

Esas Sayısı : 2016/132

Karar Sayısı : 2017/154

Karar Tarihi: 15.11.2017

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Levent GÖK ve Özgür ÖZEL ile birlikte 122 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 6.4.2016 tarihli ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun,

A. 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin,

B. 10. maddesinin;

1. (2) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin,

2. (8) numaralı fıkrasının sonunda yer alan "...Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayıyla..." ibaresinin,

C. 21. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "...başvurunun iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması halinde..." bölümünün,

Anayasa'nın 2., 5., 10., 13. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali istenen kuralların yer aldığı 6701 sayılı Kanun'un;

1. 7. maddesi şöyledir:

"(1)Bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller ve istisnalar şunlardır:

a) İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele.

b) Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar.

c) İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele.

ç) Çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri.

d) Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı.

e) Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları.

f) Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele.

g) Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele.”

2. 10. maddesinin (2) ve (8) numaralı fıkraları şöyledir:

“...

(2) Kurul, biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere on bir üyeden oluşur. Kurulun sekiz üyesi Bakanlar Kurulu, üç üyesi Cumhurbaşkanlığı tarafından seçilir. Bakanlar Kurulunca seçilecek bir üye Yükseköğretim Kurulu tarafından insan hakları alanında çalışmalar yapan öğretim üyelerinden önerilecek iki aday arasından; yedi üye ise dördüncü fıkrada aranan şartları taşımak kaydıyla, insan hakları alanında çalışmalar yapan sivil toplum kuruluşları, sendikalar, sosyal ve mesleki kuruluşlar, akademisyenler, avukatlar, görsel ve yazılı basın mensupları ve alan uzmanlarının göstereceği adaylar veya üyelik başvurusu yapanlar arasından belirlenir.

...

(8) Başkan, İkinci Başkan ve üyelerin süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemez. Ancak üyenin;

a) Seçilmesi için gerekli şartları taşımaması ya da sonradan kaybetmesi,

b) Kurul kararlarını süresi içinde imzalamaması,

c) Kurul tarafından kabul edilebilir mazereti olmaksızın bir takvim yılı içinde toplam beş Kurul toplantısına katılmaması,

ç) Ağır hastalık veya engellilik nedeniyle iş göremeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi,

d) Görevi ile ilgili olarak işlediği suçlardan dolayı hakkında verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmesi,

e) Geçici iş göremezlik hâlinin üç aydan fazla sürmesi,

f) 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendinde belirtilen suçlardan mahkûm edilip de cezasının infazına fiilen başlanması,

hâllerinin Kurul tarafından tespit edilmesi üzerine **Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayıyla** üyeliğine son verilir.

...”

3. 21. maddesi şöyledir:

“(1) Múnhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve kanıe oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRÇÜ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ’in katılımlarıyla 14.7.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Cengiz ERTEN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüştülüp düşünüldü:

A. Kanun’un 7. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (a) ve (b) Bentlerinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerektisi

3. Dava dilekçesinde özetle, ayrımcılık yasağının, insan hakları arasında eşitlik ile “ayrımcılık yasağı hukuku” kavramının gelişmesini sağlayan ana ilke olduğu ve uluslararası hukukta çeşitli sözleşmelerde yer aldığı, kuralda yer alan “zorunlu mesleki gerekliliklerin” ibaresinin belirsiz ve muğlak olduğu, sınırları ve kapsamının bireyler tarafından bilinmesinin mümkün olmadığı, işveren tarafından herhangi bir nedenin zorunlu mesleki gereklilik olarak değerlendirilebileceği ve ayrımcı muamele sayılabileceği, her ne kadar muamelenin orantılı ve amaca uygun olması şartları kanunda düzenlense de bu hususların değerlendirilmesinin objektif yapılmaması ihtimalinin bulunduğu, düzenlenen istisnanın hukuk güvenliği ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, kamu yararını ve ölçülülük ilkesini gözetmediği, kanun koyucunun takdir yetkisini anayasal sınırlar çerçevesinde kullanmadığı, “sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar” tarifinin mevcut pozitif normlardaki düzenlemeler ile dahi uyumsuz olduğu, kanunun kendisi ile güvence altına alınan ayrımcılığa uğramama ve eşitliğin gerçekleşmesi işlevini bu istisnaların bozduğu, ayrıca düzenlemenin uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan eşitlik ilkesini, ayrımcılık yasağını ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarını ihlal ettiği belirtilerek kuralların Anayasa’nın 2., 10. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 30.3.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 50. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5. Dava konusu kurallarla "*istihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele*" ile "*sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar*" bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller ve istisnalar arasında sayılmıştır.

6. Kanun'un "*İstihdam ve serbest meslek*" kenar başlıklı 6. maddesinde, işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişinin işle ilgili süreçlerin hiçbirinde çalışanlara veya bu amaçla başvuranlara karşı ayrımcılık yapamayacağı, serbest mesleğe kabul, ruhsat, kayıt, disiplin ve benzeri hususlar bakımından da ayrımcılık yapılamayacağı, kamu kurum ve kuruluşlarında istihdamın da bu madde hükümlerine tabi olacağı hüküm altına alınmıştır.

7. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

8. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri, kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmasıdır. Anayasa Mahkemesinin kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Buna göre kamu yararı, genel bir ifadeyle bireysel, özel çıkarılardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Kanunun amaç ögesi bakımından Anayasa'ya uygun sayılabilmesi için kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarıldığı açıkça anlaşılabilirse amaç unsuru bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu söylenebilir. Kanun koyucunun kamu yararı amacıyla hareket edip etmediği ancak ilgili yasama belgeleri incelenerek ve kuralın objektif anlamına bakılarak tespit edilebilir.

9. Öte yandan kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla kural koyma yetkisine sahip olup yapılan bir düzenlemede kamu yararının bulunup bulunmadığını takdir eder. Anayasa'ya uygunluk denetiminde kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil incelenen kuralla kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarlarının gözetilip gözetilmediği incelenir.

10. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden bir diğeri ise belirliliktir. Belirlilik ilkesi bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını taşımaktadır. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Bir başka deyişle hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

11. Kanun koyucu düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “*Elverişlilik*” getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “*gereklilik*” getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “*orantılılık*” ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “*ölçülülük ilkesi*” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

12. Anayasa'nın 10. maddesinde “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz...*” denilmiştir. Maddede yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Kanun 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 Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. Başka bir anlatımla kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında kanunlara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Kanunlar, eşitlik ilkesine uygun bir şekilde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarla ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranılmasını sağlayacak kurallar içermelidir.

13. Anayasa'nın 50. maddesinde ise “*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar...*” denilerek çalışma şartlarının çalışanın yaşına, cinsiyetine ve gücüne uygun olması, çalışanın korunması ve çalışmanın verimi açısından gerekli olan şartların sağlanması gerektiği belirtilmektedir.

14. Kanun cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığı yasaklamakla birlikte dava konusu kurallarla öngörülen hâllerde ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir. Madde gerekçesinde; söz konusu kuralların ilgili Avrupa Birliği müktesebatı ışığında hazırlandığı, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele ile sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumların ayrımcılık yasağının ihlali sayılmayacak istisnalar arasında kabul edildiği açıklanmıştır.

15. Kanun'un 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan zorunlu mesleki gereklilikler, bir mesleki faaliyet için özel yetenek, fiziksel nitelikler, belirli okullardan mezun olmak, bazı belge ve bilgilere sahip bulunmak gibi farklı muameleyi haklı kılan gereklilikler olmalıdır. Bir mesleki faaliyetin icrası için istenen amacı aşar nitelikte, keyfilik içeren, elverişli ve gerekli olmayan şartlar farklı muamele yapılmasının haklılığını ortadan kaldıracaktır. Diğer yandan Kanun'un 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan hüküm gereği, bir mesleki faaliyet ancak belli bir cinsiyetin istihdamı ile gerçekleşebiliyorsa ve o mesleğin icrası için olmazsa olmaz niteliğindeyse cinsiyete dayalı ayrımcılık haklı bir nedene dayandığından ayrımcılık iddiası ileri sürülemeyecektir. Böylece istihdam ve serbest meslek alanları ile belli bir cinsiyetin zorunlu kıldığı durumlar için ayrımcılık yasağından sapma, söz konusu şart farklı muamele yapılması için elverişli, gerekli

ve orantılı olduğu ölçüde amaca uygun ve meşrudur. Ayrımcılık iddiasının ileri sürülememesi için ölçülülük ilkesini oluşturan “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” ilkelerinin gerçekleşmesi zorunluluğu, Kanun’da genel ve soyut olarak belirtilmekle birlikte uygulamada her somut durumda ve olayda yeniden değerlendirilecektir.

16. 6701 sayılı Kanun’da ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller sayılırken her meslek faaliyeti için zorunlu gerekliliklerin ve belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumların tek tek belirtilmesi ve somut olarak gösterilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller için gerekli koşulları göstererek temel ilkeleri belirlemiştir. Uygulamada istihdam ve serbest meslek alanlarında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği istisnai hâller, Kanun’da açıklanan çerçeve kapsamında somutlaştırılmak zorundadır. Bu nedenle söz konusu kuralların hukuki belirlilik ilkesini ihlal eden bir yönünün bulunduğu söylenemez.

17. İşin niteliği ve biyolojik nedenler göz önünde bulundurularak zorunlu durumlarda farklı muamele yapılması, işin doğasından veya icrasından kaynaklanıyorsa, o mesleki faaliyetle ilgili çalışma şartları bu durumu gerekli kılıyorsa ve aynı zamanda çalışması engellenen kişileri de koruyorsa söz konusu istisnaların kamu yararı amacı taşımadığı söylenemez. Keza bu nitelikte farklı muameleler; Anayasa’nın 50. maddesi kapsamında çalışma koşulları bakımından kişilerin yaşının, cinsiyetinin ve gücünün gözetilmesi ve küçükler, kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların özel olarak korunması konusunda Devlete verilen yükümlülüğün de bir gereğidir.

18. Diğer yandan istisna kapsamındaki kişiler ile istisna kapsamı dışındakiler aynı konumda bulunmamaktadır. Bu sebeple durumlarındaki özelliklere bağlı olarak ayrı hukuksal durumları nedeniyle, ayrımcılık iddiasının ileri sürülememesi şeklinde farklı kuralların uygulanması Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesini zedelemez.

19. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa’nın 2., 10. ve 50. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

20. Engin YILDIRIM ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

21. Kuralların Anayasa’nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B. Kanun’un 10. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İkinci ve Üçüncü Cümleleri ile (8) Numaralı Fıkrasının “...Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayıyla...” İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Taleplerinin Gerekçesi

22. Dava dilekçesinde özetle, 6701 sayılı Kanun’un Paris prensiplerinde yer alan bağımsızlık, mali özerklik ve çoğulculuk gibi çok önemli ilkelere tatmin edici düzeyde yer vermeyerek amaçlanan hukuki menfaati sağlamaktan oldukça uzak, göstermelik bir kanun olarak düzenlendiği, yürütme tarafından Kurul üyelerinin belirlenmesinin ve birden fazla seçilmelerine imkân verilmesinin Kurul üyelerini, hiyerarşik olmasa da organik olarak yürütmeye karşı bağımlı kılacağı, Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayı ile bir üyenin görevine son verilmesinin üyelerin yürütmeye bağlanması anlamına geleceği, bu nedenlerle bağımsız ve tarafsız olmayan, yürütme tarafından şekillendirilen Kurulun kişilerin

temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette bizzat kendisinin sınırlayacağı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 5. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

23. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 7. ve 123. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

24. Kurumun karar organı olan Kurulun üyelerinin seçimine ilişkin usul ve esasları düzenleyen Kanun'un 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptali istenen ikinci cümlesinde, Kurulun sekiz üyesinin Bakanlar Kurulu, üç üyesinin Cumhurbaşkanı tarafından seçileceği belirtilmiş; üçüncü cümlesinde ise Bakanlar Kurulunun bir üyeyi, Yükseköğretim Kurulu tarafından insan hakları alanında çalışmalar yapan öğretim üyelerinden önerilecek iki aday arasından; yedi üyeyi ise insan hakları alanında çalışmalar yapan sivil toplum kuruluşları, sendikalar, sosyal ve mesleki kuruluşlar, akademisyenler, avukatlar, görsel ve yazılı basın mensupları ve alan uzmanlarının göstereceği adaylar veya üyelik başvurusu yapanlar arasından seçeceği hükme bağlanmıştır.

25. Kanun'un 10. maddesinin (8) numaralı fıkrasında ise başkan, ikinci başkan ve üyelerin süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilmemesi esas olmakla birlikte aynı fıkra da yedi bentte sayılan, üyenin seçilmesi için gerekli şartları taşımaması ya da sonradan kaybetmesi, Kurul kararlarını süresi içinde imzalamaması, Kurul tarafından kabul edilebilir mazereti olmaksızın bir takvim yılı içinde toplam beş Kurul toplantısına katılmaması, ağır hastalık veya engellilik nedeniyle iş göremeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi, görevi ile ilgili olarak işlediği suçlardan dolayı hakkında verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmesi, geçici iş göremezlik hâlinin üç aydan fazla sürmesi, 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendinde belirtilen suçlardan mahkûm edilip de cezanın infazına fiilen başlanması hâllerinin Kurul tarafından tespiti üzerine dava konusu kural gereği "*Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayıyla*" üyelik görevine son verileceği hüküm altına alınmıştır.

26. Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca kanun koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla her konuyu kanunla düzenleyebileceği kuşkusuzdur. Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi gereğince de bir konuya ilişkin temel ilkelerin kanun koyucu tarafından belirlenmesi, çerçevenin çizilmesi, sınırsız ve belirsiz bir alanın yürütmenin düzenlenmesine bırakılmaması gerekir.

27. Anayasa'nın 123. maddesinde de "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.*" denilmiştir.

28. Kanun'un 8. maddesinde; Kurumun bu Kanun'la ve diğer mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kurulduğu, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz, Başbakanlıkla ilişkili bir kurum olduğu belirtilmiştir. Türk idari teşkilatı içinde yer alan ilişkili kuruluşlar kamudaki bazı alanları düzenlemek ve korumak amacıyla kurulan, kamu tüzel kişiliğine sahip, kararları

hıyerarşik açıdan denetıme tabı olmayan, üyeleri bağımsız, yönetımleri idari ve mali açıdan özerk olan kuruluşlardır.

29. Kanun'un 10. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da Kurulun görev ve yetkilerini bağımsız olarak yerine getireceğı ve kullanacağı, görev alanına giren konularla hiçbir organ, makam, merci veya kişinin Kurula emir ve talimat veremeyeceğı, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı belirtilmiştir.

30. İnsan haklarını koruma ve geliştirme amacı doğrultusunda yasal düzenlemeler yaparak ilgili kuruluşları kurmak, özerkliğın kapsamını, görev ve yetkileri ile işlevlerini belirlemek konularında anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu durumda anayasal bir kural da bulunmadığından Kurumun karar organı olan Kurulun oluşumu ile üyelerinin seçimine ilişkin usul ve esasları, üyelerin süreleri dolmadan görevlerine hangi hâllerde ve nasıl son verileceğinin belirlenmesi de anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi kapsamındadır.

31. Kanun'un 10. maddesinin (4) numaralı fıkrasında; Kurumun görev alanındaki konularda bilgi ve deneyim sahibi olmak, 657 sayılı Kanun'da belirtilen nitelikleri taşımak, herhangi bir siyasi partinin yönetim ve denetim organlarında görevli veya yetkili bulunmamak, en az dört yıllık lisans düzeyinde yükseköğrenim görmüş olmak, kamu kurum ve kuruluşlarında, uluslararası kuruluşlarda, sivil toplum kuruluşlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında ya da özel sektörde toplamda en az on yıl çalışmış olmak kaydıyla Kurul üyeliğine aday gösterilebileceğı ya da doğrudan üyelik başvurusu yapılabileceğı belirtilmektedir. Böylece Kurul üyeliğine seçilebilmek için belirli nitelikler aranmak suretiyle seçilme şartları objektif olarak tespit edilmiştir. Ayrıca Bakanlar Kurulunun seçeceğı üyelerin toplumun farklı kesimlerinden gelmelerine imkân sağlanarak Kurul üyelerinin oluşumunda çoğulcu bir yaklaşım gözetilmiştir. Bunun yanında Kurul üyeliğine son verilme hâlleri de Kanun'un 10. maddesinin (8) numaralı fıkrasında tek tek belirtilmiş ve bu hâllerin Kurul tarafından tespit edilmesi üzerine Başbakan veya görevlendireceğı bakanın onayıyla üyeliğe son verileceğı belirtilmiştir.

32. Bu bağlamda Kurul üyeliğine seçilmek ve istisna olarak tespit edilen hâllerde üyeliğın son bulması için gerekli şartlar objektif, somut, anlaşılır ve açıktır. Kurul üyeliğine seçilmede tanınan takdir yetkisi Cumhurbaşkanını ve Bakanlar Kurulu tarafından bu şartlar çerçevesinde kullanılabileninden ve üyeliğın son bulmasında Başbakan veya görevlendireceğı bakanın onayı bir takdir hakkı da içermediğinden Kurul üyelerinin yürütmeye bağlanarak tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını yitireceğı söylenemez.

33. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2., 7. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

34. Kuralların Anayasa'nın 5. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C. Kanun'un 21. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "...başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

35. Dava dilekçesinde özetle, ayrımcılığı kanıtlamanın güçlüğü karşısında ayrımcılık iddialarında ispat külfetinin iddiada bulunan tarafta olmadığı, ispat yükünün tersine

döneceği ve karşı tarafa yükleneceği, başvurunun farklı muameleye tabi tutulduğunu (ayrımcılık karinesini) ortaya koyması durumunda bu farklı muamelenin haklılığını ispatlama görevinin hükûmete ait olduğunun AİHM kararlarında belirtildiği, iptali talep edilen düzenlemede, başvuranın sadece ayrımcılığa uğradığını ileri sürmesinin kendisini ispat külfetinden kurtarmasını sağlamadığı, başvurucudan iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koymasının beklendiği, bu kısıtlamanın bireylerin eşitliğinin sağlanmasının en önemli unsuru olan ayrımcılığa uğramama güvencesini doğrudan ihlal eder nitelik taşıdığı, yapılan düzenlemenin eşitlik ilkesinin yaşama geçmesinde, ayrımcılık ile mücadelede ve ayrımcılığın önlenmesinde yeni bir kriter, sınırlama getirdiği, sınırlamanın ayrımcılığa uğrayan birey bakımından hakkını aramasını güçleştiren, eşitliğin gerçekleşmesine yönelik doğrudan engelleyici bir müdahale olduğu ve hakkın özüne dokunduğu, başvurunun iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareler ile karine oluşturan olguları sunmasının neredeyse imkânsız olduğu, münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kurum'a yapılan başvurularda ayrımcı muamelede bulunanların ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerektiği, iptali talep edilen düzenlemenin demokratik toplumda gerekli olmadığı, hakkın özüne müdahale niteliği taşıdığı ve ölçülülük ilkesi ile bağdaşmadığı, AİHM kararları ile de uyumlu bulunmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

36. Kanun'un 21. maddesi "*Başvurular ve İnceleme Usulleri*" başlıklı Beşinci Bölüm'de "*İspat yükü*" alt başlığı ile düzenlenmiştir. Dava konusu kural, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kurum'a yapılan başvurularda "*başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde*" ihlal iddiasına muhatap olan karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerektiğini hüküm altına almaktadır.

37. Hukuk devletinde kanun koyucu, haksız fiil ve sonuçları hakkında yasama yetkisini kullanırken Anayasa'ya ve hukukun temel ilkelerine bağlı kalmak kaydıyla usul kurallarının ve ispat usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir.

38. Madde gerekçesinde de kural ile ispat yükünün paylaştırılması ilkesinin benimsendiği, başvurunun iddiasına dair kuvvetli emare ve karine oluşturacak olguları ortaya koyduktan sonra ispat yükünün karşı tarafa geçtiği açıklanmaktadır.

39. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde "*emare*", karışık bir iş veya sorunun anlaşılmasına, çözümlenmesine yarayan durum, ipucu olarak tanımlanmıştır. "*Karine*" ise bilinen bir olaydan belli olmayan bir diğer olay için hâkim ya da kanun tarafından çıkarılan sonuçtur. Başka bir ifadeyle karine; bir olayın hukuki durumunun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasını sağlayan, adalet düşüncesinin etkin bir şekilde işlemesine yarayan bir ispat usulüdür.

40. Hukuk yargılamasında genel ilke olan iddia edenin iddiasını ispat etme yükümlülüğü, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kurum'a yapılan başvurularda yumuşatılmış, kuvvetli emare ve karine oluşturacak olguların varlığının ortaya konulması yeterli görülmüş; ispat külfeti yer değiştirerek karşı taraftan, farklı muamelenin var olmadığını veya bu farklı muamelenin haklı sebeplere dayandığını ispat etmesi istenmiştir.

41. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında da ayrımcılık iddiasının ciddi görülebilmesi için başvurucunun, kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele arasındaki farklılığın meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. bir ayrımcılık temeline dayandığını makul delillerle ortaya koyması, başvurucunun iddiasını temellendirmesi hâlinde farklı muamelelerin var olmadığını veya haklı sebeplerle dayandığını ispat yükümlülüğünün farklı muameleyi gerçekleştiren kamu makamlarına geçeceği açıklanmıştır (*Mesude Yaşar*, B. No: 2013/2738, 16/7/2014, § 48; *Ayla (Şenses) Kara*, B. No: 2013/7063, 5/11/2015, §§ 45, 46). AİHM de benzer yönde kararlar vermiştir (*Chassagnou ve diğerleri/Fransa*, B. No: 25088/94, 29/4/1999, §§ 91, 92; *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 43577/98..., 6/7/2005, § 147; *DH/Çek Cumhuriyeti*, B. No: 57325/00, 13/11/2007, § 177).

42. Kanun koyucunun ayrımcılık yasağının ihlali iddiasında başvurucudan öncelikle kuvvetli emare ve karine oluşturacak olguların varlığının ortaya konulmasını öngörerek daha sonra bu yasağın ve eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine ilişkin ispat külfetini karşı tarafa yüklemesi kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup bu durum Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturmamaktadır.

43. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

44. Kuralın Anayasa'nın 10., 13. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

45. Dava dilekçesinde özetle, bireyler arasında eşitliğin tesis edilemediği, bireylerin ayrımcı muameleye maruz kalmaları hâlinde bir çözüm mercii olabilecek Kurulun bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanamadığı, ayrımcılık alanlarına ilişkin alanların belirsiz kaldığı ve ispat külfeti ile ilgili düzenlemenin anayasa hukuku ile çeliştiği hâllerde hukukun üstünlüğü ilkesinin zedeleneyeceği, hukuk üstünlüğünün sağlanamadığı düzende kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altında bulunamayacağı, hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağı belirtilerek kuralların yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

6.4.2016 tarihli ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun;

A. 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentlerine,

B. 10. maddesinin, (2) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümleleri ile (8) numaralı fıkrasının sonunda yer alan "...Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayıyla..." ibaresine,

C. 21. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "...başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması halinde..." bölümüne,

yönelik iptal talepleri 15.11.2017 tarihli ve E.2016/132, K.2017/154 sayılı kararla reddedildiğinden bu bent, cümle, ibare ve bölümüne ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE 15.11.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

6.4.2016 tarihli ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun;

A. 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin, Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE Engin YILDIRIM ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. 10. maddesinin;

1. (2) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin,

2. (8) numaralı fıkrasının sonunda yer alan "...Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayıyla..." ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. 21. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "...başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması halinde..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

15.11.2017 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GÖRÜŞÜ

1. İptali istenen kurallarla “*istihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı halinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele*” ile “*sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar*” 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun 7. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller ve istisnalar arasında sayılmıştır.

2. Dava konusu ilk kural istihdam ve serbest meslek alanlarında çalışanlara yönelik farklı muamelenin yasal temelini oluştururken, ikinci kural sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumları düzenlemektedir. İlgili kanun cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığı yasaklamakla birlikte, dava konusu kurallarla öngörülen istisnai durumlarda ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceğini hükme bağlamıştır. Ayrımcılık yasağı ihlallerinde Kurum’a başvuru esas olmakla birlikte dava konusu kurallar ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği istisnalardan ikisini oluşturmaktadır.

3. İlk kuralda işaret edilen zorunlu mesleki gerekliliğin ne olduğu belirsiz ve muğlak olup, keyfilige kapı aralamaktadır çünkü işveren tarafından herhangi bir neden zorunlu mesleki gereklilik olarak değerlendirilebilecek ve ayrımcı muamele olarak nitelendirilmeyecektir. Zorunlu mesleki gerekliliklerin farklı muameleyi haklı kılan bir takım nesnel ölçütlerle bağlanması ile bunların sınırları ve kapsamının kişiler tarafından bilinmesi her zaman mümkün değildir. Aynı şekilde kuralda yer alan “amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele” ibaresi de nesnellikten uzaktır.

4. Kolay kolay nesnel ve somut hale getirilemeyen zorunlu mesleki gereklilikler kavramının öznel soyut boyutlar içermesi neredeyse kaçınılmazdır. Bunların uygulanmasıyla ortaya çıkabilecek ayrımcılık iddialarının, temel varlık nedenlerinden biri bu tür şikâyetlerle ilgilenmek olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu önüne taşınmaması kabul edilemez. Dava konusu kurallarda açıklanan durumlarda Kuruma ayrımcılık iddiası ile başvurulmamasının aynı nedenlerle yargısal mercilere başvuruyu engellememesi söz konusu kuralları Anayasa’ya uygun hale getirmemektedir.

5. Aynı şekilde Kanun’un 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan hüküm gereği, belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlarda cinsiyete dayalı ayrımcılığın haklı bir nedene dayandığı gerekçeyle ayrımcılık iddiasının ileri sürülememesi ve Kuruma götürülememesini uygun bulmak da mümkün değildir. Anayasa gereği kadın ve erkekler eşit haklara sahiptir. Bazı mesleklerin ancak belli cinsiyetler tarafından yapılabileceği ön kabulü çalışma hayatında önemli bir ayrımcılık nedenidir. Bilim ve teknolojiadaki gelişmelere ve toplumsal anlayışların değişmesine bağlı olarak çalışma hayatında cinsiyet ayrımcılığını gerektiren ve zorunlu kılan durumlar azalmaktadır. Ülkemizde ilgili mevzuatta (örneğin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 72. maddesinde sayılan işler) işin niteliği, doğası ve icrası göz önünde bulundurularak zorunlu durumlarda farklı muamele yapılabileceği haller belirtilmiştir. Bunlar dışındaki durumlarda biyolojik ve biyolojik olmayan nedenlerden (toplumsal cinsiyet) kaynaklanan farklı muameleler ayrımcılığa neden olabilecektir. Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında vurguladığı gibi “yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayırımların haklı bir nedene” dayandığı için eşitliği bozmadığını ve ayrımcılığa neden olmadığını ileri sürmek kanımca cinsiyet ayrımcılığının özellikle çalışma hayatında meşrulaştırılmasının önüne açabilecektir. Bu durum sadece kadın

ve erkekler için değil, özellikle trans bireyler açısından çalışma hayatında ayrımcılık uygulamalarıyla ilgili şikâyetlerin en önemli görevlerinden biri ayrımcılıkla mücadele etmek olması gereken ve beklenen Kurum tarafından incelenmemesi sonucunu doğurabilecektir.

6. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 10. maddesinde de, "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz...*" denilmiştir.

7. Ayrımcılık yasağı ihlâlinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişinin Kuruma başvurabileceği ve başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olunamayacağı ana ilke olmakla birlikte dava konusu kurallarda öngörülen unsurların gerçekleştiği "istisnai" durumlarda Kuruma başvuru yolu kapatılmaktadır. Akılda tutulması gereken önemli bir husus dava konusu kuralların getirdiği düzenlemelerin çalışma hayatında hiç de istisnai, nadiren olan durumlar olmadığı gerçeğidir.

8. Belirsiz ve muğlak ibareler içeren dava konusu kuralların Anayasa'nın 2. maddesinde vücut bulan hukuk devleti ilkesiyle, 10. maddedeki ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine aykırılık taşıdığı düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Esas Sayısı : 2016/132

Karar Sayısı : 2017/154

KARŞIOY YAZISI

1. 6701 sayılı Kanun'un iptali istenen 7. maddesinin (a) bendinde "*İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı halinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele*"nin, Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller ve istisnalar meyanında sayıldığı anlaşılmaktadır.

2. İstihdam ve serbest meslek alanlarında zorunlu mesleki gereklilikler, kısmen çalışma hayatını düzenleyen kanunlarda, kısmen de mesleklerin icrasına ilişkin özel kanunlarında ve Anayasa'nın 135. maddesinde düzenlenen kamu kurumu niteliğindeki meslek

kuruluşlarının kanunla verilen yetkiye dayanarak çıkardıkları ikincil mevzuatta yer almaktadır. Tüm bu mevzuatın yargı denetimine açık olduğunda da kuşku bulunmamaktadır.

3. Öte yandan, idari bir kurum olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun ve Kurum bünyesindeki Kurul'un gerek bu mevzuatın yorumlanmasında gerek mevzuatta yer almayan konularda nelerin “*zorunlu mesleki gereklilik*” veya “*amaca uygun*” ya da “*orantılı*” olduğu konusunda uzmanlığı bulunmadığı açıktır. Kurulun, Kanun'un 11. maddesinde sayılan oldukça geniş görev ve yetkilerine, 17-23 maddelerindeki inceleme usullerine ve 25. maddesinde Kurul'ca verilebilecek idari yaptırımlara bakıldığında, bazı ayrımcılık iddialarını kabul ederek inceleyebileceği ve yaptırım uygulayabileceği işler meyanında görürken, diğer bazılarını ise maddenin (a) bendine göre incelemeksizin reddedebileceği anlaşılmaktadır. Buna göre, Kurula ucu açık ve keyfi yorumlanabilecek bir takdir yetkisi verilmiştir. Bu durumun, yasanın amacına ve hukuk devletinin “*belirlilik*” ve “*öngörülebilirlik*” ilkelerine uyduğu söylenemez. Kuralın bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu görüşümdedir.

4. 7. maddenin iptali istenen (b) bendinde “*sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar*” kanun kapsamında ayrımcılık iddiası ileri sürülemeyecek diğer bir hal ve istisna olarak düzenlenmiştir. Belirli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan haller sosyolojik, coğrafi, kültürel özelliklere ve en önemlisi çağa ve gelişen teknolojiye göre sürekli değişmekte, eski devirlerde geçerli “kadın işi” ve “erkek işi” arasındaki makas, giderek kapanmaktadır. Bundan yüz yıl önce kadınların gemi kaptanlığı veya askerlik yapması düşünülemezken, bugün ülkemizde ve dünyada pek çok kadın bu işleri başarı ile yapabilmektedir. Anayasa'nın Başlangıç bölümünde de yer alan “*Atatürk ilke ve inkılapları*” kapsamında atılan adımlar, cinsiyet ayrımcılığını ortadan kaldırılmasına dair dünya uygulamalarının en güzel örneklerinden ve öncülerindedir.

5. Kaldı ki belli cinsiyetlere yakıştırılan işler arasındaki ayrım, sadece kadınların “erkek işlerini” yapmasıyla değil, erkeklerin de eskiden “kadın işi” olarak, asla yapmayacağı düşünülen hemşirelik, çocuk bakıcılığı, uçuş hostesliği gibi işleri yapabilmeleri karşısında, erkekler yönünden de giderek ortadan kalkmaktadır.

6. İş Kanunu'nun 72. maddesiyle kadınların çalıştırılması yasaklanan “*maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işler*” konusuna gelince:

Öncelikle, bir yasa kuralının anayasaya uygunluğunun başka bir yasa kuralı ölçüt alınarak denetlenmesinin anayasa yargısı bakımından doğru bir yöntem olmadığına işaret etmek gerekir.

İkinci olarak; günümüzdeki teknolojik gelişmelerin sağladığı imkanlarla üretilen, çok güçlü fakat tamamen dijital olarak kumanda edilebilen tünel kazma makinelerinin neden dolayı kadınlar tarafından kullanılamayacağını; yine ülkemizde ve dünyada pek çok dalış rekortmeni kadınlar varken, kadınların neden dolayı su altında bir arama-kurtarma veya arkeolojik kazı işinde çalışamayacaklarının, sorgulanabilir bir durum olduğu açıktır.

7. Bilindiđi gibi kadınları ve çocukları çalışma hayatında bazı işlerden alıkoyan bu gibi kurallar, 19. yüzyılın “vahşî kapitalizm” döneminde acımasızca sömürülen ve en ağır işlerde çalıştırılan kadın ve çocukların korunması amacıyla, uzun bir mücadele sonucu gelişen ve zamanla demokratik, sosyal hukuk devletinin vazgeçilmezleri arasına girmiş olan ilkelerdir. Başka bir ifadeyle bazı ağır işlerde çocuklar gibi, kadınların çalışmasının yasaklanmasının amacı, mecburiyetten dolayı kadınların fiziki güçlerinin üzerindeki işlerde çalışarak ezilmelerinin önlenmesidir. Yoksa, serbest iradesiyle ve işi yapmaya ehil ve yeterli olduğu halde kadınların sırf cinsiyetleri nedeniyle bu işlerden yasaklanması değildir.

8. Nitekim Anayasa'nın 10. maddesinin 5170 sayılı Kanunla 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle eklenen ikinci fıkrasında “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” denilmiş; 2010 yılında 5982 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile de “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” hükmü eklenmiştir. Dolayısıyla, kadınların çalıştırılması ile ilgili yasaklar ancak kadın emeğinin istismarının önlenmesi amacı çerçevesinde anlaşılabilir ve yorumlanabilir; ancak kadınların bazı işlerden cinsiyet temelinde yasaklanması için dayanak yapılamaz.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, “sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar” şeklindeki (b) bendinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu düşüncesindeyim.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT