

“ ...

1) 06.04.2016 tarihli ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrasının a ve b bendlerinin Anayasaya Aykırılığı

1. 6701 sayılı kanun 7. maddesi ile ayrımcılık yasağının ileri sürülemeyeceği halleri düzenlemiştir. Ayrımcılık yasağı, insan hakları arasında eşitlik ile beraber ana sütunu oluşturan, ayrımcılık temellerine dair ayrıntılı düzenlemeler ile “ayrımcılık yasağı hukuku” kavramının gelişmesini sağlayan ana ilke olup uluslararası hukukta, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) belirlenen diğer hakların kullanımında eşit muameleyi garanti eden AİHS 14. maddesiyle düzenlenmiştir. “Ayrımcılık yasağı”nın, Avrupa Konseyi tarafından üretilen yasal belgelerin şekillenmesinde etkisi açık olup korunması gereken bir temel özgürlük olarak görülmektedir. Avrupa Sosyal Haklar Şartı, Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi, İnsan Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Çocukların Cinsel İstismar ve Sömürüye karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde ayrımcılığa karşı ayrıca koruma düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler nezdinde ise, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Her Türlü İrk Ayrımcılığının Kırtadan Kaldırılması Sözleşmesi, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kırtadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme, İşkenceye Karşı Sözleşme, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Engelli Hakları Sözleşmesinde ayrımcılık yasağı yer almaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 18 No'lu Genel Yorumu<sup>1</sup> Ayrımcılık Yasağı'na özgülenmiştir.

2. Ayrımcılık yasağı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olarak iki şekilde görünür olmaktadır. Doğrudan ayrımcılık belli kategoride olan kişilere, objektif ve makul bir sebep olmaksızın veya meşru bir amaç gözetmek veyahutta da gözetilen amaçla yapılan muamele arasında orantılılık ilişkisi bulunmaksızın, farklı muamelede bulunmaktadır (Willis, paragraf 48). Dolaylı ayrımcılıkta bir koşul, bir ölçüt ya da bir uygulama görünüşte tarafsız olmasına karşın, yasal bir amaç tarafından nesnel olarak meşrulaştırmaksızın, ırk ya da etnik köken ya da inanç, engellilik, cinsiyet, yaş ya da cinsel yönelime mensup kişiler için dezavantaj oluşması anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, dolaylı ayrımcılıkta muamele farklı değildir ama sonuç farklıdır. Ayrımcılık yasağı hukuku, aynı durumdaki kişilerin veya grupların farklı muamele gördükleri ve farklı durumlardaki kişilerin veya grupların aynı şekilde muamele gördükleri tüm ihtimalleri yasaklar. Dolaylı ayrımcılıkta, görünüşte tarafsız olan düzenlemenin, ölçüt veya uygulamanın korunan bir grubu belli bir dezavantaja sokması anlamındadır.

3. Düzenlemenin a bendinde istihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele istisna olarak düzenlenmiştir. İstihdam ve serbest meslek alanlarında çalışacak kişilere yönelik farklı muamelenin yasal dayanağı düzenleme ile oluşturulmuştur. Düzenlemede ifade edilen zorunlu mesleki gerekliliğin ne olduğu belli değildir. İşveren tarafından herhangi bir neden zorunlu mesleki gereklilik olarak değerlendirilebilecek ve ayrımcı muamele sayılmayacaktır. Her ne kadar muamelenin orantılı ve amaca uygun olması şartları kanunda düzenlenmiş olsa da bu hususların değerlendirilmesinin objektif yapılmaması ihtimali bulunmaktadır. Düzenlemenin b bendi ise sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumları istisna olarak düzenlemiştir.

<sup>1</sup> İtuz Yedinci İturum, 1989, 10/11/1989

4. Bu açıklamalar doğrultusunda Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendlerini tekrar değerlendirmek gerekirse, kanunda yer alan “zorunlu mesleki gereklilikleri” ibaresi belirsiz ve muğlaktır. Zorunlu mesleki gerekliliklerin sınırları ve kapsamının bireyler tarafından bilinmesi mümkün değildir. Bir işe başvurduğunda başvurusu reddedildiğinde, bireye yapılan açıklama sadece zorunlu mesleki gereklilikler olabilecektir. Yine aynı şekilde düzenlemede yer alan “amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele” nesnel bir kavram değildir. Anayasa’nın 2. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti devleti bir sosyal hukuk Devletidir. Kişilerin, devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir (2014/92 E. 2016/6K. 28/01/2016 R.G. Tarih-Sayı : 03.03.2016-29642). Hukuk devletinin ön koşulları arasında, hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri bulunmaktadır. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Düzenlenen istisna belirsizliğe yok açmakta, hukuk güvenliği ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

5. Kanun koyucu düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan “ölçülülük” ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik”, başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik” başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “orantılılık” ise başvuru olan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur. (Anayasa Mahkemesi Kararı : 2014/196 E., 2015/103K., 12.11.2015, R.G. Tarih – Sayı : 16.12.2015 – 29564). Hukuk devleti ilkesine aykırı olan, kamu yararını ve ölçülülük ilkesini gözetmeyen, kanun koyucunun takdir yetkisini anayasal sınırlar çerçevesinde kullanmamış olması gerekçeleri ile düzenleme, Anayasa’nın 2. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

6. (b) bendi düzenlemesi ise sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan haller tarifi mevcut pozitif normlardaki düzenlemeler ile dahi uyumsuzdur. İş Kanunu’nda kadınların çalışmasının kısıtlandığı tek alan maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerdir. Bunun dışındaki tüm düzenlemeler pozitif ayrımcılık hükümleridir. Somutlaştırmak gerekirse; İş Kanunu’nda kadınlara yönelik istihdamdaki istisnai farklılardan biri, gece postasında çalışma saatlerini yedi buçuk saatle sınırlayan Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik’teki 4. maddedir ve söz konusu madde bir pozitif ayrımcılık hükmüdür. Benzer bir pozitif ayrımcılık hükmü de işvereni gece postasında çalışan kadın işçilere evi ile işi arasında servis sağlamakla yükümlü kılar. Ancak Anayasa’nın 10. maddesinde açıkça zikredildiği üzere kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Eşitliğin yaşama geçmesi maksadıyla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Ancak iptali talep edilen belirsiz ibareler ile düzenlenmiş normlar Anayasa’nın ve diğer iç hukuk normlarındaki eşitliği sağlayıcı düzenlemeler ile bireylere sağlanan güvenceleri bertaraf etmektedir. Ayrıca, kanunun kendisi ile güvence altına alınan

ayrımcılığa uğramama ve eşitliğin gerçekleşmesi işlevini de bu istisnalar bozmaktadır. Bu sebeple düzenleme Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

7. Ayrımcılık çalışma ve istihdam alanlarında çok sık görünür olmaktadır. Bazı mesleklerin sadece bazı cinsiyetler tarafından yapılabileceği, cinsel yönelimi nedeniyle bazı mesleklerin yapılamayacağı, engel durumu nedeniyle sadece belirli alanlarda istihdam edilme Türkiye'de de yıllardır yargıya da taşınmış olan ayrımcılık deneyimleridir. AİHM cinsiyet kavramını, farklı muamelenin başvuruçunun cinsiyetiyle soyut bir anlamda bağlantılı olduğu durumları da içerecek şekilde yorumlanmış ve böylece toplumsal cinsiyet kavramını da AİHS kapsamında koruma altında olduğuna hükmetmiştir. Toplumsal cinsiyet kavramı, biyolojik cinsiyetten farklı olarak, bir kişinin "sosyal" veya "psikolojik" cinsiyetini ifade eder. Toplumsal cinsiyet kimliği, sadece cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirenleri ('transseksüeller') değil, toplumsal cinsiyetlerini ifade etmek üzere diğer cinsin kıyafetlerini giymek veya normal olarak karşı cinsin üyeleriyle ilişkili sayılan bir konuşma tarzını veya kozmetiklerini benimsemek (travestilik) gibi başka tercihleri bulunan kişileri de kapsar (Prof. Dr. İsmail Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Legal yayınevi, sayfa 612).. AİHM, Türkiye'deki genel ve ayrımcı yargı pasifliğinin, kasıtlı biçimde olmasa da, esasen kadınları etkilediğini belirterek Türkiye'yi defaten mahkum etmiştir. Devletin ayrımcılık yapmama yükümlülüğünün yanı sıra, üçüncü kişilerin ayrımcı muamelelerine karşı da önleme ve ayrımcılığın yaşandığı durumlarda etkili soruşturma yükümlülüğü bulunmaktadır. AİHM'e göre devlet muhtemel ayrımcılık saiklerini özel olarak soruşturmakla yükümlüdür. (Nachova ve Diğerleri). Düzenleme uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan eşitlik ilkesine, ayrımcılık yasağına ve AİHM kararlarına aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple Anayasa'nın 90. maddesine de aykırılık taşımaktadır.

8. Açıklanan bu sebeplerle iptali talep edilen düzenleme Anayasa'nın 2., 10. ve 90. maddelerine aykırılık teşkil ettiğinden iptal edilmesi zorunludur.

2) 06.04.2016 tarihli ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 10. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümleleri ile sekizinci fıkrasında yer alan "Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayıyla" ibaresi

9. Kurul, kurumun karar organı olarak öngörülmüştür. Her ne kadar 10. maddenin birinci fıkrasında Kurul'un, bu Kanunla ve diğer mevzuatla verilen görev ve yetkilerini kendi sorumluluğu altında, bağımsız olarak yerine getireceği ve kullanacağı düzenlenmiş olsa da kurul üyeleri yürütme tarafından belirlenmektedir. Görev alanına giren konularla ilgili olarak hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Kurula emir ve talimat veremez, tavsiye ve telkinde bulunamaz düzenlemesi bu bakımdan sadece kağıt üzerinde kalan, işlevi olmayan bir düzenleme olacaktır. Nitekim kurul üyesi olarak birden fazla defa seçilmek mümkündür. Seçimi yapacak olan yürütmeye karşı kurul üyeleri hiyerarşik olarak olmasa da organik olarak bağımlıdır.

10. İptali talep edilen düzenleme uyarınca, Kurulun sekiz üyesi Bakanlar Kurulu, üç üyesi Cumhurbaşkanı tarafından seçilecek; Bakanlar Kurulunca seçilecek bir üye Yükseköğretim Kurulu tarafından insan hakları alanında çalışmalar yapan öğretim üyelerinden önerilecek iki aday arasından; yedi üye ise dördüncü fıkrada aranan şartları taşımak kaydıyla, insan hakları alanında çalışmalar yapan sivil toplum kuruluşları, sendikalar, sosyal ve mesleki kuruluşlar, akademisyenler, avukatlar, görsel ve yazılı basın mensupları ve alan uzmanlarının göstereceği adaylar veya üyelik başvurusu yapanlar arasından belirlenecektir.

11. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, insan hakları alanında evrensel standartların yakalanmasına katkı sağlayacak, insan hakları alanında kamuoyunun bilincini arttıracak ve bireyin insan hakkı ihlallerine karşı kendini daha fazla güvende hissedebileceği bir anlayışla hazırlanmamıştır. Aksine; Paris prensiplerinde yer alan bağımsızlık, mali özerklik ve çoğulculuk gibi çok önemli ilkelere tatmin edici düzeyde yer verilmeyerek, sağlanmak istenen hukuki menfaati sağlamaktan oldukça uzak, göstermelik bir kanun olarak düzenlenmiştir.

12. İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'nin Seçmeli Protokolü (□PCAT) uyarınca oluşturulması gereken ulusal önleme mekanizmasını oluşturmuş gibi görünmek, Avrupa Birliği üyeliği sürecinde “Katılım □rtaklığı Belgesi” ve “İlerleme Raporlarında” Türkiye'nin yerine getirmesi gereken bir yükümlülüğü yerine getiriyormuş gibi görünmek; vize muafiyeti sürecindeki istenilen kriterleri yerine getirmiş gibi görünmek amacıyla kanunlaşan bu düzenlemeler iktidar tarafından görevini bir an önce yerine getirmenin aceleciliği ve özensizliği ile, bu konuda yapılan tüm eleştiriler görmezden gelinerek ve geniş tabanlı bir müzakere sürecinin ortaya çıkaracağı ortak akıldan yeteri kadar faydalanılmadan yapılmıştır.

13. İşkenceye Karşı Komite, 26, 27 Nisan 2016 tarihlerinde düzenlenen 1406. ve 1409. toplantılarında (CAT/C/SR.1406 ve 1409) Türkiye'nin dördüncü periyodik raporunu değerlendirmiş (CAT/C/TUR/4) ve 10, 11 Mayıs 2016 tarihlerinde yaptığı 1424. ve 1426. toplantılarında aşağıdaki sonuç gözlemlerini kabul etmiştir. Sonuç gözlemlerinde Komite, Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun yerini alacak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nu kuran yeni yasaya göre kurum üyelerinin sekizinin kabine tarafından, üçünün ise Cumhurbaşkanı tarafından atanmasının öngörülmesini bu yeni insan hakları kurumunun bağımsızlığını zedelemesi nedeniyle kaygıyla karşılamaktadır (paragraf 27).

14. Komite sonuç gözlemlerinde ayrıca Türkiye, İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun işlevsel, yapısal ve mali bağımsızlığını sağlamak ve üyelerin atanması işleminin insan haklarının geliştirilmesi ve korunması için kurulan ulusal kurumların statüsü ile ilgili İlkelerle (Paris İlkeleri) tam uyumlu olmasını sağlamak için gerekli yasal önlemleri almalıdır demektedir (paragraf 28).

15. Sekizinci fıkra düzenlemesinde Başkan, İkinci Başkan ve üyelerin süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemeyeceği düzenlenerek göreve son verilmesinin istisnaları yedi bend halinde sayılmıştır. Bu yedi istisnanın birinin olması hallerinin Kurul tarafından tespit edilmesi üzerine Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayıyla üyeliğine son verilecektir. Kurulun bağımsızlığına ilk engel kurul üyelerinin belirlenmesi iken ikinci büyük engel üyelerin görevlerine son verilmesi halinin Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayına tabi kılınmasıdır.

16. Kurul'un Kurul üyelerinin Kanunda sayılan hallerden birisinin tespit etmiş olması halinde üyeliğine son verilmesi hususu düzenlenmiştir. Üyenin seçilmesi için gerekli şartları taşımaması ya da sonradan kaybetmesi, Kurul kararlarını süresi içinde imzalamaması, Kurul tarafından kabul edilebilir mazereti olmaksızın bir takvim yılı içinde toplam beş Kurul toplantısına katılmaması, ağır hastalık veya engellilik nedeniyle iş göremeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi, görevi ile ilgili olarak işlediği suçlardan dolayı hakkında verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmesi, geçici iş göremezlik hâlinin üç aydan fazla sürmesi, 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendinde belirtilen suçlardan mahkûm edilip de cezasının infazına fiilen başlanması hâllerinin Kurul tarafından tespit edilmesi üzerine üyenin görevine son verilebilecektir. Ancak üyeliğe son

verme yetkisi, iptali talep edilen, Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayına tabi kılınmıştır. Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayı ile bir üyenin görevine son verilmesi, bağımsız olması gerken yapının ve üyelerin yürütmeye bağlanması anlamına gelmektedir. Bu bakımdan Kurul'un bağımsızlığına ilişkin yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız hususlar, üyelerin görevine son vermesi hususu ile de doğrudan ilintilidir. Bu bağlamda, üyelerin görevine yürütmenin onayı ile son veriliyor olması; Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca taraf olunan uluslararası sözleşmelerdeki insan hak ve özgürlüklerine ilişkin yapıların özerkliği ve bağımsızlığı ilkesine aykırılık teşkil etmesinden hareketle Anayasa'nın 90. maddesine, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen insan haklarına saygılı hukuk devleti olma niteliği ile uyumsuz olmasından hareketle Anayasa'nın 2. maddesine, Anayasa'nın 5. maddesiyle düzenlenen kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan engeli oluşmasından hareketle Anayasa'nın 5. maddesine aykırılıdır ve iptal edilmesi gerekir.

17. B.M. İnsan Hakları Komisyonu'nun 3 Mart 1992 tarihli 1992/54 sayılı ve B.M. Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihli 48/134 sayılı kararlarıyla kabul edilen ve Paris İlkeleri olarak bilinen insan haklarının geliştirilmesi ve korunması için kurulan ulusal kuruluşların statüsüne ilişkin ilkeler, bu kurulun bağımsızlık ve çoğulculuk temelinde kurulmasının esas alması zorunludur. Paris İlkeleri gereğince, kurulacak kurulun bağımsız ve özerk olması gerekir. İptali talep edilen düzenlemeler uluslararası ilke ve standartlarla uyumsuzdur. Bu sebeple Anayasa'nın 90. maddesine aykırılık teşkil eder.

18. Anayasa'nın Devletin temel amaç ve görevlerini saydığı 5. maddesi uyarınca kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin amaç ve görevleri arasındadır. İnsan hakları ihlallerinin tarafı devlettir. Hak ihlali yapan, ayrımcılık uygulayan birimlerin veya kişilerin etkili soruşturularak cezalandırılması, benzer olayların tekrarlanmasını önlemek Anayasa'nın 5. maddesi uyarınca devletin sorumluluğu arasındadır. Bu görevi yerine getirebilmesi için etkili bir araç olabilecek kurulun yapısı, üyelerin kompozisyonu önemlidir. Bağımsız ve tarafsız olmayan, Kurul'un tamamının yürütme tarafından şekillendirildiği, görevlerine yürütmenin onayıyla son verilmesi hususları kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan engelin kendisi olmuştur. Bu sebeple iptali talep edilen düzenleme Anayasa'nın 5. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

19. Anayasa'nın Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı 2. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına saygılı, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir. İnsan haklarına saygılı olmak, hakkı ihlal etmemek, hak ihlallerinin olmasını önlemeye yönelik tedbirleri almak ve hakların etkin kullanımını sağlamak anlamına gelmektedir. Bireylerin haklarının ihlal edildiği iddiasıyla başvurabilecekleri mekanizma, hakların kullanımının güvencesi anlamına gelmektedir. Ancak bu mekanizma işlevsel olduğu takdirde bir anlam taşıyacaktır. Aksi takdirde yürütmenin taraf olduğu hak ihlallerini aklama mekanizması olarak çalışabilir. İptali talep edilen mevcut düzenlemeler, kurulun yürütmeye bağlı olarak yapılandırılması anlamına gelmektedir. Hak ihlali yapanın, kendisini soruşturması evrensel ilke ve standartlarla uyumsuz olduğu kadar insan haklarına saygılı olma kavramı ile de örtüşmemektedir. Bu sebeple düzenleme Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

20. Açıklanan bu sebeplerle iptali talep edilen düzenlemeler Anayasa'nın 2., 5. ve 90. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

3) 06.04.2016 tarihli ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 21. maddesinde yer alan "başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması halinde" ibaresi

21. Kanununun 21. maddesi münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurulardaki ispat külfetini düzenlemektedir. Ayrımcılık yasağında ispat külfeti ayrımcılığa uğrayan değil, ayrımcı fiili işleyen, uygulamayı yapan taraftadır. Bir başka deyişle ayrımcılık iddialarında, ispat külfeti iddiada bulunan tarafta değildir, ispat yükü tersine döner ve karşı tarafa yüklenir. Çünkü ayrımcılığı kanıtlamak güçtür. Ayrımcılık kendini kolayca tespit edilebilir şekilde göstermez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Sözleşme tarafından belirlenen usulün her zaman sıkı bir şekilde addimanti incumbit probatio (iddia eden iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür) ilkesini uygulamayı gerektirmediğini kabul etmiştir (Aktaş, paragraf 272).

22. AİHM, bir başvurucunun farklı muameleye tabi tutulduğunu (ayrımcılık karinesini) ortaya koyması durumunda, bu farklı muamelenin haklı olup olmadığını ispatlama görevinin hükümete ait olduğunu belirtmiştir (Chassagnou ve Diğerleri, paragraf 91-92). Mahkeme D.H. ve diğerleri- Çek Cumhuriyeti Davası kararında, ayrımcı muamelenin ispatlanması sözkonusu olduğu zaman başvurucuların içinde buldukları zorluğu kabul etmiş ve başvurucuların haklarının etkili bir şekilde kullanımını güvence altına almak için, dolaylı ayrımcılık konusunda kanıtlarla ilgili kuralların daha az sert bir şekilde uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır (paragraf 186). Türkiye, Anayasa'nın 90. madde uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası hukuku esas almak zorundadır. Uluslararası hukukta bağlayıcı olan uluslararası sözleşmeler ile yargı yetkisinin kabul edildiği mahkeme kararları da bulunmaktadır. AİHS uyarınca yargılama yetkisine haiz olan AİHM kararları da Türkiye bakımından bağlayıcıdır. Bu sebeple iptali talep edilen düzenleme yukarıda değinilen AİHM kararları ile uyumsuzdur ve Anayasa'nın 90. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

23. İptali talep edilen düzenlemede, başvuranın sadece ayrımcılığa uğradığını ileri sürmesi ispat külfetinden kurtulmasını sağlamamaktadır. Ayrımcılık iddiasında bulunan kişiden, iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması beklenmektedir. Eğer ayrımcılık iddiasında bulunan kişiden, iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyabilirse, ispat külfeti uluslararası hukuktaki kabul edildiği hale dönüşmektedir. Bu kısıtlama bireylerin eşitliğinin sağlanmasının en önemli unsuru olan ayrımcılığa uğramama güvencesini doğrudan ihlal eder niteliktedir. Bir başka deyişle, ayrımcılık yasağı eşitlik ilkesinin bir unsurudur ve Anayasamızın 10. maddesi ile düzenlenmiştir. İspat külfetine dair getirilen bu kısıtlama Anayasa'nın 10. maddesine, ve ayrıca Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır. Nitekim 13. madde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında kanunla olmasının dışında, demokratik bir toplum düzeninde gerekli olması ve ölçülü olması kıstaslarını getirmiştir. Ancak yapılan düzenleme eşitlik ilkesinin yaşama geçmesinde, ayrımcılık ile mücadelede ve önlenmesinde yeni bir kriter, sınırlama getirmektedir. Bu sınırlama ayrımcılığa uğrayan birey bakımından hakkını aramasını güçleştiren bir düzenlemedir. Eşitliğin gerçekleşmesine yönelik doğrudan bir engelleyici müdahaledir ve hakkın özüne dokunmaktadır. Başvurucudan iddianın gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareler ile karine oluşturan olguları sunması neredeyse imkansızdır. Ayrımcılığa maruz kalan kişinin elinde kimi zaman sadece kendi yaşanmışlığı vardır. Bu sebeple düzenleme iptal edilerek, münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, ayrımcı muamelede bulunanların ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekmektedir.

24. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Kanun koyucu düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, "orantılılık" ise başvuru önlem ve ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılacak istenen amaç arasında da "ölçülülük ilkesi" gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur. İptali talep edilen düzenlemede bu denge gözetilmemiş, ayrımcılığa uğramış olan birey bakımından eşitliğin tesisini sağlayacak mekanizma bakımından bir kısıtlılık daha getirilerek güçleştirilmiştir. Nitekim, ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir. (Anayasa Mahkemesi Kararı : 2014/196 E., 2015/103 K., 12.11.2015, R.G. Tarih - Sayı: 16.12.2015 – 29564). Unutulmamalıdır ki, öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, "temel hak ve hürriyetlerin özü", "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük ilkesi" kavramları, bir bütünün parçaları olup, "demokratik bir hukuk devleti"nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır. (2015/29 E., 2015/95K., 22.10.2015, R.G. Tarih-Sayı : 12.11.2015-29530). İptali talep edilen düzenleme demokratik toplumda gerekli olmaması, hakkın özüne müdahale niteliği taşıması ve ölçülülük ilkesi ile bağdaşmamakta ve bu sebeplerle Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Yine ölçülülük ilkesi hukuk devletinin unsurlarından biridir ve kanun koyucu düzenleme yaparken Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ile bağlıdır. Bu sebeple iptali talep edilen düzenleme eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet olma ile bağdaşmadığı için Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

25. İptali talep edilen düzenleme açıklanan sebeplerle Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 90. maddesine aykırılık teşkil ettiğinden iptal edilmesi gerekir.

#### □□□ YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

20 Nisan 2016 tarihli ve 29690 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 06.04.2016 tarihli ve 6701 sayılı "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu"nun; 7. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendleri, 10. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümleleri ve sekizinci fıkrasında yer alan "Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayıyla" ibaresi, 21. maddesinde yer alan "başvuranın iddiasının gerçekleşmesine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması halinde" ibaresi, Anayasaya açıkça aykırıdır.

İptali talep edilen düzenlemeler, ayrımcılık ile mücadelede olmazsa olmaz hususlardır. Bireyler arasındaki eşitliğin sağlanamadığı veya ayrımcı muameleye maruz kalmaları halinde bir çözüm mercii olabilecek Kurulun bağımsızlığı tarafsızlığı, ayrımcılık alanlarına ilişkin istisnaların belirsizliği, ispat külfetindeki düzenlemeler Anayasamız ve uluslararası insan hakları hukuku ile çelişmektedir.

Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

#### IV. SONUÇ VE İSTEM

20 Nisan 2016 tarihli ve 29690 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 06.04.2016 tarihli ve 6701 sayılı “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu”nun;

1) 7. maddesinin birinci fıkrasının a ve b bendlerinin Anayasa’nın 2., 10. ve 90. maddelerine,

2) 10. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümleleri ve sekizinci fıkrasında yer alan “Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayıyla” ibaresinin Anayasa’nın 2., 5. ve 90. maddelerine,

3) 21. maddesinde yer alan “başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması halinde” ibaresinin Anayasa’nın 2., 10., 13. ve 90. maddelerine,

aykırı olduklarından iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”