

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMUNA 6701 SAYILI TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNU'NUN 17. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE AYRIMCILIK YASAĞI İHLALLERİNE KARŞI YAPILAN BAŞVURULARIN İDARİ YARGILAMA USULÜ AÇISINDAN İNCELENMESİ*

Araştırma Makalesi

Ceren ŞAKAR**

ÖZET

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar gören kişilerin Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna (TIHEK) başvuru yapabilmesine ilişkin usul düzenlenmektedir. Kurum,

* Bu makale 11-12 Aralık 2023 tarihlerinde Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından gerçekleştirilen Cumhuriyetin 100. Yılında Ulusal İnsan Hakları Koruma Mekanizmaları Sempozyumu'nda sunulan "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 17. Maddesi Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı İhlallerine Karşı Yapılan Başvuruların İdari Yargılama Usulü Açısından İncelenmesi" başlıklı bildiri metninin genişletilmiş halidir.

** **Arş. Gör. Dr.**, Adnan Menderes Üniversitesi Nazilli İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri ABD. **ORCID ID:** 0000-0002-0205-9511, **e-posta:** ceren.sakar@adu.edu.tr,

DOI: 10.69958/ihy.1448209.

Makalenin Geliş Tarihi: 07.03.2024

Makalenin Kabul Tarihi: 30.05.2024

ayrımcılık yasağı hakkındaki ihlalleri incelemeye ve ihlal bulunduğu kanaat getirirse idari yaptırım uygulamaya yetkilidir. Kanun'da bazı kamu kurum ve kuruluşları aleyhine de TİHEK'e başvuru yapılabilmesi düzenlenmektedir. Böylelikle idareden kaynaklanan ayrımcılık yasağı ihlallerinden dolayı Kuruma başvuru yapmak mümkündür. 6701 sayılı Kanun'un 17. maddesinde düzenlenen TİHEK başvuru usulünde, TİHEK'e başvurmak isteyen kişiler bakımından öncelikle ayrımcı uygulamanın düzeltilmesi için ilgili tarafa başvuru zorunluluğuna yer verilmektedir. İdareden kaynaklanan ihlaller bakımından ilgili idari makama yapılacak olan bu başvurular, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) düzenlenen idari dava açmadan önce yapılan idari başvurular ile eş zamana denk gelmektedir. Bu çerçevede ayrımcılık yasağı ihlaline sebep olan uygulamanın aynı zamanda idari yargıya taşınması olanağının bulunduğu hallerde TİHEK'e başvuru sürecinin işleyişinin tespiti gerekmektedir. Bu çalışmada öncelikle idareden kaynaklanan ayrımcılık yasağı ihlallerine karşı TİHEK'e başvuru sürecinin, idari yargılama usulünde idari dava açmadan önce yer alan idari başvurular karşısındaki durumu ele alınmaktadır. Ayrımcılık yasağı ihlaline sebep olan idari işlemle ilgili idari yargıda verilebilecek iptal kararının, TİHEK'in uyguladığı idari yaptırım kararı üzerindeki olası etkileri de bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: ayrımcılık yasağı, TİHEK, idari başvuru, idari yaptırım, idari dava

EXAMINATION OF APPLICATIONS MADE TO THE HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION OF TÜRKİYE AGAINST VIOLATIONS OF THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION WITHIN THE FRAMEWORK OF ARTICLE 17 OF LAW NUMBER 6701 IN TERMS OF ADMINISTRATIVE JURISDICTION PROCEDURES

ABSTRACT

Law No. 6701 on the Human Rights and Equality Institution of Türkiye regulates the procedure for people who have been harmed by a violation of the prohibition of discrimination to apply to the Human Rights and Equality Institution of Türkiye (HREIT). The institution is authorized to examine violations arising from the prohibition of discrimination and to impose administrative sanctions if it determines that there has been a violation. The law also provides that applications can be made to HREIT against some public institutions and organizations. Thus, it is possible to apply to the Institution due to violations of the prohibition of discrimination arising from the administration. In the HREIT application procedure regulated in Article 17 of Law No. 6701, it is stated that people who want to apply to HREIT must first apply to the relevant party to correct the discriminatory practice. These applications to the relevant

administrative authority in terms of violations arising from the administration coincide with the administrative applications made before filing an administrative lawsuit regulated in the Administrative Procedure Law No. 2577 (APL). In this context, in cases where the practice that causes a violation of the prohibition of discrimination is also possible to be brought to administrative jurisdiction, it is necessary to determine the functioning of the application process to HREIT. In this study, HREIT application process against the violation of prohibition of discrimination arising from administrative authorities is discussed in comparison with administrative applications which is held before filing an administrative lawsuit. The possible effects of the annulment decision that may be given in the administrative jurisdiction regarding the administrative act that caused the violation of the prohibition of discrimination on the administrative sanction decision applied by HREIT are also evaluated in this context.

Keywords: *prohibition of discrimination, HREIT, administrative application, administrative sanction, administrative lawsuit.*

GİRİŞ

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile insan hakları alanında faaliyet göstermek üzere kurulmuş bir kamu kurumudur. Kanunun amaç ve kapsam maddesine bakıldığında, Kuruma insan haklarını korumak, geliştirmek, kişilerin eşit işlemlere tabi tutulmasını sağlamak, ayrımcılığa maruz kalmalarına engel olmak, işkence ve kötü muameleyi önlemek gibi geniş kapsamlı görevler yüklendiği görülmektedir.

Kurum, ayrımcılık yasağı ihlalleri hakkındaki başvuruları inceleme ve bu yasağın ihlal edildiğine kanaat getirdiği hâllerde idari yaptırım uygulama yetkisi ile donatılmıştır. Kuruma idari yaptırım uygulama yetkisi tanınmış olması olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiştir¹. Diğer taraftan Kanun'un 17. maddesine göre Kurumun başvurular hakkındaki inceleme yetkisi, ayrımcılık yasağının yanında ulusal önleme mekanizması çerçevesindeki başvuruları da içermektedir. Ayrıca Kurum, insan hakları ihlallerini resen incelemeye yetkilidir. Kanun'un 25. maddesinde ise Kurumun idari yaptırım uygulama yetkisi düzenlenmektedir. Buna göre Kurum, ayrımcılık yasağının ihlali, 19. maddede düzenlenen Kurumun incelemeleri sırasında talep edeceği bilgi ve belgelerin ilgili taraflarca verilmesi ve kamu kurum ve kuruluşları tarafından ziyaretlerin kolaylaştırılması

¹ Odyakmaz, Zehra/Keskin, Bayram: “6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Bazı Maddeleri (8-26. Maddeler) Üzerine Bir Değerlendirme – II”, Zafer Gören Armağanı (içinde s. 733-798), Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 790-791.

yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hâlinde idari yaptırım uygulama yetkisine sahiptir².

Bu çalışmada idareden kaynaklı ayrımcılık yasağı ihlalleri kapsamında bireyler tarafından Kuruma yapılacak başvurular, söz konusu ihlallerin idari davaya konu olabileceği durumları da göz önüne alınarak idari yargılama usulü açısından değerlendirilmiştir. 6701 sayılı Kanun'da TİHEK'e başvurulmadan önce ihlale sebebiyet veren uygulamanın ilgili taraftan düzeltilmesinin istenmesine dair bir düzenleme mevcuttur (m. 17/2). İdareden kaynaklanan ayrımcılık yasağı ihlalleri bakımından bu düzenlemede öngörülen başvurunun, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) yer alan idari dava açmadan önce yapılacak başvurular açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme, idareden kaynaklanan ihlaller bakımından TİHEK'e başvuru süreci ve sonrasındaki dava sürecinin işleyişinin anlaşılabilmesi açısından önem arz etmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle idarenin ayrımcılık yasağı ihlaline sebep olabilecek uygulamaları, idarenin işlem ve eylemleri bakımından değerlendirilmektedir. TİHEK başvuru süreci, idarenin idari işlemleri, idari davaya konu olamayan işlemleri, idari eylemler ve idarenin sözleşmeleri açısından ayrı ayrı değerlendirilmektedir.

Çalışmamızın diğer bölümünde TİHEK'in ayrımcılık yasağı incelemesi neticesinde verebileceği kararları ve bunların içerisinde özellikle idari yaptırım kararları değerlendirilmektedir. Ayrımcılık yasağı ihlaline sebebiyet veren idari işlem sebebiyle açılacak iptal davası neticesinde verilecek iptal kararının TİHEK'in vermiş olduğu idari yaptırım kararı ile ilişkisi de bu kapsamda incelenmektedir.

I. 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 17. Maddesinde Düzenlenen Başvuru Usulü

TİHEK, 6701 sayılı Kanun'un 9. maddesinde ayrımcılık yasağı ihlali ve ulusal önleme mekanizması kapsamındaki başvuruları incelemekle görevlendirilmiştir. Bu başvuruların usulü Kanun'un 17. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre Kuruma illerde valilikler, ilçelerde kaymakamlıklar aracılığıyla ücretsiz olarak başvurmak mümkündür. Ayrıca elden, posta veya elektronik posta yoluyla veya Kurum tarafından oluşturulan elektronik başvuru sistemi ile Kuruma doğrudan başvuru yapılabilmektedir³. Buna göre Kuruma

² Karan, Ulaş: Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 405-406.

³ TİHEK Başvuruları (<https://www.tiheke.gov.tr/kategori/pages/basvurular> Erişim Tarihi: 28.02.2024).

başvuru usulü son derece basittir⁴. Kuruma başvuru usulünün bu şekilde düzenlenmiş olması ulaşılabilirlik açısından olumlu olarak değerlendirilmektedir⁵. Diğer taraftan Kanun'da Kuruma başvurmak isteyen kişiler için Kuruma başvurmadan önce tüketilmesi zorunlu bir başvuru öngörölmüş durumdadır. Bu başvuru, idareden kaynaklanan ihlaller bakımından kendine özgü özellikler arz etmektedir.

A. Başvurunun Kapsamı

6701 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasına göre ayrımcılık yasağı ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle, zarar gören gerçek ve tüzel kişiler TİHEK'e başvuru yapabilecektir. Bu hükümde başvurunun konusu yalnızca ayrımcılık yasağı ihlalini kapsayacak şekilde düzenlenmektedir. Bununla birlikte aynı maddenin sekizinci fıkrasında özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin ulusal önleme mekanizması kapsamındaki başvurularının da madde kapsamına alındığı görölmektedir. Maddenin altıncı fıkrasında ayrıca Kurumun insan hakları ihlalleri hakkında yapacağı resen incelemelerden söz edilmektedir. Diğer taraftan maddede insan hakları ihlalleri dolayısıyla ilgililerin Kuruma başvurusuna dair bir düzenleme yer almamıştır. Bu durum doktrinde haklı olarak eleştirilmekte ve kişilerin insan hakları ihlallerine ilişkin başvurularının 6701 sayılı Kanun'da düzenlenmesi gereği belirtilmektedir⁶. Mevcut durumda Kanun'da Kuruma başvuru usulünün düzenleniş şekli itibarıyla, kamu kurum ve kuruluşlarının insan hakları ihlaline sebep olmakla birlikte ayrımcılık yasağı kapsamına girmeyen işlemleri aleyhine

⁴ Beyoğlu, Ayça: "T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Kurumsal Yapı, İşleyiş ve Etkinlikleri Açısından Bir Karşılaştırma", Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 23, S. 3, 2021, s. 1003.

⁵ Karan, Ulaş: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Raporu", s. 38, Karan, Ulaş/Sever, D. Çiğdem: "Bir İnsan Hakları Koruma Mekanizması Olarak Ulusal Eşitlik Kurumları Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Örneği" (içinde, s. 7-54), (<https://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2021/04/ESHID-ulusal-insan-haklari-kurumlari-TR.pdf> Erişim Tarihi: 26.02.2024). Eren'e göre, Kuruma kaymakamlıklar ve valilikler vasıtasıyla başvurulabiliyor olması, ulaşılabilirliği sağlamak bakımından yeterli değildir. Kurumun Paris Prensipleri çerçevesinde bürolara sahip olması gerekmektedir (Eren, Hayrettin: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 127).

⁶ Düşmeci, Fatih: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018, s. 233. *Odyakmaz/Keskin* de insan hakları ihlallerine karşı Kuruma başvuru imkânının olması gerektiğini belirtmişlerdir (*Odyakmaz/Keskin*: s. 761).

Kuruma başvuru imkânının olmadığı gibi bir tablo ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar resen inceleme yetkisi kapsamında TİHEK'in, insan hakları ihlallerine yönelik başvuruları ihbar olarak değerlendirip denetleme yapması mümkün⁷ olsa da insan hakları ihlallerine karşı başvuru hakkının yasal düzenlemeye kavuşturulması önem arz etmektedir. Nitekim 6701 sayılı Kanun'da Kuruma, ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin olarak resen inceleme yetkisi verilmiş olmasına rağmen, ayrıca başvuru üzerine inceleme yetkisi tanınması gereği duyulmuştur. Bu durumda olası tereddütlerin önüne geçmek için aynı düzenlemenin insan hakları ihlalleri açısından da yapılması lüzumu bulunmaktadır.

Düğmeci, kamu kurum ve kuruluşlarının insan hakları ihlaline sebep olan işlemleri dolayısıyla Kamu Denetçiliği Kurumuna (KDK) başvuru imkânı olduğundan bahsetmekte; ancak yine de ihlalden zarar gören kişilerin başvurabileceği yeni bir yol olması bakımından 6701 sayılı Kanun'da insan hakları ihlallerinden dolayı TİHEK'e başvurunun düzenlenmesini önermektedir⁸. Karan'ın ifade ettiği üzere, KDK'ye insan hakları ihlalleri dolayısıyla yapılan başvurular yalnızca idareden kaynaklanan ihlaller bakımından mümkündür. TİHEK'e insan hakları ihlallerinden dolayı başvuru imkânının da olmaması nedeniyle özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinden kaynaklı insan hakları ihlallerine karşı başvurulabilecek yargısal-benzeri kurum bulunmamaktadır⁹. Kaldı ki KDK'ye başvurular neticesinde verilen kararlar öneri niteliğinde olduğundan bir müeyyide içermemektedir¹⁰. TİHEK'in idari yaptırım kararı alabilmesi mümkün olduğundan¹¹, bu açıdan da insan hakları ihlallerine karşı başvurunun 6701 sayılı Kanun'da düzenlenmesi önem arz etmektedir.

⁷ Düğmeci: s. 234.

⁸ Düğmeci: s. 233-234.

⁹ Karan: Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 514-515.

¹⁰ Karan: Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 506.

¹¹ Gözler, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, s. 448. Yazar bu bağlamda TİHEK'in kararlarının bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir (Gözler: s. 448). *Odyakmaz/Keskin* tarafından TİHEK'in idari yaptırım uygulama yetkisi ile donatılmış olması, Kurumun daha etkili bir denetim yapabilmesini sağlaması açısından yerinde bir düzenleme olarak değerlendirilmiş; ancak söz konusu idari para cezasının üst sınırının artırılması gereği vurgulanmıştır (*Odyakmaz/Keskin*: s. 790-791).

6701 sayılı Kanun'un 17. maddesinde, Kuruma yapılacak başvuruların konu bakımından kapsamı dağınık hâlde yer almaktadır. Kanun yapma tekniği açısından başvuruların konu bakımından kapsamına ilişkin tüm konuların, ayrımcılık yasağı ihlalinin düzenlendiği 6701 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ilk fıkrasında toplanması daha uygun olacaktır.

Kuruma başvuruların kim/kimler/hangi kurum/kuruluş aleyhine yapılabileceği hususu ise 6701 sayılı Kanun'da yalnızca ayrımcılık yasağı kapsamında düzenlenmiştir (m. 5/1). 6701 sayılı Kanun'a dayalı olarak çıkarılan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in¹² 30. maddesinin birinci fıkrasında da başvuru hakkı ve bu hakkın aleyhine kullanılabilmesi kişi ya da kurumlar ayrımcılık yasağı kapsamında düzenlenmiştir¹³.

B. TİHEK'e Başvurmak İsteyen Kişiler Bakımından Tüketilmesi Zorunlu Başvuru Yolu

6701 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ikinci fıkrasında, TİHEK'e başvurmak isteyen kişiler bakımından, bu başvuru öncesinde tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu öngörülmüştür. Buna göre *"İlgililer; Kuruma başvurmadan önce bu Kanuna aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep eder. Bu taleplerin reddedilmesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi hâlinde Kuruma başvuru yapılabilir."* Bu hükme göre idareden kaynaklanan ayrımcılık yasağı ihlali söz konusu olduğunda¹⁴ TİHEK'e başvurmak isteyen ilgililerin, öncelikle bu ihlale sebebiyet veren uygulamanın düzeltilmesini ilgili idari makamdan istemeleri gereklidir¹⁵. Doktrinde

¹² Resmî Gazete Tarih: 24.11.2017 – Sayısı: 30250. Bundan böyle metin içerisinde *"TİHEK Yönetmeliği"* olarak anılacaktır.

¹³ Yönetmeliğin 30. 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 kişilerinin, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen her gerçek veya tüzel kişi, ayrımcılık yasağı ihlalinin zarar gördüğü iddiası ile Kuruma başvurma hakkına sahiptir."*

¹⁴ Odyakmaz/Keskin tarafından, ayrımcılık ve eşitsizliğe idarenin sebep olması durumunda zarar görenlerin Kamu Denetçiliği Kurumuna başvurmaları gerektiği ifade edilmiştir (Odyakmaz/Keskin: s. 792).

¹⁵ Odyakmaz/Keskin'e göre de bu hükümde, bir kamu kurum ve kuruluşu tarafından bu Kanuna aykırı hareket edilerek kişilerin zararına sebebiyet verilmiş olması durumu

Odyakmaz/Keskin tarafından, bu zorunlu başvuru koşulu, Kuruma başvuru yöntemini daha zor bir hâle getirmesi ve Kuruma başvuruyu idari yargının seçeneği durumuna sokması yönlerinden eleştirilmektedir¹⁶. Yazarlar KDK açısından da benzer bir zorunlu başvurunun¹⁷ öngörüldüğünü ve kendisine yapılan zorunlu başvuruyu olumsuz olarak cevaplayan idarenin, sonradan KDK'nin aldığı tavsiye niteliğindeki kararlara da uymama eğilimi gösterebileceğini ifade etmektedirler. Bu noktada TİHEK'in KDK'den farklı olarak idari yaptırım yetkisi ile donatılmış olmasını vurgulayan yazarlar, söz konusu yaptırım yetkisinin varlığına rağmen, ihlalden zarar görenlere TİHEK'e başvuru öncesinde ilgili tarafa başvurup başvurmadan konusunda serbesti tanınması gerektiği kanaatinde idirler¹⁸. Karan'a göre, TİHEK'e başvurmadan önce ilgili tarafa uygulanmanın düzeltilmesi talebiyle yapılması gereken başvuru açık bir şekilde düzenlenmemiştir ve kişileri TİHEK'e başvurmadan vazgeçirecek bir nitelik arz etmektedir¹⁹. 6701 sayılı Kanun'un 17. maddesinin gerekçesinde söz konusu zorunlu başvuru ile ilgili olarak "*İlgililerin Kuruma başvurmadan önce sorumlu tuttukları kişi ve kuruluşlardan ayrımcı uygulamanın düzeltilmesi talebinde bulunması ve bundan sonuç alınmadığı takdirde Kuruma başvuru yapılabilmesi*"²⁰ ifadesine yer verilmektedir. TİHEK'e başvuru sürecinde öncelikle ilgili taraftan 6701 sayılı Kanuna aykırı uygulamanın düzeltilmesinin istenmesi zorunluluğu hakkında, açık bir şekilde düzenlenmemiş olması ve başvuru sürecini zorlaştırması yönündeki eleştirilerine katılmaktayız. Diğer taraftan idareden kaynaklanan ayrımcılık yasağı ihlalleri bakımından idari makama yapılacak olan bu zorunlu başvuruyu, idarenin işlem ya da eylemini yeniden gözden geçirmesini sağlama olanağı sunması yönünden olumlu olarak

bakımından, TİHEK'e başvuru öncesi "zorunlu idarî başvuru" düzenlenmiş bulunmaktadır (Odyakmaz/Keskin: s. 782-783).

¹⁶ Odyakmaz/Keskin: s. 783.

¹⁷ 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 17. maddesinin dördüncü fıkrasına göre: "*Kuruma başvuruda bulunulabilmesi için, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gereklidir.*" 6328 sayılı Kanun'un gerekçesinde zorunlu başvuru usulünün getirilmesinin amacı şu şekilde açıklanmaktadır: "*Böylelikle, idarenin işlemlerini gözden geçirmesi ve düzeltmesi imkânı sağlanmakta, dolayısıyla ilgililerin Kuruma veya mahkemeye başvurmadan sorunlarının giderilmesi amaçlanmaktadır.*" (TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi, 6328 sayılı Kanun Gerekçesi, Erişim Tarihi: 24.04.2024).

¹⁸ Odyakmaz/Keskin: s. 783.

¹⁹ Karan: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Raporu, s. 53.

²⁰ TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi, 6701 sayılı Kanun Gerekçesi, Erişim Tarihi: 23.04.2024.

değerlendirmekteyiz. Ayrıca başvuru olumlu sonuçlanırsa, TİHEK başvuru sürecinin işlenmesine gerek kalmaksızın ilgili hakkına hızlı bir kavuşabilecektir.

İdareden kaynaklanan ihlaller bakımından “uygulama” kavramı burada özel bir önem arz etmektedir. Bu uygulamanın hukuki niteliğinin idari işlem veya idari eylem olması, TİHEK başvuru süreci ve bu başvuru neticesinde TİHEK’in inceleme sürecinde farklı etkiler doğurmaya muktedirdir. Zira İYUK’ta da idari işlem ve idari eylemler hakkında dava açmadan önce idareye başvuru yapılmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. İdari işlem ve idari eylemlerden dolayı İYUK çerçevesinde açılacak davalardan önce idareye yapılacak başvurular birbirinden farklı nitelik arz etmektedir. Ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlem veya eylemden dolayı hem TİHEK’e başvurmak hem de idari dava açmak isteyen kişiler bakımından iki başvuru usulünün birbiri karşısındaki durumu incelenmelidir. Bu da idareden kaynaklanan ayrımcılık yasağı ihlalleri bakımından, ihlale sebebiyet veren “uygulamanın” hukuki niteliği açısından bir değerlendirilme yapılmasını gerekli kılmaktadır.

II. İdarenin Ayrımcılık Yasağı İhlaline Sebep Olabilecek Uygulamasının Hukuki Niteliği ve TİHEK Başvuru Süreci Üzerindeki Etkileri

İdare faaliyetlerini yürütürken idari işlemler, idari eylemler ve bazen de sözleşmeler yapmaktadır. Dolayısıyla idarenin ayrımcılık yasağına sebebiyet verebilecek uygulamaları bunlardan kaynaklanabilecektir.

A. Ayrımcılık Yasağı İhlaline Sebep Olabilecek İdari İşlemler Bakımından

Ayrımcılık yasağı kapsamı kapsamında TİHEK’e yapılan ihlal başvuruları incelendiğinde, söz konusu başvuruların bir kısmının ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlemler aleyhine olduğu görülmektedir. Örneğin bir TİHEK kararında, öğrenim gördüğü özel eğitim görme engelliler sınıfının İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından kapatılması üzerine eğitim hakkından mahrum kalan kişinin, engellilik temelinde ayrımcılık yasağı ihlaline uğradığına kanaat getirilmiştir²¹. Bir başka kararında TİHEK, doktora öğrenim kredisi talebinin Kredi Yurtlar Genel Müdürlüğü tarafından ilgilinin 35 yaşın üzerinde olması gerekçesiyle reddedilmesi işlemi hakkında, yaşa bağlı ayrımcılık yasağı

²¹ TİHEK, T. 14.06.2022, 2021/997 Başvuru No.lu, 2022/385 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihck.gov.tr/kategori/pages/kararlar>, Erişim Tarihi: 04.05.2024).

ihlali yapıldığına karar vermiştir²². İdarenin ayrımcılık yasağı ihlaline sebebiyet veren bu tür işlemleri, aynı zamanda idari davaya da konu olabilmektedirler. Ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlemlere karşı yapılacak TİHEK başvuruları, idari dava açma sürecini de etkileyecektir.

Ayrımcılık yasağı ihlaline sebebiyet veren idari işlemler söz konusu olduğunda²³, bu idari işlemler aleyhine TİHEK'e başvurmak isteyen ilgililerin öncelikle ilgili idari makama başvurup bu işlemin düzeltilmesini talep etmeleri gereklidir. Ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlemler açısından ilgili idari makama yapılan bu başvuru, nitelik itibarıyla İYUK'un 11. maddesinde düzenlenen idari dava açmadan önce idareye yapılan ihtiyari başvurunun özel bir türünü oluşturmaktadır. Zira İYUK'un 11. maddesinin birinci fıkrasına göre; *"İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur."* Ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlemler bakımından 6701 sayılı Kanun'un madde 17/2 hükmüne göre ihlale sebebiyet veren uygulamanın düzeltilmesi, bu ihlale sebep olan idari işlemin kaldırılması, geri alınması ve gerekirse yeni bir işlemin tesisi ile mümkün olur.

İYUK'un 11. maddesinde idari işlem ile ilgili başvuru, öncelikle üst makama, yoksa işlemi yapan makama yapılmalıdır. Bu sıralamaya uyulmadan yapılan başvuru dava açma süresini durdurmamaktadır²⁴. 6701 sayılı Kanun'un 17/2 hükmünde ise başvurunun "ilgili tarafa" yapılması düzenlenmektedir. Buradaki "ilgili taraf" ibaresi, idari yargılama usulü açısından yeterince açık değildir. Söz konusu "ilgili taraf", idari işlemi yapan makam olabileceği gibi bu makamın üst makamı da olabilir. Nitekim idare hukukunda hiyerarşik üstün, ast üzerindeki denetim yetkisi kapsamında astın işlemlerini düzeltme, değiştirme, kaldırma veya geri alma yetkisi bulunmaktadır²⁵. Dolayısıyla ayrımcılık yasağı ihlaline sebep olan işlemle ilgili olarak bu ihlale son vermek üzere kaldırma, geri

²² TİHEK, T. 14.06.2022, 2021/1121 Başvuru No.lu, 2022/384 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tih.gov.tr/kategori/pages/kararlar>, Erişim Tarihi: 04.05.2024).

²³ Dinçkol, Hulusi Alphan: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun Ayrımcılık Yasağının İhlali Kapsamında İdari Yaptırım Yetkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S. 1, 2021, s. 205.

²⁴ Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 394.

²⁵ Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 216. Bununla birlikte üstün astın yerine geçerek işlem yapma yetkisi bulunmamaktadır (Akyılmaz/Sezginer/Kaya: Türk İdare Hukuku, s. 216).

alma, düzeltme veya değiştirme, işlemi yapan idari makam veya bu makamın üst makamı tarafından yapılabilecektir. İYUK'un 11. maddesinde idari işlem hakkında yapılacak başvurunun öncelikle üst makama, yoksa işlemi yapan makama yapılması düzenlenmiştir. İYUK'un 11. maddesi çerçevesinde dava açma süresinin durması için idari başvurunun üst idari makama yapılması gerekmektedir²⁶. Bununla birlikte 6701 sayılı Kanun'un madde 17/2 hükmünde "ilgili taraf" denildiğinden, ayrımcılık yasağını ihlal eden başvurular bakımından ihlale konu işlemin düzeltilmesi için yapılacak başvuruların üst makama veya işlemi yapan makama yapılması dava açma süresini durdurmaya yeterli kabul edilmelidir²⁷.

İYUK'un 11. maddesi çerçevesinde yapılacak başvuru, idari dava açmadan önce kullanılabilir olan ihtiyari bir başvurudur. Diğer taraftan 6701 sayılı Kanun'un madde 17/2 hükmüne göre ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlem aleyhine TİHEK'e başvurmak ihtiyari olmakla birlikte, TİHEK'e başvurmak isteyen ilgililer bakımından TİHEK öncesinde ilgili idari makama başvuru yapılması zorunludur.

²⁶ Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut: İdare Hukuku Cilt II: İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı, 2014, s. 871. Yazarlara göre, idare dışında veya farklı bir hiyerarşi içinde yer alan bir makama başvuru yapılması halinde dava açma süresi durmaz (Gözübüyük/Tan: s. 871).

²⁷ Diğer taraftan doktrinde üst hiyerarşik makam varken, işlemi yapan makama itiraz edilmesi etkisiz idari başvuru olarak görülmektedir (Deniz, Yusuf/Boz, Selman Sacit/Gürkan, Mehmet Fatih: "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. Maddesine Göre Yapılan İdari Başvurular", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, 2013, s. 39-40). Benzer şekilde *Zeyrek de* hiyerarşik olarak üst makam mevcutken idari işlemi yapan makama başvurulmuş olması hâlinde İYUK'un 11. maddesinde yer alan ihtiyari idari başvurunun etki ve neticelerinin ortaya çıkmayacağını ve dava açma süresinin durmayacağını ifade etmektedir (Zeyrek, İlker: "İdari Yargılama Usulü Kapsamında Üst Makama Başvuru Şartları", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2020, s. 3847). *Deniz/Boz/Gürkan'a* göre etkisiz idari başvurular karşısında idarenin ilgilinin isteği yönünde hareket etme yükümlülüğü olmayıp, dava yoluyla da idarenin bu istek doğrultusunda hareket etmeye mecbur bırakılması olanağı bulunmamaktadır (Deniz/Boz/Gürkan: s. 39-40). *Aynı yönde* Duran, Lütfi: "İdari Müracaatler ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 12, S. 1, 1946, s. 140-141. Diğer taraftan *Eroğlu, Durkal'a* göre ise üst makam mevcutken, işlemi yapan makama başvurulması halinde dava açma süresinin durmayacağı kabul edilirse, ilgilinin dava açma hakkının kaybı gibi riskler oluşmaktadır. Bu sebeple başvuru işlemi yapan makama yapılmış ise bu makamın dilekçeyi kendiliğinden üst makama sevk etmesi ve dava açma süresinin işlemi yapan makama başvuru anında durması kabul edilmelidir (Eroğlu, Durkal, Müzeyyen: İdari Makamların Sükutu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 44).

6701 sayılı Kanun'da TİHEK'e başvuru için bir süre öngörülmemiştir²⁸. Kanun'da yalnızca dava açma süresi içinde TİHEK'e yapılacak başvuruların dava açma süresini durduracağı düzenlenmiştir (6701 sayılı Kanun m. 17/3). Bu hükme göre Kuruma dava açma süresi geçtikten sonra da başvuru mümkündür²⁹. Bununla birlikte dava açma süresi geçtikten sonra TİHEK'e başvurmak isteyen ilgililerin Kanun gereği öncelikle başvuracakları ilgili idari makamın, ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlemin düzeltilmesi yönündeki talebi süreden reddetmesi gibi bir ihtimal mevcuttur. Zira ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlemin düzeltilmesi talebi ilgili idari makam açısından İYUK'un 11. maddesinde yer alan taleplerle aynı niteliktedir. Bu sebeple ilgili idari makam İYUK'un 11. maddesine göre idari dava açma süresi içinde yapılmayan başvuruyu süreden reddedebilecektir. Ancak bu ret kararı dahi ilgililer açısından TİHEK'e başvuruya engel değildir. Zira 6701 sayılı Kanun'un madde 17/2 hükmünde, "*taleplerin reddedilmesi*" halinde Kuruma başvurulabileceği düzenlenmektedir ve bu ret işlemi açısından usul veya esastan ret şeklinde bir ayrıma da gidilmemiştir. Dolayısıyla ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlemin düzeltilmesi talebi hakkında ilgili idari makam tarafından idari dava açma süresi içerisinde başvurulmaması gerekçesiyle süreden ret kararı verilse dahi, Kurum ayrımcılık yasağı ihlali iddiası hakkında inceleme yapabilecektir. Böyle bir durumda TİHEK'e başvurmak üzere öncelikle ilgili idari makama idari dava açma süresi geçtikten sonra yapılan başvurunun olumsuz sonucu idari dava açma hakkının kaybı olacaktır. Diğer taraftan idari dava açma süresi kaçırılmış ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlemler bakımından, 6701 sayılı Kanun'un 17. maddesindeki başvuru, idarenin işlemi gözden geçirmesini sağlayabilecek yeni bir yol olması bakımından önemlidir. Bununla birlikte TİHEK'in ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlem hakkında verebileceği kararlar ihlal ve/veya idari yaptırım kararıdır. Bir başka deyişle TİHEK'in kararı, ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlemi kendiliğinden ortadan kaldırmamaktadır. Bu sebeple iptal davası kadar etkili değildir.

Tüm bunların yanında TİHEK'e başvuru öncesinde kendisine 6701 sayılı Kanun'un madde 17/2 hükmü kapsamında uygulamanın düzeltilmesi talebiyle başvuru yapılan ilgili idari makam, bu başvuruyu, İYUK'un 11. maddesinde düzenlenen idari başvurudan tamamen bağımsız olarak, sadece 6701 sayılı

²⁸ Alyanak, Servet: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna Yapılan Şikayet Başvurularında Kabul Edilebilirlik Koşulları", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 2, 2023, s. 1219.

²⁹ Diğer taraftan *Cin Karagöz*'ün ifade ettiği üzere, "*dava açma süresi dolduktan sonra Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na yapılacak başvuru, dava açma süresini durdurmaz*". (Cin Karagöz, Emine: "Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri", Yasama Dergisi, S. 32, 2017, s. 37).

Kanun'un madde 17/2 hükmü kapsamında bir başvuru olarak görebilir. Çünkü 6701 sayılı TİHEK Kanunu'nda, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu'nun madde 17/4 hükmünde olduğu gibi İYUK'taki idari başvuru yollarına bir atıfta bulunulmamıştır. İki başvurunun birbirinden bağımsız değerlendirilmesi halinde ilgili, ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işleme karşı önce TİHEK'e başvuru yapmak isterse dava açma süresi duracak, TİHEK'in incelemesi tamamlandıktan sonra kalan dava açma süresi içerisinde ilgili idari makama ihlale konu idari işlem aleyhine İYUK'un 11. maddesi kapsamında başvurma hakkı saklı olarak dava açma yoluna gidebilecektir. İki başvurunun birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi, idari işlemi yapan makamın işlemi iki kez gözden geçirme olanağı sağlaması açısından olumlu olsa da hem usul ekonomisi ilkesi³⁰ açısından hem de iptal davası açma sürecinin uzaması ve ilgilinin hakkına kavuşma süresinin uzaması bakımından uygun değildir. Kanaatimizce, 6701 sayılı TİHEK Kanunu veya ayrıca bir kanun ile ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlemler bakımından, TİHEK'e başvuru öncesinde tüketilmesi zorunlu olan idari başvuru yolu ile İYUK'un 11. maddesinde düzenlenen idari başvuru yolu arasında bağlantı kurulması gerekmektedir.

1. İdarenin İdari Davaya Konu Olamayacak İşlemlerinin Ayrımcılık Yasağını İhlali Durumu

İdarenin bütün işlemleri idari davaya konu olabilir nitelikte değildir. İYUK'un 14. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendinde, "*idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı*" idari yargıda ilk inceleme konuları arasında düzenlenmiştir. Dolayısıyla idarenin kesin ve yürütülebilir olmayan işlemleri, iptal davasına konu olamayacaktır³¹. İYUK'un 15. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre bu tür işlemlere karşı açılan iptal davaları ilk inceleme aşamasında reddedilir.

İdari işlemin kesinliği ve icrailiği birbirinden farklı niteliklerdir³². İdari işlemin kesinliği şu şekilde açıklanmaktadır; "*bir idari işlemi yapan makam, o işlemle ilgili olarak nihai iradesini açıklamış ve işlemle ilgili yapılacak herhangi*

³⁰ Usul ekonomisi ilkesi hakkında bakınız: Yılmaz, Dilşat: " 'Usul Ekonomisi İlkesi' Çerçevesinde Türk İdari Yargılama Usulünde Sözlülük İlkesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 2, 2019, s. 267-320.

³¹ Bir işlemin iptal davasına konu edilebilmesi bakımından icrailiğin gerekli ancak her daim yeterli olmadığı hakkında bakınız: Erkut, Celal: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara, 2015, s. 145 v.d.

³² Erkut: İdari İşlemin Kimliği, s. 146.

bir şey yoksa işlem kesindir"³³. Doktrinde bir idari işlem için zorunlu başvuru yolu öngörülmüş ise bu yolun kullanılmamış olmasının idari işlemin kesinleşmesine engel olacağı belirtilmektedir³⁴. Danıştay'ın da bu yönde kararları mevcuttur³⁵. İhtiyari idari itirazın öngörüldüğü durumlarda ise bu itiraz

³³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya: Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 354.

³⁴ Erkut, Celal: "İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi I. Kitap İdari Yargı (s. 109-114), Danıştay Yayınları, Ankara, 1991, s. 113. *Aksi yönde* Yılmaz, Dilşat: "Türk İdare Hukuku'nda İdari İşlemin 'Kesin'liği Üzerine Bir Değerlendirme: 'Kime Göre?', 'Ne İçin?'" Kesinlik", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, 2017, s. 112; Kağıtçıoğlu, Mutlu: "İdari İşlem Teorisi Çerçevesinde İdari Merci Tecavüzü Kavramının Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 30, 2017, s.251-252. *Öztürk'e* göre, zorunlu itiraz öngörülen işlemler söz konusu olduğunda, itiraza tabi işlemler bakımından itiraz yolu tüketilmeden direkt olarak dava açılmamasının sebebi itiraza tabi işlemin kesin olmaması ile ilgili değildir. İtiraza tabi işlem kendi içinde zaten kesindir. Zorunlu itiraz yolu tüketilmeden direkt olarak dava açıldığında, İYUK madde 14/3-b ve İYUK madde 15/1-e gereğince idari merci tecavüzü dolayısıyla görevli idari merciine tevdi kararı verilmektedir (Öztürk, Kaya Burak: Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.53). *Danıştay'ın* ihale hukukunda itirazın şikâyet yolu tüketilmeden açılan davada verdiği bu yöndeki bir kararı için bakınız: "*Aksi hâlde zorunlu başvuru yolu olan itirazın şikâyet başvurusu tüketilmeden açılacak davada idari merci tecavüzü hâli oluşacak, bu nedenle dilekçenin görevli idare merciine tevdiine karar verilecektir.*" (Danıştay 13. D., T. 17.06.2020, E. 2020/1258, K. 2020/1460 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 15.05.2024). *Aynı yönde* Danıştay 13. D., T. 07.07.2021, E. 2021/2641, K. 2021/2696 sayılı Kararı; Danıştay 13. D., T. 30.03.20215, E. 2015/549, K. 2015/1253 sayılı Kararı.

³⁵ Danıştay 13. D., T. 29.04.2015, E. 2015/1120, K. 2015/1662 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 27.11.2023: "*davacı tarafından, ancak yapılan itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından alınan nihai karar dava konusu edilebileceğinden, ihaleyi yapan idarece tesis edilen ve kesin ve yürütülebilir işlem niteliği taşımayan davacının geçici teminatının gelir kaydına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesi tarafından davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerektiğinden*". Aynı yönde Danıştay 13. D., T. 07.04.2016, E. 2016/341, K. 2016/1006 sayılı Kararı; Danıştay 13. D., T. 05.02.2016, E. 2015/3215, K. 2016/190 sayılı Kararı. *Aksi yönde* Danıştay 13. D., T. 20.10.2021, E. 2018/1139, K. 2021/3442 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 27.11.2023: "*İhale işlemlerinde, ihaleyi yapan idarenin ortaya koyduğu irade kesin ve yürütülebilir işlem niteliğinde olup, örneğin, ihale yetkilisince onaylanan ihale komisyonu kararı, ilgililer hakkında doğrudan hukukî etki doğurabilecek niteliktedir. Bununla birlikte, bu kararın hukuka aykırı olduğu iddiasıyla (mevzuatta belirtilen özel hâller dışında) doğrudan dava açılabilmesi mümkün olmayıp, zorunlu idari başvuru yolu olarak Kamu İhale Kurumu'na başvurulması gerekmektedir.*"; Danıştay 13.D., T.04.07.2018, E. 2018/1739, K. 2018/2297 sayılı Kararı.

sonrasında itiraz makamının kararının kesin olacağına düzenlenmesi, İYUK anlamındaki kesinliği ifade etmemektedir. İhtiyari idari itirazın düzenlendiği durumlarda, bu itiraz yapılmadan önce veya itiraz sürecinde İYUK bakımından kesin olan ve bu bakımdan idari davaya konu olabilen bir işlem söz konusudur³⁶.

İcrailik ise, “*idari işlemin muhatapları üzerinde (hukuki durumları yani hukuki statüleri), araya başkaca bir işlem girmeye gerek kalmaksızın hukuki sonuçlar doğurması anlamına gelmektedir*”³⁷. İdarenin ayrımcılık yasağını ihlal eden işlemlerinin kesin ve icrai nitelikte olmaması mümkündür. Örneğin TİHEK, bir diş hekiminin sağlık engeline bağlı olarak iş yerinde yıldırımaya maruz kalmasına ilişkin başvurusunda, kendisinin ve aile üyelerinin sağlık durumuna ilişkin rapor ibraz etmesine rağmen nöbet görevlendirmelerine ilişkin taleplerinin hastane yönetimi tarafından reddedilerek, şartlarına uygun olmayan şekilde görevlendirilmesini ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir³⁸. Ayrımcılık yasağını ihlal eden bu tür işlemler, icrai nitelikte olmadıklarından tek başlarına iptal davasına konu olamazlar. Diğer taraftan idarenin icrai nitelikte olmayan işlemleri ayrımcılık yasağını ihlal ettiğinde, bu işlemler aleyhine TİHEK’e başvurulması mümkündür. Bu tür işlemler iptal davasına konu olamayacağından, bu işlemler aleyhine TİHEK’e yapılacak başvurunun dava açma süresi ile bir ilişkisi bulunmamaktadır. Ayrımcılık yasağını ihlal eden bu tür işlemler bakımından 6701 sayılı Kanun’un madde 17/2 hükmüne göre ilgili idareye uygulamanın düzeltilmesi için yapılacak başvurunun İYUK’un 11. maddesinde düzenlenen idari başvuru ile bağlantısı yoktur. İYUK’un 11. maddesinde düzenlenen idari başvuru, idarenin kesin ve icrai işlemleri hakkında yapılabilir³⁹. Zira İYUK’un 11. maddesinde, idari dava açmadan önce dava açma süresi içerisinde idareye başvuru yapılması düzenlenmektedir. Dolayısıyla İYUK’un 11. maddesi açısından ortada idari davaya konu olabilecek işlemler söz konusudur. İdarenin kesin ve icrai olmayan işlemleri de idari davaya konu yapılamamaktadır. Bu bakımdan idarenin ayrımcılık yasağını ihlal etmekle birlikte idari davaya konu olamayacak türde işlemleri söz konusu olduğunda, aleyhine İYUK’un 11. maddesindeki idari başvuru usulü işletilemeyen bu tür işlemler bakımından 6701 sayılı Kanun’un 17. maddesinde düzenlenen başvuru oldukça etkili bir başvurudur. 6701 sayılı Kanun’un madde 17/2 hükmüne göre idarenin ayrımcılık yasağını ihlal eden, ancak idari davaya konu olamayan işlemi

³⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya: Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 349-350. Aynı yönde Yılmaz: s. 116.

³⁷ Yılmaz, Dilşat: İdari İşlemin İcrailik Özelliği, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2014, s. 30-31.

³⁸ TİHEK, T. 15.12.2022, 2022/947 Başvuru No.lu, 2022/931 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihe.gov.tr/kategori/pages/kararlar> Erişim Tarihi: 29.04.2024).

³⁹ Zeyrek: s. 3855.

aleyhine TİHEK'e başvurmak isteyen ilgililer açısından, öncelikle ilgili idari makama başvurularak uygulamanın düzeltilmesinin istenmesi suretiyle ilgili idarenin işlemini yeniden gözden geçirmesine ve varsa hukuka aykırılığın düzeltilmesine olanak tanınmış olmaktadır. Dolayısıyla idarenin idari davaya konu olamayan işlemleri bakımından, TİHEK'in 17. maddesinde yer alana başvuru oldukça etkili bir başvurudur⁴⁰.

B. Ayrımcılık Yasağı İhlaline Sebep Olabilecek İdari Eylemler Bakımından

İdarenin idari eylemleri de ayrımcılık yasağının ihlaline sebep olabilir. Bu durumda ihlalden zarar gören kişiler, ilgili idare aleyhine TİHEK'e başvurabilir. Örneğin TİHEK kararına konu bir olayda, görme engelli bir kişi, ikamet ettiği yerde kaldırımlara kılavuz yol yapılması ve trafik ışıklarına sesli sinyalizasyon sistemi kurulmasını ilgili belediyeden talep etmiş; ancak belediye talep doğrultusunda herhangi bir faaliyette bulunmamıştır. TİHEK, bu durumun engellilik temeline bağlı ayrımcılık yasağı ihlali teşkil ettiğine karar vermiştir⁴¹. İdarenin hareketsiz kalması şeklinde karşımıza çıkan ve engellilik temeline ayrımcılık yasağı ihlaline sebep olan bu eylemi, aynı zamanda kamu hizmetinin gereği gibi işlememesi gerekçesiyle idarenin sorumluluğunu da doğurmaktadır. Yine bir TİHEK kararında, otizm tanılı bir öğrenci hakkında idarenin "Bireyselleştirilmiş Eğitim Planı" hazırlama ve öğrenciyi bu kapsamda destekleme yükümlülüğünü ihmal ettiği ve öğrencinin idarenin hatalı bir eylemi sebebiyle uzunca bir süre eğitim hakkından mahrum kalması gerekçesiyle ayrımcılık yasağının engel temeline ihlal edildiğine karar verilmiştir⁴². İdarenin

⁴⁰ Örneğin TİHEK yapmış olduğu bir incelemede, Baronun resmi internet sitesinde yer alan iş ilanlarında '*kadın avukat/erkek avukat/stajyer kadın avukat aranyor/stajyer erkek avukat aranyor*' şeklindeki ifadelerin cinsiyete bağlı olarak ayrımcılık yasağını ve eşitlik ilkesini ihlal ettiğine ve idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir (TİHEK, T. 23.03.2023, 2022/1160 Başvuru No.lu, 2023/201 Karar No.lu Kurul Kararı, <https://www.tihk.gov.tr/kategori/pages/kararlar> Erişim Tarihi: 06.03.2024). Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Baronun yayınladığı söz konusu ilanlar, idari davaya konu olabilecek türde işlem olmamakla birlikte 6701 sayılı Kanun'un 17. maddesi kapsamında ayrımcılık yasağı ihlali gerekçesiyle TİHEK başvurusuna konu olabilmektedir.

⁴¹ TİHEK, T. 08.02.2024, 2022/1766 Başvuru No.lu, 2024/118 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihk.gov.tr/kategori/pages/kararlar>, Erişim Tarihi: 05.05.2024).

⁴² TİHEK, T. 14.03.2024, 2023/565-2023/692 Başvuru No.lu, 2024/312 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihk.gov.tr/kategori/pages/kararlar>, Erişim Tarihi: 05.05.2024).

ayrımcılık yasağı ihlaline sebep olan bu tür eylemlerine karşı TİHEK'e başvurulabileceği gibi idari dava açmak da mümkündür.

İdari eylemler aleyhine açılacak tam yargı davaları İYUK'un 13. maddesinde düzenlenmiştir. İYUK'un 13. maddesinin birinci fıkrasına göre, *"idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir."* Bu hükme göre idari eylemlerden dolayı tam yargı davası açılmadan önce idareye başvurulup ön karar alınması mecburidir⁴³. 6701 sayılı TİHEK Kanunu'nun madde 17/2 hükmündeki TİHEK'e başvuru öncesi ilgili taraftan *"uygulamanın düzeltilmesinin"* istenmesi şeklindeki başvurunun, idari eylemler bakımından İYUK'un 13. maddesinde öngörülen başvuru karşısındaki durumu incelenmelidir.

İYUK'un 13. maddesinde düzenlenen başvuru, idari eylemden zarar gören ilgilinin zararının tazminine yöneliktir⁴⁴. İdare hukuku açısından zararın tazmini nakdîdir⁴⁵. 6701 sayılı Kanun'un madde 17/2 hükmünde, TİHEK öncesi

⁴³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya: Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 404.

⁴⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya: Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 409; Çağlayan, Ramazan: İdâri Yargılama Hukûku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 342. Danıştay 8. Dairesi bir kararında İYUK'un 13. maddesinde düzenlenen idari başvuru ile ilgili olarak zararın tazmini hususuna şu şekilde değinmiştir: *"2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde; idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerektiği kuralı yer almakta olup, anılan maddede, idari eylemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idareye başvuruda bulunulmasının dava ön şartı olarak öngörülmesi ve zararın idare tarafından en erken bu tarihte sulhen ödenebilecek olması nedeniyle yargı yerince hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi, görevli olmayan adli yargıda dava açılması halinde adli yargıda dava açıldığı tarih itibarıyla yasal faiz uygulanması ilkesi benimsenmiştir."* Danıştay 8. D., T. 03.03.2023, E. 2022/6916, K. 2023/10 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 02.12.2023.

⁴⁵ Atay, Ender Ethem/Odabaşı, Hasan: Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 197. Danıştay da bir kararında idare hukuku açısından nakden tazminin geçerli olduğunu şu şekilde ifade etmiştir: *"idari işlemlerin hukuka aykırılıklarında ilgililer tarafından açılacak davalar sonucu iptal yaptırımına tabi olduğu, bu işlemlerden doğan zararların parasal olarak tazmin edilmesi durumunun mümkün olduğu, işlemin iptal edilmeksizin doğan zararın aynen tazmini gibi bir hukuki durumun idare hukukunda mevcut"*

İlgili idari makama yapılacak başvuruda ihlale sebep olan “uygulamanın düzeltilmesi”nin istenmesinden bahsedilmektedir. Uygulamanın düzeltilmesi, idari eylemden ortaya çıkan zararın tazmininin talebi şeklinde anlaşılabilir mi? Ayrımcılık yasağı ihlaline sebep olan idari eylem sebebiyle TİHEK'e başvurmak isteyen kişilerin, öncelikle ilgili idari makama yapacağı başvurunun, İYUK'un 13. maddesi anlamında zararın tazmininin talebi şeklinde anlaşılması mümkün olabilir. Bu durumda örneğin idarenin bu tazmin talebini kabul etmesi hâlinde TİHEK'e başvuru imkânı ortadan kalkacak mıdır? 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 12. maddesinin birinci fıkrasına göre, idari eylemlerden doğan tam yargı davaları bakımından idareye yapılacak İYUK'un 13. maddesinde kapsamındaki başvuru sulh başvurusu olarak kabul edilmektedir. Düzenlemeye göre şayet tazminat hususunda sulh olunursa sulh olunan konu ya da miktar için dava yolu kapanmaktadır. Sulh gerekçesiyle idari dava açma hakkının kalkmasına paralel olarak, TİHEK'e bu idari eylem dolayısıyla başvuru imkânının kalmayacağı düşünülebilir. Bununla birlikte TİHEK başvurusu, idari davadan farklıdır ve sulhe ilişkin yasal bir düzenleme olmadığı sürece Kuruma başvuru yolunun kapatılması olanaklı değildir.

TİHEK'in idari eylem niteliğinde olan uygulamalar hakkında yaptığı incelemeler gözden geçirildiğinde, TİHEK öncesinde idareye yapılan başvurunun İYUK'un 13. maddesindeki başvuru ile bir bağlantısının bulunduğu söylenememektedir. Yapılan başvurular İYUK'un 13. maddesinde düzenlenen başvurudan ziyade 6701 sayılı Kanun'un 17. maddesi çerçevesinde yapılan ayrı bir başvuru gibi görünmektedir. Örneğin TİHEK'e Kültür ve Turizm Bakanlığı aleyhine yapılan bir başvuru bu açıdan değerlendirilebilir. 6279 sayılı Çoğaltılmış Fikir ve Sanat Eserlerini Derleme Kanunu'na göre derleme konusundaki yükümlülüğü ve basılı eserlerin elektronik versiyonlarını oluşturarak görme engelli bireylerin erişimini sağlama yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmediği iddiasıyla, Kültür ve Turizm Bakanlığı aleyhine yapılan TİHEK başvurusunda Kurum, ayrımcılık yasağı ihlalinin olduğuna ve idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir⁴⁶. Bu başvuruda başvuran, idareden 6279 sayılı Kanun'daki yükümlülüklerini yerine getirmesini ve basılı eserleri elektronik ortama aktararak görme engelli bireylerin de erişimine olanak sağlanmasını talep etmiştir. TİHEK'in aldığı ihlal kararına rağmen, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın bu kararın gereğini yerine getirmediği gerekçesiyle TİHEK'e yeni bir başvuru

bulunmadığı” Danıştay 6. D., T. 17.02.2014, E. 2010/6494, K. 2014/1067 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 03.12.2023.

⁴⁶ TİHEK 1. D., T. 07.10.2021, 2021/377 Başvuru No.lu, 2021/253 Karar No.lu Kararı, (<https://www.tih.gov.tr/kategori/pages/kararlar> Erişim Tarihi: 06.03.2024).

yapılmış ve Kurul yeni bir ihlal ve idari para cezası uygulanması kararı almıştır⁴⁷. Başvuran bu yeni başvurusunda da eserlerin engellilerin de ulaşabileceği şekilde erişime açılması konusunda Bakanlığın 6279 sayılı Kanun'dan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesini talep etmiştir. Her iki başvuruda da Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın 6279 sayılı Kanun'dan doğan yükümlülüğünü yerine getirmemesi şeklinde ortaya çıkan idari eyleminin, ayrımcılık yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle TİHEK'e başvurmadan önce ilgili idareye yapılan başvurularda, idareden uğranılan zararın tazmini talep edilmemiştir. Dolayısıyla söz konusu başvurular, İYUK'un 13. maddesinde düzenlenen idari başvurudan farklı nitelikte görünmektedir.

Yukarıda örneklenen TİHEK kararlarında, idari eylemler aleyhine TİHEK başvurusu öncesi ilgili idareye yapılan başvurular, 6701 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan ayrı bir başvuru gibi görünmektedir. Bu durumda ayrımcılık yasağını ihlal eden idari eylemler aleyhine hem TİHEK'e başvurmak hem de İYUK'un 13. maddesi uyarınca tam yargı davası açmak isteyen ilgililerin, İYUK'un 13. maddesinde öngörülen başvuru ve dava süreci ile TİHEK başvuru sürecini birbirinden bağımsız olarak yürütmeleri gerekecektir. Bunun ilk sonucu, idareye eş zamanlı veya yakın zaman içerisinde iki farklı talebi içerir başvuruda bulunulacağıdır. TİHEK öncesi ilgili idareye yapılacak başvuru da İYUK'un 13. maddesi çerçevesinde zararın tazmini başvurusu da dava açmadan önce gerçekleşmektedir.

Burada değinilmesi gereken bir husus, ayrımcılık yasağını ihlal eden bir idari eylem dolayısıyla TİHEK'e başvuru yapılması halinde, İYUK'un 13. maddesinde idareye başvuru için öngörülen 1 ve 5 yıllık sürelerin durup durmayacağıdır. 6701 sayılı Kanun'un madde 17/3 hükmüne göre TİHEK'e yapılan başvurular, dava açma süresini durdurur. Oysa İYUK'un 13. maddesinde yer alan 1 ve 5 yıllık süreler, dava açma süresi değil; tam yargı davası açmadan önce idareye başvuru için öngörülen sürelerdir. 6701 sayılı Kanun'un madde 17/3 hükmünün lafzından hareketle bu sürelerin durmayacağı düşünülebilir. Bu da ilgilinin TİHEK başvurusunun, dava açma hakkına engel olmasına sebep olabilir. Zira TİHEK başvurusu, dava açma süresini durdursa da idari eylemler bakımından dava açma süresi öncesinde idareye başvuru süresini durdurmamaktadır. İdari eylemlerden dolayı açılan tam yargı davalarında İYUK'un 13. maddesinde öngörülen zorunlu başvuru yolunun tüketilmemiş olması, ilk incelemede idari merci tecavüzü engeline takılmaktadır. Kanaatimizce burada 6701 sayılı Kanun'un madde 17/3 hükmünde yer alan "dava açma süresini durduracağı" ibaresi hakkında, ilgilinin tam yargı davası açmasına engel oluşturmayacak şekilde bir yorum yapılmalıdır. Bu bağlamda ayrımcılık yasağını

⁴⁷ TİHEK, T. 02. 05.2023, 2022/690 Başvuru No.lu, 2023/350 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihék.gov.tr/kategori/pages/kararlar> Erişim Tarihi: 06.03.2024).

ihlal eden idari eylemler bakımından TİHEK başvurusunun dava açmadan önce idareye yapılacak olan İYUK'un 13. maddesi kapsamındaki başvurusu süresini de durduracağı düşünülmelidir. Aksi durumda ilgili ciddi bir hak kaybına uğrama tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. TİHEK tarafından yapılan inceleme neticesinde uygulanan idari para cezası Hazineye aktarıldığından, ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gören ilgilinin zararı karşılanmış olmamaktadır⁴⁸. Bu sebeple ilgilinin ayrımcılık yasağını ihlal eden idari eylem dolayısıyla idari yargıda dava açabilme olanağının baki olması kritik düzeyde önem arz etmektedir. Bu durumda aksi bir yorumun önüne geçebilmek için ya İYUK'un 13. maddesi çerçevesinde idareye yapılacak başvurunun süresinin durmasına yönelik bir düzenleme yapılması ya da 6701 sayılı Kanun'da tıpkı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'ndaki gibi İYUK hükümleri ile bağlantı kurulması uygun olacaktır.

Bir diğer husus TİHEK başvurusu ve idari davanın birbirine etkileri ile ilgilidir. Ayrımcılık yasağını ihlal eden idari eylem dolayısıyla tam yargı davası açmadan önce TİHEK başvurusunun sonuçlanması beklenmelidir. Zira 6701 sayılı Kanun'a dayanarak çıkarılan TİHEK Yönetmeliği'nin 48. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendine göre “*yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarıncaya karara bağlanmış uyuşmazlıklara ilişkin*” başvurular söz konusu olduğunda Yönetmeliğin 49. maddesinin birinci fıkrası uyarınca “*incelenemezlik kararı*” verilecektir. Yönetmeliğin 62. maddesine göre “*inceleme ve araştırma devam ederken başvuru konusuyla ilgili olarak dava açılması hâlinde Kurum inceleme ve araştırmasını sonlandırır.*” TİHEK başvuru ve inceleme süreci ile İYUK'un 13. maddesinde düzenlenen idari başvurunun birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi neticesinde başvuru sürecinde verilen kararlar birbirini etkileyebilir. TİHEK tarafından ayrımcılık yasağı ihlali incelemesine geçildiği sırada, İYUK'un 13. maddesinde öngörülen başvuru çerçevesinde idare ilgilinin tazminat talebini kabul ederse TİHEK başvurusunun akıbeti ne olacaktır? TİHEK başvurusu ile İYUK'un 13. maddesi kapsamında yapılan başvuru birbirinden bağımsız olarak değerlendirildiğinde, idarenin İYUK'un 13. maddesi kapsamında kendisine yapılan başvuruda tazminat talebini kabul etmesinin, TİHEK başvuru ve inceleme süreci üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmayacaktır. Zira Kanun'da veya Yönetmelik'te idari yargılama usulü sürecindeki başvuruların etkisi ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple kural olarak TİHEK'in ayrımcılık denetimi incelemesinin devam edebileceği söylenebilir. Ancak burada 6701 sayılı Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen “uzlaşma”

⁴⁸ Karan: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Raporu, s. 44. Doktrinde Odyakmaz/Keskin tarafından ihlalden zarar görenlere tazminat ödenmesi yönünde öneride bulunulmuştur (Odyakmaz/Keskin: s. 794).

müessesesinin uygulanması söz konusu olabilir. Bu hükme göre; “Uzlaşma, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali olduğu iddia olunan uygulamaya son verilmesi veya mağdur açısından bu sonucu sağlayacak çözümleri içerebileceği gibi mağdura belli bir tazminatın ödenmesi biçiminde de olabilir.” İlgilinin ayrımcılık yasağı ihlaline sebep olan idari eylem çerçevesinde dava açmadan önce idareye İYUK’un 13. maddesi çerçevesinde yaptığı başvuruda, idare tarafından zararın tazmini talebi kabul edilirse, TİHEK tarafların talebi üzerine veya resen uzlaşma yoluna başvurarak incelemeyi sona erdirebilir.

İdari eylemlerin ayrımcılık yasağını ihlal etmesi durumunda hem TİHEK başvurusu yapmak hem de idari eyleme karşı İYUK’un 13. maddesi çerçevesinde tam yargı davası açmak isteyen kişiler bakımından süreç son derece karmaşık görünmektedir.

TİHEK’in ayrımcılık yasağı ihlali incelemesi öncesinde ihlalden zarar gören kişilerin ilgili taraftan ihlale sebebiyet veren uygulamanın düzeltilmesini istemeleri gerekliliğine ilişkin düzenleme, söz konusu gerekliliğin ne zaman ve nasıl ifa edileceğinin belirsiz olması ve bu sebeple ihlalden zarar gören kişileri Kuruma başvurmadan vazgeçirebilecek nitelikte olması bakımından eleştirilmiştir⁴⁹. Biz de bu eleştiriye idareden kaynaklanan ayrımcılık yasağı ihlalleri bakımından katılmaktayız. İdareden kaynaklanan idari davaya konu olabilen ayrımcılık yasağı ihlalleri özelinde, idari yargılama usulü bakımından İYUK’ta dava açmadan önce kullanılması öngörülen idari başvuruların mevcut olması ve TİHEK ile ilgili mevzuatta bu başvurular ile bağlantı kurulmamış olması uygulama noktasında belirsizliklere sebep olmaktadır. TİHEK başvurusu ve öncesinde idareye yapılacak başvuru ile idari yargılama usulü mevzuatında yer alan başvuru yolları arasında bağlantı kurulması ve bu başvuruların birbirine etkilerinin düzenlenmesi konusunda yasal düzenleme ihtiyacı bulunmaktadır.

C. Ayrımcılık Yasağı İhlalinin İdarenin Sözleşmelerinden Kaynaklanması

İdarenin sözleşmeleri de ayrımcılık yasağı ihlaline sebebiyet verebilir. İdarenin sözleşmeleri idari sözleşme veya idarenin özel hukuk sözleşmeleri şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Her iki sözleşme grubunda da sözleşme yapılmasından önceki aşamada idarenin idari işlemleriyle yürüttüğü bir süreç yer almaktadır⁵⁰. Dolayısıyla her iki sözleşme grubu açısından da sözleşme öncesi aşamada idari işlemlerle yürütülen süreçte yaşanabilecek ayrımcılık yasağı

⁴⁹ Karan: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Raporu, s. 53.

⁵⁰ Odyakmaz, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 1998, s. 40.

ihlalleri sebebiyle TİHEK'e başvuru hususunda, yukarıda idari işlemlerden kaynaklanan ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin açıklamalarımız geçerlidir.

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanında olduğundan⁵¹ idari yargılama usulü açısından inceleme yaptığımız bu çalışmanın kapsamı dışındadır. İdari sözleşmeler bakımından sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan ayrımcılık yasağı ihlallerinin ortaya çıkabileceği düşünülebilir. İdari sözleşmeler bir tür katılma işlem niteliğindedir. Çünkü tamamıyla idare tarafından hazırlanan sözleşme metnine, ilgili özel kişinin katılımı, imza noktasında ortaya çıkmaktadır⁵². Buna rağmen, ilgili özel kişinin sözleşmeyi imzalamama seçeneği mevcut olduğundan sözleşme hükümleri ile ilgili ayrımcılık yasağı ihlali oluşması beklenmez. Yine de sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşmenin uygulanması sırasında ayrımcılık yasağını ihlal eden uygulamaların söz konusu olması düşünülebilir. İdari sözleşmelerin tarafları arasında doğacak uyuşmazlıklara dair davalar da bir iptal veya tam yargı davasıdır⁵³. İYUK'ta idari işlemler aleyhine açılacak iptal davaları ve idari işlem ve idari eylemler aleyhine açılacak tam yargı davaları öncesinde ilgili idareye başvuru usulleri düzenlenmiş; ancak idari sözleşmelerden kaynaklanabilecek iptal ve tam yargı davaları bakımından böyle bir başvuru usulü düzenlenmemiştir. Bu tür ihlallerin gündeme gelmesi olasılığında, TİHEK'e yapılacak başvuru bakımından söz konusu sözleşmenin ilgili mevzuatında veya sözleşmenin kendisinde, dava açma öncesinde idareye başvuruya ilişkin bir düzenleme yer alıp almadığına göre bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

TİHEK'in resmî internet sitesinde yayınlanan ihlal yapıldığına dair kararlara bakıldığında, henüz idarenin sözleşmelerinin uygulanmasından kaynaklanan bir ayrımcılık yasağı ihlali uyuşmazlığına rastlanmamaktadır. Bununla birlikte idarenin sözleşme öncesi aşamada yaptığı işlemler hakkında ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine karar verilen birtakım başvurular mevcuttur. Örneğin İçişleri Bakanlığı tarafından sözleşmeli personel alımına ilişkin yapılan ilanda yer verilen azami yaş şartının ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine karar verilmiş ve Bakanlığa idari para cezası uygulanmıştır⁵⁴. TİHEK bu kararında, sözleşmeli personel alımında ilgili Kurumun özel şart belirlemesine mevzuatın imkân tanıdığını; ancak somut olayda getirilen azami yaş şartının istihdam

⁵¹ Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut: İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 470.

⁵² Özyay, İl Han: Gün Işığında Yönetim, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 511.

⁵³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya: Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 142.

⁵⁴ TİHEK, T. 31.08.2023, 2022/854 Başvuru No.lu, 2023/500 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tih.gov.tr/kategori/pages/kararlar> Erişim Tarihi: 06.03.2024).

edilmek istenilen pozisyon için haklı bir gerekçeye dayandırılmadığını ifade ederek ihlal kararı vermiştir. TİHEK kendisine yapılan bir başka başvuruda da Türk Standartları Enstitüsü'nün sözleşmeli personel alımı ilanında koyduğu azami yaş sınırı şartının aynı gerekçeyle ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine karar vermiş ve Enstitüye idari para cezası uygulamıştır⁵⁵. Yine sözleşmenin hazırlık sürecinde yapılan idari işlemlere ilişkin bir ihlal başvurusunda TİHEK, bir üniversitenin güvenlik görevlisi olarak istihdam etmek üzere sözleşmeli personel alım ilanında yer alan “erkek aday” şartının cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağı ihlali oluşturduğuna kanaat getirmiştir⁵⁶. Örneklerde görülen idari sözleşmeler ile alakalı ayrımcılık yasağı ihlali başvurularında, ihlalin konusunu idari sözleşmenin kendisi değil, sözleşmenin hazırlık aşamasında idare tarafından yapılan tek taraflı tasarruflar oluşturmaktadır. Dolayısıyla ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlemlerden dolayı TİHEK başvuru süreci ile ilgili açıklamalarımız burada da geçerlilik bulmaktadır.

III. TİHEK'in Ayrımcılık Yasağı İncelemesi Neticesinde Verdiği Kararların Hukuki Etkisi

TİHEK'in, ayrımcılık yasağı ihlali konusunda Kanun'un 17. maddesine göre yapılacak başvurular neticesinde vereceği kararlar, TİHEK Yönetmeliği'nde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre TİHEK; yapacağı inceleme neticesinde incelenemezlik kararı, gerekçeli kabul edilmezlik kararı, gönderme kararı, ihlal kararı, idari yaptırım kararı, uzlaşma kararı, ret kararı ve karar verilmesine yer olmadığına dair karar verebilir (m. 65/1). Kurum, ön inceleme aşamasında Yönetmeliğin 48. maddesinde sayılan şartların bulunmaması halinde incelenemezlik kararı verir (m. 49/1). Gerekçeli kabul edilmezlik kararı Yönetmeliğin 67. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre Yönetmeliğin 48. maddesindeki koşulların değerlendirilmesinin esas incelemesi ile birlikte yapıldığı ve koşulların bulunmadığının anlaşıldığı veya ön inceleme aşamasında incelenemezlik bulunup söz konusu koşulların bulunmadığının sonradan anlaşıldığı hâllerde gerekçeli kabul edilmezlik kararı verilmektedir. Gönderme kararı, Yönetmeliğin 68. maddesinde açıklanmıştır. TİHEK'e başvuru öncesinde ilgili taraftan uygulamanın düzeltilmesinin talep edilmemiş olduğu hâllerde ilgili tarafa gönderme kararı verilmektedir.

İhlal kararı, Yönetmeliğin 69. maddesinin birinci fıkrasına göre, “*inceleme ve araştırma sonucunda başvurunun yerinde olduğu*” durumlarda

⁵⁵ TİHEK, T. 21.08.2023, 2022/1472 Başvuru No.lu, 2023/499 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihkek.gov.tr/kategori/pages/kararlar> Erişim Tarihi: 06.03.2024).

⁵⁶ TİHEK, T. 29.12.2022, 2022/874 Başvuru No.lu, 2022/941 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihkek.gov.tr/kategori/pages/kararlar> Erişim Tarihi: 06.05.2024).

verilmektedir. Bunun tersi olarak, Yönetmeliğin 72. maddesine göre, başvurunun yerinde olmadığı kanaatine varıldığı durumda ret kararı verilmektedir. 6701 sayılı TİHEK Kanunu'nun 18. maddesinin dördüncü fıkrasında ise ihlal incelemeleri neticesinde uzlaşmaya varılamaması halinde ihlal yapıp yapılmadığına karar verilmesi düzenlenmektedir. Kanunda “ihlal yapılmadığı” kararı olarak ifade edilen karar, Yönetmelikte “ret kararı” olarak ifade edilmektedir. Ancak Yönetmelikte “ret kararının” düzenlendiği 72. maddede ihlal yapılmadığına ilişkin bir betimleme bulunmamakta, ihlal kararının tanımının tersi şeklinde bir tanımlama yapılmış olduğundan bunun ihlal yapılmadığı durumda verilen karar olduğu anlaşılmaktadır. TİHEK'in resmî internet sitesinde Kurul Kararlarının yayımlandığı kısımda ise kararlar “ihlal yapıldığı/ihlal yapılmadığı” şeklinde yer almaktadır. Her ne kadar Yönetmelikte düzenlenen ret kararının, ihlal yapılmadığını işaret ettiği anlaşılrsa da olası bir karışıklığın önüne geçilmesi için Kanun ve Yönetmelikte kararların adlandırılması anlamında birlik sağlanması uygun olacaktır.

Uzlaşma kararı, Yönetmeliğin 71. maddesinde ilgili tarafın başvuranın talebini yerine getirmesi ve uzlaşma sürecinin olumlu sonuçlanması hâlinde verilmektedir. TİHEK'in yapacağı inceleme neticesinde verebileceği bir diğer karar, karar verilmesine yer olmadığı kararıdır ve Yönetmeliğin 73. maddesinde şartları düzenlenmiştir.

İdari yaptırım kararı, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği durumlarda verilen idari para cezası şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵⁷. 6701 sayılı TİHEK Kanunu'nun 25. maddesindeki düzenleme şekline göre, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği durumda idari para cezası verilmesi konusunda TİHEK bağlı yetkilidir⁵⁸. Bununla birlikte bu cezanın miktarının belirlenmesinde TİHEK, “ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi”ni dikkate alarak takdir yetkisi ile karar vermektedir⁵⁹.

TİHEK'in bu kararları arasında ihlal ve idari yaptırım uygulanması kararı, idari işlemler aleyhine yapılan başvurular bakımından özellik arz

⁵⁷ Dinçkol: s. 209; Karagöz: s. 26; Ergene, Arda: “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun İnsan Haklarının Ulusal Alanda Korunmasındaki Rolü”, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2023, s. 127.

⁵⁸ Uçar, İsmail/Türe, Gökhan: “İdari Usulde Re'sen Araştırma İlkesi ve Suçsuzluk Karinesi: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Ayrımcılık Yasağının İhlâli İncelemesinde İspat Yükü Özelinde Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Dergisi, C. 25, s. 2, 2021, s. 979.

⁵⁹ Dinçkol: s. 210.

etmektedir. TİHEK incelemesinin tamamlanmasını müteakip ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlem aleyhine iptal davası açılabilir. İptal davası neticesinde verilecek iptal kararının, bizzat iptal kararının idari yargılama usulü açısından arz ettiği nitelikleri sebebiyle TİHEK'in yapmış olduğu inceleme ve verdiği kararlar üzerinde etkiler doğurması olasıdır. Bu sebeple idari yargıda verilen iptal kararının, TİHEK'in idari yaptırım kararı üzerindeki etkilerinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

A. Ayrımcılık Yasağı İhlaline Sebep Olan İşlemin İdari Yargı Tarafından İptali Hâli

Ayrımcılık yasağı ihlaline sebep olan bir idari işlem söz konusu olduğunda TİHEK'e yapılacak başvuru, bu idari işleme karşı açılacak dava açma süresini durdurmaktadır. TİHEK tarafından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ve idari para cezası uygulanmasına karar verildikten sonra TİHEK Yönetmeliği'nin 76. maddesinin ikinci fıkrasına göre "*ilgili merci Kurumun kararı üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis etmez veya eylemde bulunmaz ise durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlar*"⁶⁰. Yönetmeliğin bu hükmündeki "herhangi bir işlem" ifadesi yeterince açık değildir. Burada en azından Kurul kararının gereği doğrultusunda ihlali ortadan kaldıracak bir işlem ve eylem yapılması öngörülmelidir ve idari yargılama usulü açısından bu işlem ve eylemin ne olduğuna dair ayrı bir düzenleme gerekmektedir. Diğer taraftan Yönetmelikteki hüküm mevcut haliyle de dava açma hakkını kısıtlamamaktadır. Zira ilgili tarafça yapılacak herhangi bir işlem veya eylemin dava açma hakkını ortadan kaldıracığı yönünde bir düzenleme söz konusu değildir. Buradaki düzenleme yalnızca dava açma süresinin yeniden işlemeye başlaması ile ilgilidir. İdari işlem aleyhine yapılan TİHEK başvuruları bakımından, ihlal kararı sonrasında ilgili idari makamın yapması gereken, ihlale sebep olan idari işlemin kaldırılması ya da geri alınmasıdır. Şayet ilgili idare bu yönde bir işlem yapmazsa veya hiç işlem yapmazsa, ihlalden zarar gören kişi kalan dava açma süresi içerisinde idari yargıda iptal davası açabilecektir.

⁶⁰ *Odyakmaz/Keskin* tarafından 6701 sayılı Kanun'da dava açma süresinin ne zaman işlemeye başlayacağını düzenlenmemiş olması haklı olarak eleştirilmiştir. Yazarlar, başvuruların 3 ay içinde neticelendirilememesi hâlinde dava açma süresinin yeniden işlemeye başlaması şeklinde bir düzenlemenin Kanuna eklenmesini önermişlerdir (*Odyakmaz/Keskin*: s. 784). *Karan'a* göre, dava açma süresinin durması, yeniden işlemeye başlaması ve sona ermesine ilişkin TİHEK Yönetmeliği'nin madde 76/1, 76/2 ve 76/3 hükümleri ile 6701 sayılı TİHEK Kanunu'nun madde 17/3 hükmü, hukukçu olmayan kişiler açısından son derece karmaşık durumdadır. Bu noktada yazar, hak kayıplarının önüne geçmek için TİHEK'e başvurmak isteyen kişilere bu konularda bilgilendirme yapılmasını ve hukuki destekte bulunulmasını önermektedir (*Karan: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Raporu*, s. 39-40).

İptal davasında, mahkeme tarafından yapılacak hukuka uygunluk incelemesi neticesinde TİHEK tarafından ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine karar verilen idari işlemin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirilirse söz konusu idari işlem iptal edilecektir. Ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlemin mahkemece iptalinin, bu ihlal dolayısıyla verilen idari para cezasına bir etkisi olabilir mi?

Konuya iptal kararlarının etkisi açısından yaklaşmak gerekmektedir. İptal kararı ile idari işlem yapıldığı andan itibaren yürürlükten kalkmaktadır⁶¹. Yani iptal kararı hukuka aykırı işlemi geçmişe etki ederek yürürlükten kaldırır. İptal kararı ile birlikte hukuka aykırı işlem tesis edilmeden önce var olan duruma geri dönülür veya dönülmelidir⁶². İptal kararı neticesinde, idarenin iptal edilen işleminden önce var olan hukuki durumu yeniden tesis etmesi gerekmektedir⁶³. Doktrinde de iptal kararının geçmişe etkilerine ve diğer işlemler üzerindeki etkilerine çeşitli şekillerde değinilmiştir. Örneğin Onar'a göre, "*iptal kararı iptal edilen karara istinat eden, onunla doğrudan doğruya alâkalı bulunan tasarruflara da şâmil olmakta ve bu suretle iptal hükmü, iptal edilen karara dayanan, onunla bağlı bir mahiyet arzeden tekmil tasarrufları ortadan kaldırmak suretiyle makabline şâmil olmaktadır*"⁶⁴. Gözübüyük/Tan'a göre, "*Bireysel bir işlemin iptali, bu işleme bağlı diğer işlemler de bu sakatlıktan etkilenir. Bunlar hukuksal dayanaklarından yoksun kalırlar. İdare ya bunlara hukuksal dayanak bulmak ya da bunları kaldırmak zorundadır*"⁶⁵. Danıştay'ın da bu yönde pek çok kararı bulunmaktadır⁶⁶.

⁶¹ Çağlayan, Ramazan: İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, 3. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004, s. 130.

⁶² Uler, Yıldırım: İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.281, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 25.

⁶³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya: Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 660.

⁶⁴ Onar, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları Üçüncü Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1794.

⁶⁵ Gözübüyük, /Tan: İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, s. 551.

⁶⁶ Örneğin Danıştay 8. Dairesi bu konudaki görüşünü şu şekilde ifade etmiştir: "*Bir idari işlemin yargı kararıyla iptal edilmesi halinde, söz konusu kararın, dava konusu işlemin tesis edilmesi sırasında unsurlarında bulunan sakatlıkları saptadığı, işlemi yapıldığı andan başlayarak ortadan kaldırdığı, bu özelliği nedeniyle geriye yürüten sonuçlar doğurduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Dolayısıyla, iptal kararları, iptali istenilen idari tasarrufu ve ona bağlı işlemleri tesis edildikleri tarihten itibaren ortadan kaldırarak bu tasarruf ve işlemlerin tesisinden ve icrasından önceki hukuki durumu yürürlüğünü sağlar. Diğer bir deyimle iptal edilmiş olan işlemi, hukuk aleminde hiç doğmamış hale getirir. İdare, iptal kararının amaç ve kapsamına göre yeni bir işlem ya da işlemler yapmak, iptal edilen idari işlemde doğan tüm sonuçları ortadan kaldırmak*"

TİHEK tarafından ayrımcılık yasağı incelemesi neticesinde verilen idari para cezasının hukuki dayanağı 6701 sayılı Kanunu'nun idari yaptırımları düzenleyen 25. maddesidir. Bu hükümde “*ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, idari para cezası uygulanır*” denilmektedir. Dolayısıyla idari para cezasının 6701 sayılı Kanun'da düzenlenen sebep unsuru “*ayrımcılık yasağı ihlalidir*”. Bu bakımdan doğrudan iptal edilen idari işleme dayanılarak ya da bu işlem dayanak gösterilerek alınan bir idari para cezası söz konusu değildir. Bununla birlikte idari para cezasının sebep unsurunu oluşturan ayrımcılık yasağı ihlali idari işlem ile gerçekleşmektedir. Bir başka deyişle bu idari işlem olmasaydı, idari para cezasının sebep unsurunu oluşturan ayrımcılık yasağı ihlali gerçekleşmeyecektir. Tam da bu noktada iptal kararının iptal edilen işlem üzerinde işlem hiç yapılmamış gibi bir etki doğurması⁶⁷ etkisi akla gelmektedir. Buradaki tereddüt, iptal kararının kendine has özellikleri dolayısıyla, ihlale sebebiyet veren idari işlemin iptalinin ihlali de ortadan kaldırıp kaldırmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır. Şayet ihlalin de ortadan kalktığı düşünülecek olursa, hukuki dayanaktan yoksun kalan idari para cezasının idare tarafından geri alınması mümkün olabilir mi? Ya da bu durumda idarenin iptal kararından önceki durumu yeniden tesis etmesi zorunluluğu⁶⁸ kapsamında idari para cezasının geri alınması veya kendisine idari para cezası kesilen idarenin TİHEK'e bu cezanın geri alınması başvurusu kapsamında TİHEK'in bu başvuruyu iptal kararı dolayısıyla kabul etmesi söz konusu olabilir mi?

Yükümlendirici işlem olan idari para cezalarının, hukuka aykırı olduklarında geri alınabilmeleri gereklidir⁶⁹. Ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlem, idari yargı tarafından iptal edilse de ihlal bir kere gerçekleşmiş olduğundan, ihlal sebebiyle verilen idari para cezası sebep unsuru yönünden hukuka uygun kabul edilmelidir. İhlale sebebiyet veren idari işlemin iptal kararı ile ortadan kaldırılmış olması, ihlalin bir kez gerçekleşmiş olduğunu değiştirmemektedir. Gözler'e göre hukuka uygun olan birel işlemler söz konusu olduğunda, şayet bu işlemler hak doğurmuyorsa geri alınmaları mümkün olabilir; ancak bu durum hukuka uygun ve hak doğurmayan tüm birel işlemlerin geri

görevi ile yükümlüdür. Aksi düşünüş tarzı, idari yargı kararlarının uygulanmaması gibi hukukun kabul edemeyeceği bir sonuç doğurur.” Danıştay 8. D., T. 23.03.2015, E. 2015/1996, K. 2015/2157 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat programı, Erişim Tarihi: 11.12.2023. *Benzer yönde:* Danıştay 12. D., T. 31.03.2014, E. 2013/1956, K. 2014/2137 sayılı Kararı; Danıştay 5. D., T. 23.01.2014, E. 2011/565, K. 2014/409 sayılı Kararı.

⁶⁷ Uler: s.29.

⁶⁸ Akyılmaz/Sezginer/Kaya: Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 660.

⁶⁹ Yılmaz: Kesinlik, s. 124.

alınabileceği şeklinde anlaşılmalıdır⁷⁰. Diğer taraftan hak doğurma hususunun sadece işlemin ilgilisi açısından değil, bu işlemin hakları üzerinde etki doğurduğu üçüncü kişiler bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir⁷¹. Bununla birlikte hukuka uygun birel işlemlerin hak doğurup doğurmamasına bağlı olmaksızın geri alınamayacağı yönünde de görüş bulunmaktadır⁷². Keza doktrinde yine bir yükümlendirici işlem olan disiplin cezalarıyla ilgili olarak hukuka uygun olduklarında geri alınamayacağı yönünde görüş bulunmaktadır⁷³. TİHEK'in vermiş olduğu idari para cezası, birel ve yükümlendirici işlem niteliğindedir. Hukuka uygun birel işlem niteliğindeki söz konusu idari para cezasının hak doğurmaması sebebiyle geri alınabileceğinin kabulü halinde, TİHEK'in yapmış olduğu ayrımcılık yasağı denetiminin etkisiz kalma riski ortaya çıkabilecektir. Bu risk aynı zamanda ayrımcılık yasağı ihlali dolayısıyla bireylere tanınan TİHEK'e başvuru hakkının da zarar görmesi tehlikesini doğurmaktadır. Böylesi bir durumda TİHEK'in verdiği hukuka uygun idari para cezasının geri alınmasının kabul edilmemesi gerekmektedir. Yine de iptal kararının etkisi sebebiyle ortaya çıkan tereddütlerin önüne geçmek için yasal düzenlemeyle, ayrımcılık yasağının ihlali sebebiyle verilen idari para cezasının, ayrımcılık yasağı ihlaline sebep olan idari işlem hakkında idari yargı tarafından verilecek iptal kararının etkisi dışında tutulması bir çözüm oluşturabilecektir.

SONUÇ

6701 sayılı TİHEK Kanunu'nda ayrımcılık yasağı ihlalinin önlenmesi bağlamında ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gören kişiler bakımından TİHEK'e başvuru usulü düzenlenmiştir. Aleyhine TİHEK'e başvurulabilecekler arasında bazı kamu kurum ve kuruluşları da sayılmıştır. Dolayısıyla idareden kaynaklanan ayrımcılık yasağı ihlalleri bakımından Kuruma başvuru mümkündür. Nitekim TİHEK'in resmî internet sitesinde yayınlanan kararlar gözden geçirildiğinde, idareden kaynaklanan ihlallere karşı pek çok kez başvuru yapılmış olduğu görülmektedir.

İdareden kaynaklanan ayrımcılık yasağı ihlalleri idarenin işlemleri, eylemleri veya sözleşmeleri dolayısıyla gerçekleşebilir. İdarenin ihlale sebebiyet veren uygulamasının hukuki niteliği, TİHEK'e başvuru sürecini önemli ölçüde

⁷⁰ Gözler, Kemal: İdare Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, s. 1236.

⁷¹ Gözler: İdare Hukuku Cilt I, s.1236.

⁷² Akyılmaz/Sezginer/Kaya: Türk İdare Hukuku, 505.

⁷³ Gündüz, Fatma Ebru: "Disiplin Cezalarının Geri Alınması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 1, 2016, s. 421.

etkileme kapasitesini barındırmaktadır. Bu durum özellikle 6701 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen TİHEK'e başvuru öncesi ayrımcılık yasağı ihlaline sebep olan uygulamanın ilgili taraftan düzeltilmesinin istenmesi zorunluluğu ile ilişkilidir. 6701 sayılı TİHEK Kanunu'ndaki bu hüküm doğrultusunda, idareden kaynaklanan ayrımcılık yasağı ihlalleri bakımından ihlalden zarar gören kişilerin, TİHEK'e başvurmadan önce ilgili idari makama ihlale sebebiyet veren uygulamanın düzeltilmesi talebi ile başvuru yapmaları gerekmektedir. TİHEK başvurusu ve TİHEK'e başvurmadan önce ilgili idari makama yapılacak ihlale sebebiyet veren uygulamanın düzeltilmesi başvurusu idari dava açmadan önce gerçekleşmektedir. İYUK'ta da idari davaya konu olabilecek işlem ve eylemler bakımından dava açmadan önce kullanılacak başvurular düzenlenmiştir. Eş zamanlı olması beklenen bu başvurular arasında yasal bir bağlantı kurulmamış olması, idareden kaynaklanan ihlaller bakımından TİHEK başvuru sürecinde karışıklığa neden olabilecek niteliktedir.

Ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlem sebebiyle TİHEK'e başvurmak isteyen kişiler bakımından öncelikle ilgili idari makama ihlale sebebiyet veren uygulamanın düzeltilmesi için yapılacak başvuru, kanaatimizce İYUK'un 11. maddesinde düzenlenen idari başvurunun özel bir türünü oluşturmaktadır. Zira ayrımcılık yasağı ihlaline sebep olan uygulamanın düzeltilmesi, idari işlemler açısından o işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması ile mümkün olacaktır. Bununla birlikte 6701 sayılı Kanun'da veya ayrı bir yasal düzenlemede İYUK hükümleri ile bağlantı kurulmamış olduğundan, uygulamada TİHEK öncesi ilgili idari makama yapılacak başvurunun tamamıyla farklı bir başvuru olarak değerlendirilmesi mümkündür. Böyle bir değerlendirme, ilgili idari makama -ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlem dolayısıyla hem idari dava açmak hem de TİHEK'e başvurmak isteyenler bakımından yapılacak eş zamanlı ve aynı talebi içeren iki farklı başvuru yapılması anlamına gelecektir. Bu durum usul ekonomisine uygun olmadığı gibi dava açma sürecini uzatarak ilgilinin hakkına kavuşma sürecini de geciktirmektedir. Bu sebeple, ayrımcılık yasağını ihlal eden idari işlemler bakımından yapılacak TİHEK başvurusuna ilişkin düzenlemelerde İYUK'un 11. maddesi ile bağlantı kurulması faydalı olacaktır.

İdarenin idari davaya konu olamayan işlemleri bakımından yapılacak TİHEK başvurusu, hem bu başvuru öncesinde 6701 sayılı Kanun'un madde 17/2 hükmü uyarınca kendisine başvuru yapılan ilgili idari makamın işlemi yeniden gözden geçirmesini sağlaması hem de ilgilinin hakkına kavuşması için bir başvuru yolu oluşturması bakımından önemlidir.

İdari eylemlerin ayrımcılık yasağını ihlal etmesi durumunda hem TİHEK'e başvurmak hem de tam yargı davası açmak isteyen ilgililer bakımından, TİHEK'e başvuru öncesinde ilgili idari makama yapılacak başvurunun, İYUK'un

13. maddesinde öngörülen idari başvuru karşısındaki durumu da çalışma içerisinde değerlendirilmektedir. İYUK'un 13. maddesinde öngörülen başvuru, idari eylemden zarar gören kişilerin zararının tazmini talebine yöneliktir⁷⁴. Ayrımcılık yasağını ihlal eden idari eylemlerden dolayı TİHEK başvurusu yapmak isteyen kişiler bakımından, öncelikle ilgili idari makama ihlale sebebiyet veren uygulamanın düzeltilmesi için yapılacak başvurunun, uğranılan zararın tazmini talebi şeklinde anlaşılabilmesi mevzuattaki düzenlemeler ve uygulamadaki başvurular incelendiğinde mümkün görünmemektedir. Ayrımcılık yasağını ihlal eden idari eylemler bakımından hem TİHEK'e hem de dava yoluna başvurmak isteyen kişilerin, dava açmadan önce, aynı idari makama farklı talepleri içeren iki farklı başvuruda bulunması gerekmektedir. Bu başvuruların neticelerinin birbiri üzerindeki etkileri hususunda bir belirlilik söz konusu değildir. Kaldı ki dava açma süresini durduracağı düzenlenmiş olan TİHEK başvurusunun, idari eylemler bakımından İYUK'un 13. maddesinde öngörülen 1 ve 5 yıllık süreler üzerinde nasıl bir etki göstereceği de açık değildir. Bu noktadaki karışıklığa ve dava açma hakkının kaybı riskine engel olmak için İYUK'un 13. maddesinde yer alan 1 ve 5 yıllık sürelerin de durması yönünde bir düzenleme yapılması veya TİHEK öncesi ilgili idari makama yapılacak başvurular ile ilgili olarak İYUK hükümleri ile bağlantı kuracak düzenlemeler yapılması uygun olacaktır.

İdarenin sözleşmeleri ile ayrımcılık yasağı ihlaline sebebiyet vermesi düşünülebilir. TİHEK'e yapılan başvurular incelendiğinde, idarenin sözleşmeleri açısından ayrımcılık yasağı ihlallerinin, sözleşmenin imzalanmasından önce hazırlık aşamasında yapılan idari işlemlerden kaynaklanmış olduğu görülmektedir. İdari sözleşmelerde, özel kişilerin sözleşmeyi imzalamama seçeneği olduğundan sözleşme hükümlerinden kaynaklanabilecek ayrımcılık yasağını ihlal eden bir uyuşmazlık çıkması beklenmemektedir. Diğer taraftan idari sözleşmeler bakımından sözleşmenin imzalanmasından sonraki süreçte sözleşmenin uygulanmasından doğabilecek uyuşmazlıklar bakımından İYUK'ta bir idari başvuru usulü düzenlenmediğinden, olası bir ayrımcılık yasağı uyuşmazlığı bakımından yukarıda idari işlem ve eylemler bakımından izah edilenler gibi özel bir durum söz konusu değildir.

TİHEK'in yapacağı inceleme neticesinde ihlal yapılmadığına kanaat getirmesi hâlinde vereceği karar, Kanun ve Yönetmelikte farklı isimler ile ifade edilmiştir. Bu hususta terim birliğinin sağlanması gerekmektedir. Ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine kanaat getirilmesi hâlinde verilen idari yaptırım kararının akıbeti hakkında ise ayrımcılık yasağı ihlalinin idari işlemten kaynaklanmış olması ve söz konusu idari işlemin idari yargı tarafından iptal

⁷⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya: Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 409.

edilmesi hâliyle bağlantılı olarak tereddütler doğması mümkündür. Bu tereddütler, iptal kararının idari yargılama usulü açısından ortaya çıkan etkisi ile ilişkilidir. Her ne kadar iptal kararı, iptal edilen işlem hiç yapılmamış gibi bir hukuki durum⁷⁵ ortaya çıkarsa da ayrımcılık yasağı, iptal edilen işlemle bir kez gerçekleşmiş olacağından, idari yaptırım kararının akıbetinin etkilenmemesi beklenmektedir. Yine de olası tereddütlerin önüne geçmek için konu özelindeki idari yaptırımın, yasal düzenleme ile ayrımcılık yasağının ihlaline sebep olan idari işlem hakkında mahkemece verilecek iptal kararının etkisi dışında tutulması uygun bir çözüm oluşturabilecektir.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Alyanak, Servet: “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna Yapılan Şikayet Başvurularında Kabul Edilebilirlik Koşulları”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 2, 2023, s. 1198-1128.

Atay, Ender Ethem/Odabaşı, Hasan: Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Beyoğlu, Ayça: “T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun Kurumsal Yapı, İşleyiş ve Etkinlikleri Açısından Bir Karşılaştırma”, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 23, S. 3, 2021, s. 992-1013.

Cin Karagöz, Emine: “Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu’nun Yetkileri”, Yasama Dergisi, S. 32, 2017, s. 21-40.

Çağlayan, Ramazan: İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, 3. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004.

Çağlayan, Ramazan: İdârî Yargılama Hukûku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Deniz, Yusuf/Boz, Selman Sacit/Gürkan, Mehmet Fatih: “İdarî Yargılama Usûlü Kanunu’nun 11. Maddesine Göre Yapılan İdari Başvurular”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, 2013, s. 31-62.

⁷⁵ Uler: s.29.

Dinçkol, Hulusi Alphan: “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu’nun Ayrımcılık Yasağının İhlali Kapsamında İdari Yaptırım Yetkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S. 1, 2021, s.188-215.

Duran, Lütfi: “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 12, S. 1, 1946, s. 130-199.

Düğmeci, Fatih: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018.

Eren, Hayrettin: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Ergene, Arda: “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun İnsan Haklarının Ulusal Alanda Korunmasındaki Rolü”, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2023, 105-134.

Erkut, Celal: “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi I. Kitap İdari Yargı (s. 109-114), Danıştay Yayınları, Ankara, 1991.

Erkut, Celal: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara, 2015.

Eroğlu, Durkal, Müzeyyen: İdari Makamların Sükutu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Gözler, Kemal: İdare Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.

Gözler, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.

Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut: İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut: İdare Hukuku Cilt II: İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Gündüz, Fatma Ebru: “Disiplin Cezalarının Geri Alınması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 1, 2016, s. 411-424.

Kağıtçıoğlu, Mutlu: “İdari İşlem Teorisi Çerçevesinde İdari Mercî Tecavüzü Kavramının Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 30, 2017, s. 237-271.

Karan, Ulaş: “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Raporu”, Karan, Ulaş/Sever, D. Çiğdem: “Bir İnsan Hakları Koruma Mekanizması Olarak Ulusal Eşitlik Kurumları Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Örneği” (içinde s. 7-54), (<https://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2021/04/ESHID-ulusal-insan-haklari-kurumlari-TR.pdf> Erişim: 26.02.2024).

Karan, Ulaş: Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Odyakmaz, Zehra/Keskin, Bayram: “6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Bazı Maddeleri (8-26. Maddeler) Üzerine Bir Değerlendirme – II”, Zafer Gören Armağanı (içinde s. 733-798), Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Odyakmaz, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 1998, s. 1-63.

Onar, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları Üçüncü Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

Özay, İl Han: Gün Işığında Yönetim, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

Öztürk, Kaya Burak: Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi, 6701 sayılı Kanun Gerekçesi, Erişim Tarihi: 23.04.2024.

Uçar, İsmail/Türe, Gökhan: “İdari Usulde Re’sen Araştırma İlkesi ve Suçsuzluk Karinesi: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Ayrımcılık Yasağının İhlâli İncelemesinde İspat Yükü Özelinde Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Dergisi, C. 25, S. 2, 2021, s. 973-1026.

Uler, Yıldırım: İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.281, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

Yılmaz, Dilşat: “‘Usul Ekonomisi İlkesi’ Çerçevesinde Türk İdari Yargılama Usulünde Sözlülük İlkesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 2, 2019, s. 267-320.

Yılmaz, Dilşat: "Türk İdare Hukuku'nda İdari İşlemin 'Kesin'liği Üzerine Bir Değerlendirme: 'Kime Göre?', 'Ne İçin?' Kesinlik", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, 2017, s. 105-153.

Yılmaz, Dilşat: İdari İşlemin İcrailik Özelliği, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2014.

Zeyrek, İlker: "İdari Yargılama Usulü Kapsamında Üst Makama Başvuru Şartları", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2020, s. 3835-3861.

Yararlanılan Mahkeme Kararları

Danıştay 6. D., T. 17.02.2014, E. 2010/6494, K. 2014/1067 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 03.12.2023.

Danıştay 8. D., T. 23.03.2015, E. 2015/1996, K. 2015/2157 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 11.12.2023.

Danıştay 13. D., T. 29.04.2015, E. 2015/1120, K. 2015/1662 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 27.11.2023.

Danıştay, T. 17.06.2020, E. 2020/1258, K. 2020/1460 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 15.05.2024.

Danıştay 13. D., T. 20.10.2021, E. 2018/1139, K. 2021/3442 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 27.11.2023.

Danıştay 8. D., T. 03.03.2023, E. 2022/6916, K. 2023/10 sayılı Kararı, Lexpera İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 02.12.2023.

Yararlanılan TİHEK Kararları

TİHEK 1. D., T. 07.10.2021, 2021/377 Başvuru No.lu, 2021/253 Karar No.lu Kararı, (<https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/kararlar> Erişim Tarihi: 06.03.2024).

TİHEK Başvurular, (<https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/basvurular> Erişim Tarihi: 28.02.2024).

TİHEK, T. 14.03.2024, 2023/565-2023/692 Başvuru No.lu, 2024/312 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/kararlar>, Erişim Tarihi: 05.05.2024).

TİHEK, T. 02. 05.2023, 2022/690 Başvuru No.lu, 2023/350 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/kararlar> Erişim Tarihi: 06.03.2024).

TİHEK, T. 08.02.2024, 2022/1766 Başvuru No.lu, 2024/118 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/kararlar>, Erişim Tarihi: 05.05.2024).

TİHEK, T. 14.06. 2022, 2021/997 Başvuru No.lu, 2022/385 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/kararlar>, Erişim Tarihi: 04.05.2024).

TİHEK, T. 14.06.2022, 2021/1121 Başvuru No.lu, 2022/384 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/kararlar>, Erişim Tarihi: 04.05.2024).

TİHEK, T. 15.12.2022, 2022/947 Başvuru No.lu, 2022/931 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/kararlar> Erişim Tarihi: 29.04.2024).

TİHEK, T. 21.08.2023, 2022/1472 Başvuru No.lu, 2023/499 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/kararlar> Erişim Tarihi: 06.03.2024).

TİHEK, T. 23.03.2023, 2022/1160 Başvuru No.lu, 2023/201 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/kararlar> Erişim Tarihi: 06.03.2024).

TİHEK, T. 29.12.2022, 2022/874 Başvuru No.lu, 2022/941 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/kararlar> Erişim Tarihi: 06.05.2024).

TİHEK, T. 31.08.2023, 2022/854 Başvuru No.lu, 2023/500 Karar No.lu Kurul Kararı, (<https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/kararlar> Erişim Tarihi: 06.03.2024).

