

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

KAMU HİZMETLERİNDE EŞİTLİK İLKESİ

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Cüneyt Ozansoy

Züleyha Keskin

11911847

ANKARA

2014

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
İDARE HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMU HİZMETLERİNDE EŞİTLİK İLKESİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı

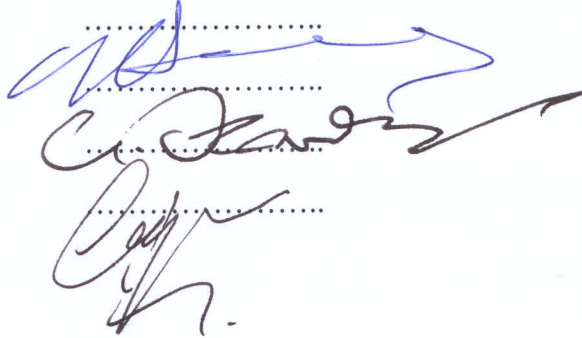
Cinay+ Özarslan

Jüri Üyeleri

Adı Soyadı

İmza

Mithat Benzer
Cinay+ Özarslan
D. Gökdeniz SEVER



Tez Savunma Tarihi

16.07.2014

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR.....	IV
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİTLİK İLKESİNİN KAVRAMSAL VE HUKUKSAL ÇERÇEVESİ.....	4
I. EŞİTLİK İLKESİ.....	4
A. Genel Olarak/Tarihi Gelişim.....	4
B. Eşitliğin Tanımlanması	7
C. Hukuki Çerçeve.....	10
II. TÜRK ANAYASALARINDA EŞİTLİK İLKESİ	12
A. 1982 Öncesi.....	12
B. 1982 Anayasası	17
C. Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı	26
III. İDARE HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ.....	35
A. Danıştay’ın Yaklaşımı.....	35
B. İdarenin Eşit Davranma Yükümlülüğü ve Yükümlülüğün İçeriği	43
1. Eşit İşlem ve Eylem Yükümlülüğü	49
a. İdari İşlemler	55
aa. Birel İşlemler	55
bb. Düzenleyici İşlemler.....	58
b. İdari Eylemler.....	62
2. Tarafsız Olma ve Görünme Yükümlülüğü.....	65
a. İdarenin “Kurumsal” Tarafsızlığı.....	66
b. Kamu Görevlilerinin Tarafsızlığı	72

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETLERİNDE EŞİTLİK İLKESİ.....	77
I. EŞİTLİK İLKESİ VE KAMU HİZMETİ İLİŞKİSİ.....	77
A. Kamu Hizmeti	77
B. Kamu Hizmeti İlkesi Olarak Eşitlik	80
C. Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesine İlişkin Temel İlke ve Esaslar	83
1. Hukuk Devleti İlkesi	83
2. Sosyal Devlet İlkesi.....	86
3. Bedelsizlik İlkesi.....	89
4. Kamu Yararı İlkesi.....	90
5. Genellik ve Tarafsızlık İlkesi	91
6. Laiklik İlkesi	92
II. KAMU HİZMETLERİNİN KURULMASI, DÜZENLENMESİ-YÜRÜTÜLMESİ, KALDIRILMASI BAĞLAMINDA EŞİTLİK İLKESİ.....	95
A. Kamu Hizmeti Hakkı	95
B. Kamu Hizmetinin Kurulması	98
C. Kamu Hizmetinin Düzenlenmesi	102
D. Kamu Hizmetinin Kaldırılması	104
E. Kamu Hizmetinin Özelleştirilmesi.....	105
F. Mali Kaynakların Yeterliliği	109
III.KAMU HİZMETLERİNE GİRMEDE EŞİTLİK.....	112
A. Kamu Hizmetine Girme Hakkı	112
B. Görevin Gerektirdiği Niteliklerden Başka Ayrım Gözetilemeyeceği İlkesi	115
C. Kamu Hizmetine Girmede Pozitif Ayrımcılık	123
1. Dezavantajlı Gruplar	125
2. Cinsiyet Eşitliği.....	128

D. Kamu Hizmetine Girmede Eşitlik İlkesine Aykırı Uygulama ve Düzenlemeler	133
1. Güvenlik Soruşturması.....	134
2. Vatandaşlık.....	137
3. Başörtüsü/Türban	141
4. Cinsel Yönelim	144
IV. KAMU HİZMETLERİNDEN YARARLANMADA EŞİTLİK	145
A. Irk, Etnik Mensubiyet, Ulusal Bir Azınlığa Aidiyet (Vatandaşlık-Kimlik- Dil).....	145
B. Din ve Mezhep	154
C. Ekonomik Durum	173
D. Cinsiyet	177
E. Siyasi Düşünce.....	182
G. Engellik	187

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EŞİTLİĞE İLİŞKİN MEKANİZMALAR.....	194
I. DENETİM MEKANİZMALARI VE DENETİM TÜRLERİ	194
A. Ombudsmanlık ve Benzeri Kurumsallaşmalar.....	194
B. İdari Denetim	200
C. Yargısal Denetim	205
1. Anayasal Denetim-Anayasa Mahkemesinin Denetimi.....	206
2. İdari Yargı Denetimi	208
SONUÇ.....	215
KAYNAKÇA.....	218
ÖZET	231
ABSTRACT.....	232

KISALTMALAR

AİD	Amme İdaresi Dergisi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYİM	Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
AYMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
B.	Bası, Basım
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
D.	Daire
DD.	Danıştay Dergisi
DDDK	Danıştay Dava Daireleri Kurulu
Der.	Derleyen
DİB	Diyanet İşleri Başkanlığı
DİDD	Danıştay İdari Dava Daireleri

DİDDGK	Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DMK	Devlet Memurları Kanunu
E	Esas
İİİD	İdare Hukuku ve İlimler Dergisi
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	Karar
K. T.	Karar tarihi
KİT	Kamu İktisadi Teşekkülleri
md.	Madde
MSHS	Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi
R.G.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
THD	Türk Hukuk Dergisi
TİD	Türkiye İdare Dergisi
TODAİE	Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi
UM	Uyuşmazlık Mahkemesi
vd.	ve devamı
Yay.	Yayını, Yayıncılık
YDK.	Yürütmeyi Durdurma Kararı

Parag.	Paragraf
YKD.	Yargıtay Kararları Dergisi
in	İçinde
H.D.	Hukuk Dairesi

GİRİŞ

İnsan hakları için yapılan mücadelenin kökenleri, insanların eşitliği iddiasına dayanır.¹ Eşitlik kavramı, eşitliğin tanınması, uygulanması ve korunması esas itibarıyla insan haklarının korunması, tanınması meselesinden soyut olarak düşünülemez. Dolayısıyla eşitlik ilkesi değerini insan hakları alanında kazanır.² İnsan hakları, insanların insan oldukları için, yani belirli özellikler ve olanaklar taşıyan bir türün üyeleri oldukları için, bazı hakları olduğu –görmedikleri, ama görmeleri gereken bir muamele söz konusu olduğu- ve başkalarına böyle bir muamele göstermeleri gerektiği düşüncesidir.³

İnsan hakları mevzuatının temel dinamiklerinden birisini oluşturan eşitlik ilkesi, özgürlüklerin gerçekleşme koşulu ve teminatı olarak genel kurucu bir ilkedir.⁴ Günümüzde hemen hemen bütün anayasalar ve uluslararası sözleşmeler eşitlik ilkesine yer vermektedir. Bu ilke modern hukuk sistemlerinde hukuk devletinin ve insan hakları anlayışının en önemli parçası olarak görülür.

İnsan haklarından bahsedildiğinde bir kişinin temel hak ve özgürlükleri kastediliyorsa, o zaman bu durumun devletin “kamu hizmeti sunma yükümlülüğü” ile doğrudan bağlantılı olduğu kabul edilmelidir. Bu yükümlülüğün de insan haklarının temel değeri ve ilkesi olarak kabul edilen “eşitlik” çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekir. Eşitlik ilkesi idari faaliyet alanında; kamu hizmetinin tanımından faaliyetin kamu hizmeti olarak belirlenmesine ve kurulmasına, kamu hizmetinden yararlanma koşullarının belirlenmesi ve kamu hizmetinin kaldırılmasına kadar hâkim olan temel bir ilkedir.

Çalışmada Anayasa’nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinin kamu hizmetlerindeki anlamı ve işlevi ile idare, yasama ve yargı organları tarafından

¹ Mourgeon JACQUES, İnsan Hakları, (Çev. Ayşen EMEKÇİ) İletişim Yayınları, İstanbul, 1990, s. 65.

² İbrahim Ö. KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku-İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, Afa Yay., İstanbul, 1994, s. 15.

³ Ioanna KUÇURADİ, “Laiklik ve İnsan Hakları”, in Laiklik ve Demokrasi, Der. İbrahim KABOĞLU, İmge Kitabevi, 2001, s. 212.

⁴ Şeref İBA, “Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği”, AİD, C. 39, S 1, Mart 2006, s. 2.

uygulanma ve yorumlanma biçimlerinin gösterilmesi amaçlanmaktadır. Bu sebeple kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesi, bağlantılı ilke ve esaslarla birlikte bir bütün olarak kamu hizmetinin kurulması, düzenlenmesi ve kaldırılması, kamu hizmetlerine giriş ve kamu hizmetlerinde yararlanma şeklinde ele alınmıştır. Çalışma bu bağlamda üç ana bölümde incelenecektir.

Çalışmanın ilk bölümünde eşitlik ilkesinin tarihsel gelişim çizgisi dikkate alınarak temel bir hak olan kavramın içeriği ve hukuki çerçevesinden bahsedilmiştir. Birinci bölümün ikinci alt başlığında Türk Anayasa Hukuku bağlamında eşitlik ilkesi ele alınmıştır. Temel bir norm değeri olan eşitlik ilkesi, idare hukukunun temel referans kaynağı olan Anayasa'dan bağımsız ele alınmaz. Eşitlik ilkesi, Türk Anayasalarında düzenlenen ve Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanan şekliyle bize kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesinin çerçevesini sunmaktadır. Danıştay kararlarında ise bu ilke; idari istikrar, düzenlilik ve süreklilik, idarenin takdir yetkisinin sınırlanması gibi idare hukukunun temel kavramları ile ele alındığı için ilk bölümün üçüncü başlığında Danıştay'ın yaklaşımı ayrıca ele alınmıştır. Bu bölümde anayasa hukukunda ve bununla bağlantılı olarak idare hukukunda eşitlik ilkesinin kamu hizmeti alanındaki işlevinin/anlamının gösterilmesi amaçlanmıştır. İdare hukukunda eşitlik ilkesinin genel çerçevesi oluşturulmaya çalışılmıştır.

Eşitlik, hem yasama organı hem de idare tarafından kamu hizmetinin kurulması, yürütülmesi (idari işlem ve düzenleme aşamalarında) ve kaldırılmasında uyulması gereken bir ilkedir. İdare bakımından bu yükümlülük, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında eşit işlem ve eylem yapma yükümlülüğü ile bu yükümlülükle bağlantılı olarak tarafsız kalma ve tarafsız görünme yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkar. Bu yükümlülük çerçevesinde kamu idaresi içerisinde oluşturulmuş kuruluş veya kurumlarda kamu hizmeti görevlilerinin gerek kamu hizmetine alınmada ve gerekse kamu hizmeti sunulmasında eşitlik yükümlülüğüne uygun davranmaları beklenir. Aynı zamanda kamu hizmeti görevlilerinin idari işlem ve eylemlerinde sahip oldukları takdir yetkisinin kullanılması da eşitlik ilkesi ile sınırlandırılmış bulunmaktadır. Eşitlik ilkesinin idare hukuku bakımından genel görünümü bu sınırlar çerçevesinde anlatılmıştır.

İkinci bölümde çalışmanın ana konusunu oluşturan eşitlik ilkesi kamu hizmeti açısından değerlendirilmiştir. Bir taraftan kamu hizmetinin kurulması yükümlülüğünün bir gereği diğer taraftan örgütlenmesi ve sunulması aşamalarında göz önüne alınması gereken bir ilke olarak eşitlik, kamu hizmetlerinin diğer ilkeleri, hukukun evrensel ilkeleri ve birçok anayasal ilke ile organik bir bağ içindedir. Bu sebeple kamu hizmetinde eşitlik ilkesi idarenin, anayasanın ve hukukun diğer temel ilkeleri ile birlikte aktarılmıştır. İkinci bölümün temel konularından biri olan “*kamu hizmetinin kurulması, düzenlenmesi, yürütülmesi ve kaldırılması*” aşamalarında bir yükümlülük olarak öngörülen eşitlik ilkesi özellikle takdir yetkisi ile birlikte değerlendirilmiştir. Eşitlik ilkesi kamu hizmetine girişte ve hizmet için aranılan şartların; atama, görevden alma, göreve son verme, ilerleme ve diğer personel hukuku işlemlerinin yargısal denetiminde kullanılan en önemli ölçüttür. Kamu hizmetlerine girişte eşitlik, aynı zamanda kamu hizmetlerinin örgütlenmesi ve sunulması aşamalarını etkileyen bir süreç olduğu için ikinci bölümün ana başlıklarından biri olarak ele alınmıştır. Bölümün son alt başlığındaysa eşitlik ilkesi gereği, kamu hizmetleri bu hizmetlerden yararlanma “ayırım yasakları” çerçevesinde ele alınmıştır. Bu konu başlığında daha çok yargı pratiği ve yasal düzenlemelerden yola çıkarak eşitliğin yorumlanması ve uygulanmasında karşılaşılan somut sorunlar irdelenmeye çalışılmıştır.

Son olarak, üçüncü bölümde kamu hizmeti sunumunda eşitlik ilkesini işlevsel hale getirilmesi için kullanılan/kullanılması gereken mekanizmalar ele alınmıştır. Gerek yargısal gerekse yasal ve idari mekanizmaların ulusal üstü boyutta ele alınmamıştır.

Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları ile yasal düzenlemeler esas alınarak, güncel sorunlara dayanılarak somut bir değerlendirme çabasına girilmiştir. Bu çalışma kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesini yalnızca pozitif düzenlemelerden yola çıkarak kanun önünde eşitlik, pozitif ayrımcılık, ayrımcılık yasağı yani genel olarak Anayasa md. 10’un yanı sıra ilgili/ilişkili kavramlarla özellikle sosyal hukuk devleti ve laiklik, tarafsızlık ilkeleriyle birlikte değerlendirilmiştir. Çalışmada eşitlik kavramı genel olarak ele alındıktan sonra kamu hizmeti alanında ilkenin anlam ve içeriği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Amaç, eşitliğin sağlanmasına yönelik yapılan tartışmalara küçük de olsa bir katkı sunmaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİTLİK İLKESİNİN KAVRAMSAL VE HUKUKSAL ÇERÇEVESİ

I. EŞİTLİK İLKESİ

A. Genel Olarak/Tarihi Gelişim

Toplumsal gelişmenin tarihsel bir ürünü olan eşitlik, düşünce tarihinin üzerinde en çok durduğu konulardan biridir.⁵ Eşitliğe ilişkin düşüncelerin hukuk devletinden çok daha öncelere dayandığı ve neredeyse insan toplumu kadar eski olduğu bilinmektedir. Bu kavram, daha Antik Çağlardan itibaren, ilerici sınıfın bir talebi olarak ortaya çıkmıştır; ne var ki, içeriği, her sınıfın durumuna göre değişmektedir.⁶

İnsanlık tarihi boyunca eşitlik, içerisinde bulunulan döneme göre farklı şekillerde algılanmıştır. Antik dönem ve Ortaçağ siyasi sistemleri eşitliği “kurucu” bir ilke olarak görmemiştir. Ancak feodal toplum yapısının aşınmaya başlamasıyla birlikte eşitlik, sosyal yaşamı düzenleyen bir ilke olarak ortaya çıkmıştır. Günümüz modern eşitlik kavramı, Fransız Devrimi’nin “eşitlik, kardeşlik, özgürlük” şeklindeki ünlü sloganı ile tüm dünyada yankı bulmuş ve geleceğin siyasi sistemlerinin ilham kaynağı olmuştur.⁷ Başlangıçta, burjuva devrimi, bütün ezilenler adına geleneksel aristokrasiye karşı mülkiyet haklarından yana toplumsal bir hareket olmasına rağmen, zamanla toplumsal katılımın zorunluluğu olarak sivil hakların modern temelini oluşturmuştur.⁸ Bu koşullar içinde “eşitlik” sloganı, Fransız Devrimi’nde ekonomik güçte aristokrasiyi aşan burjuvazinin, aristokrasinin sınıfsal ayrıcalıklarına karşı öne sürdüğü bir slogan olarak ortaya atılmıştır.⁹ Burjuvazinin eşitlik anlayışı sınıfsal, ayrıcalıkların kaldırılmasını isteyen (siyasal eşitliği de kapsayan) “hukuki eşitliktir.”¹⁰ Adalet ve eşitlik için verilen mücadelede Fransız ve Amerikan

⁵ Alaaddin ŞENEL, “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi”, Yavuz Abadan'a Armağan, AÜSBF Yay., Ankara, 1969, s. 242.

⁶ Turner BRYAN, Eşitlik, (Yay. Hazırlayan Berna Ünler), B. 1, Dost Kitabevi, Ankara, 1997, s. 14.

⁷ Levent KORKUT, Ayrımcılık Karşıtı Hukuk, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2009, s. 13.

⁸ BRYAN, s. 22.

⁹ ŞENEL, s. 259.

¹⁰ ŞENEL, s. 260.

Devrimleriyle sonuçlanan bu süreç, hukuki anlamda “yasa önünde eşitliği” sağlamıştır. 1789 Fransız Devrimi’nin “özgürlük, eşitlik, kardeşlik” ilkelerini yüceltmesi, ekonomik, siyasal ve toplumsal dönüşümün başlangıcı olduğu kadar; adaletin, yasa ve anayasalarda yerini almasının da başlangıcını oluşturmuştur.

İnsan haklarının temel belgelerinde eşitliğin, feodal-dinsel kültürün “tanrı önünde eşitlik” ilkesi yerine evrensel ve doğal hukuka dayanan bir değer olarak ele alındığını görüyoruz. İnsan hakları alanındaki uluslararası belgelerin içerdiği normların amacı olan “insan kişiliğine değer vermek”, “insanlar arasında eşit” olmak şeklinde ifade edilmiştir.¹¹ Bütün insanların eşit olduğu varsayımı, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde belirtildiği gibi;¹² insanların insan onuru bakımından eşit oldukları, diğer açılardan farklılıklar taşıyabilecekleri gerçekliğine dayanmaktadır. Eşitlik ilkesi, **insan onurunun dokunulmazlığı ve korunması** açısından bir değerdir.¹³ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’ne göre

¹¹ Bahri SAVCI, “İnsan Hakları Üzerinde Uluslararası Alanda Norm İlkeler ve Türk İç Hukuku”, AÜSBFD, S. ¼, 1980, s. 11. Temel insan hakları metinleri için bkz. 1776 Virginia Haklar Demeci 1. madde: “bütün insanlar **tabiaten** eşit derecede hür ve bağımsız olup ..**yaratılıştan** bir takım haklara sahiptirler; bunlar; hayat ve hürriyetten faydalanma, mülkiyet elde etme ve ona sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve ona erişebilme haklarıdır.” (Metnin çevirisi için bkz. Münci KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, Ankara, 1964, s. 36.)

Bu belge daha sonra *Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi*ni (1776) ve Fransız Devrimi’nin İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisini de (1789) içeren bir dizi belgeyi etkilemiştir. *Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi* başlangıcında: “şu gerçekleri kendiliklerinden doğru sayıyoruz. Bütün insanlar eşit **yaratılmıştır**. Yaratan her insana kimsenin elinden alamayacağı bir takım haklar bağışlamıştır. Yaşamak, özgürlük, mutluluğu arama bu haklardandır. (Metin çevirisi için bkz. İlhan F. Akın, Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul, İÜHF Yay., 1968, s. 31)

AİHS de madde 14’te yasa koyucuya eşit yasa empoze etmektedir: “iş bu sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerden istifade keyfiyeti, bilhassa cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, milli ve sosyal menşe, milli bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi bir durum üzerine müesses hiçbir tefrike tabi olmaksızın sağlanmalıdır.” Türkiye’nin henüz taraf olmadığı AİHS 12. Protokol ‘kanunla düzenlenen tüm hakların kullanımı’ bakımından ayrımcılığı yasakladığı için, sadece AİHS ile teminat altına alınan haklar bakımından geçerli olan 14. maddeye göre daha geniş bir kapsama sahiptir.

¹² 1948 BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 2. maddesinde “herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da herhangi bir düşünce, ulusal ya da toplumsak köken, servet, doğuş veya başka herhangi bir bakımdan ayırım gözetilmeksizin bu bildiriye ilan olunan tüm haklardan veya özgürlüklerden yararlanabilir.” hükmü yer almaktadır.

¹³ Rukiye AKKAYA, “İnsan Hakları Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin Bazı Düzenlemeler”, Terazi Hukuk Dergisi, Mart 2007, S. 7, s. 123.

eşitlik; haklardan ayrılmaz bir niteliğe sahiptir. Bütün insanlar özgür ve hukuki bakımdan eşit doğar ve öyle kalırlar.¹⁴

Eşitlik ilkesinin uygulanmasının pozitif hukuk alanına yansımaları; insan hakları değerlerinin, anayasalar ve diğer hukuk belgelerinde düzenlenmesi ve güvence altına alınmasıyla mümkün olabilmektedir. Bu koruma-tanım 18. Yüzyıl anayasacılık hareketleri ile sağlanmıştır.¹⁵ Yasa önünde eşitlik ilkesi, 20. Yüzyılda uygulanabilir bir ilke olmaya başlamış ve özellikle uluslararası sözleşmelerde yer verilerek güvence altına alınmıştır.

Tarihsel olarak, “hukuksal” eşitlik, “siyasi” eşitlik ve “ekonomik-sosyal” eşitlik şeklinde gelişen eşitlik kavramı; burjuva devrimi sonrası kabul edilen “yasa önünde eşitlik”, sanayi devriminden sonra da yasa önünde eşitliği tamamlayan ve önemli siyasi kurumlara girme hakkının herkese tanınması ve evrensel esaslara bağlı olması anlamına gelen¹⁶ “fırsat eşitliği” ilkesi ile bugünkü anlamına kavuşmuştur. . 20. Yüzyılın ikinci yarısından sonra eşitlik anlayışı sosyal devlet anlayışı içinde fırsat ve imkân eşitliğine dönüşmüştür.¹⁷ Nihayet eşitlik ilkesi, demokrasi ve hukuk devletinin bir kazanımı olarak bireyi keyfi muamelelere karşı korumakta ve bu niteliği itibarıyla uluslararası insan hakları belgelerinde ve anayasalarda kanun önünde eşitlik başta olmak üzere ayrımcılık yasağı, fırsat eşitliği ve pozitif ayrımcılık şeklinde yer almaktadır.

Eşitlik kavramı, hem uluslararası anlaşmalar, sözleşmeler, tavsiyeler ve kararlarda, hem de ulusal düzeydeki metinlerin birçoğunda, insan haklarının temel ilkelerinden biridir ve koruma alanı da oldukça genişlemiştir.¹⁸ Bu düzenlemeler

¹⁴ Bkz. 1789 Fransız İnsan Hakları Bildirisi 1. maddesi: “İnsanlar, haklar yönünden özgür ve eşit doğarlar ve yaşarlar. Sosyal farklılıklar ancak ortak yarara dayanabilir.” Bkz. <http://www.istanbul.edu.tr/idarehukuku/belgeler/fransizyurttaşhaklaribildirisi.pdf>. E.T. 28.04.2014.

¹⁵ Serap YAZICI, “Eşitlik İlkesinin Değişen Dinamiği Çerçevesinde Kadın Hakları”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C. III, 03-07 Ocak 2006, s. 489.

¹⁶ BRYAN, s. 36.

¹⁷ Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/Cemil KAYA, Türk İdare Hukuku, B. 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 107.

¹⁸ Bu konuda BM ve Avrupa Konseyi çatısı altında Türkiye’nin de taraf olduğu birçok sözleşme bulunmaktadır: *Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına Sözleşmesi (IAOKS), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, Engellilerin Haklarına*

çalışmanın ilerleyen bölümlerinde konuyla ilgili kısım içinde geniş içerikle aktarılacaktır.

B. Eşitliğin Tanımlanması¹⁹

Eşitlik, **mantıki** bir terim olarak özdeşlik (aynıyet) demektir. Bu anlamda eşitlik iki ayrı şey için değil, tek bir şey için söz konusudur. Oysa gerçek dünyada, mantıksal anlamda birbirine eşit, birbirinin özdeşi iki şey yoktur. O halde eşitlikten söz edebilmek için iki ayrı şeyin bulunması zorunlu olup, ikisi arasında bir karşılaştırmaya gerek vardır. Karşılaştırma sonucu ikisi arasında ortak özellikler saptanabildiği ölçüde o iki şey eşit sayılır. Fakat o iki şey arasında eşit olmayan yanlar da vardır. Eğer o iki şey her yönüyle birbirinin eşiti olsaydı (mutlak eşitlik) o zaman “özdeş” olurlardı ki, iki ayrı şey için böyle bir şey düşünülemez. Dolayısıyla eşitlik ile iki veya daha fazla şeyin aynı ya da bir olduğu anlaşılmakta ise de, aslında mutlak bir eşitliğin mümkün olmadığı açıktır. Çünkü evrendeki hiçbir şeyin veya durumun birbirinin aynı olamayacağı ve belirli yön veya yönlerden farklılık göstereceği kesindir. Bu durum da eşitsizliğin varlığının mutlak olduğunun göstergesidir. Mutlak eşitlik ise tüm insanların her bakımdan, her zaman ve her koşulda birbirleriyle aynı-özdeş olması durumunda söz konusu olabilir ancak bu da mümkün değildir. Eşitlik aynılık ile ilgilidir; eğer nesneler önemli yönleri bakımından aynı iseler eşittirler. Eşitlikten söz ettiğimizde insanlara özgü sadece belli yönlerin aynı ve eşit olduğunu, diğer yönler bakımından herhangi bir ilişki bulunmadığını anlarız. O halde, eşitlikten söz ederken gerçekte göreceli (nispî) eşitliği kastetmiş oluruz.²⁰

Hukuki eşitlik ilkesi ise, önemli yönleri bakımından aynı olan şeylere eşit muamele edilmesini gerektirir.²¹ Hukuk alanında tanım getirilemeyen eşitlik ilkesi genel olarak, *yatay eşitlik* (şekli hukuki eşitlik) ve *dikey eşitlik* (maddi hukuki

İlişkin Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu.

¹⁹ BRYAN, s. 35.

²⁰ Hans NEF, Gleichheit und Gerechtigkeit, Zürich, 1941, s. 13'ten aktaran A. Can TUNCAY, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul, 1992, s. 252.

²¹ Mustafa ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, B. 8, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2010, s. 249.

eşitlik)²² olmak üzere iki anlamda yorumlanmaktadır. Yatay eşitlikten kastedilen, kanunların genel ve soyut nitelik taşıması, yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Ancak şüphesiz ki, eşitlik ilkesinin anlamını yatay eşitlikle sınırlandırmak mümkün değildir. Eşitlik ilkesinin bir diğer anlamı da farklı statü ve durumlarda olanlara, farklı hükümlerin uygulanmasını ifade eder ki buna da dikey eşitlik denir.

Hukuk alanında “şekli eşitlik”, hukuk veya politikaların tarafsız olması anlamına gelir ve benzerlik temelinde eşit muameleyi esas alır.²³ Bu kavram, yalnızca insanların birbirlerine belirli özellikler bakımından eşit veya eşitsiz olabilirliğini ve eşit işlemin, eşitlere eşit, eşitsizlere eşitsiz davranılmakla gerçekleşeceğini öngörür. Bu formüle göre eşitlik ilkesi, herkese tamamen aynı davranılmasını, işlem aynılığını gerektirmemekte; ilişkili ya da uygun farkların varlığı halinde eşitsiz veya farklı işlemle bağdaşabilmekte, yani eşitsiz ve farklı işleme izin vermektedir. Şekli eşitlik ilkesi, kişilerin ve durumların benzerliğinin önceden belirlendiği varsayımı ile işlerlik kazanır. Böylece şekli eşitlik ilkesini uygulayabilmek için, insanların hangi hususlarda benzer veya eşit olduklarını belirlemek hem de bu hususlardan hangilerinin söz konusu işlem türü ile ilişkili olduğuna karar vermek gerekir. Eşitlik ilkesi, esas olarak kural uygulama sürecinde, bir kuralın örnek tatbikinde önemli rol oynamaktadır. Gerçekten eşit ve eşitsiz kişi ve durumlar ile bir kural belirlendiğinde, söz konusu kuralın öngördüğü kişi ve durumlara eşit, yani sürekli ve tarafsız olarak uygulanmasını buyurur.²⁴ Her kural taraflı ya da tarafsız olarak uygulanabilir.

“Şekli eşitlik” ilkesi, bir kuralın içeriği itibarıyla hangi koşullarda eşitlik ilkesine uygun veya eşitlikçi olduğu sorusuna çözüm getirmemektedir. Bu konuya ilişkin çözümler, usuli veya şekli değil, maddi nitelikteki sayısal ve normatif eşitlik kavramları ile ilgilidir. Ancak burada da salt sayısal eşitlik değil de nispî-görelî

²² “Yatay eşitlik, aynı hukuksal durumda olanların ya da özdeş nitelikte olanların aynı kurala bağlı olmasıdır. Dikey eşitlik, aynı durumdakilerin aynı kurallara bağlı olmalarıdır.” Bkz. Yılmaz ALİFENDİOĞULLARI, “Eşitlik İlkesi”, Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, İÜHF Yay., 1999, s. 81.

²³ Selda ÇAĞLAR, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, 2012/3, Ankara Barosu Dergisi, s. 162.

²⁴ ÖDEN, s. 28.

eşitlik söz konusu olmaktadır.²⁵ Nisbi eşitlik genellikle maddi eşitlikle birlikte düşünülen bir kavramdır. Nisbi eşitlik, insanlar arasındaki “aynılık ve farklılık”lar dikkate alınarak işlem yapılmasını gerektirir. Ancak maddi eşitlik insanlar arasındaki farklılıkları esas almaktadır. “Maddi eşitlik”; hukukun, politikaların ve uygulamaların belirli grupların sahip olduğu süregelen dezavantajlı konumunun yarattığı eşitsizliği ortadan kaldırmaya yöneliktir. Diğer bir deyişle farklı durumdaki kişilere farklı muamele edilmesi gereğini esas alır.²⁶

Eşitlik ilkesi bağlamında karşılaşılan en yaygın bulanıklık, eşitliğin, eşit koşullar altında bulunanlar bakımından aranması gereken bir hak olduğunun çoğu kez göz ardı edilmesinden kaynaklanmaktadır. Eşitlik ilkesi, kişilerin aynılaştırılması değil, eşitsizlik olgusu gözlemi ve tespiti üzerine kurgulanan bir “dengeleme ideali ve savı”dır.²⁷ Diğer bir deyişle eşitlik, insanların meziyetlerini göz önüne almadan eşit davranmama ayrıcalığını reddeder; öte yandan, insanlara her açıdan aynı davranma gibi kesin bir tek biçimliliğe de karşıdır.²⁸ Buradan bakıldığında, eşitlik ilkesi, “farklılıkların” ve bunun yansıması olarak “çoğulculuğun” özümsemesine bağlı olarak gerçek niteliğini bulabilir.²⁹ Dolayısıyla eşitlik ilkesi şekli ve maddi eşitliği kapsayan, aynı zamanda çoğulculuğu ve farklılığı tanıyan bir ilke olarak anlamlıdır.

²⁵ “Normatif eşitliğin başlangıç noktası, eşitlik ilkesinin mutlaka şeylerin sayısal olarak eşit dağıtımını öngörmediği aksine kimi işlem farklılıklarına izin verdiği, hatta gerçekte bunu gerektirdiği düşüncesidir. Sayısal eşitlik ile normatif eşitlik kavramları arasındaki karşıtlık, şeylerin eşit dağılımı hakkı ile bu şeylerin dağıtım bakımından “eşit hak” arasındaki farklılıkta görülür. Eşit hak, dağıtım kararlarından herkesin aynı şekilde gözetileceğini; fakat dağıtılan şeylerin sayısal miktarlarının farklı olabileceğini ifade etmektedir. Bu anlamda eşitlik ilkesi insanlar arasındaki farklılıkları dikkate almakta ve sayısal bakımdan farklı işlemi getirebilmektedir.” Bkz. ÖDEN, s. 33.

²⁶ ÇAĞLAR, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, s. 162.

²⁷ M. Semih GEMALMAZ, “Ders Kitaplarının İnsan Hakları Ölçütleri Açısından Taranmasında İşlev Görebilecek Hukuk Kavramlarına İlişkin Örnekler”, Ders Kitaplarında İnsan Hakları Projesi, www.tarihvakfi.org.tr, E.T. 11.04.2013.

²⁸ Leslie LIPSON, Demokratik Uygarlık, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, (Çev. Haldun GÜRALP/ Türker ALKAN) B. 1, Ankara, 1984, s. 468.

²⁹ GEMALMAZ, “Ders Kitaplarının İnsan Hakları Ölçütleri Açısından Taranmasında İşlev Görebilecek Hukuk Kavramlarına İlişkin Örnekler”, Ders Kitaplarında İnsan Hakları Projesi, www.tarihvakfi.org.tr E.T. 11.04.2013.

Günümüz eşitlik anlayışı çok boyutlu bir içeriğe sahiptir. Başlangıçta, kanun önünde eşitlik talebinin sonucu olarak gelişen bu ilke zamanla sosyal ve ekonomik anlamda dengeleme ve eşitleme içeriğine sahip olması, hak ve özgürlüklerin kullanım alanlarında talep edilebilmesi ve sosyal devletin gereği olarak kamu hizmeti alma talebi ile birlikte istenebilmesi gereken bir hak olarak karşımıza çıkmıştır.

C. Hukuki Çerçeve

Yasaların eşitlik ilkesiyle ilgili bölümü genellikle herkesin kanun önünde eşit olduğu vurgusuyla başlar ve ayrımcılık yasağıyla devam eder. Ancak refah-sosyal devlet olgusunun güçlenmesi ile beraber eşitlik, “eylemli-maddi” eşitlik anlayışını içerecek şekilde genişlemeye başlamış ve gerek ulusal gerek uluslararası belgelerde devletlere eşitliği sağlayıcı mekanizmalar geliştirmeleri konusunda tavsiyeler yapılmıştır. Şimdilerde anayasa-yasa ve uluslararası sözleşmelerde eşitlik ilkesinin içeriği oldukça genişlemiş görülüyor.

Yasa önünde eşitlik, eşitliğin dışarıya yansıyan halidir. Herkesin yasa önünde eşit olması, normu uygulayan organlara yönelik bir emirdir. Bu emir, sözü edilen organları, kuralda öngörülmemiş olan istisnaları yapmamaya zorlar. Eşitlik ilkesinin bu açıklaması işlemin içeriğine değil, sadece uygulama modellerine ilişkindir. Temel niteliği ise, hukuksal anlamda birliği gerçekleştirecek olan ayrıcalıkların yıkılmasından doğan yeni hukuki düzeni kurmasıdır.³⁰ Yasalar önünde eşitliğin yetersiz kalması nedeniyle, insan haklarını ya da diğer adıyla temel hak ve özgürlükleri savunmak için değişik kalıplar ve çözümler oluşturmaya çalışılmıştır.³¹ Ayrım yapmama, pozitif ayrımcılık, fırsat eşitliği gibi maddi eşitlik temeline dayalı formüller geliştirilmiştir.

Ayrımcılık yasağı ile hukuksal eşitlik ilkesi iç içe geçmiş, aynı gerçeğin birbirinden ayrılamaz, biri olumlu diğeri olumsuz iki yüzünü oluşturan; açıkça belirtilmeyen durumlarda dahi örtülü olarak birbirini içeren, hatta birbirinin onusuz

³⁰ E. Ethem ATAY /Hasan TUNÇ, “*Kamu Hukukunda Eşitlik İlkesi*”, Türk Hukuk Dünyası, Y. 1, S. 1, 2000, s. 5

³¹ Selma ACUNER, “*Türkiye’de Kadın Erkek Eşitliği ve Resmi Kurumsallaşma Süreci*”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1999, s. 48.

olmaz koşulunu oluşturan ilkelerdir.³² Netice itibariyle her türlü ayrımcılığa karşı temel hareket noktası eşitlik talebidir. Böyle olmakla birlikte, hukuksal eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının yöneldiği kişiler farklılık arz etmektedir. Yasa önünde eşitlik bireye tanınan bir hak, ayrımcılık yasağı ise devletlerin üstlendiği bir yükümlülüktür.³³ Gerek evrensel belgelerde gerekse bölgesel sözleşmelerde eşitlik, doğal olarak yasa önünde eşitliktir ve çoğu zaman hangi alanlarda ayrımcılık yapılmayacağını belirtilmesi yoluyla tamamlanmaktadır. Bu negatif yaklaşımın temelinde soyut bir kavram olan eşitliğe somut bir tanım getirme istemi yatar. Ayrım gözetmeme ilkesi, yalnızca eşitliği anlatmakla yetinmez kimin hangi ölçütlere göre eşit olacağını açıklığa kavuşturur.

Eşitlik ilkesi, tüm ulusal ve uluslararası belgelerde sayılan mutlak eşitlik öngören ayrımcılık yasağını içine alan ama sözü geçen metinlerde yer almayan ancak öz itibariyle eşitliği sağlayıcı pozitif-olumlu eylemde bulunmayı gerektirecek farklılıkları gözetmeyi de emretmektedir. Yasal eşitlik, sadece eşit muameleyi kapsadığı için yetersizdir. Yasa önünde eşitlik var olan eşitsizliği ortadan kaldırmaz, aksine eşit olmayanlara eşit davranışı gerektirdiğinden, aslında onu yeniden üretir. Eşitlik; farklılığı kabul edip, farklılara eşit muamelenin öngörülmesi ve eşitleme amacıyla **pozitif ayrımcılık** yapılmasıyla sağlanır. Farklılıklar temelinde yapılan “ayrımcılıklar” eşitliği sağlamaya yönelik telafi edici uygulamalar, düzenlemelerdir. Eşitliği güvence altına almak, bir hakkın bütün sahiplerinin ondan yararlanacak konumda olması için müdahale etmektir.³⁴

Pozitif ayrımcılık fiili eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik bir eşitlik politikasıdır.³⁵ Düzeltici bir anlayışla, devletin, zayıf kesimlerini kollamak üzere “ayrımcı” uygulamalar yapmasını öngören pozitif ayrımcılık, uluslararası temel insan hakları belgelerinin ardından birçok Batılı ülkenin anayasalarının da benimsenmiştir. Pozitif ayrımcılık; temelde, kamu otoritelerinin; kadınlar, engelliler, yaşlılar gibi

³² Mesut GÜLMEZ, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Belediye-İş Sendikası, Ankara, 2009, s. 9.

³³ Gökçen ALPKAYA, “Uluslararası Hukukta Kadının Durumuna İlişkin Bazı Veriler”, AÜSBFD, Prof. Dr. Gündüz ÖKÇEN’e Armağan, C. 47, S. 1-2, 1992, s. 13.

³⁴ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku-İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, s. 16.

³⁵ Ece ÖZTAN, “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Olumlu Ayrımcılık”, AÜSBFD, C. 59, S. 1, s. 203-235, 2004, s. 204.

dezavantajlı toplum kesimlerini kollamak üzere alacağı önlemler aracılığıyla eşitlik ilkesinin pratik yaşamda gerçekleştirilmesini amaçlar. Bu amaç görece yeni bir anayasal norm olarak kabul görmüştür.³⁶

Hukuki bir sorun olmanın ötesinde bir adalet sorunu³⁷ olarak ele alındığında eşitlik; tanınma, yeniden dağıtım-sosyal adalet içeriğine de sahip olmalıdır. Sosyal eşitlik daha çok “**fırsat eşitliği**” şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Fırsat eşitliği, yasa önündeki eşitliği sağlamaya yönelik biçimsel eşitliğin ötesinde “gerçek” eşitliğin sağlanması yönünde kullanılan bir kavramdır. Bu tanımlama değişik toplumsal gruplarda baştan var olan dezavantajların dikkate alınması gerektiğini belirtir. Var olan eşitsizlikler, farklı olanlar için farklı kurallar koyarak eşit olmayanları eşitlemek amacıyla olmayı gerektirir. Sosyal eşitlik türü olarak fırsat eşitliği, maddi ve maddi olmayan değerlerin kazanılma şartlarının objektif olarak uygulanmasını ifade eder, ayrıca sınırlı olan kaynakların dağıtımında toplumda sosyal ve ekonomik yönden güçlü olanlara, önemli toplumsal değerler zarara uğratarak, imtiyaz ve üstünlük tanınmamasını ifade eder. Böyle bir eşitlik anlayışının kabulü bütün bireylere yasaların içerdiği bütün haklardan yararlanma şansını verir. Bu durumda ana fikir, belirli bir sonucu garantilemek değil, eşit başlangıç koşulları oluşturmaktır. Buradaki vurgu başlangıç koşullarındaki toplumsal ve kültürel etmenlerin eşitlenmesi üzerine olduğu için, toplumsal katmanlaşmanın yan etki-zararlarının kişiler arasındaki rekabet üzerinde etkili olmayacağıdır.³⁸

II. TÜRK ANAYASALARINDA EŞİTLİK İLKESİ

A. 1982 Öncesi

Osmanlı döneminde, Tanzimat hareketleriyle başlayan hukuki eşitliği yerleştirme çabaları, ilk Anayasa’da cılız bir formülle ifade edilmişti.³⁹ Eşitlik ilkesi ilk olarak 1839 tarihli Tanzimat Fermanı’nda dile getirilmiş ve dış devletlerin de

³⁶ İBA, s. 1.

³⁷ Eşitliği adalet sorunu olarak gören düşünceler için bkz. John RAWLS, A Theory of Justice, Harvard University Press, 1971.

³⁸ Eliane Vogel-POLSKY, Pozitive Action and The Constitutional and Legislative Hinderance to Its Implementation in The Member States of The Council of Europe, Council of Europe, EG(89)1, s. 7’den aktaran ACUNER, s. 45.

³⁹ İBA, s. 3.

baskısıyla müslim ve gayrimüslimler arasında eşitliği sağlamak amacıyla düzenlemeler yapılmıştı. Bunlardan en önemlisi de “kanun önünde eşitlik” ilkesinin getirilmiş olmasıdır. Tanzimat Fermanı, eşitlik ilkesini şu şekilde düzenlenmiştir: *“Teb’a-ı Saltanat-ı Seniyeimizden olan ehl-i İslâm ve mileli saire bu müsaadat-ı şahanemize bilâistisna mazhar olmak üzere can ve ırz ve namus ve mal maddelerinden hükm-i şer’i iktizasınca kâffe-i memalik-i mahrusamız ahalisine taraf-ı şahanemizden emniyet-i kamile verilmiştir.”* Ferman, dini ne olursa olsun (Müslüman olan olmayan) bütün Osmanlı tebaasını kanun önünde eşit saymaktadır. Tanzimat Fermanı’ndaki eşitlik ilkesi sosyal statüler bakımından da geçerlidir. Tanzimat Fermanı’nın açıklanması için çıkarılan ek bir fermanla, *“vezirden çobana kadar herkesin eşit olduğu”* vurgulanmıştır.⁴⁰ 1856 tarihli Islahat Fermanı’nda ise eşitlik; siyasal eşitlik, memur atamasında eşitlik, tanıklıkta eşitlik ve eğitimde eşitlik gibi haklar düzleminde tanınmıştır.

Türk Anayasa metinlerine de giren eşitlik ilkesi 1876 tarihli Kanun-ı Esasi’de, herkesin kanun önünde eşit olduğu,⁴¹ ehliyet ve kabiliyetlerine göre herkesin kamu görevi alabileceği⁴² ayrıca “Osmanlı vatandaşlığı”nın din ve mezhebe bağlı olmadığı şeklinde düzenlenmiştir.⁴³

⁴⁰ Bülent TANÖR, Osmanlı–Türk Anayasal Gelişmeleri, B. 2, Der Yay., İstanbul, 1995, s. 72.

⁴¹1986 Kanunî Esasî’nin 17. maddesindeki *“Osmanlıların kâffesi huzuru konunda ve ahvali diniye ve mezhebinden maada memleketin hukuk ve vezâifinde mütesavidir.”* hükmü kanun önünde eşitlik ilkesinin anlatımını içermektedir. Bkz. <http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>, “ Öznesi tüm “Osmanlı uyrukları” olan yasa önünde eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağını kapsayan doğrudan bir anlatım içermemektedir. Eşitlik ilkesi, din ve mezhep durumları dışında, “memleketin hukuk ve vezâifi”ni de kapsar. Bu, haklar ve ödevler yönünden, din ve mezhep dışında ayırım gözetilemeyeceği anlamına gelir.” Bkz. Mesut GÜLMEZ, *“Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler”*, Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu 3, 25-26 Ekim 2011, Petrol-İş Yay.,-116, Can Matbaacılık, s. 55.

⁴² Kanun-u Esasî’nin 19. maddesi, tüm Osmanlı uyruklarının devlet memurluğuna girişte eşitliğine ilişkindir. Ancak, özel bir kuralla düzenlenen bu eşitlik, mutlak olmayıp uyrukların “ehliyet ve kabiliyeti” ile sınırlı tutulmuş, memurluğun gerektirdiği “ehliyet ve kabiliyet” yönünden ayırım gözetilmesine olanak verilmişti: *“Devlet memuriyetinde umum tebaa ehliyet ve kabiliyetlerine göre münasip olan memuriyetlere kabul olunurlar.”* Metin için bkz. <http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>. Bkz. GÜLMEZ, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı...” s. 55.

⁴³ md. 18 *“Devlet-i Osmaniye tabiiyetinde bulunan efradın cümlesine Osmanlı tabir olunur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihal olunur izae edilir.”* Bkz. <http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>

Anayasalardan yalnızca 1921 tarihli “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu”nda, eşitlik ilkesine ilişkin açık bir kurala yer verilmemiştir. Ancak ÖDEN’e göre 1921 Anayasası ile 1876 Osmanlı Anayasası resmen ilga edilmemiş, 1921 Anayasası, saltanatın kaldırıldığı yolunda bir hüküm taşımadığı gibi, eşitlik konusunda da yeni bir hüküm getirmemiştir. Bu durumda, ortaya çıkan yeni devletin siyasi ve hukuki düzeninde 1876 Anayasası’nın 1921 Anayasası ile çatışmayan hükümlerinin ve bu bağlamda eşitlikle ilgili hükümlerinin yürürlükte kaldığı düşünülebilir.⁴⁴

1924 Anayasası 69. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesini şu şekilde düzenlemiştir: “*Türkler kanun nazarında müsavi ve bilaistisna kanuna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnudur.*”⁴⁵ 1924 Anayasası’na göre, yasa önünde eşitliğin öznesi “herkes” değil “Türkler”di. “Türk” ise, 88. maddede⁴⁶ hukuksal/biçimsel yurttaşlık bağı temelinde tanımlanmış ve “Türkiye’de din ve ırk ayırt edilmeksizin vatandaşlık bakımından herkese ‘Türk’” denildiği belirtilmişti. Dolayısıyla, farklı din ve ırklardan olan ancak Türk vatandaşı olmayan kişiler için hukuk önünde eşitlik güvencesi söz konusu değildi. Kısacası, Cumhuriyetin ilk Anayasası, öznesini sınırlandırdığı eşitlik ilkesinde yurttaşlık temeline dayalı bir ayrımcılık gözetmişti.⁴⁷ 1924 Anayasası’nın, devlet memurluğuna girmede eşitlik ilkesini, “yurttaş” anlamında “Türk” olma önkoşuluna bağlayan 92. maddesine göre: “*Hukuk-u siyasiyeyi haiz her Türk, ehliyet ve istihkakına göre Devlet memuriyetlerinde istihdam olunmak hakkını haizdir.*” Ayrıca 1924 Anayasası’nın 10. ve 11. maddelerinin 1934 yılında yapılan değişiklikten önceki ilk metinlerinde, seçme ve seçilme hakları konusunda “*cinsiyet*” temeline dayalı ayrımcılık gözetilmiş, kadınlar bu haklardan yoksun tutulmuştu. 1924 Anayasası

⁴⁴ ÖDEN, s. 109.

⁴⁵ Metin için bkz. GÜLMEZ, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı...”, s. 55. 1924 Anayasası’nın 1945’te sadeleştirilen metninde 69. madde şöyle idi: “*Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedirler. Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır.*” Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>

⁴⁶ md. 88: Türkiye’de din ve ırk ayırdedilmeksizin vatandaşlık bakımından herkese “Türk” denir. Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>.

⁴⁷ GÜLMEZ, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı..”, s. 55.

eşitlik ilkesini cinsiyet ve yurttaşlık temelinde sınırlamakla birlikte eşitlik ilkesiyle doğrudan ya da dolaylı bağlantısı bulunan başka özgül kurallara da yer vermiştir.⁴⁸

1924 Anayasası'nın, Kanuni Esasi'den farklı olarak, Cumhuriyet öncesindeki zümre, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıklarının kaldırıldığını ve yasaklandığını açıkça belirten kuralı, önce 1961'de ve sonra da 1982 Anayasası'nda yer almayı sürdürmüştür.

1961 Anayasası'nın, "Eşitlik" kenar başlıklı 12. maddeye, "*Temel Haklar ve Ödevler*" başlıklı İkinci Kısımın "*Genel Hükümler*" başlıklı birinci bölümünde yer vermiştir. 1961 Anayasası kenar başlığı "Eşitlik" olan 12. maddesi kanun önünde eşitliği şu şekilde düzenlemiştir: "*Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.*"⁴⁹ 1961 Anayasası'nın bu maddesinde, yasa önünde eşitlik ilkesinin; ayrımcılık yasağı ve ayrıcalık yasağı yönleri birlikte tanımlanmıştır. Ayrıca, eşitliğin hak öznelerini, "*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes*" biçiminde tanımlamıştır. Bu yaklaşım, 1982 Anayasası'nda da korunmaya devam etmiştir.⁵⁰ 1924 Anayasası'na oranla ayrımcılık nedenleri görece genişletilmiştir.

1961 Anayasası'nın kimi maddelerinde de, ayrımcılık yasağıyla ilgili özgül kurallar vardı. Örneğin, "çalışma şartları" başlıklı 43. madde, "*Kimse, yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun olmayan bir işte çalıştırılmaz. Çocuklar, gençler ve kadınlar, çalışma şartları bakımından özel olarak korunur.*" şeklinde düzenlenmiştir. 1. fıkradaki korumayı pekiştiren 2. fıkra, adlarını belirttiği hak özneleri için, "çalışma

⁴⁸ ÖDEN, s. 86 vd. "88. madde yurttaşlar arasında ırk ve din ayrımını yasaklarken, 75. madde hiç kimseye mensup olduğu din, mezhep, tarikat ve felsefi içtihadından dolayı ayrımcılık yapılamayacağı hükmünü içermekteydi." Bkz. ÖDEN, s. 113-117.

⁴⁹ 1961 Anayasası'nın 12. maddesinin gerekçesinde, "*İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde, (...) yer alan eşitlik prensibinin lüzumunu izaha ihtiyaç yoktur*" denilerek, Evrensel Bildirge'den esinlenilmiş olmakla birlikte, yasaklanan ayrımcılık nedenlerinin örnek olarak sayıldığı Bildirge'ye (md. 2 ve 7) ve AİHS'e (md. 14) koşut bir düzenleme yapılmamıştır.

⁵⁰ "Bu açık düzenlemeye karşın, gerek 1961 ve gerekse 1982 Anayasası dönemlerinde verilen Anayasa Mahkemesi kararlarından kimilerinde, yasa önünde eşitlik ilkesi tanımlanırken ya da yapılan tanım birkaç sözcük değiştirilerek yinelenirken, "herkes" olan anayasal öznenin "yurttaşlar" olduğu izlenimi yaratan bir dil kullanılmıştır ki doğru değildir." Bkz. GÜLMEZ, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, s. 558-559 ve 562-563.

şartları” konusunda, her birinin durumuna özgü koruyucu sosyal politika önlemleri alınmasını anayasal buyruk olarak öngören, olumlu ayrımcılığa anayasal dayanak kazandıran bir düzenleme olarak kabul edilebilir.

Kanuni Esasi ile 1924 Anayasası’nın “devlet memurluğu”na girme olarak güvenceye aldığı hak, 1961 Anayasası’nda “kamu hizmetlerine girme” hakkı olarak tanımlanıp düzenlenmiştir. “Vatandaş” olanlara özgülünen bu hakkı güvenceye bağlayan ve “ödevin gerektirdiği nitelikler” dışında ayırım yapılmasını yasaklayan 58. madde, şöyle idi: “*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.*”⁵¹

1961 Anayasası’nın öngördüğü yasa önünde eşitlik güvencesinin, uygulama alanı yönünden nedenleri sınırlı olan ayrımcılık yasağını aşan, kamu ve özel hukuk ilişkilerini kapsayan bir genişlikte olduğu söylenebilir.

Türkiye’de 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarının eşitlik ilkesini, genel olarak, geleneksel ‘kanun önünde eşitlik’ formülüyle açıkladıkları görülüyor.⁵² “Yasa önünde eşitlik”, bu genel ilkenin Kanuni Esasi ve 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer alan “olumlu” boyutunun, farklı sözcükler kullanılmış olsa da ortak anlatımıdır. 1961 Anayasası’nda “eşitlik” ve 1982 Anayasası’ndaysa “kanun önünde eşitlik” kenar başlıkları altında ayrımcılık yasağını da kapsayan “olumsuz” boyutuyla birlikte düzenlenmesi ise, ilk kez 1961 Anayasası’nda gerçekleştirilmiştir. Anayasalardan yalnızca 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun da, eşitlik ilkesine ilişkin açık bir kurala yer verilmemiştir.⁵³

⁵¹ <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>.

⁵² ÖDEN, s. 128; TANÖR, başlangıçta 12. maddedeki ilkeyi “klasik eşitlik ilkesi” olarak tanımlamış ve bunun “sosyal eşitlik kavramını içine almaz gibi görüldüğünü” belirtmiş (bkz. Bülent TANÖR, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, B. 1, May Yay., İstanbul, 1978) ancak daha sonra, “günümüzde artık sosyal eşitliği de içine alır biçimde anlaşılıyor ve uygulanıyor” olduğunu kabul etmiştir. TANÖR, ayrıca 1961 Anayasası’nın “sosyal ilke ve kurallara ve sosyal haklara geniş bir şekilde yer vermiş olmasının, klasik eşitlik ilkesinin (md. 12) sosyal eşitlik kavramı doğrultusunda yorumlanması gerektiğini belli ölçüde hafifletmiş sayılabileceği” görüşünü dile getirmiştir.

⁵³ Bu konuda, Tanzimat öncesinden başlayarak geniş bilgi için bkz. ÖDEN, s. 86 vd. Anayasa metinleri konusunda, örneğin bkz. Server TANİLLİ, Türk Anayasaları ve Mevzuat, İÜHF Yay., İstanbul, 1980; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Suna KİLİ, Türk Anayasa Metinleri, Senedi İttifaktan Günümüze, Türkiye İş Bankası Yay., Ankara, 1985.

B. 1982 Anayasası

Türk hukukunda eşitlik ilkesinin birincil normatif dayanağını Anayasa oluşturmaktadır. 1982 Anayasası'nın 10. maddesi “Kanun Önünde Eşitlik” başlığını taşımaktadır. 2010'da da olumlu ayrımcılık konusunda 2. fıkra eklenen bir cümle ve 3. fıkradaki düzenleme ile birlikte, 10. maddenin son hali şöyledir:

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife malullerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde⁵⁴

kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”⁵⁵

1982 Anayasası'nın eşitlik ilkesini çeşitli yönleriyle düzenleyen yürürlükteki 10. maddesi, yasa önünde eşitlik ilkesini ayrımcılık yasaklı boyutuyla güvenceye bağlamasının yanı sıra, kimi hak öznelerine ilişkin olumlu ayrımcılık önlemleri ile eşitlik yükümlülükleri konularında da kurallar öngörmüştür.⁵⁶

Maddenin ilk fıkrası ayrımcılık yasağı getirmektedir: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” 1961 ve 1982 Anayasalarında, onaylanan “ulusalüstü” insan hakları sözleşmelerinde de olduğu gibi, öznenin “herkes” olarak belirlenmiş olması da, aslında kişiler yönünden uygulama alanı bağlamında

⁵⁴ 1982 Anayasası'nın 10. maddesinin 1., 3., ve 4. fıkraları, temelde 1876, 1924 ve 1961 Anayasalarındaki anlatımla güvenceye almıştır. 2004 ve 2010 yıllarında yapılan eklemeler ise, olumlu ayrımcılık önlemlerini anayasal güvenceye almıştır. 1876'dan 1982'ye ve son değişikliklerle 2010'a uzanan anayasal süreçte, eşitlik ilkesine ilişkin en ayrıntılı ve görece ileri düzenleme, gerek Başlangıcı ve gerekse 2004 ve 2010 yıllarında eklenen fıkra ve cümlelerden oluşan yürürlükteki son metniyle 10. maddesi göz önüne alındığında, 1982 Anayasası ile yapılmıştır.

⁵⁵ Bkz. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/1113.html>.

⁵⁶ GÜLMEZ, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı...”, s. 64.

ayrımcılık yapılmadığını içerir. “Herkes” ifadesi, öznel yönünden ayrım gözetilmesini ilkece dışlar. Eşitlik ilkesinin doğası da bunu gerektirir. Yasa önünde eşitlik, önceden ya da sonradan edindiği ya da kazandığı özellikleri, durumu ya da konumu ne olursa olsun, kural olarak “herkes” için “genel” bir anayasal ilkedir. Özellikle temel hakları düzenleyen “Kişinin Hakları ve Ödevleri” bölümünde ve “Sosyal, Ekonomik Haklar ve Ödevler” kısmında birçok maddenin “Herkes” veya “Hiç kimse” olarak başlaması, şekli eşitlik ilkesinin genellik özelliğinin Anayasa’ya yansıdığını göstermektedir.

Maddedeki “*renk (...) ve benzeri sebeplerle*” ifadeleri 1982 Anayasası’nın bir katkısıdır. 1961 Anayasası’nda bunlar açıkça yer almamıştır. 1. fıkra bağlamında “**ve benzeri sebepler**” sözcükleri eklenmiş olduğu için, ayrım gözetmeksizin hukuk önünde eşitlik güvencesinin; örneğin yaş, engel, ulusal ya da etnik köken, cinsel yönelim ve cinsel kimlik gibi 1. fıkra da sayılmayan nedenlere dayalı ayrımcılıkları da kapsadığı söylenebilir.⁵⁷ Bu nedenlerin de 10. maddeye eklenmesi, düzenlemeye ancak açıklık ve görünürlük kazandırabilir.⁵⁸ Ancak Anayasa’da, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve AİHS md. 14’teki servet ayrımı yapılmamıştır. Maddede sayılanların örnek olduğu “*ve benzeri*” ifadesine dayanılarak genişletilebileceği savunulabileceği gibi, (Anayasa ayrım yapılmayacak konuların bu maddede sayılanlarla sınırlı olmadığını, benzeri sebeplerle de ayrım yapılmayacağını belirterek ayrım yapılmayacak konuları genişletme olanağı sağlamıştır.⁵⁹ Böylece yasa önünde eşitlik kuralı güçlendirilmiştir.⁶⁰) maddede sayılan örneklerin fiziksel ve düşünsel nitelikte olduğu düşünülürse ve benzerlerinin bu çerçevede kalması gerekeceği, Anayasa’da servete ilişkin bir ayrımcılığın öngörülmediği de savunulabilir.⁶¹

⁵⁷ Ancak Mahkeme, Seçim Kanunu’nun seçmenlerin 21 yaşını doldurmuş olması şartının Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırılığı nedeniyle açılan davayı “..*yaş farkı gözetmeksizin herkesin aynı hakka sahip olacağı yolunda doğal bir eşitlik öngörülmediği..*” 12. maddede belirtilen (1961 Anayasası) eşitlikten amaçlananın kanun önünde eşitlik olduğuna ve yaş konusunda bir ayrım yasağının olmadığına vurgu yaparak biçimsel bir yorumla davayı reddetmiştir. Bkz. AYM, 1963/192 E, 1963/161 K, K.T. 21.06.1963, R.G. 01.08.1963/11469.

⁵⁸ GÜLMEZ, “*Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı...*”, s. 68.

⁵⁹ Yavuz SABUNCU, Anayasaya Giriş, B. 14, İmaj Yayınevi, Ankara, 2009, s. 93.

⁶⁰ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, B. 6, Ankara, 1997, s. 159.

⁶¹ Onur KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), B. 2, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 202.

10. maddenin 1. fıkrasında, 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 yapılmaması özel olarak belirtilmektedir. Bu sebepler eşitlik ilkesinin çekirdek alanıdır.

2. fıkranın, ilk cümlesinde “kadınlar ve erkekler”⁶² için “eşit haklar” vurgusu yapan ve ikinci cümlesinde de devlet için biçimsel önlemleri aşan açık bir yükümlülük öngören düzenlemesinin anlam ve niteliği üzerinde egemen görüş, bu anayasal yükümlülüğün “**olumlu ayrımcılık**” anlamı taşıdığı yolundadır.⁶³ Bunu pekiştirmek amacıyla 2010’da 2. fıkraya 3. cümle olarak yapılan, “*bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz*” biçimindeki eklemedeki özneler “kadınlar ve erkekler”dir. Yükümlü olan “devlet”, yükümlülüğün konusu “haklarda eşitlik”, üstlenilen yükümlülük de hak eşitliğini “yaşama geçirme”dir. 2. fıkranın devlet için öngördüğü yükümlülük, “kadınlara yönelik” olumlu ayrımcılık önlemleri almakla sınırlı olmayıp, aynı zamanda “**eylemsel/maddi eşitlik**” ilkesi için de anayasal bir dayanak oluşturur.⁶⁴ Bu yükümlülük, her aşamada daha fazlasıyla elde

⁶² “Ancak özne olarak “kadınlar ve erkekler”in, yerleşik/geleneksel toplumsal algılamalara uygun iki cinsiyet dışında kalan başka farklı cinsel kimlikler anayasal koruma dışındadır. 1. fıkradaki “herkes”e oranla özneler yönünden bir daralma söz konusudur. Bu nedenle, 2. fıkradaki düzenleme özneleri yönünden sorunludur ve örtük biçimde, **farklı cinsel kimliği olanları dışlamakta ve hatta dolaylı bir ayrımcılık oluşturmaktadır.**” Bkz. GÜLMEZ, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, s. 73.

⁶³ ÖZBUDUN’a göre, bu eklemeye, devletin kadınlar lehine ayrımcılıkta bulunması mümkün kılınmıştır. (Bkz. Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, B. 12, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 152) TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU ise bu kuralla “pozitif ayrımcılığa anayasal dayanak kazandırılmış” olduğunu belirtmekte ve böylece, Devletin, kadınlar bakımından somut fırsat eşitliğini sağlayacak önlemler almakla görevlendirilmiş olduğunu eklemektedir. (Bkz. Bülent TANÖR/Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, B. 11, Beta Yay., İstanbul, 2011, s. 120). YAZICI da, 10. maddeye 2004’de eklenen kuralın, “kadınlar lehine pozitif ayrımcılığa olanak tanıyan bir hüküm” olduğu görüşündedir (Bkz. YAZICI, s. 523). “2004 değişikliği ile kadınlara yönelik olumlu ayrımcılığı teşvik eden bir fıkra daha eklenmiştir” diyen İNCEOĞLU’na göre de, bu fıkrayla devlet, kadın erkek eşitliğinin yaşama geçmesini sağlama yükümlülüğünü de üstlenmiştir. Diğer bir deyişle bu konuda pozitif yükümlülüğü vardır. (Bkz. Sibel İNCEOĞLU, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, S. 11, s. 45-61, ayrıca bkz. İBA, s. 9-13). Buna karşılık, 2. fıkranın 2. cümlesinin, “devlete kadın erkek eşitliğini sağlama yönünde sadece genel bir ödev yüklemekte, ancak somut bir emir verememekte” olduğu görüşü de savunulabilmiştir (Bkz. Mustafa ERDOĞAN, Anayasa Hukuku, B. 4, Orion Yay., Ankara, 2007, s. 175) Ayrıca bunun, kadınlara erkeklerden daha fazla hak tanımak yerine, onların durumunu genel olarak iyileştirici sosyal tedbirler alınmasını gerektiren bir program hükmü niteliğinde” olduğunu savunulmuştur. Bkz. Mustafa, ERDOĞAN, İnsan Hakları, (Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları), B. 1, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Yay., Ankara, 2006, s. 86)

⁶⁴ GÜLMEZ, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, s. 550-551.

edilmesi gereken “somut sonuçlar”la, eşitliğin uygulamada gerçekleştirilmesine değin sürekli çaba gösterilmesini, ilerlemeler sağlanmasını gerektiren bir yükümlülüktür.

GÖREN’e göre “*Anayasanın 10. maddesinde yer alan ‘kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir’ kuralı ile birlikte Devlete, başlangıçtaki⁶⁵ temel hak anlayışından farklı olarak, sadece temel hak koruma alanlarına yapılan saldırıları yasaklamakla kalmayıp, bu ilkelerin gerçekleşmesine yönelik aktif eylemlerde bulunulmasını da emretmektedir. (...)Cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı ise, Devlet için fiili mağduriyet ve avantajları gerektiğinde aktif eylemlerle ortadan kaldırma konusunda bir görev içermektedir.*”⁶⁶ Anayasanın 2. maddedeki **sosyal devlet ilkesine** de değinen GÖREN, genel eşitlik ilkesinin düzenlendiğini belirttiği 10. maddeye 2004’te eklenen 2. fıkra kuralı çerçevesinde, 1. fıkradaki “**cinsiyet**” temeline dayalı ayırım gözetme yasağı ile karşılaştırma yapmakta ve “*Kadın ve erkek arasında yalnız hukuken değil, **fiilen de şans eşitliğine** sahip olmanın anayasal dayanakları, Anayasa md. 2’de yer alan Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa md. 10’da düzenlenmiş olan cinsiyet nedeniyle ayırım yasağıdır*”⁶⁷ demektedir.

2010’daki olumlu ayrımcılıkla ilgili 3. fıkra, özel önlemlerle korunma gereksinmesi olan kişi kesimlerinden “*çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife malullerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler*”i kapsamakta ve sayılan bu elverişsiz kişi kümeleri için alınacak özel koruma önlemlerinin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağını açıkça belirtmektedir. Sözü edilen kişi kesimleri, 1. fıkradaki ayrımcılık yasağında vurgulanan “herkes” kapsamındadır. Dolayısıyla, bunlar için ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesini yalnızca biçimsel düzenlemelerle gerçekleştirme olanağı yoktur. Devletin bu ilkeyi yaşama geçirmek için önlemler alması gerekir ve bu önlemler de, eşitliğe aykırı sayılamaz. 2004’te kadınlarla sınırlı tutulan olumlu ayrımcılığın kişiler yönünden kapsamını genişletmekle kalmamış, aynı zamanda söz konusu kişiler için olumlu ayrımcılık önlemleri alınmasını zorunlu tutmuştur.

⁶⁵ Yazarın açıklamalarından anlaşıldığına göre, burada söz ettiği “başlangıç”, Anayasa’nın Başlangıç bölümü değil, yasaklanan örnek ayrımcılık nedenleri arasında “cinsiyet”in de sayıldığı 10. maddenin 1. fıkrasıdır. Çünkü 1. fıkrada, 2004’te eklenen fıkra ile karşılaştırdığı iki ilkedен biri olan “cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı” öngörölmüştür. Başlangıçta ise, böyle somut bir yasak bulunmadığı açıktır.

⁶⁶ Zafer GÖREN, Anayasa Hukuku, B. 1, Seçkin Yay., Ankara, 2006, s. 404-405.

⁶⁷ GÖREN, Anayasa Hukuku, s. 404.

Anayasa'nın 50. maddesi de, 3. fıkra da sayılan kişi kesimlerinden bazıları için özel koruyucu önlemler alma yükümlülüğü öngörmüştür. 1982 Anayasası'nda, önceki anayasaların eşitlik ilkesine ilişkin kısa düzenlemelerinde genel kural olarak yer almayan **olumlu ayrımcılığa** ilişkin somut kurallar öngörülmüştür.

1982 Anayasası'nın 10. maddesinin 4. fıkrasından da ayrıcalık yasağı çıkmaktadır. Ayrımcılıklar dışında, eşitliği gerçekleştirmenin önündeki engellerden biri de, kimi kişi, aile, zümre ya da sınıflara tanınmış ya da tanınacak olan **ayrıcalıklar** olduğundan yukarıdaki ayrımcılık yapılması yönündeki yasak ayrıcalık tanınması konusunda da geçerlidir. Ancak belli kesimlere sosyal haklarda öncelik tanımak ayrıcalık yaratma anlamına gelmez, bu yasağı bozmaz.⁶⁸ Ayrımcılık yasağı gibi eşitlik ilkesinin ayrılmaz bir parçası olan ayrıcalık tanıma yasağı, 1924'ten beri anayasal bir kuraldır.

Anayasa'nın 10/4 ve son fıkrası “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme devletin bütün organlarını eşitliğe uygun davranmaya zorlar. Sadece yasama organı değil devletin bütün organları bu ilkeye uygun davranmalıdır. Buna **eşitlik yükümlülüğü** adı verilir.⁶⁹ Madde 10/sonla yasalar önünde eşitlik ilkesi, devlete, bireyler arasında ayırım yapmama borcunu yüklerken, kişilere de eşit davranılmasını isteme hakkı sağlar.⁷⁰

1982 Anayasası'nın eşitlik ilkesini çeşitli yönleriyle düzenleyen yürürlükteki 10. madde **özellikle ayırım yasakları ile şekli ve maddi eşitlik ilkelerini** kapsayan, ayrımcılık yasağı, ayrıcalık yasağı, pozitif ayrımcılık ve eşitlik yükümlülüğü içeren

⁶⁸ TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU, s. 519.

⁶⁹ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 519.

⁷⁰ SABUNCU, s. 92.

genel bir eşitlik maddesidir.⁷¹ Ayrıca madde kimi hak öznelerine ilişkin **olumlu ayrımcılık** önlemleri ile **eşitlik yükümlülükleri** konularında da kurallar öngörmüştür.⁷²

Özgül ayırım yasakları, maddede sayılan dil, din, ırk vb. nedenlerle yapılan ayrımları **mutlak** olarak yasaklamaktadır. Anayasa’da, ayrımcılık yasağıyla doğrudan ve dolaylı ilgili başka “**özü**” kurallara da yer verilmiştir. Eşitlik ilkesi, 1982 Anayasası’nın başka maddelerinde de yer almaktadır. (örneğin, md. 29/3, md. 41/1 ve md. 68/3, md. 50, md.55, md. 42, md. 70, md. 67/2,)

Kanun önünde eşitlik ilkesinin hukuki mahiyeti ise tartışmalıdır. Bu ilkenin hukuk devleti kavramı içinde mevcut olduğu düşünölebileceğı gibi, temel bir hak ya da devlet yönetimine egemen bağımsız bir temel ilke olarak da değeriendirilmesi mümkündür.

1982 Anayasası’nda eşitlik, Başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerden biri olarak düzenlenmiştir. Eşitlik, Cumhuriyet’in niteliklerini düzenleyen 2. maddede sayılmamakla birlikte, Başlangıç bölümüne yapılan gönderme nedeniyle devletin temel esasları arasında sayılabilir. Ayrıca 1961 Anayasası’nda eşitlik ilkesine “*Temel Haklar ve Ödevler*” kısmında yer verilmiş olmasına karşılık, 1982 Anayasası aynı zamanda “*Kanun önünde eşitlik*” kenar başlıklı 10. maddesinde, yasa önünde eşitlik ilkesine “*Genel Esaslar*” başlıklı bölümde düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme biçiminin, “**eşitliğin bir hak olduğu gerçeğini değıştirmeksizin**”,⁷³ eşitliğe “Anayasa’nın tümüne ve devlete egemen bir ilke” niteliğı kazandırdığı, ilkenin Anayasa’daki yerinin, “eşitliğin temel bir devlet yönetimi ilkesi olarak düşünölmesi gerektiğı görüşüne güç kattığı” belirtilmektedir.⁷⁴ Dolayısıyla eşitlik ilkesine insanlara tanınan bir hak olmaktan daha fazla bir anlam yükleyerek, bu ilke devlet için bir yükümlölük olarak addedilmiştir.

⁷¹ERDOĞAN, Anayasa’nın 10. maddesinin eşitliğı hem negatif hem de pozitif olarak tanımlamış, (Bkz. ERDOĞAN, Anayasa Hukuku, s. 173) “1961 ve 1982 Anayasalarında, kanun önünde eşitlik ile özgöl ayırım yasakları, yani iki ayrı önerme bileşik cümle yapısında birleştirilmiştir” diyen ÖDEN’e göre, “temel önerme”, 1. fıkranın herkesin kanun önünde eşit olduğuna ilişkin bölümü, “yan önerme” ise, nedenleri sayılan ayrımcılık gözetmeme ile ilgili bölümüdür. “Temel önerme ile yan önerme, çift görevli bir öge olan ‘gözetilmeksizin’ sözcüğüyle bağlanmışlardır.”, ÖDEN, s. 129 ve 130.

⁷² GÖLMEZ, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı..”, s. 64.

⁷³ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 119; ÖZBUDUN, s. 150.

⁷⁴ ÖZBUDUN, s. 150; İNCEOĞLU, “*Türk Anayasa Mahkemesi...*”, s. 48

Yasa önünde eşitlik ilkesinin demokrasinin vazgeçilmez üç ilkesinden birini oluşturduğunu vurgulayan 10. maddenin gerekçesi göz önüne alındığında,⁷⁵ eşitlik ilkesinin “*tıpkı 2. ve 5. maddelerinde belirtilen demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları gibi*”⁷⁶ Genel Esaslar Kısımındaki devletin kuruluş unsurları ve dayanaklarından biri olarak devletin varlık nedenlerinden birini temsil ettiğini söyleyebiliriz. Başlangıç bölümündeki “*demokratik hukuk devleti*” tamlaması da bu dayanağı pekiştirmektedir.

10. madde metni, eşitliğin öncelikle “hak ve özgürlüklerden yararlanmada” söz konusu olduğunu açıkça belirtmemiştir.⁷⁷ Ancak Mahkeme’ye göre eşitlik ilkesi aynı zamanda özgürlüklerle ilgili olarak Anayasa’da yer alan kavramlardan biridir.⁷⁸ Mahkeme ilkenin hukuk devleti ile ilişkisini açıklarken bir yandan da ilkenin haklardan yararlanmada söz konusu edilebileceğini belirtmiştir: “*Anayasanın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devletinin belirgin özelliği yönetimde keyfiliğe izin vermemesi, yönetimin tüm işlemlerinde hukuka uygun hareket etmesidir. Keyfi davranmama yükümlülüğü diğer Devlet organları gibi yasama organı için de bağlayıcıdır. Özellikle **haklardan yararlanmayı düzenlerken yasama organı kişiler arasında keyfi ayrımlarda bulunmamalıdır. Bu aynı zamanda 10. maddede düzenlenen eşitlik ilkesinin de bir gereğidir.***”⁷⁹ Anayasal eşitlik ilkesi, Başlangıçtaki ilkeyle birlikte düşünüldüğünde, hak ve özgürlüklerden eylemli biçimde yararlanmada söz konusu olmayacaksa, özünden soyutlanmış, anlamsız ve işlevsiz bir ilkeye indirgenmiş olur.⁸⁰ 1961 ve 1982 Anayasalarının her

⁷⁵ 10. maddenin gerekçesi şöyledir: “Madde, **demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil etmektedir.** İnsanın insan olması dolayısıyla **doğuştan bir değeri ve haysiyeti** vardır. Bu onun tabii bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. *İnsanlar arasında kanunların uygulanması bakımından da hiçbir fark gözetilemez.* İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar. Komisyonumuz bu hakka saygı göstermenin Devlet organları ve idari makamlar için de bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idari makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar.” Bkz. https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf.

⁷⁶ İNCEOĞLU, “*Türk Anayasa Mahkemesi...*”, s. 48.

⁷⁷ GÜLMEZ, “*Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı...*”, s. 65.

⁷⁸ AYM, 1986/11 E, 1986/26 K, K.T. 04.11.1986, R.G. 22.02.1987/19380.

⁷⁹ AYM, 2008/42 E, 2008/167 K, K.T. 20.11.2008, R.G. 18.03.2009/27173.

⁸⁰ GÜLMEZ, “*Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı...*”, s. 71.

ikisinde de genel eşitlik ilkesi, kanun önünde eşitlik formülünü ayrımcılık yasağı ile birleştirerek ifade edilmiştir. Fakat 1961’den farklı olarak 1982 Anayasası’nda söz konusu ilke, temel hak ve hürriyetlerden eşit yararlanma (eşit haklar/temel haklardan yararlanmada eşitlik) anlamını da içerecek şekilde düzenlenmiştir.⁸¹ Gerekçeye göre de eşitlik, “insan onuru”nun gereğidir. O halde eşitlik ilkesi Anayasa güvencesine bağlanmış dava edilebilir temel bir haktır.

1982 Anayasası’nın 10. maddesinde, genel olarak eşitlikten değil, kanun önünde eşitlikten söz edildiği de savunulabilir. Bu noktada 10. maddedeki düzenlemenin sadece “hukuksal/biçimsel eşitlik” i ifade edip etmediğini aynı zamanda “maddi eşitlik” ya da Anayasa Mahkemesi kararlarında kullanılan anlatımla “eylemli eşitlik” ilkesini de kapsar nitelikte olup olmadığını tartışmakta yarar vardır. Ancak 10. maddenin gerekçesinin göz ardı edilmemesi gerekliliğinin yanı sıra özellikle de sosyal insan haklarından **eylemli yararlanma** söz konusu olduğunda, bu madde ve **sosyal devlet** ilkesiyle birlikte okunması gereken önemli bir “temel” ilke de, Başlangıç’ta yer almaktadır. Anayasa’nın Başlangıç bölümünün 6. paragrafında vatandaşların haklardan eşitlik gereğince yararlanacağı şu şekilde ifade edilmiştir: *“her Türk vatandaşının bu anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden **eşitlik ve sosyal adalet** gereklerince yararlanarak...onurlu bir hayat sürdürme ve maddi manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu.”*

1. fıkradaki yasa önünde eşitlik ilkesinin “**maddi eşitlik**” yönünün tümünden yadsınması ve anayasal güvence dışında tutulması, Anayasa’nın tanıyıp güvenceye aldığı ekonomik ve sosyal haklardan “eşitlik koşulları” içinde, Başlangıçtaki anlatımla “**eşitlik ve sosyal adalet gereklerince**” yararlanılmasını büsbütün olanaksız kılar. 10. maddede geçen “kanun” teriminden “hukuk” anlaşılıyorsa, bu kavramın

⁸¹İki Anayasa karşılaştırıldığında, eşitlik normunun kapsamı ve koruma güvenceleri bakımından 1982 Anayasası’nın daha kapsamlı olduğu söylenebilir. AYM, kararlarından birinde bu farkı tanım niteliğinde bir cümleyle şöyle dile getirmiştir: “Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasada yer alan en önemli kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. **Bu kural 1982 Anayasası’nda 1961 Anayasası’na nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.** Şöyle ki; eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. Benzeri sebeplerle de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır. Anayasanın 10 uncu maddesinde yer alan eşitlik kavramıyla kanun önünde eşitlik yani hukuki eşitlik kastedilmiştir. Bu ilkeyle bir tek kişiye veya kimi topluluklara aynı durumda bulunan yurttaşlardan daha çok veya daha geniş hak ve yetkiler tanımak yoluyla kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmesi yasaklanmaktadır.” Bkz. AYM, 1986/11 E, 1986/26 K, K.T. 04.11.1986, R.G. 22.02.1987/19380.

öncelikle kişi hakları ve siyasal haklara ilişkin anayasal kurallar gibi ekonomik ve sosyal haklara ilişkin kuralları da kapsayacağı açıktır.⁸² Ancak ERDOĞAN’a göre, 2004 değişikliğini kapsayan metniyle 10. maddedeki “bu hüküm eşitliğin sadece hukuki anlamıyla ilgilidir; dolayısıyla bundan ‘**maddi**’ veya ‘**sosyo-ekonomik**’ eşitlikle ilgili sonuçlar çıkarılamaz.”⁸³ ÖZBUDUN ise “*eşitlik ilkesinin anlamını şekli hukuki eşitlikle sınırlandırmak mümkün değildir*” diyerek, bu çerçevede anayasaya uygunluk denetiminde kanunların genel soyut nitelik taşıyıp taşımadıklarının değil onların içeriklerinin de araştırılması gerekliliğini belirterek, maddi eşitlik ilkesinin varlığını 10. madde çerçevesinde kabul etmektedir.⁸⁴ TANÖR, 1961 Anayasası’nın sosyal ilke ve kurallara ve sosyal haklara geniş bir şekilde yer vermiş olmasının, klasik eşitlik ilkesinin (1961 Anayasası için md 12) sosyal eşitlik kavramı doğrultusunda yorumlanması gereğini belli ölçüde hafifletmiş sayılabileceği görüşünü savunmaktadır.⁸⁵ GÜLMEZ ise tam tersine, sosyal devletin araçları kimliğiyle, ekonomik ve sosyal hakların -görece- geniş bir çerçevede ve temelde “**sosyal eşitliği**” gerçekleştirmek amacıyla güvenceye bağlanmış olmasını, 12. madde metnindeki ilkeyi sosyal/maddi eşitliği kapsar bir yaklaşımla yorumlanması gereğini “hafiflettiğini” değil güçlendirdiğini, çünkü sosyal hakların anayasal güvenceye alınmış olmasının, eşitliğin kendiliğinden uygulamada gerçekleştirilmesi için yeterli olmayacağı savunmaktadır. Yazar, 1961 Anayasası’nın “iktisadi ve sosyal bakımdan zayıf olan kişileri, grupları korumak” amacıyla “temel haklar” arasına “sosyal ve iktisadi haklar”ı katıp güvenceye bağlamış olmasının aslında 12. maddedeki eşitliği “klasik eşitlik” olmaktan çıkardığını, eşitliğe sosyal anlam ve içerik kazandırdığını belirtmektedir.⁸⁶ Sosyal devlet ilkesini eylemli fırsat eşitliğinin anayasal dayanağı olarak gören GÖREN’e göre genel eşitlik ilkesinin düzenlendiği 10. madde alanında sosyal devlet ilkesinden, sadece şekli eşitliğin esas alınmaması,

⁸² GÜLMEZ, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı...”, s. 71.

⁸³ ERDOĞAN, Anayasa Hukuku, s. 173; ERDOĞAN, İnsan Hakları..., s. 86.

⁸⁴ ÖZBUDUN, s. 151.

⁸⁵ Bkz. TANÖR, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, s. 336 ve 337, TANÖR’e göndermede bulunan ÖDEN’in de aynı görüşte olduğu anlaşıyor. Bkz. ÖDEN, s. 199.

⁸⁶ GÜLMEZ, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı...”, s. 71.

sosyal gerçeğin, eşit ya da farklı davranmanın objektif nedeni olarak kullanılması ve böylece **maddi bir eşitliğe ulaşılması ödevi** doğmaktadır.”⁸⁷

Yasa önünde eşitlik ilkesinin ilk bakışta daha çok devlet ve organlarına ve idare makamlarına yönelik olduğu düşünülse bile, yatay etki nedeniyle, bu ilkenin özel hukuk ilişkilerinde de geçerli olan, dolayısıyla kişileri de bağlayarak tüm hukuk düzeninde etkili olması gereken bir ilke olduğunu belirtmek gerekir. Anayasal eşitlik ilkesi, üç erki kapsamak üzere “devlet yönetimi” ile sınırlı olmamakla birlikte, **sadece bağımsız bir temel hak değil, tüm hukuk düzenine egemen olan genel bir hukuk ilkesidir.** Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetlerine girmede eşitlik ilkesine vurgu yaptığı bir kararında; “*Anayasanın 70. maddesi kamu hizmetlerine girme hakkını düzenlemiştir. Bu madde **kamu kurum ve kuruluşlarının tümünü kapsayan temel bir hakkı düzenlemektedir.***”⁸⁸ diyerek gerek **özel hukuka** tabi alanların gerekse kamu hukukuna tabi alanların bu ilke ile bağlı olduğunu belirtmiştir.

Sonuç olarak bu temel ilke, kendisinden yararlananlara eşit olma hakkını; yani ayırım yapılmamasını isteme hakkını; sunulan hukuki, siyasi, sosyal, ekonomik ortamlardan eşit bir biçimde yararlanmayı dolayısıyla yaşamın her alanında fırsat eşitliğini, içinde saklamaktadır.⁸⁹

C. Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı

Kanun önünde eşitlik, öncelikle bireysel emirler yerine herkesin genel nitelikteki kurallara, kanunlara tabii tutulmasını, bu kanunlarla (şekli eşitlik) eşit olarak korunmasını buyurmaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne göre eşitlik ilkesi öncelikle hukuk kurallarının **genel olmasını** (şekli eşitlik) gerektirir. Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili görüşünü şu şekilde dile getirmektedir: “*..kanunların başlıca özelliklerinden biri de bunların **objektif ve genel** nitelikteki kurallar içermesidir. Getirilmiş bulunan bir yasa kuralının kimleri ilgilendirdiği ya da hangi menfaati koruduğu hususunun belirlenebilirliği, kanunların **objektif ve genel nitelikli kurallar** olmadığı sonucuna varılmasını haklı kılamaz zira araştırıldığında yasaların kimlere hitap ettiğini saptamak genelde mümkündür... Bu itibarla; siyasi partilere*

⁸⁷ GÖREN, Anayasa Hukuku, s. 121.

⁸⁸ AYM, 1990/39 E, 1991/21 K, K.T. 11.07.1991, R.G. 25.05.1992/21236.

⁸⁹ AKKAYA, “İnsan Hakları Bağlamında Eşitlik İlkesi...”, s. 123.

yardım konusunda getirilen hükümlerin objektif ve genel olma niteliklerinden yoksun bulunduğu ve bu hususun Anayasanın **hukuk devleti ilkesiyle** çeliştiği iddiası yerinde görülmemiştir.⁹⁰

Mahkeme kimi zaman yasa önünde eşitlik ilkesini **ayırım yapmama** ilkesi ile beraber değerlendirmektedir: “...Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir...”⁹¹ Mahkeme, 1961 Anayasası’nın 12. ve 1982 Anayasası’nın 10. maddesindeki din, dil, ırk, cinsiyet ve benzeri unsurlara dayalı ayrımcılık yasağını mutlak bir yasak olarak ele almaktadır. Anayasa Mahkemesi kararları, “Anayasanın mutlak olarak yasakladığı yurttaşların kanun karşısında dillerine, ırklarına, cinsiyetlerine, siyasi düşüncelerine, felsefi inançlarına, dinlerine ve mezheplerine göre farklı muamele görmeleridir. Bunların dışında kanun önünde eşitlik, ancak niteliklerde benzerlik ve yasaların getirdiği kurallara uyarlık oranında söz konusu olabilir.” yargısı üzerine kurulmuştur.⁹² Mahkeme çeşitli kararlarında dile getirdiği bu görüşünü yineleyerek “12. maddenin **mutlak olarak yasakladığı**, kanunların uygulanmasında dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce ve felsefi inanç, din ve mezhep ayrımının gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılmasıdır.”⁹³ demiştir.

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında eşitlik ilkesi kapsamında **özümlü ayırım yasaklarına** da değinmiştir. Mahkeme’ye göre madde 10’da sayılan **mutlak ayırım** yasakları farklılık/farklılaştırma için haklı gerekçe oluşturmayacaktır. Konuya farklı bir perspektiften bakan GÖZLER’e göre Anayasa’nın 10. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” hükmü, bu konularda

⁹⁰ AYM, 1987/14 E, 1988/1 K, K.T. 05.10.1987, R.G. 14.07.1988/19872.

⁹¹ AYM, 1999/39 E, 2000/23 K, K.T. 19.09.2000, R.G. 12.10.2000/24198.

⁹² AYM, 1967/5 2 E, 1968/29 K, K.T. 02.07.1968, R.G. 17.12.1968/13069; Benzer kararlar için bkz. AYM, 1968/8 E, 1969/37 K, K.T. 19.06.1969, R.G. 18.05.1970/13497; 1964/36 E, 1964/77 K, K.T. 25.12.1964, R.G. 21.04.1965/11981; 1967/14 E, 1967/36 K, K.T. 14.11.1967, R.G. 29.04.1968/12886; 1968/12 E, 1968/65 K, K.T. 17.12.1968, R.G. 10.07.1969/13245; 1980/28 E, 1980/45 K, K.T. 01.07.1980, R.G. 03.10.1980/17124.

⁹³ AYM, 1970/7E, 1970/23 K, K.T. 12.05.1970, R.G. 26.10.1970/13651.

mutlak eşitliği emretmektedir⁹⁴ ve cinsiyet bir “*özgül ayırım yasağı*”dır. Cinsiyete dayalı bir ayırım öngören düzenleme, hangi arzu edilen (kadın milletvekili oranını yükseltmek gibi) mülahazayla olursa olsun eşitlik ilkesine aykırı olur. Çünkü “cinsiyet” bir mutlak eşitlik sebebidir. Keza 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan “*hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz*” hükmü de böyle bir “mutlak eşitlik” emretmektedir.

Mahkeme’ye göre eşitsizlik bazı durumlarda kanun koyucunun “**eksik düzenleme**” sinden de kaynaklanabilir. Kanun koyucu belli bir grup için tanıdığı bir hakkı, bir başka grup için tanımaz veya henüz bu hakkı o grup için tanıyan kanunu çıkarmamıştır. Anayasa Mahkemesi’nin o hakkın, diğer gruba tanınmamış olduğundan dolayı, o hakkı ilk gruba tanıyan kanunu eşitlik ilkesine aykırı görerek iptal etmesi, bu haktan yararlanan bir grubun da bu haktan mahrum kalmasına yol açacaktır.⁹⁵ Mahkeme, sadece hazine avukatlarına yol tazminatı ödenmesini öngören, diğer kamu avukatlarına böyle bir tazminat ödenmesini öngörmeyen Kanunun ilgili maddesi hakkında verdiği kararında şöyle demiştir: “... *sonucu bakımından aynı işi ve işlemi yapan, aynı görev ve sorumluluğunu paylaşan kamu avukatları arasında farklı uygulamaya neden olduğu ileri sürülen itiraz konusu hükmün, kamu avukatlarının önemli bir kesimine tanınan hakkı iptal kararıyla kaldırarak değil, öteki kesimlerine de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasama işlemleriyle düzeltilmesi, düzenleme eksikliğinin bu yöntemle giderilmesi Anayasaya daha uygun ve daha tutarlı bir tasarruf olacaktır.*”⁹⁶ Eşitlik ilkesi benzer durumda olanlara eşit davranılmasını gerektirdiği için, eksik veya aşkın yapılmış bir

⁹⁴ Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, B. 11, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011, s. 99.

⁹⁵ Söz konusu durumlarda gerçekten eşitlik ilkesine aykırılık olsa bile, Anayasa Mahkemesi’nin bu eşitsizliği, eksik düzenlemeyi iptal ederek giderebilmesi veya yasama organını eşitsizliği giderici düzenleme yapmaya zorlaması mümkün değildir. Zira Anayasa Mahkemesi “*Olayda... sorunu çözmeye yeterli olmayan bir yasa kuralının eksikliğinden... söz edilebilir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’ya aykırı bulunduğu yasaları iptal ederek yürürlükten kalkmasını sağlar... Yasanın isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesi eksikliği, iptal nedeni olamaz. İsterse yer verip isterse yer vermeyeceği bu tür eksiklikler yasa koyucunun takdir yetkisi içindedir... Yasa koyucunun anayasal ilkelere aykırı düşmeyen kimi durumlar ve kimileri için, kimi nedenlerle, kimi düzenlemelere yer vermemesi eksikliği iptal nedeni kabul edilemez.*” Bkz. AYM, 2001/252 E, 2002/102 K, K.T. 12.11.2002, R.G. 27.02.2003/25033.

⁹⁶ AYM, 1987/24 E, 1987/32 K, K.T. 24.11.1987, R.G.’de yayımlanmamıştır. Benzer başka bir karar için bkz. AYM, 2001/252 E, 2002/102 K, K.T. 12.11.2002, R.G. 27.02.2003/25033.

sınıflandırma eşitlik ilkesine aykırı olabilecektir. Mahkeme bu tür sınıflandırmaları Anayasaya aykırı bulmaktadır.⁹⁷

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında eşitlik ilkesinin kapsamı hakkında tanımlar yapmış ve bu konuda yerleşik bir içtihat geliştirmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesinin anlam ve kapsamı ile ilgili olarak temel değerlendirmesi şu şekildedir: “*Anayasanın 10. maddesine göre Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasının ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasının engellenmesidir. Aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.*”⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, 10. maddenin, yalnızca “**hukuksal eşitliği**” (yasa önünde eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitlik) güvenceye aldığı yolunda yerleşik içtihadını sürekli yenilemektedir. Mahkeme’ye göre “*Anayasanın 10. maddesinde belirtilen eşitlik, eylemli değil,*

⁹⁷ **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 olmaktadır. 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 çıkmaktadır. Eksik ve aşkın sınıflandırma hakkındaki kararlar için bkz. AYM, 1966/1 E, 1966/21 K, K.T.19.04.1966, AYM, 1971/58 E, 1972/22 K, K.T. 09.05.1972, R.G. 13.07.1972/14244. Eksik ve aşkın sınıflandırma hakkındaki detaylı bilgi için bkz. ÖDEN, s. 288-315.

⁹⁸ AYM, 2003/106 E, 2004/59 K, K.T. 12.05.2004, R.G. 03.11.2004/25632. Eşitlik ilkesi konusunda benzer yönde yorumlar içeren kararlardan bazıları da şunlardır: AYM, 2001/380 E, 2002/69 K, K.T. 15.7.2002, R.G. 28.12.2002/24977; AYM, 2001/377 E, 2002/59 K, K.T. 26.06.2002, R.G. 09.11.2002/24931; AYM, 2000/10 E, 2000/47 K, K.T. 02.11.2000, R.G. 18.09.2002/24880; AYM, 2000/39E, 2002/35K, K.T. 20.03.2002, R.G. 01.06.2002/24772.

*hukuksal eşitliktir.*⁹⁹ Mahkeme eşitliği biçimsel olarak değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında sıkça rastlanan hukuksal eşitlik yorumu “**eşitlerin eşitliği**” şeklindedir.¹⁰⁰ Yani Mahkeme aynı hukuksal durumda olanların (eşitlerin) eşit, farklı hukuksal durumda olanların (eşit olmayanların) farklı muamele görmesini kabul ederek -Anayasa Mahkemesi’nin nitelemesi ile- **nispî eşitlik** anlayışını benimsemiştir. Bu ilkeye göre, kişinin hakları ve ödevleri, yetkileri ve sorumlulukları; durumuna, niteliğine yaptığı işe göre değişebilecektir.

Mahkeme “nispî eşitlik anlayışıyla” aynı hukuksal durumlar ve durumları özdeş ve benzer koşullarda olanlar arasında ayırım yapılamayacağını vurgulamaktadır. Ancak Mahkeme “*aynı hukuksal durumlar*” ın ne anlama geldiğine, neleri ya da kimlerin eşit sayılacağına ilişkin herhangi bir ölçüt, çözümleyici bir anlayış getirmemiştir. Mahkeme, çoğu zaman aynı hukuksal durumda olanları eşit kabul ederken, benzer koşullar ve özdeş durumları da aynı zamanda aynı hukuki durum içinde kabul etmektedir. Ancak aynılık-özdeşlik-benzerlik ya da farklılığın somut durumlarda nasıl saptanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira Mahkeme önüne getirilen yasaların, eşit olmadığı iddia edilenlerin farklılığının hangi ölçütlere göre, eşitlerin kimler olduğu ve nasıl belirleneceği sorusu önem kazanmaktadır. Mahkeme önüne gelen olaylarda somut olay üzerinden değerlendirme-sınıflandırma yapmaya çalışmaktadır.¹⁰¹

Anayasa Mahkemesi, kanun hükümlerinin eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını denetlerken; haklı neden, Anayasa’nın 13. maddesindeki nedenler, kamu yararı gibi ölçütleri kullanmaktadır. Kanunun yaptığı ayırımın bir “**haklı neden**”e dayanıp dayanmadığını incelemekte, eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen bir kanun hükmü “haklı bir neden”e dayanıyorsa, bu hükmü eşitlik ilkesine aykırı

⁹⁹ AYM, 1996/74 E, 1998/45 K, K.T. 01.07.1998, R.G. 11.03.2000/23990; aynı yönde bkz. AYM, 1997/65 E, 1999/15 K, K.T. 11.05.1999, R.G. 16.02.2000/23966, AYM, 1997/65 E, 1999/15 K, K.T. 11.05.1999, R.G. 16.02.2000/23966.

¹⁰⁰ AYM, 1988/7 E, 1988/27 K, K.T. 27.10.1988, R.G. 26.12.1988/20031.

¹⁰¹ Mahkeme, kadınların aleni duruşmada bulunmalarının yasaklanabileceğine dair bir düzenleme içeren 1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu’nun 165. maddesini **haklı bir nedene** dayanmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Devamla bu sınırlamanın her somut olayda tekrar incelenmesi gerektiğini, genel bir sınırlama yapmanın mümkün olamayacağını belirtmiştir. Bkz. AYM, 1963/143 E, 1986/11 K, K.T. 27.03.1986, R.G. 12.11.1963/11553.

görmemektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, 10. madde, aynı durumda bulunan kişilerin arasında **haklı nedene** dayanmayan ayrımları önlemeyi amaçlayarak eşitliği sağlamaktadır.¹⁰² “*Farklılıklar farklı muamele yaratabilir*”, eşitlik ilkesinin bu niteliği Anayasa Mahkemesi'nin, ilgili kararlarında sürekli vurgulanmıştır. “*Durum ve konumlarındaki özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılar.*”¹⁰³ “*İtiraz konusu kurallarla getirilen düzenlemenin ayrı (farklı) olmasının haklı bir nedeninin olup olmadığının belirlenmesi gerekir.*”¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi pek çok kararında benzer gerekçelerle eşitlik ilkesinin tek tiplik anlamına gelmediğini (mutlak eşitlik olmadığını) belirtirken, farklılaştırmanın koşullarının (kamu yararı gibi) olayın niteliği ve özeliğine göre haklı nedeni belirleyeceğini söylemektedir. “*Bir takım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları **haklı bir nedene** dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez... eşitliği bozan bir kuralın varlığı o kuralın **kamu yararına veya başka haklı nedene** dayanmamış olması hallerinde ileri sürülebilecektir.*”¹⁰⁵

“*Haklı neden*” ve buna bağlı olarak geliştirilen “*kamu yararı*” ölçütü Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında, “*gereklilik*”, “*zorunluluk*”, “*işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk*”, “*dengeli ve makul görülebilecek ölçüler*”, “*kanun koyucunun takdir yetkisi- kanunî şart ve niteliklere uyarlık*”, “*görevin gerektirdiği bir nitelik-hizmet gerekleri*”,¹⁰⁶ “*kamu düzeni-güvenliği*”¹⁰⁷ gibi değişik ifadelerle somutlaştırılmıştır. Ancak Mahkeme eşitliği bu sebeplerle bozan düzenleme ile hizmet arasında zorunlu ve nesnel bir bağın olması gerekliliğini aramaktadır: “**Kamu**

¹⁰² AYM, 1989/14 E, 1989/49 K, K.T. 19.12.1989, R.G. 02.03.1990/20449.

¹⁰³ AYM, 1988/3 E, 1989/4 K, K.T. 18.01.1989, R.G. 03.05.1989/20157; 1988/36 E, 1989/24 K, K.T. 02.06.1989, R.G. 28.09.1989/20296.

¹⁰⁴ AYM, 1991/17 E, 1991/23 K, K.T. 19.07.1991, R.G. 07.08.1991/20953.

¹⁰⁵ AYM, 1981/13 E, 1983/8 K, K.T. 28.04.1991, R.G. 09.04.1984/18367; aynı gerekçeli kararlar için bkz. AYM, 1986/16E, 1986/25K, K.T. 21.10.1986, R.G. 31.01.1987/19358; AYM, 1988/16E, 1988/8K, K.T. 19.04.1988, R.G. 26.12.1988/20031; AYM, 1990/15E, 1991/5, K.T.28.02.1991, R.G.27.03.1992/21184; haklı nedenin yanında **kamu yararı** da koşul olarak sayılmıştır AYM, 1997/74E, 1998/69K, K.T. 17.11.1998, R.G. 23.10.1999/23855; AYM 1988/4 E, 1989/3 K, K.T. 12.01.1989, R.G. 10.01.1990/20398; AYM, 1992/22 E, 1992/40 K, K.T. 17.06.1992, R.G. 09.01.1995/22518.

¹⁰⁶ AYM,1992/40 E, 1992/55 K, K.T. 31.12.1992, R.G. 24.04.1993/21561.

¹⁰⁷ AYM, 1985/11 E, 1986/29 K, K.T. 11.12.1986, R.G. 18.04.1987/19435.

yararının gerektirdiği düzenlemeleri yapmak, çareleri düşünüp önlemleri almak, yasakoyucunun en doğal hakkı ve görevidir. Yeter ki düzenlemeler yapılırken doğrudan doğruya amaçlanan **hizmetin gerekleri** göz önünde tutulmuş, istenen nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uygun **nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç bağı** kurulmuş olabilsin.”¹⁰⁸

Amaç meşru ve kamu yararına uygun olsa dahi Mahkeme, ikincil olarak konu, amaç ile sınıflandırmanın birbiriyle ilişkili olup olmadığı değerlendirmesini yapmaktadır. Örneğin ruhsat alma zorunluluğuna istisna getiren düzenleme “...**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.”¹⁰⁹ gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, farklılaştırmanın haklı nedene ya da kamu yararına dayanıp dayanmadığını belirlemek için kamu yararı ve haklı nedenin, “**anlaşılabilir**”, “**amaçla ilgili**”, “**makul ve adil**” olması gerekliliğini aramaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir.¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi: “*Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının anlam ve öneminin tüm ağırlığını taşıyan “haklı neden” ve “kamu yararı” kavramlarına, öğretide, eşitliği bozduğu ileri sürülen **sınıflandırma ya da ayrımın, anlaşılabilir, amaçla ilgili, mâkul ve âdil** olması ölçütleriyle hukuksal biçim ve içerik kazandırılmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır, denebilir. Başlangıçta var olan uyum içindeki bu koşullar, zamanla aralarındaki bağı çözülmesi halinde de*

¹⁰⁸ AYM,1992/40 E, 1992/55 K, K.T. 31.12.1992, R.G. 24.04.1993/21561.

¹⁰⁹ AYM, 1985/11 E, 1986/29 K, K.T. 11.12.1986, R.G. 18.04.1987/19435.

¹¹⁰ AYM, 1991/13 E, 1992/10 K, K.T. 19.02.1992, R.G. 17.11.1994/22114.

Anayasa kurallarına aykırı hale gelebilirler.” diyerek, bu ölçütlere uyan sınıflama ya da farklılaştırmaları haklı ya da kamu yararına uygun, dolayısıyla eşitliğe de uygun görmüştür.¹¹¹ Eşitlik ilkesi çerçevesinde amaç ve araç ilişkisinin diğer bir unsuru da amaç ve araç arasında **ölçülü** bir oranın bulunmasıdır. Zira hukuksal eşitlik kavramı orantılılık idesiyle gelişir.¹¹² Mahkeme bu konuyla ilgili seçime katılan TBMM’de grubu bulunan ve temsil edilen partilere radyo ve televizyonda propaganda yapma açısından kademeli olarak, diğer partilerin konuşma sürelerinden fazla süreler getiren düzenleme hakkında: “..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... getirilen değişiklikteki aşırı olmayan ölçüler eşitliğe aykırılık savına kanıt gösterilemez. Düzenlemeyle partiler arasında bir ayırım değil büyüklüklerine göre fark yaratılmıştır.”¹¹³ diyerek ölçülü kısıtlamanın eşitliğe uygun olabileceğine işaret etmektedir.

Mahkeme kararlarında “**haklı neden**” kavramı, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılığı önleyen bir istisna ve meşruluk kriteri olarak kullanılmış,¹¹⁴ yasal düzenlemelerle getirilen farklılıkların “**haklı neden**”e dayanması koşuluyla, eşitlik ilkesini ihlal etmiş sayılmayacağı kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, özellikle daha yeni kararlarında, eşitlik ilkesinden ayrılmanın kriteri olarak “haklı neden” ifadesini değil, “Anayasanın 13. maddesindeki nedenler” ifadesini kullanmaktadır. Mahkeme’ye göre “*Kimilerinin Anayasanın 13. maddesinde öngörülen nedenlerle değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine*

¹¹¹AYM, 1991/24 E, 1991/40 K, K.T. 31.10.1991, R.G. 01.03.1992/21158; Aynı ölçütlerin kullanıldığı diğer kararlar için bkz. AYM, 1991/13 E, 1992/10 K, K.T. 19.02.1992, R.G. 17.11.1994/22114; 1997/32 E, 1998/25 K, K.T. 26.05.1998, R.G. 11.03.2003/25045, 1997/74 E, 1998/69 K, K.T. 17.11.1998, R.G. 23.10.1999/23855.

¹¹² İbrahim Ö. KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, B. 6, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s. 16.

¹¹³ AYM, 1986/17 E, 1987/11 K, K.T. 22.05.1987, R.G. 18.09.1987/19578, aynı yönde bkz. AYM, 1973/37 E, 1975/22 K, K.T. 25.02.1975, R.G. 03.12.1975/15431.

¹¹⁴ ÇAĞLAR, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, s. 51.

*aykırılık oluşturmaz..*¹¹⁵ GÖZLER'e göre "Anayasa'nın 13. maddesindeki nedenler" kriteri, "haklı nedenler" kriterine göre daha belirgin, uygulanması daha kolay¹¹⁶ bir kriterdir.

10. maddenin, 2004 öncesindeki ve sonrasındaki biçimiyle, yalnızca "hukuksal eşitliği" güvenceye aldığı yolundaki görüş Anayasa Mahkemesi kararlarına da egemen olan ve sürekli biçimde yinelenen bir yaklaşımdır.¹¹⁷ Anayasa'nın ayrımcılık yasağını içeren bu eşitlik ilkesinin, kanun önünde eşitlik (biçimsel-hukuki eşitlik) olduğu, sosyo-ekonomik eşitliği (maddi eşitlik) kapsamadığı çoğunlukla kabul edilmektedir.¹¹⁸ Anayasal eşitlik ilkesi, Başlangıç'taki ilkeyi de göz ardı ederek-salt biçimsel anlamına indirgenmektedir. Şüphesiz ki eşitlik ilkesinin anlamını şekli-hukuki eşitlikle sınırlandırmak mümkün değildir. Yasa önünde eşitlik ilkesinin dışında genel anlamda eşitlik ilkesi, şekli-hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak iki anlamda yorumlanmalıdır. Maddi hukuki eşitlik şekli eşitliğin de ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğu içermektedir. Bu anlamda eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi için, anayasaya uygunluk denetiminde sadece kanunların genel ve soyut nitelik taşıyıp taşımadıkları değil, onların içeriklerinin de araştırılması gerekmektedir.¹¹⁹

Mahkeme her ne kadar eşitliği "maddi" içeriğinden yoksun olarak değerlendirse de çeşitli kararlarında eşitlik ilkesinin diğer bir boyutu olan "sosyal adalet" ten söz etmekte ve bunun **sosyal devletin ve hukuk devletinin** bir gereği olduğu vurgulanmaktadır.¹²⁰

¹¹⁵ AYM, 1999/39 E, 2000/23 K, K.T. 19.09.2000, R.G. 12.10.2000/24198; 1998/58 E, 1999/19 K, K.T. 27.05.1999, R.G. 04.03.2000/23983; 1999/42 E, 2001/41 K, K.T. 23.02.2001, R.G. 23.11.2001/24592; 1994/48 E, 1994/58 K, K.T. 18.07.1994, R.G. 17.02.2000/23965.

¹¹⁶ Kemal GÖZLER, idare Hukuku, C. 2, B. 2, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s. 317

¹¹⁷ GÜLMEZ, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, s. 556-578.

¹¹⁸ ERDOĞAN, Anayasa Hukuku, s. 173.

¹¹⁹ ÖZBUDUN, s. 151.

¹²⁰ AYM, 1963/336 E, 1967/29 K, K.T. 27.09.1967, R.G. 19.10.1968/13031; AYM, 1988/19 E, 1988/33 K, K.T. 26.10.1988, R.G. 11.12.1988/20016.

Sonuç olarak şekli eşitlik ilkesi, kural yapma ve kural uygulama süreçlerini denetleyen,¹²¹ tüm hukuk düzeninde geçerli olan bir anayasal ilkedir.

III. İDARE HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ

A. Danıştay'ın Yaklaşımı

İdarenin eşitlik ilkesine uygun davranma gerekliliğini hukuk devleti olmanın bir gereği olarak gören Danıştay,¹²² eşitlik ilkesini salt Anayasa'ya değil, idare hukukuna da hakim olan genel bir ilke olarak kabul etmektedir¹²³ ve devletin bu konudaki yükümlülüğünü kararları ile sıklıkla hatırlatmaktadır. Ancak Danıştay, ilkeyi daha çok pozitif hukuk kurallarını yorumlamada yardımcı bir kavram olarak¹²⁴ kullanmaktadır.

Danıştay'a göre **aynı statüde bulunanların aynı işleme tabi tutulması** eşitlik ilkesinin bir gereğidir.¹²⁵ Danıştay, “aynılık” ölçütünü kararlarında aynı statüde olma,¹²⁶ eşit seviyede olma,¹²⁷ aynı hukuki durumda olma¹²⁸ şeklinde formüle etmektedir. Danıştay, “**benzer durumda olanları**” ise genellikle karşılaştırma yolu ile belirlemektedir. Kooperatif unvanına “Türkiye” ibaresinin eklenmesine izin vermeyen Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada Danıştay uygulamadaki benzer durumlara bakarak “..*dava konusu kararın TTK'nın 48. maddesinde öngörülen **takdir yetkisine** dayandırıldığı açıktır. Ancak dava dosyasında yer alan ve çalışmalarını Türkiye sathına yayacakları ve sosyal konuta ihtiyacı olan her ilde kurulacak birliklerin de merkez birliklerine ortak olacağı dikkate alınarak adlarının başına Türkiye kelimesinin eklenmesine izin verilmesi istemleri kabul edilen birlik dikkate alındığında çok daha geniş bir alanda*

¹²¹ ÖDEN, s. 39.

¹²² D.12.D. 1974/186 E, 1974/2291 K, K.T. 14.10.1974; D.8.D. 2010/2 E, 2010/0000K K.T. 27.01.2010; <http://www.hukukturk.com/>

¹²³ D.10.D. 1985/1885 E, 1986/2093 K, K.T. 18.11.1986, DD, Y. 17-1987, S. 60-67, s. 425.

¹²⁴ Tekin AKILLIOĞLU, “Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar”, AİD, C. 16, S. 3, 1993, s. 40.

¹²⁵ DiDD, 1987/932 E, 1988/242 K, K.T. 09.02.1988, DD, Y. 1989, S. 72-73, s. 650.

¹²⁶ D.11.D. 2000/8963 E, 2003/1623 K, K.T. 08.04.2003; D.11.D. 2000/8963 E, 2003/1623 K, K.T. 08.04.2003, DBB.

¹²⁷ D.8.D. 1997/2359 E, 1998/3478 K, K.T. 27.10.1998, DBB.

¹²⁸ DiDD, 2005/270 E, 2008/1286 K, K.T. 17.04.2008, DBB.

*çalışmalarını yürüten davacı birliğin adına Türkiye kelimesinin eklenmesine izin verilmemesinde eşitlik ilkesine uyarlık bulunmamaktadır.*¹²⁹ şeklinde karar vermiştir. Başka bir kararında lise öğrencisi olan ve bir yüksek öğretim kurumuna girdiğini belgeleyen davacının başarısız olduğu derslerinden öğretmenler kurulunca sınıfta bırakılmasına ilişkin işlemi, “ *...sınıf öğretmenler kurulunun bakanlık emrini amacı doğrultusunda kurulda başarılı sayılan öğrencilerin durumu ile karşılaştırıldığında Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığına bağlı Okullar ile Lise ve Dengi Okulların Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinin 50. maddesi uygulanırken takdir yetkisinin dengeli ve hakkaniyet ilkesine uygun kullanılmadığı sonucuna varıldığı..*”¹³⁰ gerekçesiyle iptal eden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Danıştay’a göre **farklı statülere tabi olanlara** farklı uygulama yapılması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Nitekim Danıştay, “ *...her yönden farklı hizmet koşullarına sahip ve farklı statülere tabi kamu görevlileri arasında mahrumiyet yeri ödeneği bakımından yaratılmış farklılığın, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği söylenemez.*”¹³¹ demektedir, farklı uygulamayı farklı statüde olmanın bir gereği olarak görmektedir.

Danıştay eşitlik ilkesine uygunluğu denetlerken **idari istikrar** ilkesine de başvurmuştur. Özel bir koleje müdür yardımcısı olarak atanan fakat Milli Eğitim Bakanlığınca, eğitim enstitüsü mezunlarının özel liselere öğretmen ve müdür yardımcısı olarak atanamayacakları gerekçesiyle talebi reddedilen kişinin açtığı davada, daha önce bu şekilde atamalar yapılmış olduğundan, bu uygulamayı idari istikrar prensibine ve eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur.¹³² Benzer bir şekilde, avukatlık stajını yapmak için görevinden istifa edip stajı tamamladıktan sonra göreve iade isteyen fakat Maliye Bakanlığı Gelirler Kontrolörlüğü Yönetmeliğinin 54.

¹²⁹ D.10.D. 1989/374 E, 1991/1175 K, K.T. 28.03.1991, DD, Y. 1992, S. 82-83, s. 971.

¹³⁰ D.8.D 1988/668 E, 1988/714 K, K.T. 18.10.1988, DD, Y. 1989, S. 74-75, s. 489-490; aynı yönde bkz. D.11.D. 2000/8963 E, 2003/1623 K, K.T. 08.04.2003, <http://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>

¹³¹ DİDDGK, 1982/381E, 1982/289K, K.T. 24.09.1982, DD, Y. 1983, S. 50-51, s. 164; aynı yönde bkz. D.5.D. 1991/1858E, 1994/71K, K.T. 19.01.1994, DD, 1996, S. 90, s. 559; DİDD, 1982/428E, 1982/411K, K.T. 05.11.1982, DD, 1996, S. 90, s. 167; DDDK, 1980/455E, 1981/823K, K.T. 10.07.1981, DD, Y. 1982, S. 46-47, s. 144; DİDDGK, 1982/434E, 1983/34K, K.T. 04.02.1983, DD, Y. 1984, S. 52-53, s. 130; DDDK, 1974/741E, 1975//888K, K.T. 28.11.1975, DD, 1976, S. 22-23, s. 169; DİDDGK, 1982/356E, 1982/419K, K.T. 19.11.1982, DD, Y. 1983, S. 50-51, s. 69.

¹³² D.12.D. 1969/ E, 1970/1739 K, K.T. 22.09.1970, DD, Y. 1971, S. 2, s. 322-323.

maddesinde, “*ticaret veya serbest meslek faaliyeti ile meşgul olanlarla özel ticari ve sınai müesseselerde görev alanlar tekrar gelir kontrolörlüğüne alınmazlar*” hükmüne dayanılarak istemi reddedilen davacı hakkında Danıştay, Devlet Memurları Kanunu’nun 92. maddesi ile idarelere memurluktan çekilenlerin tekrar göreve alınmaları konusunda **takdir yetkisini** tanındığını hatırlatarak, davacı ile birlikte avukatlık stajını yapmak üzere istifa eden iki kişinin idarece göreve alınmasını, davalı idarenin avukatlık stajını ticari veya serbest meslek faaliyeti olarak görmediğinin bir kanıtı sayıp dava konusu işlemi eşitlik ilkesine aykırı görerek iptal etmiştir.¹³³

Hizmet gerekleri ve kamu yararı ilkeleri de eşitlik ilkesine uygunluk ölçütleri olarak Danıştay kararlarında sıkça kullanılmaktadır. Sayılan ilkeler birçok kararda eşitliğe aykırı düzenlemelerin “**haklı gerekçeleri**” olarak gösterilmekte, takdir yetkisinin sınırlandırılması ve eşitlik ilkesine uygunluk açısından sınırlama sebebi olarak kabul edilmektedir. Danıştay, takdir yetkisinin eşitlik ilkesine uygun olarak kullanılması gerekliliğini anayasal ve yasal sınırları hatırlatmakta ve çoğu kez de idarenin her işleminin maksat unsurunu oluşturan **kamu yararı** kavramını eşitlik ilkesinin bir gereği olarak görmektedir: “...*idare yasa ile belirlenen görevlerini yerine getirmek amacıyla hizmeti düzenleme yetkisi kullanırken kamu hizmeti gereklerine göre ve hizmetin hangi koşullarda kamu yararı sağlayacağını araştırmak suretiyle yeni düzenleme yapma yoluna gidilebileceği gibi yeni getirilen düzenleme özellikle mevcut esasların daha da sınırlandırılması yolunda olacak ise, idarenin tarafsızlık ilkesi ışığı altında objektif hukuk kurallarından ayrılmamasını gerektirir.*”¹³⁴

¹³³ D.5.D. 1976/1613 E, 1979/1146 K, K.T. 09.05.1979, DD, Y. 1980, S. 36-37, s. 352-354.

¹³⁴ D.10.D. 1985/1885E, 1986/2093K, K.T. 18.11.1986, DD, Y. 17-1987, S. 60-67, s. 425, D.11.D. 2007/1947E, 2009/1861K, K.T. 23.02.2009, DBB.

¹³⁴ D.5.D. 1976/1613 E, 1979/1146 K, K.T. 09.05.1979, DD, Y. 1980, S. 36-37, s. 353 aynı yönde bkz. D.5.D. 1976/3974 E, 1978/3459 K, K.T. 06.12.1978, DD, Y.1979, S. 34-35, s. 293; D.11.D. 2007/1947 E, 2009/1861 K, K.T. 23.02.2009; D.5.D. 1976/1613 E, 1979/1146 K, K.T. 09.05.1979, DD, 1980, S. 36-37, s. 353; D.5.D. 1976/3974 E, 1978/3459 K, K.T. 06.12.1978, DD, Y. 1979, S. 34-35, s. 293; D.5.D. 1976/1613 E, 1979/1146 K, K.T. 09.05.1979, DD, Y. 1980, S. 36-37, s. 353; D.8.D. 2009/6617 E, YDK, K.T. 25.12.2009; DBB, http://www.danistay.gov.tr/e2009_6617.htm; DİDD, 2005/270 E, 2008/1286 K, K.T. 17.04.2008, DBB.

Aynı hukuki durumda bulunanlar açısından “**idari uygulamalarla**” farklı hukuki durumlar yaratılabilmektedir. Danıştay, **uygulamada** meydana gelebilecek ve kamu hizmetlerinin işleyişinde ortaya çıkacak eşitsizlikleri yasa önünde eşitlik ölçüsüne göre çözümlmeye/eşitlemeye çalışmaktadır.¹³⁵ Örneğin Danıştay nakil işleminin hukuka aykırılığının ileri sürüldüğü davada: “*Oysa genel düzenleyici bir işlemle getirilen yeni durumun ilgililer hakkında uygulanmasında "eşitlik" ve objektiflik" kuralları çerçevesinde hareket edilmesi, hukuka bağlı idarenin bir özelliğidir. Davalı idarece tesis edilen dava konusu nakil işleminde ise, yukarıda belirtilen objektiflik, eşitlik gibi kurallara uyulmaksızın hareket edildiği anlaşılmakta olup; işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibariyle hukuki isabetsizlik görülmemiştir.*”¹³⁶ demektedir. Başka bir kararda da “*...Buna göre gerek davacının yürüttüğü Hurda İşletmesi Müdür Yardımcısı kadrosu gerek Hurda İşletme Müdürü kadrosu 5434 sayılı Yasa'nın Ek 67. maddesinin uygulanması yönünden aynı hukuki durum içinde bulunmalarına karşın, eşitlik cetvelinin tespitinde hukuken geçerli bir neden gösterilmeden bu durum göz ardı edilerek eşitliğe aykırı bir davranış ortaya konulmuştur.*”¹³⁷ şeklinde karar vererek, ilgili düzenlemelerin uygulanmasının eşitlik ilkesine aykırı olacağından bahisle iptal kararı vermiştir.

Düzenleyici işlem ya da yasaların uygulamasında ortaya çıkan problemlerden biri de **eksik düzenleme** nedeniyle eşitlik ilkesinin ihlal edildiği durumlardır. Davacının, Sayıştay Uzman Denetçisi iken, almış olduğu ruhsatlı tabancasına, emekli olduktan sonra taşıma ruhsatı verilmemesine ilişkin Ankara Valiliği'nin 01.06.2001 tarihli işleminin ve bu işlemin dayanağı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ve Diğer Aletler Hakkındaki Yönetmeliğin 10. maddesinin (b) bendinin; Emekli Sayıştay Uzman Denetçilerinin bent kapsamına alınmaması sonucu eksik düzenlenmesi nedeniyle iptali istemi ile açılan davada Danıştay “*Anayasa Mahkemesinden, ancak Anayasaya aykırı olan bir kanun hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebilir; yoksa bir hükmün uygulama alanının genişletilmesi amacı*

¹³⁵ Cemil KAYA, İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, On iki Levha Yay., B. 1, İstanbul, 2011, s. 137.

¹³⁶ D.5.D. 2002/3312 E, 2003/253 K, K.T. 30.01.2003, DBB.

¹³⁷ DiDD, 2005/270 E, 2008/1286 K, K.T. 17.04.2008, DBB.

ile, değiştirilmesini sağlamak için iptal istenemez. Kanun koyucunun eksik düzenlemesi, ancak başka bir Anayasa İlkesinin, mesela eşitlik ilkesinin ihlaline yol açıyorsa, bir anayasaya aykırılık sebebidir” şeklinde gerekçeyle, Anayasa Mahkemesi kararlarını örnek göstererek, eksik düzenlemenin iptali istemini hangi çerçevede değerlendireceğini belirtmiştir. Danıştay kararında eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğini zira Sayıştay üyelerinin 832 sayılı Sayıştay Kanunu’nun 3. maddesinde Sayıştay meslek mensuplarının sayıldığını ve Sayıştay Kanunu’nda Sayıştay uzman denetçilerinin Sayıştay meslek mensubu olarak sayılmış olduğunu, bu bağlamda Sayıştay Başkanı ve üyeleri ile diğer meslek mensupları arasında bir ayırım gözetilmediği gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir.¹³⁸ Danıştay, eksik düzenlemenin ancak eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmesi halinde dava konusu işlem hakkında iptal kararı vermektedir. Yapı Tesis ve Onarım İşleri İhalelerine Katılma Yönetmeliğinin 02.03.1995 günlü 22218 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan yönetmelik ile değiştirilen 8/III7B maddesinde teknik öğrenim gören müfettişlerin sayılmaması suretiyle yapılan eksik düzenlemenin iptali için açılan davada ise Yönetmeliğin *"teknik öğrenim yapmış olanlardan kamu kuruluşlarında kendi meslekleri ile ilgili olarak yönettikleri ve Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliğinde belirtilen esaslar dâhilinde denetledikleri işlere göre müteahhitlik karnesi verilecek kişileri belirleyen 8/III/B bendi kapsamında teknik öğrenim gören müfettişlerin sayılmamasının Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle Yapı Tesis ve Onarım İşleri İhalelerine Katılma Yönetmeliğinin 8/III/B maddesinde teknik öğrenim gören müfettişlerin sayılmaması"* suretiyle iptaline karar vermiştir.¹³⁹ Danıştay’a göre bir sınıflandırma yalnız somut amacı bakımından benzer durumda olanları değil, ayrıca o amaç bakımından benzer durumda olmayanları da kapsıyorsa eksik ya da aşkın kapsamlıdır.

Danıştay, bir kısım kararlarında, **idari işlemin** açıkça eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmemekte; bunun yerine “*Anayasa ile ilgili yasa kurallarına ve **hak ve adalet ilkelerine ters düştüğü.***”¹⁴⁰ ya da işlemin ilgililere “*...fazladan bir yük*

¹³⁸ Daire no belirtilmemiştir.) Danıştay, 2001/2402 E, 2001/1123 K, bkz. <http://www.kararevi.com/karars/801153#.Ue62YNLOHfI>.

¹³⁹ DiDD, 1996/387 E, 1998/521 K, K.T. 06.11.199, DBB.

¹⁴⁰ D.8.D. 1988/460 E, 1989/1011 K, K.T. 11.12.1989, DBB.

getireceği”, idarenin “takdir yetkisinin dengeli ve hakkaniyet ilkesine uygun kullanılma(sı)...”¹⁴¹ vb. ifadelerle işlemin eşitliğe uygunluk ve aykırılığını dile getirmektedir.¹⁴² Danıştay, “adalet”, “hakkaniyet”, “nesafet” ilkelerini kullanarak aslında hukukun tüm genel ilkelerini karşılamaya çalışmaktadır ve bu ilkeleri genelde diğer ilkelerle birlikte kullanmaktadır.¹⁴³ Danıştay eşitlik ilkesini ayrıca ayırım yapmama ilkesi ile birlikte değerlendirerek birçok kararında yaşa, cinsiyete ve siyasi düşünceye dayalı ayırım yapılmaması gerektiğini vurgulamıştır.

Yukarıda anlatılanlar ışığında denebilir ki; Yüksek Mahkeme’nin eşitlik anlayışı, idarenin işlem ve düzenleme yetkisini eşitlik bakımından aynı statüde olanların aynı, farklı statüde olanların farklı, benzer durumda olanların aynı işleme tabi tutulması şeklinde yorumlayan Anayasa Mahkemesi’nin anlayışı ile uyumlu olarak nispi eşitliğin sağlanmasına yöneliktir. Mahkeme, eşitlik ilkesini yorumlarken daha çok Anayasa’daki eşitlik ilkesine vurgu yapmakta ve Anayasa Mahkemesi’nin eşitlik yorumlarını referans göstermektedir¹⁴⁴

Nispi eşitlik anlayışı, aslında eşitlik ilkesinin kapsamını genişleten ve temel-sosyal haklardan faydalandırma yükümlülüğü öngören içerikte olmasına rağmen, gerek Danıştay gerekse Anayasa Mahkemesi bu yükümlülüğü hatırlatmakla yetinmekte ve maddi eşitliği sağlama yükümlülüklerin yerine getirilmesine yönelik kararlarını gün gittikçe azaltmaktadır. Danıştay’a göre eşitlik, kanunların ve düzenleyici işlemlerin belirlediği nesnel koşul ve niteliklere sahip olanlar arasındaki bir eşitliktir. Eşitliğe aykırılık iddiası, idarenin belirlediği statünün “eşit”liğe uygun düzenlendiği kabulü ile değerlendirilmektedir. Danıştay birçok kararında idarenin statü belirleme yetkisini (daha çok takdir yetkisi) tartışmakta ve idarenin bu yetkiye sahip olduğuna karar verdikten sonra eşitlik ilkesine aykırılık iddiasını ilgilinin içinde bulunduğu statüye göre (kişinin belirlenen statüye dâhil olup olmadığı üzerinden bir değerlendirme) değerlendirmektedir. Kararlarda genellikle iptal

¹⁴¹ D.8.D 1988/668 E, 1988/714 K, K.T. 18.10.1988, DD, Y. 1989, S. 74-75, s. 489-490.

¹⁴² KAYA, s. 137.

¹⁴³ Bkz. Zuhâl BEREKET, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 138.

¹⁴⁴ Bkz. D.10.D. 1996/993 E, 1999/3627 K, K.T. 23.06.1999, DD, Y 2000, S. 102, s. 679; D.8.D. 2010/2 E, 2010/yok, K.T. 27.01.2010; D.2.D. 2004/6569E, 2007/1038K, K.T. 14.03.2007; D.8.D. 2010/5051E, 2010/0000K, K.T. 25.06.2010, kararlar için bkz. www.hukukturk.com; D.2.D. 2004/6569 E, 2007/1038 K, K.T. 14.03.2007, DBB; DiDD, 2005/270 E, 2008/1286 K, K.T. 17.04.2008, DBB.

isteminde bulunan davacının bulunduğu statüye uygun işlem yapılmışsa, işlemi hukuka uygun; eğer kişinin bulunduğu statüye aykırı işlem yapılmışsa işlemi hukuka aykırı kabul etmektedir. Örneğin TODAİE’de lisansüstü uzmanlık programına devam etmek için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan yönetmeliğin (TODAİE Kamu Yönetimi Lisansüstü Uzmanlık Programı Yönetmeliği 5/c fıkrasının iptalini istemektedir) iptali istemiyle açılan davada Danıştay, “...anılan programa katılabilmek için yükseköğrenimden sonra, en az beş yıl kamu kesiminde eylemli olarak çalışmış olmak şartının getirilmesinde, bu konuda idare heyetine takdir yetkisinin kullanılması açısından 7163 sayılı Yasanın amacına ve hukuka aykırılık görülmemiştir... Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da vurguladığı üzere, eşitlik ilkesi, **aynı hukuki durumda bulunan kişilere**, kural olarak, aynı şekilde davranılması ve uygulama yapılması anlamını taşıdığından, iptali istenen yönetmelik hükmünün anılan ilkeye aykırılığından da söz edilmeyeceği açıktır.”¹⁴⁵ demiştir ve ilgililerin “belli bir deneyime sahip olmaları” şartını arayan ve ek şartlar öngören Yönetmelik hükmünün kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olduğunu dile getirerek başvuruyu reddetmiştir. Danıştay, eşitlik ilkesine uygunluğun denetiminde belirlenen statülerin **aynılık ve farklılık** nedenlerini sorgular gözükmemektedir. Danıştay’ın idarenin statü belirleme işleminin sonuçlarına göre yaptığı denetimin oldukça zayıf olduğunu söyleyebiliriz.

Bununla birlikte Danıştay’ın maddi eşitliği sağlamaya yönelik kararları da mevcuttur. Örneğin rotasyon koşullarının eşitliğe aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada Danıştay, yönetimin rotasyon uygulaması yapabileceğine ilişkin takdir yetkisine sahip olduğunu belirttikten sonra “.....Ancak, kuşkusuz bu uygulamanın objektif ölçütlere bağlanması ve personel arasında herhangi bir nedenle **ayırma** yol açacak şekilde uygulanmasından kaçınılması gerektiği de tabiidir. Dairemizin E:2001/1979 ve E:2001/2943 sayısına kayıtlı bulunan dava dosyalarında verilen ara kararları ile, "personelin görev yerlerinin belirlenmesinde hangi ölçütlerin esas alındığı ve varsa bu ölçütlerin herhangi bir **nesnel düzenlemeye** dayanıp dayanmadığı" hususlarının davalı idareden sorulduğu; idarece gönderilen 27.8.2001 günlü ara kararı cevabında, atama işlemlerinde, ihtiyaç ve iş yoğunluğu, eş durumu,

¹⁴⁵ D.5.D. 1997/1325 E, 2000/1470 K, K.T. 09.05.2000, DD, Y. 2003, S. 105, s. 276.

*hizmet süresi, öğrenim durumu ve sağlık halleri gibi ölçütlerin esas alındığı belirtildiği halde, atamaya tabi tutulan ve gerek bu atama işlemlerine karşı dava açmış olup halen davaları devam eden personel bakımından, gerekse diğer personel yönünden bu ölçütlerin ne şekilde gözetildiği, Yönetmeliğin 38 ve 39. maddesinde belirtildiği üzere Kurul tarafından, **hizmet süreleri, eş durumu, başvuru formlarında ilgililerin atanmayı istedikleri yerlerin dolu-boş kadro durumlarının ne şekilde değerlendirildiği (puanlama esası vs.) ve görev yerlerinin il içi veya il dışı olarak belirlenmesinde ve personel arasında farklı uygulamalar yapılmasında hangi nedenlerin etken olduğu hususları açıklanamamıştır.***¹⁴⁶ demektir. Ayrıca yönetimin rotasyon koşullarını oluştururken maddi sebepleri de göz önüne alması gerektiğini, aksi durumun eşitliğe aykırı olacağını belirtmektedir. Kararda incelemeye konu kuralların belirli yönlerden farklı konumda bulunanlarda yarattığı etkilerin esas alındığı söylenebilir. Bunun gibi Danıştay, kişilerin aynı sisteme tabi tutulmalarının sonuçları üzerinde durarak, eşitlik ilkesine aykırılığı değerlendirmesi gerekir.

Danıştay, eşitliğe aykırı sınırlamanın orantılı olması ve hakkın özüne zarar vermemesi ve işlemde beklenen amaç ile kullanılan araç arasında adil bir dengenin olması gerektiğine vurgu yaparak, bu ölçüyü aşan işlemlerin eşitlik ilkesine aykırı olacağını belirtmektedir.¹⁴⁷ Danıştay bazı kararlarında eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeyi değerlendirirken ölçülülük ilkesini *haklı, makul ve objektif olması*¹⁴⁸ şeklindeki ifadelerle dile getirmektedir.

¹⁴⁶ D.5.D. 2002/3312 E, 2003/253 K, K.T. 30.01.2003, DBB.

¹⁴⁷ D.8.D. 2010/2 E, 2010/0000, K.T. 27.01.2010; karar için bkz. www.hukukturk.com.

http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findDanistayDetail_n.jsp?pKunye=Dan%FD%FEtay%208.%20Dairesi%20-%20Esas%20No:%202010/2%20-%20Karar%20No%20:2010/%20%20-%20Tarih:%2027/01/2010&pTopHtml=%3Ctable%20border=0%20cellspacing=0%20cellpadding=0%3E%3C/table%3E&pKararId=29655&pMevzuatId=&pMainCategoryId=&pSearchKeyToBold=

¹⁴⁸ D.8.D. 1975/913 E, 1975/2879 K, K.T. 18.11.1975, DBB; D.8.D. 2010/2 E, 2010/000, K.T. 27.01.2010, DBB.

B. İdarenin Eşit Davranma Yükümlülüğü ve Yükümlülüğün İçeriği

Eşitlik, bir yandan bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerinde hukuk öznesi olarak eşit olduklarını anlatırken diğer yandan devletin hukuk yapıcısı ve uygulayıcısı olarak bireylere yansız davranması gerektiğini ifade eder.¹⁴⁹ Hukuk önünde eşitlik, aynı zamanda “hukuk” ve “uygulama” düzeylerindeki eşitliği kapsayan bir ilkedir ve bu ilke ancak bu iki yönüyle gerçekleştirildiği zaman anlam taşır ve devlete düşen anayasal yükümlülük yerine getirilmiş olur. Hukuk, uygulanmayı da varsaydığına ve içerdiğine göre; uygulama, eşitliğin, eşitlik yükümlülerince alınacak somut önlemlerle eylemli olarak gerçekleştirilmesini amaçlamalıdır.

Anayasa’nın 10. maddesi “*idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*” diyerek ayrıca ve açıkça eşitlik ilkesinin idare makamlarına hitap ettiğini göstermektedir.¹⁵⁰ 10/4. fıkranın belirttiği yükümlülerden olan idare, yönetim yasaları uygularken ve bu amaçla değişik düzey ve niteliklerde düzenlemeler yaparken, sosyal politika önlemleri alırken ve uygulamalara girerken “Başlangıç”ı da kapsamak üzere hukuksal ve eylemsel yönleriyle bir bütün olarak hukuk önünde eşitlik ilkesiyle bağlıdır. Anayasa madde 10/4, yasa önünde eşitlik ilkesinin yükümlülerini belirten bir kurala yer vermemiş olsa(ydı) bile, “*Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü*”nü düzenleyen 11. madde¹⁵¹ nedeniyle belirtilen üç anayasal erkin ve geniş anlamda yönetimin, özellikle de yasaların uygulanmasıyla görevli kişilerin, “emir” olan yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağlı olduğuna kuşku yoktur. Bu bağlılık Anayasa Mahkemesince şu

¹⁴⁹KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 201.

¹⁵⁰ 1961 Anayasası, 1982 Anayasası’nda olduğu gibi, madde 12/1’de öngördüğü “ayrımcılık yasağı ve eşitlik yükümlülüğü”nün yükümlülerini doğrudan bir anlatımla, açıkça belirtmemiştir. Ancak, “Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” başlıklı 8. maddenin 2. fıkrasına göre, “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları*” olduğundan, üç anayasal erkin yanı sıra, tüm yönetsel yetkililer ve kişiler (ister tüzel, ister gerçek kişiler olsun), 12. madde ile bağlıdırlar. Aynı görüş için bkz. İNCEOĞLU, “Türk Anayasa Mahkemesi....”, s. 48. Sibel İNCEOĞLU, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayırmacılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, AYM Yay., S. 48, C. 18, Ankara, 2001, s. 41-70, s. 43.

¹⁵¹ Anayasa’nın 11. maddesine göre, “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*”

şekilde ifade edilmiştir: “Anayasanın 10. maddesi... Devlet organları ile idari makamların bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğunu açıklayarak "kanun önünde eşitlik ilkesini" temel bir kural olarak benimsemiştir. ...Bu ilkeler(i); yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlayan temel hukuk kuralları olmasının yanında, hukuk devleti ilkesinin ve Anayasanın 11. maddesi hükmünün doğal sonucudur.”¹⁵² Anayasa 11. madde uyarınca gerek Başlangıç ilkesi ve gerekse 10. madde kuralı; yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralıdır.¹⁵³

Başlangıç bölümündeki haklardan eşitlik gereklerince yararlanma ilkesiyle birlikte, yasa önünde eşitlik ilkesine yönelik uygulama, uyma ve uyulmasını sağlama yükümlülüğü olan devlet, her düzey ve nitelikteki tüm organ ve görevlilerini kapsamak üzere, tüm bileşenleriyle yasa önünde eşitlik ilkesine uygun davranması gerekir. “Devlet organları ve idare makamları” için öngörülen bu yükümlülüğün, ayırım gözetmeme, ayrıcalık tanımama boyutu ile gerek kadınlara gerekse elverişsiz konumdaki kişi kümelerine yönelik olumlu ayrımcılığı da kapsadığı kuşkusuzdur.¹⁵⁴ Bu yükümlülük Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında da sıkça vurgulanmaktadır.¹⁵⁵ Genel hukuk normlarının somutlaştığı her olayda idarenin ve yargının şekli-maddi eşitliği sağlamak amacıyla yorum yapmaları gerekir. O halde kanunu uygulayacak olan idarî makamlar, bu yükümlülüğün bir muhatabı olarak bireysel durumlarda uygulayacakları kanunu, eşitlik ilkesine uygun bir şekilde tatbik etmek zorundadırlar. Danıştay, idarenin eşit davranma yükümlülüğünü, “Anayasanın 10. maddesinde; Herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi

¹⁵² D.5.D. 2001/5253 E, 2003/796 K, K.T. 13.03.2003, DBB.

¹⁵³ Gerek 10. maddenin son fıkrasında öngörülen yükümlüler ve gerekse 11. maddede Anayasa kurallarıyla bağlı olduğu sayılanlar öncelikle ve temelde devlet erk ve organları olmakla birlikte, 11. maddede geçen “... ve diğer kuruluş ve kişiler” kapsamında özel kesim kuruluşları ile (tüzel ve gerçek) kişiler de bulunmaktadır.

¹⁵⁴ GÜLMEZ, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı...”, s. 76.

¹⁵⁵ Bkz. AYM, 2003/106 E, 2004/59 K, K.T. 12.05.2004, R.G. 03.11.2004/25632. Eşitlik ilkesi konusunda aynı-benzer yönde yorumlar içeren kararlardan bazıları da şunlardır: AYM, 2001/380E, 2002/69K, K.T. 15.7.2002, R.G. 28.12.2002/24977; AYM, 2001/377E, 2002/59K, K.T. 26.06.2002, R.G. 09.11.2002/24931; AYM, 2000/10 E, 2000/47K, K.T. 02.11.2000, R.G. 18.09.2002/24880; AYM, 2000/39E, 2002/35K, K.T. 20.03.2002, R.G. 01.06.2002/24772; D.5.D. 1987/2417E, 1988/1286 K, K.T. 14.04.1988; D.8.D. 2010/3325E, 2010/yok, K.T. 08.06.2010, bkz. www.hukukturk.com.

*inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, (Ek: 7.5.2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları, **Devletin, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu.***”¹⁵⁶ şeklinde ifade etmektedir.

Anayasa’nın 10. maddesinde devlete getirilen yükümlülükle eşit muamele yükümlülüğü, kamu hizmetlerinde eşitlik Anayasa’da açıkça-doğrudan düzenlenmiştir.¹⁵⁷ Ancak yine de Anayasada kimi hizmetlere ilişkin doğrudan eşitlik yükümlülüğü de öngörülmüştür. Örneğin;

Madde 20/sonda: “*sürelî yayınlar, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin ve bunlara bağlı kurumların araç ve imkânlarından **eşitlik** esasına göre yararlanır.*”,

Madde 133/sonda: “*devletçe kamu tüzel kişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzel kişiliklerinden yardım gören haber ajansların özerkliği ve yayınlarının **tarafsızlığı** esastır.*”,

Madde 136’da : “*Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, **laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncelerin dışında kalarak...** görevlerini yerine getirir.*”

denilmektedir.

Yukarıda sayılan maddeler idarenin eşitlik yükümlülüğünün içeriğini de belirleyen niteliktedir. Eşitlik ilkesi, yalnızca şekli eşitlik anlamında ele alınmaması gereken; idarenin tarafsız, laik, çoğulculuğa saygı duyan, fırsat eşitliğini sağlayan içerikte kamu hizmetini sunma ve yürütme yükümlülüğü öngören bir ilkedir. Bu yükümlülüğün kapsamı birçok kanun ve düzenleyici işlemde kendini göstermektedir.

Ayrıca ulusal düzeydeki birçok kanunda ayrımcılığı yasaklayan ve eşitlik yükümlülüğü getiren düzenlemeler bulunmaktadır. Bu özel hükümlerin, Anayasa’nın ve hukuk düzeninin tümüne etkili olan 10. maddenin anılan hükmünün, geçmişte ve

¹⁵⁶ D.8.D. 2010/3325 E, 2010/yok, K.T. 08.06.2010; aynı yönde D.8.D. 2010/2 E, 2010/yok, K.T./27.01.2010; kararlar için bkz. www.hukukturk.com.

¹⁵⁷ Bayram KESKİN, Kamu Hizmetinin Görülme Usullerine İlişkin Sözleşmede Uluslar Arası Tahkim, Arıkan Yay., İstanbul, 2007, s. 26.

günümüzde yasalar önünde eşitlik ilkesi bakımından “sorunlu alanlar” olarak bilinse de eşitlik ilkesi yle olan ilişki açısından hatırlatılması gerekmektedir.¹⁵⁸ Türk Ceza Kanunu,¹⁵⁹⁻¹⁶⁰ 4857 sayılı İş Kanunu,¹⁶¹ Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun,¹⁶² Devlet Memurları

¹⁵⁸ Aynı görüş için bkz. SABUNCU, s. 91.

¹⁵⁹ md. 115 “(1) *Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan meneden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Dini ibadet ve ayinlerin toplu olarak yapılmasının, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre ceza verilir.”*

¹⁶⁰ 5237 sayılı TCK’nın ayrımcılık suçu ile ilgili düzenlemesi (md. 122) ile ayrımcılık başlı başına bir suç haline getirilmiştir. Madde metni biraz karışık ve kapsamı dar olsa da ayrımcılık yasağına yaklaşım bakımından geçmişe göre oldukça ileri bir bakış açısını yansıtmaktadır. Ancak madde içeriğine bakıldığında, maddenin pratikte kullanılmasının çok mümkün olmadığı gözükmektedir. Diğer ülkelerde de 122. maddeye benzer düzenlemeler mevcuttur, ancak bu çalışmada diğer ülkelerdeki düzenlemeler üzerinde durulmayacaktır. “Ayrımcılık” başlıklı maddenin yürürlükteki hali şu şekildedir: (1) “*Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;*

a) *Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,*

b) *Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,*

c) *Bir kişinin işe alınmasını,*

d) *Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

¹⁶¹ Bu konuda ayrıntılı bir makale için bkz. Kübra Doğan YENİSEY, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2006/4, S 11, İstanbul, 2006; 4857 sayılı İş Kanunu, “Eşit Davranma İlkesi” başlıklı 5. maddesinde ayrımcılık yasağına yer vermiştir. İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır. 20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.

¹⁶² 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’dur. Kanun’un “Genel Esaslar” başlığını taşıyan 4. maddesinin a bendine göre, “*Devlet, insan onur ve haysiyetinin dokunulmazlığı temelinde, özürlülerin ve özürlülüğün her tür istismarına karşı sosyal politikalar geliştirir. Özürlüler aleyhine ayrımcılık yapılamaz; ayrımcılıkla mücadele özürlülere yönelik politikaların temel esasıdır.*” Engellilere karşı ayrımcılığı genel olarak yasaklayan bu madde yanında, 13. maddede meslek seçme ve mesleki eğitim alma, 14. maddede istihdam ve 15. maddede eğitim ve öğretim bakımından engellilere karşı ayrımcılığın yasak olduğu

Kanunu,¹⁶³ Siyasi Partiler Kanunu,¹⁶⁴ Milli Eğitim Temel Kanunu¹⁶⁵ Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun,¹⁶⁶ Türk Medeni

ifade edilmiştir.

¹⁶³ Kanunlar düzeyinde kamu hizmetlerinden yararlanma hakkı bağlamında halen yürürlükte olan 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesi "*devlet memurları... görevlerini yerine getirirlerken dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar ...*" şeklindeki düzenleme ile kamu hizmetini alanlara yönelik ayrımcılığı yasaklamıştır. Bu eylemi gerçekleştiren memurlar için ise aynı Kanun'un disiplin cezalarını düzenleyen 125. maddesinin D fıkrasının I bendinde yer alan "*görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşüncü, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak ...*" düzenlemesi gereğince kademe ilerleme cezası öngörülmüştür. Ancak uygulamada bu düzenlemelerin ne derece hayata geçirildiği konusunda şüpheler mevcuttur ve düzenlemelerin etkili olduğunu söylemek güçtür.

¹⁶⁴ Siyasi haklar ve özgürlükler bağlamında 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda Anayasa'nın 10. maddesi ile de öngörülen "kanun önünde eşitlik" ilkesi düzenlenmiştir. Kanun'un 82. maddesi siyasi partilerin bölgecilik veya ırkçılık amacını gütmemesini ve bu amaca yönelik faaliyette bulunmasını, 83. maddesi siyasi partilerin herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu ilkesine aykırı amaç gütmemesini ve faaliyette bulunmasını yasaklamıştır. Yine Kanun'un 12. maddesi ile parti tüzüklerinde üyelik için başvuranlar arasında dil, ırk, cinsiyet, din, mezhep, aile, zümre, sınıf ve meslek farkı gözetilen hükümlere yer verilemeyeceği düzenlenmiştir. Kanun'un 78. maddesinde siyasi partilerin dil, ırk, renk, din ve mezhep ayırımı yaratmaları, ilgili yasaklar kapsamında yasaklanmıştır.

¹⁶⁵ 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ayrımcılıkla ilgili düzenlemelere yer vermiştir. Söz konusu Kanun'un 4. maddesinde "eşitlik" bağlamında eğitim kurumlarının dil, ırk, cinsiyet ve din ayırımı gözetilmeksizin herkese açık olduğu ve eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağına yer verilmiştir. Kanun'un 8. maddesinde de herkesin fırsat eşitliğine sahip olduğu ifade edilmiştir. Kanun'un düzenlemesi, sadece "*sınıf, ırk, dil, din, cinsiyet, zümre ve aile*" ifadelerine yer vererek Anayasa'nın 10. maddesindeki düzenlemeden ayrılmıştır. Bu düzenlemenin varlığına rağmen eğitimde ayrımcılık yasağı bağlamında çok sayıda sorun varlığını sürdürmektedir ve düzenlemenin etkili olarak uygulandığını ifade etmek güçtür. Kamu hizmetlerinde eşitliği sağlayan maddelerden biri de eğitimi zorunlu ve parasız olmasını öngören ve Anayasa'nın 42. maddesi ile uyumlu olan 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 2. maddesidir. Milli Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliği'nin 6. maddesinde ders kitaplarının, cinsiyet, ırk, din, dil, renk, siyasi düşünce, felsefî inanç, mezhep ve benzeri özellik ve konumlara dayalı ayrımcılık içermeyeceği düzenlenmiştir. Bunun dışında bir dizi yönetmelikte öğrencilerin diğer öğrencilere yönelik ayrımcı fiilleri için disiplin cezası öngörülmüştür.

¹⁶⁶ 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'da ayrımcılığın yayın yoluyla gerçekleşmesinin önüne geçmeyi amaçlayan düzenlemeler yer almaktadır. Söz konusu Kanun'un 8. maddesinde çeşitli yayın yasaklarına yer verilmiştir. Kanun'un 8. maddesinde toplumu şiddete, teröre, etnik ayrımcılığa sevk eden veya halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik eden veya toplumda nefret duyguları oluşturan yayınlara imkân verilmemesi düzenlenmiştir. İnsanların dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle hiçbir şekilde kınanmaması ve aşağılanmaması; kadınlara, güçsüzlere, özürlülere ve çocuklara karşı şiddetin ve ayrımcılığın teşvik edilmemesi; yayınların şiddet kullanımını özendirici veya ırkçı nefret duygularını kışkırtıcı nitelikte olmaması ilkelerine de yer verilmiştir. Bu ilkelere aykırı hareketlerin ise 32. maddede yer alan müeyyidelere tabi tutulması öngörülmüştür. Olumlu olarak nitelendirilebilecek bu düzenlemenin varlığına karşın, uygulamada radyo ve televizyon yayınlarında ırkçılık ve ayrımcılık içeren ifadelerle sıklıkla rastlanılmaktadır. Buna karşılık yayın yasakları konusunda bugüne kadar kayda değer bir yaptırım uygulanmış değildir. Bu durum özellikle nefret söylemi ile mücadele açısından önem taşımaktadır

Kanunu,¹⁶⁷ Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu,¹⁶⁸ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun¹⁶⁹ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu¹⁷⁰ vb.

Türk hukukunda eşitliğe aykırı olduğu söylenemese bile uygulanışı itibarıyla ayrımcılığa yol açacak hukuki düzenlemeler hala mevcuttur. Örneğin “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama” başlığını taşıyan TCK 301. madde,¹⁷¹ ¹⁷² yine 5490 sayılı ve 2006 tarihli Nüfus Hizmetleri

¹⁶⁷ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda derneklerle ilgili olan maddeler arasında yer alan 68. madde, dernek faaliyetleri kapsamında ayrımcılığı ortadan kaldırmak amacını taşımaktadır. Ancak maddenin kapsamı sadece bir derneğe üye olan kişiler arasında ayrımcılığı yasaklamaktadır. Kanun’da derneklerin ayrımcılık yasağına aykırı faaliyet yürüttüğü durumlar için herhangi bir yasak veya yaptırım da öngörülmemiştir.

¹⁶⁸ 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu’nda da ayrımcılıkla ilgili bir hüküm yer almaktadır. Kanun, korunmaya, bakıma veya yardıma muhtaç aile, çocuk, özürlü, yaşlı ve diğer kişilere götürülen sosyal hizmetleri ve bu hizmetleri yürütmek üzere kurulan teşkilatın kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarıyla faaliyet ve gelirlerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir. Kanun’un 4. maddesinde sosyal hizmetlerin yürütülmesi ve sunulmasında sınıf, ırk, dil, din, mezhep veya bölge farklılığın gözetilemeyeceği, hizmet talebinin hizmet arzından fazla olması halinde önceliklerin muhtaç olma derecesi ve başvuru veya tespit sırası esas alınarak belirleneceğine yer verilmiştir. Kanun’un düzenlemesi yine sadece “sınıf, ırk, dil, din, mezhep veya bölge farklılığı” ifadelerine yer vererek Anayasa’nın 10. maddesindeki düzenlemeden ayrılmıştır. Bu hükmün uygulamada ne derece hayata geçirildiğine dair herhangi bir veri bulunmamaktadır.

¹⁶⁹ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 2. maddesinde ayrımcılığa ilişkin hükümler yer almaktadır. Madde ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kuralların hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefi inanç, milli veya sosyal köken ve siyasi veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanacağına yer vermektedir. Bu olumlu düzenlemenin varlığına karşın uygulamada Türkçeden başka dil konuşan, özellikle Kürtçe konuşan, tutuklu ve hükümlülerin çeşitli baskılarla karşılaştığına ve yasalarca tanınan bir dizi haktan yararlanamadıklarına dair şikâyetler söz konusudur.

¹⁷⁰ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu Ana ilkeler: md. 5/e “Yükseköğretimde imkân ve fırsat eşitliğini sağlayacak önlemler alınır.”

¹⁷¹ (1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

(4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

¹⁷² Türkiye’de yer alan diğer etnik kimlikler söz konusu olduğunda bu madde uygulanmamaktadır. Maddenin olumsuz anlamda uygulanışına örnek olarak AİHM’nin “Hrant Dink/Türkiye” kararı verilebilir. TCK md. 301 uygulaması için ayrıca bkz. Türkan Yalçın SANCAR, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliye, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini” Alenen Tahkir Ve Tezyif Suçları (Eski TCK m.159-Yeni TCK m.301/1-2), B.2, Seçkin Yay. Ankara, 2006.

Hakkında Kanun ile 1972 tarihli ve 1587 sayılı Nüfus Kanunu yürürlükten kaldırılan eski Kanun’unda yer alan din hanesi eşitliğe aykırı olarak görülen düzenlemelerdir.¹⁷³ 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nun¹⁷⁴ 5/c maddesinde düzenlenen azınlık okullarında sadece Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının okuyabilmesine¹⁷⁵ ilişkin düzenleme ile 8. maddede yer alan bu okullarda yalnızca Türk müdür başyardımcısı görev yapabileceğine ilişkin düzenleme de eşitliğe aykırı bir düzenleme olarak örnek gösterilebilir.¹⁷⁶

1. Eşit İşlem ve Eylem Yükümlülüğü

Ayırım yapmama, pozitif ayrımcılık, fırsat eşitliği ve benzeri ilkeleri içeren eşitlik kavramı, idare hukukunda insanların gördükleri ya da görmeleri gereken belirli işlemlerle ilgilidir. Kişilerin aynı veya eşit işlem görüp görmeyecekleri, çoğu kez, bir kurala (özüleme, tahsis veya dağıtım kuralına) bağlı bulunmaktadır. Belirli bir kurala göre kişilere “eşit” davranılması veya işlem yapılması, gerçekte söz konusu kuralın ilgili her kişiye tarafsız olarak uygulanmasını ifade etmektedir. Bu bağlamda eşit işlem, bir kişinin başkasına bir kuralda öngörülen bir yarar veya yükümlülüğü tarafsız olarak özülemesidir. Bir kuralı uygulamak için yapılan işlemler, tarafsız veya taraflı olabilir. Belirli bir hukuk ya da ahlak kuralına göre eşit veya tarafsız işlem, yararların ve yükümlülüklerin ilgili kuralda öngörüldüğü gibi özülenmesine, başka bir deyişle uygulayıcısının kişisel duygu ve görüşlerinin,

¹⁷³ Ayrıca eski Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde nüfus kayıtlarında ve cüzdanlarında yer alan din hanesi iki kez Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir ve Mahkeme iki davada da bu durumu Anayasa’da yer alan laiklik ilkesine ve din ve vicdan özgürlüğüne aykırı bulmamıştır. 2006 tarihli yeni Kanun’un 7. maddesi “Aile Kütüklerinde Bulunması Gereken Kişisel Bilgiler” başlığı altında yine kayıtlarda din hanesinin yer almasını düzenlemiştir. Uygulamada da nüfus cüzdanlarında din hanesi halen mevcuttur. Örnek olarak, bu düzenleme ile ilgili olan AİHM’nin “*Sinan Işık/Türkiye*” kararına bakılabilir. AİHM, *Sinan Işık/Türkiye*, Başvuru No. 21924/05, K.T. 02.02.2010, bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> , E.T.31.01.2011.

¹⁷⁴ http://mevzuat.meb.gov.tr/html/26434_0.html

¹⁷⁵ Milletlerarası Özel Öğretim Kurumları, Yabancı Okullar ve Azınlık Okulları, md. 5 – c) Azınlık okulları/ 1) 23.8.1923 tarihli ve 340 sayılı Kanuna bağlı Antlaşmanın 40. ve 41. maddeleriyle ilgisi bulunan okulların özellik göstermesi gereken hususları yönetmelikle tespit edilir. Bu yönetmelik, ilgili ülkelerin bu konulardaki müteakıl mevzuat ve uygulamaları dikkate alınmak suretiyle hazırlanır. Yönetmelikte belirtilmeyen hususlarda resmî okullar mevzuatı uygulanır. Bu okullarda yalnız kendi azınlığına mensup Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının çocukları okuyabilir.

¹⁷⁶ Kurumlarda Çalıştırılacak Personel, md. 8 – “*Türkçe’den başka dille öğretim yapan ve yabancılar tarafından açılmış bulunan okulların kurucuları ile müdürleri, Türkiye Cumhuriyeti uyruklu, Türkçe veya Türkçe kültür dersleri öğretmenliği yapma niteliğini taşıyan ve öğretim dilini bilenlerden birini, Türk müdür başyardımcısı olarak çalışma izni düzenlenmek üzere valiliğe önerir.*”

tercihlerinin bu özgülemelerde rol oynamamasına bağlıdır. Tarafılık, yani belirli bir kurala aykırı düşen özgülemeler, bu anlamda eşitsiz işlem türüdür.¹⁷⁷

Devlet, faaliyetlerinde, Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan unsurlar karşısında tarafsızdır. Tarafsızlık bu ayırım yasaklarına uymak ve kanunları uygulamak, **idarenin aldığı bütün kararlarda özellikle** de takdir yetkisini kullandığı alanlarda kendini gösterir. Madde 10/4, eşitlik ilkesine uyma yükümlülüğünün kapsamını belirlerken **“bütün işlemlerden söz etmiştir.** Danıştay *“...Anayasanın 10. maddesi ..devlet organları ile idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduklarını kabul eder. ...”*¹⁷⁸ demektedir. Devlet organları ve idare makamlarının işlemlerinin yanı sıra, tüm “eylem ve uygulamaları” da, eşitlik ilkesine uygun olmak zorundadır.¹⁷⁹

Modern toplumda, idari işlemler yurttaşların yaşamı üzerinde gittikçe artan bir etki yaratmaktadır. Nitekim idari işlemler, gerçek ve tüzel kişilerin menfaatlerini, hak ve özgürlüklerini doğrudan etkileyen kararlardır. Kimi konularda idari işlemin sonuçları önceden yasa veya düzenleyici işlemlerle açıkça belirlenmiştir. Kimi konulardaysa, yasa idari makama belli ölçüde serbestlik tanır ve sadece bu serbestliğin sınırlarını belirler yani idareye **takdir yetkisi** tanınır.¹⁸⁰ Kanunlar kamu hizmetinin yürütülmesine dair tüm ayrıntıları düzenleyemeyeceğinden, idareye verilen takdir yetkisi ile idare yasalara ve hukuk devletinin genel ilkelerine, kamu hizmeti ilkelerine uygun olarak gerekli düzenlemeleri yapmak, değiştirmek ve kaldırmak yetkisine sahiptir. Düzenleyici işlemlerin yanı sıra birel işlemlerin tesisinde, idari eylemlerin ve sözleşmelerin yapılmasında da idareye takdir yetkisi tanınmaktadır.¹⁸¹

¹⁷⁷ ÖDEN, s. 29.

¹⁷⁸ D.5.D. 1987/2417 E, 1988/1286 K, K.T. 14.04.1988, DBB.

¹⁷⁹ GÜLMEZ, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı...”, s. 76.

¹⁸⁰ “İdarenin takdir yetkisinin varlığından söz edilebilmek için, idareye verilmiş olan yetkinin nasıl kullanılacağına hukuk kuralında açıkça gösterilmemiş olması, işlemin yapılmasında birden fazla geçerli yolun bulunması ve idarenin bu yollarda birini seçebilmesi gerekmektedir.” Bkz. Şükrü KARATEPE, İdarenin Takdir Yetkisi, TİD, C. 63, S. 392, Eylül 1991, s. 71.

¹⁸¹ Emre AKBULUT, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Yay., İstanbul, 2013, s. 337.

İdarenin yüklendiği görevleri yerine getirebilmesi, idareye bir serbesti tanınmasını zorunlu kılarken, idari işlemlerin hukuka uygun olma zorunluluğu idarenin keyfi uygulamalarının sınırınıdır. Danıştay’a göre **takdir yetkisi** “... *Hukuken kabul edilebilir koşulların oluşumu halinde tanınmış bir serbestidir. Keyfi bir hareket yetkisi olmayıp ancak hukuka uygun olarak kullanılabilir*”¹⁸² bir yetkidir. Kamu hizmetinden yararlananların ve kamu hizmetini sunanların, idarenin hiyerarşik çarkının bir parçası olduğu ve idarenin, bunların hizmetten hangi şartlar dâhilinde yararlanacağını belirlemede sınırsız ve mutlak bir takdir yetkisine sahip olmadığını ve bu yetkinin anayasal sınırlar ve hukukun genel ilkeleri ile sınırlı olduğunu belirten Danıştay,¹⁸³ takdir yetkisini kullanan idarenin yalnızca yürürlükteki yasalara ve düzenleyici işlemlere uymak zorunda olmadığını aynı zamanda adil ve dürüst davranması gerektiğini belirtmektedir.¹⁸⁴ Baro levhasına yazılma isteminde bulunanlardan ilk defa avukatlık mesleğine giren kişilerle, bunların dışında kalanlar bakımından farklı giriş keseneği tespitine ilişkin Baro Genel Kurulu kararının iptaline ilişkin davada Danıştay “...*idare hukuk ilkelerine göre, yasal ya da diğer düzenleyici tasarruflarla idareye tanınan takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp, anayasal ilke ve kurallarla sınırlı bulunmaktadır... Bu hukuki durum karşısında baro levhasına yazılma isteminde bulunanlardan ilk defa avukatlık mesleğine girenlerle diğerlerinin giriş keseneklerinin farklı şekilde tespitini gerekli kılacak, haklı, makul ve objektif bir neden bulunmadığından dava konusu baro genel kurulu kararının anayasanın eşitlik ilkesine aykırılığı açıktır.*”¹⁸⁵ diyerek kararı iptal etmiştir.

¹⁸² D.8.D. 2010/2 E, 2010/yok, K.T. 27.01.2010, www.hukukturk.com,

¹⁸³ Bkz. D.8.D. 1975/913 E, 1975/2879 K, K.T. 18.11.1975, DBB; D.8.D. 2010/2 E, 2010/yok, K.T. 27.01.2010, kararlar için bkz. www.hukukturk.com, AYİM.3.D. 2005/445 E, 2005/1300 K, K.T. 24.11.2005.

¹⁸⁴ DiDD, 2005/270 E, 2008/1286 K, K.T. 17.04.2008, DBB.

¹⁸⁵ D.8.D. 1975/913 E, 1975/2879 K, K.T. 18.11.1975; D.8.D. 2009/6617 E, YDK., K.T. 25.12.2009; DBB, http://www.danistay.gov.tr/e2009_6617.htm; DiDD, 2005/270 E, 2008/1286 K, K.T. 17.04.2008, DBB, aynı yönde bkz. D.5.D. 1976/2423 E, 1980/861 K, K.T. 31.03.1980, DD, Y. 1987, S. 66-67, s. 240.

Takdir yetkisinde yasalarda öngörülen temel sınırlama sebepleri arasında olan eşitlik ilkesi bir sınırlama ölçütü olarak, içinde **hukuk devleti, kamu yararı ve hizmet gerekleri** gibi birçok ölçüt ve ilkeyi de barındırmaktadır. Danıştay’a göre takdir yetkisinin kanun önünde eşitlik ilkesine uygunluk, *“idarelerin takdir yetkisine dayalı olarak tesis ettikleri bireysel ya da düzenleyici işlemlerin **hukuken geçerli ve objektif bir sebebe dayanma(sı).**” ve “takdir yetkisine dayalı işlemlerin, hukukun belirlediği sınırlar ve eşitlik kuralı gözetilerek **kamu yararına ve hizmetin gereklerine** uygun şekilde **objektif, makul ve geçerli** neden ve gerekçelere dayalı olarak tesis edilmesi”*¹⁸⁶ dir.

Yasal düzenleme ve ilkelere bağlılığın yanı sıra eşitlik ilkesi gereği, idare kendisine tanınan takdir yetkisini kullanıp çeşitli ihtimaller arasında tercih yaparak bir idari işlem tesis ettiğinde, benzer durum ve olaylarda da aynı çözüm tarzını benimseyip aynı işlemi yapmalı, takdir yetkisini **istikrar kazanmış** uygulamalara ters düşecek bir biçimde kullanmamalıdır.¹⁸⁷ İstikrar kazanmış uygulamalara uygun davranmak benzer her koşulda idarenin aynı hareket tarzını benimsemesi ve herkese aynı koşullarda aynı davranacağı anlamına gelir. GÜNEŞ’in de belirttiği gibi idare kanunla kendisine tanınan takdir yetkisinin genişliği ne olursa olsun, bunu aynı şartların ve olayların çıkışında eş işlemlerle kullanmak zorundadır.¹⁸⁸ Ancak takdir yetkisinin **eşitlik ve yerleşmiş uygulamaya saygı ilkelerine** uygun olarak kullanılması zorunluluğuna da mutlak değer yüklenmemelidir. Kimi durumlarda, somut olayın özellikleri de bu kullanımı hukuka uygun kılabilmektedir.

İdari kamu hizmetleri bakımından, hizmetten yararlananlar yasal ve statüsel bir konumdadırlar, idare bu kişilere yararlanan sıfatını bir şart işlemle sağlar ve eşitlik ilkesi gereğince, bu sıfatı hizmete giriş için belirlenmiş objektif şartları taşıyan herkese tanımak zorundadır.¹⁸⁹ Kamu hizmetinden yararlanma konusunda önceden belirlenmiş genel soyut tüm objektif kriterlere uygun kimselere ilişkin olarak idare,

¹⁸⁶ D.8.D. 2010/2 E, 2010/yok, K.T. 27/01/2010, www.hukukturk.com.

¹⁸⁷ Metin GÜNDAY, İdare Hukuku Dersleri, B. 1, Ankara, 1984, s. 256-257, Metin GÜNDAY, İdare Hukuku Ders Notları, (İdari İşlemler), I. Kitap İdari Kararlar - Düzenleyici İşlemler, (çoğaltma), Ankara - 1979, s. 158-160.

¹⁸⁸ Turan GÜNEŞ, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, 1965, s. 90.

¹⁸⁹ Bkz. ULUSOY, s. 219-220.

işlem yaparken **idari istikrar ilkesi ve yasallık ilkesi** gereği eşitlik ilkesi ile bağlıdır. Bağlı yetkide, belli koşul ve durumların gerçekleşmesi halinde idarenin yapmak zorunda olduğu hareket yasada öngörüldüğü için, sebep ve konu unsurları arasında zorunlu bir bağ tesis edilmiştir. Ancak yasanın idareye belli bir işlem ve düzenlemeyi yapma yükümlülüğü öngörmediği durumlarda bile idare, eşitlik ilkesi gereği bağlı yetki içinde olabilir. İdare hukukunda bağlı yetki, idarenin kanuniliği prensibinin özel bir uygulama şeklini ve idarenin yetkisini sınırlayan bir çizgiyi ifade eder.¹⁹⁰ Örneğin kamu hizmetinden yararlanma şartlarını yerine getirenler açısından idarenin bu şartları sağlayanları bu hizmetten yararlandırıp yararlandırmamada takdir yetkisi yoktur. Meğerki bu hizmetin kullanıcıları arasında eşitlik ilkesine uygun bir seçim yapma zorunluluğu doğmasın. Bağlı yetki halinde idare, belli hukuki olay ve vakıalar karşısında belli bir hareket tarzını, belli bir çözüm tarzını benimsemek, belli işlem ve eylemleri yapmakla yükümlü olduğu için, idare, bu hareket ya da çözüm yolunu benimsememesi veya yapmakla yükümlü olduğu eylem ya da işlemi yapmaması halinde bundan sorumlu olur.¹⁹¹ Bağlı yetki, kişilere bu yetki ile idareye yüklenen ödevlerin yerine getirilmesini isteme hakkı verir.¹⁹² Sonuç olarak, takdir yetkisini sınırlayan kuralların çoğu, yine idare için bağlı yetki doğurmakta, en azından sınırlanan hususta idare, bağlı yetki içinde bulunmaktadır.¹⁹³ Nitekim Danıştay, “...**asgari şartları kabul eden** eczanelerin tamamı ile anlaşma yapılması zorunlu olduğundan, esas indirim oranı olan %3 den fazla indirim yapan eczane bulunduğu gerekçesiyle sadece bu eczane ile anlaşma yapıp, diğerleri ile anlaşma yapılmaması konusunda idarenin takdir yetkisinin bulunmadı”¹⁹⁴ gını belirterek eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara sebep olacak işlemler için idarenin takdir yetkisine sahip olmadığını göstermektedir.¹⁹⁴ Danıştay, şart işlem olan ruhsat verme işlemi için idarenin takdir yetkisine sahip olmadığını belirttiği kararda “...**koşulların**

¹⁹⁰ Bahtiyar AKYILMAZ, Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 1998, S. 1, s. 23-24.

⁴⁵⁶ Yıldızhan YAYLA, İdare Hukuku, Beta Yay., B. 2, İstanbul, 2010, s. 278.

¹⁹¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 130.

¹⁹² KAYA, s. 95.

¹⁹³ Mehmet SAĞLAM, Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi, Mahalli İdareler Derneği Yay., Ankara, 1999, s. 16.

¹⁹⁴ D.10.D. 1987 E, 1989/813 K, K.T. 01.11.1989, DD, Y. 1990, S. 78-79, s. 512.

gerçekleşmesi halinde (Maden Kanunu, M.19-24) ön işletme ve işletme ruhsatı verilmesi arama ruhsatının tabii bir sonucu olup, ilgili idarenin ruhsatı hak sahibine ön işletme ve işletme ruhsatı vermemek gibi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır."¹⁹⁵ diyerek ruhsat verme işleminde idarenin takdir yetkisini eşitlik ilkesine aykırı kullandığına karar vermiştir. İdarenin eşitlik ilkesi ile bağlı olması, hizmetten faydalanmak isteyenlerin objektif kriterleri yerine getirmesiyle hizmetten faydalanan statüsüne girmeleri anlamına gelmektedir. Aksi durum eşitlik ilkesine aykırı olmaktadır. İlgili yasalardaki tüm koşulları yerine getiren başvurucuya idarenin hizmeti sunmaması, örneğin kadın başvurucuya cinsiyeti sebebiyle içki ruhsatı vermemesi, takdir yetkisinin kötüye kullanılmasının yanında ayrımcı uygulamaları sebebiyle eşitlik ilkesine aykırı davranmış olur. Nitekim Alman Bavyera İdare Mahkemesi, bir kişiye Yahudi olduğu için işletme ruhsatı verilmemesini takdir yetkisinin kötüye kullanıldığı gerekçesiyle iptal etmiştir.¹⁹⁶

Takdir yetkisinin **kamu yararı ve hizmet gerekleri** ile sınırlandığını, bu sınırlamanın işlemlerin amaç unsuru ile denetlendiğini ve denetimin ayrıca eşitlik ilkesini sağlamaya yönelik bir denetim olduğunu daha önce belirtmiştik. Dolayısıyla idarenin takdir yetkisine sahip olduğu alanlarda da bu yetkisini belirtilen ilkelere uygun kullanması durumunda, amaç unsuru yönünden kamu yararına ve dolayısıyla da eşitlik ilkesine uygun olacağını söyleyebiliriz.¹⁹⁷ İşlemin anayasal ve yasal kurallara ve ilkelere uygunluğu kamu yararı gereğidir. O halde amaç unsuru ile her zaman bağlı yetkiye sahip olan idarenin işlemlerinin eşitlik ilkesi yönünden sınırlanması bağlı yetki niteliğindedir.¹⁹⁸ Nitekim eşitlik ilkesi idareyi, kanunla kendisine yetki tanınan alanlarda aynı hukuksal durumda olanlar için farklı tasarruflarda bulunmaktan alıkoymaktadır.¹⁹⁹

¹⁹⁵ D.1.D. 1989/123 E, 1989/148 K, K.T. 11.10.1989, DD, Y. 1990, S. 78-79, s. 36; aynı yönde bkz. D.10.D. 1987/2461 E, 1990/526 K, K.T. 12.03.1990, DD, Y. 1991, S. 80, s. 380-381.

¹⁹⁶ Bkz. Ülkü AZRAK, "İdarenin Takdir Yetkisini Kötüye Kullanması", İzmir Barosu Dergisi, Ağustos 1958, s. 17.

¹⁹⁷ D.5.D. 1976/1613 E, 1979/1146 K, K.T. 09.05.1979, DD, Y. 1980, S. 36-37, s. 353.

¹⁹⁸ İsmet GİRİTLİ, Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması, İstanbul, 1957, s. 73.

¹⁹⁹ Emre AKBULUT, s. 347.

a. İdari İşlemler

İdari işlem kavramı, idare hukuku alanında kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacı ve idari faaliyetlerle ilgili alanlarda “idari işlev”leri açısından incelenecektir. İdarenin işlevlerinin içeriğini; idare etmek, ihtiyaçların belirlenmesi ve giderilmesi veya kişi, mal ve değerlerin korunmasına yönelik sürekli olarak yapılması gereken kamu hizmetlerini görme oluşturur.²⁰⁰ Konumuz açısından önem arz eden kısım, idarenin tek yanlı olarak yaptığı birel ve düzenleyici idari işlemlerdir. Zira idare kişiler ve eşyalar üzerindeki statü belirleme yetkisini, takdir yetkisi çerçevesinde çoğu kez birel ve düzenleyici işlemlerle kullanmaktadır.

aa. Birel İşlemler

Birel işlemler, belirli kişi ya da kişilerin veya nesnelerin hukuki durumunu değiştiren, bir hukuki duruma sokan, hukuki bir durumdan çıkaran işlemlerdir.²⁰¹ Kamu hizmetlerinden yararlananlar-hizmet sunulanlar; birel işlemlerle belli statüler elde ederler, statülerini kaybederler ya da statü değiştirirler.²⁰² Birel işlemler idari işlemler açısından kişi hukukunu doğrudan etkileyen bir işlem türüdür. İdarenin tüm işlemlerinde olduğu gibi eşitlik ilkesi birel işlemler açısından da geçerli bir ilkedir. İdare, birel işlemler tesis ederken birel işlemin hangi idare tarafından tesis edileceği konusunda ve birel işlemdeki maksat unsuru bakımından takdir yetkisine sahip değildir.²⁰³ Bunlar dışında birel işlemin şekil, sebep, konu unsurlarında ayrıca birel işlemi, kanunla yetkili kılınan idarenin hangi organının veya personelinin tesis edebileceğinin belirlenmesi hususunda, idare sahip olduğu takdir yetkisini eşitlik ilkesine uygun kullanmak zorundadır.

Uygulamada özellikle kamu personeline ilişkin konularda yapılan işlemlerde idarenin takdir yetkisinin varlığı ve bunun eşitlik ilkesine uygun kullanımı konusunda kararlara rastlanmaktadır. Danıştay, şart işlem olan açıktan atama

²⁰⁰ Turan YILDIRIM/Melikşah YASİN/Nur KARAN/Eyüp ÖZDEMİR/Özge ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, İdare Hukuku, B. 2, On iki Levha Yay., İstanbul, 2011, s. 553.

²⁰¹ YILDIRIM/YASİN/KARAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s. 593.

²⁰² Örnek vermek gerekirse Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 7/h maddesine göre “kumar oynamak ve oynatmak” kınama cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Bu genel düzenleyici işlem ilgili kişi hakkında uygulandığında birel bir işleme dönüşür.

²⁰³ S. Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, B. 3, Hak Matbaa, İstanbul, 1966, s. 435.

işlemlerinde bu konuda idarenin takdir yetkisine sahip olduğunu ancak bu yetkinin; yetki, sebep, konu ve maksat yönlerinden yargı denetimine tabi olduğunu belirtmektedir.²⁰⁴ Mahkeme, naklen atama işlemlerinde de takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmekte ve yine bunun sınırını **kamu yararı ve hizmet gerekleri** olarak görmektedir.²⁰⁵ “..., genel düzenleyici bir işlemle getirilen yeni durumun ilgililer hakkında **uygulanmasında "eşitlik" ve objektiflik** kuralları çerçevesinde hareket edilmesi, hukuka bağlı idarenin bir özelliğidir. Davalı idarece tesis edilen dava konusu **nakil işleminde ise**, yukarıda belirtilen **objektiflik, eşitlik** gibi kurallara uyulmaksızın hareket edildiği anlaşılmakta olup; işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibariyle hukuki isabetsizlik görülmemiştir.”²⁰⁶

Teşvik ikramiyesinin idarenin takdirine bağlı olarak davalıya ödenmemesinin hukuka aykırı olduğunun ileri sürüldüğü davada Danıştay: “Söz konusu esaslar ile ünite amirlerinin teklifi ve Genel Müdürün oluru ile, 40 günden fazla izin kullanan personele ikinci teşvik ikramiyesinin ödenmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış ise de bu yetki mutlak ve sınırsız bir yetki olmayıp, anılan yetkinin **objektif olarak eşit bir şekilde**, aynı durumda olan personel arasında **ayrım gözetilmeyecek** şekilde kullanılması gerekmektedir. Genel Müdür oluru ile olumlu ya da olumsuz yönde kullanılan bu takdir yetkisinin diğer tüm idari işlemler gibi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat öğeleri yönünden yargısal denetime tabi tutulması gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır.....Bu durumda davacının ileri sürdüğü mazeret dikkate alındığında, **aynı konumda olan diğer kişilere** ikramiye ödenirken davacıya 1996 yılı ikinci teşvik ikramiyesinin ödenmemesinde davalı idarenin eşitlik ilkesine uygun davranmadığı ve takdir yetkisini **objektif** bir şekilde kullanmadığı sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.”²⁰⁷ diyerek işlemde takdir yetkisinin eşitlik ilkesine aykırı kullanıldığına karar vermiştir. Danıştay başka bir kararında da idarenin tazminat oranlarını belirlemesinde sahip olduğu takdir yetkisinin **"görevin önemi, görevin sorumluluk ve niteliği, görev yerinin özelliği, hizmet süresi, kadro ünvanı ve derecesi ve eğitim**

²⁰⁴ D.5.D. 1987/406 E, 1998/704 K, K.T. 10.03.1988, DD, Y. 1989, S. 72-73, s. 286.

²⁰⁵ DİDDK, 1993/1600 E, 1991/2176 K, K.T. 09.07.1993, DD, Y. 1995, S. 89, s. 101.

²⁰⁶ D.5.D. 2002/3312 E, 2003/253 K, K.T. 30.01.2003, DBB; D.5.D. 1976/1613 E, 1979/1146 K, K.T. 09.05.1979, DD, Y. 1980, S. 36-37, s. 353; DİDD, 2005/270 E, 2008/1286 K, K.T. 17.04.2008, DBB.

²⁰⁷ D.11.D. 2000/8963 E, 2003/1623 K, K.T. 08.04.2003, DBB.

*seviyesi" gibi hususların gözönüne alınması gerekirken, dava konusu işlemde ise bu hususlar gözardı edilerek, eşit seviyede almalarına rağmen "birinci derece kadrolu hukuk müşavirleri arasında adaletsiz ve eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde ayırım yapılmış, dolayısıyla idare takdir yetkisini hukuka aykırı olarak kullan(ıldığı)."*²⁰⁸ gerekçesiyle işlemin eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Sınav değerlendirmesi ve not takdiri davaları işlemlerine karşı da yargı denetimi yine takdir yetkisinin eşitlik ilkesine uygunluğu ile ilgilidir. GÖZÜBÜYÜK/AKILLIOĞLU'na göre *"eşitlik ilkesine uyma koşulu ile sınav kâğıtlarını değerlendirenin uyguladığı ölçü, idarenin takdirine bırakılmış konulardandır."* ve mahkeme, değerlendirme yapanın, takdir yetkisini kullanırken eşitlik ilkesine uyup uymadığını araştırmalı, başka bir deyişle, değerlendirme yapanın geçer not verdiği kâğıtlar ile dava konusu yapılan sınav kâğıdının karşılaştırılması bilirkişiden istenmeli ve bu açıdan açık bir değerlendirme hatası yapılmış ise, değerlendirmenin iptaline karar verilmelidir.²⁰⁹ Danıştay da **sınav sonuçlarının değerlendirilmesi** sisteminin, ilgili öğretim üyesinin takdir yetkisinde olduğuna, ancak sınavda uygulanan ölçme ve değerlendirme sisteminin, bütün sınıfa eşit şekilde uygulanması gerektiğine dikkat çekmiştir.²¹⁰

İdare, hukuka uygun birel işlemi geri almakla yükümlü değildir. Ancak işlem hukuka aykırı ise, dava açma süresi içinde ya da söz konusu işlem hakkında bir dava açılmışsa o dava sonuçlanıncaya kadarki zaman dilimi içinde geri alınabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda eşitliğe aykırı işlemin dava süresi içinde iptali istenirse, işlem geri alınabilir. Hukuka aykırı idari işlem hakkında öngörülen süre içinde dava açılmaması durumunda işlem hukuka uygun kabul edilecektir. Ancak ilgilinin hilesi veya kasti davranışı sebebiyle hukuka aykırılığı açık olan işlem her zaman geri alınabilir. Dolayısıyla eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden idari işlem, amaç unsuru yönünden açıkça işlemin taraflarından birine, başkalarına çıkar sağlamak amacıyla

²⁰⁸ D.8.D. 1997/2359 E, 1998/3478 K, K.T. 27.10.1998, DBB.

²⁰⁹ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Tekin AKILLIOĞLU, Yönetim Hukuku, B. 5, 1993, Ankara, s. 258.

²¹⁰ D.8.D, 1991/324 E, 1991/1653 K, K.T. 17.10.1991, DD, 1992, S. 84-85, s. 586-587: Not takdiri davalarında Danıştay, dava konusu yazılı sınav kâğıdını aynı sınavda geçerli not almış iki ayrı kâğıtla beraber sınav yerinden istemektedir. Gelen kâğıtlar, aynı dersi, aynı düzeyde başka okullarda okutan tarafsız ve yeminli üç öğretim elemanı tarafından incelendikten sonra, bunların kâğıt için takdir edilen notlar toplanıp ortalaması alınarak dava konusu kâğıdın alabileceği not tayin edilmektedir.

ya da kişiyi bu hizmetten mahrum etmek amacıyla yapılmışsa işlem eşitliğe aykırı kabul edilip her zaman iptali istenebilir.

bb. Düzenleyici İşlemler

Düzenleme yetkisi, idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu görevler için, anayasa ve kanunlara aykırı olmamak kaydıyla yürütme ve idarenin bireysel nitelikte olmayan genel ve soyut kural koyma yetkisini ifade eder.²¹¹ İdarenin düzenleme yetkisi, idare için varlığı zorunlu bulunan takdir yetkisinden²¹² ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan belirlilik ve düzenli idare ilkesinden²¹³ kaynaklanmaktadır.²¹⁴ Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin görünümülerinden biri olan **düzenli idare ilkesi; idarenin düzenleme yapma yetkisine** sahip olduğu alanlarda, bu alanları tüzük, yönetmelik gibi idari metinlerle objektif bir şekilde düzenlemesi ve sürekli uygulamalar ile **hukuki istikrarı** tesis ederek buna uyması olarak ifade edilmektedir. Nitekim Danıştay da *“Bu bağlamda; idarenin yetki sahibi olduğu alanlarda yapacağı düzenlemelerde, haklı bir neden olmadan yerleşik, istikrar kazanmış uygulamalarından ayrılması sahip olduğu serbestiyi düzenli idare ilkesine ve bu ilkenin bağlı olduğu eşitlik ilkesine aykırı*

²¹¹ Anayasa Mahkemesi, kanunlara aykırı olmamak şartıyla idarenin Anayasa'da öngörülenlerin dışında idari işlem tesis edebileceğini kabul etmektedir. Bkz. AYM, 1963/4 E, 1963/71 K, K.T. 28.03.1963, R.G. 18.10.1963/11534. Danıştay *“idarenin kendi görev alanı içerisinde Anayasa ve yasalara uygun olmak koşulu ile genel ve soyut nitelikte kurallar koymak için düzenleyici işlem yapmak yetkisi bulunmaktadır. Anayasa da düzenleyici işlemler tüzük ve yönetmelikler olarak belirtilmiş ise de idarenin düzenleme yetkisi bununla sınırlı olmayıp idareler değişik adlar altında da (sirküler, genelge, tamim vb.) düzenleyici işlemler yapmaktadır.”* DİDD, 2006/3196 E, 2008/1179 K, K.T. 11.04.2008, DD, Y. 2008, S. 119, s. 63.

²¹² İdarenin düzenleyici işlemlerinin kaynağının takdir yetkisi olduğunu savunan görüş için bkz. GÜNEŞ, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, s. 98-120; Metin GÜNDAY, Ders Notları, s. 263.

²¹³ GÜNEŞ'e göre, düzenleme yetkisi idarenin kendisine tanınan takdir yetkisini nasıl kullanacağını önceden belirlemesinden ibarettir. Bir başka anlatımla, çeşitli kanunlarla idareye takdir yetkisi çerçevesinde birel işlem tesis etme yetkisi tanınması durumunda, idarenin bu yetkisini somut olayda kullanmak yerine, *“benzer olaylarda eşit şekilde uygulamak üzere baştan tespit etmesi”* de mümkündür. Bu da, düzenleme yetkisinin kullanılmasından başka bir şey değildir. Buna göre, idarenin takdir yetkisini benzer durumlarda eşit biçimde kullanması bir zorunluluk olduğundan, aslında bu yetkinin kullanımı ile ileride kendisini bağlayacak zımî bir düzenleme yaptığı söylenebilir. GÜNEŞ, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, s. 82 vd.

²¹⁴ GÜNDAY, Ders Notları, s. 263.

kullanması anlamına gelecektir.”²¹⁵ diyerek bu ilkelerin eşitlik ilkesinin bir sonucu olduğunu kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 933 sayılı Kalkınma Planının Uygulanması Esaslarına Dair Kanunla ilgili kararında, 1961 Anayasası’nın yasama organının yürütme organına ve idareye yetki devretmesine ilişkin olarak “...*yasakoyucu, belli konuda gerekli kuralları eksiksiz olarak koyacak, eğer uygun veya zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları iyice gösterilmiş alanlar bırakacak, idare ancak o alanlar içindeki takdir yetkisine dayanarak, yasalara aykırı olmamak üzere **bir takım kurallar koyup yasanın uygulanmasını sağlayacaktır***” diyerek düzenleme yapma yetkisinin varlık sebebini açıklamakta ve aynı kararda “...*İdarenin bir bütün olup düzenleneceği (Anayasa md 112/2) kuralıyla Devletin sosyal bir hukuk devleti olması (Anayasa md 2) dolayısıyla tüm yurttaşlara fırsat eşitliğinin tanınmasının ve idareye kişisel ölçülere yer bırakmayacak nesnel kurallara bağlanmasının gerekliliği ilkesi birlikte düşünülünce, yasakoyucunun yürütmeye ya da idareye görev verdiği alanları eksiksiz olarak düzenlemesi ve tanıdığı takdir yetkisinin sınırlarını kişisel amaçlara yönelik uygulamaları önleyecek biçimde belirtmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.*”²¹⁶ diyerek takdir yetkisinin sınırlarını belirlemektedir. Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında, kanun koyucunun genel kuralları koyarak yürütmeye takdir yetkisine göre düzenleyebileceği bir alan bırakırken, temel esasları kanunla göstermesi, ona kişisel amaçlarla ve ölçülerle kullanılabilecek, yani keyfi uygulamalara yol açacak ve özellikle idarenin yargısal denetimini etkisiz bırakacak kadar geniş takdir vermemesi gerektiğini belirtmiştir.²¹⁷

İdare-yasama organı kamu hizmeti yararlanıcılarına eşitlik ilkesine aykırı yükümlülükler getiremez. Ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri çerçevesinde hareket ederek düzenleme yapabilir. Nitekim Danıştay, “Sporcu Lisans Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Geçici Madde Eklenmesi ve Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmeliği” ni 13/a/2. bendinde yer

²¹⁵ D.8.D. 2009/6617 E, 2009/yok, K.T. 25.12.2009, bkz. http://www.danistay.gov.tr/e2009_6617.htm.

²¹⁶ AYM, 1967/41 E, 1969/57 K, K.T. 23-25.10.1969, R.G. 12.03.1971/13776; aynı yönde bkz. AYM, 1987/18 E, 1988/23 K, K.T. 22.06.1988, R.G. 26.11.1988/20001; 1987/16 E, 1988/8 K, K.T. 19.04.1988, R.G. 23.08.1998/19908.

²¹⁷ ÖDEN, s. 180.

alan hükmü iptal ederken, önce idarenin düzenleme yetkisini hangi çerçevede kullanacağını belirtmiştir: “...idare yasa ile belirlenen görevlerini yerine getirmek amacıyla hizmeti düzenleme yetkisi kullanırken **kamu hizmeti gereklerine** göre ve hizmetin hangi koşullarda **kamu yararı** sağlayacağını araştırmak suretiyle yeni **düzenleme yapma** yoluna gidilebileceği gibi yeni getirilen düzenleme özellikle mevcut esasların daha da sınırlandırılması yolunda olacak ise, idarenin **tarafsızlık ilkesi** ışığı altında objektif hukuk kurallarından ayrılmamasını gerektirir. Ancak **hizmeti düzenlemek** özellikle amatör sporcular içi koyacağı sınırlamalarda çok önemli ve hukuken geçerli sebepler bulunmadıkça idareni, spor dalları arasında ve böylelikle sporcular arasında ayırım yapmamaya ve **Anayasa ile idare hukukunun temel ilkelerinin** zedelenmemesine özen göstermesi gerekir.” devamla “spor dalları için mevcut yaş sınırı konulurken salt basketbol spor dalında yer alan amatör sporcuların **yaş sınırının** yükseltilmesi ile de Anayasa ve İdare hukukunun en temel esası olan **eşitlik ilkesine** aykırı davranıldığı açıktır.”²¹⁸

Anayasa Mahkemesi’nin ise kanunla idare makamlarına keyfi ayrımlara elverişli geniş takdir yetkisi tanınması sorununu, genellikle eşitlik ilkesine uygunluk denetimiyle ilişkilendirmediği görülmektedir.²¹⁹ Ayrıca Mahkeme’nin, kanunla idare makamlarına geniş takdir yetkisi tanınmasından doğabilecek keyfi uygulama ve ayrımların idari işlem ve eylemlerin kanuna uygunluğunun yargısal denetimi ile önlenebileceğini dikkate alarak, kanunların keyfi uygulanması olasılığını tek başına Anayasa’ya aykırılık nedeni saymama eğiliminde olduğu da söylenebilir.²²⁰ Mahkeme, idare makamlarına takdir yetkisi tanıyan bazı kanun hükümlerinde eşitlik ilkesine aykırılık görmemiştir. Örneğin Mahkeme, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu’nun 5. maddesinin yerli ve yabancı girişimcilerin serbest bölgelerde Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı’nın ruhsat alarak faaliyetlerde bulunabileceklerini

²¹⁸ D.10.D. 1985/1885 E, 1986/2093 K, K.T. 18.11.1986, DD, Y. 17-1987, S. 60-67, s. 425.

²¹⁹ AYM, 1963/172 E, 1963/244 K, K.T. 21.10.1963, R.G. 01.02.1964/11622; AYM, 1963/198 E, 1965/1 K, K.T. 05.01.1965, R.G.24.05.1965/12005; AYM, 1967/41 E, 1969/57 K, K.T. 23-25.10.1969, R.G. 12.03.1971/13776; 1971/32 E, 1971/65 K, K.T. 13.07.1971, R.G. 27.4.1972/14171; 1977/1 E, 1977/133 K, K.T. 13.12.1977, R.G. 05.12.1977/16130; 1984/14 E, 1985/7 K, K.T. 13.06.1985, R.G. 24.08.1985/18852; 1986/14 E, 1987/7 K, K.T. 19.03.1987, R.G.’de yayımlanmamıştır. Bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=737&content=

²²⁰ ÖDEN, s. 185.

belirten hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığını açıklarken “ *...serbest bölgelerde faaliyette bulunabilmek hakkının Planlama teşkilatının takdirine bırakılmış olması eşyanın tabiatına uygun düşmektedir. Başarı sağlayamayacak derecede düşük kapasiteli teşebbüslere ruhsat verilmemesi ancak bu yolla sağlanabilir. Bu noktada kamu yararı söz konusudur. Bu şekilde yapılmış bir ayrımın Anayasa ya aykırı düşeceği söylenemez.*”²²¹ gerekçesini kullanmıştır.

Yasaların idareye tanıdığı takdir yetkisinin eşit ve adil kullanılabilmesi düzenleyici işlemler sayesinde mümkün olabilmektedir.²²² İdare, düzenleme yetkisini kullanmak suretiyle kanunların her kişiye ve olaya farklı uygulanmasını önlemektedir.²²³ İdarenin düzenleyici işlemleri yasalara aykırı olamaz. İdare yasalarda öngörülme­yen bir yükümlülük getiremez ve ya da yükümlülüğü genişletemez. Bu konuda idare, geniş bir serbestliğe ve takdir yetkisine sahipse de, bu yetkisini kullanırken, temel hak ve özgürlükler açısından düzenleyici işlemlerin sınırlarını aşmamak zorundadır. Yürütme fonksiyonunun bir gereği olarak ortaya çıkan düzenleme yetkisinin, yürütme yetkisi ve görevi gibi, Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılması ve yerine getirilmesi gerekmektedir.²²⁴ Nitekim düzenleyici işlemlerin hukuka aykırılık durumunda her zaman değiştirilebilmesi ya da kaldırılması mümkündür.

²²¹ AYM, 1985/21 E, 1986/23 K, K.T. 06.10.1986, R.G. 14.03.1987/19400.

²²² Düzenleme yetkisinin kaynağı hakkında diğer görüşler için bkz. Kemal GÖZLER, İdare Hukuku, C. 2, B. 2, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s. 1155 vd.

²²³ YILDIRIM/YASİN/KARAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s. 596.

²²⁴ Danıştay da “*idarenin uygulamaya ait genel ve objektif kuralları, kanuna aykırı olmamak şartıyla kendisine tanınan sınırlar içinde düzenleme yetkisine sahip olduğu*” nu belirtmiştir. Bkz. D.4.D, 1993/2665E, 1994/619K, K.T. 09.12.1994, DD, Y. 1996, S. 90, s. 478, Ancak Danıştay düzenleyici işlemlerin sınırlarını da çizmiştir: “*..yasalarla sınırlı bağımlı düzenleme yetkisine sahip idarenin, ileride muhtemel bir yasal düzenlemeyi esas alarak ve yasama yetkisine müdahale sonucu doğuracak bir düzenleme yapması hukuk devletinde düşünülemez.*” Bkz. D.8.D, 2003/3793 E, K.T.03.09.2003, DD, Y. 2004, S. 3, s.251; Danıştay’a göre “*...idari düzenleme yapma yetkisinin, Yasalarla getirilen hükümleri aşacak, bu kuralları değiştirecek şekilde kullanılamayacağı İdare Hukukunun en temel prensiplerindendir. Bu husus hukuk devleti ilkesinin görünüm­lerinden olan kanuna saygılı idare (kanuni idare) olgusunun gerçekleşmesinin de bir gereğidir.*” Bkz. D.8.D. 2011/2560 E, 2011/yok, K.T. 27.06.2011; www.hukukturk.com

b. İdari Eylemler

İdari işlemlerden sonra idarenin en yaygın faaliyet alanını oluşturan idari eylemlerin de eşitlik ilkesine uygun olması gerekmektedir. İdari işlemler idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamaları, idari eylemler ise idarenin maddi dünyada fiziksel tesiri bulunan tutum ve davranışlarıdır.²²⁵ İdari eylemler, dış dünyada değişiklik meydana getiren, etkisi ve tesiri somut olarak gözlemlenebilen etkinliklerdir. Bu etkinlikler esasen idarenin kullandığı bir yetki veya yerine getirdiği bir görev kapsamında icra edilmekte ve bazen idari işlemlerle birlikte bazen de idari işlemlerden bağımsız olarak kamu hizmetlerinin yürütümünün ve/veya kamu düzeninin tesisinin aracı olmaktadır.²²⁶ İdarenin, idarilik vasfı bulunan, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla kamu gücü kullanılarak yürütülen eylemleri, inceleme konumuz açısından önem taşımaktadır.

İdari eylemler çoğu zaman bir idari işlemin gereğini yerine getirmek amacıyla yapılmaktadır. Bir idari eylemin idari bir işleme bağlı olarak icra edildiği durumlarda, idari eylemin eşitlik ilkesine uygunluk sorunu, öncelikle idari işlemin eşitlik ilkesine uygunluk sorununa bağlıdır. Bu durumda idari işlem ya da idari işlemin dayanağı olan kanun hükmünün ya da düzenleyici işlemin eşitlik ilkesine aykırılığı söz konusu olacaktır. Eğer eylem ya da işlemin dayanağı olan kanun hükmü eşitlik ilkesine aykırı ise -ki bu aykırılığın ancak Anayasa Mahkemesi kararı ile ortaya konulabileceği açıktır- o kanun uyarınca yapılan işlem ve eylemler de eşitlik ilkesine aykırı sayılacaklardır. Eşitlik ilkesine aykırılık iddiası idari düzenlemeye bağlı tesis edilen bir idari işleme ilişkinse, bu düzenlemenin eşitlik ilkesine uygunluk denetimi Danıştayca yapılacaktır.

Eğer eşitliğe aykırı olduğu ileri sürülmeyen ya da eşitliğe aykırı görülmeyen bir kanuna dayalı olarak tesis edilen idari işlemlerin uygulanması amacıyla icra edilen idari eylemler söz konusu ise, örneğin idarenin karar organlarından Belediye Encümeni 3194 sayılı Kanun'un 32. maddesi uyarınca bir sokaktaki tüm ruhsatsız yapılar için yıkım kararı almış ancak idarenin icra organı olan Başkanlık

²²⁵ Taner AYANOĞLU, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, B. 1, İstanbul, Legal Yay., 2004, s. 104-172.

²²⁶ Emre AKBULUT, s. 313.

kapsamındaki Fen İşleri Müdürlüğü bu yapılardan bazılarını yıkmış; bazılarını ise (yargı kararı gibi haklı bir neden olmaksızın, kayırmacılık gibi bir nedenle) yıkmamış ise evi yıkılan şahıs, kanun ya da kanunun uygulanması için tesis edilen idari işlem yerine, idari işlemin icrası için yapılan eylem nedeniyle kendisine eşitlik ilkesine aykırı davranıldığını ileri sürebilir. Nitekim -kanımca- ruhsatsız bir evin yıkılmaması ruhsatsız bir diğer evin de yıkılmaması için hukuken geçerli bir mazeret oluşturmayacaktır.

İdari eylemin eşitlik ilkesine aykırı olduğunun ileri sürüldüğü ve ancak idari eylemin dayanağı olan idari işlemin ya da kanunun²²⁷ eşitliğe aykırı olmadığının tespit edildiği durumlarda idari eylemin eşitlik ilkesine aykırılık taşıdığını söyleyebiliriz. Burada kamu personelinin davranışlarından kaynaklı (ayrımcı uygulamalar vb.) bir ihlal söz konusu olmaktadır. Uygulanan kanunun eşitlik ilkesine aykırı olmamasına rağmen ona dayalı olarak tesis edilen idari işlem ve eylemlerin eşitlik ilkesine aykırı şekilde tesis edilebilmesi/icra edilebilmesi her zaman mümkündür. Örneğin idari yargıya konu olan bir davada 632 sayılı KHK ile kadrolu statüye geçen öğretmenlere zorunlu hizmet yükümlülüğünden muafiyet tanıyan hükmü uygulayan Milli Eğitim Bakanlığı, 632 sayılı KHK ile kadrolu statüye geçen öğretmenler ile KPSS puanı ile kadrolu statüye geçen öğretmenler arasında bir ayırım yaparak, eşitlik ilkesine aykırı işlem tesis etmiştir. Mahkeme bu durumu tespit etmiş ve iptal kararı vermiştir.²²⁸ Anayasa Mahkemesi kararlarında eşitlik ilkesine aykırılığı ileri sürülen durumların temelinde, "*kanunun belli bir konuda idareye yetki tanıdığı/görev yüklediği hallerde idarenin bu yetkisini aynı hukuki durumdaki birden fazla kişi ya da kurum hakkında farklı şekillerde kullanabilme olasılığı*" yatmaktadır. Anayasa Mahkemesi de isabetli bir yaklaşım sergilemiş ve söz konusu aykırılığın

²²⁷ İdarenin herhangi bir işlemle bağlı olmaksızın doğrudan icra ettiği idari eylemlerde idare "eylem" yetkisini ilgili kanun hükmünden almaktadır. Örneğin 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun 18. maddesine göre 30.07.1966 tarihinden sonra belediye sınırları içinde veya dışında, belediyelere, Hazineye, özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalarda veya Devletin hüküm veya tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak, daimi veya geçici bütün izinsiz yapılar, inşa sırasında olsun veya iskân edilmiş bulunsun, hiçbir karara lüzum bulunmaksızın, belediye veya Devlet zabıtası tarafından yıktırılacaktır. Burada idare yetkiyi doğrudan yasadan almakta ve herhangi bir idari işleme gerek duyulmamaktadır.

²²⁸ Eskişehir 2. İdare Mahkemesi, 2012/940E, 2013/496 K, K.T. 28.05.2013.

(aykırılık olasılığının), kanundan değil, kanun uyarınca tesis edilen işlemde ya da icra edilen eylemden kaynaklandığını tespit etmiştir.²²⁹

Ancak idareye idari eyleme dayanak olan ve yetki veren bir yasa hükmü yoksa, eşitliğe aykırı eylemin idarilik vasfı olmadığından eylem haksız fiil niteliğinde olacaktır.²³⁰ Tersî durumunda da ilgili kanun hükmünün eşitliğe aykırılığı ileri sürülebilir. Yine de eşit davranma ilkesi yalnızca idarenin istikrarlı uygulama ve normlarıyla (düzenleme ve idari işlem yapması) bağlı olduğu durumlarda değil; farklı olaylarda idarenin eşitliğe aykırı davrandığı ispatlanabiliyorsa aynı zamanda bu tür uygulamaların olmadığı durumlarda da uygulanır. Federal Alman İdare Mahkemesi'nin bunu destekler nitelikte bazı kararları vardır. Bir hukuk sınavında bir kısım öğrencilere belli (belirlenmiş) konulardan dışarıdan kitap getirmelerine ilişkin talimat verilmiş, diğer öğrencilere bu kitaplar idare tarafından sağlanmıştır. Sınavda başarısız olan bir adayın durumu dava etmesi üzerine, mahkeme fırsat eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre kendi kitaplarını getiren öğrenciler bu kitaplar üzerindeki işaret ve notları kullanabilirlerken diğer öğrenciler böyle bir imkândan faydalanamamışlardır. Kararda fırsat eşitliğinin, Alman Anayasası'nın 12. maddesinde garanti edilmiş olan/korunan meslek seçiminde doğrudan bir etkiye sahip olduğunun önemi ayrıca vurgulanmıştır. Zira hukuk sınavına girecek olan adayların bazıları sınava ilişkin olarak farklı konularla ilgili bilgilendirilirlerken diğerleri ise bu konularla ilk defa sınavda karşılaşmışlardır. Bir başka davada yukarıdaki olayın aksine bütün adaylara-sınava girecek olanlara- sınav sorularını çözebilmeleri için gereken materyalleri getirme şansı tanınmıştır. Ancak bir sınıftaki adaylara kaybettikleri zamanı telafi imkânı verilirken (ek zaman) diğer sınıftakilere ek zaman verilmemiştir. İkinci grupta bulunan ve sınavdan başarısız bir aday fırsat eşitliğinin ihlal edildiğini iddia etmiş ve davayı kazanmıştır. Bir diğer olayda Mahkeme, sınav sırasında dışarıdan rahatsız edildiği için sınavda başarısız olduğu mazeretine karşı idarenin bu şikâyetin sınav sırasında ya da sınav sonuçları

²²⁹ AYM, 1985/16E, 1986/5K, K.T. 04.03.1986, R.G. 09.05.1986/19102; 1969/49E, 1970/3K, K.T. 08.01.1970, R.G. 05.07.1970/13539; 1976/51E, 1977/16 K, K.T. 10.03.1977, R.G. 25.06.1977/15977; 1984/10E, 1985/2K, K.T. 22.01.1985, R.G. 17.06.1985/18787.

²³⁰ Yasal dayanağı olmayan eylem idarilik vasfını yitireceğinden idarenin haksız fiil (fiili yol) teşkil eden böyle bir eylemden kaynaklanan sorumluluğu özel hukuk hükümlerine tabi olacak ve bu tür eylemlerin sebebiyet verdiği uyuşmazlıklar adli yargı makamlarının görev alanına girecektir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AYANOĞLU, s. 52, 238 vd.

açıklandıktan hemen sonra yapılması gerektiği yönündeki savunmasını haklı bulmamıştır. Mahkeme, kararında adayın sınava girmekle aldığı riskin onun fırsat eşitliğinden yoksun kalmasına ve bu haktan yararlanmasına engel olamayacağını belirtmiştir. Çünkü diğer etkiler dışında sınav anındaki eşitliğe aykırı uygulamanın farkında olmayabilir.²³¹

Gerek idari işleme dayalı olarak gerek idari işleminden bağımsız olarak yapılan idari eylemlerin yasal dayanağı olmalı ve bu yasal dayanağın çizdiği sınırlar çerçevesinde icra edilmelidirler. Aksi durum hem eşitlik ilkesine hem de kanuni idare ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden idarenin sorumluluğuna sebebiyet verecektir.

2. Tarafsız Olma ve Görünme Yükümlülüğü

Anayasal gelişme sürecinde pek çok ulusal ve uluslararası belgede ifade edilen eşitlik ilkesine göre idare, kamu hizmetlerini icra ederken nesnel ve tarafsız olmak zorundadır. Anayasa'nın 10. maddesinin içeriğinde açıkça eşitlik ilkesinin bir unsuru olarak sayılmasa da kamu hizmetlerinin eşitlik ilkesine uygun yürütülebilmesi için gözetilmesi gereken bir ilke olan "tarafsızlık", hizmetin yürütülmesinde kullanıcıların kendilerine eşit muamele yapılacağına dair güveni sağlamaktadır. Tarafsızlık, Anayasa madde 10'da sayılan ayırım yasaklarına dayanan unsurlar karşısında "ideolojik" bir tutum çerçevesinde hareket etmemektir. Tarafsızlığın idarenin karar ve uygulamalarındaki etkilerinin yanı sıra kamu kurumlarının-idarenin ve onu temsil eden kamu görevlilerinin **görünüm ve davranışlarıyla** somutlaşacağı kuşkusuzdur.²³² Bu yüzden idarenin tarafsız olma yükümlülüğünü iki yönlü olarak ele almak mümkündür. Biri idarenin gerek iç örgütlenmesi ve gerekse idari kararların görünen sonuçları açısından kurumsal tarafsızlığı, diğeri ise kamu görevlilerinin tarafsızlığıdır.

Kamu görevlilerinin tarafsızlık yükümlülüğü Anayasa ve ilgili yasalarda belirtilmiştir. Ancak idarenin kurumsal olarak tarafsız görünme yükümlülüğüne dair yasal ve anayasal bir kayıtlama yoktur. Bununla birlikte idarenin tarafsızlığına

²³¹ Kararlar için bakınız. Mahendra P. SINGH, German Administrative Law in Common Law Perspective , 2. ed., Springer, Berlin;Heidelberg , 2001, s. 173 vd.

²³² ULUSOY, s. 223.

ilişkin karar ve uygulamalar da sonuç olarak idari işlem ve eylemlerin sonucudur ve hukuk devleti ilkesine tabidir.

a. İdarenin “Kurumsal” Tarafsızlığı

AIHM, mahkemelerin yansızlığını yalın olarak “önyargı ya da meyletmenin olmaması” biçiminde formüle etmektedir.²³³ Bağımsızlıkta olduğu gibi tarafsızlıkta da görünüm oldukça önemli bir durumdur.²³⁴ Mahkemelerin yansızlığını tespit için kullanılan bu ölçütler idarenin tarafsızlığı bakımından uygulanabilir ölçütlerdir. İdarenin tıpkı mahkemeler gibi halkın gözünde ve algılayışında (zihinlere bıraktığı izlenimde)²³⁵ tarafsız olması, “vatandaşlara” tarafsız olduğuna dair verdiği güven duygusu, tarafsız bir şekilde örgütlenmesi ve tarafsız uygulamalarda (eşitliğe uygun işlem ve eylemlerde bulunmak) bulunması kadar önemlidir.²³⁶ İdarenin yapısı ve örgütlenmesi bakımından nesnel olması ve işlem yapılan konu ya da kişi açısından nesnellik algısı oluşturması “görünürde” tarafsızlığı sağlayabilir.

Kamu hizmetinin “tarafsızlığı” ilkesinin **ayrımcılık yapmama ve çoğulculuğa saygı gösterme** biçiminde ikili anlama sahip olduğu kabul edilmektedir.²³⁷ İdarenin tarafsızlığı, tarafsız bir şekilde örgütlenmesi ve tarafsızlık görüntüsüne zarar verecek eylem ve işlemlerden kaçınması ile mümkün olabilir. İdare, çoğulculuğa saygı göstererek ve ayrımcı uygulamalara izin vermeyerek de tarafsız olduğunu gösterebilir. Kamusal alanlarda dini, siyasi-ideolojik simgelerin sergilenmesinin yasaklanması da tarafsızlık politikasının bir yüzünü oluşturur. Örneğin idarenin kullanacağı logo, afiş ve ifadelerin nesnellik algısını zedelememesi

²³³ Müslüm AKINCI, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, 2008, Ankara, s. 87.

²³⁴ Bkz. Dilan MIZRAK, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi Kapsamında Mahkemelerin Objektif Açıdan Tarafsızlığı İlkesi”, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi, bkz. http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/Calisma_Metinleri/dilan.pdf . E.T. 06.06.2013.

²³⁵ AKINCI, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, s. 87.

²³⁶ Doğaldır ki tarafsızlık bir davranış biçimi olarak, insana özgüdür. İdarenin tarafsızlığından kastedilen o kurum içindeki güçler dengesinin eşitliğe dayanması ve karar mekanizmasının başında bulunan kişilerin kurumu bağlayacak davranış biçimidir.

²³⁷ Pierre ESLUGAS, Conseil Constitutional et Service Public, LGDJ; Paris, 1994, s. 176 vd.’dan aktaran A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, İdare Hukuku-Genel Esaslar, C. 1, B. 9, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 598. GÖZLER’e göre kamu hizmetlerinde tarafsızlığı sağlamanın belli başlı üç yolu vardır: objektiflik yoluyla tarafsızlık (bu tür tarafsızlık herkese eşit mesafede önyargıdan uzak durularak yürütülmesi gereken kamu hizmetleri için söz konusudur), çoğulculuk yoluyla tarafsızlık ve kaçınma yoluyla tarafsızlık. Bkz. GÖZLER, İdare Hukuku, C. 2, s. 320.

gerekmektedir. Ayrımcılık unsuru olduğu veya tarafsızlık ilkesine zedelediği kabul edilen sembollerin mahalli ya da ulusal idarenin logosunda ya da her hangi bir faaliyetinde kullanılması idarenin tarafsız olduğuna dair algıyı riske sokabilir. Toplumun bazı kesimlerini dışlayıcı bir simgenin idari makamlar tarafından kullanılması, kurumsal bir mesaj olarak algılanma ve dayatma algısı oluşturma riskine sahiptir.

Bu konudaki en çarpıcı örnekler dini sembollerin idari kurumlarda kullanılmasına ilişkin kararlarda söz konusu olmaktadır. Örneğin Hristiyanlığın sembollerinden olan çarmıha gerilmiş İsa figürünün-haç işaretinin sınıflarda asılı olmasının laiklik ve buna bağlı olarak eşitlik ilkesi ve din özgürlüğünü ihlal ettiğinden (Sözleşmenin 9. ve 14. maddeleri ile 1 numaralı Ek Protokolün 2 maddesinin ihlal edildiğinden) bahisle açılan davada AİHM, laiklik tarafsızlık ve çoğulculuk üzerinde yaptığı tartışmalar neticesinde haçın çoğunluk dini olan Hristiyanlığın okul ortamında baskın bir görünürlüğe sahip olduğunu kabul etmiştir. Ancak, Mahkeme'ye göre, bu durum tek başına çoğulculuk ilkelerinden uzaklaşma ve ideoloji aşılama anlamına gelmemekte, dolayısıyla din eğitimi güvenceye alan Sözleşme'nin 1 No'lu Protokolünün 2. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir. (parag. 71) Bununla birlikte İtalyan eğitim sisteminin-uygulamasının çoğulcu olduğunu, haçın diğer dinler üzerinde baskı aracı olarak görülmediğini, "pasif bir simge"²³⁸ olduğunu, Hristiyan olmayan çocukların, kendi dinsel sembollerini giyebildikleri, okullarda Ramazan'ın kutlandığını, Yahudi öğrencilerin cumartesieleri yapılan sınavlara katılmama hakkına sahip olduklarını ve tüm dini inançlar için seçmeli dini eğitimin organize edilebildiğini belirterek İtalyan eğitim sistemindeki fren-denge araçlarını dikkate aldığı için tek başına Haçın ideoloji aşılama olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak Mahkeme devletlere tarafsız kalma yükümlülüğü yükleyen 9. maddenin aynı zamanda din, inanç ve düşünce özgürlüğünü güvence altına alması gerektiğini ve devletlerin değişik dinlerin ibadet ve inançlarının tarafsız ve eşit uzaklıkta eda edilmesini sağlamakla yükümlü olduklarına işaret etmiştir.²³⁹

²³⁸ Ancak Mahkeme, *Dahlap/İsviçre* kararında okul ortamında dini simgelerin kullanılmasının belirli bir güce sahip etkili bir dışsal simge" olduğunu kabul etmiştir. AİHM, *Dahlap/İsviçre*, Başvuru No. 42393/98, K.T.15.02.2001.

²³⁹ AİHM, *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, Başvuru No. 30814/06, K.T. 18.03.2011.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin çarımıha gerilmiş İsa heykeline ilişkin olarak 1995 yılında aldığı kararda ise, Bavyera'daki ortaokul sınıflarına yasal bir yükümlülük sonucunda haç işareti asılmasının Anayasa'nın 4. maddesinin²⁴⁰ ihlali anlamına geldiğine kanaat getirmiştir. Mahkeme, konuya ilişkin olarak, zorunlu eğitim söz konusu olduğundan sınıflardaki haç işaretlerinin, öğrencilerin ders esnasında devlet eliyle ve herhangi bir seçeneğe sahip olmaksızın bu simgeyle yüzleşmelerine ve "Haç işaretinin altında öğrenmek" zorunda kalmalarına yol açtığını ifade etmiştir. Bu şekilde inanç özgürlüğüne müdahale edildiğini belirten Mahkeme, bu durumun ne devletin eğitim göreviyle ne de "Hıristiyanlık dinine mensup ebeveyn ve öğrencilerin pozitif inanç özgürlüğüyle" gerekçelendirilebileceğini ifade etmiştir.²⁴¹ Bunun üzerine Bavyera Parlamentosu, önceki hükmü sürdüren ancak haçın varlığına dini ya da laik inançları nedeniyle karşı çıkma olanağı tanıyan ve eğer gerekirse, bir ödün ya da kişisel çözüm mekanizması oluşturmuştur.²⁴² Kanımca dini simgelerin gösterilme hakkı devletin değil vatandaşın hakkıdır. Dini ifade ve düşünce özgürlüğü-hakkı vatandaşa tanınan bir haktır. Dolayısıyla devlet-idare tarafsızlık ilkesi gereği dışlayıcı dini-ideolojik sembelleri kullanamaz.

İdare, kamu hizmetlerinde tarafsızlığı sağlamak ve korumak adına bazı faaliyet ve işlemlerden kaçınabilir.²⁴³ Örneğin Fransız Danıştay'ının 1985 tarih ve **Rudent** kararında ortaöğretim kurumlarında siyasi toplantılar yapılmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olacağına karar vermiştir.²⁴⁴ Okul müdürü tarafsızlığını tehlikeye atmamak için bu tür toplantıları yapmaktan kaçınabilir. Fransız İdare

²⁴⁰ 4. maddede din, vicdan ve inanç özgürlüğü ele alınmaktadır. Bu maddeye göre: 1. Din ve vicdan özgürlüğü ile dinî ve gayri dinî inanç özgürlüğü dokunulmazdır. 2. Dinin rahatsız edilmeden uygulanması güvence altındadır. Metin çevirisi için bkz. Didem ÖZALPAT, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi "Başörtüsü Davası"nı Karara Bağlıyor", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 3-4 (2011).

²⁴¹ Alman Anayasa Mahkemesi, BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) 93, I 1 BvR 1097/91, 16 May 1995 tarihli karar, bkz. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv093001.html>, kararın İngilizce metni için bkz. http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=615, E.T. 24.04.2014.

²⁴² *Lautsi ve diğerleri/İtalya* kararı bkz. parag. 28.

²⁴³ GÖZLER, İdare Hukuku, C. 2, s. 320.

²⁴⁴ Conseil d'Etat, 08.11.1985, *RUDENT*, RDCE, 1985, s. 316'dan aktaran GÖZLER, İdare Hukuku, C. 2, s. 320.

Mahkemesi'nin bir başka kararında, kamu hizmeti yürütülen yerde siyasi içerikte yazılar dağıtılmasının yasaklanması, kamu hizmetinin bir gereği olduğu için hukuka aykırı bulunmamıştır. Burada siyasi görüş, eşitlik ve yansızlık ilkesi gereği kamu hizmetinden dışlanmaktadır.²⁴⁵ Yine Fransız Devlet Şurası, siyasi öğrenci gruplarının lisede toplantı yapmasına izin veren kararı kamu hizmetinin yansızlığına aykırı görmüştür.²⁴⁶ Ancak bir başka kararında davet edilen kişinin siyasi taraflılığının açık olmasına ve konunun kamuoyunda doğurduğu siyasi tartışmalara (eşitlik ve vatandaşlık yasası) rağmen siyasi değil “toplumsal ve medeni tartışma” olduğu gerekçesi ile izin kararını hukuka uygun bulmuştur.²⁴⁷ Türkiye’de aynı sorunlarla gündeme gelen ve bir üniversitenin ev sahipliğinde yapılması planlanan “İmparatorluğun Çöküş Döneminde Osmanlı Ermenileri: Bilimsel Sorumluluk ve Demokrasi Sorunları” başlıklı konferansın “tek yanlı”²⁴⁸ yapıldığı iddialarıyla açılan davada, yürütmenin durdurulması kararı verilmiş ancak, kararda söz konusu konferansın üniversitede yapılıyor olmasının idarenin tarafsızlığına yönelik etki ve sonuçları tartışılmamıştır.²⁴⁹ Benzer nitelikte ancak bu kez idari bir işleme karşı Diyarbakır Barosu Başkanlığı tarafından, 2002-2003 öğretim yılı ders bitimine kadar “Ermeni iddialarının asılsız olduğu” temasını işleyen konferanslar ve kompozisyon yarışması düzenlenmesine yönelik Milli Eğitim Bakanlığı'nın 14.04.2003 günlü Genelgesi'nin²⁵⁰ Anayasa'nın 2. ve 10. maddesi ve 1739 sayılı Milli Eğitim Kanunu'nun 4. maddesindeki genellik ve eşitlik kenar başlığını taşıyan “eğitim

²⁴⁵ KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 207.

²⁴⁶ KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 207.

²⁴⁷ (Confédération natiol des groupes autonomes de l' enseignement public, CE, 1991) kararları aktaran Chapus, René, Droit Adminstratif Général, C. 1, B. 13, Paris, Montchrestien, 1997, s. 582'den aktaran KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s.207.

²⁴⁸ Bkz. Selim DERİNGİL, “Takdim veya “Ermeni Konferansı”nın Kısa Tarihi”, in İmparatorluğun Çöküş Döneminde Osmanlı Ermenileri: Bilimsel Sorumluluk ve Demokrasi Sorunları, Fahri ARAL, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay. İstanbul, 2011.

²⁴⁹ Karar hakkında ulusal basında çıkan haberler için bkz.

<http://eski.bianet.org/2005/10/14/68701.htm>,

<http://www.radikal.com.tr/radikal.aspx?atype=haberyazdir&articleid=774424>:

<http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?id=3378134&tarih=2005-10-13>

²⁵⁰ Başbakanlığın 29 Mayıs 2001'de B.02.0.PPG.0.12.320-8312-2 sayı numarasıyla yayımladığı genelgesinde, “Yurtdışında ülkemiz aleyhine sonuçlar elde etmeye yönelik sürekli gündeme getirilen soykırımı iddialarıyla ilgili çabaların bertaraf edilmesini sağlamak, bu konuda bilinçli kamuoyu yaratmak, daha kapsamlı mücadele edebilmenin” amaçladığını belirtmiştir.

kurumları dil, ırk, renk, cinsiyet ve din ayrımı gözetilmeksizin herkese açıktır. Eğitimde hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” hükmüne ve uluslararası sözleşmelere²⁵¹ aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istemiyle açılan davada Danıştay,²⁵² dava konusu genelgenin söz konusu maddeleri ihlal etmediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Ancak Mahkeme kararında idari tarafsızlık ve söz konusu faaliyetinin içeriğinin çoğulcu ya da tek yanlı olarak sunulması tartışma konusu yapılmamıştır. İdarenin sunduğu hizmetin içeriği de tarafsız olmak zorundadır. İçeriği bakımından siyasi-ideolojik bir dayatmaya sebep olacak idari işlem ve eylemler de eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu sebeple idari işlem ve eylemler sonucu yapılacak idari faaliyetler tarafsızlık ilkesi gereği, bazı siyasi ve felsefi görüşleri dışlamayan, çoğulcu bir içeriğe sahip olmalıdır.

Tarafsızlık ilkesi aynı zamanda bir “denge” ilkesidir. İdarenin tarafsızlığı, belli bir siyasi görüşü ya da ideolojiyi yansıtmayan ve dayatma algısına sebep olmayacak, bütün farklılıkları yansıtacak ve farklılıklara eşit mesafede duracak bir şekilde örgütlenmesi ve bu doğrultuda karar vermesi ile mümkündür. Aksi durum tarafsızlık algısını zedeler. Örneğin “Ninni” adlı şarkının TRT de yayım yasağının iptaline ilişkin kararında Danıştay “...kitaplarda dergilerde, gazete, radyo ve televizyon yayınlarında, yergiye, eleştiriye, humora ve mizaha yer veren resim, yazı, şiir, müzik ve söyleşilere de gereksinim vardır. Sosyal olgular, düşünceler; çizgilerle, nükte, şaka ve takılmalarla, abartma ve tuhaflıklarla süslenerek kamuoyuna yansıtılabilir... Ninni şarkısı da hoşgörü sınırları içinde, belli kişi veya kurumlar doğrudan doğruya hedef alınmadan bazı sosyal olgular, müzik ürünleri ve filmler belli bir üslupta abartılarak mizahi bir biçimde göz önüne serilmek istenmektedir.”²⁵³ diyerek düşünce ve ifade özgürlüğü çerçevesinde farklı görüş ve fikirlerin kamu kanalında sunulmasında sakınca görmemiştir. Devletin yayıncılık kuruluşlarının farklı düşüncelerin paylaşılmasına izin vermesi eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Ancak ayrımcılık unsuru taşıyan yayınların yapılması da eşitlik ilkesine aykırıdır. “Bir gün

²⁵¹ Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme md. 5/1/a; BM Her Türlü Irkçılığın Önlenmesine Dair Sözleşme md. 2, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md 26, BM Ulusal Etnik ya da Dini Azınlıklara Mensup Kişilerin Hakları Bildirgesi md. 4, Avrupa Konseyi Azınlıkların Korunmasına Dair Çerçeve Sözleşmesi md. 4, 5, 6 ve 12.

²⁵² DİDDK, 2004/2274E, 2007/921E, K.T.16.05.2007, karar yayımlanmamıştır.

²⁵³ D.12.D, 1976/204 E, 1977/2973 K, K.T. 28.12.1977, DD, 1978, S. 30-31, s. 450-453.

gelecek” isimli şarkının radyo-TV de yayınlanmasını sakıncalı olduğu gerekçesi ile yasaklayan Bakanlar Kurulu kararını iptal eden Danıştay’a göre; şarkı sözleri eşitliğe yönelmekte, insanlar arasında dil, ırk, din, cinsiyet, mezhep ayrımı yapılmamasını dilemektedir. Şarkıda dünyanın mutlu, tüm insanların özgür bir bütün olacağı günlerin geleceği söylenmekle, sözleri ve güttüğü amaç bakımından şarkı, insancıl, barıştırıcı ve birleştirici bir tema işlemektedir.²⁵⁴ Özellikle radyo-TV’lerde belli bir görüşe odaklanmayan her kesime ifade etme hakkı tanıyan bir yayıncılık, idarenin eşitlik ve yansızlık yükümlülüğünün bir gereğidir. İdare yayınlar üzerinde yaptığı denetimlerde bu ilkeyi gözeterek karar vermelidir.

Devletin tarafsızlığında idarenin karar ve uygulamalarındaki etkilerinin yanı sıra kamu kurumlarındaki-kamu hizmeti sunan kamu görevlilerinin, belli bir etnik köken ya da siyasi felsefi düşünceden kimselerin belli statülere yerleşmesi ve oralarda toplanması ve bu kapsamda bazı grupların eksik temsil edildiğinin düşünülmesi de tarafsızlık algısını zedelediği gibi eşitliğe aykırı işlem ve uygulamalara sebep olabilir. Yönetim, kamu hizmetlerinin örgütlenmesine karar verirken **yasanın kendi yetki ve takdirine bıraktığı konularda** kendi eşitlik algısı üzerinden yanlı bir karar verebilmektedir. Kamu yararı yerine özel çıkarların; kamu hizmetinin gereği gibi sunulması yerine siyasi, kişisel, ekonomik kaygıların; ayrımcı uygulamaların söz konusu olduğu durumlarda takdir yetkisinin hukuka aykırı keyfi bir şekilde kullanıldığından söz edilebilecektir. Kurumsal politikaların mal hizmet ve fırsat erişimlerinde farklılık oluşturduğu bir gerçektir. Kurumsal ayrımcılık çoğunlukla sosyal kurumlara egemen olan grubun azınlık üzerindeki karar ve uygulamalarında işlevsellik kazanmaktadır.²⁵⁵ Örneğin kadınların daha az istihdam edildiği alanlarda, kadınlara yönelik ayrımcı uygulamaların daha fazla olduğu gözlenebilir. İdare, kamu kaynaklarının kullanımını erkekler lehine geliştirebilir. Sözgelimi kadının, çalışma yaşamına katılması yönünde herhangi bir yasal engel bırakmazken, bu hakkın kullanımını kolaylaştırıcı çocuk bakım destek hizmetlerini ve bu konuya devlet bütçesinden yeterli kaynak ayırmayı somut bir politika-eşitlik politikasına dönüştüremeyebilir. Yönetimsel eşitsizlik-ayrımcılık, kurumların hukuki

²⁵⁴ D.12.D, 1976/204 E, 1977/2973 K, K.T. 28.12.1977, DD, 1978, S. 30-31, s. 450-453.

²⁵⁵ Betül DUMAN, “Ayrımcılık Yasağı-Eşitlik İlkesi ve Yeni Anayasa Çalışmaları”, Yeni Türkiye, S. 50, Ocak-Şubat 2011, s. 703.

düzenlemeleri, politikaları ve uygulamalarının bir kişi ya da grubu diğeri aleyhine üstün tutması durumunda da meydana gelir.

b. Kamu Görevlilerinin Tarafsızlığı

Kamu yönetiminde kamu gücünü elinde bulunduranların (kamu görevlilerinin) uyması gereken ilkelerden birisi olan tarafsızlık, “eşitlik” ilkesinin bir sonucu ve onun bir uzantısıdır.²⁵⁶ Kamu görevlileri kamusal görevlerini yerine getirirken, Anayasa ve yasalarla kendilerine yüklenen yükümlülöklere uymak ve bunların hükümlerini, kamu hizmeti ilkeleri doğrultusunda uygulamak durumundadırlar.²⁵⁷ Anayasa’nın 129. maddesinin 1. fıkrasında “*memurlar ve diğerk kamu görevlileri Anayasaya ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler..*” denilerek memurların Anayasa ve yasalara bağılılık ödevi açıkça vurgulanmıştır. Yine 657 sayılı Kanun’un 6. maddesinde “*memurlar, Türkiye cumhuriyeti anayasasına ve kanunlara sadakatle bağılı kalmak ve ulusun hizmetinde Türkiye cumhuriyeti kanunlarını sadakatle uygulamak zorundadırlar.*”²⁵⁸ denilmektedir.

Temelini kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesinden alan tarafsızlık yükümlölüğü, Devlet Memurları Kanunu madde 7’de kamu hizmetini alanlara yönelik ayrımcılık yasağı ile ayrıca dile getirilmiştir. Maddeye göre devlet memurları, görevlerini yerine getirirken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapamazlar ve devlet memurları, kişilerin yararını veya zararını hedef tutan davranışlar sergileyemezler. Yasağı çiğneyen memurlar için ise aynı kanunun disiplin cezalarını düzenleyen 125. maddesinin d fıkrasının I. bendinde ‘kademe ilerleme cezası’ öngörölmüştür. Belirtilen disiplin cezasının yanında cezai anlamda sorumluluk da mevcuttur. Türk Ceza Kanunu’nun 122. maddesine göre, kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlölük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep

²⁵⁶ GÖZLER, İdare Hukuku, C. 2, s. 319.

²⁵⁷ Gözde ATASAYAN, Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi, On iki Levha Yay., B. 1, 2012, İstanbul, s. 160. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s. 857 vd., İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGİN/Tayfun AKGÜNER/ Kahraman BERK, İdare Hukuku, B. 4, Der Yay., İstanbul, 2011, s. 637 vd.; YILDIRIM/YASİN/ KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s. 381 vd.; Kemal GÖZLER/Gürsel KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011, s. 649 vd.

²⁵⁸ 657 sayılı Kanun’un 6. maddesinde kamu görevine atananların bağılılık yemini edecekleri ve yemin belgesi imzalayacakları hususu yer almaktadır.

farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle gerçekleştirilen bazı fiiller yasaklanmıştır. Devlet memurları göreve başladıktan sonra ettikleri yemin metninde “ *Türkiye cumhuriyeti kanunlarını milletin hizmetinde olarak tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine bağlı kalarak ...*” ifadesi yer almaktadır.²⁵⁹ Kamu görevlilerinin taraflı davranışlarda bulunması hem etik değerlere aykırı hem de yasalara göre suçtur.²⁶⁰

Memur görevini yaparken ve kamu hizmetlerinde bulunurken, hiyerarşi kurallarına uyarken “tarafsızlık” ilkesine göre, kamu hizmetini sunduğu yurttaşlar arasında **siyasal** bir ayırım yapamaz ve kamu hizmetinin yerine getirilmesinde, bir farklılık veya bir gecikme yaratamaz.²⁶¹ Yansızlığın amacı, kamu hizmeti alanında, kamu görevlilerinin kanaatlerine göre hareket etmemelerini ve dolayısıyla eşitliğe aykırı davranışlarını engellemektir.²⁶² Tarafsızlık ilkesi gereği, kamu hizmetleri bu hizmetlerden yararlanma hakkı olan herkese; dil, din, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, dini inanç ve kanaat ayırımı yapılmaksızın sunulmalıdır. Özellikle kamu hizmetlerini sunanlar, hizmetten yararlananlar açısından bu niteliklere ve benzeri başka niteliklere bakarak ayırım yapamayacakları gibi, ayrıcalık da tanıyamazlar.

Hukuka atfedilen objektiflik ve tarafsızlık nitelikleri nedeniyle hukuk uygulamalarının idare hukukunda en temel unsuru olan idari işlem ve uygulamalar idarenin tesis ettiği işlemlere değer yargılarının yansıdığı ölçüde tarafsızlıktan uzak olacaktır. Nitekim eşitliğe aykırı işlem ve eylemler, eşitliğe aykırı olmayan bir kanun ya da düzenleyici işleme dayanılarak yapılabilir. Bu durumda eşitlik ilkesine aykırı olan işlem ve eylemler kamu görevlilerinin **davranışlarından** kaynaklanmaktadır. Eğer yasa eşitliğe uygunsa ancak eşit olmayan bir tarzda **uygulanmaktaysa** daha fazla eşitlik olmayacaktır.²⁶³ Anayasa Mahkemesi de bir kararında “ ...3182 sayılı Bakanlar Kanunun... inceleme konusu olan hükmü, belli koşullar gerçekleştiğinde

²⁵⁹ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1031

²⁶⁰ Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik’in dürüstlük ve tarafsızlık başlıklı 9. maddesinde de, kamu görevlilerinin tüm eylem ve işlemlerinde yasallık, adalet, eşitlik ve dürüstlük ilkeleri doğrultusunda hareket etmeleri, görevlerini yerine getirirken ve hizmetlerden yararlandırımda dil, din, felsefi inanç, siyasi düşünce, ırk, cinsiyet ve benzeri sebeplerle ayırım yapamayacakları, insan hak ve özgürlüklerine aykırı veya kısıtlayıcı muamelede ve fırsat eşitliğini engelleyici davranış ve uygulamalarda bulunamayacakları belirtilmiştir.

²⁶¹ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 545.

²⁶² KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 205.

²⁶³ TUNÇ/ATAY, s. 53.

aynı hukuki durumda bulunan bankalar hakkında uygulanması gereken bir hükmüdür. Bankaların bir veya bir kaç hakkında uygulanıp ötekilere uygulanmaması, hükmün, eşitlik kuralına aykırı olduğunu değil, **uygulayıcıların kanunun gereğini yerine getirmediklerinin delili olarak gösterilebilir.**²⁶⁴ diyerek kamu görevlilerinin davranışlarının eşitlik ilkesini ihlal ettiğini belirtmiştir. Mahkeme bir başka kararında, itiraz konusu hükmün kanun önünde eşitlik ilkesini zedelediğini belirttikten sonra, kanun “*farklı biçimde uygulanıyorsa, bunun yasadan değil, kamu görevlilerinin eylemlerinden kaynaklandığı şüphesizdir*” demektedir.²⁶⁵ Danıştay’ın da bu duruma örnek gösterilebilecek kararları vardır. Danıştay, 17.04.2008 tarihli kararında, “ ...Buna göre gerek davacının yürüttüğü Hurda İşletmesi Müdür Yardımcısı kadrosu gerek Hurda İşletme Müdürü kadrosu 5434 sayılı Yasa’nın Ek 67. maddesinin **uygulanması** yönünden aynı hukuki durum içinde bulunmalarına karşın, eşitlik cetvelinin tespitinde hukuken geçerli bir neden gösterilmeden bu durum göz ardı edilerek eşitliğe aykırı bir davranış ortaya konulmuştur.”²⁶⁶ demektedir ve hukuken geçerli bir neden gösterilmeden, açık takdir hatası taşıyan işlem tesis edildiğini belirterek eşitliğe aykırı işlemin kamu görevlilerinin davranışları ile gerçekleştiğini belirtmektedir.

Eşitlik ilkesine aykırı olarak belli grup ya da kişiler lehine ayrıcalık tanıma-adam kayırma siyasi nedenlerle olabileceği gibi **kişisel nedenlerle** de yapılabilir. Örneğin “eş, dost, akraba, tanıdık” düşüncesiyle de kamu hizmetlerinden faydalanma, eşitlik-tarafsızlık ilkesine aykırı uygulamalara sebep olabilir. Danıştay, soruşturmayı yapan ile disiplin cezasını veren kişinin aynı kişi olmasının idari işlemin hukuksallığını etkileyip etkilemeyeceğine ilişkin verdiği kararda: “...Yargıç yansızlığı yasalarla özel olarak düzenlenmiştir. Diğer kamu görevlileri için böyle bir düzenleme söz konusu değildir. O halde yargıçlar ve yargıçlara benzer durumda

²⁶⁴ AYM, 1985/16E, 1986/5K, K.T. 04.03.1986, R.G. 09.05.1986/19102; ayrıca bkz. AYM, 1969/49 E, 1970/3 K, K.T. 08.01.1970, R.G. 05.07.1970/13539; 1976/51 E, 1977/16 K, K.T. 10.03.1977, R.G. 25.06.1977/15977.

²⁶⁵ AYM, 1984/10 E, 1985/2 K, K.T. 22.01.1985, R.G. 17.06.1985/18787.

²⁶⁶ DİDD, 2005/270 E, 2008/1286 K, K.T. 17.04.2008: Aynı yönde Genel düzenleyici bir işlemle getirilen yeni durumun ilgililer hakkında uygulanmasında eşitlik ve objektiflik kuralları çerçevesinde hareket edilmesinin hukuka bağlı idarenin gereği olduğu hakkındaki karar için bkz. D.5.D. 2002/3312 E, 2003/253 K, K.T.30.01.2003, DBB, <http://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>.

*bulunanların dışında kalan kamu görevlilerinin yaptıkları işlemlerin kişisel olarak yansız olup olmadığına göre değil yaptıkları işlemlerin yasa, tüzük, yönetmelik ve hukuk kurallarına uygun olup, olmadıkları yönünden denetlemek gerekir.”*²⁶⁷ diyerek yansızlığı hukuk kurallarına uyup uymamakla ölçen bir yaklaşım benimsemiştir.

Tarafsız görünme yükümlülüğünün diğer boyutunu da kamu personelinin görünüşü oluşturmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için kamu personeli ve kamu faaliyetleri sınırlamalara tabi tutulabilmektedir. Ancak bu sınırlamalar bireye tanınan diğer hak ve özgürlüklerin kullanımını engellememesi-sınırlamaması gerekmektedir. Hizmeti sunanlarla hizmetten yararlananların, yansızlığın sağlanması bakımından aynı derece yükümlülüklerle sahip olmadıkları açıktır. Hizmetten yararlananların, hizmetin zorunlu iç düzeninin sağlanarak sürdürülebilmesi için gerekli olanlar dışında sınırlamalara ve benzeri kökenli sınırlamalara tabi olması eşitlik ilkesinin ihlali olacaktır.²⁶⁸ Kamu görevlilerinin tarafsız görünümü, yansız olduklarına dair verdikleri izlenimle ilgilidir. Kamu hizmeti gören kamu görevlileri Devlet Memurları Kanunu madde 8’de belirtilen: *”Devlet memurları, resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını hizmet içindeki ve dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadırlar.”* ibaresi kamu görevlilerinin tarafsızlığının gösterilmesi gerekliliği şeklinde değerlendirilebilir.²⁶⁹

²⁶⁷ D.8.D. 1991/1310 E, 1992/215 K, K.T. 10.02.1992, DBB.

²⁶⁸ KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 208.

²⁶⁹ Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik: md. 7 *”Kamu kurum ve kuruluşlarının yöneticileri ve diğer personeli, kamu hizmetlerini belirlenen standartlara ve süreçlere uygun şekilde yürütürler, hizmetten yararlanarlara iş ve işlemlerle ilgili gerekli açıklayıcı bilgileri vererek onları hizmet süreci boyunca aydınlatırlar.”* Amaç ve misyona bağlılık: md. 8 *”Kamu görevlileri, çalıştıkları kurum veya kuruluşun amaçlarına ve misyonuna uygun davranırlar. Ülkenin çıkarları, toplumun refahı ve kurumlarının hizmet idealleri doğrultusunda hareket ederler.”* Ayrıca KHSUUİ Yönetmelikte kamu görevlilerinin kamu hizmeti gereklerine uygun davranması gerekliliği 8. maddede belirtildikten sonra kamu hizmeti alanların nezdinde saygınlık ve güven duygusunun verilmesi için kamu görevlilerinin her türlü ayrımcı davranış ve uygulamalardan uzak kalması gerekliliği şu şekilde düzenlenmiştir: *”Kamu görevlileri, kamu yönetimine güveni sağlayacak şekilde davranırlar ve görevin gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını **davranışlarıyla** gösterirler. Halkın kamu hizmetine güven duygusunu zedeleyen, şüphe yaratan ve adalet ilkesine zarar veren davranışlarda bulunmaktan kaçınırlar. ..Kamu görevlileri, halka hizmetin kişisel veya özel her türlü menfaatin üzerinde bir görev olduğu bilinciyle hizmet gereklerine uygun hareket eder, hizmetten yararlanarlara kötü davranamaz, işi savsaklayamaz, çifte standart uygulayamaz ve taraf tutamazlar. ..Yönetici veya denetleyici konumunda bulunan kamu görevlileri, keyfi davranışlarda, baskı, hakaret ve tehdit edici uygulamalarda bulunamaz, açık ve kesin kanıtlara dayanmayan rapor düzenleyemez,*

Devlet örgütlenmesini siyasal olarak yansızlaştırmak, en azından böyle bir görünüm yaratmak için²⁷⁰ kamu görevlilerini tüm siyasal çatışmaların uzağında tutan “**memurun kısırlaştırılması**”²⁷¹ düzenine göre memur, görevi başında bulunduğu sürece, siyasal etkinliklerde bulunamaz ve siyasal kanısını açıklayamaz. Bunun için kamu kesiminde çalışanlara siyasal partiye üye olma, seçim kampanyalarına katılma, siyasal amaçlı gazete çıkarma, memurluk dolayısıyla elde edilen bilgileri siyasal amaçla sızdırma vb. alanlarda bazı yasaklar ve kısıtlamalar getirilmiştir. Burada amaç memurun tarafsızlığını sağlamaktır. Yine Devlet Memurları Kanunu’nun 7. maddesinde “*devlet memurları siyasi partilere üye olamazlar, herhangi bir siyasi parti kişi ya da zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamazlar*” denilerek kamu görevlilerine tarafsızlığın sağlanması için siyaset yapma yasağı getirilmiştir.²⁷² Bu yasakla bağlantılı olarak Anayasa Mahkemesi KİT’ler de çalıştırılacak sözleşmeli personeli için öngörülen, herhangi bir siyasal ve ideolojik beyanda ve eylemde bulunma yasağını kamu hizmetinin işleyişinde yansız davranmayı sağlamak amacıyla getirdiği gerekçesi ile Anayasa’ya aykırı görmemiştir.²⁷³

mevzuata aykırı olarak kendileri için hizmet, imkan veya benzeri çıkarlar talep edemez ve talep olmasa dahi sunulana kabul edemezler. ” (md. 10)

²⁷⁰ KARAHANOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 208.

²⁷¹ Bkz. GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER/BERK, s. 545.

²⁷² Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik’in 9. maddesinin devamında tarafsızlık ilkesinin bir gereği olarak görülen **siyasal tarafsızlık** şu şekilde vurgulanmıştır: “Kamu görevlileri, gerçek veya tüzel kişilere öncelikli, ayrıcalıklı, taraflı ve eşitlik ilkesine aykırı muamele ve uygulama yapamazlar, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef alan bir davranışta bulunamazlar, kamu makamlarının mevzuata uygun politikalarını, kararlarını ve eylemlerini engelleyemezler.”

²⁷³ AYM, 1990/12 E, 1991/7 K, K.T. 04.04.1991, R.G. 13.08.1991/20959.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETLERİNDE EŞİTLİK İLKESİ

I. EŞİTLİK İLKESİ VE KAMU HİZMETİ İLİŞKİSİ

A. Kamu Hizmeti

İdare hukukunun en temel kavramlarından biri olan kamu hizmeti, idarenin başlıca kurucu unsurudur.²⁷⁴ Kavram henüz kabul gören ortak-genel bir tanıma kavuşamamakla birlikte “*idari işlem, idari sözleşme, kamu malı, kamu görevlisi-memur, kamulaştırma ve devletleştirme, idari yargının görev alanının belirlenmesi*”²⁷⁵ konularında kullanılan en önemli ölçüt olarak, yargı kararlarında ve idare hukuku öğretisinde yer almaktadır.

Teknik ve dar anlamda kamu hizmeti, “*devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için icra edilen ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetler*”²⁷⁶ olarak ifade edilmektedir. Bu tanım Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre kamu hizmeti “*devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için topluma sunulan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. İdare sürekli ve düzenli olmaları gereken bu etkinlikleri gerçekleştirirken tarafsız davranmalı; hizmetin çağın gereklerine uygulanabilir bir şekilde ve mümkün olduğu ölçüde bedelsiz olarak yürütülmesini sağlamalıdır.*”²⁷⁷ Bu belirleme kamu hizmeti kavramına dar ve klasik yaklaşımı ifade eder.

²⁷⁴ Bkz. ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, s. 13-47.

²⁷⁵ E. Ethem ATAY, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, B. 3, Ankara, 2012, s. 568.

²⁷⁶ ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, s. 119.

²⁷⁷ AYM, 1994/43 E, 1994/42-2 K, K.T. 09.12.1994, R.G. 24.01.1995/22181, Ayrıca bkz. AYM, 2004/114 E, 2007/85 K, K.T. 22.11.2007, R.G. 24.12.2007/26736.

Yukarıdaki klasik tanımın yanısıra *organik, maddi ve şekli* ölçütler kullanılarak kamu hizmeti tanımlanmaya çalışılmıştır.²⁷⁸ “Organik kriter”, hizmetin devlet ya da kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimi ile gerçekleşmesini ifade etmektedir. Anayasa’nın 70. maddesi kamu hizmetini organik açıdan kullanmıştır. “Maddi kriter” göre yapılan tanımda hizmeti yürüten örgütün niteliklerinden tamamen bağımsız olarak faaliyetin amacı önemlidir ve hizmetin amacı kamu yararını sağlamaktır. Anayasa’nın 47. maddesindeki kamu hizmeti deyimi maddi açıdan kullanılmıştır. “Şekli kriter” ise kamu hizmeti hukuksal rejimini ifade etmektedir. Buna göre bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için kamu hizmetleri hukuki rejimine yani kamusal yönetim usullerine tabi tutulmuş olması gerekir.

Kavramın içeriğini genişleten bu yaklaşımlar devletin,²⁷⁹ idarenin,²⁸⁰ özel hukuk kişilerinin²⁸¹ kamu yararı ve ortak ihtiyaçları gidermeye yönelik bütün

²⁷⁸ Kamu hizmeti kavramını çeşitli şekillerde tanımlayan yazarlar bkz. Lütfi DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 302; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 584 vd.; GÖZLER/KAPLAN, s. 528; Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, 10. B, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 329 vd.

²⁷⁹ Devletin bütün faaliyetlerini kamu hizmeti olarak niteleyen ULER’e göre devletin örgütlenmesi ve tüm görevleri Anayasaya göre kamu hizmetidir. Bkz. Yıldırım ULER, Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti, Anayasa Yargısı 15, 27-28 Nisan, 1998; ayrıca bkz. KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 5, 52; Tahsin Bekir BALTA, İdare Hukuku I Genel Konular, Ankara, 1972, s.23; Anayasa Mahkemesi de bazı kararları da bu görüşü destekler niteliktedir: “*toprak dağıtımı, kamu hizmetidir, kamu yararadır.*” Bkz. AYM, 1964/13 E, 1964/43 K, K.T. 02.06.1964, R.G. 16.7.1964/11755. “*Anayasanın 130. maddesiyle devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu açıklanan doğal zenginlikler ve kaynakların aranması ve işletilmesinin ilke olarak devlet görevi sayılması, anayasa koyucunun bu hizmetleri kamu hizmeti olarak gördüğünün açık kanıtıdır.*” AYM, 1979/1 E, 1979/30 K, K.T.21.06.1979, R.G.14.01.1980/16869.

²⁸⁰ İdarenin bütün faaliyetlerinin kamu hizmeti olduğunu kabul eden görüşler için bkz. İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2002, s. 225; YAYLA, İdare Hukuku, s. 72; ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, s. 29-30; Tahsin Bekir BALTA, İdare Hukukuna Giriş, Ankara, 1970, s. 16; GÖZLER/KAPLAN, s. 526; KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 78 vd.

²⁸¹ Anayasa Mahkemesi de kamu hizmetini genişleten bu yaklaşım doğrultusunda kararlar vermektedir. Örneğin, özel hukuk kişilerinin kamuya yararlı olarak nitelendirilebilecek olan faaliyetlerini kamu hizmeti olarak ifade etmiştir. Bkz. AYM, 1985/20 E, 1986/30 K, K.T. 24.12.1986, R.G. 15.03.1987/19401; 1985/11 E, 1986/29 K, K.T. 11.12.1986, R.G. 18.04.1987/19435; 1988/50 E, 1989/27 K, K.T. 23.06.1989, R.G. 04.10.1989/20302; 1994/82 E, 1995/9 K, K.T. 19.03.1987, R.G. 21.09.1995/22411; 1994/43 E, 1994/42-2 K, K.T. 09.12.1994, R.G. 24.01.1995/22181. Ancak kamuya yararlı her faaliyet kamu hizmeti olarak görülmemektedir. Avukatlık hizmetinin kamu hizmeti olmadığına yönelik kararlar için bkz. AYM, 1985/20 E, 1986/30 K, K.T. 24.12.1986, R.G. 15.03.1987/19401; 1985/1 E, 1986/29 K, K.T. 11.12.1986, R.G. 18.04.1987/19435; 1988/50 E, 1989/27 K, K.T. 23.06.1989, R.G. 04.10.1989/20302; 1994/82 E, 1995/9 K, K.T. 19.03.1987 R.G. 21.09.1995/22411. YAYLA’ya göre kamuya yararlı hizmet sunan özel kişi faaliyetleri de kamu hizmetine dahildir. Bkz. YAYLA, İdare Hukuku, s. 72.

faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak görülmesini gerektirir. Anayasa Mahkemesi tarafından kamu hizmetini genişleten başka bir yaklaşım ise “hizmetin niteliği”dir. Örneğin elektrik, su, havagazı gibi ihtiyaçların giderilmesi için yapılan faaliyetler Mahkeme’nin ifadesiyle “niteliği gereği kamu hizmeti”dir.²⁸²

Ekonomik, siyasal, toplumsal ve hukuki değişimlere bağlı olarak kamu hizmeti kavramının belirleme ölçütlerinin değiştiği ve “*dönüştüğü*” görülmektedir. Devletin iktisadi ve toplumsal alanlardaki faaliyetleriyle sıkı sıkıya bağlı olan kamu hizmetlerinin görülmesinde 1980’lerden itibaren, özelleşme çabalarına paralel olarak, devletin rolü gittikçe *azalmaya-daralmaya* başlamıştır. 13 Ağustos 1999’da Anayasa’nın 47. maddesinde yapılan değişiklikle “özelleştirme” Anayasa’ya girmiştir. Özelleştirme ile birlikte kamusal faaliyetler özel hukuk kişilerince de yerine getirilmeye başlamıştır.

Özelleştirme sonucunda kamu hizmetlerinde meydana gelen, gelmesi muhtemel *daralma ve azalma* “riskine” rağmen sosyal hakların gerçekleştirilmesinde önemli bir araç olan kamu hizmeti, sosyal devlet ilkesinin anayasalarda yer alması ile devlet faaliyetlerinin “*genişlemesine*” sebep olmuştur. Sosyal devletin bir gereği olarak devletin pozitif yükümlülük yüklendiği bütün alanlarda, kamu hizmeti sunumu zorunlu olmaktadır. Anayasanın özellikle sosyal haklara ilişkin düzenlemelerinde pek çok faaliyet devletin kamusal işlevleri arasında sayılmıştır. Zira bir kamu örgütüne anayasa ve yasalarla yüklenen görevler kamu hizmetini oluşturur.²⁸³ Devletin tüm teşkilatı kamu hizmetleri sunmak üzere örgütlenmiştir.²⁸⁴

Sonuç olarak devletin görevi, anayasal yükümlülüklerin gereği olarak kamu hizmeti sunmaktır. Ancak devletin pozitif yükümlülüğünde olan kamu hizmeti sunma görevi bazen doğrudan devlet tarafından değil de devletin gözetim ve denetim yükümlülüğünde gerçekleşir.²⁸⁵ Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, devlet ya da diğer

²⁸² Bkz. AYM, 1973/32 E, 1974/11 K, K.T. 26.03.1973, R.G. 21.6.1974/14922; AYM, 1994/43 E, 1994/42-2 K, K.T. 09.12.1994, R.G. 24.01.1995/22181.

²⁸³ Bkz. KARAHANOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 67.

²⁸⁴ KARAHANOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 5.

²⁸⁵ KARAHANOĞULLARI’na göre “*Genelde, saf kamusal malların hem devletin sorumluluğunda hem de devletçe fiilen yerine getirileceği kabul edilir. Saf kamusal malların devletçe kamu hizmeti olarak yerine getirilmesi bir zorunluluktur. Ancak yarı kamusal hizmetlerin, “özel firmalara sipariş edilebileceği ve sonra da firmaların sağladığı hizmetin kamu kesimince topluma bir kamusal hizmet*

kamu tüzel kişileri ya da bunların gözetim ve denetimi altında yapılan faaliyetleri kamu hizmeti olarak kabul etmiştir.²⁸⁶

İster teknik ve dar anlamda “organik” kamu hizmeti, isterse “maddi”, “virtüel” ya da “işlevsel” nitelikte, yani kamu hizmeti olma istidadı gösteren bir faaliyet olsun hepsi de **kamu hizmetinin genel** ilkelerine uygun bir biçimde yürütülmek zorundadır.²⁸⁷ Kamu hizmetleri, bir bütün olarak her aşamada bir takım ilkelere dayalı olarak yürütülür. Bu ilkelere uygun yürütülmeyen bir faaliyet gereği gibi ifa edilmediğinde hukuka aykırı ifa edilmiş olacaktır. Bu ilkeler yargı kararları²⁸⁸ ve öğretide benimsenen, üzerinde uzlaşılan ilkelere. Bu ilkeler; süreklilik-devamlılık-bedelsizlik-değişkenlik-uyarlama ve eşitlik ilkesi olarak kabul görmektedir. Bu çalışmada, kamu hizmeti ilkelerinden olan eşitlik ilkesi; yasa önünde eşitlik, ayrımcılık yasağı, sosyal eşitlik-fırsat eşitliği, pozitif ayrımcılık ve tarafsızlık ilkesi ile eşitlik ilkesini destekleyen diğer ilke ve kavramlarla işlenmeye çalışılacaktır.

B. Kamu Hizmeti İlkesi Olarak Eşitlik

Kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesi; kamu hizmetinin örgütlenmesi-kurulması, kamu hizmetine girmede ve kamu hizmetinin yürütülmesinde ve kamu hizmetinden yararlanma anlamında eşitliktir. Zira eşitlik ilkesinin kamu hizmetinin kullanıcı adayları, kullanıcıları, personeli, hizmet ve mal sağlayıcı gibi diğer kişiler bakımından yol açtığı sonuçlar vardır.²⁸⁹

olarak sunulabileceği kabul edilmektedir. Bu gibi hallerde, üretilen şeyin kamusal hizmet olmasına karşılık üretim özel mülkiyet altında gerçekleşmektedir. Kamu hizmetlerinin özel kesimler tarafından üretilmesi, idare hukukundaki ruhsat, imtiyaz ve türev yöntemler aracılığı ile gerçekleşir. Ayrıca kamu ihaleleri de kamu hizmetine bağlı mal ve hizmet araçlarının özel kesimden karşılanmasında kullanılmaktadır.” bkz. KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 13- ve 52.

²⁸⁶ AYM, 1994/43 E, 1994/42-2 K, K.T. 09.12.1994, R.G. 24.01.1995/22181; D.1.D. 2000/29 E, 2000/59 K, K.T. 31.12.2010, DBB.

²⁸⁷ KARAHANOGULLARI’na göre bu ilkelere uyulmaması durumunda, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da onların gözetim ve denetimi altında, özel kişiler tarafından, kamusal ihtiyaçları karşılamak amacıyla yürütülen bir faaliyet, kamu hizmeti olmaktan çıkmayacaktır. Bkz. KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s.188.

²⁸⁸ AYM, 1994/43 E, 1994/42-2 K, K.T. 09.12.1994, R.G. 24.01.1995/22181, D.8.D. 1996/1687 E, 1997/3669 K, DD, S. 96, s. 388; D.11.D. 1997/4855 E, 1997/1704 K, DD, S. 28-29, s. 604; D.8.D. 1994/5437 E, 1995/4391 K, DD, S. 91, s. 790; D.9.D. 1989/486 E, 1990/3638 K, DD, S. 82-83, s. 736.

²⁸⁹ GÖZLER, İdare Hukuku, C. 2, s. 309.

İdare hukukunda toplum için yaşayan bireyler ve topluluklar ile kamu yönetiminde yer alan kuruluş ve görevliler arasındaki ilişki hiçbir zaman “idare edenler” ve “idare edilenler” şeklinde değil de, üstlendikleri görevi yerine getiren ve bunun gerektirdiği yetkileri kullananlar ile idarenin girdiği etkinlikler ve sunduğu hizmetlerden “yararlananlar” olarak anlaşılmak gerekir. Bu yararlanma olgusunun da tam bir eşitlik içinde gerçekleştirilmesi zorunlu olduğundan, hem hizmetin o ortak ve genel ihtiyacı duyan herkese eşit biçimde sunulması, hem de hizmetten herkesin eşit biçimde yararlandırılması gerekir.²⁹⁰ Anayasa Mahkemesi’ne göre “*kamu hizmetinde eşit davranış eşit yararlanma temel ilkedir.*”²⁹¹ Danıştay’a göre “*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.*”²⁹²

Hizmetin kurulmasından sunulmasına kadar gözetilmesi gereken bu ilke Anayasa’nın “kanun önünde eşitlik” kenar başlığını taşıyan 10. maddesinin anladığı ve öngördüğü içeriktedir.²⁹³ İdare kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı durumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak durumundadır.²⁹⁴ Diğer bir ifade ile kamu hizmetlerinden kimlerin hangi koşullarda yararlanacağı önceden objektif düzenlemelerle belirlenir ve bu kapsama giren herkesin aynı koşullarda bu hizmetlerden faydalanması sağlanır.²⁹⁵ Bu durumda farklı toplum kesimlerinin bazı hizmetlerden öncelikli ve farklı şekillerde yararlanması da mümkün olabilir. Kamu, toplum ihtiyaçlarının karşılanması

²⁹⁰ ÖZAY, *Günüşğinde Yönetim*, s. 247.

²⁹¹ AYM, 1987/3 E, 1987/13 K, K.T. 22.05.1987, R.G. 18.09.1987/19578.

²⁹² D.10.D. 1996/993 E, 1999/3627 K, K.T. 23.06.1999, DD, Y. 2000, S. 102, s. 679.

²⁹³ ÖZAY, *Günüşğinde Yönetim*, s. 247.

²⁹⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 596.

²⁹⁵ YILDIRIM/YASİN/KARAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s. 652

faaliyetlerini içerdikleri için kimlere, hangi topluluk veya topluluklara hitap ediyorlarsa, bunlar arasında ayırım yapılmaksızın bütün ilgili kişilere edim sunar.²⁹⁶

Kamu hizmetlerine ilişkin bedelin belirlenmesi, hizmetten kimlerin faydalanacağı, kamu hizmetinden faydalanmada öncelik sağlanacak kişilerin belirlenmesi, hizmetin verileceği mekânın seçimi, hizmete erişim olanakları, eşitlik ilkesine uygunluk açısından dikkate alınması gereken hususlardır. Eşitlik ilkesinin gereği olarak devlet ihtiyacı olan herkese uygun hizmet kurmak, hizmeti dengeli bir şekilde dağıtmakla yükümlüdür. Hizmetin ülke coğrafyasının her yerinden erişilebilir olması, eşitlik ilkesinin en basit sonuçlarından biridir. Örneğin eğitim, sağlık gibi kamu hizmetlerinin yürütüldüğü kurumların kurulmasına karar verirken bölgeler, iller arasında adil-dengeli, ihtiyaçları dikkate alan bir planlama yapılmalıdır.

Bu durumda, aynı hukuki statüde olan herkesin sunulan hizmetten eşit şekilde yararlanması gerekir. Kamu hizmetlerinden yararlanmada söz konusu olan eşitlik “matematiksel” bir eşitlik anlayışı olmayıp, kişilerin içinde bulundukları durumun özelliklerini dikkate alan eşitlik anlayışıdır. Ancak, bu farklılaştırma kamu yükleri önünde eşitlik ilkesini zedelememelidir.²⁹⁷ Örneğin bazı kamu hizmetlerinin sunulmasında kadınlara, çocuklara, yaşlılara öncelik tanıyan düzenlemeler ve uygulamalar eşitlik ilkesine aykırı değildir. 2010 Anayasa değişikliği ile Anayasa’nın 10. maddesine eklenen fıkralar ile toplumun belli kesimlerine yönelik “**pozitif ayrımcılık**” sayılabilecek düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda, devletin kadın erkek eşitliğinin yaşama geçirilmesi için alınan tedbirlerin; çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı kabul edilmiştir.

İdare, kamu hizmetlerinin içeriğini belirlerken, kamu hizmetlerini yürütürken cinsiyete, kimliğe, statüye vb. unsurları gözетerek özel kamu hizmeti tahsis etmesi de eşitliğe aykırıdır. Kamu hizmetini yürütmekle görevli idareler, hizmetin içeriğini belirlerken bazı gruplara ayrıcalık tanıyamaz ve kamu hizmetinin sunulmasında bu gruplara kolaylık tanıyamaz; meğerki bu gruplar anayasa da belirtilen ve pozitif ayrımcılık yapılmasının anayasaya aykırı görülmediği bir gruba dahil olsun. Kanun

²⁹⁶ YAYLA, İdare Hukuku, s. 76.

²⁹⁷ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 596.

önünde eşitlik ilkesi uyarınca, kimliği, unvanı, görev, yetki ve sorumluluğu, gördükleri hizmetin özellikleri ve ayrıntıları aynı veya benzer olan kişilere aynı kuralların uygulanması gerekir.²⁹⁸

Kimi durumlarda aynı koşullara sahip olanların sayısı, kamu hizmetinin sunduğu olanakları aşabilir. Bu durumda idare/yasama kullanıcı adaylarını sınırlama yoluna gidebilir. Kamu hizmetinden yararlanmak-kamu hizmetine girmek için yarışma sınavıyla ya da objektif kriterlere göre bir eleme yöntemiyle kullanıcı adayları arasında bir seçim yapma yoluna gidilebilir. Bu durumda aynı konumda olanlar arasında eşitler arasında bir seçim yapılmak zorunda kalınır. Ancak Anayasa'da sayılan din dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç din ve mezhep ve benzeri unsurlar farklılık etmeni sayılmayacaktır.²⁹⁹

C. Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesine İlişkin Temel İlke ve Esaslar

Kamu hizmetleri, bir takım temel ilkelere dayalı olarak sunulur. Devletin her günkü görünümü olan idare,³⁰⁰ devletin temel ilkelerine³⁰¹ bağlı olarak başat görevi olan kamu hizmetini kurarken, yürütürken ve hizmetin işleyişine dair idari işlem ve düzenlemeler yaparken bu ilkelere uygun davranmak zorundadır. Bu nedenle idare hukukunda-kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesi ile bağlantılı başlıca ilkelere, kavramlara değinilmesi gerekmektedir. Sayılan ilkeler aynı zamanda idare hukukunun temel ilkeleridir.

1. Hukuk Devleti İlkesi

Yönetimin hukuka bağlılığının temel dayanağını oluşturan **hukuk devleti**³⁰² anlayışında, devlet yalnız hukuku koyan bir varlık değil, koyduğu hukuka da bağlı olan bir varlıktır.³⁰³ Devlet her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmakla zorunludur. Ancak daha önemlisi kurulan bu hukuk düzeninin uygulayıcılarının hukuka saygısı

²⁹⁸ BEREKET, s. 40.

²⁹⁹ KARAHANOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 217-218.

³⁰⁰ DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 1.

³⁰¹ Bu ilkelerin bir kısmı 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde açıkça sayılmıştır: "...demokratik, laik, sosyal bir hukuk devletidir."

³⁰² D.1.D. 1988/336 E, 1988/355 K, K.T. 19.12.1988, DD. Y. 1989, S. 74-75.

³⁰³ Hukuk devleti anlayışı ve maddi-biçimsel hukuk devleti ayrımı hakkında geniş bilgi için bkz. Mithat SANCAR, Hukuk Devletin Genel Teorisi, Dipnot Yay., Ankara, 2006, s. 61-100.

ve bağılılığıdır. Vatandaşlarına hukuk güvenliğini sağlayan devlet³⁰⁴ demek olan hukuk devleti³⁰⁵ anlayışının gerektirdiği ilkelerden olan eşitlik ve tarafsızlık, yönetsel davranışlarda **objektiflik, güven, istikrar ve adalet** sağlamaya hizmet eder. Hukuk devleti ve anayasal ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesi kamu hizmetlerinde uluslararası antlaşmalara, anayasal ilke ve esaslara, hukukun genel ilkelerine uygun davranmayı gerektirir.³⁰⁶ Bu nedenledir ki hukuk devleti anlayışı ile hareket etmesi gereken idare, tüm eylem ve işlemleri-kamusal görevleri yerine getirirken (kamu hizmeti gibi) hukuka uygun davranmakla yükümlüdür.

Gerek Anayasa Mahkemesi kanunların eşitliğe uygunluğunu denetlerken ve gerek Danıştay işlem ve uygulamaların eşitlik denetimini yaparken eşitlik ilkesini bir anayasa ilkesi olarak yorumlamasını, mahkemenin hukuk devleti konusundaki yaklaşımının bir sonucu olarak görmek olanaklıdır.³⁰⁷ Mahkeme eşitlik ilkesine aykırılığın aynı zamanda **hukuk devleti** ilkesine de aykırılık oluşturduğunu kabul etmektedir.³⁰⁸ Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesini tüm hukuk sistemine egemen bir ilke ve bağımsız bir anayasa hükmü olmanın yanında, hukuk devleti olmanın bir gereği ve hukukun temel ilkelerinden biri olarak görmüştür: “**Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine Anayasanın 10. maddesinde yer verilmiştir. ...Eşitlik temeline dayanan adil bir hukuk düzeni kurmak, hukuk devletinin en önemli işlevlerinden biri olduğundan hukuksal eşitlik sağlanmadan hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmeyeceği açıktır.**³⁰⁹ Danıştay da idarenin tüm işlem ve eylemlerinde eşitliği mutlak şekilde uygulamasını hukuk devletinin bir gereği olarak görmüştür:“...**Hukuk Devletinde hukuk düzeni karşısında eşitlik teşkil eden her**

³⁰⁴ Mümtaz SOYSAL, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul, 1986, s. 243.

³⁰⁵ D.1.D. 1982/143 E, 1982/146 K, K.T. 07.07.1982, DD. Y. 1982, S. 46-47.

³⁰⁶ Bkz. D.8.D. 2010/8496 E, 2011/K, K.T. 12.01.2011, <http://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>.

³⁰⁷ ÖDEN, s. 146.

³⁰⁸ Bkz. TANÖR, Osmanlı–Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 127.

³⁰⁹ AYM, 1999/39 E, 2000/23 K, K.T. 19.09.2000, R.G. 12.10.2000/24198; Aynı yöndeki kararlar için bkz. AYM, 1998/58 E, 1999/19 K, K.T. 27.05.1999 R.G. 04.03.2000/23983; 1999/42 E, 2001/41 K, K.T. 23.02.2001, R.G. 23.11.2001/24592; 1991/34 E, 1991/34 K, K.T. 08.10.1991, R.G. 12.12.1991/21079; 1991/15 E, 1991/22 K, K.T. 19.07.1991, R.G. 31.07.1991/20946.

kaidenin hangi makam tarafından oluşturulmuş olursa olsun eşit ve mutlak şekilde uygulanması gerektiği esasına aykırılık teşkil eder.”³¹⁰

Eşitliğin sağlanmasının önemli etkenlerinden biri de hukuk devletinin benimsediği ilkelerden biri olan **demokratik devlet** ilkesidir.³¹¹ İdeal bir demokratik sistemde, halkın isteklerini tam olarak karşılayan bir yönetim vardır. Bu yönetim halkın tercihleri doğrultusunda oluşur ve halkın tercihlerine bağlı olarak etkinlikte bulunur. Klasik demokratik değerler içerisinde yer alan halk egemenliği, özgürlük ve eşitlik gibi kavramlar demokrasinin temel değerleridir. Eşitlik ilkesi, demokratik toplumun meşruluk olanakları ve hukuksallık niteliği ile yakından ilgilidir. Özel erdemler ve özel kimlikler, demokraside kamuyu bağlamaz. Bu niteliklerin kamusallaşması ve meşrulaştırılması, demokraside kendine yer bulamaz. Bu yüzden demokratik yurttaşlığın temelinde de yasalar önünde eşitlik vardır. Bu ilke, demokrasiyi yönetim biçimi olarak benimsemiş birçok ülkede anayasal bir kurum olarak somutlaşmıştır. Demokratik yurttaşlıkta, etnik köken, cinsiyet, felsefi yaklaşım, inançlar ayırıcı nitelikler değildir; yurttaş her haliyle, yasalar önünde eşit davranılmaya hak kazanmış bireydir.³¹² Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti, eşitlik ve demokrasi arasındaki ilişkiyi şöyle ifade etmektedir: “*Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü temeli üzerine oturur. Yasa önünde eşitlik bu temelde vazgeçilmesi olanağı bulunmayan bir ilkedir. Böyle bir ilke her türlü ayrıcalığı reddeder. Eşitlik ilkesi, demokratik rejimde en önemli ilkelerden biridir. Çünkü gerçek demokrasilerde ikinci sınıf vatandaş olamaz.*”³¹³ Başlangıç bölümündeki “**demokratik hukuk devleti**” tamlaması da bu dayanağı pekiştirmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin de belirttiği gibi hukuk devleti insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan devlettir.³¹⁴ O halde hukuk devleti, insan haklarına bağlı olma ödevi altındadır. İdarenin kamu faaliyetleri sırasında temel hak ve

³¹⁰ D.12.D. 1974/186 E, 1974/2291 K, K.T. 14.10.1974, <http://www.hukukturk.com/>

³¹¹ Hukuk devleti ile demokrasinin eşitlik ilkesi açısından bağdaşmazlık görüşü için bkz. SANCAR, Hukuk Devletin Genel Teorisi, s. 130.

³¹² Ayşe KADIOĞLU, “Kamusal Alan ile Özel Alanın Yeniden Eklemlenmesi: Demokratik Yurttaşlık”, Türk Demokrasi Vakfı, Diyalog Dergisi, Türk Demokrasi Vakfı Yay., Ankara, 1996, s. 129-131.

³¹³ AYM, 1992/40 E, 1992/55 K, K.T. 31.12.1992, R.G. 24.04.1993/21561.

³¹⁴ AYM, 1996/74 E, 1998/45 K, K.T. 01.07.1998, R.G. 04.03.2000/23983.

özgürlüklere saygı duyması hatta onları koruması gerekmektedir. Örneğin idare, bir kamu hizmetini yerine getirirken insanın kişiliğine bağlı devredilemez ve dokunulamaz, vazgeçilemez hak ve özgürlükleri, Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlamaları da dikkate alarak hizmet sunmak yükümlülüğündedir. Kamu hizmetlerinde insan haklarına saygı, eşitliğin yerine getirilmesinde temel ölçütlerden biridir. Bu ilke ayrıca insana tanınan diğer hakların varlığına saygıyı da gerekli kılmaktadır.

İdare, kamusal görevleri yerine getirirken, demokrasinin “birey” boyutu çerçevesinde, kişilerin hak ve özgürlüklerine uygun davranmak; idarenin görevleri ve kamu yararı ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında bir denge kurmak durumundadır. Bu zorunluluk esasen, kolluk yetkilerinin kullanılması açısından gündeme gelmekte ise de, idare sahip olduğu yetki ve ayrıcalıklarla, kamu hizmetlerini yürütürken bu ilkeyi göz önüne almalıdır.³¹⁵ Nitekim Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Ortaokul ve Ortaöğretim Kurumları Disiplin Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre; okuldan sürekli uzaklaştırma cezası ile cezalandırılan öğrencinin hiçbir okula devam edemeyeceğine ilişkin kuralın iptali istemiyle açılan davada “*..Bütün bu yasa kuralları çerçevesinde davacı hakkında uygulanan Disiplin Yönetmeliğindeki ceza kuralının sonuçta Anayasa ile ilgili yasa kurallarına ve **hak ve adalet ilkelerine ters düştüğü**, bu kurallarla getirilen ve kişilere tanınan **temel hakların** işlerliğine engel teşkil ettiği anlaşılmaktadır.*”³¹⁶ gerekçesiyle dava konusu düzenlemenin iptaline karar veren Danıştay, temel hakların işlerliğine müdahale eden kamu hizmetine ilişkin bir düzenleme veya uygulamanın hukuka aykırı olduğunu kabul etmiştir.

2. Sosyal Devlet İlkesi

“Bütün insanlar eşittir önermesi” bütün insanların onur ve değer bakımından eşit oldukları kabulü ile anlam kazanır. Hukuki eşitliğin temelinde ahlaki bir ilke olan “insan onuru bakımından eşitlik” düşüncesi yatar.³¹⁷ Nitekim bireyin egemenliğinin sahibi olarak hak ve onur açısından eşit olması zamanla hukuk

³¹⁵ ATASAYAN, s. 29.

³¹⁶ D.8.D. 1988/460 E, 1989/1011 K, K.T. 11.12.1989, <http://www.corpus.com.tr/#l/Danistay>

³¹⁷ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, s. 15.

devletini ve insan onurunu ayrımsız tüm insanlar için gerçekleştirme yönüne itmiştir.³¹⁸ Eşitlik ve ayırım yapmama ilkeleri insanların “insanlık sıfat ve onurunda eşitliği” ilkesinden kaynak alan bir değer yargısıdır.³¹⁹ Devletin eşitliğin sağlama yönündeki pozitif yükümlülüğü insan onuruna ve değerine, korunmasına hizmet edecek imkânları sağlayarak toplumdaki gelir eşitsizliğini, kaynakların adil dağılımını sağlama yönünde müdahale etmesi ile mümkün olabilir. Bu müdahalenin adı modern devletlerde (yasa önünde) eşitlik değil, sosyal devlettir.

Anayasa’nın Başlangıç hükümlerinde “... bu Anayasa, (...); (parag. 1) *“Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;”* (parag. 6) (...)”³²⁰ denilerek eşitliğin sosyal adalet ilkesi ve insan onuruna hizmet etmekle sağlanacağı belirtilmektedir. Ayrıca Anayasa’nın 2. maddesi sosyal devlet ilkesini, devletin nitelikleri arasında sayarak devleti bu ilkenin gereklerine uygun davranma borcu altına sokmaktadır. Anayasa’nın 5. maddesi bu ilkenin gereklerini yerine getirmeyi devletin temel amaç ve görevleri arasında görmekte ve bu görevleri şu şekilde sıralamaktadır: “...demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” Anayasa Mahkemesi de devletin bu ilke uyarınca bireyin doğuştan sahip olduğu onurlu bir yaşam sürdürme, maddî ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisinin kullanılmasına olanak sağlamakla yükümlü olduğunu belirterek sosyal devletin temel amaç ve görevlerini, “sosyal adaletin,

³¹⁸ Mustafa KUTLU, Hukuk Devletinde Yargı ve Yargıç Meşruiyeti, YKD. C. 29, 2003, s. 230.

³¹⁹ ÖDEN, s. 23.

³²⁰ Anayasa metninin Başlangıçta yer alan “temel ilkeleri” de kapsadığı açıktır. Başlangıçtaki düzenlemenin anayasal konumu, “norm değeri” bulunan bir ilke niteliği taşıyıp taşımadığı yönünden değerlendirilmesi konusunda, önce Anayasa’daki pozitif kuralları anımsamak gerekiyor. Bu bağlamda, 1982 Anayasası’nın “Cumhuriyetin nitelikleri” kenar başlıklı 2. maddesinde, “*Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan*” denilerek, Başlangıçtaki “temel” ilkelerin de Cumhuriyetin bu maddede sıralanan “değiştirilemez” niteliklerine eklendiği; 176. maddede ise, 1961’de olduğu gibi, “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmının, *Anayasa metnine dâhil*” edildiği anımsanmalıdır.

sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanması”,³²¹ “*güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlaması*”³²² olarak görmüştür.

Sosyal devletin eşitlik anlayışı, kişilerin içinde doğdukları sosyo-ekonomik farklılıklardan kaynaklanan eşitsizliğin, göreceli bir kavram olan fırsat eşitliği kavramıyla dengelenmesi, bireylerin maddi manevi varlıklarını geliştirmek için hiç değilse asgari önkoşullara sahip olmalarının sağlanmasıdır.³²³ **Fırsat eşitliğinden kastedilen** gerek cinsel gerek etnik gerekse ekonomik kimlik ve sınıflar bakımından kişilerin başlangıç durumlarının eşit olmadığı bu eşitsizliğin giderilmesine imkân tanınmasıdır. Bu noktada idare başta eğitim olmak üzere, eşitlikten yararlanmayı sağlayacak araçlara şartlara sahip olmalıdır. Sosyal devlet sisteminde insanlar arasında yalnızca yasa önünde eşitlik değil, fakat şans ve olanak eşitliği getirilmek, kişi, içinde bulunduğu sosyal ekonomik ortamın, kötü şansının etkisinden kurtarılmak istenmektedir. Sosyal devlette kişiler arasında sosyal ekonomik durum ve faaliyetlerden doğan ayrıcalıkların ortadan kaldırılması çabasına girilir.³²⁴ Sosyal devlet ilkesi, “yurttaşların sosyal durumlarıyla, refahları ile ilgilenen, onlara asgari bir yaşam düzeyi sağlamayı ödev bilen”³²⁵ ve devletin bu konudaki pozitif yükümlülüklerinin varlığı ile desteklenen (Anayasa ve yasalarca) bir ilke olarak eşitliğin toplumsal yanına ilişkindir.

³²¹ AYM, 1986/6 E, 1989/42 K, K.T. 07.11.1989, R.G. 05.06.1986/19128.

³²² AYM, 1972/16 E, 1972/49 K, K.T. 17.10.1972, R.G. 12.01.1973/14419; AYM, 1990/28 E, 1991/11K, K.T. 02.05.1991, R.G. 16.10.1991/221023; 1988/19 E, 1988/33 K, K.T. 26.10.1998, R.G. 11.12.1988/20016; AYM, 1987/16 E, 1988/8 K, K.T. 19.04.1988, R.G. 23.08.1988/19908; 1990/27 E, 1990/2 K, K.T. 17.01.1991, 19.08.1991/20965. Başka bir kararında da Mahkeme sosyal devleti “*hukuk devletini belirleyen ilkelere koşut olarak, insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, kişinin huzur ve refahını gerçekleştiren ve bunları güvence altına alan, kişi ile toplum yararları arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli biçimde düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlilik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması, çalışması ve kendisini geliştirmesi için sosyal, ekonomik ve mali önlemler alarak adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeyi amaç edinen devlettir*” şeklinde tanımlamıştır. AYM, 1995/15 E, 1995/55 K, K.T. 05.10.1995, R.G. 18.02.2000/23968.

³²³ SABUNCU, s. 153.

³²⁴ Ayferi GÖZE, Sosyal Devlet Sistemi, İÜHF Yay., İstanbul, 1976, s. 126-127.

³²⁵ İsmet GİRİTLİ/Jale SARMAŞIK, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku), B. 2, Beta Yay., İstanbul, 2001, s. 113.

3. Bedelsizlik İlkesi

İdarenin tüm faaliyetlerine egemen olan eşitlik ilkesinin tarafsızlık ve meccanilik gibi ilkelere de kaynaklık ettiği kabul edilmektedir.³²⁶ Ancak günümüzde hiçbir kamu hizmeti bedelsiz olarak sunulmamaktadır. Zira parasız olarak sunulan eğitim, kolluk³²⁷ gibi kamu hizmetleri dahi dolaylı olarak vergi ödeyenler tarafından üstlenilmektedir.³²⁸

Doğrudan “para” karşılığı sunulan kamu hizmetlerinde maliyeti aşan nitelikte “bedel”, Anayasa Mahkemesi’nin kabul ettiği şekilde “fiyat”,³²⁹ kamu hizmetinden yararlanmasının bir koşulu haline gelmiştir. Anayasa Mahkemesi,³³⁰ birçok kararında kamu hizmetlerinin sosyal devlet ilkesine rağmen bedelsiz olarak sunulamayacağını belirtmiştir. Mahkeme, sağlık hizmetlerinin bir kamu hizmeti olmakla birlikte, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, parasız yerine getirilmesi anlayışının günümüzde önemini yitirdiğini, bu hizmetten faydalananlardan belli bir ücretin alınabileceğini, bu hizmeti veren kurumların **kâr** amacı güdebileceğini belirtmiştir.³³¹ Hatta kamu hizmetlerinden yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınması suretiyle “...hizmetten yararlananlar ile yararlanmayanlar arasında eşitsizliğin giderilmiş olacağını” yani kamu hizmetinin bedelli olmasının eşitliği sağladığını belirtmektedir. Başka bir kararında ise Mahkeme, İstanbul belediyesinin atık su bedeli alınması yönündeki kuralı “ *büyükşehirlerdeki yaşam, kimi külfetlere katlanmayı zorunlu kıldığı gibi, büyük kentte bulunmanın yararlarını da sağlar.*” gerekçesiyle eşitliğe aykırı bulmamıştır.³³²

³²⁶ İl Han ÖZAY, “Başlar mısın, Başlayalım mı?” AÜSBF Dergisi, C. 49, S. 3-4, 1994, s. 355.

³²⁷ “...sözgelimi karakola işi düşen bir kişiden kolluk hizmeti karşılığı olarak bir para istenmesi hiçbir zaman söz konusu olamaz”. Bkz. AYM, 1973/32 E, 1974/11 K, K.T. 26.03.1973, R.G. 21.06.1974/14922.

³²⁸ Bkz. KARAHANOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 228.

³²⁹ Anayasa Mahkemesi’ne göre, karayollarından ve köprülerden alınan geçiş paraları, kimi hastane ücretleri, kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim ve harç niteliğinde olmayıp, ekonomik koşullara göre oluşturulan ve hizmetin tesislerinin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen fiyattır. Bkz. AYM, 1984/9 E, 1985/4 K, K.T. 26.06.1985, AYMKD, S. 21, s. 60.

³³⁰ AYM, 1984/9 E, 1985/4 K, K.T. 18.02.1985, R.G. 26.06.1985/18793.

³³¹ AYM, 1988/16 E, 1988/8 K, K.T. 19.04.1988, R.G. 26.12.1988/20031.

³³² AYM, 1990/18 E, 1991/4 K, K.T. 14.12.1991, R.G. 08.04.1991/20865.

Bir takım kamu hizmetlerinden ücret alınması kabul edilmekte ise de ilgililere yansıtılacak olan parasal yükün (ücretin) hizmetten yararlananlar arasında eşitsizliğe ve haksızlığa yol açmayacak ve herkesin yararlanabileceği şekilde adil ve dengeli olması aranır. İdarenin, yürüttüğü kamu hizmetlerinin parasız olamayacağı kabul edilse bile sosyal devletin bir gereği olarak idarenin kamu hizmetinden bir kazanç elde etmesi düşünülemez. *Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik*'in 1. maddesinde, kamu hizmetini sunanların ve sunulan kamu hizmetlerinin düşük maliyetli bir şekilde yerine getirilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Kamu hizmetlerinde bedel ilkesine aykırılık oluşturacak şekilde (düşük maliyetli bir şekilde yerine getirilme kuralı) belirlenecek fiyat/bedel, maddi gücü yetersiz kişiler açısından eşitlik ilkesini sosyal adalet temelinde ihlal eden bir uygulama olur.

4. Kamu Yararı İlkesi

İdarenin bütün işlem ve eylemleri kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesidir. Bu faaliyetlerin nihai amacı ise kamu yararadır. Kamu hizmetinin sunulmasında kamu yararı olduğu kadar kamu hizmetine hâkim ilkelere uygun sunulması da kamu yararı gereğidir. İdarenin bütün işlem ve eylemleri kamu yararı amacına özgülenmiştir. Kamu yararı yönetim hukukunun her alanında işlevsel bir kavramdır. Yönetimsel yargıda yerleşik anlayışa göre, idari işlemin amacı kamu yararadır.³³³ Kamu hizmetinin gereklerine uygun davranma Anayasa Mahkemesi'ne göre kamu yararı gereğidir.³³⁴

Kamu yararı, çok sayıda idare hukuku kurumunu ve ilkeyi içinde barındırmaktadır. Bunlardan biri de eşitlik ilkesidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kamu yararını “ *yalnızca özel çıkarlar için veya belli partilerin ya da kişilerin yararına olmama*” şeklinde yorumlamakta ve kamu yararı kavramının eşitlik ilkesi ile ilişkisini ortaya koymaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, “...*Yasalar, sonuçta kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla çıkarılır. Bir yasa kuralının konulmasında kamu yararının bulunduğu kabulü için de yasanın yalnızca özel çıkar veya belli kişilere yarar sağlamayı değil, toplumun geneline yönelik yararlar sağlamayı*

³³³ Bkz. Tekin AKILLIOĞLU, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, İHİD, C. 9, S. 1-3, 1988, s. 13.

³³⁴ AYM, 1976/38 E, 1976/46 K, K.T. 12.10.1976, R.G. 20.01.1977/15825.

amaçlaması gerekir.”³³⁵ Kamu yararı, yasaların ve idari işlemler bakımından da eşitliği sağlamaya yönelik bir denetim aracıdır. Anayasa Mahkemesi’ne göre “ yasalar birer hukuki tasarruf olduklarından, diğer tasarruflar gibi yetki, usul, sebep, konu ve maksat unsurlarını ihtiva ederler. Maksat unsuru yönünden yasanın devletin Anayasası ile belirlenmiş şekline ve amacına; Anayasa da yer alan ilkelere ve üstün hukuk kurallarına aykırı bir amaç izlememeleri gerekir.”³³⁶

Danıştay da idarenin takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlandırıldığına dikkat çekerek idari işlemlerin adil, hakkaniyetli ve nesnel bir şekilde sunulmasında kamu yararı gördüğünü kararlarında sıkça dile getirmektedir.³³⁷ Eşitlik ilkesine aykırı idari işlem, düzenleme ve eylemler başka hiçbir haklı neden yoksa kamu yararına da aykırıdır. İdarenin kişisel amaç gütmesi, üçüncü kişileri koruma amacı ve siyasi amaç gütmesi eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi, işlem-düzenlemenin amaç unsurunu sakatlar ve kamu yararına aykırı olur. Kamu hizmeti yararlanmada beklenen kamu yararı amaçlarından birisi de toplum ihtiyaçlarının düzenli, tarafsız, eşit bir şekilde sunulmasıdır. Hukuk devleti olmanın gereği, idarelerin tesis ettikleri bireysel ya da düzenleyici işlemlerin hukuken geçerli ve objektif bir sebebe dayanmasıdır. İdarelerce tesis edilen işlemlerin hukukun belirlediği sınırlar ve eşitlik kuralı gözetilerek; kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygun şekilde objektif, makul ve geçerli neden ve gerekçelere dayalı olarak tesis edilmesi gerekir.³³⁸

5. Genellik ve Tarafsızlık İlkesi

Genellik, eşitlik ilkesinin zorunlu bir koşuludur. En dar anlamında kanun önünde eşitlik, bireysel emirler yerine herkesin genel nitelikteki kurallara, kanunlara eşit olarak bulunmasını, yani genel nitelikteki kanunlarla eşit olarak korunmasını buyurmaktadır. Genel kurallar, işlemleri ve kişileri belirli nitelikleri ile tanımlar ve hak ve/veya ödev ilişkileri kurarlar. Böylece kurallar, belirli bir yararın veya

³³⁵ AYM, 2003/36 E, 2003/91 K, K.T. 15.10.2003, R.G. 14.04.2005/25786.

³³⁶ D.5.D. 1994/2507 E, 1995/yok, K.T. 26.01.1995, DD, 1996, S. 90, s. 597-600.

³³⁷ D.8.D. 2009/6617 E, YDK., K.T. 25.12.2009; DBB, http://www.danistay.gov.tr/e2009_6617.htm aynı yönde bkz. D.10.D. 1985/1885 E, 1986/2093 K, K.T. 18.11.1986, DD, Y. 17-1987, S.60-67, s. 425; D.11.D. 2007/1947 E, 2009/1861 K, K.T. 23.02.2009, <http://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>; D.5.D.1976/1613 E, 1979/1146 K, K.T. 09.05.1979, DD, Y. 1980, S. 36-37, s. 353.

³³⁸ D.8.D. 2010/8496 E, 2011/yok, K.T. 12.01.2011, <http://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>

yükümlülüğün belirli niteliklere sahip olan kişilere özgülenmesini veya yüklenmesini öngörürler. Her kural belirli yararları veya yükümlülükleri belirli nitelikleri taşıyan herkese aynı şekilde özgülerken, söz konusu niteliklere sahip olmayanlardan da esirger. Başka bir anlatımla, her kural, belirli bir özellik bakımından eşit olanlara aynı veya eşit, eşitsiz olanlara ise farklı veya eşitsiz işlem yapılmasını buyurur.³³⁹ Yasal düzenlemelerin genelliği, hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir ve kanunların bu şekilde düzenlenmiş olması bir bakıma “şekli” olarak eşitlik ilkesine uygun olduğunu göstermektedir.³⁴⁰

Eşitlik ilkesi bir taraftan hukuk kurallarının genel olmasını, diğer taraftan bireylere eşit davranılmasını gerektirmektedir.³⁴¹ Eşitlik ilkesi ile **yansızlık**³⁴² ilkesi arasındaki ayrım, birincisinin hukuk tekniği açısından, ikincisinin ise **siyasal** açıdan söz konusu olmasıdır. Bu ilke, kamu hizmeti görülürken; yan tutarak, yanlı davranarak, eşitlikten ayrılmama anlamına gelir. Yansızlığın amacı, kamu hizmeti alanında bir fikrin ön plana çıkarak diğerlerine karşı eşitliği çiğnemesini engellemektir.³⁴³ Bu açıdan yansızlık ve eşitlik ilkeleri aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak eşitlik ilkesinin bir görünümü olan yansızlık, Fransız literatüründe kimi yazarlarca ayrı bir ilke olarak ele alınmaktadır.³⁴⁴ Burada söz konusu edinilen yansızlık ilkesi, siyasi parti ayrımı gözetmemek, partizanlık yapmamak ve siyasal düşüncelerinden dolayı kamu hizmetinden yararlanan kişiler arasında farklı tutum ve davranış içinde olmamak demektir.³⁴⁵

6. Laiklik İlkesi

Aydınlanmanın bir fikri ve modern devletin -birimi yurttaş olan ve yurttaşların hak eşitliğine dayanan devletin- bir ilkesi olarak laiklik, bir devletin

³³⁹ ÖDEN, s. 39-40.

³⁴⁰ AYM, 1963/124 E, 1963/243 K, K.T. 11.10.1963, R.G. 04.12.1963/11572; 1966/4 E, 1966/25K, K.T. 03.05.1966, R.G. 11.07.1966/12345, R.G. 26.7.1966/12358; 1987/14 E, 1988/1 K, K.T. 05.01.1988, R.G. 23.08.1998/19908; 1978/56 E, 1978/60 K, K.T. 23.11.1978, R.G. 30.03.1979/16594.

³⁴¹ Mustafa ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1997, s. 79.

³⁴² Yansızlığı hukuk felsefesi ve yargısal tutum gerekleri bakımından ahlaksal temeller üzerine kurgulayan ayrıntılı bir makale için bkz. Jollimore TROY, “Impartiality”, bkz. www.plato.stanford.edu.tr.

³⁴³ KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 207.

³⁴⁴ KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 205.

³⁴⁵ GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER/BERK, s. 1031.

örgütlenmesinde, hukukun oluşturulmasında ve işletilmesinde herhangi bir dinin anlayışları ve normları tarafından belirlenmemesi talebini dile getiriyor.³⁴⁶ Bu bakımdan kamu hizmetlerinin örgütlenmesi ve işlenmesinde dinin eşitsizlik unsuru olarak kullanılmaması, kurucu ve belirleyici unsur olmaması yansızlık ilkesinin bir gereğidir. Dinsel konulardaki tarafsızlık “laiklik ilkesi”ni oluşturmaktadır. Bu nedenle laiklik ilkesi kamu hizmetlerinin ayrı bir ilkesi olarak değil eşitlik ilkesinin bir yönü olarak ele alınmalıdır.³⁴⁷ Devlet, hukuk ve toplum ilişkisinde laikliğin anlamı ve işlevi, devlet ve toplumun hukuk önünde eşitliği ve dinsel ve dindışı alanda hukukun eşit geçerliliği sorunu olarak görülmektedir.³⁴⁸

Türk hukuk mevzuatına 1937’de giren laik nitelemesi, 1961 ve 1982 Anayasalarında da Cumhuriyet’in nitelikleri arasında yer almıştır. 1982 Anayasası’nın 2. maddesine göre, ‘*Türkiye Cumhuriyeti demokratik, laik, sosyal bir devlettir.*’³⁴⁹ Laiklik ilkesi Anayasa’nın 2. maddesinde devletin nitelikleri arasında yer almakla kalmamış, pek çok başka Anayasa hükmünün de konusunu oluşturmuştur.³⁵⁰ Anayasa’nın Başlangıç kısmında (2. parag.)“ ..laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, devlet işlerine... kesinlikle karıştırılmayacağı..” belirtilmektedir.

Laiklik birçok değere atıfta bulunmakta ve inançlara karşı **kayıtsızlıkla** çeşitli dinler arasında bir **eşitliği** koruma endişesini karıştıran bir tutumu gerektirmekteyse de bu kavram bazı sorunları, örneğin dinin icrası koşulları veya dinsel eğitim kuruluşları açma gibi sorunları çözümsüz bırakmaktadır.³⁵¹ Devletin laiklik algısı, idarenin eşitlik ve tarafsızlık ilkelerini şekillendirmektedir. Laikliği *yansızlık*,³⁵² yani

³⁴⁶ Yılmaz ALİFENDİOĞLU, “*Laiklik ve Laik Devlet*”, in Laiklik ve Demokrasi (Der. İbrahim Ö. KABOĞLU), İmge Kitabevi, 2001, s. 217.

³⁴⁷ KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 206.

³⁴⁸ İbrahim Ö. KABOĞLU, “*Devlet Hukuk ve Toplum*”, in Laiklik ve Demokrasi, s. 237.

³⁴⁹ 1982 Anayasası; md. 2, md. 10, md. 14, md. 24, md. 68-69, md. 42, md. 81; 1961 Anayasası; md. 12, md. 19, md. 57, md. 153, md. 154.

³⁵⁰ SABUNCU, s. 133.

³⁵¹ Andre G. CABANİS/Michel Louis MARTİN, “*Bir Laiklikten Diğere: Yeni Frankofon Anayasaların Durumu*”, in Laiklik ve Demokrasi, s. 61.

³⁵² Çoğunluğun Hristiyan inancında olmasına karşın bu dinin çok değişik mezheplerine mensup bir nüfusa sahip ABD örneğinde devlet, laikliği din ve inançlar karşısında **tarafsızlık** olarak yorumlamayı yeğlemiştir. ABD’nin laik uygulaması konusunda bkz. İftar B. TARHANLI, “*ABD Yüksek Mahkemesi’nin*

herhangi bir dine ne uzak ne de yakın olmak şeklinde yorumlayan devlete göre, din hizmetinin ve dini içerik taşıyan (örneğin din dersi, ibadethaneler vs.) hiçbir hizmetin devlet tarafından verilmemesi gerekmektedir. Kuşkusuz bu seçim de tarafsızlığa ve eşitliğe uygun sayılabilecek bir uygulamadır. Diğer taraftan hukuk mevzuatında laik nitelmesi yer alan bir devlette, din hizmetleri ancak kolektif gereksinimleri karşılamaya yönelik teknik bir kamu hizmeti bütün dinleri tanıyan ve her dine eşit hizmet götüren bir yapıda örgütlenebilir.³⁵³ Ancak tek bir dinin mensuplarına din hizmetleri sunan devletin laik ve tarafsız olduğunu söylemek güçtür. Laik bir devlet, toplumdaki yaygınlığı ne ölçüde olursa olsun, herhangi bir dine üstünlük ve ayrıcalık tanımaz.³⁵⁴ Laik bir devlette tüm dini inançların ve bu inançların gereklerini yerine getirmenin aynı koruma olanaklarından yararlanması söz konusu olmalıdır. Böylece devlet, herhangi bir dini inancı topluma benimsetme yönünde etkinlikte bulunmayacağı gibi, tüm dinlere karşı eşit bir uygulama içinde bulunur.

Devletin dinsel inançlar karşısındaki yansızlığı laiklik ilkesinin bir gereği olduğu kadar ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin de bir gereğidir. Dini inanç özgürlüğünün hiçbir din, mezhep ya da dini görüş açısından ayırım yapılmaksızın korunması, laikliğin önemli bir yönünü oluşturur. 1982 Anayasası da eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddede de kişiler arasında “din” unsuruna dayalı ayrımcılık yapılmayacağını ifade etmiştir.

Kararları Işığında Din Özgürlüğünün Düzenlenmesi Sorunu, İHİD, C. 9, S. 1-4, 1988, s. 289-311, Anayasasında dinin gereklerini serbestçe yerine getirmeyi engelleyici yasama faaliyetlerinde bulunmasını yasaklayan bir ilkenin yanı sıra bir dinin devletçe düzenlenmesine ilişkin herhangi bir yasama faaliyetine girişilmesini de önleyici nitelikte bulunan ABD’nin laiklik anlayışı, Yüksek Mahkemenin *Lemon-Kurtzman* (403 U.S. 602, (1971))kararında formüle edilmiştir. İhtar GÖZAYDIN, *Diyanet Türkiye Cumhuriyetinde Dinin Tanzimi, İletişim*, B. 1, İstanbul, 2009, s. 244. Yasama ve idarenin amaç unsuru dinsel olmamalıdır, işlemin uygulanmasında din ne olumlu ne de olumsuz bakımdan etkilenmelidir. İşlem dolayısıyla devlet dine aşırı bir ilgi göstermemelidir. Ancak ABD yargı organlarınca dinin kamusal yaşamın dışında tutulması hükmüne karşı sivil toplum kesimlerinin bir kısmının laikliğin bu şekilde yorumlanmasını dinsel özgürlüğün ihlali olarak gördüğü söylenebilir. Bkz. Nancy GIBBS, “America’s Holy War” *Time*, 9 Aralık 1991, s. 54-56. Bkz. <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,974430,00.html> E.T. 10.04.2014

³⁵³ GÖZAYDIN, s. 143.

³⁵⁴ SABUNCU, s. 138.

II. KAMU HİZMETLERİNİN KURULMASI, DÜZENLENMESİ-YÜRÜTÜLMESİ, KALDIRILMASI BAĞLAMINDA EŞİTLİK İLKESİ

A. Kamu Hizmeti Hakkı

Kamu hizmetinin kurulması konusu, kullanıcıların yeni bir kamu hizmetinin kurulmasını veya var olan bir kamu hizmetinin devam etmesini isteme hakkının bulunup bulunmadığı ile de ilgilidir.³⁵⁵ 1982 Anayasası'nın 5. maddesi devletin temel görevlerini sayarken, *“kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya”* çalışmayı da bir görev olarak belirlemiştir. 5. maddenin gerekçesinde, *“devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir”* denilmiştir. Sosyal haklara ilişkin Anayasa'nın devlete yükümlülük yükleyen birçok maddesi de vardır.³⁵⁶

Temel hak ve özgürlüklerin yerine getirilmesi koşullarının sağlanması için de kamu hizmeti sunumu gerçekleşebilir. Örneğin yaşama hakkının korunması için devlet sağlık hakkı, çevre hakkı vb. haklar çerçevesinde kamu hizmetlerini örgütleyebilir. Temel özgürlükler kişi haklarının yasal güvenceleridir; hukuksal geçerliliği olan bir belgede yer almaları, herkesten istenebilmelerini güvence altına alır ve yalnızca bu haklara saygı gösterilmesini sağlamış olmaz. Anayasa'nın temel haklara ilişkin düzenlemeleri devletin hizmet üstlenmesini gerektirir.³⁵⁷ Temel haklardan yararlanmanın bir aracı olarak kamu hizmeti ayrıca sosyal devlet ilkesinin de bir gereğidir. Sosyal devletin en önemli görevlerinden biri de özgürlük ve hakların gerçekleşebilmesi için maddi olanak sağlamaktır.³⁵⁸ Devlet bu yükümlülüğünü Anayasa'daki sosyal devlet ilkesinin varlığı ile destekler. Zira sosyal devlet, kişilere insan haysiyetine yaraşır bir yaşam düzeyi sunmayı, vatandaşların sosyal durumlarını iyileştirmeyi, onları sosyal güvenliğe kavuşturmayı kendine ödev bilen aynı zamanda, temel hak ve özgürlükler sağlamakla görevlidir.

³⁵⁵ KARAHAÑOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 257.

³⁵⁶ Bkz. 1982 Anayasası md. 41, md. 42, md. 49, md. 60.

³⁵⁷ KARAHAÑOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 67.

³⁵⁸ Bkz. Anayasa'nın Devletin Temel Amaç ve Görevleri başlıklı 5. maddesi.

Sosyal hakların gerçekleştirilmesi konusundaki yükümlülüklerin yasal dayanağı, sadece Anayasa değildir. Devlet aynı zamanda, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmelerde yer alan sosyal hakları, iç hukukun bu haklara getirmiş olduğu sınırlamaları gerekçe göstermeden, gerçekleştirme yükümlülüğü altına girmiş bulunmaktadır.³⁵⁹

Özgürlük alanında devlet daha az müdahale ve yer yer özgürlük alanını sağlamakla yükümlü iken “hak” söz konusu olduğunda alacaklı olan birey karşısında devlet aktif olarak refah sağlama yükümlülüğü, hizmet sunma yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü gibi yükümlülükler üstlenir. Özellikle devlete pozitif yükümlülük yüklenen durumlarda, devletin hakların kullanımına olanak sağlayacak edimlerde-kamu hizmetini örgütleyerek- bulunması gerekmektedir. Bu haklar Anayasa’da “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” başlığı ile yer almaktadır.³⁶⁰ Anayasa’da açıkça belirtilmese de sosyal devletin bir gereği olarak kamu hizmeti almayı olumlu statü hakları³⁶¹ kategorisine giren bir hak olarak tanımlamak mümkündür. Nitekim **pozitif statü hakları**, vatandaşa devletten olumlu bir davranış, bir hizmet ve yardım isteme hakkını tanır ve devlete sosyal alanda belirli ödevler yükler. Ancak kamu hizmeti tek başına tanımlanmış tanınmış bir hak değildir. Anayasa-yasalarda belirtilen hakların istenmesi-verilmesi ile yükümlülük yerine getirilmiş olur. Örneğin eğitim hakkı, eğitim kurumlarının varlığı, hizmet sunması ve fırsat eşitliğinin sağlanması durumunda anlam kazanmaktadır.

³⁵⁹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, AİHS/Protokolleri, Avrupa Sosyal Şartı, BM Çocuk Hakları Bildirgesi, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin acil Eylem Sözleşmesi, Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Milletlerarası Evlat Edinmede Çocukların Korunması ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi, Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin BM Yönlendirici İlkeleri (Riyad İlkeleri), BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi/Kişi Hakları ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesine, Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan İkinci Seçmeli Protokol, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, BM Kadın Haklarına Dair Sözleşme [Kadınlara Karşı Her Çeşit Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi], Sığınanların Statüsüne İlişkin Sözleşme, Özürlü Kişilerin Haklarına Dair Bildiri, Avrupa Temel Haklar Şartı.

³⁶⁰ GİRİTLİ/SARMAŞIK, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku), s. 75.

³⁶¹ Kişilerin toplumdan ve devletten isteyebilecekleri haklara isteme veya olumlu statü hakları denir. Eğitim hakkı, sağlık hakkı, çalışma hakkı, sosyal güvenlik vb. haklar isteme hakları olarak kategorize edilmektedir.

Hak, sahibine, onu sahiplenmeyi isteme, aldığı koruma ve ondan yararlanma iktidarını vermelidir.³⁶² Anayasa ve diğer hukuki metinlerde tanınan sosyal haklar ile temel hak ve özgürlüklerin kamu hizmeti alanında, somut olarak talep edilebilir bir düzeyde gerçekleşmesi ile kamu hizmeti hakkından bahsetmemiz mümkün olabilmektedir. Kamu hizmeti de tıpkı diğer haklar gibi öznelere olan ve devlete yükümlülük yükleyen bir hak olmasına rağmen, Anayasal kamu hizmetleri alanında anayasadaki **isteme hakları** iktisadi, sosyal haklar (çoğu zaman bu haklar temel hakların gerçekleşmesine hizmet eder.) alanında hizmetin anayasal kamu hizmeti olduğu ve kamu hizmetinin kurulmasının hukuk devleti ve sosyal devletin bir gereği olduğu kabul edilse de yasama organının istenen kamu hizmetini sunmaması durumunda dava yoluyla kamu hizmetinin kurulması mümkün görünmemektedir. Sosyal hakların anayasada güvenceye bağlanmasına karşın, onları gerçekleştirmekle yükümlü olan devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinin yaptırımının genellikle sadece “siyasal” olduğu kabul edilmiştir.³⁶³ Anayasa Mahkemesi pek çok olayda, Anayasa’da öngörülen bir hakkın kullanılmasını, bir görevin yerine getirilmesini olanaklı kılacak gerekli düzenlemeleri yapmayan yasama organını zorlamak için iptal kararı verilemeyeceği sonucuna varmıştır.³⁶⁴ İdarenin sahip olduğu takdir yetkisi çerçevesinde de idareye karşı kamu hizmetinin kurulması talebinin yargıya taşınması durumunda da büyük bir ihtimalle dava reddedilecek ve idareyi kamu hizmeti kurmaya zorlayacak bir karar çıkmayacaktır. Bu bakımdan, idarenin kamu hizmetlerinin kuruluş aşamasına ilişkin olarak sahip olduğu takdir yetkisinin, yargı denetimi dışında kaldığı söylenebilir. İdare, mahkeme kararları ile bir hizmeti sunmaya başlayamayacaktır.³⁶⁵ Sonuç olarak yüksek yargı mercilerin nezdinde ve pozitif düzenlemelerde kamu hizmeti, hak olarak tanınmamıştır.

³⁶² Rukiye AKKAYA, Kadının İnsan Hakları Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Düzenlemeler, Terazi Hukuk Dergisi, No 7, 2007, s. 123.

³⁶³ İl Han ÖZAY, Devlet İdari Rejim Yargısal Koruma, C. 1, İstanbul, 1986, s. 24; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 163.

³⁶⁴ AYM, 1988/3 E, 1989/4 K, K.T. 18.01.1989, R.G. 03.05.1989/20157, kararı aktaran KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 67.

³⁶⁵ ATASAYAN, s. 45.

B. Kamu Hizmetinin Kurulması

İdare hukuku ilişkilerinin bulunduğu her yerde uyulması ve uygulanması gereken bir ilke olan hukuk önünde eşitlik ilkesi, hem hukukun oluşturulmasında hem de uygulanmasında geçerlidir. Bu ilke anayasal ve yasal düzenlemeler yanında her tür düzenleyici işlemi kapsar. İdare, yalnızca kamu hizmetinin yürütülmesi alanında eşitlik ilkesi ile bağlı değildir. Daha önce de belirtildiği gibi bu ilke kamu hizmetinin tüm aşamalarında geçerlidir. Hizmetin kuruluş aşamasında, kamu hizmeti kuran ve görülüş usullerini belirleyen yasama organı ve belli durumlarda yürütme organı-idare bu ilkeyi esas alarak düzenleme yapmak durumundadır. Kamu hizmeti sunumuna ilişkin yasal düzenlemelerin yanısıra; yönetmelik, tüzük ve idarenin düzenleyici işlemleri bu ilkeye uygun olmalıdır.

Kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik, hizmetten yararlanma bakımından önceden belirlenmiş şartlara sahip olanlar arasında mümkün olabileceğinden, gerek kamu hizmetinin yasama organınca kurulması ve düzenlenmesi, gerekse idare tarafından düzenlenmesi aşamasında önemle gözetilmesi gereken bir ilkedir. Kural koyucular (idare ve yasama) insanların hangi hususlarda benzer veya eşit olduklarını belirlemek, hem de bu hususlardan hangilerinin söz konusu işlem türü ile ilişkili olduklarına karar vermek durumundadırlar.³⁶⁶

Kanun koyucu; kişiler, şeyler ve durumlar arasındaki eylemli eşitsizlikleri göz önüne alarak sınıflandırmalar, ayrımlar ve sonuçta kanuni hak ve ödevlerde farklılaştırmalar yapar. Yasama organı özellikle hak ve ödevlere esas olacak özellik ya da özellikleri, dolayısıyla bu özelliklerin ortaya çıkardığı eylemli eşitlikleri, eşitsizlikleri değerlendirme ve sonuçta bir hak ya da ödev için bazı kişileri ya da grupları seçme konusunda takdir yetkisine sahiptir.³⁶⁷ Kamu hizmetinden **yararlananların** idarenin hiyerarşik çarkının bir parçası olduğu ve idarenin, bunların hizmetten hangi şartlar dâhilinde yararlanacağını belirlemede sınırsız **bir takdir yetkisine** sahip olmadığı, bu yetkinin anayasal sınırlar ve hukukun genel ilkeleri ile sınırlı olduğu ve bu ilkelerden en önemlilerinden birinin de eşitlik ilkesi olduğunu

³⁶⁶ ÖDEN, s. 26.

³⁶⁷ ÖDEN, s. 191.

söylemek gerekir. Hizmetten yararlananların hangi kategoride olacağı, yani sınıflandırma ölçütünün ne olacağı konusunda idare/yasama **kamu hizmeti kurarken**-hizmetin görülüş usullerini belirlerken ve idare düzenleyici işlem yaparken, eşitlik ve tarafsızlık ilkesine uygun sınırlama ve pozitif ayrımcılık temelinde bir sınıflandırma yapmalıdır.

Yargıya göre bu eşitlik; kanunların ve düzenleyici işlemlerin belirlediği nesnel koşul ve niteliklere sahip olanlar arasındaki bir eşitliktir. Eşitlik ilkesinin gereği olarak, durumları aynı olan vatandaşlar arasında hizmetten yararlanmaya başlama ve yararlanmanın şartları ve içeriği bakımından herhangi bir ayırım yapılamaz. İdarenin kamu yararı ve hizmet gerekleri dışında başka bir mülhazayla hareket etmemesi dolayısıyla kamu hizmeti **kullanıcı adaylarını belirlerken** ve kamu hizmeti kullanıcıları arasında fark gözetmeksizin hizmet sunması gerekir.

Bir ihtiyacın, kamu hizmeti kurulmasını gerektirecek derecede toplumsal önem kazanıp kazanmadığını takdir edecek olan, yasama organıdır. Kanun, doğrudan doğruya bir kamu hizmeti oluşturabileceği gibi, bu hizmetin belirli hal ve şartlar altında veya takdire bağlı olarak kurulması konusunda idari makamlara yetki verebilir. Dolayısıyla, kamu hizmetlerinin kurulmasında asli yetki, kanun koyucuya aittir. Aynı kural, hizmetin sona erdirilmesi aşamasında da söz konusudur. Anayasa Mahkemesi içtihadında, kamu hizmetinin kurulmasında yetkinin yasama organında olduğu sonucuna varılmıştır.³⁶⁸

Genel kural kamu hizmetlerinin kurulmasındaki asli yetkinin yasa koyucuda olması ise de, Anayasa'nın bazı faaliyetleri kamu hizmeti olarak örgütlenmesi gerekliliğini öngördüğü maddelerine ilişkin, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin, çeşitli kararlarında yaptığı yorumla "*anayasal kamu hizmetleri*"nde, anayasa koyucunun kamu hizmeti kurma iradesi gündeme gelmektedir.³⁶⁹ Ancak yasa

³⁶⁸ AYM, 1994/71 E, 1995/23 K, K.T. 28.06.1995, R.G. 20.03.1996/22586. Ancak yürütme organının da KHK'larla, düzenleyici işlemlerle yasama yetkisini kullanarak kamu hizmeti kurması mümkündür. Bkz. Onur KARAHANOGULLARI, "*Kamu Hizmetinin Kurulmasında Yerel Yönetimlerin Yetkisi*", Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 10, S. 4, Ekim 2001, s. 23-35.

³⁶⁹ BİLGİN'e göre "*bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığına her zaman ve yalnız kanun koyucu karar vermemektedir. Bazı faaliyetlerin kolektif bir ihtiyacı tatmin etmek suretiyle kamu yararı sağlayacağına, kamu hizmeti olduğuna bunun için bir idari örgüt kurulmasına bazı kereler Kurucu Meclisler karar verir.*" Bkz. Pertev BİLGİN, Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme, s. 14, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 3, S. 5, 1995, s. 12-16.

koyucunun “*anayasal kamu hizmetleri*” karşısında takdir yetkisine sahip olup olmadığı tartışmalıdır. GÖZLER’e göre yasama organının kamu hizmeti konusundaki takdir yetkisi Anayasa ile sınırlandırılmış olabilir. Bu durumda, Anayasada bazı hizmetler kamu hizmeti olarak nitelendirildiğinden yasama organı o faaliyeti kamu hizmeti haline getirmekle yükümlüdür.³⁷⁰ Kamusal işlevlere sahip anayasa maddeleri³⁷¹ kamu hizmeti kurulmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak Anayasa’da **kamusal işlev** olarak öngörülmüş olmasına rağmen devletçe fiilen kamu hizmetine dönüştürülmeyen toplumsal ihtiyaçlar söz konusu olabilir.³⁷² Örneğin Anayasa’nın 53. maddesinde kamu görevlilerine sendika kurma ve toplu görüşme yapma hakkı tanınmış ancak bu hakkın kullanılabilmesini sağlayacak kamu hizmeti (örneğin Çalışma Bakanlığında veya Devlet Personel Dairesi Başkanlığında bir kamu görevlileri sendikaları birimi, toplu görüşme birimi vs.) oluşturulmamıştır. KARAHANOĞULLARI’na göre yasama organının kamu hizmeti olarak görmediği ya da örgütlediği alanlarda kamusal yetkiler kullanan mahkemeler de işlev ve yetki alanları çerçevesinde, kimi zaman bu alanı aşarak kamu hizmeti kurulma sürecine dahil olabilirler.³⁷³ Anayasa Mahkemesi, bazen anayasa tarafından devlete yüklenen görevlerini, bazen de anayasal bir hükme dayanmadan hizmetin niteliğini kamu hizmeti olarak görerek bu sürece dâhil olmaktadır.³⁷⁴

³⁷⁰ GÖZLER/KAPLAN, s. 546.

³⁷¹ Örneğin Eğitim Hakkı md. 42, Sağlık Hakkı md. 56, Sosyal Güvenlik Hakkı md. 60.

³⁷² KARAHANOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 67.

³⁷³ Bkz. KARAHANOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 258.

³⁷⁴ Örneğin Anayasa Mahkemesi Maden Kanunu’nda, yönetmelikle tespit edilecek görevleri yürütmek üzere özel kişilerce kurulan yeminli teknik büroların denetim ve gözetim faaliyetini kamu hizmeti olarak görmüştür. AYM, 1985/20 E, 1986/30 K, K.T. 24.12.1986, R.G. 15.03.1987/19401. Aynı şekilde yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına tanınan yapı ruhsatı verme yetkisini kamu hizmeti olarak nitelemektedir. AYM, 1985/11 E, 1986/29 K, K.T. 11.12.1986, R.G. 18.04.1987/19435. Mahkeme madenlerin devletleştirilmesine ilişkin Anayasa’da devletin görevleri arasında sayılanların kamu hizmeti niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Bkz. AYM, 1979/1 E, 1979/30 K, K.T. 21.06.1979. Yine Mahkeme, devlete yüklenen sosyal ve ekonomik ödevlerin hayata geçirilebilmesi için söz konusu alanlardaki özel girişimlerin de kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi kılınabileceği zira bu alanların kamusal nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Bkz. AYM, 1990/4 E, 1990/6 K, K.T. 12.04.1990, R.G. 18.06.1990/20551. Mahkeme bazı kararlarda anayasal hüküm olmadan niteliği gereği kamu hizmeti saptaması yapmıştır. Bkz. AYM, 1994/49 E, 1994/45-2 K, K.T. 07.07.1994, R.G. 10.09.1994/22047; AYM, 1994/43 E, 1994/42-2 K, K.T. 09.12.1994, R.G. 24.01.1995/22181; 1973/32 E, 1974/11 K, K.T. 26.03.1974, R.G. 21.06.1974/14922.

Anayasa Mahkemesi'nin özelleştirmeye ilişkin kararlarında da, özelleştirmeye karar verme yetkisinin yasama organına ait bulunduğu sonucuna varılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nden çıkan iptal kararlarının tamamı, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının ihlali gerekçesine dayanmaktadır.³⁷⁵ Dolayısıyla özelleştirme yoluyla kamu hizmetinin kurulması/görülmesi de yasa koyucunun bu konudaki yetkisi dâhilindedir.

Yasama organının kamu hizmeti kurulmasındaki takdir yetkisi, anayasal kurallarla sınırlıdır. Yasa koyucu, anayasal ilke ve kurallar doğrultusunda, haklar temelinde başta Anayasa'nın Başlangıç bölümündeki gerekler, sosyal devlet ilkesi (md 2), eşitlik ilkesi (md 10) ve Anayasa'nın 5. maddesini dikkate alarak, hangi alanlarda kamu hizmeti kurulacağına ve nasıl yürütüleceğine dair karar verecektir. Esasen kanunla kurulan kamu hizmetinin, bu nitelikte olmadığını iddia etmek de, ancak kanunun Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmekle olur.³⁷⁶ Anayasa Mahkemesi de yasama organının Anayasa'da öngörülen kurallara uygun olmak şartıyla kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde herhangi bir alanı yasal statü kapsamına alarak bir kamu hizmeti kurabileceğini belirtmiştir.³⁷⁷

İdarenin hizmet sunmaya başlayabilmesi için öncelikle yasal bir düzenlemenin varlığı gereklidir. Bu yasal düzenlemeyi yapma yetkisi de yasama organına aittir. Kanun, bir kamu hizmetini doğrudan doğruya kendisi kurabileceği gibi, kurulması konusunda idareye yetki de verebilir. İdare kanuni bir dayanak olmadan, kendiliğinden yeni bir hizmet kuramaz.

Kanunun bir kamu hizmetinin kurulması için idareye yetki vermesi durumunda; iki durum söz konusu olmaktadır: İlkinde kamu hizmeti kurulması zorunlu hale gelebilir. Bunu yetki veren kanunun lafzından çıkarabiliriz. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nu ve 5272 sayılı Belediye Kanunu'ndan önce yürürlükte bulunan 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde, belediyelerin görevleri 81 madde olarak sayılmış, aynı Kanun'un 16. maddesinde ise kanunla verilen bu hizmetlerin mecburi olduğu belirtilmiştir. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda da benzer ifadeler

³⁷⁵ KARAHAÑOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 263.

³⁷⁶ S. Sami ONAR, Amme Hizmetlerinin Zamanımızdaki İnkişafı, 5. Üniversite Haftası, 1944, Van, s. 41'den aktaran KESKİN, s. 17.

³⁷⁷ Bkz. AYM, 1994/71 E, 1995/23 K, K.T. 22.12.1994, AYMD, S. 32, C. 1, s. 16.

yer almıştır. Kanun'un 14. maddesinde “....yapar/yaptırır.” ibareleri hizmetin idare tarafından görülmesi gereken mecburi bir hizmet olduğunu gösterir. Yine 442 sayılı Köy Kanunu'nun 12 ve 13. maddelerinde kamu hizmeti kurulmasına yönelik “mecburi işler” ibaresi yer almıştır. İkinci olarak idareye belli bir kamu hizmeti kurup kurmama, buna yönelik ihtiyacı belirleme, kamu hizmeti kurulacaksa ne zaman kurulacağına yönelik takdir yetkisi verilebilir. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde ve Köy Kanunu'n 14. maddesinde “ihtiyari” kamu hizmetleri sayılmıştır. Bununla birlikte, yerel idarelerin kamu hizmeti oluşturabilmeleri için yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmadığını savunan yazarlar da vardır. Anayasa'nın 127. maddesindeki ibareye göre yerel idareler “ *il, belediye ve köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere*” kurulmuş kamu tüzel kişileridir. Dolayısıyla kendisine anayasal bir görev olarak verilmiş mahalli müşterek ihtiyaçları karşılama görevini kamu hizmeti kurarak yerine getirebilirler.³⁷⁸ Danıştay'ın da belediyenin görevleri ile kamu hizmetleri bağlantı kurduğu görülmektedir.³⁷⁹ Hatta Danıştay bir kararında, belediyelerin görevleri arasında sayılmayan kamu hizmetlerini üstlenebileceklerine ve kamu hizmeti yaratabileceklerine ve bu hizmeti yerine getirmek için de kamulaştırma yapabileceklerine hükmetmiştir.³⁸⁰

C. Kamu Hizmetinin Düzenlenmesi

Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetlerinin kurulması ve düzenlenmesi konusunda yetkinin yasama organında olduğunu belirtmektedir: “*Anayasa, kamu hizmetlerinin yasa ile kurulacağı ve idarenin görevlerinin de yasa ile düzenleneceği ilkesini benimsemiştir.*”³⁸¹ Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da “*Anayasada bir hizmet ünitesinin kurulması halinde, ona varlık verecek yasada ne gibi kurallara ve ilkelere uygulayacağı öngörülmemiş ise, bu husus kural olarak yasakoyucunun takdirine bırakılmış olur.*”³⁸² yasa koyucunun, hizmetin

³⁷⁸ Bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 591-592; GÖZLER/ KAPLAN, s. 547; DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 314.

³⁷⁹ KARAHANOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 28.

³⁸⁰ D.6.D. 1997/3697 E, 1998/2219 K, K.T. 24.04.1998, DBB.

³⁸¹ AYM, 1967/41 E, 1969/57 K, K.T. 23-25.10.1969, R.G. 12.03.1971/13776.

³⁸² AYM, 1990/4 E, 1990/6 K, K.T. 12.04.1990, R.G. 18.06.1990/20551.

örgütlenmesinde/düzenlenmesinde yetkili olduğu sonucu çıkmaktadır. Kural kamu hizmetinin yasa ile düzenlenmesi olmakla birlikte, genellikle kamu hizmetlerinin kurulması, yani görev, yetki ve amaçları ile kararlaştırıldıktan sonra, düzenlenmesi, idareye bırakılmaktadır. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin eşitlik ilkesine uygun düzenlenmesi gerekliliği bakımından her iki kurumun eşit yükümlülüğü vardır. Yasama organı veya idare³⁸³ kamu hizmetlerini örgütlerken gerek hizmetten yararlananlar gerekse hizmeti sunanlar açısından eşitlik ilkesine uygun davranmalıdır.

Kamu hizmetlerini düzenleyen yasalarda genellikle hizmetin kuruluş ve işleyişine ilişkin genel ilkeler belirtilmekte, ayrıntının düzenlenmesi uygulamada karşılaşılan her bir olay için farklı karar verilmesini sağlayan bir serbest alan olarak yönetime bırakılmaktadır.³⁸⁴ Yönetim hukukunun önemli kaynaklarından olan **düzenleyici yönetsel işlemler**³⁸⁵ ile kamu hizmetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesi sağlanmış olur. Bu konuda idare geniş takdir serbestisi ve takdir yetkisine sahipse de, idarenin kamu hizmetinin örgütlenmesi/yürütülmesine ilişkin düzenleyici işlemleri eşitlik ilkesine aykırı olamaz. İdare bu düzenlemelerle kamu hizmeti yararlanıcılarına eşitlik ilkesine aykırı yükümlülükler getiremez. Kamu hizmetlerinin kurulmasında, gerek şekli gerekse maddi eşitliği yaşama geçirmek için takdir yetkisinin eşitlik ilkesine uygun kullanmaları anayasal bir gerekliliktir. Nitekim Anayasa Mahkemesi : *“Anayasanın 10. maddesinde öngörülen kanun önünde eşitlik ilkesi, idarenin yetkisini kullanırken uymak zorunda olduğu hukuk kurallarının en önemlilerinden biridir. İdare, idare edilenler yönünden hak yaratırken ve mali külfet getirirken bu ilkeye uygun davranmakla yükümlüdür. Bu bakımdan 492 sayılı Kanunun değişik mükerrer 138. maddesiyle Bakanlar Kuruluna tanınan yetkinin her şeyden önce eşitlik ilkesine ve bu ilkenin vergi alanında yansması olan vergilemede adalet ilkesine uygun olarak kullanılması gerekmektedir.”*³⁸⁶ demektedir.

³⁸³ İncelenen konu açısından yürütme ve idare kavramları aynı anlamda kullanılmaktadır.

³⁸⁴ KARATEPE, s. 63.

³⁸⁵ *“Düzenli yönetim ilkesinin araçları; tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici yönetsel işlemlerdir.”* Bkz. BALTA, İdare Hukuku I Genel Konular, s. 133.

³⁸⁶ D.9.D. 2001/278 E, 2001/4848K, K.T. 12.12.2001, DBB.

*“İdare kendisine verilen kamu hizmetinin yürütülmesi için önce gerekli örgütü kurmak ve örgütün aynı, şahsi ve mali olanaklarıyla, araçlarını hizmete hazır tutmakla yükümlüdür.”*³⁸⁷ Örneğin Anayasanın 42. maddesine göre; zorunlu ve parasız olan ilköğretim hizmetini verecek Devlet okullarının kurulması ve işletilmesi görevi, yasalarla merkezi idare teşkilatı içerisinde yer alan Milli Eğitim Bakanlığı’na verilmiştir. Ancak yasalarda, okulların ülkenin neresinde, ne büyüklükte, hangi araç ve gereçlerle ilköğretim hizmetine sunulması gerektiğine ilişkin düzenlemeler bulunmamaktadır. Toplumsal ihtiyaçları ve bu ihtiyaçlarda meydana gelen değişimi göz önüne alarak ülkenin neresine, hangi büyüklükte ve nitelikte okul yapılmasında kamu yararının belirlemek, idarenin görev ve yetkisine girmektedir.³⁸⁸ Yine 5393 sayılı Belediye Kanunu’nda (14. madde) belediyenin hizmet alanları sıralanmıştır. Ancak bu görevlerin hangisinin önce hangisinin sonra yapılacağı; kaynak tahsisini neye göre yapacağı gibi alanlarda takdir yetkisine sahiptir. İdare kendisine yüklenen kamusal görevleri (yükümlülük ve yetkileri) kamu yararı ve kamu hizmeti gereklerini göz önüne alarak ne zaman, ne şekilde, hangi araç ve yöntemlerle en iyi ve etkin bir şekilde yürütüleceğine karar verme noktasında takdir yetkisine sahiptir.³⁸⁹

D. Kamu Hizmetinin Kaldırılması

Yukarıda da değinildiği gibi kamu hizmetleri yasayla kurulmaktadır. İdare hukukundaki, yetki ve usulde paralellik ilkesi gereği bir kamu hizmetinin kaldırılmasında da asli yetki yasama organına ait olacaktır. Kamu hizmetinin yasa ile sona erdirilmesi söz konusu olduğunda ilgili idari birim ve faaliyeti düzenleyen yasal düzenleme yürürlükten kaldırılacaktır. Bu durumda kamu hizmetini sunmak için örgütlenen idari teşkilat da ortadan kalkacaktır.

³⁸⁷ D.10.D. 1982/410 E, 1985/3 K, K.T. 14.01.1985, DD, Y. 1986, S. 60-61, s. 457.

³⁸⁸ Bkz. ATASAYAN, s. 49.

³⁸⁹ Takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılması gerektiği, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olduğu Danıştay kararlarında da benimsenen bir esastır: D.12.D, 1998/930 E, 1999/651 K, K.T. 20.04.1999, DD, S. 102, s. 717; D.6.D, 1998/1346 E, 1999/470 K, K.T. 28.01.1999, DD. Y. 101, s. 424; D.5.D, 2004/5066 E, 2006/751 K, K.T. 28.01.2006, DBB.

Kamu hizmetinin ortadan kaldırılmasına ilişkin yasa, Anayasa Mahkemesi tarafından (konumuz açısından sosyal devlet, eşitlik ilkesi ve diğer anayasa hükümleri çerçevesinde) denetlense bile, Mahkeme tarafından verilecek iptal kararı, kaldırılan hizmetin tekrar sunulması sonucunu doğurmayacaktır. Ancak eşitliğe aykırı olduğu ileri sürülen kamu hizmetinin dayanağı olan yasanın Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi durumunda, Mahkeme'nin hukuka aykırılık tespit ettiği ilgili yasa maddesi ya da yasanın tamamı iptal edilecek ve hizmet ortadan kaldırılacaktır. Örneğin sadece belli bir kesime özel olarak kamu hizmeti sunmak üzere örgütlendiği ileri sürülen hizmet, eşitliğe aykırı bulunursa büyük ihtimalle kamu hizmetinin dayandığı kanun iptal edileceğinden “kamu” hizmeti de ortadan kalkacaktır. Bu durumda yasa koyucunun mahkeme kararları doğrultusunda yeni düzenleme yapması gerekecektir.

Kamu hizmetinin bir idari işlem ile sona erdirilmesi durumunda bu işlem doğal olarak idari yargı mercileri tarafından kamu hizmeti ilkelerine ve diğer yasal düzenlemelere uygunluk açısından denetlenecektir. İdari yargı tarafından verilen iptal kararları geçmişe etkili olacağından idarenin iptal kararına uygun olarak sona erdirdiği hizmeti tekrar sunmaya başlaması gerekmektedir. Aksi halde idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

E. Kamu Hizmetinin Özelleştirilmesi

Klasik anlamdaki kamu hizmetleri genel anlamda kamu hukuku hükümlerine tabidir ve bireyler, yasa ve tüzükler çerçevesinde korunurlar. Hizmetten faydalanan bireyler hizmet sağlayıcı ile her hangi bir sözleşmesel ilişkiye girmez ve önceden belirlenmiş bir statünün içinde değerlendirilir. Ancak idare, bazı hallerde (özellikle ticari ve sınai kamu hizmetlerinde) özel hukuk ya da kamu hukuku rejimine tabi sözleşmelerle kamu hizmetlerini özel hukuk kişilerine gördürebilir. Bu şekilde kurulan kamu hizmetlerinde kamu hizmeti ilkelerinin geçerliliği sorunu gündeme gelmektedir. Bu konuda genellikle ikili bir ayrıma gidilmekte ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler arasında tabi oldukları hukuki rejime göre “kamu hizmeti ilkelerinin geçerliliği” değerlendirilmektedir.

İdarenin karşı tarafa nazaran daha ayrıcalıklı konumda olduğu kamu hizmetine ilişkin diğer sözleşme türü de **idari sözleşmelerdir**. İdari sözleşmeler

içeriğinde çeşitli sözleşme türlerini barındırmaktadır.³⁹⁰ İdari sözleşmelerde idarenin sahip olduğu üstün ve ayrıcalıklı konum hizmetin kamu yararı ve hizmet gerekleri dolayısıyla da kamu hizmetinin genel ilkelerine uygun yürütülebilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. İdare bu konuda denetim ve yaptırım uygulama yetkisini kamu hizmeti genel ilkelerine uygunluk açısından da kullanabilecektir. Zira idare, kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olduğu için idari sözleşme ile hizmeti gördürdüğü kurum/kuruluşun yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği, kamu hizmeti ilkelerine uygun davranıp davranmadığını denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisine sahiptir.³⁹¹ Bu sözleşmeler özel hukuk kurallarının çizdiği çerçevenin dışında kaldığından kamu hukuku rejimine tabidirler.

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, her iki tarafın eşit statüde bulunduğu ve özel hukuka tabi olan sözleşmelerdir. Ancak idarenin özel hukuk sözleşmelerinin imzalanmasından önceki bütün aşamalar idari nitelik taşır ve bu sözleşmelere ilişkin bütün hususlar (İdarenin sözleşmeyi hangi koşullarda, kiminle ve ne zaman yapacağı konuları) Anayasa madde 123 gereği önceden yasayla belirlenir. İdare hukukuna veya özel hukuka tabi olsun, idari sözleşmelerin oluşum aşamaları idaridir.³⁹²

1999 Anayasa değişiklikleri³⁹³ ile özel hukuk rejimine tabi kılınan idari sözleşmelerin adli yargı mercilerince kamu yararı ve hizmet gerekleri gibi tamamen

³⁹⁰ İdari hizmet sözleşmelerinden sonra en sık rastlanan idari sözleşme türü, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleridir. Diğer idari sözleşmelerin başlıcaları: Mali iltizam sözleşmeleri, istikraz sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmeleri, doğal servet ve kaynakların işletilmesi sözleşmeleridir.

³⁹¹ ATASAYAN, s. 267.

³⁹² KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 347.

³⁹³ Anayasa'da 13.08.1999 tarihinde yapılan değişikliğe kadar özelleştirmeye ilişkin bir düzenleme yoktu. Buna rağmen Yüksek Mahkeme, özelleştirmenin anayasal açıdan olanaklı olduğunu kabul etmiş, ancak bunun Anayasa'nın genel ilkeleriyle sınırlı olduğunu vurgulamıştır. Bu içtihat doğrultusunda 13.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanun (R.G. 14.08.1999/23786) ile Anayasası'nın 47., 125. ve 155. maddeleri değiştirilmiştir. Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklik ile özelleştirme kavramı Anayasa'da yerini almıştır. Devletleştirmeyi düzenleyen 47. maddenin başlığı "Devletleştirme ve Özelleştirme" olarak değiştirilmiş, 47. maddeye eklenen 2. fıkrayla "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin işletme ve varlıklarının özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*" hükmü getirilmiştir. Anayasa'nın 47. maddesi ile özelleştirmeye ilişkin usul ve esasların kanunla belirleneceği hükmü ile bu konu yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır. Özelleştirilme usulüne ilişkin çıkarılan yasalar başlangıçta Anayasa Mahkemesi tarafından genellikle iptal edilmiştir. Yasa koyucu da iptal kararları doğrultusunda ortaya çıkan ilke ve esaslara uygun düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir. (Bkz. AYM, 1994/49 E, 1994/45-2 K, K.T. 07.07.1994, R.G. 10.09.1994/22047; 1994/43 E, 1994/42-2 K, K.T. 09.12.1994, R.G. 25.01.1995/22181; 1995/38 E, 1996/7 K, K.T. 28.02.1996, R.G. 24.05.1996/22645.)

idare hukukuna ait kavramların ilgili uyuşmazlıkta nasıl uygulanacağı sorununu gündeme getirmektedir.³⁹⁴ Nitekim adli yargıda, hizmetin özellikleri (yani kamu hizmeti olup olmadığı) değil, özel hukuk faaliyetinin yargılamaya konu olacağı ve özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı düşünülmektedir. Ancak yargılamaya konu faaliyet, özel hukuk faaliyeti olsa da konusu kamu hizmetinin gördürülmesine ilişkindir ve kamu hizmeti ilkelerinin adli yargı yerlerince de dikkate alınması gerekir. Ayrıca hizmetin özel hukuk kişileri tarafından görülmesi ve adli yargı denetimine tabi olması hizmetin niteliğinde yani kamu hizmeti olma özelliğinde bir değişiklik yaratmaz.³⁹⁵ Bu şekilde (idari sözleşmeler/idarenin özel hukuk sözleşmeleri) sunulan hizmetler de her şeyden önce kamu hizmetidir ve kamu hizmetinin minimum rejimini temsil eden kamu hizmetinin ilkelerinden bağışık tutulamazlar.³⁹⁶ Özel hukuk rejimi esas olmakla birlikte, bu nitelikteki kamu hizmetleri her ne kadar kârlılık ve verimlilik esaslarına göre yürütülse de, bu hizmetlerin asıl amacı kâr elde etmek değil, toplumsal gereksinimleri karşılamak suretiyle kamu yararını sağlamak olduğu için işleyiş ve dış ilişkiler yönünden kamu hukukuna tabi tutulmuş olan bu hizmetlere belli ölçüde kamu hukukunun da uygulanacağını kabulü gerekir. İdarenin, bu sözleşmelerin tarafı olarak tıpkı idari sözleşmelerde olduğu gibi sözleşmede kamu hizmetinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak yürütülmesini isteme hakkına sahip olabileceği kanaatindeyim. Ayrıca eşitlik ilkesi, tüm hukuk düzenine hâkim olan bir ilke olarak yalnızca devlete yükümlülük yüklemes. Eşitlik, ayrımcılık yasağını da içine alan ve özel hukuk kişilerinin ayrımcı uygulamaları sonucu sorumluluk doğuran bir ilkedir. Nitekim özelleştirmeye ilişkin ilke ve esasları düzenleyen 24.11.1994 tarih ve “4046

³⁹⁴ Bkz. KARAHANOGULLARI, s. 347. Anayasa’nın 47. maddesinde yapılan değişiklikle yasa koyucuya kamu hizmetine ilişkin bir faaliyetin özel hukuk kişilerine gördürülmesi durumunda idari sözleşmeler yerine (imtiyaz sözleşmeleri) adli yargı denetimine tabi olabilecek tarafların eşitliğine dayalı sözleşmeleri tercih etme imkanı tanınmıştır. Anayasa’nın 125. maddesine, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletler arası tahkim yoluyla çözülmesine dair bir hüküm getirilmiştir. Ayrıca Anayasa’nın 155. maddesine getirilen hükümle Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisi “iki ay içinde düşüncesini bildirmek” olarak değiştirilmiştir. Bu durumda idari yargı denetimi dışında görülen kamu hizmetinin genel ilkeler ve kamu yararı öncelikleri olmadan sunulma ihtimalleri gündeme gelmektedir.

³⁹⁵ Bu konudaki örnek Danıştay kararları için bkz. D.10.D. 1997/160 E, 1997/2583 K, K.T. 25.06.1997, DD, S. 95, 1998, s. 643; D.12.D. 1965/3686 E, 1966/286 K, K.T. 15.10.1966, DD, 1965-1966-1967, Ankara, 1967, s. 207-208; D.8.D. 1985/211 E, 1987/313 K, K.T. 07.08.1987, DD, S. 70-71, Y. 1988, s. 426.

³⁹⁶ Bkz. KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 347-349.

sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkındaki Kanun” ile özelleştirme usulüne ilişkin idari işlemlerin de kamu yararı ve kamu hizmeti ilkeleri açısından denetimi idari yargı tarafından yapılmaktadır.

İdari sözleşmeler ya da idarenin özel hukuk sözleşmeleriyle sunulan ticari ve sınai kamu hizmetlerinden yararlananlar çoğu kez düzenleyici işlemlerle genel ve objektif biçimde saptanan hizmet koşullarını kabul ederek yararlanan konumuna geçmek isteyenler hizmet sağlayıcısıyla özel hukuk çerçevesinde yapılmış bir sözleşme ile bağlıdırlar. Yararlanıcılar su, elektrik, doğalgaz ve telefon gibi hizmetlerden abonman sözleşmesiyle yararlanmaktadırlar. Bu tür kamu hizmetleri bazı istisnaların dışında, özel hukuka tabidir.³⁹⁷ KİT’lerin yürütmekte olduğu ticari ve sınai nitelikteki kamu hizmetleri açısından kamu hizmetlerinin (bedelsizlik hariç) temel ilkeleri açısından her hangi bir değişiklik bulunmamaktadır. Hatta yararlananların akdî bir ilişki içinde bulundukları kamu hizmetlerinde, idarenin gereken koşulları yerine getirerek hizmetten yararlanmak isteyenle sözleşme yapmak zorunda olduğu kabul edilmektedir.³⁹⁸

Yasama veya idare bir hizmeti kurmuşsa, özellikle de bu hizmet tekel şeklinde karşımıza çıkıyorsa; idare, koşullara sahip olan herkese bu hizmeti sunmak zorundadır. Nitekim eşitlik, genellik ve tarafsızlık esasları, kamu hizmetlerinin sunulması zorunluluğunu da -süreklilik ve düzenlilik gibi- beraberinde getirir.³⁹⁹ Çünkü böyle bir ihtimalde, kişilerin hizmet alabileceği başka kuruluşlar da mevcut değildir. Örneğin Danıştay, taşınmazın eski maliki/kiracısının su borcunun ödenmemesi sebebiyle yeni malik/kiracıya abonelik verilmeyeceği ileri sürülerek başvuruyu reddeden idarenin işlemini hukuka aykırı bulmuş ve idarenin **belirli koşulları taşıyan herkese** hizmet sunmak zorunda olduğunu ve kamu hizmetinden

³⁹⁷ GÖZÜBÜYÜK/TAN, 2001, s. 550. Yargıtay’a göre demiryolu, tramvay, su, havagazı, vb. faaliyetler ticari ve sınai yönü daha kuvvetli teşebbüsler olup bu teşebbüsler kamu idaresi veya mahalli idareler veya kamu kurumları tarafından işletildiği vakit bunların ticari bir teşebbüs teşkil edeceği, bu kurumlarla fertler arasındaki ilişkinin özel hukuk kurallarına tabi olacağı ve bunun sonucu olarak anılan işler karşısında ferdin durumunun tamamen akdi nitelikte bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bkz. Yargıtay 4.H.D. 1975/3742 E, 1975/7667 K, K.T. 16.06.1975, YKD, C. 2, S. 6, s. 819, aynı yönde U.M 1977/19E, 19977/59K, K.T. 19.10.1977, DD. S. 30-31, s. 560.

³⁹⁸ Fikret EREN, Borçlar Hukuku, C. 1, S Yay., Ankara, 1991, s. 374.

³⁹⁹ YAYLA, İdare Hukuku, s. 77.

yararlanma hakkının herkese ait olduğunu belirtmiştir.⁴⁰⁰ Özel hukuk kişisi tarafından sunulan hizmet de örneğin elektrik hizmeti aynı hukuki rejime tabi olmalıdır.

Sonuç olarak idarenin tüm sözleşmelerinin bir yasal dayanağının bulunması gerekmektedir. “*Belli bir kamu hizmeti ile ilgili bir idari sözleşme yapılabilmesi için kanunun genel ilkeleri koyup çerçeveyi çizmesi, yapılacak sözleşmenin amacını belirlemesi ve sözleşme açısından nesnel kriterler belirlemesi gerekmekte olup; idare tarafından ancak kanunun belirlediği temel kurallara uygun şekilde idari sözleşmeler yapılabilir.*”⁴⁰¹ Dolayısıyla idare bu sözleşmelerin konusu olan kamu hizmetinin genel ilkelere uygun olarak yürütülmesini sağlayabilir.

F. Mali Kaynakların Yeterliliği

Anayasa’nın “*devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının ölçüsünde yerine getirir.*” hükmünü içeren “*devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı*” başlıklı 65. maddesinin; kamu hizmetinin kurulması, yürütülmesi ve kaldırılması aşamalarındaki rolü, idarenin ve yasama organın takdir yetkisi ile eşitlik ilkesi bakımından değerlendirilmelidir. Nitekim daha önce de değinildiği üzere kamu hizmetinin bir hak olduğu ve anayasal temellere dayandığı hatta bir takım hizmetlerin anayasal nitelikte olduğu kabul edilse bile, bu hizmetlerin devletten talep edilebilirliği ve zorunluluğu sosyal haklara dair her davada, 65. madde, kamu hizmetlerinin yerine getirilmeme gerekçesi olma potansiyeli açısından gündeme gelmektedir.⁴⁰²

Kamu hizmetlerinin kurulması aşamasında, yasa koyucu tarafından kurulacak bir hizmetin 65. madde gerekçesiyle kurulmasından vazgeçilmesi durumunda ortada kamu hizmetinin kurulmasına dair herhangi bir yasal düzenleme olmayacağından, maddenin yasa koyucunun bu konudaki takdir yetkisini etkileyen bir kayıtlama olarak ileri sürülmesi düşünülemez. Ayrıca yasa koyucunun bu gerekçe ile kamu

⁴⁰⁰ D.8.D. 1994/5437 E, 1995/4391 K, K.T. 14.12.1995, DD, S. 91, s. 890.

⁴⁰¹ Emre AKBULUT, s. 326.

⁴⁰² SANCAR, “mali kaynaklarının yeterliliği” koşulunun Anayasa’da yer alan sosyal ve ekonomik haklar bakımından insan haklarını etkisizleştirmeye yönelik tekniklerden biri olarak görmektedir. Bkz. Mithat SANCAR, “Devlet Akli” Kısacasında Hukuk Devleti, B. 3, İletişim Yay., İstanbul, s.126.

hizmeti kurmamasının herhangi bir yaptırımını olmadığı gibi bu gerekçenin haklılığını denetleyecek bir mekanizma da bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi yasama organının bu konudaki takdir yetkisinin hukuk denetimine tabi olmadığını belirtmekle birlikte hizmetin sunulmaya başlamasından sonra 65. maddedeki gerekçelerle kısmen ya da tamamen sona erdirilemeyeceğini belirtmektedir.⁴⁰³ İdarenin de bu konuda aynı gerekçeyle hareketsiz kalması durumu dava edilemeyecek/idari yargı mercilerinin yargı denetimine tabi olmayacaktır.

BİLGİN, sosyal kamu hizmetleri bağlamında (konumuz açısından sosyal eşitlik) 1982 Anayasası'nın 65. maddesindeki hükmü, devletin zamanlama, yer ve kapsam belirleme konusunda bir takdir yetkisi şeklinde yorumlamakta, bunun belli bir planlama çerçevesinde Anayasa'da düzenlenen kamu hizmetlerini kurmak ve işletmek zorunluluğunu kaldırmadığını savunmaktadır. BİLGİN, ayrıca Anayasa'nın kurulmasını ve işletilmesini öngördüğü sosyal kamu hizmetlerinin çoğunun, 1982 Anayasası'nın kabul edildiği tarihte kurulduğunu ve işletildiğini, bu nedenle yasa koyucunun Anayasa'nın 65. maddesinin kendisine takdir yetkisini tanıdığını ileri sürme hakkının bulunmadığını ileri sürmektedir.⁴⁰⁴ O halde 65. madde hükmü, idarenin kamu hizmetlerini yürütürken (kurulmuş kamu hizmeti açısından gündeme gelecek bir madde olarak) ortaya çıkan kaynakların kullanımı konusunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisine ilişkindir. Bu durumda idare de hizmetin yetersiz verilmesi, geç işlemesi ve kötü işlemesi durumunda hizmet kusuru dolayısıyla sorumlu olacaktır. İdarenin hizmetin kötü ya da geç işlemesi durumunda 65. maddeyi gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulması mümkün gözükmemektedir. Nitekim Danıştay, yasalarla idarenin yürütmekte olduğu hizmeti, mali yetersizlik sebebiyle sona erdirmesini hukuki bir gerekçe olarak kabul etmemektedir.⁴⁰⁵

⁴⁰³ Bkz. AYM, 2006/111 E, 2006/112 K, K.T. 15.12.2006, R.G. 30.12.2006/26392; 1996/17 E, 1996/38 K, K.T. 16.10.1996, R.G. 09.08.1997/23075; 2005/10 E, 2008/63 K, K.T. 21.02.2008, R.G. 07.11.2008/27047.

⁴⁰⁴ BİLGİN, Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme, s. 13.

⁴⁰⁵ Bkz. D.10.D. 1990/3505 E, 1992/1385 K, K.T. 13.04.1992, DD, 86, s.588; D.10.D. 1995/6440 E, 1997/4796 K, K.T. 24.11.1997, DD, S. 96, s.604; D.10.D. 2007/7391 E, 2010/7354 K, K.T. 05.10.2010, DBB; DiDD, 1995/816 E, 1997/1K, K.T.17.01.1997, DD, SY. 94, s. 108; D.2.D. 2007/1200 E, 2008/5284 K, K.T. 31.12.2008, DBB.

Anayasa'nın 65. maddesi, hakların gereğini yerine getirme/kullanmasının sağlanmasına ilişkin bir sınır değil hakların kullanımına-içeriğine ilişkin bir sınırdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1986 yılında dava konusu bir olayla ilgili olarak, devletin sosyal güvenliği sağlama amacıyla kamu hizmeti kurmasının zorunlu olduğunu ancak bu ödevi yerine getirirken malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde geniş bir takdir yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir.⁴⁰⁶ Kararda: “...**Kişinin sosyal güvenliğini sağlamak için gerekli tedbirleri almak ve teşkilâtı kurmak devletin ödevidir.** Bu ödevini yine Anayasanın bir başka kuralına göre ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde üstlenen devletin bu alanda kaynağı belirlemek, yeni kaynaklar yaratmak, kimilerinden vazgeçmek, tüm sosyal güvenlik kuruluşlarını birleştirmek, icabında başka bir yapıya sahip kılmak hususunda geniş takdir yetkisine sahip olduğu söz götürmez...” denilmektedir. Dolayısıyla 65. maddeyi kamu hizmeti kurulmasını engelleyen bir hüküm olarak görmemiz gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 1991 yılında vermiş olduğu bir başka kararda ise, sosyal güvenlik hakkı çerçevesinde yapılan sağlık yardımlarını Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan “yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı” ile çok sıkı bir bağlantı içinde olduğuna vurgu yaparak; devletin sınırlamalara giderken “yaşam hakkını” ortadan kaldıran bir düzenleme yapamayacağı sonucuna varmıştır. Mahkeme, sağlık yardımının sınırlı süreyle verilmesine, Anayasa'nın 65. maddesindeki sınırlamaların dayanak oluşturamayacağı kanaatine ulaşmıştır.⁴⁰⁷ Eşitlik ilkesi gereği, kamu hizmetlerinin sürekli ve devamlı verilmesi gerekir. 65. madde gerekçesiyle kamu hizmetlerinin sınırlandırılması kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin ve herhangi bir hakkın (yaşama, eğitim vb.) ihlali olacağı gibi eşitlik ilkesinin de ihlali sayılır.

Bir kamu hizmetinin kurulması aşamasında, kullanıcıların belirlenirken eşitlik ilkesine riayet edilmelidir. Bir hizmetten faydalanmayı engelleyen sınırlamalar madde 65 ile gerekçelendirilemez, ancak haklı bir sebebe dayanması gerekir. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararda kanun koyucunun sosyal güvenlik alanında bazı kararları vermeye yetkili olmadığı sonucuna varmıştır. Bununla birlikte, yasama organı ekonomik gelişme ile malî

⁴⁰⁶ AYM, 1986/16 E, 1986/25 K, K.T. 21.10.1986, R.G. 31.01.1987/19358.

⁴⁰⁷ AYM, 1990/27 E, 1991/2 K, K.T. 17.01.1991, R.G. 19.08.1991/20965.

kaynakları yeterli görerek, bir hakkı sağlayınca herkesi bu kapsama alması zorunludur. Bu durumda belli kişisel farklılıkları gözetenek, ilgililer arasında ayırım yapamaz ve verdiği bir hakkı kazanıldıktan sonra kişilerden geri alamaz.⁴⁰⁸

Kamu hizmetinin sona erdirilmesi aşamasında 65. madde gerekçe gösterilerek hizmetin kaldırılması söz konusu olduğuunda, tartışılması gereken yine yasa koyucunun bu konudaki takdir yetkisidir. Bir kamu hizmeti ancak hizmete duyulan ihtiyacın ortadan kalkması ya da kamu hizmetinin değıştirilmesi/uyarlanması durumunda söz konusu olacaktır. Kamu hizmeti sunulması gerekliliği devam ederken kamu hizmetinin sona erdirilmesi ve gerekçe olarak 65. maddenin gösterilmesi pek mümkün görünmemektedir. Nitekim Danıştay’ın 1977 tarihinde verdiği bir kararında *“Kamu hizmetini görev olarak yüklenmiş bir kamu kurumunun, görev alanına giren hizmetleri, halkın yakın ve uzak gelecekteki gereksinmelerini, bu gereksinmeleri gidermek için kamu yönetiminin gerek duyacağı araç, gereç ve personel durumunu önceden planlayarak gerekli önlemleri alması ve görevini yerine getirmesi asıl olup...”*⁴⁰⁹ görüşüne yer verilmiştir.

III. KAMU HİZMETLERİNE GİRMEDE EŞİTLİK

A. Kamu Hizmetine Girme Hakkı

İnsanın yaşamını sürdürebilmesi, maddi ve manevi ihtiyaçlarını giderebilmesi için gerekli olan, çalışma hakkının bir boyutunu oluşturan ve bireyin kamu kurum ve kuruluşlarında “memur” veya “diğer kamu görevlisi” olarak çalışabilmesini ifade eden kamu hizmetine giriş,⁴¹⁰ iç hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da hak olarak güvence altına alınmıştır.⁴¹¹

⁴⁰⁸ AYM, 1963/138 E, 1964/71 K, K.T. 11.12.1964, R.G. 02.04.1965/11969.

⁴⁰⁹ D.11.D. 1975/4855 E, 1977/1704 K, K.T. 04.05.1977, DD, S. 28-29, s. 604.

⁴¹⁰“Kamu hizmetine giriş, kamu yönetiminde çalışmak üzere işe alınma ve bu kuruluşlarda istihdam edilme anlamına gelmektedir.” Bkz. Emine CİN, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Danıştay Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girmede Cinsiyet Ayırımı”, İÜHFM, C. LXIX, S. 1-2, 2011.

Anayasa Mahkemesi 70. maddede güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkını, idare hukuku esaslarına göre “devlet memuriyetine girme hakkı” olarak görmektedir. Bkz. AYM, 2002/132 E, 2003/48 K, K.T. 04.06.2003, R.G. 19.12.2003/25321. Nitekim AYM bu bağlamda serbest avukatlığın Anayasa madde 70’deki anlamıyla kamu hizmeti olmadığını belirtmiştir. “Her ne kadar Avukatlık Kanunun 1. maddesi avukatlığın bir kamu hizmeti olduğunu öngörüyorsa da kanun koyucunun herhangi bir serbest meslek etkinliğini kamu hizmeti olarak tanımlaması Anayasanın 70. maddesi bağlamında bir kamu hizmeti olduğunu göstermez.” Bkz. AYM, 2002/8 E, 2003/47 K, K.T. 04.06.2003, R.G. 19.12.2003/25321.

Türk hukukunda kamu hizmetine girme hakkı, 1921 Anayasası haricinde diğer Anayasalarda yer alarak güvence altına alınan siyasi bir hak olarak düzenlenmiştir. 1876 tarihli Kanun-i Esasi, temel hak ve özgürlükler açısından içinde bulunduğu zamanın insan hakları anlayışına uygun olarak hazırlanmıştır (19.madde).⁴¹² Kanun-i Esasi uyarınca kamu hizmetine girebilmek için Osmanlı vatandaşı olma, liyakat ve yetenek sahibi olmanın yanı sıra Osmanlı Devleti'nin resmi dili olan Türkçeyi bilmek şartları birlikte aranmıştır. 1921 Anayasası, kamu

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yerine getirdikleri asli ve sürekli görevlerin genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetleri olması Anayasa'nın aradığı bir şarttır. Genel idare esasları sadece Devletin merkezi idare düzen ve örgütünü ifade eden ve dolayısıyla tüm kamu kesimini kapsayan bir idare yönetimini anlatmaktadır. Bkz. Lütfi DURAN, 'Sözleşmeli Kamu Personeli', Cumhuriyet Gazetesi, 12.12.1988, s. 2'den aktaran Bülent SERİM, "Anayasa Mahkemesinin Son Kararı ve Kit Personeli", AİD, C. 22, S. 4, 1989, s. 54.

⁴¹¹ Kamu hizmetine girme hakkı, 1789 Fransız İnsan Hakları Beyannamesi'nin 6. maddesinde, kanun önünde eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak herkesin kamu görevlerine girmede eşit muameleye tabi tutulması gerektiği şeklinde düzenlenmiştir. (Bkz. BEREKET, s. 56) İHEB'in 21. maddesinin 2. fıkrası "herkes" sözcüğünü kullanarak "vatandaşı olduğu ülkede insanların, eşit bir şekilde kamu hizmetlerine girebilme hakkının" bulunduğu işaret etmektedir. İHEB'nin yanı sıra Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, uluslararası hukuk bağlamında kamu hizmetine girme hakkını güvence altına almaktadır. Sözleşme'nin 5/c maddesi uyarınca herkesin "Siyasi haklar özellikle evrensel ve eşit oy hakkı temelinde seçimlere katılmak, hükümette ve her düzeyde kamu yönetiminde yer almak ve kamu hizmetlerine eşit koşullarda girme hakkı" bulunduğu belirtilmiştir. (Bkz. Emin MEMİŞ, "Mevzuatımızda ve Uygulamada Kamu Hizmetlerine Girme/Çekilme Hakları, Arşiv Araştırması ve Güvenlik Soruşturması Analizleri", Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir 4-5 Nisan 2003, s. 218) Yine "BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi" nin 25. maddesi uyarınca, her vatandaş kendi ülkesinde genel eşitlik ilkesine uygun olarak kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Bir diğer önemli uluslararası belge ise Türkiye'nin de onaylamış bulunduğu "Milletlerarası Çalışma Teşkilatı" (ILO) tarafından kabul edilen İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Kaldırılması 111 sayılı Sözleşme' de "meslek ve iş edinmede ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşeye bakılmadan herhangi bir ayrımcılık yapılamayacağı" hüküm altına alınmıştır. Uluslararası sözleşmelerin yanı sıra özel niteliğiyle kadınlara kamuda çalışma hakkı veren Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre, "Hükümet politikasının hazırlanmasına ve uygulanmasına katılmak, kamu görevinde bulunabilmek ve hükümetin her kademesinde kamu görevleri ifa etmek" haklarını taraf devletler, kadın ve erkekler eşit şartlarla sağlamak durumundadır. Sözleşme'nin 11. maddesiyle de çalışma hakkı yönünden ayrımcılığın önlenmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. Buna paralel olarak, sözleşme kurallarının devletlerce uygulanmasında gerçekleştirilen ilerlemeleri incelemek amacıyla "Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi" oluşturulmuştur. AİHS, kamu hizmetine girme hakkını ayrıca düzenlememiş ancak ek 12. Protokolle bu hakkı güvence altına almıştır. Türkiye bu protokole taraf değildir. Ancak hukuk tarafından tanınan "kamu hizmetine girme hakkı" nın da AİHS'in genel ayrımcılık yasağı getiren 14. maddesinde yer alan düzenleme, her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmayı amaçladığına ve sözleşmede tanınan bütün haklardan bahsettiğine göre bu hakkın 14. madde korumasından faydalanabileceği söylenebilir. Maddeye göre; "**Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, dil, renk, din, siyasal ve diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanacaktır.**" (bkz. ihami.anadolu.edu.tr.)

⁴¹² Mustafa ERDOĞAN, Modern Türkiye'de Anayasalar ve Siyasi Hayat, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1997, s. 30.

hizmetine girme hakkına açıkça yer vermemiştir.⁴¹³ Buna karşılık 1924 Anayasası'nın 92. maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı **siyasi bir hak** olarak öngörülmüştür. Anayasa'nın 92. maddesi "*hukuku siyasiyi haiz her Türk ehliyet ve istihkakına göre devlet memuriyetinde istihdam olunmak hakkına haizdir*" şeklindedir. 1924 Anayasası'nda kamu hizmetine girebilmenin ön koşulu Türk olmak, diğer bir şart ise "**liyakat ilkesi**"dir. 1924 Anayasası döneminde çıkarılan 1926 tarihli 788 sayılı Memurin Kanunu ile ilk kez kadınların memur olmaları sağlanmış, memurluk mesleğine girişte genel koşullar belirlenmiştir.

Kamu hizmetine girme hakkı 1961 Anayasası'nın 58. maddesinde, **siyasi hak ve ödevler** arasında düzenlenmiştir.⁴¹⁴ Bu madde uyarınca "*Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada ödevin gerektirdiği niteliklerden baksa hiçbir ayırım gözetilemez*". 1961 Anayasası döneminde kamu personel yönetimi açısından en önemli düzenleme, 1965 yılında kabul edilen ve halen yürürlükte bulunan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur.

Çalışma hakkını kamuda kullanmak isteyenler için 1982 Anayasası'nın II. Kısmını oluşturan "Temel Hak ve Ödevler" üst başlığının 4. bölümü olan "**Siyasi Haklar ve Ödevler**" alt başlığı altında 70. maddede, kamu hizmetine girme hakkı düzenlenmiştir. Anayasa'da siyasi haklar ve ödevler alt başlığı altında düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı, diğer siyasi haklarda olduğu gibi doğuştan kazanılmış, vazgeçilmez ve devredilmez nitelikte bir haktır.⁴¹⁵ 1982 Anayasası'nın temel hak ve ödevler başlığı altında "**Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevler**" olarak düzenlenen çalışma hakkı 48. maddede herkese tanınan bir özgürlük olarak düzenlenirken; 49. maddede çalışmanın herkes için hem hak hem de ödev olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla kamu hizmetine girme hakkı "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlığını taşıyan Anayasa'nın 48. maddesi ve "Çalışma Hakkı ve Ödevi"ni düzenleyen Anayasa'nın 49. maddesi ve devlet ve çalışanın birbirine olan hak ve

⁴¹³ Ancak, bu dönemde 1876 Kanuni Esasi'nin 1921 Anayasası'na aykırı olmayan hükümlerinin de yürürlükte sayıldığını unutmamak gerekir. Aynı görüş için bkz. ÖDEN, s. 109.

⁴¹⁴ 1961 Anayasası'nın getirdiği klasik, sosyal ve siyasal hak ve özgürlükler listesi içerisinde bulunduğu döneme göre dolgundur. AİHS'te ve İHEB'te yer alan hak ve özgürlükler 1961 Anayasası'nda da düzenlenmiştir.

⁴¹⁵ Mesut GÜLMEZ, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler ve Tartışmalar, TODAİE, Ankara, 1992, s. 188.

yükümlülüklerini düzenleyen Anayasanın çeşitli maddeleriyle birlikte değerlendirilmelidir.⁴¹⁶ Kamu görevlisi olma hakkı, insan onuruna yaraşan asgari yaşam düzeyine ulaşabilmesi için bireye sunulan çalışma hakkı kapsamında devlete pozitif yükümlülük yükleyen ve idare içinde örgütlenen sosyal bir haktır.

Kamu hizmetine girme hakkı salt hukuki eşitlik çerçevesinde değerlendirilmemelidir. Kamu hizmetine girme, çalışma hakkı ve eşitlik ilkesi ile birlikte değerlendirildiğinde, sosyal-maddi-eylemli eşitliğin bir parçasıdır.

B. Görevin Gerektirdiği Niteliklerden Başka Ayrım Gözetilemeyeceği İlkesi

Anayasa'nın 70. maddesi uyarınca *“Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemez.”* Bu durumda, eşitlik ilkesinin başına iki daraltıcı hüküm gelmektedir: **“vatandaşlık” ve “görevin getirdiği nitelikler.”**⁴¹⁷

Kamu hizmetinin insan ögesini oluşturan kamu görevlileri için “kamu görevi”ne girmede eşitlik ilkesi,⁴¹⁸ Anayasa’da ayrım gözetme yasağının özel olarak öngördüğü *“Hizmetlere girmede görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemez”* kuralı (md.70/2) ile *“kanun önünde eşitlik”* kuralının (md.10) bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa’nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesi, kamu hizmetlerine girme hakkını da kapsayan “genel” bir ilke olduğundan, görevin gerektirmediği nedenler açısından ayrımcılık yapılması 10. maddeye aykırı düşer. Başka bir deyişle kamu hizmetlerine girme hakkı, 10. maddenin genel korumasından bağışık değildir. Kamu görevliliğine girişte eşitlik ilkesi, *“kamu hizmetlerine girmek isteyen ve eşit durumda bulunan herkese eşit koşulların sağlanmasını”* gerekli kılmaktadır. Bu ilke, kamu görevliliğine girişte; dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle

⁴¹⁶ Bkz. Anayasa md. 5, 18, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 60, 62, 65, 70, 128, 129, 139.

⁴¹⁷ YAYLA, İdare Hukuku, s. 278.

⁴¹⁸ KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 207.

kişiler arasında ayırım yapılmamasını ifade eder.”⁴¹⁹ Anayasa Mahkemesi de bu iki ilkeyi beraber değerlendirerek, “*Anayasanın 10. maddesinde yer alan “eşitlik ilkesi” ve 70. maddesinde yer alan “kamu hizmetine girme hakkı”nın düzenlenmesi suretiyle eşitlik ilkesinin benimsediğini,*”⁴²⁰ ifade etmektedir. Danıştay, kararlarında bu iki ilkenin birlikteliğinden şu şekilde bahsetmektedir: “*...kamu hizmetlerine girme hakkı, Anayasanın 70. maddesinde düzenlenmiştir. ...madde, kamu hizmetlerine girme hakkı yönünden vatandaşlar arasında herhangi bir ayırım yapmamış, görevin gerektirdiği niteliklere sahip olmayı bu haktan yararlanabilmek için yeterli saymak suretiyle, kanun önünde eşitlik ilkesini açıklayan 10. maddeye uygun düzenleme getirmiştir...*”⁴²¹

Anayasa’nın 70. maddesinin 2. fıkrasının aradığı “**görevin gerektirdiği nitelikler**” kavramını, Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası’nın yürürlükte olduğu dönemde vermiş olduğu bir kararında ödev-nitelik ilişkisi bağlamında şu şekilde ifade etmiştir “*...Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki, bağ olduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha acık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde, ödevle onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o görev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi bir biçimde yerine getirilmiş olmayacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir. Bu nedenle bir kamu hizmetine alınacaklarla ilgili yasal niteliklerle kısıtlamalar düzenlenirken, doğrudan doğruya, o **hizmetin gereklerinin göz önünde tutulması**, başka bir anlatımla nitelik ve*

⁴¹⁹ Mustafa ATEŞ, Kamu Hizmetlerinde İşe Alma Sistemleri ve Türkiye’de Uygulanan Politikalar Üzerine Bir İnceleme, DTP Yay., Yayın No. 2383, Ankara, 1995. s. 96.

⁴²⁰ AYM, 1998/37 E, 1999/25 K, K.T. 08.06.1999, R.G. 22.04.2000/24028.

⁴²¹ D.5.D. 1987/2417 E, 1988/1286 K, K.T. 14.04.1988. Bu iki ilke arasındaki bağlantıya değinen aynı yöndeki karar için bkz. D.5.D. 2001/5253 E, 2003/796 K, K.T. 13.03.2003. Bkz. <http://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>

kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uyan nesnel ve zorunlu bir neden sonuç ilişkisinin kurulması gereklidir.”⁴²²

Gerek sınavlarda gerekse hizmete alınma koşullarında adayın başvurduğu hizmete uygunluk derecesinin “**görevin gerektirdiği nitelikler**” göz önüne alınarak saptanması, liyakat ilkesinin bir sonucudur. Kamu görevliliğine girişte **liyakat ilkesi**, en yetenekli kişinin kamu görevine girebilmesi için açık yarışma sınavının yapılması gerekliliğini ve görevin gerektirdiği nitelikleri yani **ödev-nitelik** ilişkisini belirtirken; **eşitlik ilkesi**, kamu hizmetine ve bunun için yarışma sınavına girecek olan herkese eşit koşulların sağlanması gerekliliğini ortaya koyar. Ayrım gözetilmeksizin bütün vatandaşlara memurluğa girme olanağı sağlanmakta ilgililerin yeteneği, bilgisi ve nitelikleri ve bunların ölçülüp tespit edilmesi, herkesin eşit koşullar ve olanaklar altında katıldığı objektif sınavlara dayanması gerekmektedir. Nesnellik ve eşitlik ilkesinin uzantısı olan liyakat ilkesinin belirlenmesinde en önemli yöntemlerden biri de, kamu görevlileri için yapılacak sınav sisteminin adil olmasıdır. Sınavların yapılışı, yürütülüşü, atamaların yapılması tamamen nesnel olmalı, idarenin takdir yetkisini sınırlayabilecek biçimde gerçekleştirilmelidir. Bu nedenle keyfiliğe fırsat verebilecek şekilde, sınavda jüri ve mülakat gibi usuller, istisnalar dışında izlenmemelidir.⁴²³ Tarafsızlık özelliği, kamu hizmetlerinin nesnelliğinin de bir sonucudur. Bu nedenle hizmetin bir parçası olan kamu hizmetine alınma sırasında tarafsızlık da idarenin tarafsız olduğuna dair bir kanaat oluşturmaktır.

Kamu hizmetlerine girmede **eşitlik ilkesi**, devlet memurluğuna girişte aranan **özel ve genel koşullar** dışında başka niteliklerin aranmamasını öngörür. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun memuriyete giriş koşullarını düzenleyen 48. maddesine göre koşulları sağlayan herkesin başvuruda bulunmasına bir engel bulunmamaktadır. Danıştay’a göre görevin gerektirdiği nitelikler, öğrenim düzeyi, yaş, askerlik hizmeti veya yükümlülük durumu ile genel ve objektif veya özellik arz eden hizmet grupları için de o hizmetin gerektirdiği özel nitelikler olabilir ve bu durum kamu hizmetine girme hakkı yönünden vatandaşlar arasında her hangi bir

⁴²² AYM, 1979/19 E, 1979/39 K, K.T. 09.10.1979, R.G. 16.01.1980/16871. Ödev nitelik ilişkisi bakımından aynı değerlendirmeleri içeren Danıştay kararı için bkz. D.8.D 2006/692 K, 2004/4680 E, K.T. 22.02.2006, DBB.

⁴²³ YAYLA, İdare Hukuku, s. 280.

ayrım yapıldığı anlamına gelmez.⁴²⁴ Kamu hizmetine girmede yaş, sağlık, askerlik vb. genel koşulları belirlemede idarenin takdir yetkisine sahip olması söz konusu değildir. Ancak Danıştay, 29.05.2000-2000/52 sayılı Genelge'nin ilköğretim müfettiş yardımcılığı sınavı başvuru koşulu olan 40 yaşını doldurmamış olma şartını içeren düzenlemeyi, idarelerin yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetin özelliklerini dikkate alarak yaş konusunda üst sınır belirleme konusunda yetkili olabilecekleri ve idare tarafından getirilen yaş şartında hizmet gereklerinde aykırılık olmadığı⁴²⁵ gerekçesiyle iptal etmemiştir. Yine Polis Mesleğine Gireceklerde Aranılacak Sağlık Şartlarına Dair Yönetmeliğin 4. maddesinin E bendinde yer alan “göz sağlam olacaktır” hükmüne dayanılarak gözünde basit miyopi teşhisi yapılan lise mezunu olan davacının Polis Enstitüsü Yüksek Kısımına kaydının yapılmama işleminin iptali istemiyle açılan davada Danıştay “...aynı yönetmeliğin polis koleji elemanlarında aranılacak sağlık şartları başlığını taşıyan 7. maddesinde aynı göz kusurunun mesleğe kabulde engel sayılmayacağı hükme bağlanmıştır... aynı göz kusurunun aynı mesleğe girişte kişilerin eğitim menşesine bakılarak farklı yorumlama ve değerlendirilmesi, diğer bir deneyimle aynı arızanın birisi için mesleğe girişte engel sayılmaması eşitlik, hak ve adalet kurallarıyla bağdaşmaz.” diyerek işlemi iptal etmiştir.⁴²⁶ Danıştay işlemi, belirlenen koşulun hizmet gerekleriyle ilgisini tartışmamış ancak kişiler arasındaki farklı uygulamaya dikkat çekerek eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Kamu görevine girişte aranan genel şartlardan biri olan **sağlıklı olma koşulu**; kamu görevlisinin yapacağı işin niteliğine göre eşitlik ilkesine aykırı bulunmayabilir. Örneğin şoför olarak istihdam edilecek memurun el, kol, göz vb. organlarının sağlıklı olması koşulu getirilebilir. Yine yaptıkları işin niteliği gereği polis memurluğu ve askerlik için de benzer sağlık şartları aranabilir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, 788 sayılı Memurin Kanunu'nun 4/h. maddesiyle aranan, memur olabilmek için **askerlik hizmetini** yapmış olma şartı kamu hizmetinin kesintiye uğramadan sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi açısından **kamu hizmetinin gerektirdiği** bir niteliktir; Anayasa'nın 12. maddesinde ifadesini bulan

⁴²⁴ D.5.D. 1987/2417 E, 1988/1286 K, K.T. 14.04.1988, DD, Y. 19-1989, S. 74-75. s. 302. Bkz. AYM, 1990/39 E, 1991/21 K, K.T. 11.07.1991, R.G. 23.05.1992/21236.

⁴²⁵ D.5.D. 2000/3522 E, 2004/576 K, K.T. 23.02.2004. Karar için bkz. <http://www.corpus.com.tr/#/Danistay>

⁴²⁶ D.8.D. 1982/7 E, 1982/1160 K, K.T. 18.10.1982, DBB.

kanun önünde eşitlik ilkesini zedeleyen bir ayırım, bir imtiyaz değildir.⁴²⁷ Ayrıca Danıştay da devlet memurluğu genel şartı olan askerlik görevini yapmış olmak gibi özel şartların belirlenmesinde idarenin takdir yetkisi olmadığına karar vermiştir.⁴²⁸ Ayrıca 48. maddede hizmetin özelliğine göre **özel koşullar** uygulanabileceği öngörülerek, bu koşulların ilgili kurumların kuruluş yasalarında yer aldığı belirtilmektedir. Danıştay’a göre değişik nitelikler ve özellikler gösteren kamu hizmetlerini daha iyi yerine getirebilmek için, bu hizmetin insan ögesini oluşturan memurlarda; memurluğa girişte, fazladan aranabilecek kimi özel ve genel koşullar bu ilkeyi zedelemeyebilir. Çünkü yürütülen kamu hizmetleri ilgili oldukları alanlara göre birbirinden farklı nitelikteki kamu görevlilerinin çalıştırılmasını gerektirebilmektedir.

Bu farklılığın yaş, cinsiyet, eğitim, boy, ağırlık gibi çeşitli unsurlara dayanması mümkündür. Bu nedenle ilgili mevzuatta görevin gerektirdiği niteliklerin her bir hizmet alanı için farklı şekillerde belirlenmesinde kural olarak Anayasa’ya aykırı bir durum söz konusu olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında yer alan; “*Anayasanın 70. maddesi kamu hizmetlerine girme hakkını düzenlemiştir. Bu madde kamu kurum ve kuruluşlarının tümünü kapsayan temel bir hakkı düzenlemektedir. Değişik hukuksal yapıdaki kamu kurum ve kuruluşlarının kendi özellikleri ve gereksinimleri sonucu değişik eğitim kurumlarına ve mesleki yetiştirmeye dayanan mesleğe giriş ve yükselme esasları düzenlemeleri bu maddeye aykırılık teşkil etmez*”⁴²⁹ şeklindeki gerekçeyle de bu durum vurgulanmıştır. Ancak herkese kamu görevlisi olma yolunda eşit şans tanınması; düzenleme, Anayasa Mahkemesi’nin ifadesiyle aynı durumda olan herkese uygulanmak şartıyla her bir meslek için genel ve objektif koşulların öngörülmesine engel değildir. Aranacak farklı niteliklerin saptanmasında objektif yaklaşımın benimsenmesi; bu objektif niteliklere uyan ve uymayan memurların belirlenmesinde de eşitlik ilkesine mutlaka uyulması gerekir.⁴³⁰ Kamu kurum ve kuruluşları tarafından personel alımları yapılırken başvuru şartlarının-özel koşulların, görevin gerektirdiği nitelikler ve

⁴²⁷ AYM, 1963/205 E, 1963/123 K, K.T. 22.05.1963, R.G. 11480/14.08.1963.

⁴²⁸ Bkz. D.5.D. 1988/1109 E, 1988/3008 K, K.T. 16.12.1988, DD, Y. 1989, S. 74-75, s. 276-277.

⁴²⁹ AYM, 1990/39 E, 1991/21 K, K.T. 11.07.1991, R.G. 25.05.1992/21236.

⁴³⁰ Yasin SEZER, Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Seçkin Yay., Ankara, 2006, s. 160.

hizmet gerekleri doğrultusunda eşitlik ilkesine uygun bir biçimde oluşturulması gerekmektedir. Kamu hizmetine girişte **görevin gerektirdiği niteliklerin** belirlenmesi sırasında idarenin kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı ölçütlerini kullanması gerektiğini belirten Danıştay: “2547 sayılı Yasada uzmanlığa atanmak için eğitim seviyesinin ne olacağı açıkça düzenlenmemiş ise de, üniversitelerde öğretim elemanı olan ve öğretimle ilgili görevleri öğretim yardımcısı olarak yürütecek olan uzmanlarda, ön lisans seviyesindeki eğitimin yeterli olmadığı görülmektedir. Bu durumda ön lisans mezunu olduğu gerekçe gösterilerek, uzmanlıktan teknikerliğe atanan davacıya ilişkin dava konusu işlemde **kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı bakımından hukuka aykırılık yoktur.**”⁴³¹ diyerek üniversitelerdeki öğretim yardımcısı kadrolarına atanacak uzmanların görevin gerektirdiği nitelikler bakımından yükseköğrenim görmüş olmaları gerektiğini belirtmiştir.

Kamu hizmetine girmede aranacak şartların çoğu; görevin niteliği ile uyuşmayan ve gerekli olmayan, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacak niteliktedir. Örneğin TSK’da sivil memur (veri hazırlama kontrol işletmeni) olarak çalışacaklarda Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği’nin 85. maddesinin Türk Silahlı Kuvvetlerine alınacak kadın memurlarda boy alt sınırın 150 cm. olarak uygulanacağı hükmüne yer verilmesi sebebiyle memuriyete alınamayan davacının açtığı davada ⁴³² “...Dava konusu düzenleme Yasada yer almadığı gibi Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapan "bayan" sivil memurların görevlerinin niteliğinin de bu yönde bir düzenlemeyi gerektirmediği açıktır. Bu itibarla dava konusu Yönetmeliğin 85. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "boy alt sınırı 150 cm. (150 cm. dahil)" ibaresinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” diyerek **kamu hizmetine girmede aranılacak özel şartların**, yasaya ve görevin niteliğine uygun olması gerektiğini vurgulamış ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. TODAİE’de lisansüstü uzmanlık programına devam etmek için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan yönetmeliğin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, “...anılan programa katılabilmek için yükseköğrenimden sonra, en az beş yıl kamu

⁴³¹ D.8.D. 1998/374 E, 1999/6527 K, K.T. 22.11.1999. Bkz. <http://www.danistay.gov.tr/> , DBB; D.11.D. 2007/1947 E, 2009/1861 K, K.T. 23.02.2009. Bkz. <http://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>.

⁴³² DiDD, 2006 /1597 E, 2008/1900 K, K.T. 06.11.2008. Bkz. <http://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>.

kesiminde eylemli olarak çalışmış olmak şartının getirilmesinde, bu konuda idare heyetine takdir yetkisinin kullanılması açısından 7163 sayılı Yasanın amacına ve hukuka aykırılık görülmemiştir. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da vurguladığı üzere, eşitlik ilkesi, aynı hukuki durumda bulunan kişilere, kural olarak, aynı şekilde davranılması ve uygulama yapılması anlamını taşıdığından, iptali istenen yönetmelik hükmünün anılan ilkeye aykırılığından da söz edilmeyeceği açıktır.”⁴³³ demekte ve ilgililerin “**belli bir deneyime sahip olmaları**” şartını arayan yönetmelik hükmünün **kamu yararı ve hizmet gereklerine** uygun olduğunu dile getirerek başvuruyu reddetmiştir. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 3. maddesinin ‘b’ bendinde yer alan avukatlığa kabul edilebilmek için hukuk fakültesinden mezun olma koşulunu arayan hükmün, Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla yapılan bir başvuruda söz konusu karara göre; Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesi, aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir: “*Bu sebeple değerlendirmenin aynı statüde olan hâkimlerin avukatlık yapması yönünden değil, hukuk fakültesi mezunu olup olmamaları bakımından yapılması gerekir*”.⁴³⁴

Kamu hizmetine girişte yukarıda belirtilen genel ve özel şartlar dışında hizmete girişte farklı koşullar ileri sürülebilir. Örneğin Baro levhasına yazılma isteminde bulunanlardan ilk defa avukatlık mesleğine giren kişilerle bunların dışında kalanlar bakımından farklı giriş keseneği tespitine ilişkin Baro Genel Kurulu karar Danıştay tarafından iptal edilmiştir.⁴³⁵

Anayasa, bu özgül kuralıyla ayrımcılık yasağını “hizmete alınma” ile sınırlandırmış olmakla birlikte, bu yasak, 10. maddedeki genel eşitlik ilkesi dolayısıyla, ücret ve çalışma koşulları, ilerleme ve yükselme, hizmete son verme vb. konularda da ilkece geçerlidir. Devlet Memurları Kanunu da, **liyakat** ilkesini devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkânlarla uygulanmasında devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmak şeklinde

⁴³³ D.5.D, 1997/1325 E, 2000/1470 K, K.T. 09.05.2000, DD, Y. 2003, S. 105, s. 276.

⁴³⁴ AYM, 2002/132 E, 2003/48 K, K.T. 04.06.2003. R.G. 19.12.2003/25321.

⁴³⁵ D.8.D. 1975/913 E, 1975/2879 K, K.T. 18.11.1975, DBB.

tanımlamıştır.⁴³⁶ Danıştay da eşitliğin sadece kamu hizmetlerine girişte aranmayacağı, görev sırasında da devam edeceğini kabul etmiştir. Danıştay “...*Kanun hükmünün yalnız **memurluğa ilk girişte uygulanacağını kabul etmek, teknik eleman niteliğini girişte taşıyanlarla sonradan kazananlar arasında bir eşitsizlik ve haksız uygulamaya yol açar ki, böyle bir uygulama hukuk sistemimizin temel ilkelerinden olan kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırıdır.***”⁴³⁷ gerekçesiyle memuriyete girdikten sonra fen memuru niteliğini kazanan davacının bulunduğu dereceden bir üst dereceye yükseltilmemesi yolundaki işlemi iptal etmiştir. Kamu görevine girme bakımından düzenlenen bu ilkenin görevde ilerlemede de geçerli olacağı açıktır.⁴³⁸ Danıştay, atama, izin, ücret, vb. konulara ilişkin işlem ve düzenlemelerde idarenin takdir yetkinini eşitlik ilkesine uygun kullanması gerektiğine dikkat çekmektedir.⁴³⁹ Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında yer alan; “*Anayasanın 70. maddesi... kamu **kurum ve kuruluşlarının tümünü kapsayan temel bir hakkı düzenlemektedir. Değişik hukuksal yapıdaki kamu kurum ve kuruluşlarının kendi özellikleri ve gereksinimleri sonucu değişik eğitim kurumlarına ve mesleki yetiştirmeye dayanan **mesleğe giriş ve yükselme esasları** düzenlemeleri bu maddeye aykırılık teşkil etmez***”⁴⁴⁰ şeklindeki gerekçeyle de bu durum vurgulanmıştır. Yine de eşitlik ilkesine uygunluk denetimi, nispi eşitlik anlayışı çerçevesinde eşitler arasındaki karşılaştırma ile yapılmaktadır. 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu’nun 4638 sayılı Kanunla değişik 55/12 maddesinde, (A) ve (B) grubu komiser ve komiser yardımcıları için rütbelerindeki ilerleme sürelerinin farklı belirlenmesine ilişkin düzenlemenin eşitliğe aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açılan davada Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun **eğitim durumlarındaki farklılığı esas alarak** düzenleme yaptığını ve bu nedenle de eşitlik ilkesine aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁴⁴¹ Buna karşılık Mahkeme aynı kararda, rütbe terfiinde değerlendirilecek

⁴³⁶ D.5.D. 1996/1272 E, 1997/1118 K, K.T. 27.05.1997, DD, Y. 1998, S. 94, s. 353.

⁴³⁷ D.5.D. 1987/1075 E, 1989/2557 K, K.T. 27.12.1989, DD, Y. 20-1990, S. 78-79, s. 243.

⁴³⁸ KARAHANOGULLARI, s. Kamu Hizmeti, 207.

⁴³⁹ D.8.D. 1997/2359 E, 1998/3478 K, K.T. 27.10.1998; D.5.D. 2002/3312 E, 2003/253 K, K.T. 30.01.2003, DBB; DİDDGK, 1982/381 E, 1982/289 K, K.T. 24.09.1982, DD, Y. 1983, S. 50-51, s. 164.

⁴⁴⁰ AYM, 1990/39 E, 1991/21 K, K.T. 11.07.1991, R.G. 25.05.1992/21236.

⁴⁴¹ AYM, 2001/346 E, 2003/63 K, K.T. 11.06.2003, R.G. 08.11.2003/25283, aynı yönde bkz. AYM, 1999/45 E, 2000/9 K, K.T. 13.04.2000, R.G. 06.07.2000/24101.

süreleri düzenleyen maddenin ilgili kısmında geçen “*polis amiri olduktan sonra yapılan*” ibaresi nedeniyle polis amiri olmadan önce yapılan askerlik hizmetinin rütbe terfiinde sayılmasına engel oluşturduğunu ve kamu görevinin askerlik hizmetinin yürütülmesinde farklı bir konum yaratmayacağı, bu nedenle sadece polis amiri olduktan sonra yapılan askerlik hizmetinin terfide sayılmasını öngören kuralın eşitliğe aykırı olacağı gerekçesiyle iptal etmiştir.⁴⁴² Anayasa Mahkemesi polislerle verilen operasyon tazminatının çarşı ve mahalle bekçilerine verilmemesini iki meslek grubunun aynı hukuksal konumda olmadığını, dolayısıyla da eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴⁴³

Ayrıca Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda sözü edilen kararda kamu hizmetlerine girme hakkı konusundaki ayrımcılık yasağı, 657 sayılı Kanun’da öngörülen dört istihdam biçimine bağlı olarak farklı statülerde (memur, işçi, sözleşmeli olarak) hizmete alınacak herkes için geçerlidir.

C. Kamu Hizmetine Girmede Pozitif Ayrımcılık

Hukuk açısından eşitlik, esas itibarıyla kanun önünde söz konusudur. Bu matematiksel, sayısal niceliksel bir eşitlik, dolayısıyla da herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olması demek değildir.⁴⁴⁴ En öz ifadesiyle, eşitlik “benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme bağlı tutulması...” demektir.⁴⁴⁵ Anayasa, doğal, toplumsal eşitsizlikleri, engelleri, yani eşitliğin gerçekleşmesini önleyen durumları ortadan kaldırma ödevini de devlete yüklemiştir.⁴⁴⁶ Başka bir ifadeyle hukuk önünde kanun önünde eşitlik de yetmemektedir. Çünkü benzer koşullar içinde özdeş nitelikte bulunan durumların aynı işleme tabi tutulmasıyla yetinildiğinde, “benzer koşul” ve özdeş durum kazanabilme şansı, imkânı unutulmakta veya gözden kaçırılmaktadır. Örneğin Anayasa’ya göre her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Ancak, eşitliği dile getiren bu kuralın hemen arkasında şu ifade yer alıyor: “Hizmete alınmada

⁴⁴² AYM, 2001/346 E, 2003/63, K.T. 11.06.2003, R.G. 08.11.2003/25283.

⁴⁴³ AYM, 1999/45 E, 2000/9 K, K.T. 13.05.2000, R.G. 06.07.2000/24101.

⁴⁴⁴ Yıldızhan YAYLA, İmkân ve Fırsat Eşitliği ve Çocuklar, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Yay., C. 2, 1982, İstanbul, s. 481.

⁴⁴⁵ AYM, 1976/3 E, 1976/23 K, K.T. 13.04.1976, R.G.15.07.1976/15647.

⁴⁴⁶ YAYLA, İmkân ve Fırsat Eşitliği, s. 481.

ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez”. Eğer kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi demek olan ödevlerin aradığı, gerektirdiği ortak ve vazgeçilmez nitelikler, adaylığı söz konusu olan her Türk’te bulunmuyorsa, hatta ancak bir kısmında bulunuyorsa, eşitliğin vurgulandığı bu kural büyük ölçüde kâğıt üstünde kalmaktadır.⁴⁴⁷

Anayasa’nın 70. ve 10. maddeleri gereği, herkese kamu görevlisi olma yolunda aday olabilmek serbestisinin tanınmasının yanı sıra, görevin gerektirdiği nitelikler kapsamında da **fırsat eşitliğinin** sağlanması gerekmektedir.⁴⁴⁸ Çalışma hakkı, sosyal devlet ilkesinin bir yönünü oluşturduğuna göre sosyal-toplumsal ve maddi-eylemli eşitlik çerçevesinde fırsat eşitliğini de içerecek şekilde değerlendirilmelidir. Esasen yasal düzenlemelerde “herkes”, “her Türk”, “vatandaşlar”, “kimse” gibi genel ifadeler yer alsa da bu “genelleştirici” ifadeler birbirinin aynı olan insanları kapsamazlar.⁴⁴⁹ Aralarında kadınlar, çocuklar, gençler, yaşlılar, öğrenimliler, göçmenler, işçiler vb. gruplar vardır.

Fırsat eşitliği; ilkece önemli toplumsal kurumlara (eğitim, işe alınma gibi) girme hakkının herkese tanınması ve evrensel esaslara (özellikle başarıya ve yeteneğe) bağlı olması anlamına gelir. Toplumdaki temel idari ve mesleki konumların, mezheplerine ve toplumsal kökenlerine bakılmaksızın, yetenekli kişiler tarafından doldurulması gerektiğini belirtir.⁴⁵⁰ Böylece dezavantajlı grupların önleyici ve katılımsal eşitsizlik sorunu göz ardı edilmiş olur. Bu durumda sağlanmaya çalışılan, “koşullarda eşitliktir”. Koşulların eşitlenmesi kamu otoritesinin adil fırsat düzeneğini kurmasına bağlıdır. Sosyal devlet, toplumda fiili eşitsizlik durumunda bulunan ve korunmaya muhtaç kişilere bazı ayrıcalıklar tanıyarak sosyal eşitliği sağlayabilir.

⁴⁴⁷ YAYLA, İmkân ve Fırsat Eşitliği, s. 482.

⁴⁴⁸ Yasin SEZER, “Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat ve İlkesi Açısından İstisnai Memurluk”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3-4, Y. 2003, s. 159.

⁴⁴⁹ YAYLA, İdare Hukuku, s. 278.

⁴⁵⁰ BRYAN, s. 36-37.

1. Dezavantajlı Gruplar

Anayasa'nın koruyucu hükümleri çerçevesinde çeşitli kanunlarda engellilerin⁴⁵¹ kamu görevliliğine girmelerine yönelik düzenlemeler yapılmıştır. 1982 Anayasası'nın 61. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında, “Devletin, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimlerini, gazileri ve özürlüleri koruyacağı” şeklindeki hüküm eşitlik ilkesini sağlayıcı nitelikte bir düzenleme olarak kabul edilebilir. Bu doğrultuda çeşitli kanunlarda, belirtilen kişilerin kamu görevliliğine girişlerinde eşitlik ilkesini sağlayıcı düzenlemeler yapılmıştır.

Devlet Memurları Kanunu'nda (md.30/1), kamu kurum ve kuruluşlarına, Devlet Memurları Kanunu'na göre çalıştırdıkları personele ait kadrolarda %3 oranında engelli çalıştırma zorunluluğu getirilmektedir. Bu %3'ün hesaplanmasında ilgili kurum veya kuruluşun (taşra teşkilatı dâhil) toplam dolu kadro sayısı dikkate alınmaktadır. Engelli grupların-kişilerin korunmasına yönelik, kamu görevliliğine girmelerine ilişkin olarak yapılan ayırık düzenlemeler, kamu görevliliğine girmede eşitlik ilkesinin ihlali olarak değerlendirilemez. Nitekim Danıştay, engellilerin istihdamına yönelik pozitif ayrımcılık oluşturan bu durumu, farklı statüde bulunanların “farklı işleme tabi tutulacağını” gerekçe göstererek eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir.⁴⁵² 657 sayılı DMK md. 53'te, 2005 yılında yapılan bir değişiklikle engellilerin memur olmaları kolaylaştırılmıştır. Devlet Memurları Kanunu'nda (md.53) engellilerin devlet memurluğuna alınmaları ayrı bir maddeyle düzenlenmiştir.⁴⁵³ Bu düzenlemeye göre, engellilerin mesleklerine uygun münhal kadrolara atanması, mesleklerini icra veya infaza yardımcı araç ve gerecin kurumlarınca temin edilmesi esastır. Engellilerin devlet memurluğuna alınma şartları ile hangi işlerde çalıştırılacakları, mesleklerini icra ve infazda hangi yardımcı araç ve gereçlerin kurumlarınca temin edileceği, zihinsel engellilerin hangi görevlere atanmasında asgari eğitim şartından istisna edileceği hususları yönetmelik

⁴⁵¹ Anayasal bir terim olmasına rağmen, korunmaya muhtaç durumda bulunan bu kişiler için “sakat” veya “özürlü” kelimeleri yerine yaygın anlayışa uygun olarak “engelli” denilmesini daha uygun buluyorum.

⁴⁵² D.10.D. 1996/993 E, 1999/3627 K, K.T. 23.06.1999, DD, Y. 2000, S. 102, s. 679.

⁴⁵³ Engellileri, kamu görevliliğine girmede koruyucu benzer bir düzenleme İş Kanununda yer almaktadır. İş Kanunu'nda (md.30/1), işverenlere belli sayıda engelli çalıştırma zorunluluğu getirilmiştir.

düzenlemesine bırakılmıştır.⁴⁵⁴ 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 'istihdam' başlığını taşıyan 14. maddesinde de yine engellilerin kamu görevliliğine girmesinde engelliler aleyhine ayrımcı düzenlemeler yapılamayacağı, işe başvuru ve alım süreçlerinde gerekli düzenlemelerin yapılmasını öngören bu maddede, çalışamayacak durumda olan engellilerin çalıştırılmasının, korumalı iş yerleri aracılığıyla sağlanması öngörülmektedir.⁴⁵⁵ Bu hüküm aynı zamanda engellilerin kendileriyle aynı koşullara sahip engelsiz kimselerle eşit şekilde işe alınma olanaklarına ulaşmalarını sağlamaktadır. İşe alım sürecinin bütün aşamalarında engellilerin engel koşulları göz önünde bulundurulmalıdır.

Pozitif ayrımcılık temelinde yapılan düzenlemelerden biri Yarışma Sınavları Hakkında Yönetmeliktir.⁴⁵⁶ Bu yönetmelik engellilerin devlet memurluğuna alınma şartları ile hangi işlerde çalıştırılacakları ve yapılacak sınavların usul ve esaslarını düzenlemektedir. Ancak yargı yerleri tarafından bu düzenlemeler bazen eşitliğe aykırı sonuçlar doğuracak katılıkta uygulanmaktadır. Danıştay'ın bu konuya ilişkin son derece ilginç bir kararı bulunmaktadır. Davaya konu olayda engelli birey bu sınava giremeyerek 2004 yılı Kamu Personeli Seçme Sınavına girmiş ve yeterli puanı alarak SSK Hatay İl Müdürlüğü emrine memur olarak yerleştirilmiştir. Danıştay engellilerin Devlet Memuru olarak istihdamında; kurum ve kuruluşların çalıştırdıkları personelin %3'ü kadar özürlü kontenjanı oluşturmak zorunda oldukları, bu kadroların ne şekilde kullanılacağına da özel düzenlemelerle ortaya konulduğunu, engellilerin hangi işlerde çalıştırılacaklarının ayrıca yönetmelikle

⁴⁵⁴ 20.08.2004 tarih ve 20004/7754 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan Özürlülerin Devlet Memurluğuna Alınma Şartları ile Yapılacak Yarışma Sınavları Hakkında Yönetmelik.

⁴⁵⁵ Engellinin engeli, mevcut işyerlerinde çalışmasını engelliyorsa bu işe almanın korumalı iş yerlerinde sağlanmasının yolu açılmıştır. 14. maddenin gerekçesinde de engellilerin kamu görevliliğine girişlerinde eşitlik ilkesinin sağlanmasının amaçlandığı şu şekilde belirtilmiştir: "Çalışan veya iş başvurusunda bulunan özürllüler diğer bireylere nazaran farklı uygulamalarla karşılaşabilmektedir. Özürllüler zaman zaman özürlü nedeniyle işe tercih edilmeme, uygun olmayan koşullarda çalışmaya zorlanma, eşit işe eşit ücret alamama, terfi ettirilmeme gibi adil olmayan davranışlarla karşılaşabilmektedirler. Madde ile özürllü bireylerin işgücü piyasasında karşılaştıkları ayrımcı uygulamaların engellenmesi, özürllülerin iş başvurusunda, seçim sürecinde karşılaştıkları engellerin en aza indirilmesi, mümkünse ortadan kaldırılması, yarışma koşullarının eşitlenerek işe alınmalarının kolaylaştırılması amaçlanmaktadır." 5378 Sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1029.pdf>, E.T. 10.04.2014.

⁴⁵⁶ R.G. 16.09.2004/25585.

düzenlendiğini belirtmiştir. Engelliler için ihtiyaca göre ayrıca engel grupları dikkate alınarak sınav yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle Danıştay engellinin sağlık kurulu raporunda belirtildiği üzere “**özürlü**” kadrosunda istihdamı gerektiğini kamu kurum ve kuruluşlarının talepleri doğrultusunda özörlöler için yapılacak sınavda başarılı olup, özüüne uygun kadrolara ataması yapılması gerektiğini belirtmiş ve genel sınav sonucunda yerleştirildiği kadroya atamasının yapılmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı görüşüne varmıştır.⁴⁵⁷ Karar; engelli bireyin engelsiz bireylerle aynı yarışta başarılı olmasına ve engelli bireyin engelinin kamu hizmetinin gereklerine aykırı bir durum oluşturmamasına rağmen bireyin bu haktan faydalanamaması anlamına gelir. Karar ancak engelli bireyin engelinden dolayı yapamayacağı bir iş için devlet memurluğu sınavını kazanması durumunda haklı bir gerekçe olabilirdi.⁴⁵⁸

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nda şehit olanların yakınları ile malûl ve gazilerden çalışabilecek durumda olanlar için kamu görevliliğine girişte sınav şartından muaf tutulma gibi özel koruyucu düzenlemeler yapıldığı görölmektedir. Yine 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu Ek md.1 hükmü gereği, kamu kurum ve kuruluşları ile belediyelerin ve kamu iştirakleri ve bağılı ortaklıkların memur ve işçi kadrolarının en az % 0,5’ini terör mağdurlarına ayırmak zorundadır.⁴⁵⁹

Hizmet gereklerine uygun olarak engellilere ve diğör kesimlere tanınan ayrıcalıklarla kamu hizmetine girme hakkının fırsat eşitliğini sağlayacak şekilde verildiği ve hizmeti aksatacak uygulamalara yol açmadığı sürece eşitlik ilkesine aykırı olduğunu söyleyemeyiz.

⁴⁵⁷ D.12.D. 2006/2864 E, 2006/4487 K, K.T. 08.11.2006, bkz. <http://www.corpus.com.tr/#/Danistay> , DBB.

⁴⁵⁸ Aynı yönde Bkz. DiDD, 1991/519 E, 1993/36 K, K.T. 19.02.1993, DBB.

⁴⁵⁹ Yasal düzenlemede terör mağdurları: “*Terör eylemleri nedeni ve etkisiyle; şehit olan veya çalışamayacak derecede malul olan kamu görevlileri ile er ve erbaşların varsa eşleri, yoksa çocuklarından birisi, çocukları da yoksa kardeşlerinden birisi ya da terör nedeni ile malul olup da çalışabilir durumda olanlar*” olarak tanımlanmıştır.

2. Cinsiyet Eşitliği

Kamu görevine girmede eşitlik ilkesi, cinsiyet unsurunun ayırım nedeni olarak görülmesini yasaklayan Anayasa'nın 10. maddesi, çalışma hakkını düzenleyen 40. maddesi ve nihayetinde kamu hizmetlerine girmede eşitlik ilkesini düzenleyen 70. maddesinde ifadesini bulmaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin koruma alanı ve kapsamına yukarıda geniş bir başlık altında yer verilmişti. Bu konuda anayasal ve yasal düzenlemelerin yanında, kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığının önüne geçmek için Başbakanlık tarafından, 21.01.2004 tarih ve 2004/7 sayılı personel temininde eşitlik ilkesine uygun hareket edilmesi konulu genelge çıkarılmıştır.⁴⁶⁰ Söz konusu Genelge'de, personel alımında hizmet gerekleri dışında cinsiyet ayrımı yapılmasının Anayasa'daki ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerdeki kadın-erkek eşitliğine ilişkin hükümlere aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir.⁴⁶¹ Son olarak 2010 tarihli Kadın İstihdamının Artırılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması adlı Genelge ile de gerek kamu kurum ve kuruluşlarında gerekse özel sektörde kadın istihdamına ilişkin sorunların tespiti ve fırsat eşitliğine yönelik çalışmaların yapılacağı ve destekleneceği belirtilmiştir.⁴⁶²

Danıştay ve Anayasa Mahkemesi uzun yıllar kamu hizmetine girişte kadın erkek eşitliğine aykırı olan kararlarını, kadınların fiziksel ve biyolojik yapıları nedeniyle hizmetin gerektirdiği niteliklere sahip olmadığı gerekçesine

⁴⁶⁰ 2004/7 sayılı Genelge, Personel Temininde Eşitlik İlkesine Uygun Hareket Edilmesi, R.G. 22.01.2004/25354 bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130105-5.htm>.

⁴⁶¹ BM Genel Kurulunun kararıyla imzaya ve onaya açılan, 7 Temmuz 1954 tarihinde yürürlüğe giren, *Kadınların Siyasal Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme*'de (md.3), 'Kamu hizmetlerinde görevlendirilme hakkı, "Kadınlar hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın erkekler ile eşit koşullar altında, ulusal hukuk tarafından kurulmuş olan kamu hizmetlerinde görevlendirilme ve kamu görevlerini icra etme hakkına sahiptir." şeklinde düzenlenmiştir. *BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşmesi*'nin (Türkiye Sözleşme'nin onaylanmasını 3232 sayılı Kanunla uygun bulmuştur.) çalışma hakkını düzenleyen 11. maddesi taraf Devletlerin istihdam alanında erkekler ile kadınların eşitliğini sağlayacak şekilde kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek için her türlü önlemi almaları gerektiği hüküm altına alınmıştır. AİHS'in 14. maddesinde yer alan düzenleme, her türlü ayrımcılıkla birlikte kadın ve erkek arasındaki ayrımcılığı da ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Kamu hizmetine girme hakkı AİHS'te açıkça düzenlenmediği için ayrımcılık yasağı bağlamında kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımı yapılması hususu, Glaserapp Almanya kararında AİHM tarafından "Sözleşmenin Başlangıç bölümünde de söylendiği gibi Avrupa belgeleri, Evrensel Bildiri'de belirtilen haklardan "bazıları"nın kolektif bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere yapılmışlardır." şeklinde açıklanmıştır. AİHM, *Glaserapp/Almanya*, Başvuru No. 9228/80, K.T. 28.08.1986, bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr>.

⁴⁶² Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/05/20100525-12.htm>.

dayandırmıştır. 788 sayılı Memurin Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen kadınların ne gibi memuriyet ve hizmetlerde çalıştırılacaklarının her bakanlığın memurlarına ait kanunlarında belirleneceğine ilişkin kuralın, o dönem itibariyle Anayasa'nın 12. maddesinde yer alan "yasa önünde eşitlik ilkesine" ve 58. maddede yer alan "her Türk'ün kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu ve hizmete alınmada ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemeyeceğine" ilişkin hükme aykırı olduğu ileri sürülerek açılan iptal davasında, Kanunu'nun 6. maddesini Anayasa'nın 12. ve 58. maddelerine aykırı bulmamıştır.⁴⁶³ Kararın gerekçesinde "*...Anayasanın her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir hükmüne karşın kadın vücut yapıları gereği bazı işlerde çalışmalarının mümkün olmadığı, kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi gerektiğinden kadınların vücut yapılarının müsaade etmeyeceği işlerde istihdam edilmeleri doğru olmaz. Bu itibarla vücut yapıları ve işlerin niteliği bakımından kadınların bazı kamu hizmetlerine alınmamalarında ve bu hususların Bakanlığın memurlarına ait kanunlarda gösterilmesinde Anayasa'ya aykırı bir cihet yoktur.*" denilerek **kadınların vücut yapılarının işlerin niteliğine ve hizmet gereklerine** uygun olmadığı gerekçesiyle Anayasaya aykırı görmemiştir. Aynı gerekçeler Danıştay tarafından da kullanılmıştır. Danıştay kaymakamlık sınavına kabul edilmeme işleminin iptali istemiyle açılan davada idarenin takdir yetkisini kullanırken ileri sürdüğü "*ülkemin idari yapısı kaymakamdan beklenen hizmetlerin **fiziki yönden** arzettiği zorluklar nedeniyle **bayanların** başvurularının reddedildiği*" gerekçesini haklı bularak, idarenin kaymakamlık görevinin özelliklerini ve ülke genelinde bu görevin yürütüleceği ilçelerin toplumsal, kültürel, coğrafi ve ulaşım olanaklarını göz önünde bulundurarak kaymakamlık görevine almada kadın erkek ayrımı gözetmesinde, Anayasa'nın 70. maddesine aykırılık görmemiştir.⁴⁶⁴ Görüldüğü gibi Mahkeme, eşitlik ilkesini kadınlar aleyhine oldukça dar yorumlamıştır. Mahkeme kadın erkek eşitliği konusunda kız teknik öğretmen okulu ve kız teknik yüksek öğretmen okulu mezunlarının 657 Sayılı Kanunun 36/A-2. maddesinde öngörülen giriş derece ve kademelerine bir derece eklenmesi uygulanmasından faydalanmak isteyen Kız

⁴⁶³ AYM, 1963/148 E, 1963/256 K, K.T. 25.10.1963, R.G. 10.03.1964/11652.

⁴⁶⁴ D.5.D. 1984/9357 E, 1984/3836 K, K.T. 15.11.1984, http://www.kararevi.com/karars/248839_danistay-5-daire-e-1980-9357-k-1984-3836#.UhSCotLvhrU, DBB.

Teknik Yüksek Öğretmen Okulu mezunu olduğunun ve Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı mesleki ve teknik eğitim ve öğretim veren Kız Meslek Lisesinde, branş öğretmeni olarak görev yapan ve teknik hizmetler sınıfında görev alma niteliğini taşıyan ve 3795 sayılı Kanunla "Teknik Öğretmen" unvanını kazanan kadın davacının her ne kadar benzer ve eşdeğer öğrenim görmüş olsa da maddedeki "... *Erkek Teknik Yüksek Öğretmen Okulu, Erkek Teknik Öğretmen Okulu mezunları..*" ibaresi nedeniyle "*fıkranın ilk metninin kapsamında, davacının mezun olduğu okula yer verilmediği*" gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin eşitlik ilkesine aykırı görerek verdiği iptal kararını bozmuştur.⁴⁶⁵

Ancak son idari yargı içtihatlarına göre, kadınların kamu personeli olmalarını önleyen bir yeteneksizlik olamaz. Sadece hizmet gerekleri, kadın personele kısıntı getirilmesini sağlayabilir.⁴⁶⁶ Danıştay, kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımı yapılmayacağı hakkında son yıllarda vermiş olduğu bir kararında, KPSS Ek Yerleştirme Tercih Kılavuzunda yer alan ve Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Merkez Teşkilatına mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için "cinsiyeti erkek olmak" ibaresini içeren düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada, düzenlemenin iptaline karar vermiştir. Davalı Maden Tetkik ve Arama Enstitüsü Genel Müdürlüğü'nün "*2804 sayılı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Kanununun 2. maddesinde sayılan görevleri yürütmek üzere, büyük bir çoğunlukla arazide genellikle de meskun olmayan mahallerde oldukça zor ve meşakkatli şartlarda hizmet verilmeye çalışıldığı ve nitelik belirlemede kesinlikle ayrımcılık düşünülmendiği*, bu işlerin yirmi dört saat arazide çalışma yapılmasını gerektiren **fiziki güç ve dayanıklılık gerektiren işler olduğunu**, sık sık seyahat gerektirmesi nedeniyle hizmet gerekleri gözetilerek "erkek olma" şartının arandığını ifade eden savunması, daha önce eşitlik ilkesine aykırı olarak verilen yargı kararların gerekçesiyle aynı olmuştur. Ancak Danıştay, Anayasa'nın 10. ve 70. maddesinden yola çıkarak kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığına dayalı **engelleyici** yönde getirilen koşulların eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ve en önemlisi işlevselliği

⁴⁶⁵ D.5.D. 1994/7483 E, 1994/5686 K, K.T. 29.11.1994, DBB. Bkz. BEREKET, s. 56.

⁴⁶⁶ Bkz. BEREKET, s. 56.

kalmayan meslek unvanlarının dolaylı olarak kişilerin elinden alınmak suretiyle hak kaybına yol açtığını belirtmiştir.⁴⁶⁷

Aynı durum bazı kamu görevlerine erkeklerin girmesini engelleyen düzenlemeler için de söz konusudur. Örneğin 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu’nun 3. maddesinde açıkça “*Türkiye’de hemşirelik sanatını bu kanun hükümleri dahilinde hemşire unvanını kazanmış Türk kadınlarından başka hiç kimse yapamaz*” hükmü ile bu mesleğin sadece kadınlar tarafından ifa edileceği kabul edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi hükmün Anayasanın 2, 10, 13, 49 ve 70. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemiyle açılan davada, “*Hemşirelik mesleğinin icrası bakımından kadınlar ve erkekler aynı hukuki konumda bulunduklarından, hemşire unvanının yalnızca kadınlara verilmesini ve hemşirelik sanatının yalnızca kadınlar tarafından yapılabilmesini öngören itiraz konusu kurallar, cinsiyet ayrımcılığına yol açmakta ve eşitlik ilkesine aykırı bulunmaktadır.*”⁴⁶⁸ ifadelerine yer vererek kamu hizmetine girişte ayrımını reddetmiş ve Hemşirelik Kanunu’nda 2007 yılında Hemşirelik Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu’nun 3. maddesi ile değişiklik yapılarak, hemşirelik mesleğinin hemşire unvanı kazanmış herkes tarafından yapılacağı belirtilmek suretiyle, erkeklere de mesleğe giriş yolu açılmıştır.

Federal Almanya Kassel Şehri İdare Mahkemesi’nin biyolojik cinsel farklılığa dayanarak verdiği kararına göre; erkek cinsi, biyolojik ve cinsel farklılığa dayanılarak ebelik mesleği öğreniminin ve mesleğe girişin yasaklanması **kesinlikle hatalıdır**. Çünkü eşit haklara sahip olma ilkesi sadece kadını erkeğin tek taraflı kayırmasına karşı korumakla kalmayıp, erkek tarafındaki hukuki mağduriyetleri de ortadan kaldırmaya yöneliktir. Erkek cinse mensup bir jinekolog için de aynı gerekçe ileri sürülebilir. Bu nedenle erkeğe de bu mesleğe girme olanağı tanınmalıdır.⁴⁶⁹ AİHM, *Karlheinz-Schmidt/Almanya* davasında sadece erkeklerin itfaiye teşkilatında çalışmak ya da bunun yerine mali yükümlülükler ödemesi şeklindeki tasarruf bakımından, cinsiyetler arasında farklı muamele yapılması noktasında ihlal kararı vererek şu yönde görüş bildirmiştir: “*Sözleşmenin 14. maddesi bakımından objektif*

⁴⁶⁷ D.12.D. 2004/4382 E, 2006/539 K, K.T. 22.02.2006, DD, Y. 2006, S. 113, s. 364-368.

⁴⁶⁸ AYM, 2006/166 E, 2009/113 K, K.T. 23.07.2009, R.G. 19.03.2010/27526.

⁴⁶⁹ Zafer Gören ATASOY, *Türk-Alman-İsveç Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları-Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulama Hali*, DEÜHF Yay., Yayın No. 20, Ankara, 1991, s. 40.

*ve makul haklı bir sebebe dayanmayan yani meşru bir amaca sahip olmayan ve kullanılan araçla amaç arasında makul bir orantı bulunmayan farklı muamele ayrımcılık sayılır. Sözleşmeciler devletler hangi farklı muamelenin ne ölçüde haklı görülebileceğine dair belirli bir takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, sadece cinsiyete dayanan farklı bir muamelenin Sözleşmeye uygun olduğuna dair Mahkemenin önüne çok esaslı gerekçelerin getirilmesi gerekir... Bu tür bir mali yükümlülük yüklerken cinsiyete dayalı farklı muamele yapılması haklı görülemez. Bu nedenle zorla çalıştırma yasağı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varılmalıdır”.*⁴⁷⁰

Kamu hizmetine girişte cinsiyet ayrımı gözetilmemesi ilkesinin tek istisnası, hem erkek hem de kadın için geçerli olmak üzere, görevin yerine getirilmesinde cinsiyetin belirleyici koşul olması durumudur. Diğer bir ifadeyle bir görevin yerine getirilebilmesi için cinsiyet belirleyici bir koşul ise, kamu görevine girişte kadın veya erkek lehine ayrım yapılması durumunda kalınmaktadır. Örneğin, Devlet Opera ve Balesinde açık olan erkek balet kadrosuna kadın aday başvuramayacaktır. Zira balerin ve balet kadrolarının oluşturulmasında cinsiyet belirleyici koşul olmuştur.⁴⁷¹ Yine din hizmetlerindeki özellikle ibadetle ilgili bazı işler dini yasaklar nedeniyle yalnızca bir cinsiyet grubu tarafından yerine getirilebildiğinden, söz konusu işlerde (örneğin Türkiye’de imam olarak) yalnızca erkeklerin çalıştırılması ayrımcılık oluşturmaz. Söz konusu uygulama Türkiye açısından Anayasa’ya uygun olacaktır.⁴⁷²

Günümüzde anayasal ve yasal bağlamda kamu hizmetine girişte kadın-erkek eşitliği teminat altına alınmış olmasına rağmen, uygulamada bazı meslek gruplarında kadınların sayısı dikkat çekici düzeyde diğer hizmet kollarına göre azdır.⁴⁷³ Dolayısıyla yasal ya da idari düzenlemelerle kamu kurumlarına atama ile getirilen makamlarda eşit temsiliyeti sağlamak için kamu hizmetlerine girişte cinsiyete dayalı

⁴⁷⁰ Gilles DUTERTRE, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Avrupa Konseyi, Ankara, 2007, s. 423.

⁴⁷¹ CİN, s. 1066.

⁴⁷² Kadriye BAKIRCI, Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı ve Türkiye (Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı), B. 2, Seçkin Yay. 2012, s. 396.

⁴⁷³ Türkiye’de kamu kurum ve örgütlerine kadınların katılımı ile ilgili veriler için bkz. Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği: Sorunlar, Öncelikler ve Çözüm Önerileri, Temmuz 2008, İstanbul, (Yayın No. TÜSİAD-T/2008-07/468), s. 284.

kota uygulamaları yapılarak bu eşitsizlik giderme yoluna gidilebilir. Nitekim yargıç adaylığı sınavlarında kadın adaylar için yasal dayanağı olmamasına rağmen %5’lik bir sınır getirilmiştir.⁴⁷⁴ Ayrıca idarenin personel alımlarında başvuru şartlarını belirlemede sahip olduğu takdir yetkisini görevin gerektirdiği nitelikler ve hizmet gerekleri doğrultusunda kadın erkek eşitliğinin yasama geçirilmesini sağlamak için devletin pozitif yükümlülüğü ve eşitlik ilkesine uygun bir şekilde belirlemesi gerekmektedir.⁴⁷⁵ Kamu hizmeti gören kurumlarda da kadınların kamu hizmetinde yer alması demokratik toplum düzeninin kurulması açısından önemli bir husustur. Bu nedenle, örneğin doğum ve emzirme izinlerinin makul bir şekilde düzenlenmesi, doğum izinlerinin kadın ve erkek arasında paylaştırılması, kamu kurumlarında kreş açılması zorunluluğunun getirilmesi gibi, kadınların kamu hizmetine alınması kadar kamu hizmetinde kalmasını kolaylaştırıcı düzenlemelerin de yapılması gerekmektedir.

D. Kamu Hizmetine Girmede Eşitlik İlkesine Aykırı Uygulama ve Düzenlemeler

Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesinde “temel hak ve özgürlüklerin yalnızca ilgili maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılacağı” düzenlenmiştir. Bu bakımdan kamu hizmetine girme hakkının düzenlendiği 70. maddesinde ayrı bir “**sınırlama**” sebebi olarak “görevin gerektirdiği niteliklerden” bahsedilmektedir. Bu sınırlama özel bir sınırlama sebebi olmamakla birlikte bu hakkın mutlak ve sınırsız olmadığı kamu hizmetlerine girişte görülen bir ön koşul olduğu kabul edilebilir. O halde Anayasa’nın 13. ve 70. maddeleri gereğince, her Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olup, bu hak ancak 70. maddede belirtilen özel sınırlama sebebine yani “görevin gerektirdiği niteliklere” bağlı olarak sınırlandırılabilir. Dolayısıyla Anayasa’nın 70. maddesinde “görevin gerektirdiği nitelikler” adı altında **dolaylı** bir sınırlama nedeni bulunmaktadır. Bir özgürlük için Anayasa’da açıkça herhangi bir

⁴⁷⁴ Meltem Gürsel KUTLU, “Kamu Görevine Girişte Kadın-Erkek Eşitliği İlkesi Konusunda Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Y. 2002. s. 35

⁴⁷⁵ D.12.D. 2004/4382 E, 2006/539 K, K.T. 22.02.2006, DD, Y. 2006, S. 113, s. 368, ayrıca bkz. D.10.D. 1996/993 E, 1999/3627 K, K.T. 23.06.1999; DD, Y. 2000, S. 102, s. 679.

sınırlama sebebi belirtilmemiş olsa bile,⁴⁷⁶ bireyler o özgürlüğü **objektif** sınırlar içinde kullanmak zorundadır.⁴⁷⁷ Ancak kamu görevine girişte; güvenlik soruşturması, vatandaşlık, cinsel yönelim, türban gibi birçok sınırlama sebebi görevin gerektirdiği niteliklerle ilgili değildir.

1. Güvenlik Soruşturması

Güvenlik soruşturması sebebiyle “kimi siyasi, dini, felsefi görüşlere sahip kişilerin, hizmet gerekleri ile bağı kurulmadan, kamu hizmetlerinde görev alması ve kimi kamu hizmetlerinden yararlanması engellenebilir.”⁴⁷⁸ Ancak ideolojik temelde yapılan ayrımlar bazen bazı kişi ve gruplara kamu hizmetine girmede kolaylık ve ayrıcalık tanınmasına da neden olabilir. Yargı kararlarına konu olmuş örneklerle bakıldığında, kamu personel alımlarında ve yükselmelerde kamu yararı dışında başka kaygılarla işlem yapıldığı görülmektedir. Özellikle, siyasal iktidar değişikliklerinde, önce üst düzeyde daha sonra da alt kademelere doğru kamu personeli arasında büyük değişimler olmaktadır. Bu değişim yeni personel alımı şeklinde olabileceği gibi, mevcut personelin yerinin değiştirilmesi, yükseltilmesi, daha düşük bir statüye atanması ya da işine son verilmesi şeklinde olabilmektedir.⁴⁷⁹ Danıştay, bir kararında bu durumu şu şekilde açıklamıştır: “...İdarenin kanunlar çerçevesinde hizmet üretirken, yürütmeye ilişkin tasarrufları oluştururken, bütün idarede özellikle, idarenin üst kademelerinde ve sorumluluk mevkilerinde bulunan personelin, özellikle hükümet programı doğrultusunda icraata ilişkin hizmet üretirken, **siyasi kadro ile aynı felsefeyi paylaşması koşulunun aranması halinde, hükümet icraatının sür'atli ve netice alıcı karakterde tecelli edeceği iddia olunamayacağı gibi, esasen böyle bir**

⁴⁷⁶ Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması başlıklı 14. maddesi uyarınca da, Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetlerin hiçbirisi Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Dolayısıyla kamu hizmetine girme hakkı Anayasa'nın 14. maddesini ihlal edecek şekilde, ülke bütünlüğüne zarar vermek ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmak amacıyla kullanılamaz. Anayasa temel hak ve hürriyetlerin durdurulmasını belli şartlara bağlamıştır. Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde milletler arası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Ancak 15. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen çekirdek alana müdahale edilemez.

⁴⁷⁷ Bkz. ÖZBUDUN, s. 113.

⁴⁷⁸ KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 216.

⁴⁷⁹ SEZER, Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Işığında..., s. 36.

uygulama idarenin üst kademelerinde ve sorumluluk mevkiindeki memurlar arasında iktidar yanlısı olan ya da olmayan memur ayırımı yapılmasına neden olacaktır.”⁴⁸⁰

Danıştay, kamu hizmetine girişte **güvenlik soruşturması** uygulamasını kamu hizmetine girişte görevin gerektirdiği niteliklerden başka niteliklerin aranmaması ilkesine, kanun önünde eşitlik ilkesine ve kamu hizmetine girme hakkına aykırı bulduğu bir kararında “görevin gerektirdiği nitelikleri” nasıl değerlendirilmesi gerektiğini şu şekilde izah etmiştir: “Anayasanın 70. maddesinde öngörülen **görevin gerektirdiği niteliklerin hiç kuskusuz sübjektif değerlendirmelerle değil, objektif, genel ve gayri şahsi nitelikteki kurallarla belirlenmesi gerekir. Her görevin gerektirdiği nitelikler, devlet memurları için 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinde, bu kanun kapsamı dışında kalanlar için de özel yasalarıyla veya yönetmelikleriyle belirlenmiştir.”⁴⁸¹ Danıştay, aynı kararda ilgilinin tutum ve davranışlarının idare tarafından değerlendirilmesinin “sübjektif yargılamaya bağlı olarak kullanılacak takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi” ihtimalini doğuracağını belirterek, somut olmayan bilgilere dayanan işlemin iptaline karar vermiştir. Bir başka kararda da kadro için açılan sınavda başarılı olmasına rağmen güvenlik soruşturması sonucunda Ülkü Yolu Derneği üyesi olduğu gerekçesiyle göreve atanmama işlemine karşı açılan davada Danıştay, soruşturma sonucu elde edilen bilgilerin olmadığı gerekçesiyle **siyasi düşüncesi** nedeniyle kamu hizmetine girmede bir engel bulunmadığını kabul etmektedir.⁴⁸² Davalı idarece, yöntemine uygun olarak açılan sınavda başarılı olan ve memur olmak için gerekli diğer genel ve özel koşulları taşıdığı konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmayan davacının hakkında yaptırılan güvenlik soruşturması sonucunda düzenlenen rapor göz önünde tutularak atanmasının yapılmaması şeklindeki işlemin iptali isteğiyle açılan davada⁴⁸³ Danıştay, devlet memurluğuna alınmada güvenlik soruşturmasıyla ilgili raporlarda yer alan bilgilerin istihbari nitelik taşımaları nedeniyle bu bilgiler hukuken geçerli başka bilgi ve belgelerle doğrulanmadıkça bu raporların tek başlarına hukuki delil**

⁴⁸⁰ DiDD, 1976/351 E, 1976/200 K, K.T. 15.10.1976, DD, S. 2627, s. 171-175; DiDD, 1975/340 E, 1976/170 K, K.T. 04.06.1975, DD, S. 2425, s. 124 vd.

⁴⁸¹ D.5.D. 2001/5253 E, 2003/796 K, K.T. 13.03.2003, DD. Y. 2003, S. 2, s. 203-205.

⁴⁸² D.5.D. 1982/3227 E, 1986/993 K, K.T. 13.10.1986, bkz. <http://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>

⁴⁸³ D.5.D. 1987/406 E, 1988/704 K, K.T. 10.03.1988, DBB.

gücünde kabul edilmeleri ve ilgililer aleyhine kullanılmalarının hukuk devleti ilkesine aykırı düştüğü ve idarenin kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyen konularda "şüphe" ye dayanarak işlem tesis etmesinin uygun ve doğru görülemeyeceğine karar vermiştir.

Kişilerin, suçluluk dışında sakıncalılık temelinde sınıflandırılmasına ve buna göre kimi anayasal hakları kullanmadan dışlanmasına dayanan **güvenlik soruşturması**, hem kamu görevlilerine hem de kamu hizmeti kullanıcılarına yönelik ideolojik seçiciliğin ve dışlanmanın aracı olarak kullanılmış ve kullanılmaktadır.⁴⁸⁴ Güvenlik soruşturması; düşünce, kanaat, ifade ve çalışma özgürlükleri açısından kişinin birçok hak ve özgürlükleri kullanmasına engel olmakla birlikte eşitlik, masumiyet karinesi, özel yaşamın gizliliği, kamu hizmetine girişte görevin gerektirdiği niteliklerden başkasının aranmaması ilkelerini olumsuz etkileyen bir uygulama olarak varlığını sürdürmektedir. Bazı kamu hizmetleri için özel şartlar aranacağı kabul edilebilir. Ancak güvenlik soruşturmasının uygulama alanı, yalnız gizlilik dereceli görevlerde değil, kamu hizmetinin bütün alanlarında geçerli olmuştur. Anayasal dayanaktan yoksun olan güvenlik soruşturması uygulaması hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanabilmesi ilkesinin (Anayasa md 13) de ihlali niteliğindedir. Nitekim anayasal bir dayanağı olmamakla birlikte bu konudaki tek yasal düzenleme; “1994 tarih ve 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevine Son Verilen Kamu Personeli İle Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanundur.” Kanun, güvenlik soruşturmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceğini hükme bağlamıştır. 2000 yılında yapılan Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği, bütün kamu personelinin atama ve yer değiştirmelerinde "*arşiv araştırması*"na başvurulmasını buyurmaktadır. Danıştay, siyasi düşünceye dayalı ayırım yapılmasına imkân tanıyan **güvenlik soruşturması** uygulamasının varlığını ve meşruiyetini tartışma konusu yapılmamakla birlikte çoğunlukla güvenlik soruşturması aleyhine kararlar vermiştir.⁴⁸⁵ ⁴⁸⁶ Çünkü

⁴⁸⁴ Aynı görüş için bkz. KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 217.

⁴⁸⁵ Onur KARAHANOGULLARI, "*Güvenlik Soruşturması*", AÜSBFD, C. 53, S. 1, 1998, s. 1-4, s. 1.

⁴⁸⁶ Güvenlik soruşturması ile ilgili kararlar için bkz. D.5.D, 1981/1966E, 1985/2488K, K.T. 20.11.1985, DD, 1986, s. 62-63, S. 202-203; D.5.D, 1986/60 E, 1986/334 K, K.T. 19.03.1986, DD, 1987, s. 64-65; S.

Yönetmeliğin 11. maddesine dayanılarak yapılan güvenlik soruşturması raporları genellikle subjektif yargılara dayanan, istihbari nitelik taşıyan, objektif değerlendirmelerden uzak somut bilgi ve belgelere dayanmayan değerlendirmeler olmakta ve bu değerlendirmelere dayanılarak tesis edilen idare işlemleri idarelerin siyasi düşünceye dayalı ayırım yapma ihtimali her zaman mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla da güvenlik soruşturması-arşiv araştırmasına dayalı olarak yapılan idari işlemlerin eşitlik ilkesine uygunluğunun yanı sıra bağlayıcılığı da tartışmalıdır.⁴⁸⁷ Zira birçok Anayasal hak ve özgürlük ya da ilke, hiçbir yasal dayanağı bulunmayan yürütme işlemleriyle sınırlanmış olmaktadır. Güvenlik soruşturması, makul sınırlar içinde, anayasal hak ve ilkelere uygun olarak ve bazı meslek grupları için gerekli görüldüğü durumlarda, yasal düzenlemenin öngördüğü şekilde yapılmalıdır.

2. Vatandaşlık

Kamu hizmetlerine girme hakkını, 1961 Anayasası'nda da olduğu gibi “**yurttaşlık**” temelinde ve eşitlik ilkesine uygun olarak tanıyan 70. madde, 10. maddede öngörülen yasağa karşı belirtilen nedenlere dayalı ayrımcılık yapılmasına “istisna” olarak yer vermiştir. 70. maddedeki “*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.*” hükmü ile devlet memurluğuna giriş vatandaşlık bağına bağlı olarak kullanılabilecek bir hak olarak yalnızca **Türk vatandaşlarına** tanınmıştır. Bu açık bir sınırlamadır. Anayasa'daki bu hükme paralel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde devlet memurluğuna alınacak kişilerde aranacak genel şartlar başlığı altında “**Türk vatandaşı olmak**” şartına yer verilmiştir.⁴⁸⁸

169-170; 1985/296 E, 1986/395, K.T. 27.03.1986,DD, 1987, S. 64-64, s. 178-180; 1985/705 E, 1986/175 K, K.T. 08.04.1986, DD, 1987, S. 64-65, s. 335-336; 1985/486 E, 1986/107K, K.T. 06.03.1986, DD, 1987, s. 64-64, S. 337-338; 1988/948E, 1989/785K, K.T. 04.05.1989, DD, 1990 s. 76-77, S. 324-326; 1988/1564 E, 1989/1307 K, K.T. 08.06.1989, DD, 1990, s. 76-77, S.340-343, 2001/5253 E, 2003/796 K, K.T. 13.03.2003, DD, 2003, s. 2, S. 203-205.

⁴⁸⁷ Danıştay, güvenlik soruşturması hakkında verdiği kararlarda soruşturma sonrası idarenin boş olan bir kadroya atama yapmak için harekete geçtiği andan itibaren bağlı yetki içine girdiğini bu sürenin sonunda artık yasada ve yönetmeliklerde belirlenen niteliklere sahip olup, yarışma ve yeterlik sınavını kazanmış olanlar arasından sırası ile atama yapmak zorunda olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla idare güvenlik soruşturması raporları ile kural olarak bağlı değildir. D.5.D. 2001/5253 E, 2003/796 K, K.T. 13.03.2003, <http://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>.

⁴⁸⁸ 1932'de 2007 sayılı Türkiye'de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun'la bazı mesleklerin yapılması sadece Türk vatandaşlarına hasredilmiştir. 2007 sayılı Kanunun 1. maddesi yabancıların Türkiye'de yapamayacakları işleri saymaktaydı. Buna göre; ayak satıcılığı,

Görevin gerektirdiği haklı nedenler olmadıkça, kamu hizmetlerine girmeleri insan hakları belgelerinde ve Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan ırk, renk, cinsiyet, din ve inanç, siyasal ya da felsefî görüş gibi nedenlere dayalı ayrımcılıklar, kamu hizmetlerine girme hakkı için de yasak kapsamında, Anayasa güvencesindedir. Ancak uygulamada Türk vatandaşı olmalarına rağmen yıllarca vatandaşlık, yasal tanımının dışında algılanarak “soy ve ırk” a dayandırılan bir statü olarak öngörülmesi sebebiyle⁴⁸⁹ gayrimüslimlerin kamu hizmetine girmeleri engellenmiştir. Kamu hizmetine girişte bazı vatandaşlara yönelik bu yasal olmayan sınırlama, bilinen ve kabul edilen bir gerçektir.⁴⁹⁰ Tarihsel süreçte çeşitli devlet kurumlarının gayrimüslimlere ve vatandaşlığa yaklaşımı bu gerçeğin kanıtıdır. 1926 tarihli Memurin Kanunu'nun 4. maddesi, memur olabilmek için “*Türk*” olmak şartını koştur. 1928 tarihli 1219 sayılı Kanun'da ise, ülkedeki doktorların İstanbul

çalgıcılık, fotoğrafçılık, berberlik, müretteplik, simsarlık, elbise, kasket ve kundura imalciliği, borsalarda mubayaacılık, devlet inhisarına bağlı maddelerin satıcılığı, seyyahlara tercümanlık ve rehberlik, inşaat, demir ve ahşap sanayi işçilikleri, umumi nakliye vesaiti ile su ve tenvir, teshin ve muhabere işlerinde daimi ve muvakkat işçilik, tahmil ve tahliye işleri, şoförlük ve muavinliği, alelumun amelelik, her türlü müesseselerde ticarethane, apartman, han, otel ve şirketlerde bekçilik, kapıcılık; odabaşılık, otel, han, hamam, kahvehane, gazino ve barlarda kadın ve erkek hizmetçilik (garson ve servant), bar oyunculuğu ve şarkıcılığı, veterinerlik, kimyagerlik ve borsa simsarlığı gibi meslekler sadece Türk vatandaşlarının yapmasına izin verilen mesleklerdi. Yargıtay ve Danıştay, 2007 sayılı Kanunun 1. ve 2. maddelerinin yazılış tarzlarından, bu maddelerde sayılan sanat ve hizmet nevelerinin “tahdidi ve iltizami” olduğu sonucuna varmıştır ve sütçü çıraklığı, kuyumcu çıraklığı, kahvecilik, arabacılık, pazarda sergi açma, mücellitlik, makinistlik ve kalaycılık gibi kanunun yer vermediği mesleklerin Kanunun 1. maddesindeki sanat ve hizmetlere dahil olmadığı yönünde görüş belirtmiştir. Bu Kanun işverenlere bu kanun kapsamına girmeyen kişileri, yani Türk vatandaşı olmayan çalışanları işten çıkarma hakkı vermektedir. Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, yabancıların tayyare makinistliği ve pilotluğu ve devlete veya vilayetlere bağlı müesseselerle belediyeler ve bunlara bağlı tesisat hizmetlerini yapabilmeleri için Bakanlar Kurulu'nun özel izni gerekiyordu.

⁴⁸⁹ Nitekim 1934'te 2510 sayılı İskân Kanununda, 6 kez “Türk Irkı” ibaresi geçmektedir. 1988 Sabotajlara Karşı Koruma Yönetmeliği'nde : “*Memleket içindeki Yerli Yabancılar (Türk tebalı)*” ibaresi geçmektedir. 17.04.1996 İstanbul 2 no'lu İdare Mahkemesi bir kararında “Yabancı uyruklu TC vatandaşı” ibaresini kullanmıştır. Ankara Askerî Baytar Mektebine Talebe Kayıt ve Kabulü» adlı ilanda birinci şart “A) TC tebaasından ve Türk ırkından olmak» olmuştur. Bkz. Baskın ORAN, Türkiye’de Vatandaşlık, Soy ve Din, www.baskinoran.com.

⁴⁹⁰ Kamu hizmetine alınan Ermeni asıllı Türk vatandaşı Leo Süren hakkında dönemin devlet bakanı yaptığı açıklamada : “*Evet Ermeni asıllı bir vatandaşımızın devlet memuru olarak atanması tarihte bir ilktir. Ve sınav hiçbir ayırım gözetmeden yapıp sonuçlandırılmıştır.*” diyerek bu gerçeği ortaya koymuştur. Bkz. <http://www.haber61.net/devletin-ilk-ermen-memuru-77493h.htm>, E.T. 04.01.2013.

Darülfünun Tıp Akademisi mezunu ve Türk olmaları şartı yer almıştır.⁴⁹¹ Aynı kanunda yabancı okullardan diploma alan Türk doktorların derecelerinin Sağlık Bakanlığı'na kabul edilmesi halinde doktorluk mesleğini icra edebilecekleri düzenlenirken, Türk olmayan doktorlar için böyle bir hakka yer verilmemiştir. 1940'larda Askerî okullara ve devlet memurluğuna girmek için "Türk vatandaşı olmak" değil; "Türk olmak", "Türk soyundan olmak" veya "Türk ırkından olmak" ilk koşul olarak yer almıştır.⁴⁹² 1965'e dek yürürlükte kalan 788 sayılı Memurin Kanunu ile memuriyete girişte vatandaş olma şartından hiç söz etmeyip "**Türk olmak**" şartı konularak gayrimüslimlere yönelik bir sınırlama getirilmiştir. Gayrimüslimliği bir tür 'gayrivatandaşlık' haline getiren bu resmi tutum, başka düzenlemelere de yansımıştır. 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, 24/1 maddesinde gayrimüslim azınlık cemaatlerine ait okullara atanacak müdür yardımcılarını '*Türk asıllı ve T.C. uyruklu*' diye belirterek; bu pozisyona gayrimüslimlerin atanmasını engellemektedir.

Kamu hizmetlerine girme hakkı açısından bu ayrımlara dayalı seçiciliğin nedeninin "*görevin gerektirdiği nitelikler*" olduğu ileri sürülemez. Nitekim tarihi ve sosyal sebeplerle söz konusu sınırlamaların daraltıldığı görülmektedir. Örneğin 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Geçici 5. maddesinde, "*Bulgaristan'dan Türkiye'ye mecburi göçe zorlanan ve Türkiye'de ikamet eden bu ülke uyruğuna mensup Türk soyundan olan kişilerin devlet memuriyetine alınmalarında Türk vatandaşı olma şartı aranmaz*" hükmü getirilerek bu konuda bir istisna yaratılmıştır.⁴⁹³ 27.06.1989 tarih ve 375 sayılı KHK (RG 06.03.2003/25040) geçici 5. maddeye göre, Bulgaristan'dan Türkiye'ye zorunlu göçe zorlanan ve Türkiye'de ikamet eden bu ülke uyruğundaki Türk soyundan olan kişilerin, devlet memurluğuna alınmalarında Türk vatandaşı olma koşulu aranmaz.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ Bkz. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (Tıp Meslekleri Uygulamalarına Dair Yasa) Kanun No:1219, R.G. 14.4.1928 /863, aynı kanunda dış hekimleri ve ebeler için de Türk olma şartı aranmaktadır. Bkz. md. 30 ve md. 47.

⁴⁹² Örnekler için bkz. Ahmet YILDIZ, "Ne Mutlu Türküm Diyebilene" Türk Ulusal Kimliğinin Etno-Seküler Sınırları (1919-1938), İstanbul, İletişim, 2001, s. 327-333.

⁴⁹³ D.5.D. 1995/4251 E, 1998/2788 K, K.T. 26.22.1998, DD. S. 100, s. 241-244.

⁴⁹⁴ Türk kültürüne bağlı olan ve Türk soyundan gelenlerin vatandaşlığa alınmaları olanaklıdır. Bkz. İskân Kanunu md. 8; md. 3, KKTC yurttaşlarının T.C. vatandaşı olmadıkları sürece, devlet memuru olmaları olanaklı değildir ancak KKTC vatandaşlarına T.C. vatandaşlığını kazandırmak

Yurttaşların ülkelerine daha sadık kalacakları ve hukuki sorumluluklarını varlığı sebebiyle getirilen “vatandaşlık” koşulu, devlet memurlarının eşlerinin de yabancı olmaması koşulunu içeren geniş bir kapsamda değerlendirilmiştir. **Yabancılarla evli olanların** memur olarak alınmayacakları ve memur iken evlenenlerin müstafî sayılacaklarına dair 788 sayılı Memurin Kanunu’nun 4. maddesinin 2. fıkrası hükmünün iptali için açılan davada Anayasa Mahkemesi “...aslında bu şart evlenmeyi değil, sadece memur olmayı sınırlamakla beraber, bu haliyle kamu hizmetinin gerektirdiği bir nitelik olma hüviyetini yitirmekte ve Anayasanın kanun karşısında eşitlik ilkesini zedeleyen kişiliğe bağlı bir ayrım durumuna düşmektedir. O halde bu hüküm Anayasanın 58. maddesine ve eşitlik temel ilkesine aykırıdır” gerekçesiyle iptal etmiştir.⁴⁹⁵ Ancak Mahkeme aynı kararda, Milli Savunma, Dışişleri ve Denizcilik Bakanlıklarında çalışanların önemli devlet sırlarına vakıf olabileceğini belirtilerek, söz konusu sınırlama, bunlar yönünden görevin gerektirdiği nitelikler içinde kabul etmek suretiyle ret kararı vermiştir. Mahkeme, hâkim adayı olabilmek için **yabancıyla evli olmama** şartı öngören 2556 sayılı Hâkimler Kanunu’nun 3/6. maddesine yönelik başvuruda da, yabancıyla evli olmanın devlet sırlarını korumada sorun yaratmasının varsayım olacağı ve yabancıyla evli olmanın hâkimlik mesleğinin saygınlığını azaltmayacağı gerekçeleriyle söz konusu yasağı **hâkimlik görevinin gerekleri** içinde görmeyerek iptal kararı vermiştir.⁴⁹⁶

Türkiye’de kamu görevinden dışlanan gruplar sadece *gayrimüslimler* değildir. Örneğin, ayrımcılık temelinde Çingenelerin, Alevilerin ve başka grupların da benzer şekilde ayrımcılığa uğradıklarına ilişkin beyanlar bulunmaktadır.⁴⁹⁷ Bu grupların dışlanmasında belli başlı yasal dayanaklar bulunmamasına rağmen, yaygın önyargılar ve kamu görevlisi olarak kabul edilmek için zaman zaman müracaat edilen güvenlik soruşturmaları, kamu görevlisi olmada etnik, ideolojik ve dinsel ayrımcılıklara yol açabilmektedir.

kolaylaştırılmıştır. Türk Vatandaşlık Kanunu’na 4862 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ek madde 1 KKTC yurttaşların Türk vatandaşı olmak için sadece bir dilekçe ile başvurmaları yeterlidir.

⁴⁹⁵ AYM, 1963/205E, 1963/123K, K.T. 22.05.1963, R.G. 14.08.1963/11480.

⁴⁹⁶ AYM, 1979/19 E, 1979/39 K, K.T. 09.10.1979, R.G. 16.01.1980/16871.

⁴⁹⁷ Bkz.

http://www.tesev.org.tr/assets/publications/file/Amacimiz%20Devletin%20Bekasi%2011_2005.pdf

3. Başörtüsü/Türban

Bir dine mensubiyet sebebiyle doğrudan din ayrımcılığı sayılabilecek bir idari işlem ve eyleme ilişkin Danıştay'ın verdiği bir karara rastlanmamıştır.⁴⁹⁸ Ancak Danıştay kamu hizmetini ifa eden personelin dinin icrası gereği “türban” takmasını haklı bir sınırlama olarak görmüştür. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kamu görevlilerine tüzük ve yönetmeliklerle kılık kıyafet yükümlülüğü getirilmesine izin vermektedir (ek md. 19). Kamu görevlilerinin türban takması yönetmelik hükmü ile yasaklanmıştır.⁴⁹⁹

Kamu görevlisi olmak için girilen sınavlarda başarılı olma koşulu kamu görevlisi olma şartlarından biridir. Ancak başörtülü kadınların bu sınavlara girişlerini engelleyen düzenlemelere ilişkin olarak Danıştay, genellikle kamu görevlisi statüsüne girecek adayların bu haklarına laiklik ve eşitlik ilkesine aykırılık, güvenlik ve adayların tanınmaması gerekçesiyle sınırlama getirmekte ve bu haktan yararlanmayı engelleyen bir tutum sergilemekteydi. Örneğin Tıpta Uzmanlık Eğitim Giriş Sınavı kılavuzundaki adayların belgelerine baş ve boyun açık çekilmiş fotoğraflarının eklenmesine ve sınavlara başörtülü adayların alınmayacağına ilişkin düzenlemelerin ve başvurunun reddine ilişkin Sağlık Bakanlığı işleminin iptali istemi ile açılan davada Danıştay, *“laiklik ilkesinin gereği olarak dini inançları politik bir görüş haline getirmeyi amaçlayan tutum ve davranışların devlet memurluğundan arıtılması gerektiğini Anayasa 174 madde vurgusu yaparak ve türban ve başörtü takan kişilerin kamu görevlisi olma sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarstığının açık bulunduğu”* belirterek davayı reddetmiştir.⁵⁰⁰ Benzer bir davada Danıştay,⁵⁰¹ ilgili düzenlemenin laiklik ilkesine aykırılığını tartışmamış ancak kimlik

⁴⁹⁸ BEREKET, s. 58.

⁴⁹⁹ Türkiye’de 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na 12 Mayıs 1982 tarih ve 2670 sayılı Kanunla eklenen “kıyafet mecburiyeti” başlıklı ek madde 19 “devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kılık ve kıyafet kurallarına uymak mecburiyetindedirler” demektir. Bakanlar Kurulu da memurların kıyafetini 16 Temmuz 1982 tarih ve 8/5105 sayılı kararıyla yürürlüğe koyduğu Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik ile düzenlemiştir. Yönetmeliğin 5. maddesinin a bendine göre, kadın memurların “görev mahallinde başı daima açık, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış” olacağı öngörülmüştür.

⁵⁰⁰ D.8.D. 1999/637 E, 2000/7955 K, K.T. 05.12.2000; D.1.D. 1999/98 E, 1999/116 K, K.T. 12.07.1999, DBB.

⁵⁰¹ D.8.D. 2000/531 E, 2000/6100 K, K.T. 06.10.2000, D.8.D. 1998/6566E, 2000/2157 K, K.T. 22.03.2000, DBB.

kartının kişinin tanınmasına yarayan resmi belge olduğuna ve bu nedenle kişilerin kolayca tanınmasını sağlayacak nitelikte olması gerektiğine, dolayısıyla işlemde ve genelgede hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. 2010 (ALES) kılavuzundaki türbanla sınava girilmesine olanak sağlayan düzenlemenin iptali için açılan davada Danıştay, başvuruda bulunan erkek-kadın adayların gerek başvuru sırasında fotoğraf çektirirken, gerek sınava girerken yanında bulunduracağı fotoğrafta başlarının çeşitli nesnelerle kapatılmasına ve sınava bu şekilde girmesine olanak sağlanacağından fiziksel olarak teşhislerinde güçlük oluşacağı gibi sınav güvenliği açısından da olumsuz sonuçlar yaratabilecek bir niteliği bulunduğu⁵⁰² gerekçesiyle ilgili düzenlemeyi iptal etmiştir.

Danıştay, kamu hizmetine girişin bu yönde engellenmesinin yanı sıra başörtülü kamu görevlilerine uygulanan idari-cezai yaptırımları hukuka uygun bulmuştur. Bir Tıp Fakültesinde santral memuresi, kılık kıyafet kurallarına uymayarak görevine başörtülü olarak gelmiş ve bunun üzerine bu memure Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 11/b-1 maddesi" *“ideolojik, siyasi, yıkıcı, bölücü amaçlarla eylemlerde bulunmak veya bu eylemleri desteklemek suretiyle kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak”* suçunu işlediği gerekçesiyle kamu görevinden çıkarma cezası ile cezalandırılmıştır. Bu cezaya karşı açılan iptal davasını Danıştay reddetmiş ve bu memura verilen cezanın hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.⁵⁰³ Danıştay, bir fakültede doçent olan davacının **uyarma cezasıyla** cezalandırılmasına ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan **Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin** 5/g maddesinin iptali istemiyle açılan davada, öğrencilere ilişkin verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını dayanak göstererek devlet memurlarının ve kamu görevlilerinin kılık kıyafetinin 174. maddeyle güvence altına alınan devrim yasalarına ve Anayasa'nın ilke ve kurallarına aykırılık oluşturmadığı gerekçesiyle iptal istemlerini reddetmiştir.⁵⁰⁴ Danıştay'a göre kamu görevlisi olmayan ancak meslek odalarına kayıtlı olarak çalışan doktorlar,

⁵⁰² D.8.D. 2010/8496 E, 2011/yok, K.T. 12.01.2011, <http://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>

⁵⁰³ D.8.D. 1998/5912 E, 2000/4951 K, K.T. 27.06.2000, DD, S. 104, s. 415-418.

⁵⁰⁴ D.8.D. 2002/2543 E, 2002/4767 K, K.T. 15.10.2002, benzer karar için bkz. D.8.D. 1995/271 E, 1997/402 K, K.T. 05.02.1997, bkz. <http://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>

eczacılar, diş hekimleri gibi serbest meslek mensupları ile avukatlar ve noterlerin de, bağlı bulundukları birliklerin ve odaların oluşturduğu meslek kuralları nedeniyle başörtülü olarak çalışamaması gerekmektedir. Örneğin Danıştay, avukat ya da avukat stajyerlerinin türban takma yönündeki taleplerine yönelik işlem ve düzenlemelerin iptaline ilişkin açtıkları davalarda genellikle “başörtüsünün laiklik ilkesi ve mesleğin gereklerine uygun olmadığına” ve avukatlık hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde olduğuna karar vermiştir.⁵⁰⁵

Danıştay son dönemlerde türban ile ilgili kararlarında bu konuyu anayasal hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla bağlantı kurarak (içtihat değişikliğine gitmekte) gerek öğrenciler gerek kamu görevlileri “aleyhine” tesis edilen idari işlemler hakkında ihlal kararları vermektedir. Örneğin 2012/5257E, 05.11.2012 tarihli YD kararında Danıştay 8. Dairesi,⁵⁰⁶ avukatlık mesleğinin bir serbest meslek olduğu ve savunma hizmetinin kamu hizmeti olarak görülüp kamu görevlilerinin uymakla yükümlü olduğu yürürlükteki mevzuat hükümleriyle getirilen kurallara benzer nitelikte bir uygulama yapılamayacağını belirterek, söz konusu sınırlamayı getiren idari düzenlemenin Kanun’da yer almayan bir ibareye yer verilmek suretiyle Kanun’un amacını aşan nitelikte ve kanuna aykırı olduğunu belirtmiştir. Kararda, “Nitekim, dayanağı üst hukuk normunda bu konuda herhangi bir kısıtlama ya da engelleme bulunmadığı halde söz konusu maddede yer alan bu belirlemenin, Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış olan **çalışma hak ve özgürlüğünün ve yine bu düzenlemelerle güvence altına alınmış olan din ve vicdan özgürlüğüne bağlantılı olarak ihlal edilmesi sonucunu doğuracağı da açıktır.**” denilmekte ve ayrıca karara konu olan avukatlık hizmetini kamu hizmetini olarak görmediğini belirtmektedir. Danıştay, kimlik belgeleri kişilerin tanınmalarına yarayan resmi bir belge olduğundan kimliğe yapıştırılacak fotoğrafın da ilgililerin özelliklerini belirtecek nitelik taşıması, sahibinin kolayca tanınmasını sağlayacak şekilde olması gerekeceğinden tanınmayı zorlaştıracak başka hiçbir unsurun bulunmaması gerektiği yönündeki gerekçeyi haklı bulmakla birlikte

⁵⁰⁵ Bkz. D.1.D. 1998/98 E, 1999/116 K, K.T. 12.07.1999; D.8.D. 1973/2964 E, 1974/960 K, K.T. 25.02.1974; D.8.D. 1996/5341 E, 1998/2204 K, K.T. 11.06.1998; D.8.D. 2008/191 E, 2008/320 K, K.T. 05.09.2008; <http://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>.

⁵⁰⁶ D.8.D. 2012/5257 E, 2012/yok, K.T. 05.11.2012, <http://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>.

“Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte, nüfus ve uluslararası aile cüzdanlarına yapıştırılacak fotoğrafların niteliği belirlenirken kadınların alın, çene ve yüzleri açık olmak şartıyla başörtüsüyle fotoğraf verebileceğine işaret edil(diğine)” dikkat çekerek, başörtülü olarak verilecek fotoğraf açısından da yeni bir ölçüt ortaya koymuştur.

Kamu hizmetlerinin tarafsız bir şekilde sunulmasında kamu görevlilerinin eşitlik ve laiklik ilkelerine bağlı olarak göreve alınmaları ve hizmet sunmaları tarafsızlık ilkesinin bir gereğidir. Ancak bireylerin kamu hizmetine girişte temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve bu hakkı ihlal eden sınırlamaların ölçülü-makul olması gerekmektedir. Ayrıca bu hakkın kullanımının bu şekilde sınırlandırılmasının kadınlar aleyhine bir kısıtlama doğurduğu, kadınların kamu hizmetinden yoksun bırakılmasının, ekonomik ve sosyal bir ayrımcılık oluşturduğu da bir gerçektir.

4. Cinsel Yönelim

Kamu hizmetine girmede ve kamu hizmetinde kalmada anayasal hak ve ilkelere aykırı olarak bireylerin cinsel yönelimleri sebebiyle kamu hizmetinden dışlanmaları ayrımcı uygulamaların bir diğeridir. Cinsel kimlikleri ya da cinsel yönelimleri nedeniyle, içinde yaşadıkları toplumun geri kalanı tarafından farklı ve eşitsiz muamele gören cinsel azınlıklar kamu hizmetine girişte ve kamu hizmetinden faydalanmada idare tarafından göz ardı edilmektedirler ve ayrımcı uygulamalara maruz kalmaktadırlar. Cinsel yönelimi nedeniyle kamu görevinden dışlanan bireyler hakkında açılan davalarda Danıştay çoğunlukla bireyler aleyhine kararlar vermektedir. Kamu görevinde bulunan bireylerin cinsel kimlikleri sebebiyle kamu hizmetinden dışlanmaları, farklı uygulama ve işlemlere tabi tutulmalarının gerekçesi, genellikle Devlet Memurları Kanunu’nun 125. maddesinin (a) bendindeki *“devlet memurluğuna yakışmayan tutum ve davranışlarda bulunma”* hükmü olmaktadır. Örneğin Milli Eğitim Bakanlığı’na bağlı olarak öğretmen olarak çalışan davacı cinsel yönelimi sebebiyle, Devlet Memurları Kanunu’nun 125. maddesinin (e) bendindeki *“devlet memurluğuna yakışmayan tutum ve davranışlarda bulunma”* hükmü gerekçe gösterilerek işten çıkarılmıştır.⁵⁰⁷ Danıştay, idarenin disiplin suçu işlediği

⁵⁰⁷ D.12.D. 2010/1461 E, 2013/3987 K, K.T. 16.05.2013, karar yayımlanmamıştır. Dava konusu kararın ilk derece mahkemesi aşaması hakkında bilgi için bkz. Bkz. LGBT Davaları, AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları, SPoD Hukuk ve Adalet Erişim Kitaplığı, Kasım 2012, İstanbul s. 66. Aynı gerekçeyle açılan

gerekçesiyle eşcinsel bireyin devlet memurluğundan çıkarma işleminde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.⁵⁰⁸ Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığında Çalışan kamu görevlisinin görev yerinin eşcinsel olması sebebiyle değiştirilmesi işlemine karşı açılan iptal davasında, idare mahkemesi yürütmenin durdurması kararı vermiştir.⁵⁰⁹ Ancak davanın hala devam ettiği bilinmektedir.

IV. KAMU HİZMETLERİNDEN YARARLANMADA EŞİTLİK

A. Irk, Etnik Mensubiyet, Ulusal Bir Azınlığa Aidiyet (Vatandaşlık- Kimlik- Dil)

Siyasal aidiyetin anlatımı olarak vatandaşlık, bireye hak ve ödevler yükleyen hukuksal bir statüdür. Aynı zamanda, vatandaşlık bireyi topluma eklemleyen ve kamusal alanla ilişki kurmasını sağlayan bir köprü işlevi görür.⁵¹⁰ Tarih boyunca vatandaşlık hem kişiler tarafından talep edilen bir haklar kategorisi, hem de devletler tarafından verilen bir statü ve kimlik niteliğinde olmuştur.⁵¹¹ Eşitlik ise, kısaca bireyin ait olduğu siyasal bütüne nasıl eklemlendiğini yanıtlamaya çalışan kurgusal bir ilkedir. Vatandaşlık ve eşitlik ilkesi arasındaki ilişki vatandaş ve vatandaş olmayan arasındaki ayırmadan öte “eşit vatandaş”lık statüsünün herkes için hak ve ödevlerde eşitlik sağlayıp sağlamadığı ile ilgilidir. Kuşkusuz kamu hizmetlerinden yalnızca vatandaşlar faydalanmazlar ancak konumuz vatandaşlar arasındaki eşitlik ve ayrımcılıkla sınırlıdır. Vatandaşlar arasındaki eşitlik, vatandaşlık tanımının içeriği ve düzenlenmesi ile yakından ilgilidir.

Türk Anayasalarında eşitlik kavramının anlamı, soyut kurgulamalardan somut yaklaşım ve değerlendirmelere doğru bir gelişim çizgisi sergilemiştir.⁵¹² “Yurttaşlık” temeline dayalı ayırım gözeten 1924 Anayasası’na göre, yasa önünde eşitliğin öznesi

başka bir dava da İstanbul İdare Mahkemesi’ne açılmıştır. (Bkz. LGBT Davaları, AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları, s. 67.) karar Danıştay tarafından onanmıştır. Dava konusu karar: D.12.D., 2010/3201 E, 2013/6911 K, K.T.07.10.2013. Karar yayımlanmamıştır.

⁵⁰⁸ D.12.D. 2002/4332 E, 2005/480 K, T? Kaynak: LGBT Davaları, AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları, s. 64.

⁵⁰⁹ İstanbul 8. İdare Mahkemesi, 2009/775 E sayılı kararı, Mahkeme kayıtlarına ulaşılamamıştır. Bkz. LGBT davaları, AİHM, Yargıtay ve Danıştay içtihatları, s. 66.

⁵¹⁰ İBA, s. 1.

⁵¹¹ Ezgi Güzel POLAT, “Osmanlıdan Günümüze Vatandaşlık Anlayışı”, 2011/ 3, Ankara Barosu Dergisi, s. 128.

⁵¹² İBA, s. 1

“herkes” değil “Türkler”di. 1961 Anayasası, 1924 Anayasası’nın aksine, hak ve özgürlüklerin düzenlendiği maddelerin hemen hemen tümünde “Herkes...” diyerek söze başlamıştır. Kanun önünde “eşitlik” kenar başlıklı 10. maddesinde, yurttaşlık temeline dayalı bir “özne sınırlaması” getirmeyen 1982 Anayasası’na göre de hak ve özgürlüklerin öznelere Türk ya da yabancı olmasına bakılmaksızın bireydir. Ancak yabancıların hak ve özgürlüklerden tam olarak yararlanmalarını engelleyen koşullara yine de yer verilmiştir.

1924 Anayasası’nın 88. maddesi⁵¹³ *"Türkiye'de din ve ırk ayırt edilmeksizin vatandaşlık bakımından herkese 'Türk' denir"* diyerek vatandaşlığı tanımlamaktadır. 1961 Anayasası’nın 54. maddesi ve 1981 Anayasası’nın 66. maddesinde ise vatandaşlık *"Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı herkes Türk'tür."* şeklinde tanımlanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları bu düzenlemeler ile vatandaşlığı hukuki bir kategori gibi tanımlamıştır. Bu hükümlerdeki “Türklük” vurgusu eşitlik ilkesiyle beraber düşünüldüğünde yurttaşlık dil, din, ırk ayrılığını aşan bir biçimde tanımlanmakta ve bize bunun herhangi bir sorun olmadığını söylemektedir. Nitekim 1961 Anayasası’nda ve daha sonra 1982 Anayasası’nda da ifadesini bulan *"Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür"* hükmü, bireysel insan hakları yönünden eşitliği getirmek amacıyla getirilmiş bir ilke olarak değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu ilkenin ulusu kuran herhangi bir etnik gruba ayrıcalık tanınmasını önleyen, birleştirici ve bütünleştirici bir temel olduğunu vurgulamış; burada “Türklük”ün ırka dayalı bir anlam taşımadığını, her kökenden gelen vatandaşların vatandaşlığı ve ulusal kimliği anlamına geldiğini belirtmiştir.⁵¹⁴

Ancak birçok yasal düzenlemede ve yargı kararında vatandaşlık kavramının daha çok dil, din ve ırk birliği üzerinden şekillendiği görülmektedir. Örneğin 1934’de 2510 sayılı İskân Kanunu’nun birçok maddesinde *"Türk Irkı"* ibaresi, 28.12.1988 tarihli ve 1991’e kadar yürürlükte kalan Sabotajlara Karşı Koruma Yönetmeliği’nin 5/j maddesinde kimlerin sabotaj yapabileceğini sayarken *"Memleket içindeki yerli yabancılar (Türk tebaalı) ve yabancı ırktan olanlar"* diyerek gayrimüslim Türk

⁵¹³ 1924 Anayasası md. 88: *"Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibariyle (Türk) ıtlak olunur."*

⁵¹⁴ AYMK, 1993/1 E, 1993/2 K, K.T. 23.11.1993, R.G. 14.02.1994/21849.

vatandaşlarını “yerli - yabancı” olarak tanımlayan ibaresi,⁵¹⁵ 625 sayılı Kanun’un 24/2 maddesindeki “*Türk soyundan ve TC uyruklu başmüdür yardımcısı*” ibaresi, 2009’da yürürlüğe giren 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu’nun geçici 1. maddesinin başlığı da “*Türk soylu yabancılar*” ibaresi geçmektedir. Ayrıca 2004 tarihli Vatandaşlık Kanunu Yönetmeliği’ne göre, Türk vatandaşı olmak isteyenlerin “*Soy durumunun tetkiki*” yurt içinde İçişleri Bakanlığı ve MİT, yurt dışında da dış temsilcilikler tarafından yapılacağını düzenleyen hüküm, 2009/14699 sayılı Çalışma İzninden Muaf Tutulacaklara İlişkin Yönetmelik’te Yunanistan, Irak, Çin, Afganistan, Bulgaristan ve KKTC’deki “*Türk soylu yabancılar*” çalışma izni alma mecburiyetinden muaf tutulmasını düzenleyen hüküm, 1924 Anayasası’nın diğer bölümlerinde “*Türkçe okuyup yazma bilmeyenler milletvekili seçilemezler*” hükmü, 1940’ların sonuna kadar Ankara Askerî Baytar Mektebine talebe kayıt ve kabul edilmek için “*TC tebaasından ve Türk ırkından olmak*” şartını getiren hüküm, Özel Öğretim Kurumlarında Ücretsiz veya Burslu Okutulacak Öğrenci ve Kursiyerler Hakkında Yönetmelik’in 7. maddesine göre ise, kurumlarda ücretsiz okumak için başvuracak öğrenci ve kursiyerlerin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması veya Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayıp, Türkiye’de yaşayan soydaşlarımız ya da akraba topluluğundan olması şartını getiren hüküm yer almaktadır. Tüm bu düzenlemeler, vatandaşlığı hukuki bir kategori olmaktan çıkarıp din, dil ve soy bağına dayanan etnik bir kategori haline getirmiştir.

Bu tutum idari uygulamalara da yansımıştır.⁵¹⁶ İdarenin ve yargının bazı azınlıkları ‘eşit vatandaş’ olarak kabullenememesi birçok hakkı ihlal ettiği gibi eşitlik

⁵¹⁵ 28 Aralık 1988 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan “Sabotajlara Karşı Koruma Yönetmeliği”, bkz. Fethiye ÇETİN, “Yerli Yabancılar”, Ulusal, Ulusalüstü ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, 2002, Sempozyum 8-9 Haziran 2001 Cumartesi.

⁵¹⁶ “1936 Beyannamesi” olarak bilinen ve gayrimüslim vakıflarının 1936 yılından sonra, vasiyet, bağış, satın alma gibi çeşitli yollarla edindikleri gayrimenkullere el konulması ve eski sahiplerine iade edilmesi gibi mülkiyet hakkının ihlalini oluşturan idari işlemlere ilişkin yargı kararlarında gayrimüslimlerin “yabancı” kabul edilmeleri, Yargıtay 2. H.D.’nin 06.07.1971 tarihli ve 4449E, 4399K sayılı ilamının gerekçesinde: “...görülüyor ki, **Türk olmayanların** meydana getirdikleri tüzel kişiliklerin gayrimenkul iktisapları men edilmiştir. Zira, hükmî şahısların fertlere nazaran daha güçlü olmaları itibarıyla, bunların iktisaplarının tahdit edilmemesi halinde Devlet’in çeşitli tehlikelere maruz kalacağı ve türlü mahsurlar doğabileceği muhakkaktır. Nitekim bu noktaî nazardan hareket edilerek 2644 sayılı Tapu Kanununun 35. maddesi ile (kanunî hükümler yerinde kalmak ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı hakiki şahısların Türkiye’de gayrimenkul mallara temellük ve tevarüsü) mümkün kılınmış olduğu halde, tüzel kişiler bu imkândan mahrum kılınmışlardır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu: “Görülüyor ki **Türk olmayanların meydana getirdikleri tüzel kişiliklerin taşınmaz mal edinmeleri**

ilkesinin de ihlali anlamına gelmektedir. 1923 Lozan Antlaşması'nın gayrimüslim azınlıkların korunmasına ilişkin hükümlerine karşın, 5 Haziran 1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun uygulanmasında gayrimüslim azınlıklar aleyhine durumlar yaratılması; Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne irat kaydedilmek üzere vakıf gelirlerinden yüzde beş kontrol hakkı kesilmesi, Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne azınlık cemaatlerinin vakıflarını yönetecek olan mütevelliyi seçip tayin etme hakkının verilmesi; 1942'de yürürlüğe giren Varlık Vergisi Kanunu yurttaşlık temelinde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden uygulamalardan bazılarıdır.⁵¹⁷

1928 yılında çıkarılan 1346 sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde, gerek okullarda ve gerekse okul dışında, izcilik, keşşafılık, boyskavntik veya diğer herhangi nam ve unvan altında izcilik teşkilatı oluşturma hakkı münhasıran Türk vatandaşlarına verilmiştir.⁵¹⁸ 1931 tarihli Matbuat Kanunu'na göre ancak Türklerin dergi ve gazete sahibi olabilecekleri düzenlenmiştir.⁵¹⁹ 1936'da kabul edilen Cemiyetler Kanunu, etnik ve dini azınlık gruplarını temsil eden derneklerin kurulmasını yasaklamıştır.⁵²⁰ Ekonomik ve sosyal haklardan kimilerinin, örneğin çalışma, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama ve sosyal güvenlik haklarının özneleri "herkes", ancak kamu hizmetine girme ve kimi kamu hizmetlerinden yararlanma bakımından "yurttaş" olmanın ötesinde "Türk" olma koşuluna bağlanan düzenlemeler kuşkusuz sınırlandırıcı aynı zamanda dışlayıcı bir tutumdur.

yasaklanmıştır. Çünkü tüzel kişiler gerçek kişilere oranla daha güçlü oldukları için bunların taşınmaz mal edinmelerinin kısıtlanmamış olması halinde devletin çeşitli tehlikelerle karşılaşacağı ve türlü sakıncalar doğabileceği açıktır... (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 08.05.1974 tarih ve 2/820-505 sayılı) Yine Yargıtay 1. HD. 24.6.1975 tarih, 3648-6594 tarihli kararında, gayrimüslimleri yabancı olarak kabul etmekte "**yabancıların** Türkiye'de mal edinmeleri yasaklanmış olup bu hükümler kamu düzeni ile ilgili olduğu için davalı kurumun bu konudaki yasa dışı işlemine davacı idarenin karşı çıkmasında... kanuna aykırı bir yön yoktur" denmiştir. Bu karar da oybirliği ile alınmıştır. Karar düzeltme istemi üzerine, Yargıtay, 1975 yılında verdiği kararında, gayrimüslimleri yabancı sayan ifadenin "yabancıların Türkiye'de taşınmaz mal edinmelerini yasaklayan yasalardan söz edilmesinin bir yanılığ sonucunu olduğunu" belirtmiş, onama ilamından çıkarılmasına karar vermiştir. (Aktarılan karar özetleri, için bkz. Baskın ORAN, Türkiye'de Azınlıklar, B. 6, İstanbul, İletişim, 2010 ve ÇETİN, "Yerli Yabancılar", Ulusal, Ulusalüstü ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları.)

⁵¹⁷ Rıfat N. BALİ, "Cumhuriyet Döneminde Azınlıklar Politikası", Birikim, 1998, S. 115, s. 82.

⁵¹⁸ Düstur, 3. B., C. 9, s. 527.

⁵¹⁹ Düstur, 3. B., C. 12, s. 527.

⁵²⁰ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 1983, s. 1-21.

Etnik, dilsel ve dinsel haklar belli bir ırk, etnik mensubiyet ve ulusal azınlığa mensubiyetle yapısal olarak bağlantılıdır.⁵²¹ Farklı ırk, etnik mensubiyet, renk ve ulusal azınlığa ait grupların kamu hizmeti talebi genellikle dil, din ve kültürel haklar çerçevesinde olmaktadır. Eşitlik, sadece sosyal adalete odaklanan bir ilke değil kültürel haklara ve vatandaşlık haklarına dayalı bir ilke olmak zorundadır. Gerek yasal düzenlemeler gerekse de yargı içtihatları, vatandaşların Anayasa’da sayılan ayırım yasakları çerçevesinde mutlak koruma altında olduklarını gösterir. Anayasa herkesin dil nedeniyle ayırım gözetilmeksizin eşit olduğunu açıklamakla kişilerin konuştukları ana dilden, daha doğrusu anadillerinin farklı olmasından ötürü farklı işlem görmelerini yasaklamaktadır.⁵²² Ancak kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında dilsel azınlık olmaya bağlı, resmi olmayan dilde kamu kurumları ile iletişime geçme, ana dilinde eğitim hakkı gibi haklar, azınlık olarak tanınmayı gerekli kılabilir.⁵²³ Türkiye’de azınlıkları tanımlayan ve haklarını güvenceye alan bir Anayasa maddesi veya kanun yoktur. “Tanıma” anayasal düzeyde olabileceği gibi, anayasal güce sahip bir yasayla, katı bir yasa hükmüyle, alelade bir yasayla, kimi idari kararlarla ya da tamamen azınlık grubunu temsil eden kişi ya da organların tanınmasıyla da olabilir.⁵²⁴ Nitekim tanıma, örneğin dinsel azınlık olarak tanınma, dini cemaatlere devlet yardımı yapılan ya da devlet kadrosu verilen ülkelerde, bu imkânlardan eşit yararlanma vb. tarzda, pratik konulara çözüm getirmektedir.

⁵²¹ Azınlık kavramının üzerinde uzlaşılan üç türü vardır. Bunlar etnik, dilsel ve dinsel azınlıklardır. Uluslararası Adalet Divanı’nın azınlık tanımı: “...bir grup kişinin belli bir ülke ya da bölgedeki varlığı; kendi ırk, din, dil ve geleneklerine sahip olması; geleneklerinin korunması ibadet şekillerinin sürdürülmesi, çocuklarının kendi ırklarının gereği ve geleneklerine göre eğitilmelerinin ve yetiştirilmelerinin karşılıklı yardımlaşma içinde sağlanması amacıyla bu ırk, din, dil ve gelenek kimliği etrafında dayanışma ruhuyla birleşmiş olması” şeklindedir. 31 Temmuz 1930 tarihinde Yunanistan ve Bulgaristan arasında yapılan 27 Kasım 1919 tarihli karşılıklı göçü düzenleyen sözleşme yorumu için bkz. http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1930.07.31_greco-bulgarian.htm E.T.25.06.2013. Bu üç kategori MSHS’nin 27. maddesinde de aynen sıralanmıştır. Farklı ırk, etnik mensubiyet, renk ve ulusal azınlığa ait grupların kamu hizmeti talebi genellikle dil, din ve kültürel haklar çerçevesinde olmaktadır.

⁵²² ÖDEN, s. 340.

⁵²³ Olgun AKBULUT, Barış İçinde Yaşamın Hukuk Zemini, On İki Levha Yay., İstanbul, 2008, s. 64.

⁵²⁴ Francisco Capotorti, Study on the Rights of persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, United Nations Study Series No. 5, New York, 1991, s. 29’dan aktaran AKBULUT, Barış İçinde Yaşamın Hukuk Zemini, s. 64. İnsan Hakları Komitesi’ne göre MSHS md. 27 kapsamında azınlığın varlığı, ilgili devletin tanıma kararına bağlı değildir. İlgili devlet iç hukukuna göre kişi azınlık kabul edilmese bile, Komite düzenlemeyi denetleyebilmektedir. Bu durumda ülkesinde yaşayan azınlıkların varlığını ve 27. madde kapsamındaki hakları inkar eden ülkelerin önündeki tek seçenek 27. maddeye taraf olmamak kalmaktadır. Bkz. Olgun AKBULUT, s. 74.

Türk hukukunda dil ayrılığına dayalı azınlık statüsü resmi olarak kabul edilmemiştir.⁵²⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları (1961 md. 3 - 1982 md. 3) resmi dilin yani kamu hizmetlerinde kullanılan dilin Türkçe olduğunu kabul etmiştir. Kamu hizmetlerinde kullanılan dil, resmi dildir ve idarenin bütün işlemleri bu dilde yapılmaktadır. Dolayısıyla anadili Türkçe olmayanların kamu hizmetlerinden faydalanmaları ya da anadillerine yönelik kamu hizmeti görmeleri “*yasal-yargısal*” olarak engellenmiş bulunmaktadır. Nitekim Diyarbakır-Sur Belediye Meclisi’nin belediye hizmetlerinin sunumunda belediye tarafından yapılan tüm faaliyetlerin farklı etnik yapıya sahip vatandaşlara daha iyi ulaşması; eğitim, kültür ve sanat faaliyetlerinin daha anlaşılır kılınması ve çalışmaların katılımcı bir şekilde yürütülebilmesi için “*çok dilli belediyecilik*”⁵²⁶ yolunda aldığı kararın, 5393 sayılı Kanun’ un 30/b ile 44/d maddeleri uyarınca belediyeye verilen görevlerle ilgisi olmayan siyasi konularda olması ve belediye başkanının meclisin feshine neden olan işlemlere katılması sebebiyle meclisin fesh edilmesi ve belediye başkanının başkanlıktan düşürülmesi istemiyle Danıştay’da dava açılmıştır. Danıştay, Anayasa’nın 10. maddesinden bahsetmekle birlikte Anayasa’sının 3., 42. ve 66. maddeleri ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabulü ve Tatbiki Hakkında Kanun’un 2. maddesindeki düzenlemelere dayanarak Türkçe dışında bir dilde kamu hizmetinin sunulamayacağını, anılan Anayasa’nın 127. maddesine aykırı olduğunu, “*mevcut*

⁵²⁵ Türkiye’deki azınlıkların statüsü, azınlıkları din temeline dayalı olarak tanımlayan 1923 tarihli Lozan Antlaşması ile tesis edilmiştir. Tanıma her ne kadar din temelinde olsa da dilsel hakların kullanımına olanak tanıyan hükümler de içermektedir. 1982 Anayasası md. 42, eğitim ve öğretim kurumlarında yurttaşlara Türkçeden başka hiçbir dilin kullanılmayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak Anayasa madde 42’de “*milletler arası anlaşma hükümleri saklıdır*” denilerek **Lozan Antlaşması ile** tanınan azınlıklara kendi anadillerinde eğitim hakkı güvence altına alınmıştır. Nitekim Lozan Antlaşması’nın 39/5 maddesinde de, Türkiye devletinin resmi dili bulunmakla beraber, Türkçeden başka bir dille konuşan Türk uyruklarına, kendi dillerini sözlü olarak kullanabilmeleri için uygun düşen kolaylıkların gösterileceği kuralına yer verilmiştir. Ancak Lozan Antlaşması dışında kalan dilsel ve dinsel azınlıklar bu güvenceden faydalanamamaktadırlar. Lozan’ın sınırlayıcı tanımı, Türkiye’nin birçok etnik, dilsel ve kültürel azınlığını kapsam dışı bırakmaktadır. Her ne kadar Lozan tüm gayrimüslimlere azınlık statüsü tanısa da, Türkiye uygulamada Antlaşma’nın kapsamını Ermeniler, Museviler ve Rumlarla sınırlandırmıştır. Böylece Bahailer, Gürcüler, Maronitler, Protestanlar, Süryaniler ve Yezidiler gibi diğer gayrimüslimler hukuka aykırı bir şekilde Antlaşma korumasının dışında bırakılmaktadır. Antlaşmanın 39. maddesine göre “*...Herhangi bir Türk uyruğunun, gerek özel gerekse ticaret ilişkilerinde, din, basın ya da her çeşit yayın konularıyla açık toplantılarında, dilediği bir dili kullanmasına karşı hiç bir kısıtlama konulmayacaktır. Devletin resmi dili bulunmasına rağmen, Türkçe ’den başka bir dil konuşan Türk uyruklarına, mahkemelerde kendi dillerini sözlü olarak kullanabilmeleri bakımından uygun düşen kolaylıklar sağlanacaktır.*”

⁵²⁶ Belediye yürüttüğü faaliyetlere ilişkin “Türkçe, Kürtçe, Süryanice, Arapça, İngilizce” dillerinde kitap, broşür, dergi, bülten ve CD ler hazırlamıştır.

kurallarda yer almayan bir hakkın talep edilmesi ya da vatandaşlara bu türden bir hakkın kullanımı sonucunu doğuran bir hizmetin sunulması ancak mevcut haklar ve hukuk kuralları kapsamında ve bunlara aykırı olmamak şartıyla” mümkün olacağını belirtmiştir. Danıştay, aksi durumun hakkın kötüye kullanılma yasağı kapsamına girdiği, kararın siyasi olduğu, belediyenin faaliyetleri ile uyuşmadığı gerekçesiyle Sur Belediyesi Meclisi’nin feshine ve belediye başkanının başkanlıktan düşürülmesine karar vermiştir.⁵²⁷ Kararın karşı oy gerekçesinde “Avrupa Yerel Özerklik Şartının 3. maddesinde yerel yönetimlerin kendi sorumlulukları altında ve yerel yönetimlerin çıkarları doğrultusunda düzenleme ve yönetme hakkı olduğunu” belirtilmiştir. Ayrıca belediye meclisinin feshi için aranan, “siyasal karar” ve bu kararın “belediye görevleriyle hiçbir ilgisinin olmaması” koşullarının gerçekleşmediği dile getirilmiştir. Gerekçede alınan belediye meclis kararının “mahalli müşterek ihtiyaçlar” doğrultusunda alındığı, dağıtılan kitap, broşür ve dergilerin içeriğinde halkın çıkarlarına aykırı hususlar bulunduğu konusunda herhangi bir saptama olmadığı, kamu yararı ve hizmet gerekleriyle bağdaşmayan, demokratik ve laik hukuk devleti ilkelerine ve üniter yapıya aykırı ifadeler taşıdığı konusunda herhangi bir tespitte bulunulmadığı belirtilmiştir.

Anadilleri Türkçe olmayanları anadilleri Türkçe olanların yararlandıkları bir takım haklardan yoksun bırakan kanuni sınıflandırma veya ayrımların eşitlik ilkesini ihlal edecekleri başka bir açıklamayı gerektirmeyecek kadar açıktır.⁵²⁸ Ancak anadilleri Türkçe olmayanları, eşitlik ilkesinin tam olarak sağlanması bakımından bir takım haklarla koruyan yasal düzenlemelerin varlığı gerekir. ÖDEN’e göre yurttaşların devlet dili niteliğinde olmayan anadillerini kullanma hakları göz önünde tutulursa, anadille eğitim öğretim gibi Anayasaların özel olarak düzenlediği konular dışında, anadilleri Türkçe olmayan yurttaşların bazı haklardan kendi anadillerini kullanarak yararlanmasını kolaylaştıracak kanuni sınıflandırma hükümleri de eşitlik ilkesini ihlal etmeyecektir.⁵²⁹ Ancak eşitlik uygulaması ülkede kullanılan etnik ya da yerel dillerde kamu hizmetleri ile de ilgilidir. Dilsel haklar denince anlaşılması

⁵²⁷ D.8.D. 2007/1315 E, 2007/3101K K.T. 22.05.2007, karar yayımlanmamıştır. Bu karar, DiDDK’nın 31.10.2007 tarih ve 2007/1871 E, 2007/2042 K sayılı kararı ile onaylanmıştır.

⁵²⁸ ÖDEN, s. 341.

⁵²⁹ ÖDEN, s. 342.

gereken, anadilin günlük yaşamda kullanılmasına dair haklardır. Bu hak; kamu makamları ile sözlü ve yazılı olarak iletişimde, yasama faaliyetlerinde, mahkemelerde, radyo ve TV yayınlarında, kişisel isimlerde, coğrafi yer isimlerinde, eğitim, sağlık hizmetlerinde, resmi işlem ve belgelerde, kamusal makamlarıyla iletişimde kısacası kamusal alanlarda kullanılması, dilin kullanılacağı bütün alanları kapsar. İdari işlemlerin kişinin anadilinde yapılmaması, kişi için çeşitli hak kayıplarına yol açmasının yanında kişinin anadiline ilişkin kamu hizmeti alması da örneğin eğitim hizmeti, kültürel ve sanatsal hizmetler, yayın hizmeti⁵³⁰ vb. açısından başka hakların da ihlali anlamına gelmektedir. Örneğin gerek görsel gerek yazılı ve sesli iletişim araçlarıyla dilin kullanımı aynı zamanda Anayasa'nın düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen 26. maddesinin bir gereğidir.⁵³¹

⁵³⁰ Bu konuda 3 Ağustos 2002 tarihinde kabul edilen yasal değişiklik (4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun) çerçevesinde, Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde de öğrenim yapılmasına olanak sağlayan düzenlemelere yer verilmektedir. Bu değişikliklere paralel olarak 'Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi Kanunu'nun adı 'Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi ile Türk Vatandaşlarının Farklı Dil ve Lehçelerinin Öğrenilmesi Hakkında Kanun' şeklinde değiştirilmiştir. Bu çerçevede, Yabancı Dil Eğitim ve Öğrenimi Kanunu'nda yapılan bir değişiklik, Türk vatandaşlarının günlük yaşamda geleneksel olarak kullandıkları, farklı dil ve lehçelerde, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'na tabi olmak üzere, özel kurslar düzenlenebileceği hükme bağlanmıştır. 2923 sayılı Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi Kanunu'nun 2/a. maddesi, "Türk vatandaşlarına anadilleri Türkçe'den başka hiçbir dille okutulamaz ve öğretilemez" diyordu. 2923 sayılı Kanunun 2/a maddesi 30.07.2003 tarihli ve 4963 sayılı Kanunla şu şekilde değiştirilmiştir: "Eğitim ve öğretim kurumlarında, Türk vatandaşlarına Türkçeden başka hiçbir dil, anadilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez. Ancak, Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerin öğrenilmesi için, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu hükümlerine tabi olmak üzere özel kurslar açılabilir; bu kurslarda ve diğer dil kurslarında aynı maksatla dil dersleri oluşturulabilir. Bu kurslar ve derslerde, Cumhuriyetin Anayasa'da belirtilen temel niteliklerine, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı öğretim yapılamaz. Bu kursların ve derslerin açılmasına ve denetimine ilişkin esas ve usuller, Milli Eğitim Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." Kurslarda farklı dil ve lehçelerin öğretilmesi ile ilgili hususlar, Türk Vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel Olarak Kullandıkları Farklı Dil ve Lehçelerin Öğrenilmesi Hakkında Yönetmelikle (R.G. 05.12.2003/25307) düzenlenmiştir.

⁵³¹ Anayasa'nın 26. maddesindeki: "Düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz. Bu yasağa aykırı yazılı veya basılı kâğıtlar, plaklar, ses ve görüntü bantları ile diğer anlatım araç ve gereçleri usulüne göre verilmiş hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merciinin emriyle toplattırılır." ibare ile Anayasa'nın 28. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "Kanunla yasaklanmış her hangi bir dilde yayım yapılamaz" hükmü 4709 sayılı Kanunla kaldırılmıştır. Bu değişikliklerle birlikte 'Anayasa'da yer alan 'yasaklanmış dil' ifadesi tamamen çıkartılmıştır. Artık düşünce ve kanaatleri yaymada serbestlik esastır. Farklı dil ve lehçelerde yayın için gerekli yasal düzenlemeler hayata geçirilmiştir. Türkiye'nin tanıdığı ülkelerin resmi dilleri dışında herhangi bir dille düşüncelerin açıklanması, yayılması ve yayınlanması yasaklanan 2932 sayılı Türkçe'den Başka Dillerde Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun'da (R.G. 23.10.1983/18199) (md. 2/1) 12.04.1991 tarihinde 3713 sayılı Kanunla (md. 23) yürürlükten kaldırılmıştır. (R.G. mükerrer 12.04.1991 /20843) Anayasa'nın 26. maddesindeki 3 fıkrası da 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla 9. madde metninden çıkarılmıştır. "3984 Sayılı Radyo ve

Bunlardan eğitim hakkı, kültürel haklar-dilsel haklar kategorisindeki en önemli haklardan biridir. Uluslararası hukuk ve Türkiye mevzuatı yalnızca azınlık mensubu olanlar değil, tüm çocuklar için bu hakkı güvenceye almaktadır. Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmeler (Çocuk Hakları Sözleşmesi dâhil) tüm çocukların eğitim hakkını güvence altına almaktadır. Türkiye'de eğitime erişim hakkı Anayasa (md. 42)⁵³² ve Milli Eğitim Temel Kanunu (md. 7) ile güvenceye alınmıştır. Lozan Barış Antlaşması ile azınlık olarak kabul edilen Ermeniler, Rumlar ve Yahudiler haricinde diğer gruplara,⁵³³ anadillerinde eğitim almaları ve bu diller dışında eğitim kurumları kurma özgürlüğü tanınmamıştır.

Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun" da gözden geçirilmiş ve kanuna yapılan eklemeyeyle Türkçe dışındaki farklı dil ve lehçelerde yayın yapılması mümkün hale gelmiştir. Bu düzenlemeye göre farklı dil ve lehçelerde yapılacak yayınlar RTÜK tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle mümkündür. *Radyo ve Televizyonların Yayınlarının Dili Hakkındaki Yönetmelik*'e göre anadilde yayıncılık yapma yetkisi yalnızca TRT'ye aittir. Yayınların hukukun üstünlüğüne, anayasanın genel ilkelerine, temel hak ve özgürlüklere, milli güvenliğe, genel ahlaka, cumhuriyetin anayasada belirtilen temel niteliklerine, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı olamayacağı da belirtilmiştir. *Radyo ve Televizyonların Yayınlarının Dili Hakkındaki Yönetmelik*, TRT'nin Danıştay'a dava açması ve davayı kazanması nedeniyle uygulanamamış, bu nedenle 19 Haziran 2003 tarihinde 3984 sayılı kanununda yeni bir düzenleme yapılmıştır. Kanuna "...Ayrıca, kamu ve özel radyo ve televizyon kuruluşlarınca Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde de yayın yapılabilir" ifadesinin eklenmesiyle TRT'nin yanı sıra özel radyo ve televizyon kuruluşlarına da anadilde yayın yapma yolu açılmıştır. 25 Ocak 2004 tarihinde yürürlüğe giren "Türk Vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel Olarak Kullandıkları Farklı Dil ve Lehçelerde Yapılacak Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkında Yönetmelik" ile, daha önce yalnızca TRT'ye verilen anadilde yayın yapma hakkı ulusal özel radyo ve televizyon kanallarına da verilmiştir. Yönetmeliğin geçici maddesiyle izleyici dinleyici profili belirleninceye kadar bu dil ve lehçelerdeki yayınların sadece kamu ve özel *ulusal* yayın kuruluşları tarafından yapılacağı karara bağlanmıştır. Bu Yönetmelikte de, anadillerin öğretilmesi yasaklanmış, yayınların yalnızca yetişkinlere yönelik olabileceği hükme bağlanmıştır. Yeni Yönetmelikle birlikte radyo ve televizyonlardan yapılacak yayınların saatinde artışa gidilmiş; radyolar için haftada beş saat, televizyonlar için ise toplam dört saat olarak belirlenmiştir. İlk Yönetmelikte olduğu gibi Türkçe altyazı ya da program sonrasında Türkçe çeviri şartı getirilmiştir.

⁵³² Anayasa'nın 42. maddesinde kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağı ifade edilmiştir. Bu ifade ile herkese eğitim hakkı tanınmış ve üstü kapalı bir ayrımcılık yasağı öngörülmüştür. Öte yandan Anayasa'nın; 42. maddesinin son fıkrasının **eğitim dili** konusunda şu düzenlemeyi getirdiği görülmektedir: "...Türkçe'den başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır."

⁵³³ Ancak Beyoğlu Süryani Kadim Meryemana Kilisesi Vakfının, "Milli Eğitim müfredatına ek olarak haftanın belli gün ve saatlerinde Süryanice dersi verebilmek" için Bakanlığa yaptığı başvurunun idare tarafından reddedilmesi üzerine açılan davada ilk derece mahkemesi "Lozan'da azınlıklar için Gayrimüslim Türk vatandaşları denmiş, bunların kimler olduğu ayrıca belirlenmemiştir. Gayrimüslim Türk vatandaşı olan Süryanilerin, Lozan 40 ve 41'de diğer azınlıklara verilmiş haklardan yararlanması gerekir. Davalı idarenin dayandığı kısıtlayıcı yasa hükümleri burada geçersizdir, çünkü Anayasa md. 90/5'e göre, bazı kanunlar ile Lozan gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların

Tarihsel süreç içinde hak ve özgürlükler anlamında giderek önemi artan, hukuki ve sosyo-politik açıdan farklı anlamlar yüklenen azınlık kavramı; yalnız etnik, dinsel ve kültürel topluluklar açısından değil; özürlüleri, kadınları, eşcinselleri, yabancı işçileri vb.lerini de içine alacak şekilde geniş bir boyutta yurttaşlığa yüklenen anlamla bağlantılı olarak ele alınmaya çalışılmıştır. Azınlık kavramının içini doldurabilmek için sayı, yerlilik, etnik menş, dilsel menş, dinsel kimlik, cinsel tercih, renk, göçmenlik, doğum yeri, cins/tür, yurttaşlık vb. çok sayıda kriterden faydalanmak mümkündür. Anlam farklılaşması hem hukuki ve siyasi metinlerde, hem de teorik çalışmalarda görülür olmuştur. Ayrıca uygulamada bazı grupların dezavantajlı durumda olmaları nedeniyle bu haktan diğerleriyle eşit ölçüde yararlanamadıkları gözlemlenmektedir. Bu gruplardan biri de Romanlardır. Eğitim öğretim, kültürel, barınma, çalışma haklarının, her alanda korunması ve uygulanmasının kanun ve yönetmelikler ile desteklenmeli ve denetlenmelidir. Ülke kaynaklarına ulaşma hakkının fırsat eşitsizliğinden dolayı korunması, Romanları eşit vatandaş yapacak pozitif ayrımcılık gerektiren koruma tedbirlerinin alınması, uygulanması ve denetlenmesi gerekir.

B. Din ve Mezhep

Laiklik tartışması kamusal alanın farklı dinler arasında paylaşılıp, paylaşılmayacağı sorunuyla ilgilidir.⁵³⁴ Türkiye’de kamu hizmetinin konusu din olduğunda ortaya çıkan meselelerden ilki, ülkenin tüm nüfusunu kapsayacak bir hizmet içeriği yerine tek bir dine odaklanmış olmasıdır.⁵³⁵ Bu anlayış pek çok kamu hizmetine yansımış görünmektedir. Bununla birlikte birçok hak ve özgürlüğün kamusal alanda kullanımı ve kamusal hizmet olarak görülmesi gerekliliğiyle devletin tarafsız-eşit hizmet sunma yükümlülüğü çatışma içinde görülmektedir. Anayasasında laik olduğu belirtilen bir sistem içerisinde yasama organının faaliyetinin hukuki meşruluğu, bir yandan dinsel hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesini sağlaması öte

çatışması halinde, antlaşma hükümleri (yani Lozan) esas alınır.’ diyerek Süryani vatandaşların Lozan madde 40 ve 41’deki okul açma hakkını tanımıştır. Ankara 13. İdare Mahkemesi, 18.06.2013 tarih ve 2013/952 sayılı kararı

⁵³⁴ Jean- İchel BELORGEY, “Laiklik ve Demokrasi (Açık Bir Toplumda Laiklik)”, in Laiklik ve Demokrasi, s. 38.

⁵³⁵ GÖZAYDIN, s. 143

yandan kamu düzenini koruyucu tedbirler alması, eşitlik ve tarafsızlık dengesini kurması gerekir.

Din dersi ile başlayacak olursak; 1961 Anayasası'nın 19. maddesiyle devlete din eğitimi konusunda bir zorunluluk yüklenmemiş, bu konu yasama ve yürütmenin takdirine bırakılmıştı.⁵³⁶ Ayrıca madde din eğitim ve öğretimini kişinin, küçükse kanuni temsilcisinin isteğine bırakmıştı.⁵³⁷ 1982 Anayasası'nın 24. maddesindeki “*din ve ahlak **eğitim ve öğretimi** Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır... din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır.*” hükmü gereği zorunlu olan ve din kültürü ve ahlak bilgisi adı altında yürütülen din dersi kamu hizmetinin içeriğinde yer almaktadır. 24. madde ile devlet, din öğretimi yapmakla görevlendirilirken, din öğretimi öğrenciler açısından da zorunlu hale gelmiştir.

24. maddede din öğretiminden değil “din kültürü ve ahlak öğretiminden” söz ediliyor olması, anayasa koyucunun belli başlı dinler hakkında bilgilendirici tarafsız bir öğretimin yapılmasını amaçladığını söylememize olanak vermektedir. Ne var ki, ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan bu derslerin içeriğinin İslam dininin belli bir yaklaşımının benimsetilmesine yönelik olduğu bilinen bir gerçektir. Bu alanda Milli Eğitim Bakanlığı'nın müfredat programı nedeniyle ortaya çıkan bu uygulamanın laiklik ilkesine ters düştüğüne kuşku yoktur.⁵³⁸

Bu bağlamda hizmetin içeriği ve din dersinin zorunluluğu hakkında Danıştay'a birçok başvuru yapılmıştır. İlköğretim okullarında zorunlu ders olarak okutulan Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersi programının iptali istemiyle açılan bir davada Danıştay; Anayasa ve Milli Eğitim Temel Kanunu hükümlerinden bahisle, din ve ahlak bilgisi dersleri ile amaçlananın öğrencilere din eğitimi vermek değil, genel olarak dinler ve toplumumuzun din yapısı göz önüne alınarak **daha çok İslam dini hakkında bir kültür kazandırmak olduğunun ortaya çıktığı**, bu nedenle,

⁵³⁶ SABUNCU, s. 139.

⁵³⁷ Türkiye'de Tevhidi Tedrisat Kanunu'nun uygulanmasından sonra 1927 yılında ortaöğretimden din dersleri kaldırılmıştı. Daha sonra 1930 yılında şehir ve 1939 yılında köy ilkokullarından kaldırılan din dersleri, 1949 yılında ilkokulların 4. ve 5 sınıflarına-isteğe bağlı olarak-yeniden konulmuştu. 1951 yılında bu dersler zorunlu hale getirilmiş ancak 1961 Anayasası'ndan sonra bu durum -öğrenci velisi tarafından talep edilmedikçe-pratikte bu çerçevede devam etmiştir. Bkz. SABUNCU, s. 139-140.

⁵³⁸ SABUNCU, s. 141.

iptali istenilen programda Anayasa'ya, Milli Eğitim Temel Kanunu'na, laiklik ilkesine aykırılık görülmediğini belirterek davayı reddetmiştir.⁵³⁹ Bir başka davada, davacı ve bir arkadaşı tarafından yazılan Alevilik Bektaşilik Açısından Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi isimli kitabın lise ve dengi okullarda ders kitabı ya da yardımcı ders kitabı olarak tavsiye edilmesi istemlerinin reddi işleminin ve Talim Terbiye Kurulu kararıyla bu işlemin dayanağı olan Tebliğler Dergisinde yer alan Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretiminin genel ilkelerini açıklayan müfredat programının iptali istenmiştir. Danıştay⁵⁴⁰ davanın müfredat programının iptali istemini reddederken yukarıdaki karar gerekçelerini aynen kullanmış; "*Alevilik – Bektaşilik Açısından Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi*" isimli kitabın davalı idarece tavsiye edilmemesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını belirterek davanın bu kısmını da reddetmiştir. İlk ve orta öğretim kurumlarında okutulan Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi derslerinde Alevi İslam inancı, felsefesi ve kültürü ile ilgili bilgilere de yer verilmesi istemiyle yapılan başvurunun Milli Eğitim Bakanlığınca reddilmesi üzerine açılan başka bir davada, İdare Mahkemesince ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi ders kitaplarının sosyolojik ve pedagojik yönden incelenerek, kitapların hazırlanmasında Sünni inancın esas alınıp alınmadığı ve mezhepler arası tarafsızlık ilkesinin gözetilip gözetilmediği hususlarının açıklığı kavuşturulması amacıyla Mahkemelerince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen bilirkişi raporu⁵⁴¹ esas alınarak dava reddedilmiştir. Bu karar Danıştay tarafından onanmıştır⁵⁴²

⁵³⁹ D.8.D. 1997/6285 E, 2000/3653 K, K.T. 15.05.2000.

⁵⁴⁰ D.8.D. 1998/4242 E, 2000/1449 K, K.T. 16.02.2000.

⁵⁴¹ Müfredatı değerlendiren bilirkişi raporunda, anılan kitaplarda, din öğretiminde bir mezhebin veya tarikatın esas alınmadığı, genel olarak mezhepler üstü yaklaşım esas alınarak hazırlandığı ve dinlerin birleştiriciliğinin ön plana çıkarıldığı, İslam ile ilgili bilgilerde Kur'an ve Hz. Muhammed merkezli olarak birleştirici bir yol izlendiği, hiçbir mezhep veya oluşuma atıfta bulunulmadığı, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından 2006-2007 öğretim yılından itibaren uygulamaya konulan yeni müfredat programında ve kitaplarda, davacıların iddialarında dile getirdikleri hususların daha özenli olarak ele alındığı, ele alınan konuların ülkemizde mevcut olan din, mezhep ve diğer dini yorumları kuşatıcı nitelik taşıdığı, herhangi bir mezhep, dini yorum veya gruba pozitif ayrımcılık yapılmadığı, vatandaşların ihtiyaç duyduğu din kültürünü kazandırmak için Anayasa ve yasaların gereği olarak, eğitim değil, öğretim düzeyinde yer verildiği, programın hazırlanmasında Sünni inancın esas alınmadığı, Alevi inanç ve kültürüne yeni programda yaklaşık 30 sayfa yer verildiği ve davacıların isteklerinin büyük oranda karşılanabileceği bir zemin oluşturulduğu, ancak dini gün ve gecelerle ilgili konuların işlendiği ünitelerde Alevilere özgü günlere de yer verilmesi gerektiği hususlarının yer aldığı; konuların mezhepler üstü bir yaklaşımla ele alındığı ve herhangi bir mezhep veya mahalli

Din dersine ilişkin açılan diğer davalar, çocuklarının zorunlu din eğitiminden muaf tutulmasını isteyen ailelerin açtığı davalardır. İdari yargının, AİHM'in verdiği *Hasan/Zengin* kararından önce, din dersine yaklaşımı, bu derslerin Anayasa ve buna dayanarak oluşturulmuş mevzuat gereği zorunlu olduğu ve muafiyet taleplerinin idari makamlarca reddedilmesinde hukuka aykırılık olmadığı yönündeydi.⁵⁴³ Ancak Danıştay, AİHM kararından sonra oluşturduğu yeni kararlarında AİHS'ten ve Anayasa hükümlerinden bahisle AİHM ve AYM kararlarındaki gerekçeyi benzer tüm davalarda hem verilen iptal kararlarını onarken hem de red kararlarını bozarken kullanmıştır.⁵⁴⁴ AİHM kararının gerekçesi şu şekildedir: “*Anayasanın 24. maddesine göre din kültürü ve ahlak öğretiminin ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında olduğu kuşkusuzdur. Devletin resmi bir dini olmaması ve çeşitli dini inançlar ve görüşler karşısında tarafsız olması gereği, devletin bir dinin eğitim ve öğretimini zorunlu kılmasına engeldir. Ancak, bu öğretimin Anayasanın öngördüğü amaca uygun bir müfredatla verilmesi gerektiği, içeriğinin nesnel ve çoğulcu olması, kişinin dininin bir ayırım ve eşitsizlik unsuru olarak kullanılmaması ve devletin dinler karşısında tarafsız kalarak, bütün dinsel inançları eşdeğer gördüğü sürece din kültürü dersinin ilk ve ortaöğretimde zorunlu olmasının bir sakıncası yoktur. Öğretimde uygulanan müfredatın belirli bir din anlayışını esas alması durumunda, bunun Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersi olarak kabul edilemeyeceği ve din eğitimi halini alacağı açıktır. Devletin, eğitim ve öğretimle ilgili olarak üzerine düşen görevleri yerine getirirken, müfredatta yer alan bilgilerin nesnel ve çoğulcu*

uygulamadan söz edilmediği ve yeni hazırlanan programda Alevi İslam inanç ve kültürüne daha fazla yer verildiği belirtilmiştir.

⁵⁴² D.8.D. 2009/10610 E, 2010/4213 K, K.T. 13.07.2010, karar için bkz. Özlem ERDEM KARAHANOGULLARI, “Danıştay Kararlarında Din, Vicdan ve Düşünce Özgürlüğü”. http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/KarahanogullariDinOzgurlugu.pdf

⁵⁴³ D.8.D. 1986/518 E, 1987/54 K, K.T. 10.02.1987, D.8.D. 2002/2939E, 2003/1720K, K.T. 14.04.2003, DBB.

⁵⁴⁴ D.8.D. 2006/4107 E, 2007/7481 K, K.T. 28.12.2007; D.8.D. 2007/679 E, 2008/1461 K, K.T. 29.02.2008; D.8.D. 2007/8365 E, 2009/3238 K, K.T. 15.05.2009, DBB. Bu kararlar AİHM'in *Hasan ve Eylem Zengin* kararı sonrası verilmiştir.

bir şekilde aktarılmasına dikkat etmesi ve ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı göstermesi gerekmektedir.”⁵⁴⁵

Zorunlu temel eğitimin sekiz yıla çıkarılmasına ilişkin yasal düzenlemeye karşı açılan davada Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki yaklaşımı aynı yönde olmuştur. Mahkeme kararında: *“Dinler hakkında yansız ve tanıtıcı bilgiler vermek ve ahlaki değerleri benimsetmek amacıyla din kültürü ve ahlak öğretimi dersleri ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasına alınmıştır. Din eğitimi yerine "din kültürü" dersinden söz edilmesi de bu amacı açıkça ortaya koymaktadır. Bunun dışındaki din eğitimi ve öğretimi, ancak kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin iznine bağlı tutulmuştur.”* denilmektedir.⁵⁴⁶

Danıştay’ın AYM ve AİHM kararı doğrultusunda oluşturduğu içtihadı göre, söz konusu dersler, *din eğitimi* niteliğindeyse, diğer bir deyişle sistematik telkin düzeyinde yürütülüyorsa, din kültürü ve ahlak bilgisi adı altında verilse de bu tür dersler *isteğe bağlı* olmak zorundadır. Ancak Anayasa Mahkemesi, 6287 sayılı Kanun’un⁵⁴⁷ 9. maddesi, 1739 sayılı Kanun’un 25. maddesine “ *Ortaokul ve liselerde, Kur’an-ı Kerim ve Hz. Peygamberimizin hayatı, isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulur. Bu okullarda okutulacak diğer seçmeli dersler ile imam hatip ortaokulları ve diğer okullar için oluşturulacak program seçenekleri Bakanlıkça belirlenir.*” hükmünün laiklik ve eşitlik ilkesine aykırı olduğundan bahisle iptali istenen yakın tarihli davada⁵⁴⁸ seçmeli din dersinin verilmesinin devletin pozitif yükümlülüğünde olduğunu ve laiklik ilkesinin bir gereği olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıca seçmeli din dersinin konusunun Kuran-ı Kerim ve Hz. Peygamber olmasını, Anayasa’nın 136., (DİB’i düzenleyen md.) 174., (Tevhidi Tedrisat Kanunu ve diğer inkılap kanunlarının koruma altına alan md.) ve 24. maddeleri (din eğitim ve öğretimini düzenleyen md.) gereği; “ *kaldı ki, bir bütün olarak bakıldığında, Türkiye’de baştan beri laiklik ilkesinin anayasal düzeyde ve uygulamada Devlet ile*

⁵⁴⁵ Bkz. AİHM, *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, Başvuru No. 1448/04, K.T. 09.10.2007, AİHM kararına konu Danıştay kararı: D.8.D, 2002/2939 E, 2003/1720 K, K.T. 14.04.2003.

⁵⁴⁶ AYM, 1997/62 E, 1998/52 K, K.T. 16.09.1998, R.G. 20.10.2000/24206

⁵⁴⁷ 30.03.2012 günlü 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

⁵⁴⁸ AYM, 2012/65 E, 2012/128 K, K.T. 20.09.2012, R.G. 18.04.2013/28622.

İslam dini arasındaki kurumsal ilişkiyi mutlak surette dışladığı da söylenemez.” diyerek İslam dini ile devlet arasında kurumsal ilişki kurmuştur. Dolayısıyla Mahkeme, devletin “*sünni islam lehine tercihte bulunarak*”⁵⁴⁹ seçmeli din dersini yasal güvence altına alan bu hükmünü hukuka aykırı görmemiştir.

Din derslerinin içeriği ve AİHM ve Danıştay kararları göz önünde tutulduğunda, din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinde sadece Hristiyan ve Yahudi çocuklara muafiyet tanındığı, muafiyet için dinin veya inancın açıklanması zorunluluğu getirildiği, derslerin seçmeli olmadığı ve içeriklerinin tek bir dini inancın eğitiminden öteye geçmediği, çoğulculuk anlayışı içerisinde, nesnel ve rasyonel bir şekilde din kültürü ve ahlak bilgisi öğretiminin verilmediği ortadadır.⁵⁵⁰

Dinin kamu hizmetinin içeriğine dahil edilmesi ya da dini zorunlulukların kamu hizmetinde görünmesi/kabul edilmesi bir yana dini düzenleyen bir kurum olan DİB’in varlığı laiklik/yansızlık ve kamu hizmetleri açısından ele alınması gerekli olan diğer bir konudur. Anayasa’nın Başlangıç 2. paragrafında “*..laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya karıştırılmayacağı*” belirtilmiştir. Anayasa’nın 136. maddesinde, DİB’e genel idare içinde yer verilmekle beraber kuruluşa ayrıca, “*laiklik ilkesi doğrultusunda bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinme*” görevi verilmiştir.

Anayasa metnine göre genel idare içinde yer alan bir kuruluş olarak DİB’in yürüttüğü faaliyetin kamu hizmeti ve bu faaliyetleri yürüten personelin kamu görevlisi olduğu, dolayısıyla din hizmetlerinin bir kamu hizmeti olarak örgütlendiği görülmektedir. Hukuk mevzuatında laik nitelmesi yer alan bir devlette, diyanet işlerinin ancak kolektif gereksinimleri karşılamaya yönelik teknik bir kamu hizmeti olarak kabul edilmesi halinde, bu hizmeti karşılamakla işlevlendirilmiş bir birim devlet içinde örgütlenebilir.⁵⁵¹ Ancak 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve

⁵⁴⁹ Kerem ALTIPARMAK, Anayasa Mahkemesi ve 4+4+4: Özgürlük Hanesinde Elde Var O, <http://www.bianet.org/bianet/insan-haklari/146095-anayasa-mahkemesi-ve-4-4-4-ozgurluk-hanesinde-elde-var-0>, E.T. 21.04.2014.

⁵⁵⁰ AİHM, *Hasan ve Eylem Zengin /Türkiye* kararında, zorunlu din dersi ve bundan muafiyetin sadece T.C. uyruklu Hristiyan ve Musevilere tanınmış olmasının AİHS ek 2 nolu Protokolün 2. maddesini ihlal ettiğine karar verilmiştir. Burada AİHS md. 9 ayrıca bir sorun olarak kabul edilmemiştir.

⁵⁵¹ GÖZAYDIN, s. 143.

Görevleri Hakkında Kanun'un 1. maddesi “İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek üzere; Başbakanlığa bağlı Diyanet İşleri Başkanlığı kurulmuştur.”⁵⁵² diyerek Diyanet İşleri Başkanlığı'nın asıl görevinin İslam dinine ilişkin ibadet ve inanç işlerini yürütmek/düzenlemek olduğu belirtilmiştir. 1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmında yer alan laiklik ilkesi ve 136. maddede vurgulanan laiklik ilkesine uygun bir şekilde hizmet sunma yükümlülüğü ile, 633 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan “İslam dininin..” ibaresi Anayasa ile çelişki içindedir.

Laiklik ilkesinin modern yorumu, devletin dinsel inançlar karşısında yansızlığını gerektirir ve buna göre devlet sadece bir dinsel inanca yönelik hizmet veremez.⁵⁵³ Eşitlik ilkesine göre de kamu hizmetinin tüm vatandaşlarının yararlanmasına açık, tüm vatandaşlara eşit mesafede, çoğulculuk anlayışına uygun genellik-tarafsızlık-laiklik⁵⁵⁴ ilkelerine uygun olarak örgütlenmesi gerekmektedir. Ancak bu meselenin hukuki meşruiyeti konusunda gerekçe göstermek kolay görünmektedir. Zira İslam dini dışındaki inançlara mensup olanların alacakları hizmetler Lozan Barış Antlaşması hükümleri (md. 37-45) gereğince cemaatleri tarafından karşılanmaktadır.⁵⁵⁵ İslam dini dışında azınlık statüsünde olmayanların dinleri ya da İslam dini içinde görülen farklı mezhepler için ise sorun devam etmektedir. DİB bünyesindeki Din İşleri Yüksek Kurulu Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş Kanunu'na göre (md. 5) en yüksek karar ve danışma organıdır. Bu durumda din işleri yüksek kurulunun dinsel konularda aldığı kararlar, hukuksal etki ve sonuç doğurma kabiliyetleri bulunduğu ölçüde, idari işlem olarak kabul edilecektir.⁵⁵⁶ Bu kurulun kararlarının farklı din ve mezhepleri dışlayan nitelikteki kararları sonucunda yürütülen kamu hizmetleri, yapılan işlemler (örneğin Aleviliğin din olmadığına dair kararlar-görüşler) laiklik ilkesine olduğu kadar eşitlik ilkesine de aykırılık

⁵⁵² Bkz. <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Kanunlar.aspx>, E.T. 23.12.2012.

⁵⁵³ Ali ULUSOY Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul 2004, s. 265.

⁵⁵⁴ DİB'i laikliğin güvencesi olarak gören görüşler için bkz. GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 56.

⁵⁵⁵ GÖZAYDIN, s. 143.

⁵⁵⁶ ULUSOY, s. 266.

oluşturmaktadır. Nitekim neyin din olduğunu belirleme yetkisinin de kamu makamlarında olduğu görülmektedir.⁵⁵⁷

Anayasa Mahkemesi kararlarında ise kamu hizmetinin dinin denetlenmesi gerekliliği üzerine kurulduğu ve bunun da laiklik ilkesinin bir gereği olduğu vurgulanmıştır. Örneğin bir kararında Mahkeme, “...İslamlık, bireylerin yalnızca vicdanlarına ilişkin olan dini inanç bölümünü düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda bütün toplum ilişkilerini, devlet faaliyetlerini ve hukuku da tanzim etmiştir... bu nedenle anayasa koyucu mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerkliği veya bağımsızlığı biçiminde sınırsız devlet denetimi dışında kalan bir din özgürlüğü anlayışını anayasada kabul edilen laik düzeni ve ilkelerine aykırı görmemiştir.”⁵⁵⁸ diyerek DİB’in varlığının dini geliştirmek yaymak değil dini kontrol altına almak olduğunu ve bunun da laiklik ilkesinin bir gereği olduğunu kabul etmiştir.⁵⁵⁹ SABUNCU da DİB’i din işlerine bakan bir kuruluş olarak görmekle birlikte bir din örgütü olmadığını ayrıca bunun laiklik politikasının gerçekleşmesini kolaylaştırdığını ifade etmektedir.⁵⁶⁰

Dinin icrasına ilişkin hak ve özgürlükler ile kamu hizmetine ilişkin bazı ilkeler (süreklilik, eşitlik, tarafsızlık) arasındaki ilişki sebebiyle kamu hizmetini ilgilendiren diğer bir alan dini bayram ve ibadetlerin icrası nedeniyle kamu hizmetine ara verilmesidir. Danıştay, Cuma günlerine ait çalışma saatlerinin, Cuma namazı ibadetini yerine getirebilmek amacıyla değiştirilmesinde kamu yararı bulunmadığı ve hukuki tasarrufların din kurallarından bağımsız ve laiklik ilkesi çerçevesinde

⁵⁵⁷ Danıştay, DİB’ten alınan görüşte, Yehova şahitliği dini ekolünün, Hristiyanlıktan ayrı müstakil bir din sayılmasının mümkün olmadığını bildirmesi üzerine davacının nüfus kütüğündeki ‘dini’ sütununa Yehova şahidi yazılması isteminin reddi yolundaki işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. Bkz. DİDDGK, 1993/73 E, 1994/310 K, K.T. 10.06.1994.

⁵⁵⁸ AYM, 1970/53 E, 1971/76 K, K.T. 21.10.1971, R.G. 15.06.1972/14216.

⁵⁵⁹ Anayasa Mahkemesi’nin de Diyanet İşleri Başkanlığı’nı kamu hizmeti sunan değil, anayasal rejimi koruyan bir kurum olarak kabul ettiği diğer kararlar için bkz. AYM, 1993/1 E, 1993/2 K, K.T. 21.10.1971, R.G.14.02.1994/21849; 1989/1 E, 1989/12 K, K.T. 07.03.1989, R.G. 1989/200216.

⁵⁶⁰ Laik bir devlette ‘Diyanet’ kurumunun olmaması gerektiği yönündeki görüşler için bakınız. S. Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 2, İstanbul, 1966, s. 722-723; DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 41. Yılmaz ALİFENDİOĞLU, “Çağdaş Anayasa, Hukuk ve Demokrasi” (Konferans), Hukuk Kurultayı, 2000, C. 1, Ankara, 2000, S. 147,148; Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.146-147; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, 2009, s. 88; ÖZBUDUN, , s. 82.

düzenlenmesi gerektiğini belirterek idari işlemi iptal etmiştir.⁵⁶¹ Ancak Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun⁵⁶² un 2/B maddesinde ramazan ve kurban bayramını dini bayram olarak kabul etmiştir.

Aynı bağlamda Fransız içtihatlarında yer alan bir sorun da okullarda dini nedenlerle devamsızlığın mümkün olup olmadığıdır.⁵⁶³ Sorun, somut olarak Yahudi öğrencilerin dini günlerinde izinli sayılma isteklerinden doğmaktadır. İçtihatlarda, eğitimin gereği olan yükümlülükleri aksatmaması ve kurumun iç düzenini bozmaması koşuluyla öğrenciye ibadetini yapması veya dini bayramları kutlaması için bireysel ve sistematik olarak izin verilebileceği kabul edilmektedir. Cumartesi günleri derse devam etmeyi reddeden kişinin yüksekokullara matematik hazırlık sınıfına kabul edilmemesi, Fransız Devlet Şurası tarafından hazırlık sınıfındaki çalışma düzenin gereklerine uygun görülmiştir.⁵⁶⁴ Fransız Danıştay'ının düşüncesi, kamu hizmetinin yürümesi gerektiği ve inançları ne olursa olsun, bütün öğrencilerin, eğitsel yükümlülüklerine uyması gerektiğini belirtmekten ibarettir. Ve azınlık dinlerinin dinsel takvimlerini göz önüne almak için eğitim organizasyonunu bozmak anormal değildir. Neticede, Pazar günü, Hristiyanlıktan gelmekte ve Yahudiler için cumartesi ile aynı anlamı taşımamaktadır.⁵⁶⁵ Bütün dinlere açık laik bir cumhuriyetin, Hristiyan ve ulusal bayramlardan başka bir veya iki Müslüman ve Yahudi bayramını tanıması mümkündür.⁵⁶⁶

Nüfus hizmetlerinin idari bir kamu hizmeti olarak tarafsız ve eşit sunulmasında da “din” yine ayrımcı bir unsur olarak görülmektedir. Anayasa'nın 24/3 maddesinde, *“kimse ibadete, dini ayin veya törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kaanatlerinden dolayı kınanamaz*

⁵⁶¹ D.8.D. 1975/1933 E, 1976/672 K, K.T. 02.02.1976, karar notu için bkz. GÖZAYDIN, s. 259.

⁵⁶² 17.03.1981 tarihli 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun, R.G. 19.03.1981/17284,

md. 2 – Aşağıda sayılan resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü ve 1 Mayıs günü genel tatil günleridir. B) Dini bayramlar şunlardır: 1. Ramazan Bayramı; Arefe günü saat 13.00'ten itibaren 3,5 gündür. 2. Kurban Bayramı; Arefe günü saat 13.00'ten itibaren 4,5 gündür.

⁵⁶³ KARAHANOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 208.

⁵⁶⁴ René CHAPU, Droit Administratif Général, C. 1, B. 13, Paris, Montchrestien, s. 584'ten aktaran KARAHANOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 210.

⁵⁶⁵ BELORGEY, s. 42.

⁵⁶⁶ BELORGEY, s. 43.

ve suçlanamaz “ ifadesi yer almaktadır. Ancak nüfus cüzdanı verilirken kişinin dini, cinsiyeti, adı gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında da idare tarafından çeşitli sınırlamalar getirilmektedir. Konuyla ilgili olarak aralarında mülga 1587 sayılı Nüfus Kanunu’nun 43. maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvuruyu da içeren pek çok Danıştay kararı bulunmaktadır. 5490 sayılı ve 2006 tarihli Nüfus Hizmetleri Hakkında Kanun ile 1972 tarihli ve 1587 sayılı Nüfus Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Eski Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde nüfus kayıtlarında ve cüzdanlarında yer alan din hanesi iki kez Anayasa Mahkemesi’nin önüne gitmiştir ve Mahkeme iki davada da bu durumu Anayasa’da yer alan laiklik ilkesine ve din ve vicdan özgürlüğüne aykırı bulmamıştır. İnancı gereği nüfus cüzdanındaki din hanesine Alevi yazılması talebinin iç hukukta reddedilmesi üzerine AİHM’e yapılan başvuruda Mahkeme, Türkiye’de nüfus kütüğünde ya da nüfus cüzdanında bulunması gereken kişisel bilgiler arasında “din” hanesi olmasının⁵⁶⁷ AİHS’in 9. maddesini (din ve vicdan özgürlüğünün) ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁵⁶⁸ Mahkeme her ne kadar ayrımcılık yasağına dair bir değerlendirme yapmamış olsa da nüfus cüzdanı gibi resmi belgelerde dini inançların belirtilmesinin idari makamlarla olan ilişkilerde ayrımcı davranışlara yol açabileceğini ifade etmiştir. 2006 tarihli yeni Kanun’un 7. maddesi “Aile Kütüklerinde Bulunması Gereken Kişisel Bilgiler” başlığı altında kayıtlarda din hanesi hâlâ mevcuttur.⁵⁶⁹

Nüfus aile kütüğündeki “dini” bölümüne istenilen dinin yazılması konusunda da sorunlar yaşanmaktadır. Din hanesine Bahai dininin işlenmesi yolundaki başvurunun reddine ilişkin Nüfus Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle açılan başka bir davada,⁵⁷⁰ İdare Mahkemesi, DİB’ten alınan görüş doğrultusunda “*müstakil bir din değil, bir tarikattan ibaret bulunduğu anlaşılan Bahailiğin, davacının aile kütüğündeki dini bölümüne yazılmamasına ilişkin işlemin mevzuata aykırı olmadığı*” sonucuna varmış ve davayı reddetmiştir. Danıştay, temyiz incelemesi sırasında,

⁵⁶⁷ 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 7., 18., 35., 44. maddeleri ile ilgilidir.

⁵⁶⁸ AİHM, *Sinan Işık/Türkiye*, Başvuru No. 21924/05, K.T. 02.02.2010, bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> E.T. 31.01.2011.

⁵⁶⁹ 25.04.2006 tarih 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, R.G. 29.04.2006/26153.

⁵⁷⁰ D.10.D. 1992/3226 E, 1995/4872 K, K.T. 25.10.1995.

“uyuşmazlığın kaynaklandığı Nüfus Yasasının 43. maddesinin aile kütüğüne dinin yazılmasını öngören hükmünün, bireye dini açıklama zorunluluğunu getirdiği, bireyin özel ve kişiye özgü durumunu saklı tutma hakkını ve din özgürlüğünün dinini açıklama ögesini ortadan kaldırdığı, Cumhuriyetin temel ilkelerinden biri olan laiklik ilkesini zedelediği” gerekçeleriyle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur. Danıştay; Anayasa Mahkemesi’nin iptal istemini reddeden kararı⁵⁷¹ ve İçişleri Bakanlığının Genelgesi’de Hristiyanlık, Musevilik ve İslam dinine mensup olanların dininin yazılacağına belirtildiği gerekçesiyle Musevilik, Hristiyanlık ve Müslümanlık gibi Semavi dinler dışında kalan davacının düşüncesinin nüfus aile kütüğüne yazılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.

İDDGK, DİB ve Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültelerinden alınan cevaplarda Yehova Şahitliği dini ekolünün, Hristiyanlıktan ayrı müstakil bir din sayılmasının mümkün olmadığına bildirilmesi üzerine davacının nüfus kütüğündeki "dini" sütununa "Yehovanın Şahidi" yazılması isteminin reddi yolundaki işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı yönünde karar vermiştir.⁵⁷² Danıştay aynı nitelikteki diğer davaları da,⁵⁷³ Türkiye Hahambaşılığı ve Rum Patrikliği tarafından “Yehova Şahitliği”nin ayrı bir din olarak tanınmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. İdare Mahkemesince, Gök-Tanrı dininin Hristiyan, Musevi vs. Semavi dinlerden biri gibi müstakil bir din sayılamayacağı gerekçesiyle reddedilen dava Danıştay tarafından onanmıştır.⁵⁷⁴ Kararın karşı oy gerekçesinde ise “**Laik devlet kavramı, devletin dinler arasında yansızlığını ve bütün dinsel inançları eşdeğerde görmesini gerektirir. Laik devlet sisteminde, bir dinin kabul edilip edilmemesi konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu açıdandır ki, kişi belirli bir dinsel inanca iman ettiğinde, bu inancın din olarak kabul edilmesi ve Anayasanın 10. maddesine göre, "eşit uygulamaya" konu yapılması zorunludur. "Eşit uygulama" zorunluluğu, her dinsel inancın, beğenilsin veya beğenilmesin, Anayasanın 24.**

⁵⁷¹ AYM, 1995/17 E, 1995/16 K, K.T. 21.06.1995, R.G. 14.10.1995/22433.

⁵⁷² DİDDGK, 1993/73 E, 1994/310 K, K.T. 10.06.1994, DBB.

⁵⁷³ D.10.D. 2003/2029 E, 2006/6340 K, K.T.1 3.11.2006; D.10.D. 2003/2040 E, 2006/6339 K, K.T. 13.11.2006, DBB.

⁵⁷⁴ D.10.D. 1994/8030 E, 1996/719 K, K.T. 15.02.1996, DBB.

maddesinde yer alan "din ve vicdan hürriyeti"nin yarattığı haklardan yararlanmasını zorunlu kılar. Belirtilen haklar arasında, değinildiği gibi, kişinin dinsel inancını seçmek ve bunu nüfus kütüğüne kaydettirmek hakkı da vardır. Bu durum "laik devlet" kavramının doğal bir sonucudur....Bir dinsel görüşün zorunlu bir model ölçü alınıp bu modele uyması halinde müstakil bir din oluşturacağını ve bu şekilde Anayasal haklardan yararlanacağını kabul etmek, başka bir deyişle dinsel inançlarda belli bir ibadet, cemaat ve inanç sistemlerinin varlığını aramak, laiklik ilkesine ve Anayasanın 24. maddesinde yer alan herkesin dinsel inanç özgürlüğüne sahip olduğu kuralına aykırıdır..” denilmiştir. Görüldüğü gibi Danıştay ve idareler, din özgürlüğü kapsamında dini açıklama hakkını yalnızca ilahi dinlere tanınan bir özgürlük olarak ele almaktadır.

Din özgürlüğünün bir boyutunu da ibadet özgürlüğü oluşturur. Dini gereklerin/ibadetin icrası çoğu zaman kamusaldır. Örneğin ezan okunması, çan çalması bunlar ibadetin kamusal olarak kendilerini göstermeye ihtiyaç duyduklarını gösterir. Kamusal alanda ibadet özgürlüğünü sağlayan yerler ise ibadethanelerdir. Türkiye’de tek dine hizmet verme anlayışı ile yapılan yasal düzenlemeler, idari işlemler ve birçok yargı kararına yansımıştır. Danıştay, apartman içinde ibadet yeri olarak kullanılmak istenen taşınmazın ibadet yeri olarak kullanımının engellenmesine sebebiyet veren işlemin insan hakları ve temel özgürlükleri korumaya dair AİHS’e ve iç hukuk hükümlerine aykırı olmadığına hükmetmiştir. Engellenmenin AİHS madde 9’da yer alan meşru sınırlamalardan birine girip girmediği ve bu sınırlamanın demokratik toplum düzenine aykırı düşüp düşmediği ayrıca tartışılmamıştır.⁵⁷⁵ Ancak üyelerden biri mevzuatta İslam dini dışındaki inançlara ait ibadet yerlerinin açılmasına ve faaliyetlerine ilişkin yasaklayıcı bir düzenleme bulunmadığı ve (634 sayılı) Kat Mülkiyeti Kanunu’na dayanılarak bir sınırlama getirilemeyeceği gerekçesiyle karara muhalif kalmıştır. 2003 değişikliğinden sonra ev-kilise olarak kullanılmak istenen konut alanının ibadet yeri olarak kullanılmayacağına ilişkin karara karşı açılan başka bir davada Danıştay bu kez AİHS madde 9 ve İmar Kanunu hükümlerine atıf yaparak ibadet yeri yapılmak

⁵⁷⁵ Özlem ERDEM KARAHANOGULLARI, “Danıştay Kararlarında Din, Vicdan ve Düşünce Özgürlüğü”. Bkz. http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/KarahanogullariDinOzgurlugu.pdf

istenen alanın kullanıma uygun olmadığına ilişkin kararın hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

Devletin ulusal ve uluslararası düzenlemelerle güvence altına aldığı din ve vicdan özgürlüğünün fiilen ve tam olarak kullanılması için vatandaş arası ayırım yapılmadan kamu hizmeti sunması gerektiği ancak Anayasa madde 136 ve 633 sayılı Kanun'un görevinin yalnızca İslam dini ile sınırlanmış olduğu dolayısıyla Sünni mezhebi dışında kalan Alevi inancına sahip kimselerin bu haktan mahrum edildiği, cemevlerinin ibadethane olarak tanınması ve cemevleri için “din” kamu görevlisi istihdam edilmesi gerektiği bunun da genel-ortak bir hizmet olan din hizmetlerinden herkesin eşit ölçüde yararlanma hakkının bir gereği olduğu gerekçesiyle ibadet yeri açılması ve genel bütçeden hizmetin işleyişi ve personel istihdamına ilişkin istemin reddine karşı idari yargıda dava açılmıştır. Danıştay, mevcut yasal düzenlemelere dayanılarak sorunun çözümünün mümkün olmadığı ve devletin hak ve özgürlüklere müdahale etmemesi gerektiği zira devletin dinine ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığı, bu taleplerin devlet eliyle sunulması halinde farklı mezhep ve inançları tatmin etme noktasında sorun yaratabileceği ve bunun da laik devlet ilkesine zarar vereceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.⁵⁷⁶

Cem ve kültür evi olarak kullanılan yerlerin suyunun belediye tarafından bedelsiz olarak verilmesi, enerji giderlerinin de DİB tarafından karşılanması için bu yerlere ibadet yeri statüsü tanınması için yapılan başvurunun reddedilmesi üzerine açılan iptal davasında Danıştay, yerel mahkemenin; yasal mevzuatta cami ve mescit dışında DİB bünyesinde kabul edilen bir “ibadet yeri” tanım ve varlığının söz konusu olmadığı dolayısıyla bunun dışında ibadet yeri olarak tanınması istenen yerler için ancak yasal mevzuatta düzenleme olması gerektiği ve böyle bir düzenlemenin olmadığından bahisle reddettiği davayı onamıştır. İstemde aynı zamanda DİB'in sadece “İslam dini”ne hizmet etmek üzere kurulmasının aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Danıştay Anayasa'ya aykırılık itirazını yerinde görmemiştir.⁵⁷⁷ Ancak bir kilisenin bedelsiz su kullanım hakkından yararlandırılması isteminin reddi üzerine

⁵⁷⁶ D.10.D. 2008/3098 E, 2010/475 K, K.T. 02.02.2010, DBB.

⁵⁷⁷ D.10.D. 2006/5564 E, 2010/476 K, K.T. 02.02.2010. karar için bkz. Özlem ERDEM KARAHANOGULLARI, “Danıştay Kararlarında Din, Vicdan ve Düşünce Özgürlüğü”. http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/KarahanogullariDinOzgurlugu.pdf

açılan davada ise Danıştay, Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin aldığı bir kararla cami, mescit, kuran kursu gibi dini yerler ile ücretsiz öğrenci barındıran yurtlardan su ücreti alınmaması ve bu ücretin Belediye tarafından karşılanmasına karar verildiği ve Protestan Kilise hakkındaki belediye meclis kararında, başka din ve inanca mensup ibadethanelerin sayılmamış olmasının kararın belli bir dine ve inanca mensup bir karar olduğu anlamına gelmeyeceği, zira belde sakinlerinin mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak ile yükümlü olan belediyenin hizmet sunumunda dinsel farklılık gözetmesinin düşünülmemeyeceğini; dolayısıyla kilisenin karar kapsamında sayılan dini yerlerden olduğu ve su kullanım hakkından yararlandırılması gerekirken, aksi yönde tesis edilen işlemin eşitlik ve hakkaniyet kurallarına aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁵⁷⁸

3194 sayılı İmar Kanunu ve 4928 sayılı Kanun madde 9'da yer alan "cami" ibaresi "ibadet yeri" olarak değiştirilmiştir. Böylece tüm dinleri kapsayacak şekilde bir düzenleme getirilmiş olmaktadır. İmar Kanunu'nda 2003 yılında yapılan değişiklikten önce Danıştay kanuna uygun olarak "cami alanı" ifadesini kullanmaktaydı ancak sonraki uyuşmazlıklarda "dini tesis alanı" ifadesini kullanmaya başlamıştır.⁵⁷⁹

Laiklik ilkesinin yaşama geçirilme alanının en hassas olduğu diğer kamusal alan ise okuldur. Dinlerin görünebilirlik hakkı sorunu eğitim kurumuna girince karmaşılaşmaktadır. Özellikle başörtüsü/turbanın okullarda takılması, laik anayasal düzenin temeli olan kamu hizmetinin tarafsızlığı ve kamu hizmetlerinden eşit şekilde yararlanma hakkı noktasında tartışılmaktadır. Eğitim kamu hizmetinin kullanıcılarının, bir dini inanca veya düşünce sistemine bağlılıklarını açığa vuran kılıkla kamu hizmetinden yararlanmaları veya idarenin bunu engellemesi eşitlik, yansızlık ve laiklik ilkeleri ile olan ilişki bağlamında önem kazanmıştır. Hizmetten

⁵⁷⁸ D.8.D. 2004/4350 E, 2005/809 K, K.T. 22.02.2005 karar için bkz. Özlem ERDEM KARAHANOGULLARI, "Danıştay Kararlarında Din, Vicdan ve Düşünce Özgürlüğü". http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/KarahanogullariDinOzgurlugu.pdf

⁵⁷⁹ Cami ifadesinin geçtiği kararlar için bkz. D.6.D. 19987/3503 E, 1999/1091 K, K.T. 4.02.1999; D.6.D. 1999/4436E, 2000/5988 K, K.T. 29.11.2000. Dini tesis alanı ifadesinin kullanıldığı karar için bkz. D.6.D. 2009/11134 E, 2009/12743 K, K.T. 25.12.2009.

yararlananların, hizmetin iç düzeninin sağlanarak sürdürülebilmesi için gerekli olanlar dışındaki özellikle dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep, din ve benzeri sınırlamalara tabi tutulması eşitlik ilkesini ihlal eder. Bu konuda mutlak bir sınırlama getirilmesi eşitlik ilkesine aykırıdır. Getirilecek sınırlamanın hizmet gerekleri ile bağı kurulmalıdır.⁵⁸⁰

Türk hukukunda hiçbir pozitif hukuk düzenlemesinde Yükseköğretim Kurumlarında türbana ilişkin herhangi bir yasak bulunmamaktadır. Eğitim kurumlarındaki türban kullanımı, genel yasak öngören **düzenleyici işlemlerle**⁵⁸¹ ve **birel işlemlerle** genel disiplin yaptırımına bağlanma yoluyla çözülmeye çalışılmıştır. İçdüzen işlemleri olarak kabul edilen idari kurumlardaki iç düzeni ve hizmetin özelliğinden kaynaklanan özel organizasyonu sağlamak için başvuru **disiplin işlemleri**;⁵⁸² yararlanana karşı, kılık kıyafete ilişkin kurallar dâhil, iç düzen işlemleri ile bazı yükümlülükler ve yaptırımlar getirilmesi idare hukuku kurallarına aykırı değildir.⁵⁸³ Ancak sorun idarenin **içdüzen** işlemlerinden olan disiplin cezaları ile hizmetten yararlananların temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması, kullanmasının engellenmesi noktasında çıkmaktadır. Anayasa'nın 13. maddesinde açıkça temel hakların ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilirliği belirtilmektedir. Temel haklar kanun ile sınırlanır ve idari birimlerin çıkardığı genelgeler ise bu güce sahip değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre: *“anayasada düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme*

⁵⁸⁰ KARAHAÑOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 208.

⁵⁸¹ “Yürütme organı ve idare değişik isimler altında düzenleme yapmaktadır. Uygulamada tüzük, kararname, yönetmelik, talimat, yönerge, genelge, sirküler, karar, tebliğ gibi isimler altında idari düzenlemeler görülmektedir”. Bkz. AYM, 1994 /46 E, 1994/57 K, K.T. 18.07.1994, AYMKD, S. 31, C. 1, s. 379 –38.

⁵⁸² GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku, Genel Esaslar, C. 1, Turhan Yayınevi, Ankara, 1998, s. 321-322, disiplin cezalarının içdüzen işlemleri olduğu yönündeki görüş için bkz. ULUSOY, s. 220.

⁵⁸³ ULUSOY, s. 221. Anayasa Mahkemesi de, idarenin, yasa koyucunun belli konularda koyduğu kurallar, çizdiği çerçeve ve uygun görmesi durumunda bunların uygulanması yolunda bırakacağı sınırları belirlenmiş alanlar dâhilinde, takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacağını belirtmiştir. Bkz. AYM, 1985/3 E, 1985/8 K, K.T. 18.06.1985, AYMKD, S. 21. s.204. Yüksek Mahkemeye göre, yürütme organının tüzük ve yönetmelik dışında yasanın buyruğuna uyarak genel nitelikli hukuksal tasarruflarda bulunması da idare hukuku esaslarına uygundur. Bkz. AYM, 1990 /29E, 1991 /37K, K.T. 15.10.1991, AYMKD, S. 27, C. 2, s. 619.

*yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.”*⁵⁸⁴ Buna göre idarenin, genel bir yasak getirmesi, yani türbanla eğitim kamu hizmetinden yararlanmasının engellenmesi mümkün değildir.

Okul yönetimlerinin türbanla ilgili çeşitli kararları iptal davalarına konu olmuş ve yerleşik bir içtihat oluşturmuştur. Danıştay çoğu kararında düzenleyici/adsız düzenleyici (kararname, karar, tebliğ, genelge, yönerge vb.) -birel idari işlemlerle yapılan sınırlandırmanın hukuka aykırı olmadığına karar vermiş ancak düzenleme yetkisinin sınırı ve alanı konusunda herhangi bir tartışmaya girmemiş, daha çok düzenlemelerin laik devlet ilkesine uygunluğuna vurgu yapmıştır. İdari işlemlerin (genelge, sirküler vb. adsız düzenleyici işlemlerle tesis edilen idari işlemler) mevzuata aykırılığı ileri sürülen davalarda Danıştay genelde bir üst hukuk normu olan yönetmeliklerin uygulanmasının hukuka uygun bulmuştur.⁵⁸⁵

Danıştay,⁵⁸⁶ türbana yasak getiren idari işlemlerde, Anayasa Mahkemesi⁵⁸⁷ ise türban kullanımına olanak tanıyan yasal düzenlemelerde “laiklik ilkesini” meşru

⁵⁸⁴ AYM, 1993/5 E, 1993/25 K, K.T. 06.07.1993, R.G. 25.02.1995/22213.

⁵⁸⁵ Bkz. D.8.D. 1999/4279 E, 2000/2293 K, K.T. 28.03.2000, DBB.

⁵⁸⁶ D.8.D. 2010/8496 E, 2011/yok, K.T. 12.01.2011; D.8.D. 1984/636 E, 1984/1574 K, K.T. 13.12.1984; DiDDGK, 1993/6 E, 1994/327 K, K.T. 17.06.1994; D.8.D. 1999/3772 E, 2000/2293 K, K.T. 28.03.2000.

⁵⁸⁷ 1988 yılında Yükseköğretim kurumlarında türban kullanımını serbest bırakan 3511 sayılı Kanunun 2. maddesiyle 2547 sayılı Kanuna ek 16. maddesiyle eklenen “yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümünde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbesttir.” hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından “laik bir devlette yasal düzenlemelerin din kurallarına göre yapılamayacağı” gerekçesiyle iptal edilmiştir. (AYM, 1989/1 E, 1989/12 K, K.T. 07.03.1989, R.G. 05.07.1989/20216) Bu hüküm daha sonra 1989 yılında Yönetmelik metninden çıkarılmıştır. İptalden sonra 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu’na 3670 sayılı Kanun ile eklenen 17. madde ile “yürürlükteki yasalara aykırı olmamak koşulu ile Yükseköğretim Kurumlarında kılık kıyafet serbesttir.” hükmü getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu hükmü “Yükseköğretim Kurumlarında, türban hariç olmak üzere, kılık kıyafet serbesttir” şeklindeki yorumlayarak (yorumlu ret kararı ile) Anayasaya aykırı bulmamıştır. AYM, 1990/36 E, 1991/8 K, K.T. 09.04.1991, R.G. 31.07.1991/20946. Karar gerekçesinde “serbestliğin, dini inanç sebebiyle boyun ve saçların türbanla kapatılmasını ve dinsel nitelikli giysileri kapsamadığı” saptanmıştır” denilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yasanın 1. maddesi ile Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına, “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi; 2. maddesi ile de, Anayasamızın 42. maddesine, altıncı fıkradan sonra

bir sınırlama sebebi olarak görmüş, ilgili düzenlemelerin eşitlik ilkesini sağlamaya yönelik olduğuna karar vermişlerdir. Danıştay konuyla ilgili birçok kararında sınırlandırmaları eğitim kamu hizmetinden faydalanma hakkı ve din ve vicdan özgürlüğü hakkı bağlamında değerlendirmeyip (Anayasa Mahkemesi kararlarını da örnek göstererek) laiklik ilkesinin bir gereği olarak görmüştür. DİDDGK, üniversitelerde türbanla derslere ya da sınavlara girmekte ısrar eden öğrencilere üniversite yönetimlerince verilen **disiplin cezalarının** hukuka uygun olduğuna ilişkin yargı kararlarını onarken şu değerlendirmeyi yapmıştır: “Anayasal ve yasal kurallara göre;-- Yükseköğretim öğrencisi, Atatürk ilke ve devrimlerini özümsemiş ve ilke ve devrimler doğrultusunda davranan kişiler olmalıdır.-- Çağdaş kıyafet ve görünüme ters düşen, dinsel nitelikte kılık kıyafet giyen, başörtüsü veya türban takan öğrencinin Atatürk ilke ve devrimlerine aykırı davranış içinde olduğu açıktır. Bu nedenle, türbanla derslere girmekte ısrar eden öğrenciye verilen disiplin cezasında hukuka aykırılık yoktur.”⁵⁸⁸

Danıştay, türban takılmasına ilişkin açık bir disiplin suçu bulunmadığından, her okulun **disiplin yönetmeliğinde** bulunan “yükseköğretim öğrencisi olma sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsma” ve “ders, seminer, uygulama, laboratuvar, atölye çalışması ve konferans gibi çalışmaların düzenini bozma” suçlarını esas almaktaydı.⁵⁸⁹ Ancak daha sonra **1987 yılında Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği’nde** değişiklik yapılarak kapalı mekânlarda türbanla bulunma disiplin yaptırımına bağlanmıştır. Yönetmeliğin ilgili hükmünün iptali için açılan dava da Danıştayca gerekçelerle reddedilmiştir.⁵⁹⁰

Türkiye’de üniversite idarelerinin idari kararlarla üniversitelerde türban yasağı öngörmeleri ve türbanlı öğrencilere çeşitli idari cezalar uygulamaları ve bu işlemlerin de Türk yargı organları tarafından hukuka uygun bulunması üzerine, bu

gelmek üzere "Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir." fıkrası eklenmiştir. Bu maddelerin iptali istemiyle açılan davada; Anayasa Mahkemesi anılan kararı ile söz konusu maddeleri laiklik ilkesine aykırı oldukları gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Bkz. AYM, 2008/16 E, 2008/116 K, K.T. 05.06.2008, R.G. 22.10.2008/27032.

⁵⁸⁸ DİDDK, 1993/61 E, 1994/327 K, K.T. 17.06.1994. bkz. <https://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>

⁵⁸⁹ Özlem KARAHANOGULLARI, s. 214.

⁵⁹⁰ D.8.D. 1988/11173 E, 1989/652 K, K.T. 07.07.1989.

uygulamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) aykırılığı iddiasıyla, sorun birkaç kez Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) taşınmıştır. Konu başörtüsüz fotoğraf vermedikleri için diploma alamayan iki kişinin, AİHS'nin din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesine aykırılık gerekçesiyle yaptığı bireysel başvuru yoluyla Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önüne de getirilmiştir. Komisyon AİHS'nin 9. maddesinin, din ve vicdan özgürlüğünü; bu çerçevede bir dinin uygulanmasını, öğretimini, ayinlerini ve törenlerini de güvence altına aldığını ancak, kamuya açık alanlarda, bir dinin ya da inanışın emrettiği şekilde davranma hakkını da kişiye mutlak olarak tanımadığını saptayarak **eşitlik ve yansızlık** düşüncesi ile laik üniversitede sınırlamalar getirilebileceğini kabul etmiştir.⁵⁹¹

İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü'nün sakallı ve türbanlı öğrencilerin üniversiteye girişlerini yasaklayan bir düzenlemeyi ve bu düzenlemeye dayanılarak, kılık kıyafet düzenlemelerine uymadığı gerekçesiyle uyarma cezası, ayrıca kılık kıyafet yasağına karşı yapılan izinsiz gösteriye katıldığı için bir dönem uzaklaştırma cezası alan bir öğrencinin bu işlemlerin iptali için başvurduğu idare mahkemesinde isteminin reddilmesi üzerine AİHM'ne yapılan başvuruda, AİHS'nin 8, 9, 10 ve 14. maddelerinin ve 1 numaralı Ek Protokolün 2. maddesinin ihlal edildiği iddia edilmiştir. Mahkeme aykırılık iddialarını yerinde görmemiş ve üniversite rektörlerinin bu konu hakkında düzenleme yapma yetkilerinin olduğunu kabul etmiştir. Yasaklama kararının meşruiyetini aynı zamanda laiklik ilkesine uygunluk üzerinden de değerlendiren Mahkeme "*laik üniversitelerin, bu dinin simgelerinin taşınması ve ibadetlerinin gerçekleştirilmesini... düzenleyebilmesi*"ni "hukuken" yanlış görmemiştir.⁵⁹² Kararda ayrıca sınırlamanın ölçülü ve çoğulculuk ilkesine uygun olduğu vurgulanmıştır. Sınırlamanın sebebinin başkalarının "*hak ve özgürlüklerinin korunması ve düzenin sağlanması gibi meşru bir amacı*"nın olduğu belirtilmiştir. Mahkeme, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 13. maddesinin⁵⁹³

⁵⁹¹ AİHM, *Karaduman/Türkiye*, Başvuru No. 16278, K.T. 05.03.1993; *Bulut/Türkiye*, Başvuru No. 18283/91, K.T. 05.03.1993.

⁵⁹² AİHM, *Leyla Şahin/Türkiye*, Başvuru No. 44774/98, K.T. 29.06.2004.

⁵⁹³ İlgili hüküm şu şekildedir: 13. madde Rektörün b) görev ve sorumlulukları: 5) üniversitenin birimleri ve her düzeydeki personeli üzerinde genel gözetim ve denetim görevini yapmak, (...) gerektiği zaman güvenlik önlemleri alınmasında, ...bilimsel ve idari gözetim ve denetimin yapılmasında birinci derecede yetkili ve sorumludur."

verdiği “gözetim ve denetim” yetkisini “düzenleme” yapma yetkisi olarak kabul etmiştir.^{594 595}

Türban yasağıyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir başka konu da kadın erkek eşitliğidir. Anayasa ve kabul edilen uluslararası antlaşmalarda (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme) kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla devletin her türlü önlemi alması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak hak ve özgürlüklerinin yasaklanması ile dini izhar özgürlüğünün engellenmesi ile eğitim hakkı da engellenen kadınlar, aynı inanca sahip olan erkeklere göre dezavantajlı bir duruma düşmektedirler. AİHM, *Dahlap*⁵⁹⁶ olayında, İsviçre’de bir ilkokulda başörtülü bir şekilde öğretmenlik yapılmasına izin verilmeyen başvurucu, sadece 9. madde ile korunan hakkının değil, aynı zamanda Müslüman bir erkeğin bu haktan (kamu görevi yapma hakkından) mahrum olmadığını dolayısıyla Sözleşme’nin 14. maddesinin de kendisi açısından ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme ise 14. maddenin ihlal edilmediğini çünkü uygulamanın hedefinin kadınlar olmadığını, amacın devletin tarafsızlığını sağlamak olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme’ye göre aynı kısıtlama dini kimliğini açıkça gösteren bir erkeğe de uygulanacaktır.

Laiklik ilkesi anayasa ve çeşitli kanunlarda yer almakla, hukuki bir değere sahiptir. Ancak Anayasa ve Uluslararası Sözleşmelerle⁵⁹⁷ garanti altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanımı söz konusu olduğunda, (daha çok eğitim, çalışma hakkı, din ve inanç özgürlüğü) ilkenin uygulanması bir sınırlama sebebine dönüşmektedir. Siyasal özgürlükler (partilerin kapatılması), din özgürlüğü (türban yasağı), eğitim özgürlüğü (kamu eğitiminin tekeli), ifade özgürlüğü (laikliğe karşı düşüncelere cezai

⁵⁹⁴ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 13. maddesinin b bendine dayanarak Rektöre düzenleme yetkisi tanınmaktadır (parag. 50). Yükseköğretim Kanunun ilgili hükmü şu şekildedir: “*Rektörün b) Görev, yetki ve sorumlulukları: (5) Üniversitenin birimleri ve her düzeydeki personeli üzerinde genel gözetim ve denetim görevini yapmak, (...)gerektiği zaman güvenlik önlemlerinin alınmasında, ... bilimsel ve idari gözetim ve denetimin yapılmasında ... birinci derecede yetkili ve sorumludur.*”

⁵⁹⁵ İlgili hükmün idareye düzenleme yetkisi vermediği yönündeki görüşler için bkz. Kerem ALTIPARMAK/Onur KARAHANOGULLARI, Pyrrus Zaferi, Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y. 1, S. 3, Temmuz-Eylül 2004, s. 253.

⁵⁹⁶ AİHM, *Dahlap/İsviçre*, Başvuru No. 42393/98, K.T. 15.02.2001.

⁵⁹⁷ 1948 tarihli BM İnsan Hakları Bildirisi md. 18; 1966 tarihli Uluslararası MSHS md. 18/1; AİHS, md. 9.

yaptırımlar)⁵⁹⁸ sonuç olarak laiklik adına yapılan sınırlandırmaların kaldırılması, laikliğin tıpkı eşitlik gibi çoğulculuğu referans alması gerekmektedir. Buna göre, laikliğin işlevi, bir yandan belli bir dini inancın bu inanca teorik olarak mensup fakat gereklerini yerine getirmeyenler veya diğer inançlar üzerinde baskı kurmasını önlemek, diğer yandan da bir dini inancın gereklerinin yerine getirilmesini engelleyecek tüm sınırlamaları, kamu düzenine zarar verilmemesi şartıyla, ortadan kaldırmak suretiyle inanç ve vicdan özgürlüğünü reel olarak sağlamaktır.⁵⁹⁹ Laiklik dini sınırlayan değil dini inanç ve özgürlüğün daha iyi kullanılmasına yardım eden bir araç olmalıdır.⁶⁰⁰ Bununla birlikte, dini etkileri dışarıda tutmayı ve mevcut bütün dinler bakımından aynı davranışı benimsemek zorunda olan Devletin tarafsızlığını gerektirir. Tarafsızlık devleti herkesin kendi inancına göre özgürce yaşayabileceği tarafsız bir alan oluşturmaya mecbur bırakır.⁶⁰¹

C. Ekonomik Durum

Kamu hizmetinin karşılıksız olduğuna ilişkin düşünce aslında eşitlik ilkesi ile yakından ilgilidir.⁶⁰² Nitekim kamu hizmetlerinin “bedelsizliği” ilkesi eşitlik ilkesinin toplumsal yanına ilişkindir. Kamu hizmetlerindeki “bedel politikası”, gelir ve servetin bölüşümündeki eşitsizliğin yükünü çeken toplumsal sınıfların kamu hizmetinden öncelikli, bedelsiz ya da makul bir bedelle faydalanması ve bu şekilde asgari düzeyde bir sosyal eşitlik sağlanması açısından önemlidir.

Hizmet “fiyatlarındaki”⁶⁰³ eşitliğin ya da ödeme gücüne göre hizmet fiyatlarındaki farklılaştırmanın eşitlik ilkesine uygunluğu birçok defa yüksek yargının önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetlerinden yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınmasının esas olduğunu ve hizmet fiyatlarındaki farklılaştırma yerine “..., gelir düzeyi ne olursa olsun belirlenen ücreti ödeyemeyecek olanlardan bu ücretin alınmaması ya da onlar

⁵⁹⁸ BOCKEL, s. 54.

⁵⁹⁹ Alain BERGOUNİOUX, La laïcité, valeur de la République, pouvoirs, no.75.1995, s. 25’ten aktaran ULUSOY, s. 208.

⁶⁰⁰ ULUSOY, s. 209.

⁶⁰¹ AİHM, *Lautsi ve diğerleri/İtalya*, Başvurucuların savunması, 43. parag.

⁶⁰² GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku Genel Esaslar, s. 558.

⁶⁰³ Hizmet bedelinin fiyat olarak kabul edildiği AYM kararı için bkz. AYM, 1984/9 E, 1985/4 K, K.T. 26.06.1985; AYMKD, S. 21, s. 60.

adına ödenmesi olanakları da uygulamaya konulma(sı)”⁶⁰⁴ durumunda düzenlemenin Anayasa madde 2’ye aykırı olmayacağına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin, bir başka kararında ise mali güce göre yapılacak farklılaştırmanın hizmetin özelliğine bağlı olarak eşitlik ilkesine aykırılık oluşturabileceği belirtilmiştir.⁶⁰⁵

Danıştay, kamu hizmetlerinden alınacak **bedeli** belirlerken, haklı neden, kamu yararı vb. sebeplerle kullanıcılar arasında farklılık yaratılabileceğini ve idarenin bu konuda takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme’ye göre kontrollü gişe telefonları için ankesörlü telefonlardan farklı ücret belirlenmesinde, “...askerlik hizmetini ifa edenlerin yararlandığı askeri birliklerdeki kontör ücretlerinin farklı belirlenmesin(de)”,⁶⁰⁶ “haklı nedenle” eşitlik ilkesine aykırılık yoktur. Postanede çalışan kamu görevlilerine indirim yapılmasını öngören düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılığı ileri sürülen davada da Danıştay: “ *kamu hizmeti niteliğindeki telefon hizmetini yürüten idare... toplum içinde gördükleri hizmet itibarıyla bazı meslek grupları ve kişiler için telefon ücretinden indirim yapmaya bu indirim esaslarını da belirlemeye yetkili...*”⁶⁰⁷ olduğuna karar vermiştir. Buna karşılık ulaşım hizmetinden indirimli yararlanmanın **yaş** koşuluna bağlandığı, düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada Danıştay: “...adı geçen yönetmelik kuralının hiçbir yasal dayanağının bulunmadığı, her ne kadar bu kuralın getirilmesinde 28 yaşını geçen öğrencilerin ücretli, maaşlı veya gündelikli olarak çalışmaları gerektiği varsayımına dayanıldığı anlaşılmakta ise de; **aynı öğrenim kurumunda öğrenimini sürdüren ve çalışmayan öğrenciler arasında yaş dolayısıyla ayırım yapılması sonucunu doğurduğundan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu..**” gerekçesiyle yönetmelik kuralını iptal eden İdare Mahkemesi kararını onamıştır.⁶⁰⁸

Danıştay’a göre hizmet fiyatlarının hizmetin niteliği ve yapılan masrafin tutarına göre farklılık göstermesinde eşitlik ilkesine aykırılık yoktur: Kararda

⁶⁰⁴ AYM, 1987/16 E, 1988/8 K, K.T. 19.04.1988, R.G. 23.08.1988/19908.

⁶⁰⁵ AYM, 1987/3 E, 1987/13 K, K.T. 22.05.1987, R.G. 18.09.1987/19578.

⁶⁰⁶ D.10.D. 1996/993 E, 1999/3627 K, K.T. 23.06.1999, DBB.

⁶⁰⁷ D.10.D. 1995/1839 E, 1996/3048 K, K.T. 28.05.1996, DBB.

⁶⁰⁸ D.8.D. 1989/1379 E, 1990/1339 K, K.T. 19.11.1990, DD, Y. 22-1992, S. 82-83.

“...**telefon ücreti** ödemek bakımından değişik şehir ve kasabalar ile aynı şehir veya kasaba içinde abone telefonları ile kumbaralı telefonlar arasındaki farklılık bulunması, **hizmetin niteliğinde ve yapılan masrafın tutarındaki farklılıktan ileri gelmesine** ve kumbaralı telefonların herkesin yararlanmasına açık bulunmasına göre kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.”⁶⁰⁹ denilmiştir. Başka bir kararda ise Danıştay, “turistik faaliyetler dolayısıyla yıl içinde yoğun nüfus değişimi gösteren yerler için lokal götürü şebeke **tesis ücretinin** farklı alınması, telefon tesisi ile yurttaşlara götürülmek istenen kamu hizmetlerinden yararlanma açısından kişiler arasında farklı bir uygulamaya yol açacak nitelikte olur”⁶¹⁰ gerekçesiyle ücret farklılaştırılmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Mahkeme’ye göre tarife farklılaştırılmasına gidildiği durumlarda, kullanıcılara ödenecek bedel, hizmetin karşılığı olmalı ve kazanç sağlama amacı güdülmemelidir. Sayaçlarda ön ödemeli elektronik kartlı sisteme gidilmesi, yeni abonelere kartlı sayaç takılması ve doğalgaz alımlarının peşinata dönüşmesi nedenleriyle abone olma şartlarının yeniden düzenlenerek, **yeni abone olan bütün abonelerden** her bağımsız daire için 300 USA dolar abonelik ücreti alınmasına ilişkin EGO Genel Müdürlüğü İdari Encümeni kararının iptali istenen davada Danıştay: “Kamu hizmetinin sağlıklı ve verimli bir şekilde, bu hizmetten yararlananlara sunulabilmesi için, hizmetin tesisinden doğacak olan giderlerin karşılanabilmesi amacıyla bu hizmetten yararlanacak olan ilgililerden ücret alınması doğal olmakla birlikte, ilgililere yansıtılacak olan bu yükün yapılan hizmetin bir karşılığı olması ve aynı hizmetten yararlananlar arasında eşitsizliğe ve haksızlığa yol açmayacak şekilde adil ve dengeli olmasına özen gösterilmesi gerekmektedir.”⁶¹¹ demektedir. Bununla birlikte Danıştay yapılacak tarife farklılaştırmasının kamu hizmetlerinde eşitliği bozmaması için bir grup tüketici için yüksek oranlı tarife belirlenmesinin **kazanç sağlama amacı taşımaması** gerektiğini belirtmektedir. Danıştay belediye meclisinin **su-atık su ücret** tarifesinin “birim su fiyatının ve buna bağlı olarak birim atık su ücretinin Resmi Daireler, Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile bunlara bağlı fabrikalar, işyerleri ve birimlerinden

⁶⁰⁹ DİDD, 1968/661 E, 1972/119 K, K.T. 11.02.1972; D.10.D. 1989/359 E, 1990/1493 K, K.T. 21.06.1990, DD, S. 81, s. 329.

⁶¹⁰ D.10.D. 1989/359 E, 1990/1493 K, K.T. 21.06.1990, DD, S. 81, s. 329.

⁶¹¹ D.8.D, 1998/6982 E, 1999/1478 K, K.T. 13.03.1999, DBB.

yüksek tutularak diğer tüketici gruplarında düşük belirlenmesinde eşitlik ilkesine uyarlılık bulunmadığına; bu birim fiyatları arasında dört beş hatta altı kat gibi bir fark bulunmasının, sunulan hizmet karşılığında bir ücret talep edilmesinden öte kamu kurumlarının **gelir elde etmeye yönelik bir uygulama** mahiyetinde olup, bu yönüyle de hukuka uyarlılık bulunmadığına”⁶¹² karar veren yerel idare mahkemesinin kararını onamıştır. Ancak YAYLA’ya göre sanayi, istihdam yarattığı, üretimi arttırdığı ve uluslararası rekabete girdiği için, meskenlerden daha ucuz enerji alabilir.⁶¹³

Kamu hizmetlerinin eşitlik özelliği, kamu hizmetini konu edinen idari sözleşmelerin mukavele ve şartnamelerinde de görülür. Örneğin Devlet ile Kayseri ve civarı Elektrik Türk Anonim Şirketi arasında yapılan imtiyaz sözleşmesine ek şartnameye göre: imtiyaz sahibi, abonelerden bazılarını tarifedeki ücretten aşağı fiyatla elektrik verirse, öteki abonelere de bu miktarda indirim yapmaya mecburdur.⁶¹⁴ Türk Hava Yollarının Anadolu Jet markası da Ankara Ticaret Odası tarafından 4054 sayılı RKHK’un 6. maddesi anlamında hâkim durumun kötüye kullanıldığı iddiasıyla rekabet kurumuna şikâyet edilmiştir. ATO’nun rekabet kurumuna verdiği dilekçede, Anadolu jet ile uçulan yerlerde THY ile doğrudan uçuş imkânının ortadan kaldırılarak, eşit durumda olan “müşteriler” arasında hizmet standartları açısından eşitsizlik yaratıldığı belirtilmiştir. Anadolu’daki şehirlere İstanbul’dan çıkış yapan müşterilere yüksek standartlarla uçuş imkânı sağlandığı, ancak Ankara merkezli uçuşlarda “müşterilere” kalitesizliğin tek seçenek olarak sunulduğu belirtilen dilekçede, söz konusu uygulamanın eşitler arasında bir ayrımcılık olduğu ve THY’nın hâkim durumunu kötüye kullandığı vurgulanmıştır.⁶¹⁵ Rekabet Kurulu, 24.07.2008 tarih ve 08-47/668-262 sayılı kararı ile THY AO tarafından yapılan tanıtımların aksine Anadolu jet fiyatlarının düşük olmadığını, müşteriler için düşük fiyatlı bilet bulma imkânının ortadan kalktığı yönündeki iddiaların RKHK kapsamında olmadığını belirtmiş ve tüketiciler aleyhine bir ayrımcılık yapılmadığına karar vermiştir.

⁶¹² D.8.D. 1994/661 E, 1994/72608 K, K.T. 17.10.1996.

⁶¹³ YAYLA, İdare Hukuku, s. 77.

⁶¹⁴ YAYLA, İdare Hukuku, s. 77.

⁶¹⁵ Karar için bkz. www.rekabet.gov.tr.

D. Cinsiyet

Tarihsel olarak uzun bir geçmişe dayanan kurumsallaşmış ve sistematik cinsiyet ayrımcılığının kadınlar aleyhine işlemesi nedeniyle, cinsiyet temelindeki eşitsizliklerin giderilmesi için kadınlara eşit muamele, fırsat önceliği, pozitif ayrımcılık temelinde hukuki düzenlemelerin yapılması ve kamu hizmetlerinin de bu anlayışla örgütlenmesi ve sunulması gerekmektedir.

Türk hukukunda anayasal bağlamda, 1921 Anayasa'sı haricinde diğer Anayasalarda eşitlik ilkesine açıkça yer verilmiş olmasına rağmen, bu ilkenin doğal bir sonucu olan kadın-erkek eşitliği ilkesine 1982 Anayasası haricinde yer verilmemiştir. 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine 2004 Anayasa değişikliği ile kadın-erkek eşitliğine ilişkin özel bir hüküm eklenmiştir. Anayasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrasına göre, *“Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.”* Anayasa'nın bu hükmünden anlaşılabileceği üzere, cinsiyet yönünden herkes kanun önünde eşittir ve bu eşitliğin doğal sonucu olarak aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında cinsiyet farklılığının hukuksal eşitsizliğe gerekçe olabileceği kabul edilemez. Yine bu hüküm uyarınca, kadın erkek eşitliğinin yaşama geçirilmesini sağlamak için devletin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Anayasa madde 10/2. fıkranın içerdiği bu olumlu yükümlülük, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle⁶¹⁶ desteklenmekte ve hukuksal plandaki yasakların kaldırılmasından başlayıp, uygulamada siyasal, sosyal, kültürel, ekonomik vb. alanlarda karşılaşılan çeşitli engellere son verilmesine, örneğin eğitim ve duyarlılık kampanyaları hazırlanmasına, bu amaçlarla somut politikalar belirlenmesine ve izlenmesine değin uzanan geniş bir yükümlülükler dizisini kapsamaktadır. Daha önceki bölümlerde aktarıldığı gibi 1982 Anayasası madde 10/2'da kadınların ve diğer dezavantajlı grupların⁶¹⁷ özel olarak korunması gerektiği vurgulanmakta, aile ve çalışma

⁶¹⁶ Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi ve BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Engellenmesi Sözleşmesi.

⁶¹⁷ Yasa organı ya da kamu idareleri tarafından kadınlara yönelik yürütülen hizmetler genellikle dezavantajlı gruplara yönelik yapılan hizmetler kapsamında ele alınmaktadır. Örneğin İlköğretim ve Eğitim Kanunu, 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, Türk Medeni Kanunu gibi 26 kanun ve kanun hükmünde kararname bulunmaktadır. Bunun yanında toplumsal cinsiyet eşitliğine ve diğer dezavantajlı gruplara dair hükümler içeren ancak, yalnızca ilgili olduğu kamu idarelerine bu hususta sorumluluklar ve görevler

hayatında, eğitimde, sağlıkta, sosyal güvenlikle bu kesimler lehine pozitif ayrımcılık yapılabileceği “dolaylı olarak” ifade edilmektedir.

Kadınların aleyhine eşitlik ilkesine aykırı düzenleme ve uygulamalar birçok defa yargı kararlarına konu olmuştur. Kadınlara yönelik eşitliğe aykırı kanuni sınıflandırma veya ayrımların karşısında yüksek yargıya konu olan davalar ve yargının tutumu bize kamu hizmetlerinin hangi anlayışla sunulduğuna dair bir fikir verebilir.⁶¹⁸ Ancak yargının, bu konuda zaman zaman kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik ve kadınlara pozitif ayrımcılık tanıyan kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi kadınları bazı kanuni yükümlülüklerden muaf tutan kanunların eşitlik ilkesine uygunluğunu kararlarında tartışmıştır.⁶¹⁹ Mahkeme, maddi eşitlik ilkesinin bir gereği olarak bazı kararlarında sosyo-ekonomik ve kültürel yapıyı göz önüne alarak kadınları bazı yükümlülüklerden muaf tutan düzenlemeleri, örneğin 442 sayılı Köy Kanunu’nun 15. maddesiyle ilgili kararda, imece ödevinin ancak bedenle çalışabilecek olanlara yüklenebileceği, ayrıca kadınların da korunacağı gerekçesiyle eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir.⁶²⁰ 1962 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, 1631 sayılı Askeri

yükleyen 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun, Vakıflar Kanunu gibi 12 kanun ve kanun hükmünde kararname bulunmaktadır. Aynı şekilde kadınlara yönelik yürütülen kamusal hizmetler genellikle Milli Eğitim Bakanlığı, Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu veya Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü vb. kamu idareleridir.

⁶¹⁸ Örneğin kadının zinasını düzenleyen Türk Ceza Kanunu’nun 440. maddesinin de eşitlik ilkesine aykırılığını ileri sürülen davada Anayasa Mahkemesi (AYM, 1998/3E, 1998/28K, K.T. 23.06.1998, R.G. 24.03.1999/23638) , “*Evlilik birliğinin tarafları olarak karı ile aynı hukuksal konumda olması gereken koca için zinanın suç olmaktan çıkmasına karşın, karı için suç sayılmaya devam etmesi Anayasa’nın 10. maddesindeki ‘eşitlik’ ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.*” diyerek her iki tarafı aynı hukuksal durumda görmesine rağmen başka bir kararda, Türk Ceza Kanunu’nun 438. maddesinde, zorla kaçırma veya ırza geçme suçlarında cezanın tayininde fuhuş kendisine meslek edinen kadın ve iffetli kadın ayrımı gözetmesinin **haklı** bir nedene dayandığı ve eşitlik ilkesinin “**farklı durumlarda bulunanlara farklı uygulama yapılması**” kuralı dahilinde olduğu gerekçesiyle eşitlik ilkesine dolayısıyla Anayasaya aykırı bulmamıştır. (AYM, 1988/4E, 1989/3K, K.T. 12.01.1989, RG. **10.01.1990-20398**) Burada kadınlar arasındaki “farklı durum” kadınlara farklı muamele yapılmasını “haklılaştırdığı” için eşitlik ilkesine aykırılığın olmadığı kabul edilmiştir. Yargının kadın algısı konusunda geniş bilgi için bkz. Türkan Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yay. Ankara, 2013.

⁶¹⁹ ÖDEN, s. 331.

⁶²⁰ AYM, 1963/198 E, 1965/1 K, K.T. 05.01.1965, R.G. 24.05.1965/12005. Askerlik hizmetine ilişkin 1076 sayılı Kanuna ilişkin yapılan itirazda kanunun yabancı kadınla evli olanların yedek subaylıktan çıkarılmalarını öngören 5509 sayılı Kanun hakkında açılan davada, madde hükmünün kadınlar için uygulanmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Mahkeme, yürürlükte kanunların

Muhakeme Usul Kanunu'nun 135. maddesinin 1. bendinde yer alan ve kadınların aleni duruşmada bulunmalarının yasaklanmasına olanak tanıyan hükmü Anayasa'nın 135. maddesine aykırı bulmamış, "...erkeklerle eşit haklara sahip olan kadınların böyle bir kayda tabi tutulabilmelerinin haklı bir sebebe dayanmadığını izaha hacet yoktur." diyerek kadın erkek eşitliğini gözettiğini göstermiştir.⁶²¹ Bununla birlikte Mahkeme tarafından kadın olmak, "hizmetin gerektirdiği niteliklere sahip olmamak" şeklinde yorumlanmıştır.⁶²² Ayrıca Mahkeme, kadının kamusal işlemlerde evlenmeden önceki soyadını kullanmasına engel olan hükmün (MK 187) iptali için açılan davalarda geçmişte, hükmün kamu düzeni ve kamu yararı gerekçeleri ile eşitlik ilkesine aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.⁶²³ Aynı hüküm son olarak

kadınları askerlikten muaf tuttuğundan dolayı ilgili hükmün kadınlar açısından uygulanmasının mümkün olmadığı ve hükmün eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Bkz. AYM, 1964/36 E, 1964/77 K, K.T. 25.12.1964, R.G. 21.04.1965/11981.

⁶²¹ AYM, 1963/143 E, 1963/167 K, K.T. 26.06.1963, R.G. 12.11.1963/11553.

⁶²² Bkz. AYM, 1963/148 E, 1963/256 K, K.T. 25.10.1963, R.G. 1003.1964/11652; D.5.D. 1984/9357 E, 1984/3836 K, K.T. 15.11.1984, DBB.

⁶²³ Kadın erkek eşitliği açısından "kadın evlenmekle kocasının soyadını alır" kuralı, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılığı nedeniyle hem 1926 tarihli Medeni Kanun hem de 2001 tarihli Medeni Kanun'daki düzenleme sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş ve iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi, kadının soyadına ilişkin (E 1997/61, K 1998/59, K.T.29.09.1998 R.G.15.11.2002/24937.) kararında itiraz konusu kuralı "kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasakoyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmamasından kaynaklanmaktadır. **"Aile hukuku" öğretisinde de kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı,** zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği gibi hususlarda görüşler bulunmaktadır. Kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğü devam etmiş olacaktır. Aile birliğinin sağlanması için yasakoyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir... Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz." gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin 10.03.2011 tarih ve 2009/85 E, 2011/49 K (R.G. 21.10.2011-28091) sayılı kararında, 1998 yılında verdiği kararda kullandığı gerekçeleri tekrar ederek, itiraz konusu MK md.187 düzenlemesinin "aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi basta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri" nedeniyle kabul edildiğini ileri sürmüştür. Bu karardan bir süre sonra avukat Ayten Ünal Tekeli iç hukuk yollarını tükettikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş ve mahkeme kararında söz konusu maddenin ayrımcılık yasağına ilişkin kuralını ihlal ettiğine karar vermiştir. (AİHM, Ünal – Tekeli Türkiye, Başvuru No. 29865/96; K.T. 16.11.2004.) Mahkeme, kararında Türkiye'nin de taraf olduğu CEDAW'ın 16. maddesinin I (g) bendinde yer alan ve taraf Devletlere kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için "Aile adı, meslek ve iş seçimi dahil her iki eş (kadın-erkek) için geçerli, eşit kişisel haklar" sağlama yükümlülüğünü ve Avrupa Konseyinin 1970'lerden bu yana bazı tavsiye kararlarını gözeterek "(evli erkekler ve evli kadınlar) arasındaki, sırasıyla toplumsal konumları ve ekonomik bağımsızlıklarına ilişkin olgusal farklar"ın haklı neden olamayacağını belirtmiştir. AİHM'in bu kararından sonra pek çok Aile Mahkemesi Anayasa hükmü gereğince doğrudan Sözleşme hükümlerini uygulayarak kadının

bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur. Başvurucu resmi işlemlerinde evlilikten önceki soyadını kullandığını evlilikten sonraki soyadının kullanılmasında zorluklar yaşadığını ve bu durumun diğer gerekçelerle birlikte eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme söz konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırılığını inceleme gereği duymamış ancak söz konusu hükmün Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁶²⁴ Kadın erkek eşitliğine aykırı olan soyadına ilişkin bu kısıtlayıcı hüküm her ne kadar “doğrudan” kadının kamu hizmetlerinden faydalanmasına engel olmasa da, hükmün iptal edilmesi kamu kurumları nezdindeki toplumsal cinsiyet algısını değiştirmesi bakımından oldukça önemlidir.

Danıştay ise çoğu zaman kadın erkek eşitliğine aykırılık iddialarını fırsat ve imkân eşitliği ve pozitif ayrımcılık çerçevesinde değerlendirmiştir. Örneğin İmam Hatip Okulları İdare Yönetmeliğinin 117. maddesinde yer alan “*bu okullara kaydolmak için **erkek** olmak şarttır.*” ibaresinin iptali için açılan davada fırsat ve imkân eşitliğine değinmiş ve hükmü iptal etmiştir.⁶²⁵ Bir kısım derslerin öğretimini yabancı dille yapan Resmi Okullar Özel Yönetmeliğinin bazı maddelerinin değiştirilmesine ilişkin yönetmelikte yer alan; “*...**kız öğrenci ise üç puan eklenir***” kuralının iptali istemiyle açılan davada Danıştay “*..davacının iptalini istediği yönetmelik kuralı Türk toplum yapısı, gelenek ve görenekleri göz önüne bulundurularak adı geçen okullar arasında yer değişikliklerinde kız öğrencilere üç puan eklenmesine ve erkek öğrencilere göre bir öncelik hakkı sağlanmasına ilişkin olup, bu kuralın Anayasa ve Temel Eğitim Yasasında amaçlanan okuma ve **fırsat***

evlendikten sonra kendi soyadını kullanabileceğine karar vermişse de bazı mahkemeler konuyu itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi, 1998 tarihinde yazdığına benzer bir dille “*Toplumun temel ögesi olan aile, sevgi, saygı, hoşgörü ve benzeri insani ve ahlaki değerlerin, gelenek, görenek, dil, din ve diğer özelliklerin yaşandığı ve gelecek nesillere aktarıldığı kutsal bir kurumdur*” betimlemesinden sonra “*aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği anlaşılmaktadır*” gerekçesiyle düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. (Fatih 2. Aile Mahkemesi, 2009/85 E; Ankara 8. Aile Mahkemesi 2010/35 E; Kadıköy 1. Aile Mahkemesi, 2010/94E)

⁶²⁴ AYM, Başvuru No. 2013/2187, K.T. 19.12.2013. bkz.

<http://www.anayasa.gov.tr/BireyselBasvuru/Kararlar/index.html>

⁶²⁵ D.11.D. 1975/24 E, 1976/ K, K.T. 15.12.1976, DD, Y. 7, S. 26-27, s. 479.

*eşitliği ilkesini zedelediğinden söz edilemeyeceği...*⁶²⁶ gerekçesi ile davayı reddetmiştir.

Kamu hizmetlerinde (cinsiyet eşitliği) eşitlik yükümlülüğü, kadını koruyucu, kadının kamu hizmetinden faydalanmasını kolaylaştırıcı düzenlemelerin yapılması gerekliliğinin yanı sıra cinsiyete duyarlı yani cinsiyet ihtiyaçlarından kaynaklı kamu hizmetlerinin de kurulmasını gerektirmektedir.⁶²⁷ Kamu hizmetlerini kurmada ve yürütmeye takdir yetkisine sahip olduğunu kabul ettiğimiz kamu idarelerinin de yetkilerini bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamaya yönelik olarak kullanması gerekmektedir. Kadına yönelik şiddet önlemesi için kurulmuş birimler (bakanlıklara bağlı birimler), kadın sığınma evleri, kadın erkek eşitlik birimleri (illerde kadın erkek eşitlik birimleri ve TBMM de kadın erkek fırsat eşitliği komisyonu) kadınların ihtiyaçları üzerine kadınlara yönelik hizmetler olarak sayılabilir.

Diğer taraftan kadın kamu hizmetinin bir parçası haline getirilmektedir. Tarihsel ve kültürel olarak Türkiye'de çocuk, yaşlı, hasta, engelli bakımının aile merkezli olarak ve kadın tarafından yerine getirilmesi sebebiyle, bakım hizmetlerinin kurumsallaşmaması, bu hizmetlerinin ayrı bir kamu hizmeti şeklinde devlet tarafından sunulması yerine bu hizmetlerin kadına yükletilmesi de kadını kamusal alanın dışında bırakan eşitliğe aykırı bir durumdur. Bu hizmetlerin birer kamu hizmeti olarak sunulması kadın erkek eşitliğinin sağlanması bakımından idare-yasama organının yerine getirmesi gereken yükümlülüklerdir. Cinsiyet eşitliği politikaları ve pozitif ayrımcılık uygulamaları kadınların toplum içindeki yerlerinin iyileştirilmesi ve eşitsizlikle mücadele edilmesi bakımından son derece önemli politika alanları olarak karşımıza çıksa da kadınların yaşamlarında kayda değer bir

⁶²⁶ D.8.D. 1983/826 E, 1985/4 K, K.T. 09.01.1985, bkz. www.hukukturk.com , E.T. 21.04.2014.

⁶²⁷ Kadınlar ve erkeklerin toplum içinde ekonomik ve sosyal konumları farklıdır ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin niteliği ya da varlığı kadınları ve erkekleri değişik şekilde etkilemektedir. Kamu hizmetleri oluşturulurken genellikle cinsiyet açık şekilde hesaba katılmamaktadır. Kamu hizmetinin cinsiyet açısından tarafsız olduğu varsayılmakta ve kamu yönetimi politikalarının özelde bütçe politikalarının kadınları ve erkekleri aynı şekilde etkilediği düşünülmektedir. Toplumun kolektif ihtiyaçlarını karşılamak için planlanan bütçe planları ve kamu hizmetleri, eğitim, sağlık, sosyal güvenlik sistemi, istihdam, ulaşım başta olmak üzere tüm alanlarda cinsiyetler arası eşitsizliği ortadan kaldıracak biçimde planlanmadığı takdirde, kadına yönelik ayrımcılığın önüne geçmek mümkün olmayacaktır. Kadınların güçlendirilmesi ve cinsiyetler arası eşitsizliğin giderilmesi için toplum kaynaklarının adil olarak ve cinsiyet eşitliği finansmanı ve kadının güçlendirilmesi perspektifi ile dağıtılması gerekmektedir.

fark yaratmak ve cinsiyet eşitliği hedefine ulaşmak kadının kamu hizmetleri alanında hem yararlanıcı hem de sunucu olarak yer alması gerekmektedir.

E. Siyasi Düşünce

Kamu hizmetlerinin kullanıcısı olma bakımından yaşanan sorunlardan biri de “siyasi, felsefi” görüşler ya da daha genel ifade ile farklı düşünsel sistemleri benimsemiş olma nedeniyle dışlanmadır.⁶²⁸ Eşit yararlanmanın engellenmesi, siyasi ve kişisel nedenlere dayanıyorsa tarafsızlık ilkesi zedelenmiş olur. Farklı uygulamalara olanak veren yasal uygulamalar/haklı nedenler yoksa bazı kişi ve toplulukların kamu hizmetinden yararlandırılmaması veya yararlanmanın daha ağır şartlara bağlanması, genellik ilkesine uygun düşmez. Bu ilkenin uygulanmamasına ilişkin çarpıcı bir örnek Franco’nun beş genci kurşuna dizmesi üzerine Ankara Büyükşehir Belediyesi’nin İspanya Büyükelçiliği’nin sularının ve elektriklerinin kesilmesi, çöplerinin toplanmaması gibi kamu hizmetlerinden mahrum bırakmak şeklindeki protesto niteliğindeki eylemi olmuştur.⁶²⁹ Bu hizmetlerden yararlanmanın tek koşulu “iskân” adı verilen oturma iznine bağlanmış binalarda, belediye ile abonman sözleşmesi ilişkisi içinde, tarifede gösterilen karşılığı ödemek olduğuna göre, politik amaçla yararlandırmama biraz önce anılan ilkeye tamamen ters bir davranıştır.⁶³⁰

Bu duruma örnek olarak gösterilecek başka bir uygulama da yerel yönetimlerin hizmet sundukları alanların daha çok oy aldıkları bölgelere yoğunlaştırılması, diğer bölgelere hizmet sunmaması, hizmetin geciktirilmesi ya da gereği gibi sunulmaması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Siyasi düşünceye dayalı ayrımcılık çoğu zaman düşünce ve ifade özgürlüğü ile birlikte düşünülmesi gereken bir kavramdır. Özellikle de devletin yayıncılık kuruluşlarının eşitlik yükümlülüğü düşünce ve ifade özgürlüğü çerçevesinde düşünülmelidir. Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerin seçim döneminde devlet televizyonundan, parasız yararlanmaları imkânına ek olarak para karşılığı yayın satın alabilmelerine olanak tanıyan düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı görmüştür:

⁶²⁸ KARAHAÑOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 207.

⁶²⁹ Bkz. <http://ankaratarihi.blogspot.com/2009/12/ankarada-cagdas>

⁶³⁰ ÖZAY, Günışığında Yönetim, s. 247.

*“parasız yararlanmaya ek olarak parasını ödeyerek görüntülü propaganda olanağı akçalı yönden güçlü olan siyasi partileri ayrıcalıklı duruma getirebileceği gibi,...bu araçlardan yararlanmada kamusal yararın üstün tutulacağına duraksamaya yer yoktur. İptali istenen düzenlemede, akçalı olanaklar, kamu hizmetinden daha çok yararlanmanın aracı durumuna getirilerek özel ve kişisel yarara öncelik tanınmıştır. Bu uygulama sonucu, kamuoyu yansız, objektif ölçütlere göre değil, akçalı gücü fazla olan partilerin görüşleri doğrultusunda yönlendirilmekte, siyasi partilerin kamuoyunu eşit biçimde ya da hiç değilse güçleri oranında etkileme hakkı zedelenektedir..”*⁶³¹ Burada Anayasa’da açıkça öngörülmemiş servet üzerinden ayrımcılık yapılmayacağı belirtilse de farklı siyasi fikirlerin hizmet alma hakkı ve idarenin tarafsızlığını hatırlatması açısından önemlidir.

F. Yaş ve Diğer Statüler

Kanun önünde ayrımcılık içeren bütün uygulamaların Anayasa maddesinde sayılan unsurlar üzerinden gerçekleşmesi ya da en azından bunun görünebilir şekilde somut olması beklenemez. Kimi kamu hizmetlerinin “yaş” koşuluna (yaş kategorilerine yaşlılık, gençlik ve çocukluk da dahildir.) bağlanarak sunulması da eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder.

Ankara Belediyesi E.G.O. otobüsleri ile seyahat edecek öğrenciler için İndirimli Paso Yönetmeliği’nin 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, 28 yaşından yukarı olan öğrencilere öğrenci pasosu verilmeyeceği yolundaki düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada Danıştay: *“...adı geçen yönetmelik kuralının hiçbir yasal dayanağının bulunmadığı, her ne kadar bu kuralın getirilmesinde 28 yaşını geçen öğrencilerin ücretli, maaşlı veya gündelikli olarak çalışmaları gerektiği varsayımına dayanıldığı anlaşılmakta ise de; aynı öğrenim kurumunda öğrenimini sürdüren ve çalışmayan öğrenciler arasında yaş dolayısıyla ayırım yapılması sonucunu doğurduğundan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu..”* gerekçesiyle yönetmelik kuralını iptal eden İdare Mahkemesi kararını onamıştır.⁶³² Danıştay, Sporcu Lisans Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Geçici Madde Eklenmesi ve Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmeliği 13/a/2. bendinde yer

⁶³¹ AYM, 1987/3 E, 1987/13 K, K.T. 22.05.1987, R.G. 18.09.1987/19578.

⁶³² D.8.D. 1989/1379 E, 1990/1339 K, K.T. 19.11.1990, DD, Y. 22-1992, S. 82-83.

alan hükmü iptal ettiği kararında sınıflandırma ölçütü olarak yaş unsurunu şu gerekçelerle eşitliğe aykırı bulmuştur: “...öte yandan amatör sporcular için kulübünden muvafakatname alamadan transfer şartları düzenlenirken, spor dalları için mevcut yaş sınırı konulurken salt basketbol spor dalında yer alan amatör sporcuların **yaş sınırının** yükseltilmesi ile de Anayasa ve İdare hukukunun en temel esası olan **eşitlik ilkesine** aykırı davranıldığı açıktır.”⁶³³

Kamu hizmetlerinde farklı muamelenin dayandığı sebepler Anayasa’da sayılan ayırım unsurları dışında başka sebeplerden de kaynaklanabilir. AİHM bu durum için ‘diğer statü’ kategorisi altında birkaç temel oluşturmuştur. Bunlardan cinsel yönelim, yaş ve engellilik gibi birçoğu AB hukuku kapsamında geliştirilmiş olanlar dışında; babalık,⁶³⁴ medeni durum,⁶³⁵ bir kuruluşa üyelik,⁶³⁶ askeri rütbe; evlilik dışı doğmuş bir çocuğun annesi veya babası olmak,⁶³⁷ ikamet yeri⁶³⁸ gibi özelliklerin de ‘diğer statü’ altında korunan hukuki menfaatler oldukları kabul edilmiştir. Bu başlık altında yukarıda sayılan statülerin bazılarına yargı kararlarına konu olduğu ölçüde değinilecektir.

İdare ya da yasama organı hukuki olarak vatandaşlar için bir statü belirler. İdare kamu hizmeti sunarken vatandaşlara önceden belirlenmiş statülere göre muamele eder. Bu statüler bazen benzerlikler üzerinden bazen ise farklılıklar üzerinden belirlenir. Ancak idarenin önceden belirlenmiş statülere-yasalara göre işlem yapması her zaman eşitlik ilkesine uygun olmayabilir. Babalık davası sonunda çocuğunun nüfus kaydının kendi hanesine yazılması isteminin evlilik dışı doğan çocuğun annesinin hanesine yazılmasını belirten yasa hükmü gereği reddilmesi üzerine açılan davalarda Danıştay evlilik dışı çocuğun anne babası olma ya da evlilik dışı doğan çocuk olma “statüsü” ne göre işlem yapılmasını iki gerekçeyle hukuka

⁶³³ D.10.D. 1985/1885 E, 1986/2093 K, K.T. 18.11.1986, DD, Y. 17-1987, S. 60-67, s. 425.

⁶³⁴ AİHM, *Weller /Macaristan*, Başvuru No. 44399/05, K.T. 31.03.2009.

⁶³⁵ AİHM, *Petrov /Bulgaristan*, Başvuru No. 15197/02, K.T. 22.05.2008.

⁶³⁶ AİHM, *Danilenkov ve Diğerleri/Rusya*, Başvuru No. 67336/01, K.T. 30.07.2009; AİHM, *Grande Oriente d’Italia di Palazzo Giustiniani/İtalya*, Başvuru No. 26740/02, K.T. 31.05.2007, AİHM, *Engel ve Diğerleri /Hollanda*, Başvuru No. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 ve 5370/72, K.T. 08.06.1976.

⁶³⁷ AİHM, *Sommerfeld/Almanya*, Başvuru No.31871/96, K.T.08.07.2003; AİHM, *Şahin/Almanya*, Başvuru No. 30943/96, K.T. 08.07.2003.

⁶³⁸ AİHM, *Carson ve Diğerleri /İngiltere*, Başvuru No. 42184/05, K.T. 06.03.2010.

aykırı bulmuştur. Birincisi annenin evlilik birliği dışında doğan çocuğunun, diğer çocuklarından ayrı tutularak, sosyal haklardan yararlanamaz duruma sokulmasının, Anayasanın "sosyal devlet" ilkesiyle 10. maddesinde anlatımını bulan "eşitlik" ilkesine aykırılık olması;⁶³⁹ ikincisi çocuğun “....evlilik dışı dünyaya gelse bile, ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahip”⁶⁴⁰ olma hakkıdır. 25.04.2006 tarihli 5490 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanunu”nun⁶⁴¹ 28. maddesi, tanıma üzerine, evlilik dışı çocuğun doğrudan babasının soyadını alacağını düzenlemiştir. Bu düzenlemeden sonra 2009 yılında Anayasa Mahkemesi, evlilik dışında doğmuş olan çocuğun, annesinin soyadını alacağına ilişkin Medeni Kanun’un 321. maddesinin ilgili hükmünü Danıştay’ın kararlarında kullandığı gerekçelerle iptal etmiştir.⁶⁴²

Danıştay, eşitlik ilkesine aykırılık durumunun Anayasa’da sayılan ayırım yasaklarına-ayrımcılık unsurlarına dayanmadığında kararlarında genellikle ilgili işlemin fırsat eşitliğine, hak ve nesafet kurallarına, hakkaniyet ilkesine, ayrıcalık yasağına vurgu yapmaktadır. Örneğin Öğrenci Seçme Sınavı sonucunda kayıt yaptıрма hakkını kazandığı Samsun Yüksek Öğretmen Okuluna kaydının medeni hali (evli) olması sebebiyle yapılmaması işleminin iptali istemiyle açılan davada “...Anayasanın 50. maddesinde halkın öğretim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlamanın devletin başta gelen ödevlerinden olduğu hükme bağlanmış, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Yasasının **fırsat ve imkan eşitliği** sağlayacağını öngörülmesinin yanında bu temel ilkeyi kısıtlayan herhangi bir kurala yer verilmemiştir...evli olmanın öğrenime engel bir durum sayılmayacağı..”⁶⁴³ gerekçesi ile iptal kararı vermiştir. Danıştay, yükseköğretime geçiş sınavına ilişkin olarak, bir yükseköğretim kurumunda okuyan öğrencinin orta öğretim başarı puanının 0.35, henüz bir yükseköğretim kurumunda okumayan öğrencinin başarı puanının ise 0,7 ile çarpılarak hesaplanmasına ilişkin

⁶³⁹ D.5.D. 2005/3518 E, 2008/57 K, K.T. 15.01.2008, DBB.

⁶⁴⁰ D.10.D. 2006/2214 E, 2009/7098 K, K.T. 29.06.2009. Bkz. <https://www.corpus.com.tr>.

⁶⁴¹ R.G. 29.04.2006/26153.

⁶⁴² AYM, 2005/114 E, 2009/105 K. K.T. 02.07.2009, R.G. 07.10.2009/27369.

⁶⁴³ D.8.D. 1980/3446 E, 1981/2693 K, K.T. 15.09.1981, DBB.

hükmün iptali istemiyle açılan davada, “bir yükseköğretim kurumuna yerleşmiş olan adayların sınav deneyimleri ve okudukları bölüme göre başarı oranları daha fazla olduğundan bu eşitsizliği gidermek, program tercihlerinin gerçekçi olmasını ve programlarda boşluk olmamasını sağlamak amacıyla bu düzenlemenin **hak, nesafet ve eşitlik** ilkelerine ve **üst hukuk kurallarına** aykırılık bulunmadığı” na karar vererek istemi reddetmiştir.⁶⁴⁴ İstanbul Kabataş Erkek Lisesinde okul dışından lise bitirme sınavlarına giren davacının, işini ve evini taşıma nedeniyle kalan sınavlara Kocaeli’nde bulunan liselerden birinde girmesinin sağlanması yolundaki başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bir davada “...**okul dışında bitirme sınavlarına girenlerden memur olanlara**, görev yerleri değişmesi durumunda, sınavlara yeni görev yerlerindeki il merkezlerinde girme hakkı tanınırken **özel iş yerlerinde çalışan kişilere aynı hakkında tanınmaması Anayasa ve Milli Eğitim Temel Kanunu’nun hiçbir topluluğa ayrıcalık** tanınamayacağı yolundaki kuralına aykırı olduğu gibi ayrıca temel yasa kurallarına aykırı yönetmelik çıkarılamayacağı da açıktır.”⁶⁴⁵

Kanun önünde eşitlik ilkesinin kullanıldığı başka bir kararda “ ...bir yüksekokula öğrenci alınırken **iller** arasında ayırım yapılarak o okulun bulunduğu ildeki orta öğretim kurumlarından mezun olanlara, **ayrıcalık** tanınması,.. T.C. Anayasasının 12. maddesinde, “herkesin dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz’ biçiminde ifade edilen eşitlik ilkesi ile bağdaştırılamaz.” gerekçesi ile iptal etmiştir.⁶⁴⁶ Mahkeme sınıflandırmayı Anayasada yer alan “**ve benzeri sebepler**” le ayırım yapılmaması kuralına göre değerlendirmiş görünmektedir.

Danıştay, eğitim hakkıyla ilgili eşitliğe aykırı sınırlamaları genellikle, Milli Eğitim Temel Kanunu’nda yer alan “**fırsat ve imkân eşitliği**” başlıklı 8. maddesindeki düzenleme nedeniyle iptal etmektedir.⁶⁴⁷ Örneğin Ankara Ticaret ve Turizm Yüksek Okuluna giriş için 22 yaşını bitirmemiş olmak gerektiğini öngören,

⁶⁴⁴ D.8.D. 1985/633 E, 1986/246 K, K.T. 13.05.1986, DD, Y. 1987, S. 64-65, s. 339.

⁶⁴⁵ D.8.D. 1985/735 E, 1987/88 K, K.T. 24.02.1987, DBB.

⁶⁴⁶ D.8.D. 1976/1055 E, 1976/2591 K, K.T. 09.12.1976, DD, Y. 7, S. 26-27, s. 343.

⁶⁴⁷ BEREKET, s. 69.

Ticaret ve Turizm Öğretmen Okulu Öğretim ve Sınav Yönetmeliği hükmü Anayasanın 31, Milli Eğitim Temel Kanunu'nda yer alan; **“eğitimde kadın-erkek herkese fırsat eşitliği sağlanır”** hükmünü içeren 8. maddeye dayanılarak iptal edilmiştir.⁶⁴⁸

G. Engellik

Hak öznelerine göre devletin yükümlülüğü değişir. Her grup hizmet için eşitlik yükümlülüğüne uygun davranma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğün önemli bir boyutu kamu hizmetleri alanında görülmektedir. Engelli bireyler haklara erişim ve kullanma konusunda en zayıf ve dezavantajlı toplumsal gruptur.⁶⁴⁹ Engelli bireyler ile diğer bireyler arasında, doğası gereği sosyal ve çalışma hayatının her alanında oluşan farklılık nedeniyle engellilere yönelik hizmetlerin eşitlik-pozitif ayrımcılık anlayışı çerçevesinde sunulması gerekmektedir. Engelli bireylerin içinde bulundukları özel durum nedeniyle hizmetlerden yararlanırken bir takım pozitif ayrıcalıklara tabi tutularak öncelik ve muafiyetler tanınması, hizmete erişimi ve hakların kullanımını kolaylaştırmaktadır. Bu ayrıcalıklar Anayasa'nın 2., 10., 50., 61. ve 73. maddelerindeki düzenlemelerde olduğu gibi Anayasa Mahkemesi'nin *“toplumsal gereklere ve toplum yararına öncelik veren, güçsüzü güçlüye karşı koruyarak hukuksal dayanışmayı gerçekleştiren”*⁶⁵⁰ şeklinde tanımladığı sosyal hukuk devletinin de bir gereğidir. Danıştay engelli bireylerin özel olarak devlet tarafından korunmasının Anayasa'nın 2 maddesi ve eşitlik ilkesinin bir gereği olduğunu belirttikten sonra *“...Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları, 50. maddesinde küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacakları, 61.maddesinde Devletin, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alacağı ve ayrıca Devletin, korunmaya muhtaç çocukların topluma*

⁶⁴⁸ D.8.D. 1980/2589 E, 1981/504 K, K.T. 28.01.1981, DBB.

⁶⁴⁹ Selda ÇAĞLAR, “Engelli Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye'nin Uyum Sorunu”, TBBD, Eylül-Ekim 2011, S. 96, s. 150.

⁶⁵⁰ AYM, 1987/16 E, 1988/8 K, K.T. 19.04.1988, R.G. 23.08.1988/19908; 1990/27 E, 1990/2 K, K.T. 1 7.02.1991, R.G. 19.08.1991/20965; aynı yönde bkz. AYM, 1990/28 E, 1991/11 K, K.T. 02.04.1991, R.G. 16.10.1991/21023; 1988/19 E, 1988/33 K, K.T. 02.05.1991, R.G. 11.12.1988/20016.

kazandırılması için her türlü tedbiri alacağı hükmüne yer verilmiş olup, Anayasanın bu kurallarının bütününden çıkan anlama göre, bedeni ve ruhi yetersizliği olanların özel olarak korunmaları ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirlerin Devletçe alınması gerektiği açıktır.”⁶⁵¹ şeklinde açıklamıştır.

Anayasal ilke ve yasalarla kabul edilen pozitif ayrımcılık temelinde hizmet sunma anlayışı çeşitli yasal düzenlemede de görülmektedir. 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un “Genel Esaslar” başlığını taşıyan 4. maddesinin a bendine göre; “Devlet, insan onur ve haysiyetinin dokunulmazlığı temelinde, özürlülerin ve özürlülüğün her tür istismarına karşı sosyal politikalar geliştirir. Özürlüler aleyhine ayrımcılık yapılamaz; ayrımcılıkla mücadele özürlülere yönelik politikaların temel esasıdır.” Engellilere karşı ayrımcılığı genel olarak yasaklayan bu madde ile birlikte, 13. maddede meslek seçme ve mesleki eğitim alma; 14. maddede istihdam ve 15. maddede eğitim ve öğretim bakımından engellilere karşı ayrımcılığın yasak olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca bakıma Muhtaç Özürlülerin Tespiti ve Bakım Hizmeti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmeliğin 11. maddesinin a bendinde yer alan bakım hizmetleri “...gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait özel bakım merkezlerinde veya bakıma muhtaç özürlünün ikametgâhında verilir.” düzenlemesiyle engelli bireylerin mümkün olduğunca sosyal yaşam içerisinde hizmet almaları ve böylece toplumdan soyutlanmamaları hedeflenmiştir.⁶⁵²

Anayasal ilke ve yasal düzenlemelerin yanı sıra Türkiye’nin taraf olduğu Engelli Hakları Sözleşmesi,⁶⁵³ çok geniş bir içerikte tanımladığı ayrımcılığı⁶⁵⁴

⁶⁵¹ DİDD, 2006/1017 E, 2009/3073 K, K.T. 17.12.2009, DBB.

⁶⁵² Engellilere yönelik hükümler içeren ulusal mevzuat için bkz. <http://www.eyh.gov.tr/tr/8136/Ulusal-Mevzuat>. E.T. 28.04.2014

⁶⁵³ BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, 13 Aralık 2006 tarihinde BM Genel Kurulu’nda kabul edilen, 30 Mart 2007 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye tarafından aynı tarihte 80 ülke ile birlikte imzalanan “Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme”nin onaylanması, 03.12.2008 tarihli 5825 ve sayılı Kanunla (R.G. 18.12.2008/27084) uygun bulunmuştur. Sözleşmede 9. madde Erişebilirlik/Ulaşılabilirlik konusunda tüm detaylarıyla yükümlülükler getirmektedir.

⁶⁵⁴ Sözleşme engelliliğe dayalı ayrımcılığı “siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alandaki tüm insan temel hak ve özgürlüklerinin diğerleri ile eşit biçimde kullanılması veya bunlardan yararlanılması imkânının ortadan kaldıran veya bunu engelleyen her türlü ayrımın, dışlanmanın veya kısıtlanmanın engelliğe dayalı olarak yapılmasıdır.” şeklinde tanımlamıştır.

yasaklamanın ötesinde önleyici ve giderici parametreleri de sıralayarak devlet için aktif ve olumlu eylem yükümlülüğünü ön plana çıkarmıştır.⁶⁵⁵ Türkiye de Sözleşme'nin tarafı olmanın sonucu olarak (yasal düzenlemelerin yanında) idari uygulamalarını, toplumsal hizmet ve görevlerini bu anlayış doğrultusunda değiştirmek ve yürütmekle yükümlüdür.⁶⁵⁶ Devletin tüm organ ve kurumları görevlerini yerine getirirken Sözleşme'nin ayrımcılık yasağına ilişkin ilke ve standartlara uygun davranma yükümlülüğündedir.⁶⁵⁷

İdare kamu hizmetlerinin mümkün olduğunca herkes tarafından kullanılacak şekilde tasarlanması ile yükümlüdür. Nitekim kamu idarelerinin fiziki yapılarının ya da hizmet sundukları araçların yetersizliği ya da yokluğu da engellilerin hizmet almasını engellemektedir. Örneğin toplu taşıma araçlarının engellilerin yararlanmasına uygun nitelikte olmaması; yol işaret, levha ve diğer araçların engellilerin kullanımına uygun olmaması; devlet dairelerindeki fiziki yetersizlikler hem engelli kamu personeli hem de engelli hizmet kullanıcıları açısından hizmetten faydalanmayı engelleyen faktörlerdir. **Kamu hizmeti yayımcılığında görsel-işitsel yayınların, duyma engelli bireylerin kamu hizmetlerine erişiminde eşitliği** sağlamak üzere işaret dili uygulaması da bu yükümlülüklerin bir parçasıdır. 5369 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda sabit telefon hizmetleri, ankesörlü telefon, temel internet hizmetleri gibi hizmetlerin sağlanmasında, engellilerin evrensel hizmetten

⁶⁵⁵ ÇAĞLAR, Engelli Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye'nin Uyum Sorunu, s. 151.

⁶⁵⁶ Bu yükümlülükler çerçevesinde hazırlanan özürlü ve azınlık gruplar için fiziksel çevre düzenlemeleri ile ilgili bir takım yasa ve yönetmelikler için bkz. 3194 sayılı İmar Kanunu: "Ek md. 1" 5378 sayılı Yasa: Geçici md. 2 ve md. 3. TCK 122. madde Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 41. maddesiyle "26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 122 inci maddesinin birinci fıkrasında geçen "dil, ırk, renk, cinsiyet," ibaresinden sonra gelmek üzere "özürlülük," ibaresi eklenmiştir." 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu md. 7. Kamu Binaları, Kamuya Açık Alanlar ve Toplu Taşıma Araçlarının Özürlülerin Kullanımına Uygun Duruma Getirilmesi İle İlgili 2006/18 Sayılı Başbakanlık Genelgesi, (R.G.12.07.2006/26226).

⁶⁵⁷ "Yasal yükümlülükler yasağın devlet organları ve kurumları ile tüm gerçek ve tüzel kişileri bağladığı, bu hizmetlerin her aşamasında sorumlu kişi ve kurumların farklı özür gruplarını da hesaba katarak makul düzenleme önlemlerini almakla yükümlü olduğu, yasağa uymayanların TCK 257. madde kapsamında cezalandırılacağı yönündeki hükümleri ve öngördüğü denetim mekanizmasıyla Engelli Hakları Sözleşmesine uyum yeteneği yüksek bir taslaktır." Bkz. ÇAĞLAR, "Engelli Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı..", s. 160, Bu taslak aynı zamanda kamu tüzel kişiliği olan idari özerk bir kurul da öngörmektedir.

yararlanabilmesi için uygun fiyatlandırma ve teknoloji seçeneklerinin uygulanabilmesi için tedbir alınacağını düzenlemesi, devletin bu yükümlülüğüne örnek olarak verilebilir.

Engellilerin ve diğer hareket kısıtlılığı içerisinde bulunan kişilerin sosyal hayata etkin bir biçimde katılımını sağlamak amacıyla metrobüs hattının, 5378, 3194 ve 5216 sayılı Kanunlar gereğince engelli ve hareket kısıtlılığı içerisinde bulunan vatandaşların kullanımına uygun hale getirilmesi; rampa, lift sistemi, asansör, sesli-ışıklı uyarı sistemleri gibi düzenlemeler yapılması için yapılan başvurunun reddi üzerine açılan davada, İstanbul 2. İdare Mahkemesi'nin (2009/1464E, 2010/258K) dava konusu işlemle ilgili olarak *“Engellilerin ve diğer hareket kısıtlılığı içerisinde bulunan kişilerin, metrobüs hattının kullanımı sırasında yaşadıkları sorunların bir başka deyişle önlerindeki engellerin kaldırılarak özürliülerin erişebilirliğine uygun duruma getirilmesi ve özürliü vatandaşlarımızın toplumsal yaşama tam katılımlarının sağlanması, fiziksel çevrenin özürliüler için de ulaşılabilir ve yaşanılabilir kılınması gerekliliği karşısında, davacı dernek talebinin zımnen reddedilmesi şeklinde tesis olunan dava konusu işlemde hukuka ve hakkaniyet ilkelerine uyarlık gör(ül)mediği”* şeklindeki gerekçesiyle verdiği karar Danıştay tarafından onanmıştır.⁶⁵⁸

Hizmetlerin engellilerin kullanımına uygun tasarlanmasının yanı sıra hizmetten faydalanırken engellilerin her türlü ayrımcılığa karşı korunmaları da eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Bu duruma iyi bir örnek olarak Beyoğlu 1. Sulh Ceza Mahkemesi kararına değinmekte fayda var. Davaya konu olayda tekerlekli sandalye kullanan ve %95 oranında engelli olan davacının beklediği duraktan otobüs şoförünün tarafından alınmaması üzerine yapılan suç duyurusu sonucunda Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla dava açılmıştır. Davada Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinin ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir. Başka bir ifadeyle ayrımcılığın bir suç

⁶⁵⁸ D.8.D. 2010/4941 E, 2013/3648 K, K.T. 07.05.2013; aynı dava için İdarenin karar düzeltme istemi de Danıştay tarafından reddedilmiştir. Bkz. D.8.D. 2013/8669 E, 2013/9832 K, K.T. 11.12.2013 (Kararlar yayımlanmamıştır.)

olarak ihdas edildiği tarihten beri ilk defa ayrımcılık suçunun gerçekleştiğine karar verilmiştir.⁶⁵⁹

Eşitlik ilkesi yönünden değerlendirilmesi gerekli bir başka konu ise engelli bireylere sunulan hizmetlerde engelli bireyin, engeline göre bir ayırım yapıp yapılamayacağı ya da başka bir ayrımcılığa daha maruz kalıp kalmayacağı hususudur. Engelli oğlunun hususi damgalı pasaportunun süresinin uzatılmasına ilişkin talebin reddi işleminin iptali istemiyle açılan davanın daha sonra 15.07.1950 günlü, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 3463 sayılı Kanun ile değiştirilen 14. maddesinin (A) bendinin son paragrafında yer alan "...yine yanında yaşayıp reşit bulunmayan erkek çocuklarına da..." ibaresinin, Anayasa'nın 2., 10., 41. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi ile engelli bireyler arasında cinsiyet ayrımcılığı konusu gündeme gelmiştir.⁶⁶⁰ Mahkeme eşitler arasındaki eşitliğe değinerek şu açıklamalarda bulunmuştur: *"İtiraz konusu ibarenin de yer aldığı 5682 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca kız çocukları hususi damgalı pasaport sahibi ile birlikte yaşadıkları, çalışmadıkları ve evlenmedikleri sürece hususi damgalı pasaporttan yararlanabilme olanağına sahip olmalarına karşın aynı durumda bulunan erkek çocuklarının bu imkândan ancak reşit olana kadar yararlanabilmeleri cinsiyetler arasında ayrımcılığa yol açmakta ve bu durum yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır."*

Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan; zihinsel engellilerde yaş koşulu aranmadan, engelli çocukların eğitim giderlerinin Bakanlıkça karşılanmasına ilişkin 26.06.2006 gün ve 55270 sayılı tebliğde, zihinsel engelli çocuklarda yaş koşulu aranmamasına karşılık,⁶⁶¹ bunlar dışındaki engelliler için 18 yaş sınırı getiren bir başka düzenleme Danıştay davasına konu olmuştur. Bu tebliğe karşı açılan iptal davasında, Danıştay: *"bedensel engelli vatandaşların yasada öngörülen ekonomik imkândan yararlanmaması gibi bir sonuç*

⁶⁵⁹ Beyoğlu 1. Sulh Ceza Mahkemesi, 2008/1680 E. K.T. 05.05.2009. Karar için bkz. İdil Işıl GÜL, "Hukukta Ayrımcılık Yasağı", in Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar, (Der. Kenan ÇAYIR/Müge Ayan CEYHAN), İstanbul Bilgi Üniversitesi, B. 1, İstanbul, Eylül 2012, s. 130.

⁶⁶⁰ AYM, 2004/30 E, 2008/55 K, K.T. 07.02.2008, R.G. 19.03.2008/26821.

⁶⁶¹ D.8.D. 2003/614 E, 2004/1921 K, K.T. 22.04.2004, karar ile Zihinsel Özürlüler Özel Eğitim Merkezleri Yönetmeliği ile getirilmiş, zihinsel engellilere yönelik eğitim hizmetinin 21 yaş ile sınırlandıran yönetmelik maddesi sosyal devlet ilkesine aykırı görülerek iptal edilmiştir.

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.”⁶⁶² görüşüne yer vermiştir. Danıştay’ın açıkça belirttiği gibi engelli bireyler yönünden engel çeşidine göre bir ayırım yapmak anayasal ilkelere ters düşeceği gibi 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile de bağdaşmayacaktır.

Kamu hizmetlerinin engelli bireylere **“bedelsiz”** ya da uygun bir bedelle sunulması da eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Danıştay, inceleme sonucu düzenlenen raporda ailesinin ekonomik gelirinin yeterli bulunması nedeniyle kurumda ücretli olarak bakılması gerektiği sonucuna ulaşılan engelli bireyle ilgili kararında *“Sosyal hizmetler, maddi, manevi ve sosyal yoksunlukların giderilmesine ve ihtiyaçların karşılanmasına, sosyal sorunların önlenmesi ve çözümlenmesine yardımcı olmayı ve hayat standartlarının iyileştirilmesini, yükseltilmesini amaçladığına göre sosyal hizmetlerin ücret karşılığı sunulmasının söz konusu olamayacağı, dolayısıyla Anayasada yerini bulan sosyal devlet olma ilkesinin bir gereği olarak söz konusu hizmetlerden muhtaç ve özürlü olan herkesin aynı ölçüde yararlandırılması gerektiği kuşkusuzdur.”* görüşüne yer vererek engelliler için sosyal hizmetlerin mutlak bedelsiz yararlanılması gerekli bir hizmet olduğu vurgulamıştır.⁶⁶³ Ancak daha önceki Danıştay kararında *“Ülkemizin mevcut koşullarına göre korunmaya, bakıma, yardıma muhtaç aile, çocuk, özürlü, yaşlı ve diğer kişilerin sosyal hizmetlerden yararlanma taleplerinin tümünün karşılanması mümkün olmayıp, özürlülerin başvurularının öncelik sırası belirlenmek suretiyle değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu doğrultuda Yasanın tanıdığı yetkiye istinaden düzenlenen Yönetmelikle yeterli ekonomik güce sahip, zihinsel, ruhsal ve bedensel özürlü olup anne ve/veya babası bulunan kişilerden davalı kurumca sunulan sosyal hizmetlerden faydalanırken hizmetin maliyeti de göz önünde bulundurulduğunda bir miktar ücret*

⁶⁶² D.8.D. 2007/6457 E, 2008/8352 K, K. T. 17.12.2008, bkz. www.kazanci.com.tr.

⁶⁶³ DiDD, 2000/401 E, 2000/938 K, K.T. 03.07.2000, www.kazanci.com.tr.

istenilmesi esasının benimsenmesinde, kamu yararı ve hizmetin gereklerine aykırılık görülmemiştir.”⁶⁶⁴ görüşüne yer verilmiştir.

⁶⁶⁴ D.10.D. 1998/1582 E, 1999/2239 K, K.T. 06.05.1999, www.kazanci.com.tr .

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EŞİTLİĞE İLİŞKİN MEKANİZMALAR

I. DENETİM MEKANİZMALARI VE DENETİM TÜRLERİ

Hukuk devleti, idarenin denetimini zorunlu kılar. Denetim, idarenin kamu hizmet ve faaliyetlerini görürken hukuk düzenine uygun ve ona bağlı kalarak işlemesini temine yarar. Denetim, idareyi hukuka bağlılığa ve uygunluğa zorlar.⁶⁶⁵ Denetleme, memurların/kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla sahip oldukları yetkileri keyfi bir şekilde kullanmalarına engel olmak için önem taşır.

İdarenin her türlü faaliyeti, gerek faaliyeti yapan organın üstü, gerekse bu iş için özel olarak kurulan makam ve organlarca denetlenir. İdarenin durumunu değerlendirmek, aksayan yönlerini saptamak için çeşitli denetim yollarına başvurulur.⁶⁶⁶ Kamu hizmetlerinin hukuka ve ihtiyaçlara uygun şekilde yürütülmesini amaçlayan kurumsal denetim mekanizmalarından bazıları “ombudsman”, “idari denetim” ve “yargı denetimi” dir. Bunun dışında maddi eşitlik temelli, eşitlik ilkesinin yaşama geçirilmesini katkı sunan kurumsal yapılar da buna katkıda bulunmaktadır.

A. Ombudsmanlık ve Benzeri Kurumsallaşmalar

Bireylerin, “kamu hizmetinden yararlanan” olarak görülmeye başlanması, günümüz insan hakları ideolojisinin yanı sıra idare hukukuna yansıyan önemli bir tespittir. Bu çerçevede hak sahibi süje olarak bireyin yönetime katılması, devlete karşı korunması ve idare ile ilişkilerinde insan onuruna yaraşır bir muameleye tâbi tutulması hukuk devletinin gereği olarak görülmüştür.⁶⁶⁷ Ulusal ölçekte insan haklarının korunması, yeterli yasal çerçevenin oluşturulmasını, bağımsız bir yargı mekanizmasını, bireyler için güvencelerin ve başvuru yollarının öngörülmesini, demokratik kurumların oluşturulmasını ve güçlendirilmesini gerektirmektedir.

Yargı fonksiyonu, şüphesiz yürütmenin insan hakları ihlallerini ortadan

⁶⁶⁵ Hamza EROĞLU, *İdare Hukuku*, Kalite Matbaası, B. 3, Ankara, 1978, s. 341.

⁶⁶⁶ Doğan KESTANE, “*Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği)*”, *Maliye Dergisi*, S. 151, Temmuz - Aralık 2006, s. 130.

⁶⁶⁷ Bahtiyar AKYILMAZ, “*İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası*”, *GÜHFD*, C. 7, S. 1-2, (Haziran-Aralık 2003),

kaldırmak için en etkili yoldur ama tek yol değildir. Zira yargı insan hakları ihlal edildikten sonra devreye girer, yani bastırıcı niteliktedir, önleyici değil.⁶⁶⁸ Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin idarenin eylem ve işlemleri karşısında korunabilmesi için, yargı dışı denetim mekanizmalarının oluşturulması ve etkin bir biçimde işletilmesi zorunlu hale gelmiştir. İnsan haklarının etkili bir şekilde hayata geçirilmesi ve korunması noktasında son yıllarda ulusal düzeyde belli altyapıların oluşturulması gerekliliğiyle dünyanın birçok ülkesinde insan haklarının korunmasını hedefleyen ve ülkeden ülkeye farklılık gösteren kurumlar ortaya çıkmıştır. Bu kurumların görevleri çeşitlilik gösterse de amaçları ortaklaşmaktadır ve bu nedenle genel olarak “ulusal insan hakları kurumları” olarak adlandırılmaktadır.⁶⁶⁹ Nitekim günümüzde yüzden fazla ülkede ombudsman ya da kamu denetçiliği olarak ifade edilen bir kurumun oluşturulmuş olması, yurttaşları idare karşısında koruma düşüncesinin ve ihtiyacının bir ürünü olarak değerlendirilebilir.⁶⁷⁰

Ombudsman sistemi, devletin olumlu ayrımcılık politikalarını uygulamaya yönelik geliştirdiği stratejileri denetlemeyi amaçlayan bir iç denetim yoludur. Kamu denetçisi, idarece mağdur edilen bireylerin hiçbir şekle bağlı olmaksızın şikâyetle bulunmaları üzerine harekete geçen,(ya da resen), geniş bir inceleme-soruşturma-arastırma denetim yetkisine sahip olan; idare tarafından yapılan haksızlıkları ortaya koymak, takdir yetkisinin kötüye kullanılmasına engel olmak, mevzuata saygılı olmayı ve uygun davranmayı sağlamak, icrai niteliği bulunmayan öneriler yapmak, kamu hizmetlerinin hakkaniyete uygun bir şekilde ve daha iyi yerine getirilmesi için gereken düzenlemelerin yapılması yönünde öneride bulunmak amaçlarını taşıyan bir kurum olarak tanımlanmaktadır.⁶⁷¹ Bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda kamu denetçisinin, idare karşısında yurttaşın yanında yer alarak kişi hak ve özgürlüklerini savunmak suretiyle hukuk devletinin yerleşmesine önemli katkılar

⁶⁶⁸ Kerem ALTIPARMAK, Türkiye’de İnsan Haklarında Kurumsallaş(ama)ma, s. 1, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Yayinlar/Kurumsallasamama.pdf>

⁶⁶⁹ OHCHR, National Human Rights Institutions: A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, New York ve Cenevre, 1995, s. 4. parag. 19., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ae9acb7289.html> , E.T. 18.01.2011.

⁶⁷⁰ Mehmet KAHRAMAN, “Hukuk Devletine Katkıları Bakımından Kamu Denetçiliği”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2011, C. 8, S. 16, s. 356.

⁶⁷¹ Taykan ATAMAN, “Ombudsman ve Temiz Toplum”, Yeni Türkiye Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı II, 3(14), 1997, s. 780.

yapma potansiyeline sahip olduğu söylenebilir. Genel olarak kamu denetçiliği kurumunun görevi, kamu otoriteleri ile bireyler arasındaki ilişkiler nedeniyle ortaya çıkan sorunlarla ilgilenmektir. Kamu denetçiliği kurumu, kamu yönetimine karşı bireylerin şikâyetlerini kabul etmekte ve ortaya çıkan sorunlara bir çözüm getirme çabası içine girmektedir. Ancak günümüzde birçok ombudsman kurumu, ülkelerin iç hukuklarında, anayasalarda veya yasalarda açıkça belirtilmiş bazı insan hakları konularının korunması ile ilgili işlevler de üstlenmiştir. Bu sebeple ombudsman, insan hakları komisyonlarının çalışma şekillerine benzer şekilde faaliyet yürütebilmektedir.⁶⁷² Ombudsmanlığın, uluslararası belgelerle benimsenen insan haklarına ilişkin yapılanmalarla da yakın bir ilgisi bulunmaktadır. Avrupa Birliği'nin Direktifi gereğince kurulması gereken **“Eşitlik Kurumları”**, Ombudsmanlık bünyesinde oluşturulabilir.⁶⁷³ Ombudsmanın görev alanına devletin yasama ve yargı faaliyetlerinin dışında, askeri idare de dâhil olmak üzere merkezi ve özerk yönetimler, mahalli idareler ve kamu hizmeti sunan tüm şirketlerin girmesi kamu hizmeti sunulan bütün alanlarda eşitliğin sağlanmasına yardımcı olabilecektir.

Kamu kurumlarında eşitliğin sağlanmasına katkı sunacak bir kurum olarak kamu denetçiliği Türkiye'ye 2010 yılında Anayasa değişikliği ile girmiştir. İnsan

⁶⁷² Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlüğü durdurulan 5548 Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nda öngörülen yapı da komisyon ve kamu denetçisi kurumlarının bileşimlerinden oluşan, ağırlıklı olarak insan haklarına bir ilişkin sorunlarla ilgilenen yapıydı. Bu yapı daha çok vatandaşlardan gelen şikâyetlerin incelenmesine dayanan bir modeldi.

⁶⁷³ Danimarka'da eşitlik kurumlarının fonksiyonları ulusal insan hakları kurumuna, ulusal önleme mekanizması görevi de kamu denetçiliği kurumuna verilmiştir. Avrupa Birliği'nin 2000/43 sayılı Irksal Eşitlik Direktifi doğrultusunda şu ana dek 30 ülkede kurulmuş bulunan ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik kurumları vardır. Özerk idari yapılanma, bağımsızlık, çoğulculuk, bireysel başvuru, inceleme yoluyla tavsiye kararları oluşturma gibi özellikleri taşıyan eşitlik kurumlarının oluşumunda söz konusu direktifin yanında Paris Prensipleri de önemli kaynaklardan biridir. Belçika'da Irkçılıkla Mücadele ve Eşit Fırsatlar Merkezi kurulmuştur. Ayrıca Federal Kadın ve Erkek Eşitliği Kurumu vardır. İsveç'te hükümet ombudsmanı, hükümet tarafından atanan beş adet ombudsmandan oluşur: Tüketici Ombudsmanı, Fırsat Eşitliği Ombudsmanı, Etnik Ayrımcılık Ombudsmanı, Çocuk Ombudsmanı ve Özürlüler Ombudsmanı. Eşitliği sağlamaya yönelik ulusal mekanizmalar bir yasanın kabul edilmesi sonucunda yasanın yükümlülüğü ile kurulabilir. Örneğin Norveç'te Eşit Muamele Yasası (1979) ile kurulan Eşit Muamele Komisyonu, yine İsveç Eşit Fırsatlar Ombudu 1980'de istihdamda Eşit Fırsatlar Yasasının uygulanması amacıyla kurulmuştur. Bağımsız olarak bakanlıklar kurulabilir. Fransa Kadın Bakanlığı, Avusturya Kadın Bakanlığı, Almanya Kadın ve Gençlik Bakanlığı, Türkiye Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı gibi... Müsteşarlık düzeyince olabilir Yunanistan Kadın Erkek Eşitliği Müsteşarlığı... Genel müdürlük düzeyinde kurulan Türkiye KSGM, Dominik Cumhuriyeti Kadının İlerlemesi Genel Müdürlüğü bkz. ACUNER, s. 100, Bağımsız kurumlar, İngiltere Eşit Fırsatlar Komisyonu gibi, ülkemizde barolar örnek gösterilebilir. Yerel yönetimler bünyesinde kurulan kuruluşlar olabilir. Kadın Sorunlarını Araştırma Merkezi gibi.

hakkı kurumu olan ombudsmanlık daha çok tarafsız inceleme işleviyle birlikte anılmakta ve kamu yönetiminde hukuka uygunluğu denetleme, kurumun birincil görevi olarak belirlenmektedir. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 5. maddesinde kamu denetçiliği kurumunun görevi, *“idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir”* şeklinde ifade edilmiştir. Dünya ombudsman uygulamalarına bakıldığında, ombudsman ya şikâyet başvurusu üzerine ya da resen harekete geçmektedir. Kurumun harekete geçme şeklinde genelde dünya ülkeleri her iki başvuru imkânını da vererek kurumu daha etkin kılmışlardır. Kamu Denetçiliği Kurumunun harekete geçmesi konusunda “Başvuru ve usulü” başlıklı 17. maddesinde *“Kuruma, gerçek ve tüzel kişiler başvurabilirler”* ifadesinin yanı sıra, kurumun görevinin *“... idarenin işleyişi ile ilgili şikâyetleri... incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmak”* olarak belirlenmesi, kurumun sadece şikâyet üzerine harekete geçebileceği anlamına gelmektedir. Ancak ombudsmanlıklar sadece şikâyetler üzerine çalışan bir kurum olmanın ötesinde eşitlik planları geliştirme, proje üretme üzerine çalışan bu bağlamda kurumlardan belirli planlar belirleyip hayata geçirmelerini isteyen bir eşitliği sağlama görevini yerine getiren kurumlar olmalıdır. Örneğin bir okulda hem öğrenciler için eşit muamele planının olması, ama aynı zamanda okulda çalışanlar için cinsiyet, etnik, cinsel yönelim eşitliği planları olması gerekir. İlgili kurumların bu alanda yapılan çalışmaları desteklenmeli ve denetlenmelidir. Ombudsmanlık kurumu bu konuda kurumlara geri bildirim ve tavsiyelerde bulunmalı, ilgili planların uygulanıp uygulanmadığını kontrol etmeli ve çeşitli yaptırımlar öngörmelidir.

Hukuk devletinin gerekleri arasında yer alan iki temel unsur; temel hakların her türlü yolla güvence altına alınması ve idarenin hukuka bağlılığının sağlanmasıdır. Kamu denetçiliği kurumuna sahip ülkelerdeki uygulamalara bakarak, bu gereklerin sağlanması bakımından kamu denetçiliği kurumunun, başarılı bir uygulama oluşturduğu söylenebilir.

Bununun dışında ve öncesinde tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de uzun bir süredir, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi konusunda ana işlevlerini yerine getiremeyen çok sayıda insan hakları birimi bulunmaktadır. Zira Türkiye’de

insan hakları konularıyla ilgili bir bakanlığın⁶⁷⁴ yanı sıra yönetsel hiyerarşi içerisinde çeşitli daire başkanlıkları, bölümler vs. bulunduğu da görülmektedir. Türkiye’de ombudsmana benzer bazı kurumlar varlığı söz konusudur. Bunlar, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu,⁶⁷⁵ Dilekçe Komisyonu, İnsan Hakları Başkanlığı, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü,⁶⁷⁶ Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Devlet Denetleme Kurulu, Etik Kurul, Ekonomik ve Sosyal Konsey gibi kurumlardır.

⁶⁷⁴ 502 Sayılı İnsan Hakları Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin Anayasa Mahkemesi’nin 6.10.1993 gün ve 1993/39 E. ve 1993/37 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi sonrasında, 2001 yılına kadar yeni bir düzenleme yapılmadığı için insan haklarından sorumlu bakan, teşkilatı olmayan bir devlet bakanlığını ifade etmektedir. Bkz. 3046 sayılı Kanun, md. 4. Bu nedenle, insan haklarından sorumlu devlet bakanları Başbakanlık Genelgeleriyle önceleri “insan hakları konularında eşgüdüm”le görevlendirilmiş, daha sonra 4643 sayılı Kanunla Başbakanlığa bağlı bir insan hakları teşkilatının kurulması üzerine bu görev “insan hakları ile ilgili kurullar ve insan hakları ile ilgili konularda eşgüdüm” şeklinde değiştirilmiştir. Bkz. Başbakanlığın 29.5.1999 gün ve 1999/35 sayılı ve 09.08.2001 gün ve 2001/42 sayılı Genelgeleri.

⁶⁷⁵ Bu Komisyon da genel olarak insan hakları ihlalleri yanında ayrımcılıkla ilgili şikâyetleri incelemekle yetkilidir. Komisyon, 3686 sayılı İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanun ile oluşturulmuştur. Kanunun 4. maddesinde Komisyon’un görevleri, uluslararası alanda genel kabul gören insan hakları konusundaki gelişmeleri izlemek; Türkiye’nin insan hakları alanında taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla Anayasa ve diğer ulusal mevzuat ve uygulamalar arasında uyum sağlamak amacıyla yapılması gereken değişiklikleri tespit etmek ve bu amaçla yasal düzenlemeler önermek; TBMM komisyonlarının gündemindeki konular hakkında, istem üzerine görüş ve öneri bildirmek; Türkiye’nin insan hakları uygulamalarının, taraf olduğu uluslararası anlaşmalara, Anayasa ve kanunlara uygunluğunu incelemek ve bu amaçla, araştırmalar yapmak, bu konularda iyileştirmeler, çözümler önermek; insan haklarının ihlale uğradığına dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek ve gerekli gördüğü hallerde ilgili mercilere iletmek; gerektiğinde dış ülkelerdeki insan hakları ihlallerini incelemek ve bu ihlalleri o ülke parlamenterlerinin dikkatlerine doğrudan veya mevcut parlamenter forumlar aracılığıyla sunmak; her yıl yapılan çalışmaları, elde edilen sonuçları, yurt içinde ve dışında insan haklarına saygı ve uygulamaları kapsayan bir rapor hazırlamak olarak sayılmıştır. TBMM insan hakları komisyonu dünyada ve Türkiye’de insan haklarına saygı ve bu konudaki gelişmeleri izlemek suretiyle uygulamaların bu gelişmelere uygunluğunu sağlamak ve kendisine yapılan başvuruları incelemek üzere kurulmuştur. (3686 sayılı 5 Aralık 1990 tarihli yasa) Komisyon hem ulusal hem de uluslararası düzenlemeler temelinde ulusal uygulamaları izlemekle görevlendirilmiştir. Komisyona başvuru alma yetkisi de tanınmıştır. Komisyon ayrıca diğer komisyonlara istem halinde görüş ve öneri vermek, her yıl yapılan çalışmaları raporlaştırmak, mevzuatta gerekli olan değişiklikleri belirlemek ve öneri geliştirmek gibi yetkilere de sahiptir. (3686 sayılı 5 Aralık 1990 tarihli Yasa madde 1 ve 4) Ancak komisyonun yasama sürecinde yasa teklif ve tasarıları inceleme yetkisi yoktur. Komisyonun bağımsız mali bir kaynağı da yoktur. Komisyon görevleri ile ilgili konularda bakanlıklar, yerel yönetimler, muhtarlıklar, üniversiteler, diğer kamu kurum ve kuruluşların ve özel kuruluşlardan bilgi isteme, görüşme yapmak, bu kurum ve kuruluşlarda inceleme yapmak, gerekirse Ankara dışında çalışmalarını sürdürmek yetkilerine sahiptir.

⁶⁷⁶ Kadın erkek eşitliğinin devlet çatısı altında kurumsallaşma süreci 1987 yılında DTP bünyesinde kurulan Kadına Yönelik Politikalar Danışma Kurulu ile başlamıştır. Daha sonra 1990 da KSSGM uluslararası kararların getirdiği yükümlülükler çerçevesinde kurulmuştur. (19.04.1990 tarihinde 20.04.1990 tarihli RD de yayımlanarak 422 sayılı KHK ile)

Ayrıca çeşitli kamu birimleri içerisinde insan haklarıyla ilgili ayrı birimler bulunmaktadır.⁶⁷⁷ Çeşitli kurumlarda bulunan insan hakları birim başkanlıkları ve valiliklerde yer alan veya yerelde örgütlenen Eşitlik Kurumları⁶⁷⁸ ve İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları⁶⁷⁹ bu kurumlara örnek olarak gösterilebilir.

Eşitliğini hedefleyen ulusal veya uluslararası mekanizmaları, yasal eşitlik anlayışının ötesinde bir eşitlik anlayışının bir sonucu olarak ortaya çıkmışlardır. Kanun önünde eşitlik ilkesinin fiili eşitsizlikleri ve soyut birey anlayışı kapsamında fırsat eşitliğini gerçekleştirmemesi dezavantajlı grupların farklı beklenti ve ihtiyaçlarına çözüm sunamaması ile “fırsat önceliği” ve “olumlu ayrımcılık” gibi anlayışların bir sonucu ve bu anlayışın yerine getirilmesinin bir aracı olarak kullanılmalıdırlar. Bu çerçevede, ulusal veya uluslararası mekanizmalar, örneğin KGSM⁶⁸⁰ ya da Eşitlik Kurulları kadın-erkek arasındaki fiili olarak var olan eşitsizliğin ortaya konularak, yasal eşitliğin ötesinde fiili eşitliğin sağlanması, konuya ilişkin toplumsal duyarlılık oluşturulması ve cinsiyet ayrımcılığının ortadan kaldırılması amacıyla çeşitli faaliyetler yürütmek amacıyla faaliyet göstermelidirler.

⁶⁷⁷ İçişleri Bakanlığı bünyesinde Mülkiye Teftiş Kurulu Başkanlığı İnsan Hakları İhlallerini İnceleme Bürosu, Emniyet Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Şube Müdürlüğü, Jandarma İnsan Hakları İhlallerini İnceleme Ve Değerlendirme Birimi insan hakları alanında görevlendirilmiş birimlerdir. Bu birimlerin şikâyet alma, ihlal iddialarını inceleme ve insan hakları alanında rapor hazırlama görevi bulunmaktadır. Yine Adalet Bakanlığına bağlı tutukevleri izleme kurulları 4681 sayılı ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kanunu ile kurulmuşlardır. Sağlık bakanlığı bünyesinde görev yapan bakanlık hasta hakları birimi, tedavi hizmetleri genel müdürlüğü bünyesinde kurulmuş hastalardan gelen şikâyetleri takip etmekle görevlendirilmiş ve üst kurullara (hasta hakları kurulları) iletmekle görevlendirilmiş birimleridir.

⁶⁷⁸ Eşitlik kurumlarının ayrımcılık vakaları ile hukuki zeminde mücadelesi farklı biçimlerde gerçekleşebilmektedir. Eşitlik kurumları hukuki alanda mağdurlara hukuki yardım sağlamak ve arabuluculuk, kurum adına yargısal veya idari usullere başvurma, müdahil olma veya ayrımcılıkla mücadelede test yöntemi gibi yollara başvurabilmektedir.

⁶⁷⁹ Ayrımcılık kapsamında değerlendirilebilecek ve şikâyet başvuruları almak üzere kurulan İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, 12 Nisan 2001 tarihli ve 4643 sayılı Kanun’a dayalı olarak çıkarılan İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik ile oluşturulmuştur. 02.11.2000 tarihli ve 24218 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Yönetmelik, 23.11.2003 tarihli ve 25298 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve aynı adı taşıyan yeni Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır. Kurul çalışmalarını 25298 sayılı yönetmelik çerçevesinde yürütmektedir. İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Görevleri Yönetmeliğin 9 maddesinde sıralanmıştır.

⁶⁸⁰ KGSM izleme raporlama soruşturma işlevlerine sahip olmayan bir kamu kurumudur. Bununla birlikte, kadına yönelik toplumsal cinsiyete bağlı eşitsizlikleri gidermek üzere çalışmalarda bulunur. Kadınlara kanunlarla verilen hakların tam ve eşit kullanılabilmesi ve kadın erkek eşitliğinin toplumsal kalkınma sorunu olarak algılanması amacıyla kamuoyunu bilgilendirmek ve sağlık, eğitim, kültür, çalışma ve sosyal güvenlik başta olmak üzere bütün alanlarda kadınların ilerlemesini sağlayıcı ve karar mekanizmalarına katılımı arttırıcı çalışmalarda bulunmakla görevlidir. Bkz. KORKUT, s. 65.

Bu tarz “ulusal mekanizmalar” tek başına etkili bir toplumsal-yasal eşitliği garanti etmemekle birlikte eşitliğin sağlanmasına yönelik politika üreten ve yaptırım gücüne sahip bir donanım ile örgütlenmelidirler.

İnsan hakları kurumları, ayrımcılık iddialarıyla sıklıkla karşılaşan devletler için bir yönetsel-idari araç olarak⁶⁸¹ işlevsel olabilir. Ayrıca kamu denetçiliği kurumunun ülkenin hukuksal, idari, siyasal ve sosyal koşullarına göre eşitliği sağlama yükümlülüğü değişebilir. Örneğin fırsat eşitliğinin sağlanması-fiili eşitlikler vs. etkili bir idari denetim ve destek mekanizması olarak görev yapan bu kurumların varlığı halinde iyi yönetimin bir parçası olan **eşitlik ilkesinin** sağlanmasında etkin birer araç olarak kullanılabileceği kanaatindeyim.

B. İdari Denetim

İdari denetim; idari kurum, vasıta ve usullerle yapılan denetimdir. İdari denetimin bir kısmı faal idarenin yapısı içinde yer alırken diğer bir kısmı özel statülü kurumlarla gerçekleşir. Faal idare yapısı içinde yer alan idari denetim; hiyerarşik denetim ve idari vesayet yolu ile yapılır. Faal idare yapısı içinde yer almayan özel statülü kurumlarla gerçekleşen idari denetimler ise Danıştay, Sayıştay, Devlet Denetleme Kurulu, Yüksek Denetleme Kurulu gibi kurumlarca yapılmaktadır.⁶⁸²

İdari hiyerarşi ve vesayet mekanizmaları kullanılarak yapılan denetim, idarenin bütünlüğü ilkesine dayanmaktadır. İdarenin bütünlüğü, Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan ve “*idare kuruluş ve görevleri ile bir bütündür ve kanunla düzenlenir*” biçiminde açıkça tanımlanmış, temel bir kamu yönetimi kuruluş ve işleyiş ilkesidir. İdarenin bütünlüğü ilkesi, üniter devlet ve kanuni idare ilkesi ile sıkı sıkıya ilişkilidir. İdarenin bütünlüğü sadece organik açıdan değil, işlevsel açıdan da bir bütünlük göstermektedir. İdarenin işlevsel yönden bütünlük göstermesi, kendi yapısı içinde kendine özgü kural ve yöntemlerin uygulanmasıyla olmaktadır. Bu açıdan kamu yönetimine tek yanlı karar alabilme, belli ölçülerde, kararlarını

⁶⁸¹ Sonia CARDENAS “Emerging Global Actors: The United Nations and National Human Rights Institutions”, 9 Global Governance, 2003, s. 23, bkz. [http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/1323910022000023129](http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/glogo9&div=11&id=&page; Philip ELDRIDGE, “Emerging Roles of National Human Rights Institutions in Southeast Asia”, Pacifica Review, Volume 14, Number 3, October 2002, s. 209, <a href=)

⁶⁸² KESTANE, “Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği)”, s. 130.

doğrudan doğruya uygulayabilme olanağı, idarenin bütünlüğü ilkesi sayesinde tanınmış ve kamu yönetimi için ayrı bir yargı düzeni kurulmuş olmaktadır.⁶⁸³ Belirtilenler dışında idarenin bütünlüğü ve birliğini, yalnızca kuruluşun tümünde değil; aynı zamanda her kuruluş biriminin kendi ögeleri arasında da aramak gerekmektedir. Bir başka anlatımla, Türkiye Cumhuriyeti yönetimi adı altında oluşturulmuş idareler, kurumlar ve teşekküller de ayrı ayrı, birbirleriyle uyumlu biçimde birleşen ögelerin kurduğu düzenler (sistemler) olarak ortaya çıkmış sayılacaktır. Bu bütünlük ve birlik, idari kuruluşun kaynağını ve kuvvetini tek bir anayasadan alması ve eşitlik ilkesine bağlı olarak aynı yasalarla düzenlenmesi sayesinde gerçekleşecektir.⁶⁸⁴ İdari vesayet ve hiyerarşi yetkisinin eşitlik ilkesine ne şekilde katkı sunacağı tartışılabilir. Ancak idari istikrar ve düzen ilkesinin bir sonucu olarak işlemlerin tek/aynı şekilde yürütülmesi, işlemlerde yeknesaklık sağlanması açısından idari işlemin konusunun aynı olması durumunda aynı durumda olan herkese aynı kuralların tüm ülkede uygulanması idari bütünlük ilkesinin gereğidir.

İdarenin gerek kuruluş ve gerek görevleri yönünden bütünlüğü belli başlı üç hukuki araç ile sağlanmaktadır: Bunlardan “hiyerarşi”, merkezi idare kuruluşlarının arasında bütünlüğü sağladığı gibi, aynı tüzel kişi içinde yer alan çeşitli örgüt ve birimler arasında da bütünlüğü sağlamaktadır. Yönetimsel hesap verebilirlik, idarenin kendi içinde yer alan kişi, kurum ya da organlara hesap vermesi olarak tanımlanabilir. Hiyerarşik hesap verebilirlik yanında, bir kamu kurumunun, kendi içindeki veya dışındaki idari otoritelere, vesayet makamlarına karşı hesap vermesi, bu çerçevede değerlendirilebilir. “İdari vesayet”, devletin bütünlüğünü ve kamu hizmetlerinin tüm ülke düzeyinde uyumlu bir biçimde yürütülmesini sağlamak için, merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerinde sahip olduğu denetim yetkisidir.⁶⁸⁵

Kamu hizmetlerinde çalışanların insan hak ve özgürlüklerine uygun hareket etmesini sağlayacak anayasal mekanizmalar da öngörülmüştür. Bu mekanizma öncelikle amir-memur ilişkisi üzerinden işletilebilen bir mekanizmadır. Kanunsuz

⁶⁸³ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, B. 28, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 45.

⁶⁸⁴ DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 35.

⁶⁸⁵ Hiyerarşi ve idari vesayete ek olarak, illerin yönetimini düzenleyen **yetki genişliği** ilkesi de bu kuralın gerçekleşmesini sağlayan üçüncü ilişki türüdür.

emir başlığıyla Anayasa’da düzenlenmiştir (md. 137). Bu hükümle kamu görevlileri, eylem ve işlemlerini devamlı olarak kanun ve anayasaya uygun olarak yerine getirmelidirler. Bu durumda eşitlik ilkesine aykırı ayrımcılık sayılabilecek işlem ve uygulamaların yapılması engellenebilir. Bu düzenleme insan hakları bakımından hem kamu görevlisi hem de üçüncü kişileri koruyucu işlev görmektedir. Ancak idarenin aldığı bu kararlar konusu suç teşkil eden durumlar için söz konusudur.

İdare hukuku en genel anlamıyla kamusal güç ve yetkiler kullanan idarenin işleyişinin düzenlenmesi olduğuna göre kişiler üzerinde önemli etkiler yaratabilecek bu yetkilerin nasıl kullanılacağına biçimsel olarak düzenlenmesi büyük öneme sahiptir.⁶⁸⁶ İdari usul kuralları, hukuk devleti ilkesinin soyut ve belirsiz bir ideal olmaktan çıkıp somuta aktarılabilmesi işlevini görür. İdari usul yasası farklı idari kurumların farklı uygulamaları olması nedeniyle ortaya çıkan eşitsiz ve adaletsiz uygulamaları engelleyerek takdir yetkisinin de keyfi kullanılmasını önleyebilecektir.

İdarenin birel nitelikteki idari işlemleri meydana getirirken, maddi hukuk normlarının uygulanacağı olayların özelliklerini yeterince ortaya çıkarmamak ve ilgilileri bilerek ya da bilmeyerek, farklı muameleye bağlı tutmak suretiyle eşitlik ilkesini zedelemesi tehlikesi söz konusu olduğundan, içinde bulunduğumuz yüzyılın ilk çeyreğinden beri bir çok hukuk siteminde, idari kararların üretilme süreci, yargı kararlarının üretilme sürecinin bağlı tutulduğu usullere benzemekle birlikte idarenin yapısına ve işlevine uydurulmuş bulunan bazı usullere bağlanmış ve bu usuller yasalaştırılmıştır.⁶⁸⁷ Bu noktada, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi’nin de çok erken tarihlerde çeşitli ilkeler belirlediğine, yasa tasarısında bu düzenlemelere de atıf yapılarak bu ilkeler doğrultusunda düzenleme yapmanın hedeflendiğine özellikle dikkat çekmek gerekmektedir. Bunlardan ilk akla gelenler Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 28.09.1977 tarihli (77)31 sayılı “İdari Mercilerin İşlemleri Karşısında Bireylerin Korunması” isimli tavsiye kararı,⁶⁸⁸ Avrupa Konseyi’nin 12.09.1987 tarihli (87)16 sayılı “Çok sayıda Kimseyi Etkileyen İdari Usuller” isimli Tavsiye

⁶⁸⁶ Çiğdem SEVER, “İdare Hukukunda Önemli Bir Gelişme Umudu (Mu?): Genel İdari Usul Yasa Tasarısı”, İz Dergisi, S. 8, s. 38.

⁶⁸⁷ Ülkü AZRAK, “İdari Usul ve Yasalaştırılması”, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs, 1990, Ankara, s. 823.

⁶⁸⁸ Resolution (77) 31 on the Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities, www.coe.int

Kararı⁶⁸⁹ ve Avrupa Parlamentosu'nun 06.09.2001 tarihinde kabul ettiği “İyi Yönetim İdare Yasası”dır.⁶⁹⁰ Avrupa Parlamentosu tarafından 6 Eylül 2001 tarihinde kabul edilen Avrupa İyi Yönetim Yasası, vatandaşların idareden neler bekleyebileceklerini ve kamu görevlilerinin görevlerini icra ederken hangi prensiplere uymaları gerektiğini belirlemektedir. Bu kanuna göre iyi bir idarenin unsurları **meşruluk, ayrımcılık yapmama ve eşit muamele**,⁶⁹¹ ölçülülük ve bağlılık olmaktadır. Kanunda “iyi bir idare için belirleyici çizgiler” başlığı altında **tarafsızlık ve nesnellik**⁶⁹² ilkeleri hüküm altına alınmıştır.

İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 sayılı Tavsiye Kararı⁶⁹³ Bakanlar Komitesi, Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi Statüsü'nün⁶⁹⁴ 15(b) maddesi; idarenin faaliyet gösterdiği alanların sürekli arttığını ve bu süreçte idarenin takdir yetkisi kullanma durumunda olduğunu; gerçek kişilerin veya tüzel kişilerin hakları, özgürlükleri ve menfaatlerini keyfilik veya takdir yetkisinin diğer

⁶⁸⁹ Recommendation No. (87)16 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Procedures Affecting a Large Number of Persons, www.coe.int

⁶⁹⁰ The European Code of Good Administration Behaviour, www.euro-ombudsman.eu.int

⁶⁹¹ md. 5: Ayrım Yapmama Yükümlülüğü: 1. Görevli, toplumdaki gelen başvuruların değerlendirilmesinde ve karar alınmasında, muamele eşitliği ilkesine uyulmasını gözetir. Toplumun aynı durumda olan mensupları aynı şekilde muameleyle tâbi tutulur. 2. Muamele eşitsizliğinde görevli, bu durumun muamele yapılan işin hâline uygun ve nesnel özellikleri ile açıklanmasını gözetir. 3. Görevli, toplum mensupları arasında vatandaşlığa, cinse, ırka, renge, etnik ve sosyal kökene, genetik özelliklere, dile, din ve inançlara, siyasi ve diğer kanaatlere, belli bir azınlığa ait olmaya, servete, doğuma, herhangi bir bedensel kusura, yaşa veya cinsel tercihe dayalı olan her türlü ayrımcılıktan kaçınır.

md. 11 Adil Davranma: Görevli, tarafsız olarak, adil ve makul bir şekilde hareket eder.

⁶⁹² md. 8 Tarafsızlık ve Bağımsızlık: 1. Görevli, tarafsız ve bağımsızdır. O, toplumun mensuplarına zarar verecek her türlü keyfi davranıştan ve her ne sebeple olursa olsun tercihe dayalı muameleden kaçınır. 2. Görevlinin davranışı hiçbir zaman kişisel, ailevi veya milli menfaatler veya siyasi baskılar tarafından yönlendirilmez. Görevli, kendisinin veya yakınlarından birinin mali menfaatlerinin bulunduğu bir karara katılamaz.

md. 9 Nesnel (Objektif) Davranma Yükümlülüğü: Görevli, kararların alınması sırasında, uygun olan etkenleri dikkate alır, bu unsurları kararda gerektiği gibi uyarlar. Uygun olmayan bütün unsurları dışlar.

⁶⁹³ Bkz. Onur KARAHANOGULLARI, “İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, AÜHFD, C. XLV, S. 1, 1996.

⁶⁹⁴ Avrupa Konseyi Statüsü 5 Mayıs 1949'da kabul edilmiş, Türkiye Konsey'e, 8 Ağustos 1949'da katılmıştır. Günümüzde Avrupa Konseyi'ne 40 devlet üyedir. Konsey, AİHS ve Avrupa Sosyal Şartı ile insan hakları alanında Avrupa standartlarını oluşturmuştur. Avrupa Konseyi, hukuksal işbirliğinde öncülük etmekte, Avrupa hukukunun oluşumuna katkıda bulunmaktadır. Avrupa Konseyi çerçevesinde gerçekleştirilen 160' tan fazla Avrupa sözleşmesi mevcuttur.

kötüye kullanımlarına karşı korumayı, idarenin yetkinin amacını gerçekleştirmesine engel olmadan, geliştirmek amacıyla üye devletlerde ortak ilkeler konması gerektiğini; göz önünde tutarak 77(31) sayılı Kararla konulan bireyin yönetsel işlemler karşısında korunmasına ilişkin ilkeleri ve söz konusu kararın, takdir yetkisinin kullanılmasına uygulandığında tamamlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Tavsiye kararında, idari makamların takdir yetkisini kullanırken uymak zorunda oldukları temel ilkelerin başında ‘Nesnellik ve Tarafsızlık’ ve ‘Yasa Önünde Eşitlik’ gelmektedir. Takdir yetkisini kullanan bir idari makamın yalnızca somut olaya ilişkin öğeleri dikkate alarak nesnellığe ve tarafsızlığa uymasını, hakkaniyete uymayan ayrımcılıktan kaçınarak yasa önünde eşitlik ilkesini gözetmesini, işlemin amacıyla, kişilerin hakları, özgürlükleri veya menfaatleri üzerindeki olumsuz etkileri arasında bir denge sağlanmasını ve genel idari direktifleri her olayın özelliklerini göz önünde tutarak istikrarlı bir şekilde uygulamasını tavsiye etmektedir. Kararda ayrıca bu ilkelerin uygulanmasında iyi ve etkin bir idarenin gerekleri, **üçüncü kişilerin yararı ve kamu yararının** göz önünde bulundurulması gerektiği hatırlatılmaktadır. Kararda takdir yetkisini kullanan idarenin yalnızca yasalara ve düzenleyici işlemlere uymak zorunda olmadığı aynı zamanda adil ve dürüst davranması gerektiği tavsiye edilmektedir.

Türkiye de henüz genel bir **idari usul yasası** bulunmamakla birlikte, bu konuda Anayasa’nın genel ilkeleri dışında yapılan yasal düzenlemelerle de idare, hukuk alanında kalarak işlem tesisi etmeye zorunludur. Türkiye’de genel bir idari usul yasası olmaksızın sadece belli işlem türleri bakımından (İhale, kamulaştırma, imar, vergi, amme alacaklarının tahsili, rekabetin korunması vb.) idari usul kuralları özel yasalarda dağınık biçimde düzenlenmiştir. Son yıllarda iyi yönetim bakımından en önemli yapısal değişiklik 09.10.2003 tarih ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile olmuştur.⁶⁹⁵ İnsan haklarının yürütme ve idareye karşı korunmasının bir yolu bireylerin idare tarafından haklarında yapılan işlemleri öğrenme hakkına sahip olmasıdır. İdarenin eylem ve işlemlerinde demokratik yönetim doğrultusunda bilgi edinme hakkının tanınması da bu amaca hizmet eden başka bir mekanizmadır. Ayrıca Anayasa’nın 40/2 maddesine eklenen hüküm “Devlet, işlemlerinde, ilgili

⁶⁹⁵ R.G. 24.10.2003/25269.

kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır". Bu sebeple idarenin eşitliğe aykırı uygulamaları/tafıflı uygulamaları şeffaflık ilkesi sayesinde işletilemeyecektir. Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik'in 9. maddesinde da kamu görevlilerinin, **takdir yetkilerini**, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda, her türlü keyfilikten uzak, tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine uygun olarak kullanacakları hatırlatılarak idarenin hukuk alanında kalması sağlanmaktadır.

İyi yönetimle ilgili olarak İçişleri Bakanlığınca çıkarılan bir **düzenleyici işlem**, "İyi Yönetim Yasası" örneği olarak değerlendirilebilir. İçişleri Bakanlığı, bakanlık merkez birimlerine, bağılı kuruluşlara, valiliklere, kaymakamlıklara ve belediyelere gönderdiği 07.05.2002 tarih ve B050ÖKM0000011-12/467 sayılı, "**iyi yönetimin geliştirilmesi**" konulu bir yönergeyle iyi yönetimin sağlanabilmesi amacıyla alınacak tedbirleri 18 bent halinde sıralamıştır. Yönergede, "Vatandaş Odaklı Kamu Hizmeti Kültürüne Geçiş" için ayrıca, hizmetlerin sunumunda eşit ve adaletli davranılması gerektiği; karar alma ve uygulama süreçlerinin açık hale getirilmesi, görevlerin yerine getiriliş standartlarının ve şekillerinin bireyin rahatı ve ihtiyacı doğrultusunda yeniden sistematize edilmesi gerektiği ilgili birimlere emredilmiştir.

İyi yönetim yasası, idarenin rutin işleyişinde iyi yönetim ilkelerinin (kanunilik, nesnellik, bilgi edinme hakkı, dinlenilme hakkı, gerekçe yükümlülüğü, ölçülülük, ayırım yapmama, eşit davranma yükümlülüğü, katılım vs.) uygulanabilmesinin sağlanabilmesi açısından önemlidir. Yasa ile kamu hizmetlerinin etkin ve verimli görülmesi kadar, kamu hizmetinin demokratik-hukuk devletinin temel ilkelerine göre görülmesini sağlanabilir.

C. Yargısal Denetim

Hukuk devleti olmanın gereği, idarelerin tesis ettikleri bireysel ya da düzenleyici işlemlerin hukuken geçerli ve objektif bir sebebe dayanmasıdır. İdarelerce tesis edilen işlemlerin hukukun belirlediği sınırlar ve eşitlik kuralı gözetilerek kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygun şekilde objektif, makul ve geçerli neden ve gerekçelere dayalı olarak tesis edilmesi gerekir.

Bu bakımdan idari işlemlere yönelik yargı denetimi, bu işlemlerin Anayasa ve hukukun genel ilkelerine, yasa, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile yargısal içtihatlarla uygun olup olmadığının denetlenmesidir.⁶⁹⁶ Yargı denetiminin amacı, idareyi hukuka uygun davranmaya zorlamak suretiyle, vatandaşları idare karşısında korumaktır. Yargısal denetim, sadece hukukilik denetimi ile sınırlıdır. Dolayısıyla yargısal denetime konu olan idari işlem ya da eylem yerinde olmamakla birlikte hukuka uygunsu, yargı organlarının bu işlem hakkında bir karar vermesi mümkün olmamaktadır.

1. Anayasal Denetim-Anayasa Mahkemesinin Denetimi

Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesi hak ve özgürlüklerin kullanımı söz konusu olduğunda genel ortak bir referans normudur. Ayrımcılığın önlenmesi ve giderilmesinde, eşitsizlik üreten yasal sorunların çözümünde anayasa yargısı, son sözü söyleyen kurumsal sistemiyle diğer yargı kurumlarından daha etkili bir işleyişe sahiptir.⁶⁹⁷ Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesinin denetimini de ihlal oluşturan idari işlem ve eyleme karşı soyut, somut ve bireysel başvuru yoluyla yapmaktadır.

Eşitlik ilkesi sadece yasayı uygulayan organlara hitap etmemektedir, aynı zamanda ilke işlemin yapıcısını, eşitsizliği gerçekleştirmemeye zorlamaktadır. Zira eşitlik ilkesi yalnızca kanunların herkese eşit ve tarafsız uygulanmasını değil, ondan da önce yasaların kendisinde eşitliğin sağlanmasını gerektirmektedir. O halde eşitlik ilkesi, **yasama organı** tarafından (hem maddi hem de şekli) eşitliğin sağlanmasında dikkat edilmesi gereken temel ilkelerden biridir.⁶⁹⁸ Bu nedenle eşitlik ilkesine uygunluk denetiminin başlıca konusunu kanunlar oluşturmaktadır.⁶⁹⁹ Anayasa Mahkemesi’nin eşitlik ilkesini koruma görevi de esas olarak yasama organına karşı koruma şeklinde belirmektedir. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi kararlarında

⁶⁹⁶ D.8.D. 2010/8496 E, 2011 /yok, K.T. 12.01.2011. <http://www.corpus.com.tr/#/Danistay>.

⁶⁹⁷ Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ile ilgili olarak bkz. Fazıl SAĞLAM, , “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama Yürütme ve Yargı İle İlişkisi”, Anayasa Yargısı, 13, 1996, s. 57-59.

⁶⁹⁸ Ece GÖZTEPE, “Anayasal Eşitlik Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, AÜSBFD, S. 54-2, 1999, s. 106

⁶⁹⁹ ÖDEN, s.161.

yasama organının eşitlik yükümlülüğünü sıklıkla dile getirmektedir.⁷⁰⁰ Çünkü idarenin ve yargı organlarının uygulayacakları normların öncelikle şekli olmak üzere maddi eşitliği sağlamaya yönelik olması ve uygulamada bunun kişiler açısından somutlaştırılması gerekmektedir. Anayasa yargısının varlığı, yasamanın bu görevini yerine getirip getirmediğinin denetlenebilmesini sağladığı için ayrı bir önem taşımaktadır.⁷⁰¹

Anayasa’da öngörülen belli makamların, organların, kamu otoritelerinin veya kişilerin bir kanun, kanun hükmünde kararname ve Meclis İçtüzüğü’nün Anayasa’ya aykırı oldukları gerekçesiyle doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi’ne dava açmaları yoluna iptal davası veya dava yoluyla denetim adı verilmektedir.⁷⁰² Soyut norm denetimi yoluyla, doğrudan doğruya belli kişilerin çıkarlarının korunması söz konusu olmaksızın, Anayasa normlarına ve eşitlik ilkesine aykırı kuralların iptal edilmesi ve böylece hukuk düzeninin bu kurallardan ayıklanması suretiyle Anayasa’nın üstünlüğünün sağlanması amaçlandığından, bu denetim yolunun kamusal bir anlamı ve niteliğinin bulunduğu tartışmasızdır.⁷⁰³

Somit norm denetiminin konusunu ise kanun ve kanun hükmünde kararnameler oluşturmaktadır. Burada eşitlik ilkesine aykırılık herhangi bir kanun hakkında değil, ancak görülmekte olan bir davada uygulanacak kanun hükmü hakkında başvurulabilir. Somut norm denetimi, ilgili kanunun uygulandığı davada taraf olan herkes tarafından ve her zaman için (belli bir süre ile sınırlı olmaksızın) işletilebilir.⁷⁰⁴

2010 değişiklikleri ile birlikte Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru hakkı Anayasa’ya girmiş bulunmaktadır. Anayasa md. 148’e göre: “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için*

⁷⁰⁰ Bkz. AYM, 1996/74 E, 1998/45 K, K.T. 01.07.1998, R.G. 11.03.2000/23990; 1988/7 E, 1988/27 K, K.T. 27.10.1988, R.G. 26.12.1988/20031.

⁷⁰¹ GÖZTEPE, “Anayasal Eşitlik Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, s. 106.

⁷⁰² A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku, B. 18, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 286-287.

⁷⁰³ Bkz. Server TANİLLİ, Devlet ve Demokrasi, 7. B, İstanbul, Cem Yayınevi, 1993, s. 579.

⁷⁰⁴ ÖZBUDUN, s. 427.

olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bireysel başvuruda, kanun yolunda tüketilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

Görüldüğü gibi 148. madde, dava konusu edilecek haklarla ilgili olarak kapsamı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile sınırlı tutmuştur. Eşitlik ilkesi, her halükarda bu haklar kapsamında ihlali ileri sürülebilecek niteliktedir. Bireysel başvuru hakkının sosyal haklar yönünden sınırlandırıldığı söylenebilir. Ancak AİHM içtihatlarına bakıldığında sosyal hakların dava edilmesi ve istenebilmesi mümkündür.⁷⁰⁵ Dolayısıyla (Anayasa Mahkemesi’nin yapısıyla bağlantılı olarak) bireysel başvuru hakkının kamu hizmetleri bağlamında sosyal eşitlik-sosyal hakların dava edilmesi söz konusu olabilecektir.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45. maddesi gereği bütün idari ve yargısal başvuru yolları tüketildikten sonra bireysel başvuru söz konusu olabilecektir. Mahkeme’nin bireysel başvuru neticesinde verdiği kararda yargılanmanın ilgili mahkeme tarafından yeniden yapılmasına karar verebilir. Bazı hallerde tazminata hükmeder ya da genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir. (6216 sayılı Kanun, md. 50)

2. İdari Yargı Denetimi

İdarenin yargısal denetime tabi olması eşitliği sağlayan bir mekanizma olarak yargının önemini bizim için artırmaktadır. İdari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların idari yargı organlarıncaya denetlenmesi idari rejim sisteminin bir sonucudur. İdarenin kamu hukuku çerçevesinde yürüttüğü görevler, kamu hizmetlerinden doğan uyuşmazlıklar, bu sistem gereği idari yargıda çözülür.⁷⁰⁶

⁷⁰⁵ Bkz. *Demir – Baykara/ Türkiye*, Başvuru No. 34503/97, K.T. 12.11.2008; ayrıca kararın değerlendirilmesi konusunda bkz. Mesut GÜLMEZ, “*Sendikal Hakların Bölünmezliği: Toplu Sözleşmesi ve Grevsiz Sendika Hakkı Özünden Yoksundur*”, Çalışma ve Toplum, 2010/3, 26, s. 9-50.

⁷⁰⁶ İdari yargının görev alanı, başta Anayasa olmak üzere, çeşitli yasalar ve yargı içtihatları ile saptanmıştır. Türkiye’de idari yargının görev alanı 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunları ile belirlenmiştir. Ülkemizde idari yargı ve adli yargı ayrımı kabul edilmesine ve yukarıda sayılan yasal düzenlemelerin varlığına rağmen, bazı idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan davaların adli yargı mercileri tarafından görülmesi öngörülebilmektedir. Örneğin Kabahatler Kanunu’nun 3. maddesi, idari yaptırımlara karşı, başka kanunlarda aksine hüküm bulunmadığı takdirde, adli yargıya itiraz edileceğini düzenlemiştir. Kamulaştırma Kanunu, kamulaştırma işlemi dışında doğacak uyuşmazlıkların adli yargıda

Anayasa'nın 125. maddesine göre; idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır ve idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. İdari işlemlerde, eğer idare mahkemesi tarafından bir hukuka aykırılık bulunursa idari işlemin iptaline ve/veya zararın tazminine karar verilebilir. Anayasa md. 129 kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla, ancak idare aleyhine açılabileceğini belirtir. Madde 40'ta *“kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar kanuna göre devletçe tazmin edilir”* bu açık hükümlerle beraber Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesi de idarenin sorumluluğu ilkesine dayanak olarak gösterilebilir. Anayasa 10. maddenin 1. fıkrası gereğince, herkesin ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik hakkı vardır ve bu hak, yargı yerleri önünde özel işverenlere karşı da ileri sürülüp dava edilebilir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda *“idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları”* nın idari yargının görev alanına girdiği belirtilmiştir. Dolayısıyla Türkiye'de idarenin sorumluluğu esasının tam olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz.⁷⁰⁷

İdarenin hukuka uygun davranmasının ve kamu hizmetlerinin gereği gibi sunulabilmesinin sağlanması için idari yargıda iki tür dava yolu öngörülmüştür. Bu bağlamda kamu hizmetlerinin gereği gibi (kamu hizmeti ilkelerine konumuz açısından eşitlik ilkesine) yürütülmesi için açılan “iptal davaları”, eşitlik ilkesini ihlal eden idari işlemlerin hukuk düzeninden kaldırılmasını sağlar. İptal davaları idari işlemin yetki, şekil, konu, sebep veya maksat yönlerinden hukuka uygunluğunun denetlendiği davalardır. Bir kamu hizmetinin eşitlik ilkesine aykırı yürütülmesine sebep olan idari işlem iptal edilecektir. Bununla birlikte kamu hizmetinin eşitlik ilkesine aykırı yürütülmesi durumunda ortaya bir zarar çıkmışsa bunun tazmini için idari yargıda “tam yargı davası” açılabilir. Bunun için öncelikle yürütülmekte olan

çözümlemesini öngörmektedir. Yine İdarenin Karayolları Trafik Kanunu kapsamındaki eylem ve işlemleri adli yargının görev alanında düzenlenmiştir. Ayrıca kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğine dair Anayasa'nın 47. ve 125. maddeleri bu uyuşmazlıkları idari yargının görev alanından çıkarmıştır.

⁷⁰⁷ GÖZLER, İdare Hukuku, C. 2, 2009, s. 1022.

kamu hizmetinin eşitlik ilkesine aykırı olması ve aynı zamanda bu nedenle ortaya bir zarar çıkmış olması gerekir.

Bu iki dava türünde de kamu hizmetlerinin eşitlik ilkesine uygun yürütülmemesi, hizmeti alan vatandaşın hizmeti alamaması, hizmeti geç alması ya da gereği gibi almaması sonucunu doğuruyorsa işlem hukuka aykırı olur. Bu aynı zamanda idarenin sorumluluğunun hizmet kusurundan kaynaklandığı anlamına gelmektedir. Fakat bu kusur özel hukuk alanında olduğu gibi bireylerde aranılan subjektif mahiyette bir kusur olmayıp, kamu hizmetinin kuruluşu ve işleyişi ile ilgili objektif nitelikte bir hatadır.⁷⁰⁸ Kamu tüzel kişilerinin oluşturduğu bir bütün olan idarenin kusuru aslında gerçek kişilerden oluşan organ ve memurlarının kusurlarının bir sonucudur. SARICA, hizmet kusurunu “ *hizmet kusuru idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerinin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde tecelli eden bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arz etmesidir.*” şeklinde tanımlamıştır. ⁷⁰⁹ ONAR’ a göre; hizmet kusuru amme hizmetlerinin hukuki bünyesi ve bundan çıkan Devletin borcu ile izah edilir. Devlet, kamu hizmetlerini şartlara en uygun ve ihtiyaçları karşılamada en üst seviyede gerçekleştirmek için sürekli ve istikrarlı bir şekilde idare edilenlere sunmak, onların emirlerine amede bulundurmak, yani kamu hizmetlerini en etkin en verimli ve hukuka uygun bir şekilde sunmakla yükümlüdür.⁷¹⁰ Bu borcun yerine getirilmemesi hizmet kusuru oluşturur.⁷¹¹ Hizmet kusurunun meydana gelmesi durumunda Anayasa’nın 125. maddesi ve DMK’nın 13. maddesi ile davanın doğrudan doğruya idare aleyhine açılabileceğini belirtmektedir. Hizmetin kamu hizmeti ilkelerine aykırı yürütülmesi sonucu kişilerin mallarına da zarar gelmiş olabileceği gibi manevi zarar da meydana gelebilir. Kamu hizmetlerinin

⁷⁰⁸ S. Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, s. 1694.

⁷⁰⁹ Ragıp SARICA, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İÜHFM, C. 14, 1949, s. 858.

⁷¹⁰ ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, s. 1695.

⁷¹¹ Ethem ATAY/Hasan ODABAŞI/Hasan Tahsin GÖKÇAN, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin Yay., Ankara, 2003, s. 71.

eşitlik ilkesine aykırı yürütülmesi sonucu, kişilerin yaşama hakkı ihlal edilmiş ya da vücut bütünlüğü ihlal edilmişse bu durumda ortada tam yargı davasına konu olabilecek bir zarar da vardır, devletin bu zararı karşılaması gerekmektedir. İdare hukukunda prensip olarak (tam yargı davalarında) idarenin sorumluluğuna karar verilebilmesi için bir hizmet kusurunun varlığı gereklidir. Hizmet kusuru yoksa idare de kural olarak sorumlu değildir, tazminata mahkûm edilemez.⁷¹²

Bu noktada sorumluluğun kaynağı eşitliğe aykırılık bakımından eşitlik ilkesinin hangi gerekçe ile ihlal edilebileceğine dair fikir verebilir. Bu nedenle idarenin sorumluluğunun ne olduğuna ve nereden kaynaklandığına değinmekte fayda var. Sorumluluğun temelini kusura dayanmakta olduğu kabul edilir. Bu kavram (kusur), “moral” bir boyut içerir ve tüzel kişilerden oluşan idare olgusunun sorumluluğuna temel alınması ise pek çok güçlük ve uyumsuzluk doğurur. Bu gerçek öğretiyi değişik yaklaşımlara yöneltmiş, kusur dışında bir temele dayandırma arayışları, bir gereksinim olarak kendini göstermiştir. Sonuçta ortaya çıkan öneriler şöyle sıralanabilir: eşitlik, sosyal devlet, hukuk devleti, kamu yükümlülükleri karşısında eşitlik, eşitliğin olağandışı ve özel sebeple ihlali.⁷¹³ DURAN, idarenin sorumluluğunun dayanağı olarak, hukuk devleti, kamu yükümlülükleri karşısında eşitlik, imkan ve fırsat eşitliği gibi ilkeler ileri sürmüştür.⁷¹⁴ DURAN, “*gerçekten, idarenin sorumluluğunun temeli, tazmin borçlusu ile tazmin alacaklısı arasındaki ilişkilerde aranıp bulunmak gerekir. Ancak böyle ortak bir alanda karşılıklı olarak belirlenen bir kaynağı olabilir. Bu vasıf ve şartları taşıyan çağdaş kamu hukuku ilkesi, sosyal adalet ölçüsüne yönelen “imkan ve fırsat eşitliği” esasıdır.*⁷¹⁵⁷¹⁶ demektedir. DURAN, var olan eşitliğin zedelenmesi, yani devletin bireylere zarar vermesiyle de “fırsat ve imkan eşitliği” yitirilmesi halinde bunun telafi edilmesinin ve kamusal tazmin ile de bu denge tekrar sağlanması gerekliliğinden bahsetmektedir. OZANSOY, DURAN’ın yaklaşımının ilkeyi durağan, liberal mantığa uygun,

⁷¹² SARICA, s. 862.

⁷¹³ Bkz. Lütfi DURAN, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 22.

⁷¹⁴ DURAN, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 11 vd.

⁷¹⁵ DURAN, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 16.

⁷¹⁶ Cüneyt OZANSOY, Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Ankara, 1989, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 28.

müdahaleyi gerekli kılmayan bir duruma getirdiğini savunmuştur. Ayrıca OZANSOY'a göre “ idarenin bir tazminat ödemesi olgusu da gücünü ve anlamını aşan ve hak etmediği bir işlevle donanan bir kurum niteliği de kazandırmaktadır ki bu doğru değildir. Gerçekten tazminin amacı zararı karşılamaya yöneliktir ve daha fazlasını vermez. Dolayısıyla mağdurun aldığı tazminatla daha iyi bir korumaya girdiği de söylenemez.” Eşitlik, sosyal devlet ilkesinin bir yüzünü oluşturur. Sosyal devlet ilkesi, idarenin sorumluluğunun temelini açıklamakta yeterli bir dayanak olamaz.⁷¹⁷ GÖZÜBÜYÜK'e göre ise hukuk devleti ilkesi, idarenin kusura dayanan sorumluluğunun dayanağını açıklayacak güçte görülmektedir. GÖZÜBÜYÜK'e göre; hukuk devleti ilkesi idarenin hem hukuka uygun hareket etmesini hem de hukuka aykırı davranışlarından kaçınmasını içerir. İdarenin, hukuka aykırı davranışlardan doğan zararları karşılaması, hukuk devleti anlayışının bir sonucudur.⁷¹⁸ Sorumluluğun temeli hukuk devleti ise ve hukuk devleti de eşitlik ilkesine, yasalara uyma yükümlülüğü altındaysa kanun önünde eşitlik ile sosyal devlet ilkesi idarenin sorumluluğunun bir sebebini oluşturur.

Eşitlik, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkelerinin “ilkece” Anayasa ve Mahkeme kararlarından benimsenmiş olmasına rağmen kamu hizmetinin eşitlik ilkesine aykırı yürütülmesi sebebiyle idari yargı davalarının kapsamı sınırlıdır. Nitekim eşitlik ilkesiyle bağlantılı olarak Anayasa'da kamusal işlev olarak öngörülmüş alanlarda devletin kamu hizmeti oluşturmaması ya da yeterli içerikte oluşturmamasının yaptırımının varlığı tartışmalıdır.⁷¹⁹ Anayasa Mahkemesi pek çok olayda, Anayasa'da öngörülen bir hakkın kullanılmasını, bir görevin yerine getirilmesini olanaklı kılacak gerekli düzenlemeleri yapmayan yasama organını zorlamak için iptal kararı verilemeyeceği sonucuna varmıştır.⁷²⁰ Daha önceki bölümlerde ifade edildiği gibi kamu hizmetlerinin kurulmasında ve kaldırılmasında (özellikle 65. madde gerekçesiyle kaldırılmasını) idarenin takdir yetkisinin (hatta yasama organın takdir yetkisinin Anayasa Mahkemesi denetimi dışında olduğu) idari

⁷¹⁷ OZANSOY, s. 29.

⁷¹⁸ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/ Güven DİNÇER, İdari Yargılama Usulü, B. 2, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 653.

⁷¹⁹ Bkz. KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 203.

⁷²⁰ AYM, 1988/3 E, 1989/4 K, K.T. 18.01.1989, kararı aktaran KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 67.

yargı denetiminin kapsamı dışında olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim idari yargı kararları ile idarenin bir kamu hizmeti kurmaya zorlanması söz konusu değildir. İYUK md. 2 “ idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde karar verme yasağı” ve “yerindelik denetimi yasağı” kapsamında değerlendirilebilir. Bu bağlamda, kişilerin eşitlik ve sosyal adalet gerekleri olarak bir hizmetin sunulmasını isteme yönünde bir talepte bulunmaları ve bu talebin reddilmesi üzerine iptal davası açılma ihtimali yoktur. Devletin sosyal ve ekonomik sınırları gerekçesi aynı zamanda idarenin sorumluluğunun sebebi olup olmayacağına da bakmak gerekir. Bu konuda ayrıca Anayasa’nın 65. maddesini de içine alacak şekilde idarenin sorumluluğunun kapsamını genişletmekte fayda var. Anayasa md. 65: “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, mali kaynaklıkların yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” Bu Anayasa maddesinin karşısında hizmetin hiç işlememesi, idarenin mali kaynaklarının yetersizliğinden ileri gelmesi hizmet kusuru sayılması mümkün müdür? Danıştay “ devletin sorumluluğu iktisadi gelişme ve mali kaynaklarının yeterliliği ile sınırlıdır gerekçesiyle “ dere yataklarının sık sık temizlenerek bakımlı halde tutulması maddi ve teknik imkânlarla bağlı olduğu için bu kabil hallerde doğan zararlardan devleti sorumlu tutmaya hukuken imkan yoktur.”⁷²¹ demektedir. Ancak mali kaynakların yetersizliği nedeniyle sorumsuzluk hallerinin sınırlandırılması gerekir. Aksi takdirde idare her zaman mali kaynaklarının yetersizliğini ileri sürerek, sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini ihmal etme ihtimali ortaya çıkar. Ayrıca yasa hükmünden anlaşılacağı üzere devlet sadece sosyal ve ekonomik alanlarda, mali gücü oranında hizmet yürütür. Örneğin kolluk görevini yerine getirmeyen idarenin mali kaynakların yetersizliği nedeniyle, sorumluluktan kurtulması düşünülemez.^{722/723}

Hizmetin ortadan kaldırılması da tıpkı kamu hizmetinin kurulmasında olduğu gibi idare-yasama organının takdir yetkisi içindedir (idare, bir kamu hizmetini, yasadan aldığı yetkiler çerçevesinde, sona erdirebilecektir.). Kamu hizmetinin özelleştirilmesi bir anlamda kamu hizmetinin ortadan kaldırılması şeklinde

⁷²¹ DİDD, 1966/494 E, 1967/7 K, K.T. 06.01.1967.

⁷²² Mehmet İMER, İdare Hukukunda Hizmet Kusuru Kavramı, Manisa Barosu Dergisi, Y. 18, S. 70, 1999, s. 87.

⁷²³ D.12.D. 1970/1282 E, 1972/1282 K, K.T. 29.04.1972.

yorumlanırsa özelleştirme işlemlerinin yargı denetimine konu olduğu kabul edildiğinde bu işlemler “kamu yararı ve hizmet gerekleri” çerçevesinde değerlendirilerek denetlenecektir. Eğer hizmetin idare tarafından yürütülmesinde kamu yararı varsa dava konusu işlem iptal edilebilecektir.⁷²⁴

⁷²⁴ Bkz. D.13.D. 2005/1300 E, 2005/2986 K, K.T. 06.06.2005, DD, S. 11, s. 391; D.10.D. 2001/5555 E, 2003/4384 K, K.T. 12.11.2003, DD, E. 3, s. 294; D.13.D, 2005/9060 E, 2006/1970 K, K.T. 26.04.2006, DD, S. 113, s. 427; D.13.D, 2006/1437 E, 2007/1705 K, K.T. 27.03.2007, DD, S. 116, s. 401.

SONUÇ

Kamu hizmeti içeriğinin değişip-dönüşmesi, genişlemesi bir yandan da daralması ile bağlantılı olarak ele alınması gereken eşitlik ilkesi, çok yönlü bir içeriğe sahiptir. Bu sebeple eşitlik ilkesi, idare hukuku-kamu hizmetleri alanında da fırsat eşitliği, sosyal devlet, laiklik, genellik-tarafsızlık, pozitif ayrımcılık, çoğulculuk ve ayrımcılık yasağını içerecek şekilde geniş bir boyutta ele alınması gereken bir “yükümlülük”tür. Nitekim kamu hizmetinin temel ilkesi olan eşitlik, Anayasa’nın 10. maddesi sözü edilen ilke ve kavramların çoğunu içermekte ve devlete maddenin uygulanması konusunda yükümlülük yüklemektedir. Ancak madde kamu hizmetlerinin örgütlenmesinin her aşamasında idare-yasama-yargı tarafından genellikle “yasa önünde eşitlik”, “şekli eşitlik” ve “nesnellik” şeklindeki “dar” çerçevede ele alınmıştır. Bu sebeple eşitlik ilkesinin uygulanması ilkenin anlam ve kapsamının belirlenmesine bağlıdır.

Günümüzdeki gelişmeler kamu hizmeti alanında eşitlik ilkesinin içeriği konusunda daha derin düşünme zorunluluğu doğurmaktadır. Özellikle küreselleşmeyle birlikte kamu hizmeti anlayışının ‘nasıl’ değiştiği/değişmesi gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim küreselleşme sosyal adalet alanında üç boyutta adaletsizlik yaratmaktadır: Birincisi, dağılım adaletsizliği (işsizlik, yoksulluk, bölgesel ve eşitsiz kalkınma gibi dağılım eşitsizlikleri); ikincisi, dışlanma (kültürel kimlik sorunlarındaki farklılıkların ötekileştirilmesindeki tanınma adaleti); üçüncüsü ise, katılım adaletsizliğidir (kadın ve gençlerin siyasi kararlara katılımı).⁷²⁵ Bu üç eşitsizlik türü içinde ilk ikisi, kamu hizmetleri alanıyla doğrudan ilgilidir. Nitekim kamu hizmetlerinde zaman zaman bölgesel, kırsal-kentsel, etnik köken, ırk, dil, din ve cinsiyet vb. değişkenlere bağlı olarak eşitsizlikler yaşanması, eşitsizliğin dağılım ve tanınma boyutu ile ilgilidir. Görüldüğü gibi eşitsizlik çok boyutludur ve eşitsizliğin ortadan kaldırılması çoğu durumda, her biri yapısal olarak birbirine bağlı olan ayrımcılık unsurlarının tümünün ortadan kaldırılması ile mümkün olabilir. Eşitlik ilkesinin anlamı çalışmada sözü edilen ilke ve esaslar çerçevesinde geniş bir şekilde ele alınmıştır.

⁷²⁵ Bkz. E. Fuat KEYMAN, Radikal, Küreselleşme, Sosyal Adalet ve Sol, 05.02.2006, http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2&haberno=5523.

Kamu hizmetleri toplumun tüm bireylerinin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulur ve yürütülür. Dolayısıyla sayılan ayrımcılık unsurları karşında idarenin eşitlik ve ayrımcılık yasağının yükümlülüğün sonucu olarak tarafsız durması aynı zamanda adil olması gerekir. İdarenin bu yükümlülüğü kamu görevlilerinin uygulamadaki davranışları ve kamu hizmeti sunumuna ilişkin yasal düzenlemeler, yönetmelik, tüzük vb. yanında idarenin eylem ve işlemlerinin de tarafsız ve eşitlik ilkesine uygun olarak yapılması ile yerine getirilir. Bu yükümlülük çerçevesinde kamu idaresi içerisinde oluşturulmuş kuruluş veya kurumlarda kamu hizmeti görevlilerinin gerek kamu hizmetine alınmada ve gerekse kamu hizmeti sunulmasında eşitlik yükümlülüğüne uygun davranılması beklenir. Eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına uyulmasını sağlayıcı anayasal, yasal ve yönetsel düzenlemelerin yapılmasını, dolayısıyla devletin bu anlamda “olumlu eylemler”le devreye girmesini ve özellikle sosyal haklar bakımından biçimsel düzenlemeleri yaşama geçirecek ekonomik ve sosyal nitelikli önlemler alınmasını da gerektirir. Anayasasında sosyal olma niteliği de yer alan devlet, imkân ve fırsat eşitliği yaratmak, gerçekleştirmek, pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek için birçok kamu hizmeti kurmak ve yürütmek zorunda olduğu gibi “kamuya yararlı” olacağı düşünülen ya da varsayılan birçok özel etkinliği desteklemek işlev ve görevini de üstlenmiştir.⁷²⁶ Bu sebeple kamu hizmeti “hakkı” eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak ele alınmıştır.

İdarenin eşit davranma yükümlülüğü çerçevesinde bu eşitliğin yaşama geçirilmesi etkin bir şekilde kullanılmasını sağlayan mekanizmalara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kurumsal-yasal mekanizmaların varlığı eşitlik ilkesinin işlevinin sadece biçimsel olmadığını da gösterir. Bununla birlikte yargı denetimi, gerek anayasal ve gerekse idari yargı denetiminde, kamu hizmetlerinin eşitlik ilkesine uygun sunulmasına katkı sunacak araçlardır. Ancak gerek anayasal denetimde ve gerekse idari yargı denetiminde eşitliğe aykırı işlemin kusur sayılması ve idarenin sorumluluğunun belirlenmesi bakımından Danıştay, kararlarında bu ilke maddi eşitliği sağlamaya yönelik bir ilke olarak kullanmaktan çekinmektedir. Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında idare ve yargı organları bu

⁷²⁶ ÖZAY, Günışığında Yönetim, s.229.

değerlendirmeyi yaparken eşitlik ilkesinin temel mantığı olan aynı durumlara aynı uygulama; farklı durumlara da farklı uygulama yapılması gereğini göz önünde bulundurmaktadır. Eşitlik ilkesinin yükümlüleri, yargı kararları ile kabul edildiği şekliyle nisbi eşitlik anlayışına uygun davranma yükümlülüğündedirler. Nitekim bu anlayışa uygu olarak idare, ilgililerin ayrı yasal düzenlemelere bağlı kılınmaları “sistemin” gereği olarak görmekte ve ayrı kategorilerde sınıflandırılanları aynı yasa hükümlerin tabi tutulmalarını sisteme uygun görmektedir. İlgili kuralın eşitlik ilkesini ihlal edip etmediği, yasanın-idari işlemin düzenlediği alanda kurulmuş bulunan sisteme uygun olup olmadığı ölçütüyle belirlenmektedir. Aynı zamanda yargı tarafından eşitlik ilkesinin önce “hukuksal eşitlik” olarak nitelenmesi, ardından “kanun önünde eşitlik” olarak tanımlanması, bununda “aynı durumda olanlara eşit uygulama” olarak algılanma olarak yorumlanması, nihayetinde bu uygulamadan da “haklı nedenler”le sapılabileceğinin kabul edilmesi, eşitlik ilkesini anlamsızlaştırmayı hedefleyen evrensel bir yorum tekniğidir.⁷²⁷

Sonuç olarak eşitlik ilkesi hakların ve şeylerin paylaşılmasında eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğuran temel bir hak olarak kamu hizmetlerinde, bütün geniş içeriği ile devlet-idare-yasam organı tarafından uygulanması ve dikkate alınması gereken bir ilkedir. Eşitlik, bireye hak ve özgürlüklerini kullanırken tanınan bir hak, ayrımcılık yasağı ise devletlerin üstlendiği bir yükümlülüktür⁷²⁸ ve eşitliğin toplumsal yanına ilişkin olarak sosyal adalet ile birlikte düşünülmelidir. Bu gereklilik başta hukuk devleti, sosyal devlet ve laik devlet ilkelerinin bir gereğidir. Hak ve özgürlüklerin kamu hizmetine dönüşmesinde-kurulmasında ve sunumunda-yürütülmesinde eşitlik ilkesi, tüm bu anlatılan içeriğiyle “işlevsel” hale getirilmelidir.

⁷²⁷ Bkz. Mithat SANCAR, “Devlet Akli” Kısacasında Hukuk Devleti, s. 127.

⁷²⁸ ALPKAYA, s. 13.

KAYNAKÇA

- ACUNER, Selma, Türkiye’de Kadın Erkek Eşitliği ve Resmi Kurumsallaşma Süreci, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1999.
- AKBULUT, Emre, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Yay., İstanbul, 2013.
- AKBULUT, Olgun, Barış İçinde Yaşamının Hukuk Zemini, On İki Levha Yay., İstanbul, 2008.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar”, AİD, C. 16, S. 3, 1993.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, İHİD, C. 9, S. 1-3, 1988.
- AKINCI, Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- AKKAYA, Rukiye, “Kadının İnsan Hakları Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Düzenlemeler”, Terazi Hukuk Dergisi, No 7, 2007.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası, C. 7, S. 1-2, Haziran-Aralık 2003.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 1, 1998.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, B. 2, Seçkin Yay., Ankara, 2011.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “Laiklik ve Laik Devlet”, Laiklik ve Demokrasi, Der. İbrahim Ö. KABOĞLU, İmge Kitabevi, 2001.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “Çağdaş Anayasa, Hukuk ve Demokrasi”, Hukuk Kurultayı 2000, C. 1, Ankara, 2000, S. 147-148.

- ALİEFENDİOĞULLARI, Yılmaz, “Eşitlik İlkesi”, Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, İÜHF Yay., 1999.
- ALPKAYA, Gökçen, “Uluslararası Hukukta Kadının Durumuna İlişin Bazı Veriler”, AÜSBFD, Prof. Dr. Gündüz ÖKÇEN’e Armağan, C. 47, S. 1-2, 1992.
- ALTIPARMAK, Kerem, Türkiye’de İnsan Haklarında Kurumsallaş(ama)ma,, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Yayinlar/Kurumsallasama.pdf>
- ALTIPARMAK, Kerem, Anayasa Mahkemesi ve 4+4+4: Özgürlük Hanesinde Elde Var 0, <http://www.bianet.org/bianet/insan-haklari/146095-anayasa-mahkemesi-ve-4-4-4-ozgurluk-hanesinde-elde-var-0>, E.T. 21.04.2014.
- ALTIPARMAK, Kerem/KARAHANOGULLARI, Onur, “Pyrrus Zaferi, Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici işlem/Kanun”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y. 1, S. 3, Temmuz-Eylül 2004.
- ATAMAN, Taykan, “Ombudsman ve Temiz Toplum”, Yeni Türkiye Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı II, 3(14), 1997.
- ATASAYAN, Gözde, Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi, B. 1, On iki Levha Yay., İstanbul, 2012.
- ATASOY, Zafer Gören, “Türk-Alman-İsveç Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları-Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulama Hali” DEÜHF Yay., Yayın No. 20, Ankara, 1991.
- ATAY, E. Ethem / TUNÇ, Hasan, “Kamu Hukukunda Eşitlik İlkesi”, Türk Hukuk Dünyası, Mayıs 2000, Y. 1, S. 1.
- ATAY, E. Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, B. 3, Ankara, 2012.
- ATAY, Ethem/ODABAŞI, Hasan/GÖKÇAN, Hasan Tahsin, “İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin Yay., Ankara, 2003.
- ATEŞ, Mustafa, Kamu Hizmetlerinde İşe Alma Sistemleri ve Türkiye’de Uygulanan Politikalar Üzerine Bir İnceleme, DTP Yay., Yayın No. 2383, Ankara, 1995.

- AYANOĞLU, Taner, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, B. 1, İstanbul, Legal Yay., 2004.
- AYDIN, Gülan, Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri, Yüksek Lisans Tezi, İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1987.
- AZRAK, Ülkü, “İdarenin Takdir Yetkisini Kötüye Kullanması”, İzmir Barosu Dergisi, Ağustos 1958.
- AZRAK, Ülkü, “İdari Usul ve Yasalaştırılması”, 1.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs, 1990, Ankara.
- BAKIRCI, Kadriye, Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı ve Türkiye (Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı), B. 2, Seçkin Yay. 2012.
- BALİ, Rıfat N., “Cumhuriyet Döneminde Azınlıklar Politikası”, Birikim, 1998, S. 115.
- BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş, Ankara, 1970.
- BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukuku I Genel Konular, Ankara, 1972.
- BELORGEY, Jean- İchel, “Laiklik ve Demokrasi (Açık Bir Toplumda Laiklik)”, Laiklik ve Demokrasi, Der. İbrahim Ö. KABOĞLU, İmge Kitabevi, 2001.
- BEREKET, Zuhale, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yay., Ankara, 1996.
- BİLGİN, Pertev, Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 3, S. 5, 1995.
- BOCKEL Alain, “Laiklik ve Anayasa”, Laiklik ve Demokrasi, Der. İbrahim Ö. KABOĞLU, İmge Kitabevi, Ankara, 2001.
- BRYAN, Turner, Eşitlik, (Yay. Hazırlayan Berna Ünler), B. 1, Dost Kitabevi, Ankara, 1997.
- CABANİS, Andre G./MARTİN, Michel, Louis “Bir Laiklikten Diğerine: Yeni Frankofon Anayasaların Durumu”, Laiklik ve Demokrasi, (Der. İbrahim Ö. KABOĞLU), İmge Kitabevi, 2001.

- CARDENAS, Sonia, “*Emerging Global Actors: The United Nations and National Human Rights Institutions*”, 9 Global Governance, 2003, <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/glogo9&div=11&id=&page>
- CİN, Emine, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Danıştay Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girmede Cinsiyet Ayrımı”, İÜHFM, C. LXIX, S. 1-2, 2011.
- ÇAĞLAR, Selda, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, 2012/3, Ankara Barosu Dergisi.
- ÇAĞLAR, Selda, “Engelli Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu”, TBBD, Eylül-Ekim 2011, S. 96.
- ÇETİN, Fethiye, “Yerli Yabancılar”, Ulusal, Ulusalüstü ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, 2002, Sempozyum 8-9 Haziran 2001 Cumartesi.
- DERİNGİL, Selim, “Takdim veya “Ermeni Konferansı”nın Kısa Tarihi”, in İmparatorluğun Çöküş Döneminde Osmanlı Ermenileri: Bilimsel Sorumluluk Ve Demokrasi Sorunları, Fahri ARAL, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay. İstanbul, 2011.
- DUMAN, Betül, “Ayrımcılık Yasağı-Eşitlik İlkesi ve Yeni Anayasa Çalışmaları”, Yeni Türkiye, S. 50, Ocak-Şubat 2011.
- DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982.
- DURAN, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.
- DUTERTRE, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Avrupa Konseyi, Ankara, 2007.
- ELDRIDGE, Philip, “*Emerging Roles of National Human Rights Institutions in Southeast Asia*”, Pacifica Review, Volume 14, Number 3, October 2002, <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/1323910022000023129>

- ERDOĞAN, Mustafa, Anayasa Hukuku, B. 4, Ankara, Orion Yay., 2007.
- ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, B. 8, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2010.
- ERDOĞAN, Mustafa, İnsan Hakları, (Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları), B. 1, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Yay., Ankara, 2006.
- ERDOĞAN, Mustafa, Modern Türkiye’de Anayasalar ve Siyasi Hayat, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1997.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, C. 1, S Yay., Ankara, 1991.
- EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku, Kalite Matbaası, B. 3, Ankara, 1978.
- GEMALMAZ, M. Semih, “Ders Kitaplarının İnsan Hakları Ölçütleri Açısından Taranmasında İşlev Görebilecek Hukuk Kavramlarına İlişkin Örnekler”, Ders Kitaplarında İnsan Hakları Projesi, www.tarihvakfi.org.tr,
- GIBBS, Nancy, “America’s Holy War” Time, 9 Aralık 1991, <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,974430,00.html> E.T. 10.11.2012
- GİRİTLİ, İsmet /BİLGİN, Pertev /AKGÜNER, Tayfun / BERK, Kahraman, İdare Hukuku, B. 4, Der Yay., İstanbul, 2011.
- GİRİTLİ, İsmet, Kamu Yönetimi Teşkilatı ve Personeli, İstanbul, 1983.
- GİRİTLİ, İsmet, Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması, İstanbul, 1957.
- GİRİTLİ, İsmet/SARMAŞIK, Jale, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku), B. 2, Beta Yay., İstanbul, 2001.
- GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, B. 1, Seçkin Yay., Ankara, 2006.
- GÖZAYDIN, İftar, Diyanet Türkiye Cumhuriyetinde Dinin Tanzimi, İletişim, B. 1, İstanbul, 2009.
- GÖZE, Ayferi, Sosyal Devlet Sistemi, İÜHF Yay., İstanbul, 1976, s. 126-127.

- GÖZLER, Kemal /KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. 2, B. 2, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, B. 11, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011.
- GÖZTEPE, Ece, “Anayasal Eşitlik Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, AÜSBFD, S. 54-2, 1999.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / AKILLIOĞLU Tekin, Yönetim Hukuku, B. 5, Ankara, 1993.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / DİNÇER Güven, İdari Yargılama Usulü, B. 2, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku-Genel Esaslar, C. 1, B. 9, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Anayasa Hukuku, B. 18, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, B. 28, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/KİLİ, Suna, Türk Anayasa Metinleri, Senedi İttifaktan Günümüze, Türkiye İş Bankası Yay., Ankara, 1985.
- GÜL, İdil Işıl, “Hukukta Ayrımcılık Yasağı”, Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der. Kenan ÇAYIR/Müge Ayan CEYHAN, İstanbul Bilgi Üniversitesi, B. 1, İstanbul, Eylül 2012.
- GÜLMEZ, “Mesut, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler ve Tartışmalar”, TODAİE, Ankara, 1992.
- GÜLMEZ, Mesut, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünce”, Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu 3, 25-26 Ekim 2011, Petrol-İş Yay.-116, Can Matbaacılık.
- GÜLMEZ, Mesut, “Sendikal Hakların Bölünmezliği: Toplu Sözleşmesi ve Grevsiz Sendika Hakkı Özünden Yoksundur”, Çalışma ve Toplum, 2010/3, 26.

- GÜLMEZ, Mesut, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Belediye-İş Sendikası, Ankara, 2009.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku Ders Notları, (İdari İşlemler), I. Kitap İdari Kararlar - Düzenleyici İşlemler, (çoğaltma), Ankara, 1979.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku Dersleri, B. 1, Ankara, 1984.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. B, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.
- GÜNEŞ, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, 1965.
- İBA, Şeref, “Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği”, AİD, S. 39/1, 1-15, 2006.
- İMER, Mehmet, İdare Hukukunda Hizmet Kusuru Kavramı, Manisa Barosu Dergisi, Y. 18, S. 70, 1999.
- İNCEOĞLU, Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, S. 11, 2006/4.
- İNCEOĞLU, Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Anayasa Mahkemesi Yay., s. 41-70, Ankara, 2001, S. 48, C. 18, 2001.
- JACQUES, Mourgeon, İnsan Hakları, (Çev. Ayşen Emekçi) İletişim Yay., İstanbul, 1990.
- RAWLS, John, A Theory of Justice, Harvard University Press, 1971.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., “Devlet, Hukuk ve Toplum”, Laiklik ve Demokrasi, (Der. İbrahim Ö. KABOĞLU), İmge Kitabevi, 2001.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, B. 6, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.

- KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku-İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, Afa Yay., İstanbul, 1994.
- KADIOĞLU, Ayşe, “Kamusal Alan ile Özel Alanın Yeniden Eklemlenmesi: Demokratik Yurttaşlık”, Türk Demokrasi Vakfı, Diyalog Dergisi, Türk Demokrasi Vakfı Yay., Ankara, 1996.
- KAHRAMAN, Mehmet, Hukuk Devletine Katkıları Bakımından Kamu Denetçiliği, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2011, C. 8, S. 16.
- KARAHANOGULLARI, Onur, “Güvenlik Soruşturması”, AÜSBFD, C. 53, S. 1, 1998.
- KARAHANOGULLARI, Onur, “Kamu Hizmetinin Kurulmasında Yerel Yönetimlerin Yetkisi”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 10, S. 4, Ekim 2001.
- KARAHANOGULLARI, Onur, İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, AÜHFD, C. XLV, S. 1, 1996.
- KARAHANOGULLARI, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), B. 2, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- KARAHANOGULLARI, Özlem Erdem, “Danıştay Kararlarında Din, Vicdan ve Düşünce Özgürlüğü”. Bkz. http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/KarahanogullariDinOzgurlugu.pdf
- KARATEPE, Şükrü, “İdarenin Takdir Yetkisi”, TİD, C. 63, S. 392, Eylül 1991.
- KAYA, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, On iki Levha Yay., B. 1, İstanbul, 2011.
- KESKİN, Bayram, Kamu Hizmetinin Görülme Usullerine İlişkin Sözleşmede Uluslar Arası Tahkim, Arıkan Yay., İstanbul, 2007.
- KESTANE, Doğan, “Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği)”, Maliye Dergisi, S. 151, Temmuz - Aralık 2006.

- KEYMAN, E. Fuat, Radikal, Küreselleşme, Sosyal Adalet ve Sol, 05.02.2006, http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2&haberno=5523
- KORKUT, Levent, Ayrımcılık Karşıtı Hukuk, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2009.
- KUÇURADI, Ioanna, “Laiklik ve İnsan Hakları”, Laiklik ve Demokrasi, (Der. İbrahim Ö. KABOĞLU), İmge Kitabevi, 2001.
- KUTLU, Meltem Gürsel, “Kamu Görevine Girişte Kadın-Erkek Eşitliği İlkesi Konusunda Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Y. 2002.
- KUTLU, Mustafa, Hukuk Devletinde Yargı ve Yargıç Meşruiyeti, YKD. C. 29, 2003.
- LGBT Davaları, AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları, SPoD Hukuk ve Adalet Erişim Kitaplığı, Kasım 2012, İstanbul.
- LİPSON, Leslie, Demokratik Uygarlık, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, (Çev. Haldun GÜRALP/ Türker ALKAN), B. 1, Ankara, 1984.
- MEMİŞ, Emin, “Mevzuatımızda ve Uygulamada Kamu Hizmetlerine Girme/Çekilme Hakları, Arşiv Araştırması ve Güvenlik Soruşturması Analizleri”, Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir 4–5 Nisan 2003.
- MIZRAK, Dilan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi Kapsamında Mahkemelerin Objektif Açıdan Tarafsızlığı İlkesi, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi, bkz. http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/Calisma_Metinleri/dilan.pdf . E.T. 06.06.2013.
- ONAR, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, B. 3, Hak Matbaa, İstanbul, 1966.
- ONAR, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 2, İstanbul, 1966.

- ONAR, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- ORAN, Baskın, Türkiye’de Azınlıklar, B. 6, İstanbul, İletişim, 2010 ve Fethiye ÇETİN, “Yerli Yabancılar”, Ulusal, Ulusal üstü ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, 2002, Sempozyum 8 -9 Haziran 2001 Cumartesi.)
- ORAN, Baskın, Türkiye’de Vatandaşlık, Soy ve Din, www.baskinoran.com.
- OZANSOY, Cüneyt, Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1989.
- ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yay., Ankara, 2003.
- ÖZALPAT, Didem, “Alman Federal Anayasa Mahkemesi “Başörtüsü Davası”nı Karara Bağlıyor”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 3–4, 2011.
- ÖZAY, İl Han, Devlet İdari Rejim Yargısal Koruma, C. 1, İstanbul, 1986.
- ÖZAY, İl Han, “Başlar mısın, Başlayalım mı? “ AÜSBFD, C. 49, S. 3-4, 1994.
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2002.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, B. 12, Yetkin Yay., Ankara, 2011.
- ÖZTAN, Ece, “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Olumlu Ayrımcılık”, AÜSBFD, C. 59, S. 1, 2004.
- POLAT, Ezgi Güzel, Osmanlıdan Günümüze Vatandaşlık Anlayışı, 2011/ 3, Ankara Barosu Dergisi.
- SABUNCU, Yavuz, Anayasaya Giriş, B. 14, İmaj Yayınevi, Ankara, 2009.
- SAĞLAM, Fazıl, “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama Yürütme ve Yargı İle İlişkisi”, Anayasa Yargısı, 13, 1996.
- SAĞLAM, Mehmet, Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi, Mahalli İdareler Derneği Yay., Ankara, 1999.

- SANCAR, Mithat, “Devlet Aklı” Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yay.i B. 3, İstanbul, 2004.
- SANCAR, Mithat, Hukuk Devletinin Genel Teorisi, Dipnot Yay., Ankara, 2006.
- SANCAR, Türkan Yalçın, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliye, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini” Alenen Tahkir Ve Tezyif Suçları (Eski TCK m.159-Yeni TCK m.301/1-2), B.2, Seçkin Yay., Ankara, 2006.
- SANCAR, Türkan Yalçın, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yay. Ankara, 2013.
- SARICA, Ragıp, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İÜHFM, C. 14, 1949.
- SAVCI, Bahri, “İnsan Hakları Üzerinde Uluslararası Alanda Norm İlkeler ve Türk İç Hukuku”, AÜSBFD, S. ¼, 1980.
- SERİM, Bülent, “Anayasa Mahkemesinin Son Kararı ve Kit Personeli”, AİD, C. 22, S. 4, 1989.
- SEVER, Çiğdem, “İdare Hukukunda Önemli Bir Gelişme Umudu (Mu?): Genel İdari Usul Yasa Tasarısı” , İz Dergisi, S. 8.
- SEZER, Yasin, “Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat ve İlkesi Açısından İstisnai Memurluk”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3-4, Y. 2003.
- SEZER, Yasin, Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Seçkin Yay., Ankara, 2006.
- SİNGH, Mahendra, P. German Administrative Law in Common Law Perspective , 2. ed., Springer, Berlin; Heidelberg, 2001.
- SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul, 1986.
- ŞENEL, Alaaddin, “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi”, Yavuz Abadan'a Armağan, AÜSBF Yay., Ankara, 1969.
- TANİLLİ, Server, Devlet ve Demokrasi, B. 7, İstanbul, Cem Yayınevi, 1993.

- TANİLLİ, Server, Türk Anayasaları ve Mevzuat, İÜHF Yay., İstanbul, 1980.
- TANÖR, Bülent /YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, B. 11, Beta Yay., İstanbul, 2011.
- TANÖR, Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, B. 1, May Yay., İstanbul, 1978.
- TANÖR, Bülent, Osmanlı–Türk Anayasal Gelişmeleri, Der Yay., B. 2, İstanbul 1995.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yay., İstanbul, 2011.
- TARHANLI, İhtar B., “ABD Yüksek Mahkemesi’nin Kararları Işığında Din Özgürlüğünün Düzenlenmesi Sorunu, İHİD, C. 9, S. 1-4, 1988.
- TROY, Jollimore, “Impartiality”, www.plato.stanford.edu.tr.
- TUNCAY, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul, 1992.
- Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği: Sorunlar, Öncelikler ve Çözüm Önerileri, Temmuz 2008, İstanbul, (Yayın No. TÜSİAD-T/2008-07/468)
- ULER, Yıldırım, Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti, Anayasa Yargısı 15, 27-28 Nisan, 1998.
- ULUSOY, Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004.
- YAYLA, Yıldızhan, “İmkân ve Fırsat Eşitliği ve Çocuklar”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Yay., C. 2, 1982, İstanbul.
- YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yay., B. 2, İstanbul, 2010.
- YAZICI, Serap, “Eşitlik İlkesinin Değişen Dinamiği Çerçevesinde Kadın Hakları”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C. III, 03-07 Ocak 2006.

YENİSEY, Kübra Doğan, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırmıcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2006/4, S 11, İstanbul, 2006.

YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KARAN, Nur / ÖZDEMİR, Eyüp / ÜSTÜN, Gül /OKAY TEKİNSOY, Özge, İdare Hukuku, On iki Levha Yay., B. 2, İstanbul, 2011.

YILDIZ, Ahmet, "Ne Mutlu Türküm Diyebilene" Türk Ulusal Kimliğinin Etno-Seküler Sınırları (1919-1938), İstanbul, İletişim Yay., 2001.

ÖZET

Eşitlik tartışması, bizi modern toplumda ideoloji sorununa götürür. Nitekim insan hakları kavramının temel konusu olan eşitlik ilkesi, hukuksallaşma sürecinde, bir talep olarak siyasi ve toplumsal bir mücadelenin konusudur. Ancak/Dolayısıyla bu alanda karşılaşılan meseleler hukuki olmaktan ve hukuka yansımaktan uzak değildir. Bu çalışma, eşitlik kavramının tarihsel gelişimini dikkate alarak kavramın vardığı (hukuki boyut bakımından) nokta ve bu noktada beliren özgül sorunları kamu hizmeti alanında incelenmeyi amaçlamıştır. Dolayısıyla eşitlik ilkesi anayasa hukuku ve idare hukukunun temel kavram ve ilkeleri esas alınarak değerlendirilmiştir.

Kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesine yönelik bu değerlendirmenin kapsamına hizmetin kurulması, örgütlenmesi ve sunulması sürecine kamu görevlileri de dâhil edilmiştir. Bu kapsamda eşitlik ilkesinin kural yapma ve uygulama süreçlerini denetleyen temel bir ilke olarak somut durumlarda, yani kamu hizmetlerinde uygulanmasında, karşılaşılan sorunların irdelenmesi amaçlanmıştır. Sonuç olarak, öğreti ve yargı kararlarında temel bir kamu hizmeti ilkesi olarak kabul edilen eşitlik ilkesinin anlam ve kapsamı incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Kamu hizmeti, eşitlik ilkesi, kamu hizmetlerinin eşitlik ilkesi, tarafsızlık, kamu hizmetlerine girmede eşitlik ilkesi.

ABSTRACT

The discussions on the concept of equality lead us to the question of ideology in modern society. However, the problems we have faced in this area are inevitably reflected in law. By considering the historical trajectory of the concept of equality, this paper aims to study the meanings attached to the concept of equality and to explore the relevant problems arising in the field of public service.

The principle of equality is evaluated by the basic concepts and principles of constitutional law and administrative law. Within the scope of the evaluation about the principle of equality in public services, state employees are also involved in the process of establishing, organising and presenting the service. For that reason, the public service providers and beneficiaries are also included into the analysis.

The principle of equality serves as a fundamental tenet that controls the process of rule making and its implementation. My thesis aims to examine the difficulties embedded in the application of the principle of equality in the public service sector. As such, I will explore the meaning and the scope of the principle of equality, which is accepted as one of the building blocks in the public service sector.

Keywords: public service, principle of equality, principle of equality in public service, impartiality, employment equality in public service.