

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRK DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA KAMU HİZMETLERİNE GİRMEDE CİNSİYET AYRIMI

Araş. Gör. Emine Cin*

GİRİŞ

İnsan hakları mevzuatının temel dinamiklerinden birisini oluşturan eşitlik ilkesi, özgürlüklerin gerçekleşme koşulu ve teminatı olarak genel bir kurucu ilkedir¹. Sözcük anlamı itibariyle iki şeyin aynı ya da özdeş olması anlamına gelen gerçek eşitlik, hukuksal eşitlik ile aynı anlamı ifade etmemektedir. Hukuksal eşitlik özdeş durumlarda aynı çözümlerin, farklı durumlarda ise farklı işlemlerin uygulanması anlamına gelmektedir. Eşitlik ilkesi bir taraftan hukuk kurallarının genel olmasını, diğer taraftan bireylere eşit davranılmasını gerektirmektedir². Eşitlik ilkesinin kapsadığı uygulama alanları kanun önünde eşitlik, adalet önünde eşitlik, kadın ve erkek arasında eşitlik, eğitim eşitliği, kamu hizmetlerine girişte eşitlik gibi sıralanmaktadır³. Eşitlik ilkesi, demokrasi ve hukuk devletinin bir kazanımı olarak bireyi keyfi muamelelere karşı korumakta ve bu niteliği itibariyle uluslararası insan hakları belgelerinde ve ulusal anayasalarda yer almaktadır. Nitekim eşitlik ilkesi 1921 Anayasası hariç tüm anayasalarımızda düzenlenmiştir. Son olarak 1982 Anayasasının 10. maddesinde eşitlik ilkesine açıkça yer verilmiştir.

İnsanlık tarihi boyunca eşitlik, içerisinde bulunulan döneme göre farklı şekillerde algılanmıştır. Antik dönem ve Ortaçağ siyasi sistemleri eşitliği kurucu bir ilke olarak görmemiştir. Ancak feodal toplum yapısının aşınmaya başlaması ile birlikte eşitlik, sosyal yaşamı düzenleyen bir ilke olarak ortaya çıkmış ve nihayet Fransız Devrimi'nin "eşitlik, kardeşlik, özgürlük" sloganı ile tüm dünyada yankı bulmuş ve geleceğin siyasi sistemlerinin ilham kaynağı olmuştur⁴.

* Gazi Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD.

¹ İBA Şeref, "Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği", Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 39, Sayı: 1, Mart 2006, s. 2.

² ERDOĞAN Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997, s. 79.

³ KABOĞLU İbrahim Ö. Özgürlükler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 20.

⁴ KORKUT Levent, Ayrımcılık Karşıtı Hukuk, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara 2009, s. 13.

Uluslararası temel insan hakları belgelerinin başucu hükümlerinden biri olan ayrımcılık yasağı ile hukuksal eşitlik ilkesi iç içe geçmiş kavramlardır. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı aynı gerçeğin birbirinden ayrılmaz, biri olumlu diğeri olumsuz iki yüzünü oluşturan, açıkça belirtilmeyen durumlarda dahi örtülü olarak birbirini içeren hatta birbirinin onusuz olmaz koşulunu oluşturan ilkelere⁵. Netice itibarıyla her türlü ayrımcılığa karşı temel hareket noktası eşitlik talebidir. Böyle olmakla birlikte, hukuksal eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının yöneldiği kişiler farklılık arz etmektedir. Hukuksal eşitlik yani yasa önünde eşitlik bireye tanınan bir hak olmasına karşın, ayırım gözetmeme ilkesi devletin üstlendiği bir yükümlülüktür⁶.

Eşitlik ilkesi aynı durumda olanlara eşit bir biçimde davranılmasını ve farklı durumda olanlara farklı muamele yapılmasını gerektirir ki, bu gerekleri objektif ve haklı bir neden olmaksızın uymamak ayrımcılık yaratmak şeklinde yorumlanmaktadır⁷. Nitekim aşağıda değinilecek olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, ayrımcılık yasağını bu şekilde yorumlamaktadır⁸.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE AYRIMCILIK YASAĞI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “ayrımcılık” bir kavram olarak tanımlanmamakla birlikte “ayrımcılık yasağı” iki farklı ilke ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden ilki Sözleşme’nin “ayrımcılık yasağı” başlığını taşıyan 14. maddesidir. Sözleşmenin 14. maddesi uyarınca “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 bir başka durum bakımından hiçbir ayrıcalık yapılmadan” sağlanmak durumundadır. Sözleşmenin söz konusu hükmü, güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada eşitliği sağlayarak ayrımcılığı önlemektedir. Sözleşmenin 14. maddesi ile düzenlenen ayrımcılık yasağı, bağımsız bir eşitlik ilkesi olarak kabul edilmemekte, sınırlı bir koruma sağladığı belirtilmektedir⁹. Çünkü Sözleşmenin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı, yalnızca Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri koruma altına almakta, bununla birlikte ayrımcılık eyleminin kendisi bir insan hakları ihlali olarak düzenlenmemektedir.

Ayrımcılıkla ilgili diğer bir düzenleme olan Sözleşmenin ek 12 nolu protokolü ile nihayet genel ayrımcılık yasağı, Sözleşmenin sistemine dâhil edilmiştir. Sözleşmenin ek 12 nolu protokolünün 1. maddesi ayrımcılığı, sadece Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükler bakımından değil, genel olarak yasakla-

⁵ GÜLMEZ Mesut, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Belediye-İş Sendikası, Ankara 2009, s. 9.

⁶ ALPKAYA Gökçen, “Uluslararası Hukukta Kadının Durumuna İlişkin Bazı Veriler”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Gündüz ÖKÇEN’e Armağan, C: 47, S: 1-2, Y: 1992, s. 13.

⁷ ALİFENDİOĞLU Yılmaz, “Eşitlik İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, İstanbul 1999, s. 80.

⁸ İNCEOĞLU Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y: 2006/4, s. 56.

⁹ İNCEOĞLU, s. 56.

maktadır. Ek 12 nolu protokolün 1 maddesi Sözleşmenin 14. maddesinden farklı olarak “Hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma...” ifadesine yer vererek bağımsız ve genel bir ayrımcılık yasağı öngörmektedir. Böylece, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından genel olarak ayrımcılık yasağı, ek 12 nolu protokol ile bağımsız bir ihlal türü olarak doğrudan doğruya düzenlenmiş olmaktadır.

Genel ayrımcılık yasağını düzenleyen ek 12 nolu protokol, imzalayan devlet sayısının 10’a çıkmasının ardından 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş, ülkemiz tarafından 18 Nisan 2001 tarihinde imzalanmış ancak henüz onaylanmadığı için protokole taraf ülke olunamamıştır. 12. protokol Türkiye bakımından henüz bağlayıcı bir nitelik taşımadığı ve yakın zamanda yürürlüğe girdiği için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu hususta henüz yeterince içtihadı oluşmamıştır. Bu nedenle, çalışmamızda yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ayrımcılık yasağı başlığını taşıyan 14. maddesi ele alınacak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu maddeye ilişkin kararları incelenecektir.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NİN AYRIMCILIK YASAĞINA İLİŞKİN KARARLARI VE YORUMU

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesini Sözleşme ve protokollerde yer alan diğer hükümleri tamamlayıcı nitelikte bir kural olarak değerlendirmektedir. Nitekim bir kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ayrımcılık yasağını düzenleyen Sözleşmenin 14. maddesine ilişkin olarak şunları ifade etmiştir: “14. madde sözleşmenin ve protokollerinin maddi hükümlerinin tamamlayıcısı niteliğindedir. Yalnızca bu hükümlerin güvence altına alındığı hakların ve özgürlüklerin kullanılmasıyla bağlantılı olarak bir etkisinin olması nedeniyle bağımsız bir varlığa sahip değildir. 14. maddenin uygulanması bu hükümlerin ihlal edilmiş olması koşuluna bağlı değilse de maddenin otonomluğu bu kadardır ve davayı oluşturan olaylar bu hükümlerin bir ya da birkaçının sınırları içinde kalmadıkça 14. maddenin uygulanmasına yer bulunmamaktadır”¹⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “ayrımcılık yasağı” hakkındaki incelemesi üç boyutlu olup, öncelikle Mahkeme Sözleşmede yer alan bir hakkın ve benzer bir durumun varlığını araştırmakta, daha sonra benzer durumda olan bireyler arasında hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından fark gözetilip gözetilmediğini saptamakta eğer fark gözetilmiş ise, Devlet in sahip olduğu takdir marjını göz önünde bulundurarak, söz konusu farkın objektif ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığını, amaç-araç orantısını sorgulayarak değerlendirmektedir¹¹. Görüldüğü üzere Mahkemenin ayrımcılık yasağına ilişkin ana kriteri “eşit durumdakilere eşit muamelenin yapılması”dır. Ancak kıyaslanan iki durum arasında eşitlik yoksa bu durumda Mahkeme, farklılaşmanın objektif ve makul bir sebebe dayanıp dayanmadığını incelemekte ve kullanılan araçla elde edilmek istenen amaç arasındaki orantılılık durumunu irdede-

¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Botta/İtalya, 24.2.1998, C-4.12.1996, Seri A, 1998-1.

¹¹ ERGÜL Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara 2004, s. 275.

lemektedir. Nitekim Belçika Eğitim Dili Davasında Mahkeme ayrımcılık yasasına ilişkin olarak şunları söylemiştir: “Sözleşmenin 14. maddesi hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanamaz. Belirli bir farklılaşma, hiçbir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele prensibinin ihlal edildiği kabul edilir... Makul bir sebebin var olup olmadığı, a) Ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki b) Kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık, söz konusu toplumun yaşamını belirleyen hukuki ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilebilir”¹². Belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi her somut olayda, farklı muamele yapılması konusunda haklı bir neden olup olmadığını, içinde bulunulan toplumla bağlantılı olarak başvuru konusu tasarrufun amacı ile kullanılan araç arasındaki ilişki ve orantılılığı bakımından değerlendirerek sonuca ulaşmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bugüne değin pek çok kararında Sözleşmenin 14. maddesi açısından değerlendirme yapmış ve bazılarında ihlal kararı vermiştir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karlheinz-Schmidt-Almanya davasında sadece erkeklerin itfaiye teşkilatında çalışmak ya da bunun yerine mali yükümlülükler ödemesi şeklindeki tasarruf bakımından, cinsiyetler arasında farklı muamele yapılması noktasında ihlal kararı vererek şu yönde görüş bildirmiştir: “Sözleşmenin 14. maddesi bakımından objektif ve makul haklı bir sebebe dayanmayan yani meşru bir amaca sahip olmayan ve kullanılan araçla amaç arasında makul bir orantı bulunmayan farklı muamele ayrımcılık sayılır. Sözleşmeci devletler hangi farklı muamelenin ne ölçüde haklı görülebileceğine dair belirli bir takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, sadece cinsiyete dayanan farklı bir muamelenin Sözleşmeye uygun olduğuna dair Mahkemenin önüne çok esaslı gerekçelerin getirilmesi gerekir... Bu tür bir mali yükümlülük yüklerken cinsiyete dayalı farklı muamele yapılması haklı görülmez. Bu nedenle zorla çalıştırma yasağı bakımından ayrımcılık yasasının ihlal edildiği sonucuna varılmalıdır”¹³.

Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı kararında Mahkeme, Birleşik Krallık-taki göçmenlik kurallarını değerlendirmiştir. Buna göre Birleşik Krallıkta yasal olarak ikamet eden bir kadının resmi evli olduğu eşi için kalma izni alması, aynı durumdaki bir erkeğin eşi için kalma izni almasından daha zor koşullara bağlanmıştır. Hükümete göre bu tasarrufun amacı, kendi iş gücü pazarını korumak ve kamu menfaatini bu yolla gerçekleştirmektir. Mahkeme Hükümetin savunmasını meşru bulmuş fakat ulaşılmak istenen amaç ile söz konusu tasarrufun birbiriyle orantılı olmaması nedeniyle yapılan işlemi haklı bulmamıştır¹⁴. Mahkeme bu kararında cinsiyetlerin eşitliğine ve cinsiyet nedeniyle ayrımcılığa da değinerek, “cinsiyetlerin eşitliğini ilerletmenin bugün artık Av-

¹² Belçika Eğitim Dili Davası, Çeviren: Osman DOĞRU, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C: I, Editör: Osman DOĞRU, Editör Yardımcısı: Sibel İNCEOĞLU, Hasan Kemal ELBAN, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1998, s. 39.

¹³ DUTERTRE Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Avrupa Konseyi, Ankara 2007, s. 423.

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı Kararı, Karar Sıra No: 101, Karar Tarihi: 28.05.1985, Başvuru No: 9214/80, Bakınız: <http://ihami.anadolu.edu.tr>, Erişim Tarihi: 25.03.2010.

rupa Konseyi'ne üye devletlerin başlıca amaçlarından biri olduğunu" vurgulamıştır¹⁵. Mahkeme ayrıca cinsiyet esasına dayanan farklı bir muamelenin ancak çok güçlü sebepleri olması halinde Sözleşme'ye uygun görülebileceğini ifade etmiştir¹⁶.

Kamu hizmetine girme hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde açıkça düzenlenmediği için ayrımcılık yasağı bağlamında kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımı yapılması hususu, Sözleşme hükümlerini uygulamakla yükümlü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında açıkça yer almamaktadır. Nitekim Glasenapp Almanya kararında Mahkeme bu hususu şu şekilde dile getirmiştir: "10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 21(2). fıkrasında "herkesin ülkesindeki kamu hizmetlerine girmede eşit hakka sahip olduğu", 16 Aralık 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 25. maddesinde "her vatandaşın...genel eşitlik ilkesine uygun olarak, ülkesinde kamu hizmetlerine girme ...hakkı ve imkanı" olduğunu belirtmektedir. Buna karşılık ne Avrupa Sözleşmesi ve ne de Protokolleri böyle bir hak getirmiştir. Dahası, Hükümetin haklı olarak ifade ettiği gibi, imzacı devletler kasten böyle bir hakkı dâhil etmemişlerdir. Dördüncü ve Yedinci protokollerin hazırlanış süreci bu durumu tereddüde yer bırakmayacak şekilde göstermektedir. Ayrıca 7. protokolün ilk taslağına Evrensel Bildiri'nin 21(2). fıkrasındaki ve Uluslararası Sözleşme'nin 25. maddesindeki hükümlere benzer bir hüküm konmuş, ancak bu hüküm daha sonra çıkarılmıştır. O halde buna Avrupa belgelerinde yer verilmemesi tesadüfi değildir; Sözleşmenin Başlangıç bölümünde de söylendiği gibi Avrupa belgeleri, Evrensel Bildiri'de belirtilen haklardan "bazıları"nın kolektif bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere yapılmışlardır"¹⁷.

III. KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKI

Yirminci yüzyılın başında idare hukukunun uygulama alanının ve idari yargının görev alanının belirlenmesinde temel ölçüt kabul edilen "kamu hizmeti" kavramının günümüzde bir kimlik bunalımı geçirdiği ileri sürülmektedir¹⁸. İdare hukukunun temelini açıklayan, idari yargının görev alanını belirleyen, idari faaliyetin konusunu oluşturan ve idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti kavramının gerek öğretide gerekse yargı kararlarında henüz herkes tarafından kabul edilebilir bir tanımı yapılamamıştır.

¹⁵ GOMIEN Dona, HARRIS David, ZWAAK Leo, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1996, s. 347.

¹⁶ MERRILLS J.G., The Development of International Law by the European Court of Human Rights, Manchester University Press, New York 1995, s. 171.

¹⁷ Avrupa İnsan Mahkemesinin 'Glasenapp/Almanya' Kararı, Karar Sıra No: 114, Karar Tarihi: 28.08.1986, Başvuru No: 9228/80, Bakınız: <http://ihami.anadolu.edu.tr>, Erişim Tarihi: 28.03.2010.

¹⁸ TAN Turgut, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", Anayasa Yargısı, C: 8, Ankara 1991, s. 233. Ayrıca bakınız: ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul 2004, s. 11; KARAHANOGULLARI Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 2.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, “kamu hizmeti kavramının belirsizliği noktasında görüş birliği olduğunu ve kamu hizmetinin çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışıldığını” belirttikten sonra, kamu hizmetini şu şekilde tanımlamıştır: “En geniş tanımına göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir”¹⁹. Danıştay’ın da bazı kararlarında kamu hizmetini tanımladığı görülmektedir. Bu bağlamda Danıştay bir kararında kamu hizmetini, “umuma arz edilen sürekli ve düzenli bir biçimde işlemesi zorunlu, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla kanunla kurulan idarenin, doğrudan ya da yakın gözetim ve sorumluluğu altında kamusal yetki ve usuller kullanarak yürüttüğü faaliyetlerdir. Bu faaliyetler, Anayasanın 128. maddesinde de belirtildiği gibi genel idare esaslarına göre yürütülür”²⁰.

Kamu idaresinin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu görevlerini sunanlar idarenin insan unsurunu oluşturmaktadır. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde idarenin üstlenmiş bulunduğu kamusal görevlerin gerektiği şekilde yerine getirilebilmesi için insan unsurunun, nitelikli ve yeterli donanımına sahip olması gerekmektedir. Danıştay’ın bir kararında belirttiği üzere idarenin varlık sebeplerinden birisi olan ve hatta en önemlisi olan kamu hizmeti sunma görevi, ancak yeterli donanıma sahip personel tarafından başarıyla ve gereği gibi yerine getirilebilir²¹.

İdarenin insan unsurunu oluşturan kamu görevlileri, kamu idaresi içerisinde oluşturulmuş kuruluş veya kurumlarda kamu hizmeti sunmaktadırlar²². Kamu görevlisi kavramı geniş anlamda, kamu kesiminde görev ifa eden hukuksal durumları birbirlerinden farklı olan tüm kamu görevlilerini kapsamaktadır. Dar anlamda kamu görevlisi ise, devletin siyasi yapısını kuran organdaki görevliler ve kamu kesiminde özel hukuk hükümlerine tabi olan görevliler dışında kalan kamu görevlilerini ifade etmektedir²³. 1982 Anayasasının 128. maddesinde “Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür” hükmüne yer verilerek kamu hizmetinde çalışan görevlilere ilişkin genel esaslar düzenlenmiştir. Anayasanın bu hükmü uyarınca dar anlamda kamu görevlisi kavramı, kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten “memurlar” ve “diğer kamu görevlileri”ni kapsamaktadır.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, Karar Günü: 9.12.1994, Esas Sayısı: 1994/43, Karar Sayısı: 1994/42-2, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C: 1, S: 31, s. 300 vd.

²⁰ Danıştay 1. Dairesi, Karar Yılı: 2000, Karar No: 59, Esas Yılı: 2000, Esas No: 29, <http://www.anayasa.gov.tr./Kararlar Bilgi Bankası>, Erişim Tarihi: 29.03.2010.

²¹ Danıştay 5. Dairesi, Karar Yılı: 2004, Karar No: 5187, Esas Yılı: 2004, Esas No: 3658, <http://www.anayasa.gov.tr./Kararlar Bilgi Bankası>, Erişim Tarihi: 12.12.2010

²² Devlet Memurları El Kitabı, TODAİE Yayınları, No: 216, Ankara 1986, s. 51.

²³ AKYILMAZ/SEZGİNLER/KAYA, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 546.

Netice itibarıyla, insanlığın yaşamını idame ettirebilmesi, maddi ve manevi ihtiyaçlarını gidermesi için gerekli olan çalışma zorunluluğunun bir boyutunu oluşturan ve bireyin kamu kurum ve kuruluşlarında “memur” veya “diğer kamu görevlisi” olarak çalışabilmesini ifade eden kamu hizmetine girme hakkı da uluslararası hukukta ve çeşitli ülkelerin anayasalarında bir hak statüsünde kabul edilerek güvence altına alınmıştır²⁴.

A. Kamu Hizmetine Girme Hakkının Uluslararası Sözleşmelerde Düzenleniş Biçimi

Kamu hizmetine girme hakkının tarihi gelişim seyrinde öncelikle belirlenmesi gereken düzenleme 1789 Fransız İnsan Hakları Beyannamesi'nin 6. maddesidir. Bu maddede, kanun önünde eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak herkesin kamu görevlerine girmede eşit muameleye tabi tutulması gerektiği belirtilmiştir²⁵.

İnsanlık tarihinde ilk kez egemen devletlerin bir araya gelerek insan haklarını her devletin kendi iç işi olmaktan çıkarıp insanlığın ortak sorunu haline dönüştürdükleri bir belge olma özelliğini taşıyan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, kamu hizmetine girme hakkını düzenleyerek bu hakkın ne denli önemli olduğunu ortaya koymuş bulunmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 21. maddesinin 2. fıkrası “herkes” sözcüğünü kullanarak “vatandaşı olduğu ülkede insanların, eşit bir şekilde kamu hizmetlerine girebilme hakkının” bulunduğu işaret etmektedir²⁶.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin yanısıra “Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme”, uluslararası hukuk bağlamında kamu hizmetine girme hakkını güvence altına almaktadır. Şöyle ki, Her Türlü İrk Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 5/c maddesi uyarınca herkesin “Siyasi haklar özellikle evrensel ve eşit oy hakkı temelinde seçimlere katılmak –seçme ve seçilme-, hükümette ve her düzeyde kamu yönetiminde yer almak ve kamu hizmetlerine eşit koşullarda girme hakkı” bulunduğu belirtilmiştir²⁷. Yine “Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesinin” 25. maddesi uyarınca, her vatandaş kendi ülkesinde genel eşitlik ilkesine uygun olarak kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Bir diğer önemli uluslararası belge ise ülkemizin de onaylamış bulunduğu “Milletlerarası Çalışma Teşkilatı” (ILO) tarafından kabul edilen İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Kaldırılması Hakkındaki 111 sayılı Sözleşmedir. Söz konusu sözleşmede “meslek ve iş edinmede ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşee bakımından herhangi bir ayrımcılık yapılamayacağı” hüküm altına alınmıştır.

²⁴ SEZER Yasin, *Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 165.

²⁵ BEREKET Zuhal, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayınları*, Ankara 1996, s. 56.

²⁶ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 21/2: “Herkes ülkesinin kamu hizmetlerine eşitlikle girme hakkına sahiptir.”

²⁷ MEMİŞ Emin, “Mevzuatımızda ve Uygulamada Kamu Hizmetlerine Girme/Çekilme Hakları, Arşiv Araştırması ve Güvenlik Soruşturması Analizleri”, *Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu*, Eskişehir 4-5 Nisan 2003, s. 218.

Zira bu alanda yapılacak her tür ayırım insan onuru ile bağdaşmamakta ve özellikle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile güvence altına alınan hakları ortadan kaldıracı mahiyette bulunmaktadır.

Genel nitelikli bu uluslararası sözleşmelerin yanısıra özel niteliğiyle kadınlara kamuda çalışma hakkı veren “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi”, kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığını reddetmektedir. Sözleşmenin 7. maddesine göre, “Hükümet politikasının hazırlanmasına ve uygulanmasına katılmak, kamu görevinde bulunabilmek ve hükümetin her kademesinde kamu görevleri ifa etmek” haklarını taraf devletler, kadın ve erkeklere eşit şartlarla sağlamak durumundadır. Söz konusu Sözleşme ile kadınıla erkek arasındaki hukuksal eşitsizliğin ortadan kaldırılması amaçlanmış ve Sözleşmenin 11. maddesiyle de çalışma hakkı yönünden ayrımcılığın önlenmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. Buna paralel olarak, sözleşme kurallarının devletlerce uygulanmasında gerçekleştirilen ilerlemeleri incelemek amacıyla “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi” oluşturulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise ayrımcılık yasağını 14. maddesinde düzenlemiş iken, kamu hizmetine girme hakkını ve bu bağlamda kamu hizmetine girmede ayrımcılık yasağını açıkça düzenlememiştir. Ancak Sözleşmenin ek 12 nolu protokolü uyarınca hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, servet, doğum veya başka bir statüden kaynaklanan herhangi bir nedenle ayırım yapılmaksızın sağlanmak zorunda olduğuna göre, şüphesiz hukuk tarafından tanınan kamu hizmetine girme hakkı da cinsiyet, ırk, renk, dil vb. ayırım yapılmaksızın sağlanmak durumundadır. Böylece konu, bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kapsamına dâhil edilmiş olmaktadır²⁸.

Tüm bu açıklamalar ışığında, uluslararası sözleşmelerin kamu hizmetine girme hakkını kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirerek yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan çalışma hakkının bir gereği olarak gördüğünü ifade etmek yerindedir. Uluslararası sözleşmelerin tarafı olan devletler ise, diğer devletlerle imzaladıkları uluslararası belgelerde kamu hizmetine girme hakkını bir hak statüsü tanıyarak koruma altına almakta ve ayrımcılık yasağını kabul etmektedir. Ancak devletler, bu hakkın kullanımına kamu yararı, ulusal güvenlik, kamu sağlığı ya da genel ahlakın korunması gibi gerekçelerle yasayla belirlenen sınırlamalar getirebilmektedirler. Elbette ki sınırlama sebeplerinin makul ve inandırıcı olması, amaçla aracın uyumlu bulunması gerekmektedir.

B. Kamu Hizmetine Girme Hakkının İç Hukukta Düzenleniş Biçimi

1. 1982 Anayasası Öncesi Dönemde Kamu Hizmetine Girme Hakkı

Türk hukukunda kamu hizmetine girme hakkı, 1921 Anayasası haricinde Anayasalarımızda yer alarak güvence altına alınan siyasi bir hak olarak düzenlenmiştir. Osmanlı Devletinin ilk anayasası olma özelliğini taşıyan 1876 tarihli Kanun-i Esasi, temel hak ve özgürlükler açısından içinde bulunduğu

²⁸ Fakat Türkiye henüz bu protokolü imzalamadığından, anılan düzenleme şimdilik Türkiye açısından bağlayıcı bulunmamaktadır.

zamanın insan hakları anlayışına uygun olarak hazırlanmıştır²⁹. Temel hak ve hürriyetler Kanun-i Esasi'nin ikinci bölümünde yer almakla birlikte kamu hizmetine girme hakkı, Anayasanın 19. maddesinde düzenlenerek güvence altına alınmıştır. Kanun-i Esasi uyarınca kamu hizmetine girebilmek için Osmanlı vatandaşı olma, liyakat ve yetenek sahibi olmanın yanı sıra Osmanlı Devleti'nin resmi dili olan Türkçeyi bilmek şartları birlikte aranmıştır. 23 Nisan 1920 tarihinde toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisinin olağanüstü bir dönemin ihtiyaçlarını karşılamak ve geçici olarak yönetim boşluğunu gidermek amacıyla hazırlanmış olduğu 1921 Anayasası, kısa bir metin olarak oluşmuştur ve kamu hizmetine girme hakkına açıkça yer vermemiştir. Ancak, bu dönemde 1876 Kanuni Esasisinin 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanununa aykırı olmayan hükümlerinin de yürürlükte sayıldığını unutmamak gerekmektedir.

Buna karşılık 1924 Anayasası klasik-bireysel hak ve özgürlüklerin hemen hepsine yer vermiştir³⁰. Anayasanın 92. maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı siyasi bir hak olarak öngörülmüştür. Anayasanın 92. maddesi "hukuku siyasiyi haiz her Türk ehliyet ve istihkakına göre devlet memuriyetinde istihdam olunmak hakkına haizdir" şeklindedir. 1924 Anayasasında kamu hizmetine girebilmek için -diğer bir ifadeyle memur olabilmek için-Türk olmak şartı öngörülmüştür. 1924 Anayasasının kamu personel sisteminde öngörmüş olduğu diğer bir şart "liyakat ilkesi"dir. Bu ilke ile yeteneksiz kişilerin devlet personeli olarak alınması önlenmek istenmiştir. 1924 Anayasası döneminde kamu personel rejimi açısından getirilen en önemli düzenleme 1926 tarihli 788 sayılı Memurin Kanunu'dur. Memurin Kanunu ile ilk kez kadınların memur olmaları sağlanmış, memurluk mesleğine girişte genel koşullar belirlenmiş ve disiplin cezaları tanımlanmıştır³¹. Buradan anlaşılacağı üzere kadınların kamu hizmetlerinde çalışmaları, ancak Cumhuriyet döneminde yasal dayanağa kavuşmuştur.

1961 Anayasasının getirdiği klasik, sosyal ve siyasi hak ve özgürlükler listesi içerisinde bulunduğu döneme göre dolgundur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde yer alan hak ve özgürlükler 1961 Anayasasında da düzenlenmiştir. Kamu hizmetine girme hakkı 1961 Anayasasının 58. maddesinde, siyasi hak ve ödevler arasında düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca "Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez". 1961 Anayasası döneminde kamu personel yönetimi açısından en önemli gelişme, 1965 yılında kabul edilen ve halen yürürlükte bulunan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur.

²⁹ ERDOĞAN Mustafa, *Modern Türkiye'de Anayasalar ve Siyasi Hayat*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997, s. 30.

³⁰ TANÖR Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001, s. 309.

³¹ GİRİTLİ İsmet/BİLGİN Pertev/AKGÜNER Tayfun, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2006, s. 411.

2. 1982 Anayasasında Kamu Hizmetine Girme Hakkı

Türk hukukunda kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olarak son anayasal düzenleme 1982 Anayasasında yer almaktadır. 1982 Anayasasının II. Kısmını oluşturan “Temel Hak ve Ödevler” üst başlığının 4. bölümü olan “Siyasi Haklar ve Ödevler” alt başlığı altında 70. maddede kamu hizmetlerine girme hakkı düzenlenmiştir³². Bu maddede bazı ilkeler göze çarpmaktadır. Bir defa kamu hizmetine girme hakkı vatandaşlık bağına bağlı olarak kullanılabilen bir hak olarak düzenlenmiştir. Anayasadaki bu hükme paralel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinde devlet memurluğuna alınacak kişilerde aranacak genel şartlar başlığı altında “Türk vatandaşı olmak” şartına yer verilmiştir. Diğer taraftan, Anayasada siyasi haklar ve ödevler alt başlığı altında düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı, diğer siyasi haklarda olduğu gibi doğuştan kazanılmış, vazgeçilmez ve devredilmez nitelikte bir haktır³³.

Kamu hizmetine girme hakkı kişinin maddi ve manevi ihtiyaçlarını gidebilmesi ve hayatını idame ettirebilmesi için zorunlu olan çalışma hakkının yalnızca bir boyutunu oluşturduğuna göre, kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen Anayasanın 70. maddesini “çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlığını taşıyan Anayasanın 48. maddesi ve “çalışma hakkı ve ödevi”ni düzenleyen Anayasanın 49. maddesi ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Zira genel çerçevesi itibariyle bireyin devlet örgütü içerisinde kamu hizmeti görevlisi olarak çalışabilmesini ifade eden kamu hizmetine girme hakkının sonucu olarak göreve alınan kamu personeli de, belli bir ücret karşılığında çalışarak yaşamını sürdürmektedir. Anayasanın 48. maddesi uyarınca herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Yine Anayasanın 49. maddesine göre, çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Görüldüğü üzere, çalışma hem bir hak hem de bir ödev olarak düzenlenmiştir.

a. Kamu Hizmetine Girişte Anayasal İlkeler

1982 Anayasasına göre kamu hizmetine girişte üç temel ilke bulunmaktadır. Bu ilkeler; serbestlik ilkesi, eşitlik ilkesi ve görevin gerekleri ilkesidir.

aa. Serbestlik İlkesi

Serbestlik ilkesi, kamu hizmetine girişin kişinin serbest iradesine ve arzusuna bağlı olması anlamına gelmektedir³⁴. Serbestlik ilkesi gereğince idare,

³² 1982 Anayasasının 70. maddesinde “Her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrımla gözetilemez” hükmü yer almaktadır.

³³ GÜLMEZ Mesut, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler ve Tartışmalar, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara 1992, s. 188.

³⁴ Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde 1961 Anayasasının 58. maddesini yorumladığı bir davada, “Anayasanın 58. maddesinin ikinci fıkrasında hizmete alınmada, ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrımla gözetilemeyeceğinin belirtildiği, bu fıkradaki ‘hizmete alınma’ deyimi ile de her Türk’ün kamu hizmetlerinin herhangi bir dalında “kendi istekleriyle görev almanın halinin öngörüldüğünü” belirtmek suretiyle kamu hizmetlerine girmede serbestlik ilkesine vurgu yap-

kamu hizmetine girme hakkı çerçevesinde herkese kamu görevlisi olma yolunda aday olabilme serbestisi tanımak zorundadır. Kamu hizmetine giriş kişinin serbest iradesine ve arzusuna bağlı olduğuna göre, idarenin bir kişiyi iradesi olmaksızın ataması ve istihdam etmesi Anayasanın 18. maddesinde düzenlenen zorla çalıştırma yasağının (angarya yasağı) ihlali sonucunu doğurmaktadır³⁵. Ancak serbestlik ilkesinin Anayasadan kaynaklanan bazı istisnaları bulunmaktadır. Askerlik hizmeti açısından geçici ve zorunlu bir görevlendirme mümkündür. Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 224. maddesi uyarınca, devlet tarafından okutulan öğrencilere mecburi hizmet olarak kamu hizmetine katılma yükümlülüğü getirilmesi serbestlik ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Yine aynı madde uyarınca eğitilmek, yetiştirilmek, bilgilerini arttırmak veya staj yapmak üzere üç ay veya daha fazla süreyle yurt dışına gönderilen memurlara da yurt dışında kaldıkları sürenin iki katı kadar mecburi hizmet olarak kamu hizmetine katılma yükümlülüğü getirilmiştir.

bb. Eşitlik İlkesi

Anayasanın 70. maddesinde “Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez” buyruğuna yer verilerek “kamu hizmetine girmede kişiler arasında eşitlik kuralı”nın uygulanması öngörülmektedir. Diğer bir ifadeyle Anayasanın 10. maddesinde belirlenen ve demokratikliğin ön koşulu olan eşitlik ilkesinin gereği olarak, kamu hizmetine girme hakkının kullanılması bakımından herkese eşit şans tanınması gerekmektedir. Bu hüküm 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun saptadığı temel ilkelere birisi olan “liyakat ilkesi”³⁶ nin bir sonucudur. Kamu hizmetine girme hakkı çerçevesinde herkese kamu görevlisi olma yolunda aday olabilme serbestisinin yanı sıra görevin gerektirdiği nitelikler kapsamında da fırsat eşitliğinin sağlanması gerekmektedir³⁷. Ancak herkese kamu görevlisi olma yolunda eşit şans tanınması, her bir meslek grubu için genel ve objektif koşulların öngörülmesine engel teşkil etmez. Dolayısıyla herkes, kamu hizmetine girme hakkını kullanırken ilgili görev için öngörülmüş olan genel ve nesnel koşulları sağlamak ve hizmetin gerektirdiği nitelikleri taşımak zorundadır.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, Anayasanın 10. maddesinde yer alan “eşitlik ilkesi” ve 70. maddesinde yer alan “kamu hizmetine

miştir. Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 13.12.1977, Esas No: 1977/11, Karar No: 1977/133, Resmi Gazete Tarih ve Sayı: 10.05.1978/16283.

³⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 556.

³⁶ “Modern devlette liyakat sistemi en geniş anlamıyla herkesin hizmete giriş ve ilerleyişinde yetenek ve başarının tayin edici faktör olduğu ve çalışma şartlarıyla mesainin karşılığı olarak memura tanınan hakların, hizmetin düzeyine ve sürekliliğine katkıda bulunacak şekilde düzenlendiği personel sistemidir. Liyakat ilkesi gereğince tüm adaylar ve memurlar kamu yönetiminde ve özlük işlerinde ırk, cinsiyet, medeni durum, yaş ve Anayasal haklar bakımından yansız, ön yargısız ve eşit muamele görmek zorundadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: GÜRAN Sait, Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 132.

³⁷ SEZER Yasin, “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 3-4, Y: 2003, s. 159.

girme hakkı” mın düzenlenmesi suretiyle eşitlik ilkesinin benimsediğini, kanun önünde eşitliğin, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmediğini, durumlarımdaki özelliklerin kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebileceğini ve bu durumun eşitlik ilkesini zedelemeyeceğini belirtmiştir³⁸.

Kamu hizmetine girişte eşitlik ilkesinin mutlak bir şekilde uygulanması, ülkemiz gibi Anayasasında açıkça sosyal devlet olduğunu vurgulayan bir ülkede mümkün ve doğru değildir. Bu nedenle devletin sosyal devlet olması özelliği vurgulanarak, toplumda fiili eşitsizlik durumunda bulunan ve korunmaya muhtaç kişilere bazı ayrıcalıklar tanınması mevzuatta öngörülmüştür. Örneğin Devlet Memurları Kanununun 53. maddesinde, kamu kurum ve kuruluşlarında Devlet Memurları Kanununa göre çalıştırdıkları personele ait kadrolarda %3 oranında özürlü çalıştırma zorunluluğu getirilmektedir. Mevzuatta bu ve buna benzer hükümlerin bulunması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Nitekim Danıştay bir kararında özürliülerin istihdamına yönelik pozitif ayrımcılık oluşturan bu durumu, farklı statüde bulunanların farklı işleme tabi tutulacağını gerekçe göstererek eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir³⁹.

cc. Görevin Gereklere İlkesi

Görevin gereklere ilkesi, kamu hizmetine girişte genel ve özel koşulların dışında başka niteliklerin aranmaması anlamına gelmekte ve eşitlik ilkesini tamamlamaktadır⁴⁰. Görevin gereklere ilkesi idareye görevin gerektirmesi durumunda eşitlik ilkesinden ayrılma imkânı sağlamaktadır. Anayasanın 70. maddesinin 2. fıkrasının aradığı “görevin gerektirdiği nitelikler” kavramını, Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde vermiş olduğu bir kararında ödev-nitelik ilişkisi bağlamında şu şekilde ifade etmiştir: “...Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki, bağ olduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde, ödevle onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o görev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi bir biçimde yerine getirilmiş olmayacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir. Bu nedenle bir kamu hizmetine alınacaklarla ilgili yasal niteliklerle kısıtlamalar düzenlenirken, doğrudan doğruya, o hizmetin gereklere göz önünde tutulması, başka bir anlatımla nitelikle ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uyan nesnel ve zorunlu bir neden sonuç ilişkisinin kurulması gereklidir”⁴¹.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 08.06.1999, Esas No: 1998/37, Karar No: 1999/25, <http://www.anayasa.gov.tr./Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 29.03.2010>.

³⁹ Danıştay 10. Dairesi, 23.06.1999, Esas No: 1996/993, Karar No: 1999/3627, Danıştay Dergisi, 2000, S: 102, s. 679.

⁴⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 557.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 9.10.1979, Esas No: 1979/19, Karar No: 1979/39, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S: 17, s. 299.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi kamu hizmetine alınmada ödevin gerektirdiği niteliklere ilişkin genel bir saptama yapmamakta, ilgili kamu hizmetinin nitelik ve özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Danıştay, kamu hizmetine girişte güvenlik soruşturması uygulamasını kamu hizmetine girişte görevin gerektirdiği niteliklerden başka niteliklerin aranmaması ilkesine, kanun önünde eşitlik ilkesine ve kamu hizmetine girme hakkına aykırı bulduğu bir kararında “görevin gerektirdiği nitelikleri” şu şekilde izah etmiştir: “Anayasanın 70. maddesinde öngörülen görevin gerektirdiği niteliklerin hiç kuşkusuz subjektif değerlendirmelerle değil, objektif, genel ve gayri şahsi nitelikteki kurallarla belirlenmesi gerekir. Her görevin gerektirdiği nitelikler, devlet memurları için 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinde, bu kanun kapsamı dışında kalanlar için de özel yasalarıyla veya yönetmelikleriyle belirlenmiştir”⁴².

Danıştay, kamu hizmetine girişte görevin gerektirdiği nitelikler konusunda vermiş olduğu bir başka kararında “2547 sayılı Yasada uzmanlığa atanmak için eğitim seviyesinin ne olacağı açıkça düzenlenmemiş ise de, üniversitelerde öğretim elemanı olan ve öğretimle ilgili görevleri öğretim yardımcısı olarak yürütecek olan uzmanlarda, ön lisans seviyesindeki eğitimin yeterli olmadığı görülmektedir. Bu durumda ön lisans mezunu olduğu gerekçe gösterilerek, uzmanlıktan teknikerliğe atanan davacıya ilişkin dava konusu işlemden kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı bakımından hukuka aykırılık yoktur”⁴³ diyerek üniversitelerdeki öğretim yardımcısı kadrolarına atanacak uzmanların görevin gerektirdiği nitelikler bakımından yüksek öğrenim görmüş olmaları gerektiğini belirtmiştir.

b. Kamu Hizmetine Girme Hakkının Sınırlanması

1982 Anayasası belli şartların bulunması halinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını öngörmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin temel ilkeler Anayasanın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”. Anayasanın 13. maddesi incelendiğinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ancak kanunla olacağı ve sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmayacağı hükümlerinin vurgulandığı görülmektedir. Yine, Anayasanın 13. maddesinde genel sınırlama sebepleri kabul edilmemiş bunun yerine temel hak ve hürriyetlerin ancak Anayasanın ilgili maddesinde öngörülen özel sebeplere bağlı olarak sınırlandırılacağı kabul edilmiştir.

⁴² Danıştay 5. Dairesi, Karar Tarihi: 13.03.2003, Esas No: 2001/5253, Karar No: 2003/796, Danıştay Kararlar Dergisi, 2003, S: 2, s. 203-205.

⁴³ Danıştay 8. Daire, Karar Tarihi: 22.11. 1999, Esas No: 1998/374, Karar No: 1999/6527, Bakınız: [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi), Erişim Tarihi: 29.03.2010.

Anayasanın 13. maddesinde, genel sınırlama sebepleri yerine bir temel hakkın sadece ilgili maddesinde açıkça belirtilmiş olan nedenlere dayanılarak sınırlandırılacağı kabul edildiğine göre kamu hizmetine girme hakkının sınırlandırılması bakımından bu hakkı düzenleyen Anayasanın 70. maddesinin incelenmesi gerekmektedir. Anayasanın 70. maddesinde, kamu hizmetine girme hakkının sınırlandırılması için özel bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Ancak Anayasanın 70. maddesinde özel sınırlama sebebinin öngörülmemiş olması, bu hakkın mutlak ve sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Zira günümüzde sınırsız hürriyet anlayışı terk edilmiş ve bunun yerine hürriyetlerin sınırlı olduğu kabul edilmiştir⁴⁴. Aslında Anayasanın 13. ve 70. maddeleri gereğince, her Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olup, bu hak ancak 70. maddede belirtilen özel sınırlama sebebine yani “görevin gerektirdiği niteliklere”⁴⁵ bağlı olarak sınırlandırılabilir. Dolayısıyla Anayasanın 70. maddesinde “görevin gerektirdiği nitelikler” adı altında dolaylı bir sınırlama nedeni bulunmaktadır.

Bir özgürlük için Anayasada açıkça herhangi bir sınırlama sebebi belirtilmemiş olsa bile, bireyler o özgürlüğü objektif sınırlar içinde kullanmak zorundadır⁴⁶. Yine Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasına başlıklı 14. maddesi uyarınca, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiçbirisi Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Dolayısıyla kamu hizmetine girme hakkı Anayasanın 14. maddesini ihlal edecek şekilde, ülke bütünlüğüne zarar vermek ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmak amacıyla kullanılamaz.

Anayasa temel hak ve hürriyetlerin durdurulmasını belli şartlara bağlamıştır. Anayasanın 15. maddesi uyarınca savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde milletler arası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasında kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Ancak 15. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen çekişme alanına müdahale edilemez.

IV. KAMU HİZMETİNE GİRMEDE CİNSİYET AYRIMI

Eşitlik ilkesinin dinamik bir uygulaması olan cinsiyet nedeniyle ayırım gözetmeme ilkesinin temelinde, cinsiyet nedeniyle ayırımın her şeyden önce

⁴⁴ “Kişilerin mutluluğu ve gelişmesi için hürriyet ne kadar gerekli ise, insanların toplum halinde yaşadıkları ve bu toplum yaşamının bir düzen içinde sürmesi yönünden otorite o kadar gereklidir. Hürriyetlerin toplum yaşamından soyutlanarak ele alınmayacağı gerçeği, tüm insan hakları belgelerinde onların sınırsız olmadıklarının kabulüne neden olmuştur”. Ayrıntılı bilgi için bakınız: KABOĞLU Ö. İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 88.

⁴⁵ Anayasanın 70. maddesinde kamu hizmetine girme hakkı için özel sınırlama olarak öngörülen “görevin gerektirdiği nitelikler” kavramı ile girilecek kamu hizmetinin gerektirdiği özellikler kastedilmektedir.

⁴⁶ ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 109.

insan onuru ile bağdaşmadığı gerçeği bulunmaktadır⁴⁷. Zira tüm insanların salt insan olmalarından ötürü sahip oldukları insan onuru nedeniyle hak ve özgürlüklerin öznesi sayılması, elbette ki hak ve özgürlüklerden somut bir biçimde yararlanmada farklı işlem ve uygulamalarla karşılaşmalarını gerektirir. Cinsiyete dayalı ayrımcılık erkeklerle nazaran kadınlara karşı daha çok yapılmaktadır. Bu sorunun temelinde Anayasal ve yasal düzenlemelerin yetersiz olması ya da yeterli korumayı sağlayamamasından ziyade, dinsel ve kültürel inanç ve pratikler bulunmaktadır. Aslında bu tür ayrımcılığa zemin hazırlayan değişik etkenler, toplumsal gelişmişlik ve çağdaşlaşma düzeyine bağlı olarak süreç içerisinde zayıflamaya başlamıştır. Buna rağmen, cinsiyete dayalı ayrımcılık halen devam etmekte ve en yaygın biçimde çalışma hayatı ve ücretler alanında uygulanmaktadır⁴⁸.

Türk hukukunda Anayasal bağlamda, 1921 Anayasası haricinde diğer Anayasalarımızda eşitlik ilkesine açıkça yer verilmiş olmasına rağmen, bu ilkenin doğal bir sonucu olan kadın-erkek eşitliği ilkesine 1982 Anayasası haricinde yer verilmemiştir. 1982 Anayasasının 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine çağdaş gelişmelere paralel olarak Avrupa Birliğine uyum sürecinde 2004 Anayasa değişikliği ile kadın-erkek eşitliğine ilişkin özel bir hüküm eklenmiştir. Anayasanın 10. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” Anayasanın bu hükmünden anlaşılacağı üzere, cinsiyet yönünden herkes kanun önünde eşittir ve bu eşitliğin doğal sonucu olarak aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında cinsiyet farklılığının hukuksal eşitsizliğe gerekçe olabileceği kabul edilemez. Yine bu hüküm uyarınca, kadın erkek eşitliğinin yaşama geçirilmesini sağlamak için devletin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır.

Anayasadaki hükme paralel olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 122. maddesinde “ayrımcılık” başlığı altında “cinsiyet nedeniyle ayrımcılığı” da içeren bir suç tipi düzenlenmiştir. Bu maddede “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak kişinin işe alınmasını veya alınmamasını sayılan bu hallerden birine bağlayan kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir” hükmü yer almaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz” hükmüne yer verilerek iş sözleşmesinin yapılmasında, şartların oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona erdirilmesinde cinsiyet nedeniyle farklı işlem yapma yasağı getirilmiştir. 22.11.2001’de yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu ile birlikte “eşlerin kadın-erkek ayrımı gözetilmeksizin eşit hak ve sorumluluklara sahip oldukları” kabul edilmiştir. Yine, kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığının önüne geçmek için Başbakanlık tarafından, 21.1.2004 tarih ve 2004/7 sayılı personel temininde eşitlik ilkesine uygun hareket edilmesi konulu genelge çıkarılmıştır⁴⁹. Söz

⁴⁷ GÜRSEL KUTLU Meltem, “Kamu Görevine Girişte Kadın-Erkek Eşitliği İlkesi Konusunda Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 2, Y: 2002, s. 33.

⁴⁸ İBA, s. 6.

⁴⁹ 22 Ocak 2004 tarihli ve 25354 sayılı Resmi Gazete.

konusu genelgede, personel alımında hizmet gerekleri dışında cinsiyet ayrımı yapılmasının Anayasamızdaki ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerdeki kadm-erkek eşitliğine ilişkin hükümlere aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir. Tüm bu Anayasal ve yasal düzenlemelerin yanısıra kadın haklarının korunması, geliştirilmesi ve kadm-erkek eşitliğinin sağlanması amacıyla yönelik olarak Türkiye Büyük Millet Meclisinde “Kadm-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu” kurulmuştur.

Kadm-erkek eşitliğinin uygulama alanlarından birisini oluşturan kamu hizmetine girişte kadm-erkek eşitliği, Anayasanın 70. maddesinde “Hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez” denilerek teminat altına alınmıştır. Mevcut düzenleme ile kamu hizmetine girişte cinsiyet ayrımcılığı reddedilmekte ve kadm-erkek ayrımı gözetmeksizin herkesin kamu hizmetine girme hakkı bulunduğu Anayasal bağlamda ifade edilmektedir.

Kamu hizmetine girişte cinsiyet ayrımı gözetilmemesi ilkesinin tek istisnası, hem erkek hem de kadın için geçerli olmak üzere, görevin yerine getirilmesinde cinsiyetin belirleyici koşul olması durumudur. Diğer bir ifadeyle bir görevin yerine getirilebilmesi için cinsiyet belirleyici bir koşul ise, kamu görevine girişte kadın veya erkek lehine ayırım yapılması durumunda kalınmaktadır. Örnek vermek gerekirse, Devlet Opera ve Balesinde açık olan kadın balerin ve erkek balet kadroları açısından balet kadrosuna kadın aday başvuramayacaktır. Zira balerin ve balet kadrolarının oluşturulmasında cinsiyet belirleyici koşul olmuştur.

Ülkemizde kamu hizmetine girişte cinsiyetin belirleyici koşul olması konusunda son dönemde güncel gelişmeler yaşanmıştır. Şöyle ki, hemşirelik mesleğinin uzun yıllar yalnızca kadınlar tarafından ifa edileceği kabul edilmiştir. Nitekim 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun 3. maddesinde açıkça “Türkiye’de hemşirelik sanatını bu kanun hükümleri dâhilinde hemşire unvanını kazanmış Türk kadınlarından başka hiç kimse yapamaz” hükmüne yer verilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi itiraz konusu 6283 sayılı Hemşirelik Kanununun 1. maddesinin 1. fıkrası ile 3. maddesinin 1. fıkrasının yürürlükte olduğu dönemde Anayasanın 2, 10, 13, 49 ve 70. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle açılan davada, “Hemşirelik mesleğinin icrası bakımından kadınlar ve erkekler aynı hukuki konumda bulunduklarından, hemşire unvanının yalnızca kadınlara verilmesini ve hemşirelik sanatının yalnızca kadınlar tarafından yapılabilmesini öngören itiraz konusu kurallar, cinsiyet ayrımcılığına yol açmakta ve eşitlik ilkesine aykırı bulunmaktadır. İtiraz konusu kurallar Anayasa’nın 10. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir”⁵⁰ ifadelerine yer vererek kamu hizmetine girişte cinsiyete dayalı ayrımcılığı açıkça reddetmiştir. 25.2.1954 tarihli Hemşirelik Kanununda 2007 yılında Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3. maddesi ile değişiklik yapılarak, hemşirelik mesleğinin hemşire unvanı kazanmış Türk vatandaşı hemşireler tarafından yapılacağı belirtilmek suretiyle, erkeklere

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2006/166, Karar Sayısı: 2009/113, Karar Günü: 23.07.2009, Resmi Gazete Tarih-Sayı: 19.03.2010-27526.

de mesleğe giriş yolu açılmıştır. Ancak bu durum toplumda bazı çevreler tarafından yadırganmıştır⁵¹.

Ülkemizde kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımı gözetilmemesi ilkesi zorlu imtihanlardan geçilerek bugünlere gelmiştir. Geçmiş dönemlerde bazı kamu hizmetlerine girişte cinsiyete dayalı kota uygulamaları yapılmıştır. Nitekim yargıç adaylığı sınavlarında bayan adaylar için yasal dayanağı olmamasına rağmen %5'lik bir sınır getirilmiştir⁵². Günümüzde Anayasal ve yasal bağlamda kamu hizmetine girişte kadim-erkek eşitliği teminat altına alınmış olmasına rağmen, uygulamada bazı meslek gruplarında kadınların sayısı dikkat çekici düzeyde diğer hizmet kollarına göre azdır. 2005 yılı içerisinde 850 ilçe içerisinde sadece 12'sinde kadın kaymakamın görev yaptığını belirten İçişleri Bakanlığı verileri bu tespiti doğrulamaktadır⁵³.

V. DANIŞTAY KARARLARINDA KAMU HİZMETİNE GİRMEDE CİNSİYET AYRIMI

İdari yargı içtihatlarına geçmeden önce, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin eski tarihli bir kararı üzerinde durmak gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi 1963 yılında vermiş olduğu bir kararda, o dönemde yürürlükte bulunan Memurin Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen kadınların ne gibi memuriyet ve hizmetlerde çalıştırılacaklarının her bakanlığın memurlarına ait kanunlarında belirleneceğine ilişkin kuralın, o dönem itibarıyla Anayasanın 12. maddesinde yer alan yasa önünde eşitlik ilkesine ve 58. maddede yer alan her Türk'ün kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu ve hizmete alınmada ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemeyeceğine ilişkin hükme aykırı olduğu ileri sürülerek açılan iptal davasında, 788 sayılı Memurin Kanununun 6. maddesini Anayasaya aykırı bulmamıştır⁵⁴. Kararın gerekçesinde "Kadınların ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tespit olunur yolundaki hüküm, ilk bakışta eşitlik prensibine aykırı gibi görünse de kadınların vücut yapıları ve işlerin niteliği bakımından bazı kamu hizmetlerine alınmama bu prensibi zedeleyecek nitelikte değildir" denilerek oyçokluğu ile karar verilmiştir⁵⁵. Anayasa Mah-

⁵¹ Toplumun bir kesimi, cinsiyet temelli mesleki ayrımcılığa bağlı olarak bazı meslekleri "kadın işi" ve bazı meslekleri de "erkek işi" olarak görmektedir. Bu bağlamda pilotluk erkek işi, hemşirelik ve çocuk bakımı işleri kadın işidir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; PEKER Hande, "Erkekten Hemşire Olur mu?" Radikal Gazetesi, 14.01.2007.

⁵² KUTLU, s. 35.

⁵³ Buna karşılık yapılan bir saha araştırmasının bulgularına göre, mülki idare amirlerinin ve dolayısıyla bu görevle ilgili bulunan mülakat komisyonu üyelerinin genelinde kaymakamlık mesleğinin kadınlara açık olmasına karşı olumsuz bakış eskiye oranla azalmış görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; EMRE Cahit, "İyi Yönetim Arayışında Türkiye'de Mülki İdarenin Geleceği", Türk İdari Araştırmalar Vakfı, Nisan 2002, s. 87.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, 25/10/1963, E. 1963/148, K. 1963/256, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 1, Ankara 1992, 2. Baskı, s. 457-465.

⁵⁵ Söz konusu karar için yazılan bir muhalefet şerhinde Anayasanın 12. maddesi ve 58. maddesinin birlikte mütalaa edilmesi gerektiği belirtilerek şöyle denmektedir: "Hizmete alınmada ödevin gerektirdiği nitelik, erkekler için de bahis konusu olabilir. Hâlbuki iptali istenen 6. maddede kadınların ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edile-

kemesinin söz konusu kararı eşitlik ve liyakat ilkesine açıkça aykırı olmakla birlikte kadın hakları konusunda bugün ulaşılan anlayışın son derece gerisinde kalmaktadır.

Danıştay'ın tarihsel süreçte konuya ilişkin vermiş olduğu kararları incelemek, dünden bugüne değin Danıştay'ın bakış açısının değişimini görmek açısından son derece önemlidir. Zira Danıştay'ın tarihsel süreçte günümüze gelinceye değin kamu hizmetine girişte kadın-erkek eşitliğini zedeleyecek şekilde kararlar verir iken, son yıllarda vermiş olduğu kararlarında kamu hizmetine girişte kadın-erkek eşitliğini gözetmediği gözlenmektedir. Tam da bu noktada Danıştay'ın kamu hizmetine girişte cinsiyet ayrımı konusu üzerinde verdiği ilk kararlardan başlayarak, bugüne değin Anayasanın amir hükümlerini değişik yıllar içerisinde nasıl yorumladığını incelememiz gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle Danıştay 5. Dairesinin konuya ilişkin 1984 yılında vermiş olduğu bir karara değinmek yerinde olacaktır.

Danıştay 5. Dairesi davacının maiyet memurluğu sınavına kabul edilmemesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açmış olduğu davada, davalı idarenin "kaymakamdan beklenen hizmetlerin fiziki yönden arzettiği zorluklar nedeniyle bayanların başvurularının reddedildiği" gerekçesini haklı bularak, idarenin kaymakamlık görevinin özelliklerini ve ülke genelinde bu görevin yürütüleceği ilçelerin toplumsal, kültürel, coğrafi ve ulaşım olanaklarını göz önünde bulundurarak kaymakamlık görevine almada kadın erkek ayrımı gözetmesinde Anayasanın 70. maddesine aykırılık görmemiştir⁵⁶. Danıştay'ın bu karara katılmak mümkün değildir. Zira bu kararın, Anayasanın amir hükmü olan 70. maddede yer alan kamu hizmetine girişte serbestlik ve eşitlik ilkelerine açıkça aykırı olduğu ortadadır.

Danıştay 12. Dairesi kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımı yapılmaya-çağı hakkında son yıllarda vermiş olduğu bir kararında, KPSS-2004/2 ve Ek Yerleştirme Tercih Klavuzununun 252 kodunda yer alan ve Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Merkez Teşkilatına mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için "Cinsiyeti erkek olmak" ibaresini içeren düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada, düzenlemenin iptaline karar vermiştir⁵⁷. Davalı Maden Tetkik ve Arama Enstitüsü Genel Müdürlüğü savunmasında, "2804 sayılı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Kanununun 2. maddesinde sayılan görevleri yürütmek üzere, büyük bir çoğunlukla arazide genellikle de meskun olmayan mahallerde oldukça zor ve meşakkatli şartlarda hizmet verilmeye çalışıldığı ve nitelik belirlenmesinde kesinlikle ayrımcılık düşünülmendiği" vurgusu

cekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tespit olunur denilmek suretiyle sırf kadın olmaları açısından bir ayırım yapılmıştır ki 12. maddeye açıkça aykırıdır. 58. maddeye göre zaten hizmete alınmada ödevin gerektirdiği nitelik, kadın ve erkek aynı yapılmaksızın göz önünde bulundurulacak ve uygulanacaktır. Bu yeter iken kadın olmaları noktasından ne gibi memuriyet ve hizmetlerde kullanılacaklarını her Bakanlığın "Teşkilat Kanununa" bırakmak açık olarak cinsiyet ayrımı gözetildiğini göstermektedir". Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi S. 1, s. 460-461.

⁵⁶ Danıştay 5. Dairesi, Esas No: 9357, Karar No: 3836, Karar Tarihi: 15/11/1984, Bkz: <http://www.danistay.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankasi>, Erişim Tarihi: 25.03.2010.

⁵⁷ Danıştay 12. Dairesi, Esas No: 2004/4382, Karar No: 2006/539 sayılı kararın, Danıştay Dergisi, S: 113, Y: 2006, s. 364.

üzerinde durulmuştur. Buna karşılık Danıştay 12. Dairesi bizce de isabetli bir şekilde, Anayasanın 10. ve 70. maddesinden yola çıkarak herkesin cinsiyet yönünden kanun önünde eşit olduğunu, aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında cinsiyet farklılığının hukuksal eşitsizliğe gerekçe olamayacağını ve kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığına dayalı engelleyici yönde getirilen koşulların eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ve en önemlisi işlevselliği kalmayan meslek unvanlarının dolaylı olarak kişilerin elinden alınmak suretiyle hak kaybına yol açtığını belirtmiştir⁵⁸. Netice itibarıyla Danıştay 12. Dairesi, Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Merkez Teşkilatına mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için “Cinsiyeti erkek olmak” ibaresini içeren düzenlemenin iptaline karar vermiştir.

Kamu kurumlarında çalışan ve kamu görevlisi olmayıp işçi statüsünde görev ifa eden personelin de, kurumların iş ilanlarında özel olarak “erkek olmak” ya da “bayan olmak” ibarelerine yer verilerek mağdur edildiği gözlenmektedir. Bu duruma ilişkin olarak Danıştay yeni sayılabilecek bir yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Danıştay 12. Dairesinde davacı Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, 13 Haziran 2005 tarihli 25844 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Türkiye Petrolleri Anonim Genel Müdürlüğü Ankara İl Müdürlüğü kadrolarına daimi işçi alınacağına ilişkin ilanda yer alan 33 meslek grubundan 23 meslek grubu için “cinsiyeti erkek olmak” ibaresini içeren düzenlemenin iptali istemiyle dava açmıştır⁵⁹. Davalı Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı savunmasında, ortaklığın ana faaliyet konusunun ham petrol arama, sondaj ve üretim faaliyetlerinden ibaret olduğunu, bu işlerin yirmi dört saat arazide çalışma yapılmasını gerektiren fiziki güç ve dayanıklılık gerektiren işler olduğunu, sık sık seyahat gerektirmesi nedeni ile hizmet gerekleri gözetilerek “erkek olma” şartının arandığını ifade etmektedir. Danıştay 12. Dairesi vermiş olduğu kararında, 4857 sayılı İş Kanununun 71, 72 ve 73. maddeleri ile Kadınlara Karşı Her Tür Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesinden yola çıkarak kurumlara personel alımlarında başvuru şartının görevin gerektirdiği nitelikler ve hizmet gerekleri doğrultusunda olması gerektiğini belirtmiş ve cinsiyet ayrımı gözetilemeyeceğinden bahisle yürütmeyi durdurma kararı vermiştir; ancak dava halen devam etmektedir.

SONUÇ

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi uluslararası insan hakları sisteminin iki temel sütununu oluşturmaktadır. Uluslararası temel insan hakları belgelerinin başucu hükümlerinden biri olan ayrımcılık yasağı ile hukuksal eşitlik ilkesi iç içe geçmiş kavramlardır. Netice itibarıyla her türlü ayrımcılığa karşı temel hareket noktası eşitlik talebidir. Böyle olmakla birlikte, hukuksal eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının yöneldiği kişiler farklılık arz etmektedir. Hukuksal eşitlik yani yasa önünde eşitlik bireye tanınan bir hak olmasına karşın, ayırım gözetmeme ilkesi devletin üstlendiği bir yükümlülüktür. Nitekim devletler, uluslara-

⁵⁸ Danıştay 12. Dairesi, Esas No: 2004/4382, Karar No: 2006/539 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S: 113, Y: 2006, s. 368.

⁵⁹ http://www.tmmob.org.tr/resimler/ekler/8849b052492b510_ek.pdf. (05.04.2010)

rası platformda imzalanan sözleşmelerle ayırım gözetmeme yükümlülüğünü kabul etmişlerdir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “ayrımcılık” bir kavram olarak tanımlanmamakla birlikte “ayrımcılık yasağı” iki farklı ilke ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden ilki Sözleşme’nin ayrımcılık yasağı başlığını taşıyan 14. maddesidir. Sözleşmenin 14. maddesi ayrımcılık eyleminin kendisini başlı başına insan hakları ihlali olarak nitelendirmemekte yalnızca Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri koruma altına almaktadır. Ayrımcılıkla ilgili diğer bir düzenleme olan Sözleşmenin ek 12 nolu protokolü ile nihayet genel ayrımcılık yasağı, Sözleşmenin sistemine dâhil edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ayrımcılık yasağı hakkındaki incelemesi üç boyutlu olup, öncelikle Mahkeme Sözleşmede yer alan bir hakkın ve benzer bir durumun varlığını araştırmakta, daha sonra benzer durumda olan bireyler arasında hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından fark gözetilip gözetilmediğini saptamakta eğer fark gözetilmiş ise, Devletin sahip olduğu takdir marjını göz önünde bulundurarak, söz konusu farkın objektif ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığını, amaç-araç orantısını sorgulayarak değerlendirmektedir. Görüldüğü üzere Mahkemenin ayrımcılık yasağına ilişkin ana kriteri “eşit durumdakilere eşit muamelenin yapılması”dır.

İnsanoğlunun yaşamını idame ettirebilmesi, maddi ve manevi ihtiyaçlarını gidermesi için gerekli olan çalışma zorunluluğunun bir boyutunu oluşturan ve bireyin kamu kurum ve kuruluşlarında “memur” veya “diğer kamu görevlisi” olarak çalışabilmesini ifade eden kamu hizmetine girme hakkı, uluslararası hukukta ve çeşitli ülkelerin anayasalarında bir hak statüsünde kabul edilerek güvence altına alınmıştır. Ülkemiz açısından kamu hizmetine girme hakkı 1921 Anayasası haricinde tüm Anayasalarda düzenlenerek güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasasına göre kamu hizmetine girişte üç temel ilke bulunmaktadır. Bu ilkeler; serbestlik ilkesi, eşitlik ilkesi ve görevin gerekleri ilkesidir.

Eşitlik ilkesinin dinamik bir uygulaması olan cinsiyet nedeniyle ayırım gözetmeme ilkesinin temelinde, cinsiyet nedeniyle ayırımın her şeyden önce insan onuru ile bağdaşmadığı gerçeği bulunmaktadır. Zira tüm insanların salt insan olmalarından ötürü sahip oldukları insan onuru nedeniyle hak ve özgürlüklerin öznesi sayılması, elbette ki hak ve özgürlüklerden somut bir biçimde yararlanmada farklı işlem ve uygulamalarla karşılaşmamalarını gerektirir. Cinsiyete dayalı ayrımcılığın en yoğun uygulama alanı, çalışma hayatında ortaya çıkmaktadır. Cinsiyete dayalı ayrımcılığın temelinde Anayasal ve yasal düzenlemelerin yetersiz olması ya da yeterli korumayı sağlayamaması değil; kültürel, dinsel ve geleneksel inançlar yatmaktadır.

Kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımı, cinsiyete dayalı ayrımcılığın uygulama alanlarından sadece birisini oluşturmaktadır. Kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımı özellikle kadınlar aleyhine olacak şekilde gerçekleşmiş ve halen gerçekleşmektedir. Öyle ki ülkemizde, geçmiş dönemlerde bazı kamu hizmetlerine girişte cinsiyete dayalı kota uygulamaları yapılmış ve bu bağlamda kadın adaylara kota konmuştur. Nitekim yargıç adaylığı sınavlarında bayan adaylar için yasal dayanağı olmamasına rağmen %5’lik bir sınır getirilmiştir. Günümüzde Anayasal ve yasal bağlamda kamu hizmetine girişte kadın-erkek eşitliği teminat altına alınmış olmasına rağmen, uygulamada bazı meslek

gruplarında kadınların sayısı dikkat çekici düzeyde diğer hizmet kollarına göre azdır. 2005 yılı içerisinde 850 ilçe içerisinde sadece 12'sinde kadın kaymakamın görev yaptığını belirten İçişleri Bakanlığı verileri bu tespiti doğrulamaktadır. Kısacası Anayasal ve yasal düzenlemelerle son derece belirgin ve açık bir biçimde kamu hizmetine girişte cinsiyet ayrımı yapılamayacağı düzenlenmekte ancak buna rağmen, fiili olarak uygulamada kamu hizmetine girişte cinsiyet ayrımı yapılamayacağı ilkesi gerçekleştirilememektedir.

Kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımı yapılamayacağı hakkında verilen mahkeme kararlarına değinecek olur isek; öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kamu hizmetine girme hakkı yer almadığı için doğrudan bu konuya ilişkin herhangi bir karara rastlanmamakta ancak dolaylı olarak Sözleşmenin diğer maddelerinin değerlendirildiği bazı davalarda cinsiyetlerin eşitliğini ilerletmenin bugün artık Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin başlıca amaçlarından biri olduğu vurgulanmakta ve cinsiyet esasına dayanan farklı bir muamelenin ancak çok güçlü sebepleri olması halinde Sözleşme'ye uygun görülebileceği ifade edilmektedir.

Tarihsel süreçte Danıştay'ın kamu hizmetine girişte cinsiyet ayrımı hususunda vermiş olduğu kararları incelemek, dünden bugüne değin Danıştay'ın bakış açısının değişimini görmek açısından son derece önemlidir. Zira tarihsel süreçte Danıştay'ın günümüze gelinceye değin kamu hizmetine girişte kadınerkek eşitliğini zedeleyecek şekilde kararlar verir iken, son yıllarda vermiş olduğu kararlarda kamu hizmetine girişte kadınerkek eşitliğini ileri düzeyde gözettiği gözlenmektedir. Danıştay son dönemde vermiş olduğu kararlarda Anayasanın amir hükümlerine, uluslar arası sözleşme ve düzenlemelere atıfta bulunmuştur.

Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu yüce Atatürk Kurtuluş Savaşının zor günlerinde dahi Türk kadının toplum içerisindeki rolünün önemini idrak ederek, kadının sosyal yaşamdaki konumu konusunda önemli ve ciddi adımlar atmıştır. Atatürk döneminde, Türk kadının hukuki statüsünü muasır medeniyetlerdeki düzeye çıkarmak için hukuki düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Ancak gerçekleştirilen tüm hukuki reformlara rağmen cinsiyetler arasındaki ayrımcılık halen sürmekte ve özellikle çalışma hayatında yoğun bir biçimde uygulanmaktadır.

Kamu hizmetine girişte cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi ve hatta tamamen kaldırılması noktasında öncelikle idareye görev düşmektedir. Şöyle ki, kamu kurum ve kuruluşları tarafından personel alımları yapılırken başvuru şartlarının, görevin gerektirdiği nitelikler ve hizmet gerekleri doğrultusunda eşitlik ilkesine uygun bir biçimde oluşturulması gerekmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarının personel alım sınavlarının bu şekilde düzenlenmesi ile cinsiyet ayrımcılığının önüne geçilmiş ve belli kesimlerin mağduriyetleri önlenmiş olacaktır. Kuşkusuz bir hukuk devletinde sorumlu bir idarenin yapması gereken budur.

Cinsiyete dayalı ayrımcılığın ve bu bağlamda kamu hizmetine girişte cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesinde, yargı organlarına özellikle de Danıştay'a da büyük görev düşmektedir. Bilindiği üzere yargı pozitif hukuk kurallarının hayata geçirilmesinde üstlenmiş olduğu rol nedeniyle adalet ve eşitliğin sağlanmasında öncelikli bir yere sahiptir. Danıştay, kamu hizmetine girişte cinsi-

yet ayrımı yapılmaması konusunda vereceği kararlarla, yargı kararlarını yerine getirmek zorunda olan makamları ve görevlileri harekete geçmek ve hukuka uygun işlem ve eylemlerde bulunmak zorunda bırakacaktır. Bu da, sonuçta her türlü aksi yöndeki önyargılar ve sosyal kabullere rağmen, uluslararası insan hakları hukukunun ve Türk Anayasa hukukunun gereği olan istihdamda kadına karşı ayrımcılığın önlenmesi ilkesinin eksiksiz uygulanması yolunda hukuka emsalsiz bir katkı anlamına gelecektir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ Bahtiyar/**SEZGİNER** Murat/**KAYA** Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, "Eşitlik İlkesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan, İstanbul 1999.

ALPKAYA Gökçen, "Uluslararası Hukukta Kadının Durumuna İlişkin Bazı Veriler", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Gündüz ÖKÇEN'e Armağan, C: 47, S: 1-2, Y: 1992.

BEREKET Zuhâl, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

DOĞRU Osman, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C: I, Editör: Osman DOĞRU, Editör Yardımcısı: Sibel İNCEOĞLU, Hasan Kemal ELBAN, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1998.

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

EMRE Cahit, "İyi Yönetim Arayışında Türkiye'de Mülki İdarenin Geleceği", Türk İdari Araştırmalar Vakfı, Nisan 2002.

ERDOĞAN Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997.

ERDOĞAN Mustafa, Modern Türkiye'de Anayasalar ve Siyasal Hayat, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997.

ERGÜL Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara 2004.

GİRİTLİ İsmet/**BİLGİN** Pertev/**AKGÜNER** Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006.

GÜLMEZ Mesut, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler ve Tartışmalar, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara 1992.

GOMIEN Dona, **HARRIS** David, **ZWAAK** Leo, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1996.

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

GÜRAN Sait, Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

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

İBA Şeref, “Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 39, Sayı: 1, Mart 2006.

İNCEOĞLU Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y: 2006/4.

KABOĞLU İbrahim Ö. Özgürlükler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002.

KARAHANOĞULLARI Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

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

MEMİŞ Emin, “Mevzuatımızda ve Uygulamada Kamu Hizmetlerine Girme/Çekilme Hakları, Arşiv Araştırması ve Güvenlik Soruşturması Analizleri”, Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir 4-5 Nisan 2003.

MERRILLS J.G., The Development of International Law by the European Court of Human Rights, Manchester University Pres, New York 1995.

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

SEZER Yasin, Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları İşğında Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

SEZER Yasin, “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 3-4, Y: 2003.

TAN Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı, C: 8, Ankara 1991.

TANÖR Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001.

ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul 2004.