/5/1987. AYMKD S. 23. S. 269. E. 1987/1. K. 1987/18. T. 11/9/1987. AYMKD S. 23. s. 306-308.

³⁵ E. 1988/3. K. 1989/4. T. 18/1/1989. AYMKD S. 25. s. 29-32. E. 1988/36. K. 1989/24. T. 2/6/1989. AYMKD S. 25. s. 264-265.

³⁶ E. 1992/22. K. 1992/40. T. 17/6/1992. AYMKD S. 31. C. 1. s. 33-34.

³⁷ E. 1991/17. K. 1991/23. T. 19/7/1991. AYMKD S. 27. C. 2. s. 480-481.

³⁸ E. 1991/13, K. 1992/10, T. 19.2.1992, AYMKD. S. 30, C.1, s. 101.

³⁹ E. Özbudun, a.g.e. s. 139.

⁴⁰ Bkz. Billur Yalıtı Soydan. "Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak". Vergi Sorunları Dergisi. S. 119. Ağustos 1998. s. 106.

muameleyi haklı kılıp kılmadığı" araştırılmalıdır... Bunun için, Devletin iki benzer grupta yer alan emekliler arasında ayırım yapmada haklı bir sebebi bulunup bulunmadığı değil, bu gruplar arasında herhangi bir farkın bulunup bulunmadığı gösterilmelidir... Ne kadar önemli olursa olsun, Devletin ayrımcı bir vergiden beklediği faydanın, ayrımcı muameleye tabi tutulan iki grubun niteliğinin araştırılması ile hiç bir ilgisi yoktur" ⁴¹.

Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda, çeşitli konuların eşitlik ilkesi denetimine konu olduğunu görmekteyiz. Örneğin, AYM, sadece semavi dinlere koruma getiren TCK 175. maddeyi değerlendiren kararında, devletin kendisine ait cezalandırma hakkını kullanırken bireyler arasında inançlarına göre ayırım yapılmasını Anayasaya aykırı görmüştür⁴². AYM, zina suçunun oluşumunda evli erkekle, evli kadın arasında, erkek lehine var olan ayırımı Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur⁴³. Bu iki karar eşitlik ilkesinin çekirdek alanı ile ilgilidir. Başka bir kararında, evlilik dışı çocukla, evlilik içi çocuk arasında miras yönünden ayırım yapılmasını Anayasaya aykırı bulmuştur⁴⁴.

Fakat bu belirtilen kararlarının yanı sıra AYM'nin eşitlik ilkesine aykırı bulmadığı ve çok eleştiri aldığı kararları da vardır⁴⁵. Örneğin AYM, fahişelerle ilgili kararında, suçun fuhşu kendisine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemin iffetli bir kadına karşı yapılmış olması durumunda görülen zarar eşit sayılmaz demiştir⁴⁶. Ceza kanunları toplumsal ve bireysel zarar oranında cezaları belirler ve bu kamu yararının bir gereğidir. Fakat, mağdurun özel yaşamının ortaya çıkan manevi ve bedensel zararlarla ne gibi bir ilgisi olduğu, mağdurun özel yaşamının cezaya

⁴¹ In determining whether the State's inconsistent treatment of federal and state retirees is permissible, the relevant inquiry is whether the inconsistency is **directly related to and justified by "significant differences between two classes"** The State's claimed interest in hiring qualified civil servants through the inducement of a tax exemption for retirement benefits is irrelevant to this inquiry, since it merely demonstrates that the State has a rational reason for discriminating between two similar groups of retirees without demonstrating any differences between those groups themselves... **The State's interest in adopting the discriminatory tax, no matter how substantial, is simply irrelevant to an inquiry in to the nature of the two classes receiving inconsistent treatment"**. US Supreme Court. *Davis v. Michigan Dept of Treasury*, 489 U.S. 803 (1989). Aynı zamanda bkz... US Supreme Court. *Phillips Co. v. Dumas Independent School Dist.* 361 U.S. 376 (1960). In B. Yaltı Soydan. a.g.m. s. 106-107.

⁴² E. 1986/11. K. 1986/26. T. 4/11/1986. AYMKD S. 22. s. 314-316.

⁴³ E. 1996/5. K. 1996/34. T. 23/9/1996 AYMKD S. 32. C. 2. s. 804-808 ve E. 1998/3. K. 1998/28. T. 23/6/1998. RGS. 23638. T. 24/3/1999.

⁴⁴ E. 1987/1. K. 1987/18. T. 11/9/1987. AYMKD S. 23. s. 306-308.

⁴⁵ B. Tanör-N. Yüzbaşıoğlu. a.g.e., s. 115-116.

⁴⁶ E. 1988/4. K. 1989/3. T. 12.1.1989. AYMKD S. 25. s. 6-8.

nasıl bir hafifletici veya ağırlaştırıcı etki edebileceği anlaşılabilir bir muammadır.

2) 3713 Sayılı Terörle Mücadele Yasasının Şartla Saliverilmeyi Kolaylaştıran Hükmüne İstisna Getiren Düzenlemesine İlişkin Anayasa Mahkemesinin Yorumu 12.4.1991 gün ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasının geçici 1 ve geçici 4 maddesi, 4616 sayılı Şartla Saliverilme, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun ve kanunun istisna getiren madde 1/5 hükmüyle bazı benzerlikler taşımaktadır, dolayısıyla bu hükme ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı önemli bir ışık tutmaktadır⁴⁷.

Terörle Mücadele Yasasının geçici 1. maddesine göre, 8.4.1991 gününe kadar işlenen suçlar nedeniyle verilen ölüm cezaları yerine getirilmeyecek ve bu durumda olanlar 647 sayılı Yasanın 19. maddenin öngördüğü 30 yıl yerine on yıllarını; yaşam boyu özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olanlar 20 yıl yerine 8 yıllarını, özgürlüğü bağlayıcı diğer cezalara mahkum olanlar, hükümlülük sürelerinin yarısı yerine 1/5'ni çekmekle şartla saliverileceklerdir. Fakat aynı kanunun geçici 4. maddesinde sayılan suçları işleyenler hakkında bu kanunun geçici 1. maddesi hükümleri uygulanmaz.

Geçici 4. maddedeki düzenleme ile hem bu Kanunda terör suçlarından sayılan eylemler sonucu bazı suçları işlemiş olanlar⁴⁸, hem TCK kapsamındaki bazı suçları işleyenler ilgili madde numaraları belirtilerek⁴⁹ ve ilgili bölümü belirtilerek⁵⁰ 1. maddenin kapsamı dışında tutulmuşlar, hem de bazı kanunlar belirtilerek bu kanunlarda düzenlenmiş suçları işleyenler yine kapsam dışı bırakılmışlardır⁵¹. Belirtilen madde, istisna tutulan bu suçları işleyenler hakkında farklı

⁴⁷ Terörle Mücadele Kanununa ilişkin değerlendirme ve AYM'nin bu konudaki kararı için bkz. Burhan Kuzu. "Terörle Mücadele Kanunu ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı". Hayri Domaniç'e Armağan. İÜHF yay., İstanbul 1995. s. 317-347.

⁴⁸ Geçici 4/1-a: Bu Kanunda terör suçlarından sayılan eylemler sonucu memur ve kamu görevlilerini görevlerini ifa ederken veya sıfatları kalkmış olsa bile bu görevlerini yapmalarından dolayı öldürenler veya öldürmeye teşebbüs edenler ile bu suçlara iştirak edenler.

⁴⁹ Geçici 4/1-b:TCK'nın 125, 146 (son fıkra hariç). 403, 404/1, 405, 406, 407, 414, 416/ilk, 418. maddelerine giren suçları işleyenler.

⁵⁰ Geçici 4/1-c: TCK'nın ikinci Kitabının "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler" başlıklı üçüncü babında yer alan hükümlere hareket edenler ile....

⁵¹ Geçici 4/1-c:Bankalar Kanununa aykırı hareketle bankalardan haksız ve usulsüz para alanlar, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanun hükümlerine muhalefet ederek menfaat temin edenler; usulsüz, yolsuz ve gerçek dışı işlemlerle ihracat, ithalat ve yatırım teşvikleri suretiyle vergi iadesi, prim, kredi, faiz farkı ve benzeri adlarla kamu kaynaklarında haksız menfaat temin edenler, yukarıda belirtildiği şekilde haksız, usulsüz ve yolsuz olarak sağladıkları menfaat karşılıkları ve bunların fer'ilerini zamaşımına bakılmaksızın ödemedikleri takdirde;

Geçici 4/1-d: Askeri Ceza Kanununun 55, 56, 57, 59. maddelerine giren suçları işleyenler.

şartla salıverilme kuralları getirmiştir. Geçici 1. maddesindeki kurallardan farklı olarak, geçici 4. maddede belirtilen suçları işleyenler hakkında, maddede sayılan suçlar dolayısıyla verilen ölüm cezaları yerine getirilmez. Bu hükümlüler hakkında ölüm cezasına hüküm giyenler 20 yıllarını, müebbet ağır hapis cezasına hükümlüler 15 yıllarını, diğer şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkum edilmiş olanlar hükümlülük süresinin 1/3'ünü çektikleri takdirde iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve talepleri olmaksızın şartla salıverilirler.

Geçici 4. madde ile bazı suçları işlemiş olanlar için, geçici 1. maddedeki düzenlemeden ayrılan ve daha ağır koşullara bağlanan bir düzenleme getirilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine hem iptal davası (ana muhalefet partisi sıfatıyla Sosyal Demokrat Halkçı Parti tarafından) açılarak⁵² hem de görülmekte olan dava sırasında taraflardan birinin itiraz yolu ile Anayasaya aykırılığı iddia etmesiyle⁵³ çeşitli başvurular gelmiştir. Bu başvurularda geçici 4. maddenin Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi daha önce verdiği bazı kararlarda⁵⁴ belirttiği gibi önüne gelen düzenlemenin ismiyle bağlı değildir, hukuksal niteliğine bakarak o düzenlemeyi değerlendirebilir⁵⁵. dolayısıyla bir yasada şartla salıverilme ismi yer alsın da içerik olarak ilgili düzenleme bir af yasası özelliği gösteriyorsa, bu düzenlemeyi bir af yasası olarak kabul edip Anayasal denetimini buradan hareketle de yapabilir Fakat ilgili düzenleme infisahi şarta bağlı toplu özel af⁵⁶ özellikleri de göstermesine rağmen Anayasa Mahkemesi şartla salıverilme ve af kurumlarını tarif ettikten sonra geçici 1 ve geçici 4. maddesinin daha çok şartla salıverilme özelliği taşıdığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi şöyle demektedir: Geçici maddelerin ortak özelliği, şartla salıverilme için "iyi halin aranmamasıdır. "İyi hal" koşulunun aranmaması, 4. madde ile getirilen düzenlemeye bir yönüyle şartlı af görünümü vermekte ise de, (a) isteme bağlı olmadan şartla salıverilmeden söz edilmesi, (b) cezanın bir bölümünün çektirilmesinin gerekliliği ve (c) daha önemlisi Türk Ceza Yasasının

⁵² E. 1991/18. K. 1992/20. T. 31/3/1992. AYMKD S. 28. C. I. s. 232 vd.

⁵³ E. 1991/15. K. 1991/22. T. 19/7/1991. RG. T. 31/7/1991. S. 20946; E. 1991/34. K. 1991/34. T. 8/10/1991. AYMKD S. 27. C. II. s. 571 vd; E. 1991/36. K. 1991/35. T. 8/10/1991. RG. T. 12/7/1991. S. 21079.

⁵⁴ E. 1990/25. K. 1991/1. T. 10/1/1991. RG. T. 5/3/1992. S. 21162; E. 1991/6. K. 1991/20. T. 3/7/1991. RG. T. 8/3/1992. S. 21165

⁵⁵ Bkz., Sibel İnçeoğlu-Atilla Nalbant. "Kriz Hukuku mu. Hukukun Krizi mi?". Argumentum. Ağustos 1992. Y. 3. S. 25. s. 392.

⁵⁶ Özel af (TCK md 98) cezayı ortadan kaldırır veya azaltır veya değiştirir. Belli bir kişiye yönelik olmayabilir toplu olabilir, affın yararlananın belli bir süre suç işlememesi şartına bağlanmış olabilir. Dönmezer - Erman. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. C. III. İstanbul 1985. s. 302-304.

17. maddesindeki koşulların oluşması durumunda şartla salıverilme kararının geri alınması olanağının bulunması, öngörölen düzenlemenin "af'dan çok şartla salıverilmeye benzediğini, kendisine özgü bir nitelik taşıdığını göstermektedir⁵⁷.

Anayasa Mahkemesi, ilgili hükmün hukuki değerlendirmesini yaptıktan sonra, iptal davası yoluyla gelen E. 1991/18, K. 1992/20 sayılı davada, geçici 4. maddenin 1. fıkrasının çeşitli bentlerini incelemiştir. Daha önce itiraz yoluyla önüne gelen anayasaya aykırılık itirazlarına ilişkin davalarda, Anayasa Mahkemesi, Terörle Mücadele Yasasının geçici 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendini ve (b) bendini 146 (son fıkrada hariç)⁵⁸, ile 403, 414 ve 418/2 maddeleri⁵⁹ yönünden aşağıda belirteceğimiz gerekçeleri aynen kullanarak iptal etmiştir. Bu nedenle bu davada sadece geriye kalan hükümler incelenmiştir. Bu davada Anayasa Mahkemesi (b) bendinin TCK 404/1, 405, 406, 407, 416/ilk, ve 418/1 maddeleri yönünden Anayasaya aykırılık sorununu inceleyip iptal kararı verirken eşitlik ve hukuk devleti ilkeleri açısından değerlendirme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen çeşitli kararlarında olduğu gibi eşitlik ilkesini tarif etmiş ve eşitlik ilkesinin mutlak eşitlik anlamına gelmediğini, haklı nedenlerin bulunması durumunda farklı uygulamalara olanak veren bir ilke olduğunu, aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme getirilmesinin anayasaya aykırılık oluşturacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi daha sonra maddenin bu ilkeler işığında yorumuna geçmiştir.

Anayasa Mahkemesi şöyle demektedir: "...cezanın infazı suçlunun topluma uyum sağlamasını ve topluma yeniden kazandırılmasını amaçlar. Bu amacın gerçekteştirilmesi, suça bağlı kalmadan ayrı bir programın uygulanmasını gerektirir....Bu program, suça göre değil, suçlunun infaz süresince gösterdiği davranışlarına ve gözlenen iyi durumuna göre düzenlenecektir. Bu da infazın, mahkumların işledikleri suçlara göre bir ayırıma gidilmeden, aynı esaslara ve belirli bir programa göre yapılmasını ve sonuçlarının gözlenmesini gerektirir. Aynı miktar cezayı alan iki hükümlüden birinin sırf suçunun türü nedeniyle daha uzun süre ceza çektikten sonra

⁵⁷ E. 1991/18. K. 1992/20. T. 31/3/1992. AYMKD S. 28. C. I. s. 321.: (a), (b), (c) şeklindeki ayırım yazara aittir.

⁵⁸ E. 1991/15. K. 1991/22. T. 19/7/1991. RG. T. 31/7/1991. S. 20946.

⁵⁹ E. 1991/34. K. 1991/34. T. 8/10/1991, AYMKD S. 27. C. II. s. 571 vd: E. 1991/36. K. 1991/35. T. 8/10/1991. RG. T. 12/7/1991. S. 21079.

şartla saliverilmesi, cezaların farklı çektirilmesi sonucunu doğurur ve bu iki mahkum arasında eşitsizliğe neden olur.... Böylece, infaz yönünden eşit ve aynı durumda bulunan mahkumlar arasında şartla saliverme bakımından ayrı uygulama, Anayasanın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesine uygun düşmemekte ve bu ayrılığın haklı bir nedeni de bulunmamaktadır"⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesi ile bağlantılı olarak bu düzenlemenin Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ile de çeliştiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi şöyle demektedir: "Suç türünden, suçlunun kişiliğinden ayrı, tümüyle uygulama-yararlanma eşitliği kapsamına giren "indirim"de ayrıklık ve ayırımı getirmek, yasa koyucunun kesinleşmiş hükümden önceki evreye dönük suça ve suçluya göre uygulama öngörmesi "şartla saliverme" kavramının hukuksal niteliği ile çelişir.... Böylece, sonraki Yasanın bir tür geçmişi kapsayan, kimi hükümlüler bakımından çekilecek cezayı farklılaştırıp ağırlaştırarak Anayasanın eşitlik ilkesine ve Anayasanın "hukuk devleti" ilkesine de ters düşer. Dava konusu kuralların bu yönden de iptali gerekir"⁶¹.

Anayasa Mahkemesi belirtilen bu gerekçelerle, infaz aşamasında bütün mahkumların eşit durum ve statüde oldukları ve suçun türüne göre bir ayırım yapılamayacağını belirtip, belirtilen maddeleri iptal etmesine rağmen, aynı kararda geçici 4. maddenin 1 fıkrasının (c) ve (d) bentleri ile (b) bendinin 125. maddesi yönünden anayasaya aykırı olmadığını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi aynı kararın 125. madde yönünden anayasaya aykırılığın incelendiği bölümünde daha önceki değerlendirmelerinin tam tersi bir değerlendirme yapmaktadır ve şöyle demektedir: "Suç ve ceza yönünden sınırları belirtilen bir takdir alanı, ceza sisteminin tamamlayıcı bölümünü oluşturan infaz hukuku için de geçerlidir. Bu nedenle yasa koyucu, şartla saliverilmede hükümlünün yararlanma koşullarını, suç türüne göre ayırım yaparak zaman içinde toplumun gelişmesine göre serbestçe farklı biçimde takdir edebilir...TCK'nun 125. maddesinde belirtilen suçları işleyenlerin daha uzun süre cezaevinde tutularak şartla tahliyesini öngören dava konusu kuralda yasa koyucuyu farklı düzenleme yapmaya iten haklı neden vardır.... Toplum düzeni ve kamu yararı gözetilerek suç türüne göre ayırım yapılmış ve bazı hükümlülerin şartla saliverilmesi için cezaevinde geçirecekleri süre daha uzun tutulmuştur. Belirtilen nedenlerle iptal

⁶⁰ E. 1991/18. K. 1992/20. T. 31/3/1992. AYMKD. S.28. C. I., s. 324.

⁶¹ A.g.k., s. 324-325.

isteminin reddi gerekir⁶². Aynı nedenlerle geçici madde 4/1-c ve d'yi de iptal etmemiştir.

Yekta Güngör Özden ve Yalçın Acargün karşı oy gerekçelerinde bu çelişkili duruma dikkat çekmiş ve haklı olarak şöyle demişlerdir: ".çok kısa bir sürede bir tür karar değişikliğini gerektirecek hiçbir hukuksal neden olmadığını da vurgulamak istiyoruz. Ağır bir çelişki saydığımız yeni kararın içeriği, iptali istenen kuralın, daha önceki iptal kararlarının konusunu oluşturan kurallardan dayanak, kapsam, erek ve amaç yönleriyle hukuksal nitelik bakımından da hiçbir ayırım taşımaması karşısında doyurucu olmaktan uzaktır... Bir yasayı genelde Anayasaya aykırı kılan nedenin, o yasanın aynı maddesinde sayılan suç türlerine göre değişmesinin hukuksal bir yanı yoktur. Bu durumda hiçbir ayırım gözetilmediği, hiçbir değişik uygulama yapılmadığı gerçeğine gölge düşecektir... Çoğunluk oyuyla oluşan ve öncekiyle çelişen karar yargı yönünden olumlu bir örnek değildir"⁶³.

III- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açısından Değerlendirme

A- Sözleşmenin 14. Maddesinin İçeriği

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 14. maddesi şöyle demektedir: "Bu sözleşmede tanınan herhangi bir hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasi ya da başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayırımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır".

14. maddede düzenlenen ayırım gözetme yasağı bağımsız bir eşitlik ilkesi değildir, sınırlı bir koruma sağlamaktadır. 14. madde, "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 ayırımcılığın ön plana çıkarılması gerektiği üzerinde durulmuştur⁶⁴. Fakat nihayet 12. Protokol ile genel ayırımcılık yasağı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) sisteminin bir parçası haline gelme yolundadır.

⁶² A.g.k., s. 325-326.

⁶³ A.g.k., s. 342-343.

⁶⁴ P.van Dijk-G.J.H. van Hoof. Theory and Practice of The European Convention on Human Rights. 3. ed.. Kluwer Law International press. 1998. s. 711.

26 Haziran 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine ek 12. Protokolü kabul etmiştir. Bu yeni Protokol, sadece İHAS'da tanınan haklar açısından ayırıcılık yasağı değil bağımsız genel bir ayırıcılık yasağı öngörmektedir.

Protokolün 1. maddesi şöyle demektedir:

"1. Hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi her hangi bir nedenle ayırıcılık yapılmaksızın güvence altına alınır.

2. Hiçbir kamu otoritesi paragraf 1'de belirtilenler gibi sebeplere dayanarak hiç kimseye karşı ayırıcılık yapamaz "

Bu maddenin 1. paragrafı 14. madde ile nerede ise aynı ifadeye sahiptir, tek farkı "bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma" ifadesi yerine "Hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma" ifadesine yer verilmesidir.

12. Protokolün başlangıcında, Avrupa Konseyi üye devletlerinin bu Protokolü imzalarken amaçlarının ne olduğu belirlenmektedir. Üye devletler, herkesin hukuk önünde eşit olduğunu ve hukukun korumasından eşit olarak faydalanma hakkı olduğunu öngören temel ilkeyi dikkate almaktadırlar ve herkes için eşitlik ilkesini geliştirmeye yönelik bir adım atarak genel bir ayırıcılık yasağının İHAS aracılığıyla uygulanmasını amaçlamaktadırlar.

12. Protokolü Açıklayıcı Raporda⁶⁵ da İHAS'ın 14. maddesinin, gerek İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 1 ve 7. maddelerinden gerekse Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 26. maddesinden farklı olarak, genel bir ayırıcılık yasağı ve eşitlik öngörmediği üzerinde durulmuş, bağımsız bir ayırıcılık yasağı düzenlemek için bu protokolün hazırlandığı belirtilmiştir. Ayırıcılık yasağı ve eşitlik ilkesi uluslararası insan hakları hukukunun temel prensibi olduğu için bu konuda özel bir dikkat gösterildiği üzerinde durulmuştur.

4 Kasım 2000'de, İHAS'ın imzalanmasının 50. yıldönümünde, Protokol Sözleşmeye üye ülkelerin imzasına açılmıştır, yürürlüğe girmesi için en az on üye devletin onaylaması gerekmektedir. Şu ana kadar içinde Estonya, Romanya, Rusya, Slovakya, Slovenya,

⁶⁵ <http://www.conventions.coe.int>

Makedonya, Ukrayna gibi İHAS'a çok yakın bir geçmişte, 90'lı yıllarda, taraf olan ülkelerin de bulunduğu 26 ülke tarafından imzalanmış, fakat henüz hiçbirisi tarafından onaylanmamıştır. İHAS'a 1954'den beri taraf olan Türkiye 12. Protokolü imzalayanlar arasında henüz yoktur.

İlgili Protokol henüz yürürlüğe girmediği için (Türkiye de zaten taraf olma iradesini henüz göstermediğinden), konumuz açısından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 14. maddesi ele alınacaktır.

B- 14. Maddenin Sözleşmenin Diğer Maddeleri İle İlişkisi

Anayasamızda yer alan yasa önünde eşitlik ilkesi aynı sözcüklerle İHAS 14. maddede yer almamakla birlikte, ayırıcılık 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 gereklere, objektif ve makul bir neden olmaksızın uymamak ayırıcılık yaratmak şeklinde yorumlanmaktadır⁶⁶. Nitekim, aşağıda değinilecek olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ayırıcılık yasağını, bu şekilde yorumlama yoluna gitmektedir.

14. madde, "bu sözleşmede tanınan herhangi bir hak ve özgürlüklerden yararlanma.. herhangi bir nedenle ayırıcılık yapılmaksızın güvence altına alınır" diyerek sözleşmenin diğer maddeleriyle bir bağı olduğunu belirtmektedir O halde şu sorulan sormak mümkündür, 14. madde bağımsız bir karaktere sahip midir, diğer bir deyişle Sözleşmenin diğer maddelerinden bağımsız olarak bir işlevi olabilir mi? Özerk midir, yoksa ancak sözleşmedeki haklardan biri ihlal edilirse mi 14. madde de ihlal edilebilir, diğer bir deyişle 14. maddenin sadece tamamlayıcı bir niteliği mi vardır.

Komisyon ve Mahkeme kararları 14. maddeyi geniş yorumlamaktadır. Sözleşmedeki diğer haklardan tamamen bağımsız olarak uygulanması mümkün değildir, ayırım gözetildiği iddia edilen konu muhakkak sözleşmede tanınan haklardan birinin kapsamına girmelidir. Fakat bununla birlikte, 14. maddenin ihlal edilmiş kabul edilebilmesi için bağlantılı olan hakkın da ihlal edilmiş olması gerekmemektedir.

Dolayısıyla, örneğin 3713 ve 4616 sayılı yasalara ilişkin olarak şunlar söylenebilir, şartla salıverme kapsamı dışında bırakılan suçlar madde 5/1-a'da yer alan özgürlük ve kişi güvenliği hakkı ile ilgilidir ve

⁶⁶ 12. Protokol Açıklayıcı Rapor'un 15 nolu paragrafı. <http://www.conventions.coe.int>

bu hakla bağlantılı olarak 14. madde gündeme gelmektedir. Madde 5/1-a (kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi), tek başına söz konusu yasayla ihlal edilmiş sayılamaz, çünkü kişi 5/1-a'ya uygun olarak yetkili mahkeme tarafından mahkum edilerek usulüne uygun bir biçimde hapsedilmiştir. Komisyon Türkiye'ye ilişkin Gündoğan kararında⁶⁷ ve X-İsviçre kararında⁶⁸, Sözleşmenin şartla salıvermenin uygulanmasını veya daha önce verilmiş şartla salıvermenin sürdürülmesini güvence altına almadığını belirtmektedir. Fakat, bu durum madde 5/1-a'daki kişi özgürlüğü hakkının ayırıcı olarak uygulandığı iddiasının ele alınmayacağını göstermez.

Madde 5/1-a doğrudan ihlal edilmemiş olsa da yukarıda belirttiğimiz gibi madde 5/1-a, madde 14 ile birlikte ele alındığında Sözleşme kapsamında bir ihlal olup olmadığı tartışılabilir. Örneğin Komisyon, Robert N. Nelson v. Birleşik Krallık kararında, İskoçya ile İngiltere ve Wales'deki çocuk suçluların şartlı salıverme kuralları arasında farklılıklar olduğu, dolayısıyla İskoçya'da ayırıcılık yapıldığı iddiasını incelemenin yanı sıra, suçlunun yaşından dolayı bir ayırım yapılmış olup olmadığı iddialarını da değerlendirmiştir. Başvuru kabul edilmez bulunmakla birlikte, bu iddiaların 5. madde ile bağlantılı olarak 14. madde kapsamında olduğu yorumu yapılmıştır. Bu davada, büyüklere özgü şartla salıverme kuralları ile küçüklerinkinin farklı düzenlenmesine ilişkin olarak, bu farklılığın haklı bir nedene dayandığı ve orantılı bir tedbir olduğu belirtilmiştir. Bölgesel farklılığa ilişkin olarak ise, bölgesel farklılıktan kaynaklanarak ayrı kurullarla düzenleme yapıldığı ve bu bölgesel farklılığın başvuru kişinin statüsüyle ilişkili olmadığı belirtilerek, başvuru kabul edilemez bulunmuştur⁶⁹. Türkiye'ye ilişkin Gündoğan davasında da benzer yorumu bulmak mümkündür, Komisyon 3713 sayılı kanunun şartlı salıverme için farklı düzenlemeler öngörmesine ilişkin verilen bu kararda, Sözleşmenin 14. maddesinin, 5. maddenin güvencesi altındaki hakların ayırıcı bir biçimde uygulanmasını yasakladığını belirtmiştir. Fakat, davada Sözleşmenin 26. maddesinde belirtilen 6 aylık başvuru süresi geçirildiği için esasa girerek inceleme yapmamış ve başvuruyu kabul edilmez bulmuştur. Bu davada başvuru, iç hukukta Anayasa Mahkemesine SHP tarafından açılan iptal davasının sonuçlanmasını beklemiş ve kararın resmi gazetede

⁶⁷ Gündoğan c. Turquic. Req. No. 22259/93. 1 Decembre 1993. <http://hudoc.echr.coe.int>

⁶⁸ X v. Switzerland. Appl. No.7648/76. 6 December 1977. DR 11. s. 190

⁶⁹ Robert B. Nelson. Appl. No. 11077/84. 13 Octobre 1986. DR 49. s. 173-175.

yayınlanmasından sonra başvurusunu yapmıştır. İHAM'a göre, Türk hukukunda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru söz konusu değildir, dolayısıyla Anayasa Yargısı 26. madde anlamında tüketilmesi gereken bir yol değildir, yasa yürürlüğe girdiği gün kesinlik kazanmaktadır, çünkü yasa hükmü kişinin cezaevinde iyi halli olup olmadığına bakılmaksızın ve başka bir yetkilinin kararına gerek olmaksızın doğrudan uygulanabilmektedir. 26. madde kesin kararın verildiği tarihten başlayarak 6 ay içinde başvurulabileceğini öngörmektedir, dolayısıyla yasanın yürürlüğe girdiği tarih 6 aylık sürenin başladığı tarihtir. İlgili davada ise bu süre geçirilmiştir.

C- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 14. Maddeyi Yorumu

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Anayasa Mahkemesi gibi mutlak bir ayırım yasağı aramamaktadır. Her farklı uygulama 14. maddeye aykırı olarak düşünülemez. İlk olarak, bu konudaki ana kriter "eşit durumdakilere eşit muamelenin" yapılmasıdır. Fakat, kıyaslanan iki durum arasında eşitlik yoksa, o zaman, başka bir kriter karşımıza çıkmaktadır; (a) "ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki, (b) kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık". Diğer bir deyişle, varolan eşitsizlik nedeniyle farklı, fakat amaçla ilişkili ve oranlı muamele yapılması 14. madde ile uyumludur.

İHAM ilk olarak, ayırıcılık yapıp yapılmadığını anlamak için, dava konusu edilen durumun (sınıflandırmanın), kıyaslanan durumdan (sınıflandırmadan) farklı veya eşit olup olmadıklarına bakmaktadır. Örneğin, Van der Mussele davasında Belçikalı avukatlar, doktorlar, dişçiler, eczacılar gibi diğer meslek gruplarına kıyasla farklı muamele gördüklerini, çünkü dişçiler, doktorlar gibi kamu hizmeti yönü olan bir hizmeti görmelerine rağmen, bu benzer durumdakilere farklı olarak adli yardıma ihtiyaç duyan kişilere ücretsiz hizmet verme yükümlülüğünde olduklarını ve bunun 14. maddeye aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Fakat İHAM, bu örnek verilen meslek grupları ile avukatlığın aynı statüde kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Mesleğe giriş koşulları, görevlerinin niteliği, bu görevleri icra ediş biçimleri bakımından aralarında temel farklılıkların olduğunu ve aynı hukuki statüde olmadıklarını belirtmiştir⁷⁰.

⁷⁰Van Der Mussele v. Belgium. 23 November 1983.Seri A No. 70. EHRR 6. p. 163; Johnston v. Ireland kararı da benzer bir yaklaşımı sunmaktadır. 18 December 1986, Seri A No. 112, EHRR 9. p. 203.

İHAM yukarıda belirtildiği gibi önce "kıyaslanabilirlik testi" uygulamaktadır. Diğer bir deyişle iki durum birbirine benzemekte midir sorusunu cevaplandırmaktadır. Baktığı diğer kriter ise, bu farklı uygulama veya düzenlemeyi gerekli kılacak "haklı bir neden" olup olmadığıdır. "Haklı neden testi" meşru bir amaç güdülüp güdülmediği anlamında değildir, ilgili tasarruf yapılırken kamu yararı gibi meşru bir amaç güdülebilir, fakat güdülen amaç ile kullanılan araç arasında orantılı bir ilişkinin olması gerekmektedir.

Belçika'da Eğitim Dili Davasında İHAM şöyle diyor: "Bir tasarruf, kendi başına Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlüklere uygun olabilir, ancak bu tasarruf 14. madde ile birlikte okunduğunda, ayrımcılık niteliğine sahip olduğu gerekçesiyle Sözleşmede belirtilen bir hakkı ihlal edebilir... Sözleşmenin 14. maddesi hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanamaz. Belirli bir Farklılaşma, hiçbir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele prensibinin ihlal edildiği kabul edilir...Makul bir sebebin varolup olmadığı, (a) ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki, (b) kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık, söz konusu toplumun yaşamını belirleyen hukuki ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilebilir"⁷¹.

Görüldüğü gibi İHAM'ın ayrımcılık yasağına ilişkin belirtilen kriterleri, daha önce ele alınan AYM'nin kullandığı kriterlerle örtüşmektedir. Fakat, her somut olayda İHAM tarafından haklı bir neden olup olmadığı, içinde bulunulan toplumla bağlantılı olarak, başvuruya konu olan tasarrufun amacı ve sonucunun arasındaki ilişki, amaçla araç arasındaki ilişkinin orantılılığına bakılarak, ayrımcılık yapılarak bir kısıtlama getirilip getirilmediği değerlendirilecektir. Dolayısıyla, kriterlerin somut olaya uygulanmasında farklılıklar olma ihtimali her zaman vardır.

İHAM, bugüne kadar pek çok kararında 14. md açısından değerlendirme yapmıştır, bunlardan bazılarında da ihlal kararı çıkmıştır. Örneğin Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı kararında, Mahkeme Birleşik Krallıktaki göçmenlik kurallarını değerlendirmiştir. Birleşik Krallık'ta yasal olarak ikamet eden bir kadının resmen evli olduğu eşi için Birleşik Krallık'a gelme ve kalma izni alması, bir erkeğin eşi için izin almasından daha zor koşullara bağlanmıştır.

⁷¹ Belçika'da Eğitim Dili Davası, çev. Osman Doğru, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi. C. I. Ed. Osman Doğru, Ed yrd. Sibel Inceoğlu. Hasan Kemal Elban. İstanbul Barosu yay. İstanbul 1998. s. 39

Hükümet bu tasarrufun amacının kendi iş gücü pazarını korumak olduğunu savunmuş ve kamu menfaati olduğunu belirtmiştir, fakat bu gerekçede belirtilen amaç meşru bulunmakla birlikte, haklı bulunmamıştır, çünkü amaç ile söz konusu tasarruf birbiriyle orantılı değildir⁷².

Diğer bir örnek Belçika hukukuna ilişkin Marckx kararıdır. Belçika hukukunda meşru ve gayri meşru çocuklar miras açısından hukuk planında eşit değildir, burada da haklı bir neden olmadığı kanaatine varılmıştır⁷³.

Diğer bir örnek Gaygusuz - Avusturya kararıdır. Bu davada bir Türk Vatandaşı Cevat Gaygusuz 1971-1984 tarihleri arasında aralıklı olarak Avusturya'da çalışmış, bazen işsizlik bazen sağlık nedenleriyle çalışmamış ve bu arada işsizlik ve sağlık sigortasından yararlanmıştır. 1986-1987 arasında da işsizlik tazminatı almış, fakat bu aylığı alma süresi dolduğu için, aylığını acil yardım biçiminde almak için başvurduysa da, bu tür aylık alabilmesi için vatandaşlık şartı olması gerekçesiyle talebi reddedilmiştir Başvurucu İHAM önünde, söz konusu kanunun Avusturya vatandaşları ile yabancılar arasında sözleşmeye aykırı bir biçimde ayırım yarattığını iddia etmektedir, çünkü yapılan farklı muamelenin hiçbir objektif ve makul haklı sebebi bulunmamaktadır, çünkü işsizlik sigortası fonuna Avusturya vatandaşı olan çalışanlarla aynı ölçüde katkı payı ödemiştir. İHAM' a göre başvurucu, acil yardımı hak etme konusunda Avusturya vatandaşlarına benzer durumdadır, farklı muamele "objektif ve makul bir sebebe" dayanmamaktadır⁷⁴.

Türkiye'ye karşı açılmış 8/7/1999 tarih ve 24919/94 başvuru numaralı Gerger kararı⁷⁵ konumuz açısından ilginçtir. Yukarıda incelenen 3713 sayılı yasanın başka bir yönü açısından yapılan bir başvurudur. Başvurucu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinin 1. fıkrasından hüküm giymiş ve yasanın 17. maddesi gereğince şartla salıvermeden yararlanmıştır. Başvurucu, Ceza Kanunu çerçevesinde hüküm giyenlerin şartla salıvermeden yararlanmaları için cezalarının yarısını çekmeleri aranırken, ilgili yasa nedeniyle, kendisinin cezanın dörtte üçünü çekmek zorunda kaldığını, bu farkın Sözleşmenin 14. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

⁷² Abdulaziz. Cabales and Balkandali v. United Kingdom. 28 May 1985. Seri A No. 94, EHRR 7. p. 471

⁷³ Marckx. v Belgium. 13 June 1979. Seri A No 31. EHRR 2. p. 330.

⁷⁴ İnsan Hakları Kararlar Derlemesi. C. III. çev. Osman Doğru, ed Osman Doğru. İstanbul Barosu yay.. İstanbul 2000. s. 94-95

⁷⁵ Gerger v. Turkey. (appl. no. 24919/94). 8 July 1999. <http://hudoc.cchr.coc.int>

Hükümet, Terörle Mücadele Kanunundaki bir suçtan mahkum olanların bu tür suçların çok ciddi olması nedeniyle şartla salıverilmelerine sınırlama getirildiğini belirtmiştir.

İHAM iddianın madde 5/1-a ile bağlantılı olarak 14. maddenin kapsamına girdiğini belirttikten sonra 14. maddeye aykırılık bulmamıştır. Mahkeme şöyle demektedir: "Yasanın amacı terörist suçları işleyenleri cezalandırmaktır ve bu yasa çerçevesinde suç işleyen herkes, şartla salıverme açısından, olağan yasa çerçevesinde cezalandırılanlardan daha aleyhte muamele görecektir. Bundan şöyle bir sonuç çıkmaktadır, yapılan ayırım farklı insan grupları arasında yapılmamış, yasamanın bu tip suçların ağırlığına ilişkin görüşüne göre farklı suç tipleri arasında yapılmıştır". Burada teröre ilişkin suçların niteliğinin ağırlığı açısından bir sınıflandırma yapılmasını İHAM haklı bulmaktadır. İHAM'ın bu bakış açısı, AYM'nin 3713 sayılı yasanın 17. maddesini Anayasaya aykırı bulmayan kararı ile çakışmaktadır⁷⁶.

IV- 4616 Sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar Şartla Salıverilme Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunun Eşitlik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi

4616 sayılı Yasa, toplumun pek çok kesiminin ve özellikle mağdur ve mağdur yakınlarının haklı eleştirilerine rağmen çıkmıştır. Bu yasa şartla salıverme ve ertelemeyi söz etse de toplum yasayı bir af yasası olarak görmektedir. Affin toplumsal barışa hizmet etmesi açısından önemli bir yeri olduğu yadsınamaz, fakat bu yetkinin siyasi suçlar, basın suçları gibi suçlara ilişkin olarak toplumsal şartların değişmesi nedeniyle kullanılması daha savunulabilen bir yaklaşım iken⁷⁷, hemen hemen bütün suçları kapsayıcı bir biçimde kullanılmasının toplumsal barıştan çok toplumsal rahatsızlığa neden olabileceği söylenebilir.

4616 sayılı yasanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Söz konusu kanun mahkumiyet hükmünde öngörülen toplam cezanın 10 yıla kadar olan kısmının infaz edilmemesini, eğer kalan ceza varsa bu kalan kısmın infaz hükümlerine göre infaz edilmesini öngörmektedir. Görülmekte olan ve sanığa isnat edilen suçun soyut cezasının üst

⁷⁶ E. 1991/18. K. 1992/20. T. 31/3/1992. AYMKD. S. 28. C.I. s. 317-8. Fakat hemen şunuda belirtmek gerekir ki. şartla salıverme işlenen suçun niteliğine değil, hükümlünün ıslah olmasına, cezaevinde iyi davranmasına dayanan bir kurum olduğundan, işlenen suçunun niteliği göz önüne alınarak bu şekilde özel süreler öngörülmesi yerinde değildir. Bkz. Nur Centel. "Şartla Salıverme". Hukuk Araştırmaları. MÜHF yay., C. 7. S. 1-3. 1992-1993. s. 49.

⁷⁷ Affin kabul sebepleri için Bkz. Çetin Özek. "Umumi Af, İÜHF C. XXIV. S. 1-4. 1959. s. 144-147.

sınırının 10 yılı aşmadığı hallerde de davanın veya hükmün veya hükmün kesinleşmesinin ertelenmesini hükme bağlamaktadır. Kanun şartla salıverme ve tecil (erteleme) olmak üzere iki kurumu düzenlemektedir. Bu kurumların Ceza Hukukundaki klasik anlamıyla düzenlenmediği açıktır⁷⁸.

Şartla salıvermede esas olan cezanın bir kısmının infaz edilmesi ve hükümlünün bu süre içinde iyi halli olmasıdır, böylece mahkum hem cezaevi koşullarına uymaya zorlanacak hem de cezanın bir bölümünü cezaevinde geçirdiğinden, çıktığında tekrar dönmeye gayret edecektir⁷⁹. Söz konusu kanunda ne cezanın bir kısmının infaz edilmesi şartına, ne de belirli bir sürenin iyi halli geçirilmesi şartına bağlı bir şartla salıverme yoktur. Kanunun, davanın veya hükmün veya hükmün kesinleşmesinin ertelenmesini düzenleyen kısmı ise, kısa süreli hürriyeti cezaların olumsuz etkisini ortadan kaldırmak ve ilk kez suç işleyen ve ileride de suç işlemekten imtina edeceğine dair mahkemede kanaat uyandıran kişileri hapisli olanın kötü koşullarıyla tanıştırmama amacını güden klasik erteleme kurumu ile sadece isim açısından benzemektedir⁸⁰. Yasa, bir yönüyle şarta bağlı özel af özellikleri göstermekte, diğer yönüyle de 1924 Anayasasının 26. maddesinde yer almış olan ve TBMM'nin takibat ve cezanın tecili biçimindeki yetkisinin kullanılmasına benzemektedir⁸¹. Bu özellikleri ile Sui generis, kendine özgü bir yasadır. Bu nedenle eşitlik açısından, klasik anlamda af⁸², tecil⁸³ şartla salıverme⁸⁴ kurumlarını düzenleyen hükümlere ilişkin AYM kararları ile sınırlı düşünerek sonuca ulaşmak güç görünmektedir.

3713 sayılı yasanın geçici 1 ve 4. maddeleri de sui generis bir düzenleme getirmişti. Anayasa Mahkemesi, 3713 sayılı yasanın

⁷⁸ Hamide Zafer. "4616 Sayılı ve 8.12.2000 Tarihli 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunun Değerlendirilmesi", 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu yay., İstanbul 2001. s. 48.

⁷⁹ Bkz. N. Centel. a.g.m.. 43-56: İlhan Akbulut. "Şartla Tahliye". İÜHF. Yıl. 1995-96. C. LV. S. 1-2. s. 173-175.

⁸⁰ H. Zafer. a.g.m., s. 49. Ertelme kurumu için bkz. Emin Artuk-Caner Yenidünya. "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Ertelme Müessesesi" Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 55-69.

⁸¹ 1924 Anayasasındaki takibat ve cezanın tecili kurumunu Özek "bir af nevi" olarak yorumlamaktadır. Bkz. Ç. Özek. a.g.m. s. 139.

⁸² E. 1978/67. K. 1979/14. KT 13/3/1979. AYMKD. S. 17. s. 108-114.

⁸³ E. 1979/37. K. 1980/26. KT 29/4/1980. AYMKD. S. 18. s. 174-175; E. 1977/3. K. 1977/19. KT. 24/3/1977. AYMKD. S. 15. s. 251; E. 1985/32. K. 1986/9. KT 11/3/1986. AYMKD. S. 22. s. 99.

⁸⁴ 3713 sayılı yasanın terör suçlarına yönelik şartla salıvermeyi düzenleyen 17. maddesine ilişkin AYM'nin incelemesi bkz. E. 1991/18. K. 1992/20. T. 31/3/1992. AYMKD. S.28. C. I. s. 317-318.

geçici 4 maddesini denetlediği kararında ve daha önce bazı kararlarında yaptığı gibi, 4616 sayılı yasanın hukuki niteliğini tespit edecektir. 4616 sayılı yasa şartla salıverme açısından, 3713 sayılı yasa gibi hükümlünün iyi halli olmasını aramamakta, 3713 sayılı yasadan farklı olarak ise şartla salıverme açısından cezanın bir bölümünün çekilmiş olmasını zorunlu görmemektedir. 4616 sayılı yasanın, bir Af Kanunu olup olmadığını Anayasa Mahkemesi değerlendirecektir, fakat, 3713 sayılı yasayı incelemesi sırasında yaptığı yoruma benzer bir yorum yapması halinde, ayrı tutulan bütün suçlar açısından eşitlik tartışılır hale gelecektir. İnfisahi şarta bağlı af olarak kabul edilmesi halinde ise Anayasanın 14. maddesi kapsamında sayılan ve Anayasanın 87. madde gereğince af çıkarılması mümkün olmayan TCK 125-174 arasındaki Devletin şahsiyetine karşı cürümlerden kapsam dışı tutulanların eşitlik açısından incelenmesi mümkün değildir. Fakat böyle bir ihtimal eşitlik ilkesi açısından fiilen daha büyük bir sorun ortaya çıkaracaktır, çünkü yine Anayasanın 14. maddesine girmesine rağmen kanun kapsamına alınan aşağıda belirtilecek olan suçları (örn. Terörle Mücadele Kanunu 4616 sayılı yasanın kapsamındadır) işleyenler kanunun imkanlarından yararlanmış olacaklardır.

4616 sayılı yasa, 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenmiş suçları işleyen veya işlemiş olma şüphesi altında olanlar için, 1. maddenin 1,2,3, ve 4. bentlerinde yukarıda belirtilen bazı temel kurallar çerçevesinde şartla salıverme, dava ve cezaların ertelenmesi imkanını getirmiştir. Fakat, aynı maddenin 5. bendinde ise bu imkanın bazı suçları işleyenler için sağlanmayacağı belirtilerek istisna tutulan suçlar saptanmıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi eşitlik ilkesi aynı durum veya statüde olanların sınıflandırılabilmesini, bu durumda olanların aynı kurallara tabi tutulmasını ve uygulanacak kurallar açısından bir ayrılık getirmek için haklı bir neden olmasını gerektirir.

Yasaya ilişkin eşitlik açısından bir değerlendirme yapılabilmesi için önce yasanın amacını belirlemekte yarar vardır. Yasanın genel gerekçesinde "toplumda meydana gelen sosyal ve ekonomik değişimlerin, suçların çeşitlerinin ve miktarının artmasında etken olduğu görülmektedir. Bu suçları işleyenlerin topluma yeniden kazandırılmaları ve toplumla bütünleşmeleri bakımından. 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenen suçların infaza esas olan cezalarının toplamından on yıl indirim yapılmaktadır... Buna karşın bazı suçlar, kamu düzeni ve kamu güvenliğiyle yakın ilgileri nedeniyle kapsam

dışı bırakılmıştır". Konuyla ilgili olarak Adalet Bakanının, TBMM Anayasa Komisyonunda yaptığı konuşma E. 1/792, K. 6 sayılı ve 18/12/2000 tarihli Anayasa Komisyonu Raporunda yer almaktadır. Adalet Bakanı şöyle demektedir: "..Kanun koşulsuz bir af getirmemektedir. Anayasa Mahkemesi Terörle Mücadele Kanununun geçici 1 ve 4 üncü maddeleri ile ilgili değerlendirmelerinde şartla salıverme ile özel af arasında benzerlik olduğunu belirtmekle birlikte şartla salıvermenin ayrı bir kurum olduğunu ifade etmiştir ve bu düzenlemelerin de şartla salıverme olduğunu belirtmiştir. ...Eşitlik aynı konumda olanlar için söz konusudur. Farklı durumda olanlar için söz konusu değildir. Yasa koyucu suçun niteliği ile toplumda uyandırdığı vahamet nedeniyle takdirini farklı kullanabilir ancak infaz bakımından aynı durumda olanlar için farklı uygulama öngörülemez.⁸⁵ Anayasa Komisyonu Raporunda ayrıca: "Afla ilgili olarak toplumda bir beklenti oluşmuştur. Suç işleyenlerin toplumda bir yer alması ve uyumlu hale gelmelerinin sağlanması bir zorunluluktur. Bu kişilere kendilerini düzeltme ve toplumla uyumlu hale gelme fırsatı tanınmalı, hukuk bu sosyal ihtiyaca imkan vermelidir" denmektedir.

Hem yasanın gerekçesinde hem de Anayasa Komisyonu raporunda yasanın amacının "suç işleyenlere kendilerini düzeltme imkanı verilmesi ve topluma kazandırılmalarının sağlanması" anlaşılmaktadır. Bu amacın meşru, kamu yararına olduğu açıktır, her ne kadar başka yollarla da bu amaca ulaşmak mümkün ve belki de toplum için daha tercih edilir idiyse de, yasama takdirini belli şartlar çerçevesinde suçluları salıvererek, cezalarını erteleyerek veya sanıkların davalarını erteleyerek bu amaca ulaşmak yolunda kullanmıştır. Dolayısıyla bu kanundan yararlanacak olanlar kanunun amacı açısından sanık veya hükümlü statüsündedirler ve ortak özelliklere sahiptirler, aynı hukuksal durumdadırlar.

Fakat diğer yandan yasanın 1. maddenin 5. bendinde bazı suçları işleyenler, sanık veya hükümlü olmaları anlamında kanundan yararlanacaklarla aynı hukuksal durumda olmalarına rağmen, ayrık tutularak farklı özellikleri olduğu ve bu kanunun amacına uygun olmadıkları öngörülmektedir. O halde bu noktada haklı bir neden olup olmadığına bakmak gerekir.

Bu farklı muamelenin yasal gerekçesi olarak "bazı suçlar, kamu düzeni ve kamu güvenliğiyle yakın ilgileri nedeniyle kapsam dışı

⁸⁵ İnfaz bakımından aynı durumda olanların için farklı uygulama öngörülemez dendiğinden hemen önce yasa koyucunun takdirini farklı kullanabileceği yönündeki ifadenin nasıl birbirleriyle bağdaştığını belirlemek güçtür.

bırakılmıştır" denmiştir. Fakat, kamu düzeni ve güvenliği gibi meşru bir amaca ulaşmak için seçilen yöntemin amaçla ilişkili objektif bir kritere dayanması, makul bir ölçüyü taşıması gerekmektedir, diğer bir deyişle ayırık tutulan grubu tutulmayanlardan ayırıcı belirgin farklılıkların olması gerekmektedir. Oysa kanunda ayırık tutulan suçlar demetine bakıldığında, bu suçların ayırık tutulmasını haklı kılacak objektif bir değerlendirmeden söz etmek güç görünmektedir. Suçun niteliği veya cezası o suçun kamu güvenliği ile yakından ilgili olup olmadığını gösteren objektif kriterlerdir, cezalara ilişkin kanunlar bu nedenle suçlar arasında ayırımlar yapmış ve cezalar açısından da kademelenmiş bir sistem getirmiştir, kamu düzenini ağır bir biçimde ihlal eden suçlarla, daha az ihlal edenler arasında toplumsal uzlaşmalar sonucu makul, objektif ölçülerde ayırımlar yapılmıştır. Oysa ilgili yasaya bakıldığında, ne suçun niteliği açısından ne de suçun öngörülen cezası açısından, ayırık tutulan suçların kendi aralarında belirgin bir benzerlik olmadığı gibi ayırık tutulan suçlar ile tutulmayan suçlar arasında da suçun niteliği veya cezası gibi ayırıcı objektif bir kriter, makul bir ölçü bulunmamaktadır. Bu açıdan, çoğu Cumhurbaşkanının yasayı geri gönderme gerekçesinde de belirtilen aşağıdaki örnekleme kanunun pek fazla objektif kriter kaygısı taşımadan hazırlandığı görüşünü desteklemektedir.

Suçun niteliği yönünden, örneğin, Yasanın 5(a) bendinde Anayasanın 14. maddesi kapsamında olması nedeniyle affedilmeyecek suç niteliğinde olan TCK 125-157, 161, 162, 168, 171 ve 172. maddeleri ayırık tutulurken, yine Anayasanın 14. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasının Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünü bozmaya yönelik örgüt kurma, yönetme ve propaganda suçları ve TCK'nun Birinci Babında yer alan devletin şahsiyeti aleyhine işlenen madde 125-174 arasındaki bazı suçlar bu kanun kapsamına alınmıştır.

Bu açıdan verilebilecek diğer bir örnek, TCK'daki ırza tasaddi eylemleri nedeniyle mağdurun ölümüne sebebiyet veren faile müebbet hapis cezası öngörülen 418. maddesi ayırık tutulurken, kaçırılan kimsenin ölümüne neden olanlar için yine müebbet ağır hapis cezası yaptırımını öngörülen 439. maddedeki suçu işleyenler yasadan yararlanmaktadırlar. Diğer yandan ırza geçip öldüren TCK 450. madde çerçevesinde kanundan yararlanacak ama sadece ırza geçen (md. 414-416) yararlanamayacaktır. Başka bir örnek, TCK 240. madde çerçevesinde memuriyet görevini kötüye kullananlar kanundan yararlanamayacak, fakat nüfuz ve tesir altında karar veren yargıçlar 213. madde kapsamında olduğu için, askeri bir işin ifasında

görevini kötüye kullananlar da Askeri Ceza Kanununun 144. maddesi kapsamına girdiği için yararlanabileceklerdir. Diğer bir örnek, TCK 452. maddede yer alan kastı aşan adam öldürme suçlarını işleyenler 4616 sayılı yasanın imkanlarından yararlanacak, fakat Askeri Ceza Yasasının kastı aşan adam öldürmeyi düzenleyen 118. maddesindeki suçu işleyenler yararlanamayacaktır.

Suçun cezası açısından da, istisna tutulan suçların kendi aralarında bir benzerlik olmadığı gibi, istisna tutulmayanlardan ayırıcı objektif bir kriter bulmak da zordur. Örneğin, eylemlerin ağırlığı düşünülüp, kamu düzenini bozup, kamu vicdanını rahatsız edici nitelikte olması nedeniyle TCK'da idam cezası öngörülen mevsuf adam öldürme suçunu düzenleyen 450. madde veya yine aynı nedenlerle müebbet hapis cezası öngörülen 374. 382, 439, 449, 499. maddeler, 24-30 yıl ağır hapis cezası öngörülen 448. 451, 452, 468, 470, 471, 497. maddeler kapsama alınırken, bunlara kıyasla TCK'nın 191, 298, 366. maddeleri gibi çok hafif cezalara yer veren bazı suçlar kapsam dışı tutulmuştur. Tehdit suçunu düzenleyen TCK'nın 191. maddesinin birinci fıkrası yedi günden altı aya, ikinci fıkrası altı aydan iki yıla kadar hapis cezası, üçüncü fıkrası ise yalnızca para yaptırımını öngörmektedir, firara ilişkin 298. md ilk fıkrada iki aydan altı aya kadar, ikinci fıkrasında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörmektedir, resmi artırma-eksiltmeye hile karıştırma suçunu düzenleyen 366. madde ilk fıkrada üç aydan bir seneye, ikinci fıkrada bir seneden üç seneye kadar hapis cezası öngörmektedir.

SONUÇ

Bütün bu belirtilenler ışığında, şartla salıverilme, dava ve cezaların ertelenmesine ilişkin yasanın, ayırık tutulan hükümler açısından Anayasa ve İnsan Hakları Sözleşmesinin eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin hükümleriyle uyumlu bir düzenleme getirdiğini söylemek güçtür. Bazı suçlar kapsam dışı bırakılarak benzer hukuksal durumda olanlar farklı hukuki düzenlemelere tabi tutulmuşlardır. Bu ayırım yapılırken de ne suçun niteliği ne de cezası yönünden her hangi bir objektifliğe veya makul bir ölçüye de yer verilmemiştir. Son olarak, eşitlik ilkesi ile ilişkili olmamasına rağmen şunları da söylemeden geçmemek gerekir. 4616 sayılı yasa başka yönlerden de sorunlu bir yasadır. Bir kere, mağdurların haklı olarak tepkilerini çekmektedir, toplum suç faillerinin bırakılmasını onaylamamaktadır. Ayrıca, bu yasadan yararlanmayı reddetmek imkanı da olmadığından, kişiye davasının sonuçlandırıp beraat kararı

alma şansı tanınmamakta, zan altında bırakılmaktadır, bu durumda kalan kişinin haksız yere tutuklandığı gerekçesiyle tazminat talep etme hakkı da ortadan kalkmaktadır. Diğer yandan davaların ertelenmesi kurumu çerçevesinde, kişi yasada belirtilen sürelerde tekrar suç işleyecek olursa, yıllar sonra tekrar ara verilen davaya devam etmek gibi yargılanma açısından sorunlu bir durum yaratılmıştır. Bu durumdaki kişilerin dosyaya girmemiş lehine olabilecek delillerin durumu belirsizdir. Bu süre zarfında kişinin suçsuzluğunu kanıtlayabilecek delillerin kaybolmaması nasıl sağlanacaktır, ölen tanıklar olduğu takdirde ne olacaktır? Üzerinden yıllar geçtikten sonra kişinin bırakılan yerden devam edilerek yargılanması, kişinin adil yargılanmasını da etkileyecektir.