

02.07.2024

KURUL KARARI

Başvuru Numarası : 2023/2283
Toplantı Tarihi/Sayısı : 8.2.2024/224
Karar Numarası : 2024/117
Başvuran : E. Ç.
Başvuran Vekili : -
Adres : -
Muhatap Kurum/Kişi : T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı
Muhatap Adres : İsmet İnönü Bulvarı No:32 06100 Emek, Çankaya/ANKARA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; başvuranın Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından yapılan sözleşmeli personel alımı ilanında başvurmak istediği arkeolog kadrosuna otuz beş yaşını doldurmuş olması sebebiyle başvuramamasının yaş temelinde ayrımcılık oluşturduğu iddiasına ilişkindir.

II. İNCELEME SÜRECİ

2. Başvuran, başvuru dilekçesinde özetle;

a. ... Üniversitesi Arkeoloji Bölümünden 2012 yılında mezun olduğunu, 2022 yılında girmiş olduğu Kamu Personeli Seçme Sınavından (KPSS) 80.71 puan alarak branş bazında Türkiye sıralamasında 54'üncü olduğunu,

b. 28/8/2023 tarihli Kültür ve Turizm Bakanlığının yayınlamış olduğu 235 sözleşmeli personel alımı ilanında "Genel Şartlar" bölümünün 3'üncü maddesinde "*Son başvuru tarihi itibarıyla 35 (otuz beş) yaşını doldurmamış olmak*" ibaresinin yer aldığını,

c. 13/9/2023-23/9/2023 tarihlerinde başvurusu alınan arkeolog alımına otuz beş yaşını doldurmamış olmak maddesinden kaynaklı olarak ilgili ilana başvuru yapamadığını,

ç. KPSS (A) ve (B) grubu olarak adlandırılan kariyer mesleklerine giriş sürecinde otuz beş yaş şartı aranmasının görevin nitelikleriyle ilgili olmadığını,

d. Bu hususun Anayasa'nın "*Kamu hizmetine girme*" başlıklı 70'inci maddesinde açık bir şekilde düzenlendiğini, kamu kurumlarının personel alımlarında bu maddeyi keyfi olarak yorumladıklarını,

e. Kariyer meslek grupları olarak bilinen KPSS (A) grubu alımlarında haksız olarak uygulanan otuz beş yaş şartının son yıllarda KPSS (B) grubu olan sözleşmeli alımlarında da keyfi olarak uygulandığını, buna en iyi örneğin Kültür ve Turizm Bakanlığının 2022 yılında yapılan sözleşmeli arkeolog alımı ilanında otuz beş yaş şartı bulunmazken 2023 arkeolog alımı ilanında ise otuz beş yaş şartı

getirilmesi olduğunu,

f. 2022 yılında KPSS'ye giren adayların yaş şartı olmadan girip puanlarını aldığını ancak yapılan sözleşmeli arkeolog alımında otuz beş yaş şartı getirilmesinin birçok kişinin emeğinin yok sayılması anlamına geldiğini ve ayrımcılık teşkil ettiğini ifade ederek mağduriyetinin giderilmesini talep etmiştir.

3. Muhatap Kültür ve Turizm Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünden alınan yazılı görüşte:

a. Bakanlığın taşra teşkilatında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4'üncü maddesinin (b) bendi kapsamında istihdam edilmek ve 6/6/1978 tarihli ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslara göre çalıştırılmak üzere çeşitli ünvanlarda 235 personel alımı için 11/9/2023-24/9/2023 tarihleri arasında başvuruları alınmak üzere ilana çıktığını,

b. Sözleşmeli personel statüsüne ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 6/6/1978 tarihli ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Esasların Ek 2'nci maddesinin on dördüncü fıkrası uyarınca Bakanlığın personel alımında atanacak personelin niteliğinin ve sayısının birimlerin talepleri ve boş kadro durumu dikkate alınarak ve güncel koşullar dikkate alınarak (yeniden yapılanma, deprem vb.) neticesinde hizmet gerekleri doğrultusunda belirlendiğini,

c. Anılan maddeden de anlaşılacağı üzere, istihdam edilecek kişilerde öğrenim durumu, askerlik, yabancı dil bilme şartı, KPSS puanı, yaş, iş deneyimi gibi nitelikleri belirleme yetkisinin Kurumların takdirine bırakıldığını,

ç. Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 8'inci maddesinin (k) bendindeki düzenlemeye göre, kamu personel istihdam planlaması ile personel alım ve yetiştirilmesinde uygulanacak usul ve esasların belirlenmesine ilişkin iş ve işlemleri yürütme görevinin Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğüne verildiğini,

d. Bu kapsamda istihdam şartlarını içeren alım ilanlarının kamuoyuna duyurulmadan önce Cumhurbaşkanlığınca bir ön incelemeden geçtiğini, ilgili Kanun ve mevzuata aykırı bir durumun bulunması halinde kurumlardan düzeltme talep edildiğini,

e. Anılan personel alımının 2023 yılı Şubat ayında yaşanan depremden etkilenen Adana, Adıyaman, Diyarbakır, Elazığ, Gaziantep, Hatay, Kahramanmaraş, Kilis, Malatya, Osmaniye ve Şanlıurfa illerine yönelik olduğunu,

f. Büyük yıkıma uğrayan ve zor koşullara sahip anılan illerde istihdam edilmek üzere 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 10'uncu bölümünde Kültür ve Turizm Bakanlığına verilen *"korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının arkeolojik araştırma ve kazılarla açığa çıkarılmasını, korunmasını, değerlendirilmesini ve tanıtılmasını sağlamak, tahribini ve*

kaçırılmasını önleyici tedbirleri almak” görevini yerine getirmek için personel ihtiyacını karşılamaya yönelik ilan olduğunu,

g. Bu anlamda *“Arazi ve şantiye şartlarında çalışmaya engel olabilecek sağlık sorunu bulunmamak” şartı ile birlikte değerlendirildiğinde normalden daha zor koşullara sahip depremden etkilenen 11 ilde istihdama yönelik yaş şartının görev nitelikleri ile ilgili olmadığını ileri sürülemeyeceğini,*

h. Söz konusu personel alımının, başvuranın atıf yaptığı Anayasa’nın *“Hizmete girme”* başlıklı 70’inci maddesinin *“Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.”* düzenlemesine aykırı düşmediğinin düşünüldüğünü,

ı. Ayrıca anılan bölgede kalıcı olarak istenilen hizmeti sağlayacak, mazeret belirterek deprem bölgesinden başka illere naklen atama talep edilmesinin olabildiğince önüne geçecek personel istihdamının amaçlandığını,

i. Konu hakkında Kamu Denetçiliği Kurumu nezdinde yapılan başvuruya dair 30/10/2023 tarihli ve ... sayılı Karar ile incelenemezlik kararı verildiğini, yapılan işlemin mer’i mevzuat uyarınca yapıldığından hukuka uygun olduğunu,

j. Başvuranın konuya ilişkin Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi (CİMER) üzerinden yaptığı şikayet başvurusuna *“Bakanlığımız personel alımında atanacak personelin niteliğinin ve sayısının birimlerin talepleri ve boş kadro durumu dikkate alınarak hizmet gerekleri doğrultusunda belirlendiği”* şeklinde cevap verildiğini ifade etmiştir.

4. Muhatabın yazılı görüşüne karşı başvuran tarafından sunulan yazılı görüşte özetle:

a. İstihdam edilecek kişilerde gerekli nitelikleri belirlemenin Kurumların takdirinde olduğunu kabul etmekle birlikte bu niteliklerin görevin ve amacın gerektirdiği ölçüde olmamasının, kişiye özgü ve amacını aşan sınırlamaların eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini,

b. Muhatap tarafından açıklanan gerekçenin mesleğin uygulanmasına, yerine getirilmesine ve hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, bilimsel ve hukuksal bir dayanağı bulunmadığını,

c. Muhatap tarafından sunulan gerekçeden otuz beş yaş ve üzeri kişilerin arkeolog ve müze araştırmacısı görevini yerine getiremeyeceğinin düşünülmesi halinde; bu mesleği ifa eden kişilerin otuz beş yaşa ulaşması durumunda diğer hiçbir özelliğine bakılmaksızın mesleğinin sonlandırılması gerektiği anlamı çıktığını, ülkemizde otuz beş yaş üzerinde birçok arkeolog ve müze araştırmacısının bulunduğunu ve görevlerine devam ettiğini,

ç. Kişilerin sağlık durumlarının yaşa bağlı bir mecburi durum olmadığını, kişi otuz beş yaş altında olmasına rağmen sağlık durumunun arazi ve şantiye alanlarında çalışmaya elverişli olamayabileceğinin açık ve bilinen bir gerçek olduğunu, kişinin sağlığının mesleği ifaya uygun olmasına rağmen yaş şartı aranmasının Anayasa’ya göre hizmete alınmada eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini,

d. Muhatap Bakanlığın 2022 yılına kadar arkeolog ve müze araştırmacısı personel alımlarında yaş şartı aramamışken bu yıldan itibaren personel alımlarında yaş şartı aramasının kurum içi kararındaki çelişkiyi açıkça gösterdiğini,

e. Performans ve verimliliğin yaş ile bir ilgisi olmadığını belirten birçok bilimsel görüş bulunduğunu, arkeolog ve müze araştırmacısı personel alım ilanında getirilen otuz beş yaş kriterinin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini ifade etmiştir.

III. İLGİLİ MEVZUAT

5. Anayasa'nın "*Kanun önünde eşitlik*" başlıklı 10'uncu maddesinin birinci ve beşinci fıkraları şöyledir:

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

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

6. Anayasa'nın "*Çalışma ve sözleşme hürriyeti*" başlıklı 48'inci maddesi şöyledir:

"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir (...)"

7. Anayasa'nın "*Çalışma şartları ve dinlenme hakkı*" başlıklı 50'inci maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz."

8. Anayasa'nın "*Yönetmelikler*" başlıklı 124'üncü maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler."

9. 20/4/2016 tarihli ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun "*Tanımlar*" başlıklı 2'nci maddesinin (d) bendine göre; "*doğrudan ayrımcılık: Bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi*" ifade eder.

10. 6701 sayılı Kanun'un "*Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı*" başlıklı 3'üncü maddesi şöyledir:

"(1) Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir.

(2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır.

(3) *Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.*

(4) *Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.”*

11. Mezkûr Kanun’un “*Ayrımcılık türleri*” başlıklı 4’üncü maddesinin birinci fıkrasında, ayrımcılık türleri “a) *Ayrı tutma, b) Ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama, c) Çoklu ayrımcılık, ç) Doğrudan ayrımcılık, d) Dolaylı ayrımcılık, e) İşyerinde yıldırma, f) Makul düzenleme yapmama, g) Taciz, ğ) Varsayılan temele dayalı ayrımcılık*” olarak sıralanmıştır.

12. 6701 sayılı Kanun’un “*Ayrımcılık yasağının kapsamı*” başlıklı 5’inci maddesinin birinci fıkrasına göre “*Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar.*” ve üçüncü fıkrasında; “*Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve bunlar tarafından yetkilendirilenler, taşınır ve taşınmazları kamuya açık bir şekilde sunarken bu malları edinmek veya kiralamak isteyenler ile bunlar hakkında bilgi almak isteyenler aleyhine, bunların kiralanması, kira akdinin şartlarının belirlenmesi, kira akdinin yenilenmesi veya sona erdirilmesi, satışı ve devri süreçlerinin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.*”

13. 6701 sayılı Kanun’un “*İstihdam ve serbest meslek*” başlıklı 6’ncı maddesinin birinci fıkrasında: “*İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.*” ikinci fıkrasında “*Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar.*” ve altıncı fıkrasında “*Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam bu madde hükümlerine tabidir.*” hükmü yer almaktadır.

14. 6701 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinde ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller düzenlemiştir. Bu maddenin birinci fıkrasının (c) bendine göre; “*İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele*” ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerdendir.

15. Mezkûr Kanun’un 9’uncu maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde Kurumun “*Ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve*

sonuçlarını takip etmek”le görevli olduğu düzenlenmiştir.

16. Mezkûr Kanun’un “İspat yükü” başlıklı 21’inci maddesine göre: “Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.”

IV. DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

17. 6701 sayılı Kanun’un “Başvurular” başlıklı 17’nci maddesinin birinci fıkrasında “Ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir.” hükmü bulunmaktadır. Başvuran, yerleştirmeye esas alınan Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından yapılan arkeolog alımı ilanının koşullar bölümünde yerleştirmesi yapılacak kişilerin otuz beş yaşından gün almamış olmalarının şart olarak koşulması nedeniyle başvuru yapamamasının ayrımcılık teşkil ettiğini iddia etmektedir. Yapılan inceleme neticesinde başvurunun esastan incelenebilecek bir başvuru olduğu değerlendirilmesine varılmıştır.

18. Anayasa’nın 10’uncu maddesi ve 6701 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesi ile kişilerin hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşit muamele görme hakkı güvence altına alınırken, 6701 sayılı Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır (TIHEK, B.No: 2021/1208, K.No: 2022/493, T.9/8/2022, para.13).

19. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 14’üncü maddesine göre; “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan güvence altına alınır.”

20. Eşitlik ilkesi çerçevesinde korunan hukuki bir menfaat olarak yaş ayrımcılığında, mağdurun yaşı temelinde farklı muameleye veya istifadesine atf yapılmaktadır (Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2010, s.102). Avrupa Birliği’nin İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması için Genel Bir Çerçeve Oluşturan 2001 tarih ve 2000/78/EC sayılı Direktifi’nin 11’inci maddesinde de yaşa dayalı ayrımcılık yasaklanmış, Direktif’in kabul gerekçesinin 12’nci paragrafında da Direktif kapsamındaki alanlara ilişkin olarak yaşa dayalı herhangi bir doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılmasının Topluluk genelinde yasaklanması gerektiği belirtilmiştir. Direktif’in 25’inci paragrafında yaşa dayalı ayrımcılığın yasaklanmasının “İstihdam Kılavuzlarında” ortaya konan amaçların karşılanabilmesinde ve iş gücünde çeşitliliğin teşvik edilmesinde önemli bir unsur olduğuna vurgu yapılmıştır (TIHEK, Yaş Temelinde Ayrımcılık, Ayrımcılık Temelleri Serisi No:9, 2022, s.4).

21. 2000/78/EC sayılı Direktif’in 6’ncı maddesinde yaşa bağlı muamele farklılıklarında haklı gerekçelerin neler olabileceği açıklanmış; buna göre “ulusal mevzuat bağlamında meşru istihdam politikası, iş piyasası ve mesleki eğitim hedefleri dahil olmak üzere meşru bir amaçla nesnel ve makul bir biçimde, haklı gerekçelere dayandırılıyorsa ve bu amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan araçlar uygun ve gerekli ise, yaşa bağlı muamele farklılıklarının ayrımcılık oluşturmayacağı” hususu yaş temelinde ayrımcılık yasağının ileri sürülemeyeceği haller arasında sıralanmıştır (TIHEK, Temel Haklar Şartı, Eşitlik ve Ayrımcılık Alanında Avrupa Birliği Direktifleri, İnsan Hakları Kurullarının Desteklenmesi ve Kadın Hakları Projesi, 2019, s.100).

22. Ulusal ve uluslararası mevzuat ve içtihatlar kapsamında yaş temelinde ayrımcılık objektif ve makul bir gerekçe olmaksızın yapılan herhangi bir farklı muamele olarak nitelendirilebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında; ayrımcılık, objektif ve makul bir neden olmaksızın, aynı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunmak olarak tanımlanmıştır (AİHM, *Willis/Birleşik Krallık*, B. No: 36042/97, 11/9/2002, para. 48; AİHM, *Okpisz/Almanya*, B. No: 59140/00, 15/2/2006, para. 33). Farklı muamelenin objektif ve makul bir nedene dayanması hususu ise AİHM tarafından belirli kriterler çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu durumda, söz konusu meşruluğun varlığı ilk olarak, demokratik bir toplumda geçerli olan ilkeler göz önünde bulundurularak söz konusu tedbirin amacı ile etkileri arasındaki ilişki bağlamında değerlendirilmelidir. Sözleşme’de belirtilen bir hakkın kullanılmasının ardındaki muamele farklılığının sadece meşru bir amaca yönelik olması tek başına yeterli değildir. 14’üncü maddedeki ayrımcılık yasağı, gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisi bulunmadığı takdirde de aynı şekilde ihlal edilmektedir (AİHM, *Belçika’da Eğitim Dili Davası*, B. No: 1474/62, 23/7/1968, para. 10).

23. Bir bireyin farklı muameleyle tabi olması odağında gelişen doğrudan ayrımcılığın temelinde istenmeyen bir muamele vardır. Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Komitesi’nin 20 No’lu Genel Yorumu’nda doğrudan ayrımcılık şöyle tanımlanmıştır: “*Bir bireyin benzer bir durumda diğer bir bireye göre ayrımcılığın yasaklandığı nedenler temelinde daha olumsuz bir muamele görmesi, ayrıca karşılaştırılabilir benzer bir durum söz konusu olmadığında ayrımcılığın yasaklandığı nedenler temelinde yapılan ve zarar veren eylemleri ya da ihmalleri de içerir.*”

24. Eşitlik ilkesi Anayasa’nın 10’uncu maddesinde düzenlenmiş olup bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Anayasa Mahkemesine (AYM) göre eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır (AYM, E. 2012/134, K. 2013/34, T. 28/2/2013).

25. 6701 sayılı Kanun’un 21’inci maddesine göre; ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması gerekmektedir. Bu emare ve karine oluşturan olguların başvuran tarafından ortaya konulması halinde muhatapın ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini ispat etmesi gerekecektir (TİHEK, B. No: 2022/775, K. No: 2022/930, 15/12/2022, para. 20).

26. Somut olayda başvuranın, ayrımcı muamele iddiasına ilişkin olarak söz konusu ilanda öngörülen “*Son başvuru tarihi itibarıyla 35 (otuz beş) yaşını doldurmamış olmak*” şeklindeki üst yaş sınırı nedeniyle başvuru yapamadığına, personel alımı yapan Muhatap Kültür ve Turizm Bakanlığına CİMER aracılığıyla 7/9/2023 tarihinde ilgili uygulamanın düzeltilmesi isteğiyle şikayette bulunduğu ilişkin bilgi ve belgeleri başvuru dilekçesinde sunduğu anlaşılmıştır.

27. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 21’inci maddesinde cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtımsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, hususiyet, doğum, maluliyet, yaş gibi herhangi bir nedenle ayırım yapma yasağı öngörülmüş; 23’üncü maddesinde ise eşitliğin istihdam, çalışma ve ücret dahil olmak üzere bütün alanlarda sağlanması gerektiği güvence altına alınmıştır (TİHEK, B. No: 2022/1160, K. No: 2023/201, 23/2/2023, para. 22).

28. Kamu hizmetlerine girme hakkı, Anayasa'nın 70'inci maddesinde teminat altına alınmıştır. Düzenlemeye göre; her Türk vatandaşı kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olup hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyecektir. Kamu hizmetlerine girme hakkı kapsamında her bir meslek grubu için nesnel ve objektif ölçütlerin tespit edilerek kamu hizmetinin gerekliliklerine göre hizmete alımda çeşitli şartlar öngörülmesi mümkündür. Bu doğrultuda kamu görevlisi olma yolunda eşit fırsatlar sunulması gereken adayların da ilgili görev için öngörülmüş olan genel ve nesnel koşulları sağlamaları, hizmetin gerektirdiği niteliklere haiz olmaları gerekmektedir (Emine Cin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Danıştay Kararları Işığında Kamu Hizmetlerine Girmede Cinsiyet Ayırımı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, S.1-2, 2011, s. 1061).

29. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "İstihdam şekilleri" başlıklı 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinde, başvuruya konu ilanda alım yapılacağı belirlenen sözleşmeli personel kadrosu düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün üçüncü alt bendinde "Sözleşmeli personel seçiminde uygulanacak sınav ile istisnaları, bunlara ödenebilecek ücretlerin üst sınırları ile verilecek iş sonu tazminatı miktarı, kullanılacak izinler, pozisyon unvan ve nitelikleri, sözleşme hükümlerine uyulmaması hallerindeki müeyyideler, sözleşme fesih halleri, pozisyonların iptali, istihdamına dair hususlar ile sözleşme esas ve usulleri Cumhurbaşkanınca belirlenir." hükmü yer almaktadır.

30. Yine 657 sayılı Kanun'un "Memuriyete girişte yaş" başlıklı 40'inci maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

"Madde 40 – (Değişik: 31/7/1970 - 1327/11 md.) Genel olarak 18 yaşını tamamlayanlar Devlet memuru olabilirler.

Bir meslek veya sanat okulunu bitirenler en az 15 yaşını doldurmuş olmak ve Türk Medeni Kanununun 12 nci maddesine göre kazai rüşt kararı almak şartıyla Devlet memurluklarına atanabilirler."

31. Mezkûr Kanun'un "Genel ve özel şartlar" başlıklı 48'inci maddesine göre;

"Madde 48 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/14 md.) Devlet memurluğuna alınacaklarda aşağıdaki genel ve özel şartlar aranır.

A) Genel şartlar:

- 1. Türk Vatandaşı olmak,*
- 2. Bu Kanunun 40 nci maddesindeki yaş şartlarını taşımak,*
- 3. Bu Kanunun 41 nci maddesindeki öğrenim şartlarını taşımak,*
- 4. Kamu haklarından mahrum bulunmamak,*

5. (Değişik: 23/1/2008 - 5728/317 md.) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) (1) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak. (1)

6. Askerlik durumu itibariyle;

a) Askerlikle ilgisi bulunmamak,

b) Askerlik çağına gelmemiş bulunmak,

c) Askerlik çağına gelmiş ise muvazaf askerlik hizmetini yapmış yahut ertelenmiş veya yedek sınıfa geçirilmiş olmak,

7. 53 üncü madde hükümleri saklı kalmak kaydı ile görevini devamlı yapmasına engel olabilecek (...) (2) akıl hastalığı (...) (2) bulunmamak.

8. (Ek: 3/10/2016 – KHK-676/74 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/60 md.) (İptal: Anayasa Mahkemesinin 24/7/2019 tarihli ve E.:2018/73; K.:2019/65 sayılı Kararı ile)

B) Özel şartlar:

1. Hizmet göreceği sınıf için 36 ve 41 nci maddelerde belirtilen öğretim ve eğitim kurumlarının birinden diploma almış olmak,

2. Kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan şartları taşımak.”

32. 657 sayılı Kanun’un ek 40’ncı maddesinin birinci fıkrası “Mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alınan ve 36 ncı maddenin “Ortak Hükümler” bölümününün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan kadrolara atanmak amacıyla kurumlarca yapılacak olan özel yarışma sınavlarına başvurularda üst yaş sınırı; özel mevzuatında yer alan yaş şartına ilişkin hükümlere bağlı kalınmaksızın giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının birinci günü itibarıyla otuz beş yaşını doldurmamış olmak şeklinde uygulanır.” hükmünü ihtiva etmektedir.

33. Buna göre, mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alınan, bilgi, tecrübe ve becerinin meslek içinde kazanıldığı değerlendirilen uzman, müfettiş, denetçi, kontrolör, denetmen ve aktüer kadroları ile özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları tarafından mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alınan KPSS (A) grubunda yer alan kariyer kadrolarında istenen azami yaş sınırı şartının 657 sayılı Kanun’un 36’ncı ve Ek 40’ncü maddelerine dayandığı anlaşılmaktadır. Buna göre kanun koyucu, bir kamu hizmetinde görevin gerektirdiği nitelikleri ve şartları belirlemeyi ya da belirlenmiş olanları değiştirmeyi anayasal ilkeler içinde kalmak kaydıyla görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluluklarına göre serbestçe takdir edebilecektir. Bu konularda anayasal ilkelere aykırı olmamak kaydıyla düzenleme yapmak kanun koyucunun takdirindedir (AYM, Genel Kurul, E. 2022/116 K. 2023/126, T. 13/7/2023, para.37; AYM, E.2016/133, K.2017/155, T. 15/11/2017, para. 93).

34. Bilindiği üzere, Anayasa’nın 7’nci ve 87’nci maddelerinde; yasama yetkisinin münhasıran Türkiye Büyük Millet Meclisinin uhdesinde olduğu hükme bağlanmış olup kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yasama yetkisi kapsamında kalmakta; yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler Kurumumuzun görev alanına girmemektedir (Bu doğrultuda daha önce verdiğimiz kararlar için: TİHEK, B. No: 2023/2122, K. No: 2024/40, 11/1/2024, para. 15-16; TİHEK, B. No: 2023/2471, K. No: 2024/42, 11/1/2024, TİHEK, B. No: 2023/2467, K. No: 2024/43, 11/1/2024, TİHEK, B. No: 2023/2023/2466, K. No: 2024/92, 16/1/2024).

35. 6/6/1978 tarihli ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe giren Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar'ın 12'nci maddesinde “Sözleşmeli olarak çalıştırılacakların, ilgili kurumun saptayacağı özel koşulların yanı sıra, 657 sayılı Kanununun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (4), (5), (6), (7) ve (8) numaralı alt bentlerinde belirtilen koşulları taşımaları gereklidir.” hükmü yer almaktadır. Bu madde ile sözleşmeli personel alımı yapacak olan kurumların, yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetin özellikleri dikkate alınarak özel şartlar belirlemelerine hukuken imkân sağlanmıştır.

36. 6/6/1978 tarihli ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe giren Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Esasların ek 2'inci maddesinin on dördüncü fıkrasında “(Ek:27/6/2016-2016/8994) Kültür ve Turizm Bakanlığında bu Esaslar kapsamında istihdam edilmek üzere alınacak mimar, mühendis, şehir plancısı, diğer teknik hizmet personeli, arkeolog, kütüphaneci, müze araştırmacısı, tekniker ve teknisyen unvanlı sözleşmeli personel, yukarıdaki hükümlere bağlı olmaksızın KPSS (B) grubundan yetmiş ve üzeri puan alanlardan puan sırasına konulmak kaydıyla alım yapılacak her bir pozisyon sayısının üç katına kadar çağırılacak adaylar arasından, anılan Bakanlıkça belirlenecek usul ve esaslara göre yapılacak yazılı ve/veya sözlü sınav sonucuna göre çalıştırılır.” düzenlemesine yer verilmiştir.

37. Muhatap Kültür ve Turizm Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü tarafından 28/8/2023 tarihinde Resmi Gazete’de duyurulan “235 Sözleşmeli Personel Alım İlanı”nda “(...)18 yaşını tamamlamış olmak” şeklindeki alt yaş sınırlamasına ilaveten “Son başvuru tarihi itibarıyla 35 (otuz beş) yaşını doldurmamış olmak” şeklinde üst yaş sınırının belirlendiği; yerleştirmeye esas alınan ilanın koşullar bölümünde arkeolog pozisyonunda istihdam edilmek üzere alınacak olan 40 sözleşmeli personelde otuz beş yaşından gün almamış olmalarının şart olarak koşulduğu, “Arazi ve şantiye şartlarında çalışmaya engel hali bulunmamak.” halinin adaylarda aranan özel şartlar arasında yinelenildiği ve başvuru yapılacak iller ile kontenjanlarının belirlendiği görülmüştür.

38. Bu kapsamda 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin ek 26’ncı maddesi incelendiğinde istihdam edilecek personellerin Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi kaydıyla; 657 sayılı Kanun’a ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlere bağlı olmaksızın, özel bilgi ve uzmanlık gerektiren geçici mahiyetteki işlerde, yerli veya yabancı personel tam zamanlı, kısmi zamanlı veya projelerle sınırlı olarak sözleşmeyle istihdam edilebileceği düzenlenmiştir.

39. Aynı maddenin altıncı fıkrasında ise “Bu kapsamda istihdam edilecek personelde kurumsal hizmetlerin gerektirmesi halinde aranacak öğrenim ve yabancı dil bilgisi şartı ile diğer şartlar, bunların işe alınmaları, sınav ve istisnaları, sözleşme süre, usul ve esasları, görev, yetki ve yükümlülükleri, sözleşmelerinin feshi ile istihdamlarına dair diğer hususlar Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınarak kurumlarca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” hükmü bulunmaktadır. Buna göre sözleşmeli personel istihdamı yapacak söz konusu kurumların çıkaracakları yönetmeliklerle istihdam edilecek personellerde aranacak şartları belirleyebilecekleri öngörülmüş; istidamı gerçekleştirmekle yetkili idari makamlara tanınan takdir yetkisi çerçevesinde yarışma sınavıyla ya da objektif kriterlere dayandırılan bir eleme yöntemiyle, aynı konumda olan eşitler (adaylar) arasında bir seçim yapma yoluna gidebileceği anlaşılmıştır (Züleyha Keskin, Kamu Hizmetinde Eşitlik İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2015, s.73-75).

40. AYM kararlarında; Anayasa’da kurala bağlanan eşitlik ilkesinin eylemli eşitlik değil, hukuksal eşitlik olduğu, aynı hukuki durumda olanların aynı, farklı hukuki durumda olanların farklı

kurallara bağı tutulmasının eşitlik ilkesini ihlal etmeyeceği ifade edilmiştir (AYM, E. 2009/47, K. 2011/51, K.T. 17/3/2011). 6701 sayılı Kanun'a göre de bir kişinin hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit bir şekilde yararlanmasını yaşı nedeniyle engelleyen veya zorlaştıran her türlü muamele, yaş temelinde ayrımcılık oluşturmaktadır. Bu doğrultuda yapılacak personel alımlarında özel şartların öngörülmesiyle, aynı durumdakiler arasında farklı muameleye sebep olunabilecektir. Bu hallerde farklı muamelenin ayrımcılık yasağını ihlal edip etmediği; söz konusu farklı muamelenin meşru bir amaç taşıması, nesnel ve haklı bir gerekçenin bulunması ve ölçülü olup olmadığı yönünden yapılacak değerlendirmeyle anlaşılacaktır (TIHEK, B. No: 2022/854, K. No: 2023/500, 13/6/2023, para. 25; TIHEK, B. No: 2022/1472, K. No: 2023/499, 13/6/2023, para. 26).

41. Yukarıda aktarılan mevzuat somut olay çerçevesinde değerlendirildiğinde; sözleşmeli personel alımı ile arkeolog istihdamını gerçekleştirecek Kültür ve Turizm Bakanlığının sunmuş olduğu yazılı görüşte ifade ettiği üzere, kamuya yararlı olma bağlamında kişilerin fiziksel üretkenlik düzeylerinde yaşa bağı olarak gerilemenin olabileceği hususu dikkate alındığında; arkeolog istihdamında getirilen 35 yaş sınırlaması ile arazi, şantiye şartlarında çalışmaya engel olabilecek sağlık koşulunun, normalden daha zor koşullara sahip depremden etkilenen 11 ile atamaların yapılacak olması nedeniyle hizmete girişte belirlenen yaş sınırlamasının afaki olmadığı, kamu hizmetinin daha etkin ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesi amacına yönelik olarak objektif ve makul bir gerekçeye dayandığı, farklı hukuki durumda olan meslek gruplarının farklı kurallara bağı tutulmasının eşitlik ilkesini ihlal etmeyeceği değerlendirilmiştir.

42. İlaveten kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda, her türlü keyfilikten uzak, tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine riayet etmek kaydıyla kamu görevine yapılacak atamalarda takdir yetkisine haiz olan idarenin, tatbik olunan mevzuat hükümleri çerçevesinde, görevin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olarak kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından tesis edilen istihdam şekillerinden biri olan sözleşmeli personel alımlarında birtakım özel şartları belirleyebileceği, idarelerin kendi hizmet özelliklerini dikkate alarak azami yaş sınırı belirlemelerinin olanaklı olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır (Danıştay 8. D., E. 2014/974 K. 2016/3119 T. 30.3.2016; Danıştay 12. D., E. 2010/8251 K. 2012/11279 T. 17/12/2012).

43. Bununla birlikte, sözleşmeli personel statüsünde gerçekleştirilecek olan kamu hizmetine giriş sürecinde, istihdamı gerçekleştirecek olan Bakanlık tarafından hukuksal güvenlik ilkesi gereği, her ilanda değişmeyen, herkes için öngörülebilir, önceki yıllardaki ilan kriterlerine uyumluluk gösterecek şekilde, gelecek yıllarda da yaş sınırlaması açısından aynı veya benzer ölçütler çerçevesinde ilana çıkılabileceğine yönelik adaylar nezdinde beklentinin varlığı gündeme gelebilecektir. Bu noktada öngörülebilirlik sağlama açısından haklı beklenti kavramı, yargı kararları ve öğretilerde idarenin ister bir taahhüt, isterse uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleri olarak tanımlanmaktadır (Danıştay İDDK., E. 2018/3515 K. 2019/3775 T. 19/9/2019).

44. AYM'ye göre, ancak bir beklentinin, hukuken korunabilmesi için anılan koşulların gerçekleşmesi yeterli olmayıp bu beklentinin korunmasına engel teşkil eden bir kamu yararının da

bulunmaması gereklidir. Bu yönüyle, kişi yararıyla kamu yararı karşı karşıya geldiğinde, ancak önemli bir kamu yararı bulunmadığında haklı beklentinin korunması kabul edilebilecektir. Aksi takdirde kamu yararını gerçekleştirmek üzere değişen koşullara göre yeni politikalar belirlenmesi imkânı önemli ölçüde zedelenebilecektir (AYM, E. 2017/18, K. 2019/66, 25/07/2019, para. 100). Bu nedenle Muhatap tarafından kamuoyuna duyurulan personel alımı ilanlarının her birinin kendi özelinde münhasıran incelenmesi gerekmekte olup güvenin korunmasının, mevcut bir hukuki durumun dokunulmazlığı anlamında da değerlendirilmemesi gerekmektedir (Danıştay İDDK., E. 2018/3515 K. 2019/3775 T. 19/9/2019). Ülkenin gereklerine ve zorunluluklarına göre değişen koşullar neticesinde belirlenen ilan içeriklerinde, kişiler açısından farklı bir muamele oluşturmaya imkan vermeyecek şekilde kamu yararı ve hizmet gereği gözetilmesi durumunda, seçilme kriterlerini taşımamaları nedeniyle ilana başvuru yapamayan adaylar açısından haklı beklentinin varlığından söz edilemeyeceği değerlendirilmiştir.

45. Yukarıda anlatılan tüm hususlar birlikte ele alındığında; Muhatabın görece daha zor arazi koşullarında çalışma şartlarına sahip 11 deprem ilinde atamasını gerçekleştireceği arkeolog alımı ilanında objektif ve makul gerekçeye dayanarak belirlediği kriterlerin bir mesleki faaliyetin icrası için istenen amacı aşar nitelikte olmadığı anlaşıldığından Muhatap nezdinde yaş temelinde ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği kanaatine varılmıştır.

V. KARAR

A. Başvuruda AYRIMCILIK YASAĞI İHLALİ YAPILMADIĞINA,

B. Kararın taraflara tebliğine ve KAMUOYUNA DUYURULMASINA,

C. Karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemesine

başvurulabileceğine,

Dilek ERTÜRK ve Zennure BER'in karşı oylarıyla 8/2/2024 tarihinde, OY ÇOKLUĞUYLA, karar verildi.

e-imzalıdır

Av. Alişan TİRYAKİ
II. Başkan

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Başkan
(Görevli)

e-imzalıdır

Dr. Burhan ERKUŞ
Kurul Üyesi

e-imzalıdır

Dilek ERTÜRK
Kurul Üyesi

e-imzalıdır

İsmail AYAZ
Kurul Üyesi

e-imzalıdır

Mehmet Emin GENÇ
Kurul Üyesi

e-imzalıdır

Muhammet Ecevit CARTİ
Kurul Üyesi

e-imzalıdır

Saffet BALIN
Kurul Üyesi



Ünal SADE
Kurul Üyesi
(İzinli)

e-imzalıdır

Yunus Emre KARAOSMANOĞLU
Kurul Üyesi

e-imzalıdır

Av. Zennure BER
Kurul Üyesi

Ek: 2024/117 E. Ç. Kurul Kararı Dilek ERTÜRK, Zennure BER Karşı Oy (5 Sayfa)

09.03.2024

KARŞI OY GEREKÇESİ

Karar Adı : E. Ç.
Karar Numarası : 2024/117

1. Kamu hizmetlerine girme hakkı, Anayasa'nın 70'inci maddesinde teminat altına alınmıştır. Düzenlemeye göre; her Türk vatandaşı kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olup hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyecektir. Bu kapsamda kamu hizmetinin gerekliliklerine göre hizmete alımda çeşitli şartlar öngörülmesi mümkündür.

2. İhlal iddiasına Muhatap Kültür ve Turizm Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü tarafından 31/3/2022 tarihinde duyurulan “69 Sözleşmeli Personel Alımı (Arkeolog ve Müze Araştırmacısı) Hakkında Duyuru” ilanında; istihdam edilecek sözleşmeli personellerde aranacak genel şartların arasında yaşa ilişkin “Son başvuru tarihi itibarıyla 18 yaşını tamamlamış olmak” şeklindeki alt yaş sınırının tespit edildiği, üst yaş sınırlamasına yer verilmediği; “Arazi ve şantiye şartlarında çalışmaya engel hali bulunmamak” halinin adaylarda aranan özel şartlar arasında yer aldığı anlaşılmıştır.

3. Yine Muhatap Kültür ve Turizm Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü tarafından 28/8/2023 tarihinde Resmi Gazete’de duyurulan “235 Sözleşmeli Personel Alım İlanı”nda ise; (bir önceki yıl sözleşmeli personel alım ilanında da mevcut olan ortak kriterler hariç olmak üzere) “(...)18 yaşını tamamlamış olmak” şeklindeki alt yaş sınırlamasına ilaveten “Son başvuru tarihi itibarıyla 35 (otuz beş) yaşını doldurmamış olmak” şeklinde üst yaş sınırının belirlendiği; yine yerleştirmeye esas alınan ilanın koşullar bölümünde arkeolog pozisyonunda istihdam edilmek üzere alınacak olan 40 sözleşmeli personelde otuz beş yaşından gün almamış olmalarının şart olarak koşulduğu, “Arazi ve şantiye şartlarında çalışmaya engel hali bulunmamak” halinin adaylarda aranan özel şartlar arasında yinelenildiği ve başvuru yapılacak iller ile kontenjanlarının belirlendiği görülmüştür.

4. Bu kapsamda 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin ek 26’ncı maddesi incelendiğinde, istihdam edilecek personellerin Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı karamamelerinde öngörülmesi kaydıyla; 657 sayılı Kanun’a ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlere bağlı olmaksızın, özel bilgi ve uzmanlık gerektiren geçici mahiyetteki işlerde, yerli veya yabancı personel tam zamanlı, kısmi zamanlı veya projelerle sınırlı olarak sözleşmeyle istihdam edilebileceği düzenlenmiştir. Maddenin altıncı fıkrasında ise “Bu kapsamda istihdam edilecek personelde kurumsal hizmetlerin gerektirmesi halinde aranacak öğrenim ve yabancı dil bilgisi şartı ile diğer şartlar, bunların işe alınmaları, sınav ve istisnaları, sözleşme süre, usul ve esasları, görev, yetki ve yükümlülükleri, sözleşmelerinin feshi ile istihdamlarına dair diğer hususlar Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınarak kurumlarca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” hükmü bulunmaktadır.

5. Bilindiği üzere doğrudan ayrımcılık yasağının ihlali, yasal bir düzenlemenin kapsamına bir grubun alınmaması veya o grubun açıkça bir hukuki düzenlemenin içeriğinin/kapsamının dışında tutulması

Bu belge, güvenli elektronik imza ile imzalanmıştır.

Belge Doğrulama Kodu :

Adres: Mithatpaşa Cad. No: 52 06420 Kızılay-ANKARA

Telefon No : 4227800 Fax No : 4227899

e-Posta : / Kep Adresi : tihek@hs01.kep.tr

İnternet Adresi : <http://www.tihek.gov.tr/>

şeklinde norm düzeyinde ortaya çıkabileceği gibi ayrımcı olmayan bir normun ayrımcılık içerecek şekilde yorumlanması neticesinde örtük olarak uygulama düzeyinde de ortaya çıkabilmektedir (Ulaş Karan, Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi, Anayasa Yargısı, Cilt: 32, Sayı: 1, 2015, s. 241). Kurumumuz tarafından 2022 yılında verilen engellilik temelinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiği hususunun tespit edildiği bir kararda, ayrımcılığın norm düzeyinde de gerçekleşebileceği belirtilmiş; engelli bireylerin bir düzenlemenin kapsamına alınmaması veya düzenlemenin dışında tutulması yahut ilgili normun güncellenmemesinin norm düzeyinde doğrudan ayrımcılığa yol açabileceği (TİHEK, B. No: 2021/989, K. No: 2022/433, 28/6/2022, para. 31); yalnızca norm düzeyinde yönetmelik hükümlerinin baz alınarak işlem tahsis edilmesinin bireyi tek tipleştiren bir anlayışla yorum yapılması riski ile karşı karşıya bıraktığı değerlendirilmiştir (TİHEK, B. No: 2021/989, K. No: 2022/433, 28/6/2022, para. 33).

6. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine ilişkin temel içtihadımız söz konusu başvuru açısından nazara alındığında; sözleşmeli personel istihdamı yapacak kurumların çıkaracakları yönetmeliklerle istihdam edilecek personellerde aranacak şartları belirleyebilecekleri öngörülmüşken; bu şartların belirlenmesinde ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil eden ve eşitlik ilkesini zedeleyen norm düzenlemelerine yer verilemeyeceği hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

7. Bunun yanı sıra, Kurumumuzun personel istihdamına ilişkin düzenlemelerde kamu hizmetine girişte yaş sınırı konulmasına dair içtihadı göz önünde bulundurulduğunda; 6701 sayılı Kanun'a göre bir kişinin hukukten tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit bir şekilde yararlanmasını yaşı nedeniyle engelleyen veya zorlaştıran her türlü muamele, yaş temelinde ayrımcılık oluşturmaktadır. Bu doğrultuda yapılacak personel alımlarında özel şartların öngörülmesiyle, aynı durumdakiler arasında farklı muameleye sebep olunabilecektir. Bu hallerde farklı muamelenin ayrımcılık yasağını ihlal edip etmediği; söz konusu farklı muamelenin meşru bir amaç taşıması, nesnel ve haklı bir gerekçenin bulunması, ölçülü olup olmadığı ve 6701 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde sayılan istisnanın kapsamına girip girmediği yönünden yapılacak değerlendirmeye anlaşılacaktır (TİHEK, B. No: 2022/854, K. No: 2023/500, 13/6/2023, para. 25; TİHEK, B. No: 2022/1472, K. No: 2023/499, 13/6/2023, para. 26).

8. Danıştay Başkanlığının yerleşik içtihatlarında; istihdam edilecek personel için yaş şartı, istihdamı gerçekleştirecek idare tarafından yapılan ilanla duyurulsa da böyle bir düzenlemenin kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında yer alması gerektiği, 657 sayılı Kanun'un 48/B maddesi ilgili kurumlara özel şartları belirleme yetkisi tanısa da bu yetkinin normlar hiyerarşisinde yer alan kanun, yönetmelik gibi bir düzenleme ile yapılması gerektiği; bu kapsamda kamu personeline ilişkin bir düzenlemenin sınav ilanı ile yapılmasının hukuka aykırılık oluşturduğuna karar verilmiştir (Danıştay Başkanlığı, 12. D., E. 2006/970 K. 2006/4488 T. 8/11/2006).

9. Öte yandan 4.3.2006 günlü ve 26098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 1'inci maddesinde de "*Kamu kurum ve kuruluşları kanunlarda ya da kanunların bu konuya dair düzenleme yetkisi öngördüğü tüzük ve yönetmeliklerde yer alan Özel hükümler*

Bu belge, güvenli elektronik imza ile imzalanmıştır.

Belge Doğrulama Kodu :

Adres: Mithatpaşa Cad. No: 52 06420 Kızılay-ANKARA

Telefon No : 4227800 Fax No : 4227899

e-Posta : / Kep Adresi : tihek@hs01.kep.tr

İnternet Adresi : <http://www.tih.gov.tr/>

haricinde, merkezi yerleştirme yapılmasını talep edecekleri kadro ve pozisyonlar için yaş sınırı tespit edemezler" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir (Danıştay Başkanlığı, 12.D., E. 2006/295, K. 2008/1237, T. 27/2/2008). Bu düzenleme ile yapılacak merkezi atamalarda asgari yaş şartına dair bir standart belirlenmiş; üst yaş sınırı ise tespit edilmeyerek ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının kanunlarında veya personel rejimini düzenleyen yönetmeliklerinde özel bir hüküm bulunması halinde üst yaş sınırının tespit edilebileceği objektif kriter olarak belirlenmiştir.

10. 657 sayılı Kanun'un ek 40'ıncı maddesinin birinci fıkrası "*Mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alınan ve 36 ncı maddenin "Ortak Hükümler" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan kadrolara atanmak amacıyla kurumlarca yapılacak olan özel yarışma sınavlarına başvurularda üst yaş sınırı; özel mevzuatında yer alan yaş şartına ilişkin hükümlere bağlı kalınmaksızın giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının birinci günü itibarıyla otuz beş yaşını doldurmamış olmak şeklinde uygulanır.*" hükmünü ihtiva etmektedir. Buna göre, mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alınan ve uzman, müfettiş, denetçi, kontrolör, denetmen ve aktüer kadroları ile özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları tarafından mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alınan KPSS (A) grubunda yer alan kariyer kadrolarında üst yaş sınırı belirlenmesinin hukuka ve yasaya aykırılığı ileri sürülemeyecektir.

11. 6/6/1978 tarihli ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Esasların Ek 2'nci maddesine dayanarak hazırlanan ve Bakanlık Makamının 27/1/2023 tarihli ve 3435294 sayılı Oluru ile yürürlüğe giren Kültür ve Turizm Bakanlığı Sözleşmeli Personel Alımı Usul ve Esaslarında Bakanlık sözleşmeli personel pozisyonlarına ilk defa atanacakların giriş sınavlarına ve atanmalarına ilişkin hususların düzenlendiği, bu esasların Bakanlık merkez ve taşra teşkilatında 657 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin (B) fıkrasına göre istihdam edilen mimar, mühendis, şehir plancısı, diğer teknik hizmet personeli, arkeolog, kütüphaneci, müze araştırmacısı, tekniker ve teknisyen unvanlı sözleşmeli personel pozisyonlarına ilk defa atanacakları kapsadığı anlaşılmıştır.

12. Kültür ve Turizm Bakanlığı Sözleşmeli Personel Alımı Usul ve Esaslarının "*Giriş sınavı başvuru şartları*" başlıklı 6'ncı maddesinde giriş sınavına girecek olan kişilerde aranacak kriterlere yer verilmiş olup aranan niteliklerin "*657 sayılı Kanun'un 48'nci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin 4,5,6,7 ve 8 inci alt bentlerinde getirilen genel şartları taşımak; başvuru tarihi itibarıyla geçerlilik süresi dolmamış Bakanlıkça belirlenmiş KPSS (B) puan türünden, giriş sınavı ilanında belirtilmiş olan asgari puanı almış olmak; son başvuru tarihi itibarıyla duyuruda pozisyonlar itibarıyla belirlenen öğrenim mezunu olmak*" haricinde bir şartta yer verilmemiş olduğu anlaşılmıştır. Yaş sınırının herhangi bir alt düzenleyici işlem haricinde bir ilan ile getirilmesi, Anayasa ile koruma altına alınan bir hak olan çalışma hakkının kısıtlanması veya kullanılmasının engellenmesi sonucunu da doğurmaktadır.

Bu belge, güvenli elektronik imza ile imzalanmıştır.

Belge Doğrulama Kodu :

Adres: Mithatpaşa Cad. No: 52 06420 Kızılay-ANKARA

Telefon No : 4227800 Fax No : 4227899

e-Posta : / Kep Adresi : tihek@hs01.kep.tr

İnternet Adresi : <http://www.tihek.gov.tr/>

13. Bununla birlikte, muhatap tarafından ileri sürülen daha zor arazi ve çalışma şartlarına sahip 11 deprem iline yönelik sözleşmeli arkeolog alımında mazeret bildiri ile başka illere naklen atama talep edilmesinin önüne geçmek maksadı taşıdıkları şeklindeki açıklamanın sözleşmeli personel alımında otuz beş yaş üst sınırı belirlenmesi ile illiyet bağının bulunmadığı değerlendirilmiştir.

14. Arkeolog mesleğini ifa edebilmek için otuz beş yaşından gün almamış olmak şartının mesleğin gerektirdiği niteliklerle ilgisi bulunmayan bir şart olduğu, otuz beş yaşını geçen birisinin arkeolog mesleğini icra edemeyeceği gibi bir anlam çıkarılmayacağından ve sağlık durumu arkeolog mesleğinin icrasına elverişli olmayan kişilerin durumunun kişi özelinde tespit edilebileceğinden dolayı görevin gerektirdiği niteliklerle ilgisi olmayan üst yaş sınırlamasının yaş temelinde doğrudan ayrımcılık teşkil ettiği açıktır. Kaldı ki otuz beş yaşın üstündeki kişilerin arkeolog mesleğini icra edemeyeceğine dair bilimsel bir tespit bulunmadığı gibi söz konusu farklı muamelenin kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uygun olmayan işlerde çalıştırılmayacağı hususunun düzenlendiği Anayasa'nın 50'nci maddesine ve kamu hizmetine giriş hakkının düzenlendiği 70'inci maddesine aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmiştir.

15. İdare hukuku alanında eşitlik ilkesinin uygulanması 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 (Danıştay Başkanlığı, 12. D., E. 2017/204, K. 2019/7807, T. 21/10/2019).

16. Anayasa'nın "Genel esaslar" bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin sayılan organlar, kuruluşlar ve kişiler açısından da geçerli olduğu açıktır. Bunun haricinde Anayasa'nın 10'uncu maddesinde ise herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu; Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları hüküm altına alınmıştır (AYM, *Tuğba Arslan*, B. No: 2014/256, 25/6/2014, para. 110).

17. Muhatap tarafından duyurulan sözleşmeli personel alımı ilanlarında 2022 yılında aynı mesleğin istihdam sürecinde üst yaş sınırı tespit edilmezken bir sonraki yıl olan 2023 senesindeki ilanda üst yaş sınırı kriterinin getirilmesi; kabul edilebilir yaş sınırları arasında kurum içerisinde tekdüzelik olmadığı, aynı meslek diplomasına sahip kişilerin kamu hizmetine girmede eşit fırsatlara sahip olmadığı, idarenin personel alımı ilanlarında hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesi ile bağdaşmayan birtakım uygulamalar yürüttüğü sonucunu ortaya koymaktadır. Kaldı ki bu husus Anayasa'da yer alan, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım gözetilemeyeceği hükmüne ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

18. Yukarıda anlatılan tüm hususlar birlikte ele alındığında; başvuranın atanacağı Kurumun özel mevzuatında yaş ile ilgili olarak herhangi bir objektif kriter getirilmediği halde ilan ile getirilen sınırlandırıcı istihdam koşulları belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği kanaatiyle; yaş temelinde ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği yönündeki çoğunluk kararına iştirak

Bu belge, güvenli elektronik imza ile imzalanmıştır.

Belge Doğrulama Kodu :

Adres: Mithatpaşa Cad. No: 52 06420 Kızılay-ANKARA

Telefon No : 4227800 Fax No : 4227899

e-Posta : / Kep Adresi : tihek@hs01.kep.tr

İnternet Adresi : <http://www.tihek.gov.tr/>

edilmemiştir.

e-imzalıdır

Av. Zennure BER
Kurul Üyesi

e-imzalıdır

Dilek ERTÜRK
Kurul Üyesi

Bu belge, güvenli elektronik imza ile imzalanmıştır.

Belge Doğrulama Kodu :

Adres: Mithatpaşa Cad. No: 52 06420 Kızılay-ANKARA

Telefon No : 4227800 Fax No : 4227899

e-Posta : / Kep Adresi : tihek@hs01.kep.tr

İnternet Adresi : <http://www.tihek.gov.tr/>