

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Işığında
Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasası

Ulaş Karan

2502060222

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Mehmet Semih Gemalmaz

İstanbul 2012



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : ULAŞ KARAN
Anabilim/Bilim Dalı : KAMU HUKUKU
Danışman : PROF.DR.M.SEMİH GEMALMAZ

Numarası : 2502060222
Tez Savunma Tarihi : 27.06.2012
Tez Savunma Saati : 16:00

Tez Başlığı : ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU İŞİĞİNDE TÜRK HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 35. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
PROF.DR.MEHMET SEMİH GEMALMAZ		KABUL
PROF.DR.FÜSUN SOKULLU-AKINCI		KABUL
PROF.DR.SİBEL İNCEOĞLU		KABUL
PROF.DR.TURGUT TARHANLI		KABUL
PROF.DR.ADEM SÖZÜER		KABUL

ÖZ

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı hem başlı başına bir insan hakkı hem de tüm insan haklarının asli bir unsurudur. Günümüzde bu ilkeler uluslararası insan hakları hukukunun ayrılmaz ve temel bir parçası haline gelmiştir. Türkiye’de ayrımcılık konusu ile ilgili mevcut bilgi eksikliği nedeniyle herhangi bir ülkedeki veya uluslararası ya da bölgesel bir sistem çerçevesinde ortaya çıkan düzenlemeler ve içtihatlar ayrımcılıkla mücadele için oldukça önemtaşımaktadır. Çalışmanın odağında Türkiye’deki mevcut mevzuatın uluslararası insan hakları hukuku ve Avrupa Birliği hukuku ile uyumunun değerlendirilmesi ve mevcut farklılıkların ortaya konulması yer almaktadır. Çalışmada uluslararası alanda insan haklarının korunmasını amaçlayan farklı sistemlerde ortaya çıkan ayrımcılık yasağı ile ilgili temel kavramlar açıklanmaktadır. Ayrıca eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili uluslararası alanda ortaya çıkan en önemli içtihatlarla değinilmiştir. Böylece çalışmada Türk hukukunda ayrımcılık yasağını daha etkili hale getirmek üzere atılması gereken yasal adımlar ortaya konulmak istenmiştir.

ABSTRACT

Equality and prohibition of discrimination is both a human right of its own and a constitutive element of all human rights. In order to eliminate discrimination, a huge amount of legal provisions have been developed. Due to the lack of knowledge in Turkey regarding discrimination, legislation and cases concerning discrimination in one specific country or under one international or regional system have great importance to encounter discrimination. The focus of the study is determining the conformity of legislation in Turkey with the international human rights law and European Union law. This study is providing an overview of the key principles of non-discrimination and equality of each of the systems of international human rights protection. It aims to provide a review of the most important international case-law on principle of equality and non-discrimination and describe the gap between relevant Turkish legislation and international standards. Thus, in order to make Turkish Law more effective, this study clarifies legislative steps that should be taken.

ÖNSÖZ

Bu tez çalışması yaklaşık dört yıllık uzun ve yoğun bir çalışmanın sonucunda ortaya çıkmıştır. Konu temel olarak kamu hukukunu ilgilendirmekle birlikte çalışmanın konusu birden fazla disiplini kapsamaktadır ve bu nedenle kamu hukuk ve özel hukuk bünyesinde yer farklı hukuk dallarına dair bir araştırma yapılmasını gerektirmiştir.

Konunun Türkiye’de görece yeni bir konu olması nedeniyle bazı kaynaklara ulaşmada zorluklar yaşanmıştır. Bu sorunu aşmak adına yurtdışında bir süre kaynak taraması gerçekleştirilmiştir. Çalışmaya dair araştırmaların bir kısmı The Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law bünyesinde gerçekleştirilmiştir. Bu araştırmanın gerçekleşmesi açısından maddi katkı Swedish Institute tarafından sağlanmıştır.

Çalışma yazarın dışında çok sayıda kişinin katkısı ile hazırlanmıştır. Bu konuda öncelikle tez danışmanım Prof. Dr. Mehmet Semih Gemalmaz, insan hakları hukuku alanındaki tecrübesi, titiz ve derinlikli çalışmaları ile çalışmanın bütününde önemli bir destek sunmuş ve çalışmaya dair eleştirileri ile yol gösterici olmuştur. Bu nedenle kendisine müteşekkirim.

İnsan haklarına ve hukuka dair bakış açımın gelişmesinde başta, Prof. Dr. Turgut Tarhanlı, Prof. Dr. Sibel İnceoğlu ve Prof. Dr. Serap Yazıcı olmak üzere, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki değerli hocalarım ve çalışma arkadaşlarımdan büyük katkısı oldu. Bu nedenle kendilerine ayrıca teşekkür etmem gerekiyor.

Son olarak çalışma süresince beni daima destekleyen BİLGE’ye teşekkürlerin en büyüğünü sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	i
ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM 1. YÖNTEM	7
I. Ayrımcılık Yasağının Uluslararası Hukukta Normatif ve İçtihadi Kaynakları.....	7
A. Uluslararası Sözleşmeler ve Diğer Belgeler	7
1. Uluslararası Sözleşmelerin Türk Hukukundaki Yeri.....	7
2. Uluslararası ve Ulusal Üstü Düzenlemeler ve Türkiye.....	15
a. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku	15
b. Avrupa Birliği Hukuku.....	18
3. Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye'nin Çekinceleri	26
B. Yargısal ve Yargısal Benzeri Organların Kararları.....	28
II. Ayrımcılık Yasağının Türkiye'deki Normatif ve İçtihadi Kaynakları	36
BÖLÜM 2. AYRIMCILIK YASAĞI İLE YASAL DÜZENLEME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI	39
I. Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Yasal Düzenleme Yapma Yükümlülüğü	39
II. Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Yasal Düzenlemeler Konusunda Mevcut Yaklaşımlar....	51
A. Eşitlik İlkesinin Farklı Biçimlerine Dayalı Sınıflandırma	51
B. Ayrımcılık Yasağı-Eşitlik İlkesi Ayrımına Dayalı Sınıflandırma	54
C. Olumsuz-Olumlu Yükümlülükler Dayalı Sınıflandırma	56
III. Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Yasal Düzenlemelere Dair Uluslararası Standartlar.....	63
A. Irk Ayrımcılığına Karşı Kabul Edilecek Mevzuat için Hükümetlere Rehberlik Niteliğinde Model Ulusal Yasa	64
B. Irkçılık ve Irk Ayrımcılığı ile Mücadelede Ulusal Mevzuat Üzerine 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi.....	69
BÖLÜM 3. EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI KAVRAMLARI	75
I. Eşitlik İlkesi.....	75
A. Şekli Eşitlik-Maddi Eşitlik.....	78
1. Şekli Eşitlik.....	78
2. Maddi Eşitlik	84
B. Fırsat Eşitliği-Sonuçlarda Eşitlik	97
C. Eşitlik Hakları.....	99
1. Hukuk Önünde Eşitlik.....	99
2. Hukuk İçinde Eşitlik.....	101
3. Hukuken Eşit Korunma	102
4. Hukuktan Eşit Faydalanma	104
D. Türk Hukukunda Eşitlik İlkesi	106
1. Şekli Eşitlik-Maddi Eşitlik	106
2. Fırsat Eşitliği-Sonuçlarda Eşitlik	110
3. Eşitlik Hakları	111

<i>II. Ayrımcılık Yasağı</i>	116
A. Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi İlişkisi.....	116
B. Ayrımcılık Yasağının Normatif Tanımı.....	123
C. Ayrımcılık Yasağının İctihadi Tanımı.....	127
BÖLÜM 4. AYRIMCILIK YASAĞININ KİŞİ VE KONU BAKIMINDAN KAPSAMI 135	
<i>I. Ayrımcılık Yasağının Kişi Bakımından Kapsamı</i>	136
A. Ayrımcılığa Karşı Korunan Kişi Bakımından Kapsamı.....	136
1. Tek Yönlü-İki Yönlü Yaklaşım.....	136
(1) Tek Yönlü Yaklaşım	137
(2) Çift Yönlü Yaklaşım	140
2. Sınırlı-Açık Uçlu Yaklaşım	142
(1) Sınırlı Yaklaşım.....	144
(2) Açık Uçlu Yaklaşım	151
B. Ayrımcı Muameleyi Gerçekleştiren Kişi Bakımından Kapsamı.....	163
C. Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağının Kişi Bakımından Kapsamı.....	181
1. Ayrımcılığa Karşı Korunan Kişi Bakımından Kapsamı	181
a. Anayasa	181
b. Kanunlar	184
(1) Ceza Hukuku	187
(2) Bireysel ve Toplu İş Hukuku	189
2. Ayrımcı Muameleyi Gerçekleştiren Kişi Bakımından Kapsamı	192
a. Anayasa	192
(1) Doğrudan Uygulanabilirlik.....	192
(2) Yatay Etki.....	193
b. Kanunlar	197
<i>II. Ayrımcılık Yasağının Konu Bakımından Kapsamı</i>	199
A. Açık Uçlu Yaklaşım.....	200
1. Geniş Açık Uçlu Yaklaşım.....	201
2. Dar Açık Uçlu Yaklaşım.....	206
B. Sınırlı Yaklaşım	208
C. Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağının Konu Bakımından Kapsamı	215
1. Anayasa.....	215
2. Kanunlar.....	217
a. Ceza Hukuku	217
b. Medeni Hukuk	220
c. Bireysel ve Toplu İş Hukuku	221
(1) İşe Alım.....	222
(2) İş İlişkisinin Devamı	225
(3) İş İlişkisinin Sona Ermesi.....	227
<i>III. Ayrımcılık Yasağı ve Eşitsizliğin Hiyerarşisi</i>	229
A. Ayrımcılık Yasağı ve Hiyerarşi Olgusu	229
1. Eşitsizliğin Hiyerarşisi Olgusu	229
2. İctihat Hukukunda Eşitsizliğin Hiyerarşisi	232
B. Türk Hukukunda Eşitsizliğin Hiyerarşisi	239
BÖLÜM 5. YASAMA ORGANININ AYRIMCILIK YASAĞI BAĞLAMINDA	
MADDİ HUKUKA DAİR YÜKÜMLÜLÜKLERİ	242
<i>I. Doğrudan Ayrımcılık</i>	242
A. Doğrudan Ayrımcılık Kavramı.....	242
B. Doğrudan Ayrımcılığın Hukuki Kaynakları.....	244

C. Doğrudan Ayrımcılık Kavramının Sınırları.....	248
1. Karşılaştırma Yapma Zorunluluğu.....	248
2. Asimilasyoncu Yaklaşım	250
3. Aşağıya Doğru Eşitleme	251
4. Farklı Muamelenin Ortaya Konulmasında Yaşanan Zorluklar	251
II. Dolaylı Ayrımcılık.....	252
A. Dolaylı Ayrımcılık Kavramı	252
1. Dolaylı Ayrımcılık Kavramı ve Doğrudan Ayrımcılıktan Farkları	252
2. Dolaylı Ayrımcılığın Farklı Biçimleri	254
B. Dolaylı Ayrımcılığın Hukuki Kaynakları.....	255
1. Dolaylı Ayrımcılığın Normatif Kaynakları.....	256
2. Dolaylı Ayrımcılığın İçtihadi Kaynakları	262
C. Dolaylı Ayrımcılık Kavramının Sınırları	270
1. Özel Önlem Yükümlülüğü Öngörülmesi Gerekliliği	271
2. Karşılaştırma Yapma Zorunluluğu.....	272
3. İspatta Yaşanan Zorluklar	273
4. Ortaya Çıkan Dezavantajın Derecesi.....	274
5. Bireysel Nitelikte Çözüm Sunması	276
III. Çoklu Temelde Ayrımcılık	278
A. Çoklu Temelde Ayrımcılık Kavramı	278
1. Genel Olarak Çoklu Temelde Ayrımcılık Kavramı.....	278
2. Çoklu Temelde Ayrımcılığın Farklı Biçimleri.....	284
a. Katma Ayrımcılık.....	284
b. Bileşik Ayrımcılık.....	285
c. Kesişen Ayrımcılık.....	286
B. Çoklu Temelde Ayrımcılığın Hukuki Kaynakları	288
1. Çoklu Temelde Ayrımcılığın Normatif Kaynakları.....	288
2. Çoklu Temelde Ayrımcılığın İçtihadi Kaynakları	294
C. Çoklu Temelde Ayrımcılık Kavramının Sınırları	301
VI. Makul Uyumlaştırma Yapılmaması.....	305
A. Makul Uyumlaştırma Kavramı.....	305
1. Genel Olarak Makul Uyumlaştırma Kavramı	305
2. Makul Uyumlaştırmanın Farklı Biçimleri.....	307
3. Makul Uyumlandırmada Farklı Eğilimler.....	308
4. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Zamanı ve Biçimi.....	310
5. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğünün Unsurları.....	311
6. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğü ve Ayrımcılığın Yasaklandığı Temeller.....	312
7. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğünde İspat Rejimi	314
8. Makul Uyumlaştırmanın Diğer Ayrımcılık Biçimlerinden Farkları.....	315
9. Makul Uyumlaştırma ve Özel Önlem Kavramlarının Farkları	318
B. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğünün Hukuki Kaynakları	320
1. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğünün Normatif Kaynakları	320
2. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğünün İçtihadi Kaynakları	324
V. Ayrımcılık Yasağının Diğer Biçimleri.....	330
A. Dolayısıyla Ayrımcılık.....	330
1. Dolayısıyla Ayrımcılık Kavramı	330
2. Dolayısıyla Ayrımcılık Kavramının Hukuki Kaynakları.....	331
B. Taciz.....	332
1. Taciz Kavramı.....	332
2. Taciz Kavramının Unsurları.....	333

3. Tacizin Ayrımcılığın Diğer Biçimlerinden Farkları	334
C. Cinsel Taciz	338
1. Cinsel Taciz Kavramı	338
2. Cinsel Tacizin Farklı Biçimleri	339
3. Cinsel Tacizin Hukuki Kaynakları	340
D. Ayrımcılık Talimatı	343
1. Ayrımcılık Talimatı Kavramı	343
2. Ayrımcılık Talimatının Diğer Hukuki Kavramlarla İlişkisi	345
3. Ayrımcılık Talimatının Hukuki Kaynakları	349
E. Mağdurlaştırma	350
1. Mağdurlaştırma Kavramı	350
2. Mağdurlaştırmanın Hukuki Kaynakları	352
VI. Ayrımcılık Oluşturmayan Farklı Muameleler	354
A. Ayrımcılık Oluşturmayan Farklı Muameleler Kavramı	354
B. Ayrımcılık Oluşturmayan Farklı Muamele Kavramının Hukuki Kaynakları	356
C. Ayrımcılık Oluşturmayan Farklı Muamele Örnekleri	358
1. Gerçek ve Belirleyici Mesleki Gereklilikler	359
a. Gerçek ve Belirleyici Mesleki Gereklilikler Kavramı	359
b. Gerçek ve Belirleyici Mesleki Gerekliliklerin Hukuki Kaynakları	360
(1) Gerçek ve Belirleyici Mesleki Gerekliliklerin Normatif Kaynakları	360
(2) Gerçek ve Belirleyici Mesleki Gerekliliklerin İçtihadi Kaynakları	365
2. Dini Kuruluşlarla İlgili Ayrımcılık Oluşturmayan Farklı Muameleler	368
3. Kamu Güvenliği, Kamu Düzeninin Muhafaza Edilmesi ve Ceza Gerektiren Suçların Önlenmesi, Sağlığın ve Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması ile İlgili Ayrımcılık Oluşturmayan Farklı Muameleler	371
4. Yaş İle İlgili Ayrımcılık Oluşturmayan Farklı Muameleler	373
5. Vatandaşlık ile İlgili Ayrımcılık Oluşturmayan Farklı Muameleler	377
VII. Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Maddi Hukuk Düzenlemeleri	380
A. Doğrudan-Dolaylı Ayrımcılık	380
B. Çoklu Temelde Ayrımcılık	382
C. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğü	383
D. Taciz	387
E. Cinsel Taciz	388
F. Ayrımcılık Talimatı	390
G. Mağdurlaştırma	392
H. Ayrımcılık Oluşturmayan Farklı Muameleler	393
BÖLÜM 6. YASAMA ORGANININ AYRIMCILIK YASAĞININ ETKİLİ HALE GETİRİLMESİ BAĞLAMINDA DESTEKLEYİCİ HUKUKİ KURUMLARA DAİR YÜKÜMLÜLÜĞÜ	397
I. Özel Önlemler	397
A. Özel Önlemler Kavramı	397
B. Özel Önlemler ile Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı İlişkisi	402
C. Özel Önlem Yöntemlerinden Örnekler	404
D. Geçici Özel Önlemler	407
1. Geçici Özel Önlemler Kavramı ve Unsurları	407
2. Geçici Özel Önlemlerin Normatif ve İçtihadi Kaynakları	409
E. Sürekli Özel Önlemler	425
F. Özel Önlemlere Başvurma Yükümlülüğü	428
1. Özel Önlem Yükümlülüğünün Kapsamı	428
a. Özel Önlemlerin Konu Bakımından Kapsamı	428

b. Özel Önlemlerin Kişi Bakımından Kapsamı	429
c. Özel Önlemlerin Doğurduğu Yükümlülükler Bakımından Kapsamı	431
2. Özel Önlemlere İzin Verme Şeklindeki Yaklaşım	432
3. Özel Önlem Öngörme Yükümlülüğü Şeklindeki Yaklaşım	439
G. Türk Hukukunda Özel Önlemler	443
1. Anayasa	443
2. Kanunlar	449
a. Özel Önlemlere İzin Verme Şeklindeki Kanuni Düzenlemeler	449
b. Özel Önlem Yükümlülüğü Getiren Kanuni Düzenlemeler	450
II. Giderim ve Yaptırım	455
A. Giderim ve Yaptırım Kavramları	455
B. Uluslararası Hukukta Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Giderim ve Yaptırımlar	458
C. Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Giderim ve Yaptırımlar	466
1. Anayasa Hukuku	466
2. Ceza Hukuku	468
3. Borçlar Hukuku	473
a. Sözleşmenin Geçersizliği	474
b. Maddi ve Manevi Tazminat	475
(1) Haksız Fiilden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat	475
(2) Sözleşmesel İlişkiden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat	477
4. Bireysel ve Toplu İş Hukuku	478
a. İş Sözleşmesinin veya Toplu İş Sözleşmesinin Geçersizliği	478
b. İş Sözleşmesinin Feshi	479
c. İşe İade	482
d. Maddi ve Manevi Tazminat	483
(1) Genel Hükümlerden Kaynaklanan Tazminatlar	483
(2) Bireysel ve Toplu İş Hukuku Düzenlemelerinden Kaynaklanan	
Tazminatlar	486
i. Ayrımcılık Tazminatı	487
ii. Kötüniyet Tazminatı	490
iii. İş Güvencesi Tazminatı	492
iv. Sendikal Tazminat	493
v. Ayrımcılık Tazminatının İş Hukukunda Gündeme Gelen Diğer	
Tazminatlarla İlişkisi	496
5. İdare Hukuku	500
a. Maddi ve Manevi Tazminat	500
b. İdari Yaptırımlar	504
(1) Disiplin Cezaları	505
(2) İdari Para Cezaları	508
BÖLÜM 7. YASAMA ORGANININ AYRIMCILIK YASAĞI BAĞLAMINDA USUL	
HUKUKUNA DAİR YÜKÜMLÜLÜKLERİ	512
I. Yargılamaya Katılma	512
A. Yargılamaya Katılma Kavramı	512
B. Türk Hukukunda Yargılamaya Katılma	515
1. Ceza Yargılamasında Yargılamaya Katılma	515
2. Hukuk Yargılamasında Yargılamaya Katılma	517
3. İdari Yargılamada Yargılamaya Katılma	520
4. Yargılamaya Katılma ile İlgili Diğer Kanuni Düzenlemeler	522
II. Adli Yardım	524
A. Adli Yardım Kavramı ve Hukuki Kaynakları	524

B. Türk Hukukunda Adli Yardım	527
1. Ceza Yargılamasında Adli Yardım	529
2. Hukuk Yargılamasında Adli Yardım.....	530
3. İdari Yargılamada Adli Yardım	535
<i>III. İspat Yükünün Paylaştırılması</i>	<i>536</i>
A. İspat Yükünün Paylaştırılması Kavramı	536
B. Ayrımcılık Saiki	541
C. İspat Yükünün Paylaştırılmasının Hukuki Kaynakları.....	543
1. İspat Yükünün Paylaştırılmasının Normatif Kaynakları	543
2. İspat Yükünün Paylaştırılmasının İctihadi Kaynakları.....	546
D. Ayrımcılığın Güncel Görünümleri ve İspat Yükünün Paylaştırılması.....	556
E. Türk Hukukunda İspat Yükünün Paylaştırılması	561
1. Ceza Yargılamasında İspat Yükünün Paylaştırılması.....	561
2. Hukuk Yargılamasında İspat Yükünün Paylaştırılması	565
a. Genel Olarak İspat Yükünün Paylaştırılması.....	565
b. Bireysel ve Toplu İş Hukukunda İspat Yükünün Paylaştırılması	566
(1) Genel Kural	566
(2) İş Sözleşmesinin Devamı Sırasında Sendikal Ayrımcılık.....	567
(3) İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi.....	568
(4) İş Sözleşmesinin Kötüniyetle veya Geçerli Nedenle Feshi	569
3. İdari Yargılamada İspat Yükünün Paylaştırılması	569
SONUÇ	574
KAYNAKÇA.....	580
ÖZGEÇMİŞ.....	613

KISALTMALAR

a.g.b.	: adı geçen belge
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.k.	: adı geçen karar
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASHK	: Avrupa Sosyal Haklar Komitesi
ASŞ	: Avrupa Sosyal Şartı
ATA	: Avrupa Toplulukları Andlaşması
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BDYM	: Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇHK	: Çocuk Hakları Komitesi
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
der.	: Derleyen
E.	: Esas No.
ECRI	: Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (European Commission against Racism and Intolerance)
ed.	: Editör
EHS	: Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme
EİHB	: Evrensel İnsan Hakları Bildirisi
ESKHK	: Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi
ESKHS	: Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
(GG)ASŞ	: (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

IAOKS	: Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi
IAOKK	: Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization)
İHK	: İnsan Hakları Komitesi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar No.
K.t.	: Karar tarihi
KKAOKK	: Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi
KKAOKS	: Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi
LGBTT	: Lezbiyen, gey, biseksüel, transseksüel ve travesti
Md.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
MSHS	: Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
No.	: Sayı
Ör.	: Örneğin
para.	: paragraf
paras.	: paragraflar
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UDAD	: Uluslararası Daimi Adalet Divanı
UNESCO	: Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization)
v.b.	: ve benzeri
v.d.	: ve devamı
vd	: ve diğerleri
Vol.	: Volume

vs : vesaire

Yay. : Yayınları, Yayıncılık ya da Yayınevi

GİRİŞ

Bu tez çalışması, Türk hukukunda ayrımcılık yasağı ile ilgili anayasal ve yasal düzenlemelerin, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve Avrupa Birliği hukuku ile uyumlu olup olmadığı sorusunun yanıtlanması amacıyla gerçekleştirilen bir araştırmanın sonuçlarını içermektedir. Çalışmada yasama organının yükümlülükleri çerçevesinde, öncelikle maddi hukuka odaklanılarak, özellikle uluslararası alanda ayrımcılık yasağı alanında kabul edilecek hukuki düzenlemelerin hangi unsurları içermesi gerektiğine dair standartlar tespit edilecektir. Tespit edilen bu standartlar ışığında Türk hukukunda bugüne kadar kabul edilmiş olan hukuki düzenlemelerin belirlenen bu standartlar çerçevesinde ne derece uyumlu olduğu incelenecektir. Tez konusunun oldukça geniş olduğu göz önünde tutularak çalışma yasama organının yükümlülükleri ve mevzuat açısından uyum noktasına odaklanmıştır. Takdir edilecektir ki, ayrımcılık yasağı alanında genel olarak uygulamayı da içerecek bir değerlendirme bir doktora tezinin sınırlarını oldukça aşan nitelikte bir çalışma gerektirecektir.

Çalışmada insan hakları açısından devlet bakımından gündeme gelen tüm yükümlülükler yerine, ayrımcılık yasağı bağlamında gündeme gelen bazı özel konular üzerinde durulacaktır. Örneğin insan hakları hukukunda gündeme gelen etkili bir hukuki yola başvuru hakkı, sadece ayrımcılık yasağı değil tüm insan hakları açısından gündeme gelen yükümlülükler doğurmaktadır ve bu nedenle çalışmada özel olarak değinilmemiştir. Yine ayrımcılık yasağı ile ilgili gündeme gelen uluslararası standartları haiz eşitlik kurumu oluşturma yükümlülüğü daha önce başka bir çalışmaya konu olduğu için bu çalışmada yer almamıştır.¹

Ayrımcılık kavramı tek başına hukuk kapsamında değerlendirilebilecek bir konu değildir. Konunun sosyoloji, psikoloji, felsefe, iktisat ve siyaset bilimi gibi çok farklı alanları² ve hukukun değişik dallarını da (anayasa hukuku, medeni hukuk, iş hukuku, ceza hukuku, idare hukuku, usul hukuku vs.) içeren disiplinlerarası bir

¹ Bkz, Ulaş Karan, **Türkiye'de Ayrımcılıkla Yasağı ile İlgili Mevcut Yargısal ve Yargısal Olmayan Başvuru Yolları**, Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, M. Murat İnceoğlu (derleyen), Der Yay., İstanbul 2011

² Ö. Bernard E. Whitley Jr.; Mary E. Kite, **The Psychology of Prejudice and Discrimination**, Thomson/Wadsworth, Australia, Belmont, California, 2006; Bradley R. Schiller, **The Economics of Poverty and Discrimination**, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2004.

yaklaşım ile değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak bu çalışma yalnızca hukuk normları üzerine odaklanmaktadır. Çalışmada ayrımcılık yasağı kavramının üzerinde büyük ölçüde uluslararası insan hakları hukuku ve ulusalüstü hukuk olarak adlandırılacak Avrupa Birliği (AB) hukuku bağlamında durulacaktır. Bilindiği üzere günümüzde bir ülkenin iç hukuku kadar o ülkenin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden veya üyesi olduğu ulusalüstü örgütlerden kaynaklanan yükümlülükleri de söz konusudur. Bu noktada yasama organının yükümlülükleri kapsamına taraf olunan uluslararası insan hakları sözleşmelerine veya ulusalüstü hukuk kurallarına uyum da girmektedir. Türkiye gibi uluslararası sözleşmelerin iç hukukta yürürlüğe girmesi için TBMM tarafından kanunla onaylanması zorunluluğu getiren ve Anayasa'nın 90. maddesi gereği de insan hakları ile ilgili sözleşme hükümlerinin uygulanmasına diğer kanunlar karşısında öncelik tanıyan bir ülkede ayrımcılık yasağı açısından uluslararası sözleşmelere uyum sağlamak yasama organının öncelikli görevlerinden biridir.

Günümüzde ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olabilecek çok sayıda değişik kavram ortaya çıkmış ve giderek ülkelerin iç hukuklarında bu konulara dair yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Bu konular arasında özellikle nefret suçları ve nefret söylemi gibi konular yer almaktadır. Nefret suçları Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 1997 tarihli ve R (97) 20 sayılı tavsiye kararında nefret söylemi “yabancı düşmanlığı, ırkçı nefret, anti-semitizm ve hoşgörüsüzlük temelli diğer nefret biçimlerini yayan, teşvik eden, savunan ya da haklı gösteren her tür ifade biçimi” olarak tanımlanmıştır.³ Ayrımcılık ve nefret söylemi farklı kavramlardır. Nefret söyleminde çalışmada görülecek ayrımcılık için geçerli olan karşılaştırılma yapılması ve farklı muamele gibi unsurlar söz konusu değildir. Ayrıca ayrımcılık yasağı açısından tüm hukuk düzenlerinde belirli kurallar ortaya çıkmış olsa da nefret söylemi açısından dünya üzerinde bir mutabakat olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak nefret söylemi ile ayrımcılığı birbirini tetikleyen ve birbirlerinin ortaya çıkmasını kolaylaştıran iki farklı olgu olarak kabul etmek mümkündür.

³ Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Members States on “Hate Speech” <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=568168&SecMode=1&DocId=582600&Usage=2> (erişim: 01.04.2012)

Uluslararası alanda ortaya çıkmış ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı tarafından yapılan tanıma göre nefret suçları, “mağdurun, mülkün ya da işlenen suçun hedefinin gerçek ya da hissedilen ırk, etnik, ulusal köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel ya da fiziksel engelli, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörlere dayalı olarak benzer özellikler taşıyan bir grupta gerçek ya da öyle algılanan bağlantısı, ilgisi, bağlılığı, desteği ya da üyeliği nedeniyle seçildiği kişilere veya mala karşı işlenen her türlü suçtur.”⁴Nefret suçlarını diğer suçlardan ayıran en önemli farklılık bu suçların diğer suçlardan daha farklı bir önyargı (bias) ile işlenmiş olmasıdır. Her suç böyle bir önyargı ile gerçekleştirildiğinde nefret suçu olarak adlandırılabilir ancak belli gruplara mensup kişilere karşı işlenen her suç sadece bu kişilere karşı işlenmiş olmasından dolayı nefret suçu olarak kabul edilemez. Ayrımcılık ise kimi zaman ceza hukukunun bir konusu haline gelse de nefret suçları gibi sadece ceza hukukuna özgü bir kavram değildir. Ayrımcılık yasağının ceza hukukunun konusu haline geldiği durumlarda ayrımcı muamelenin aynı zamanda bir nefret suçu haline gelmesi mümkündür. Ancak ceza hukuku ayrımcılık yasağı bakımından yasal düzenlemeler noktasında genellikle uygun bir alan olarak görülmemektedir. Yine bir doktora tezinin doğal sınırları göz önüne alınarak çalışmada nefret suçu ve nefret söylemi kavramlarının ve ayrımcılık yasağı ile örtüştüğü durumlar ve konular haricinde bu kavramlara ayrıntılı biçimde değinilmeyecektir.

Ayrımcılığın ortadan kaldırılması elbette tek başına yasal düzenlemeler sonucunda gerçekleşmeyecektir. Dünyada birçok ülkede uzun bir süredir kapsamlı yasal düzenlemeler mevcut olmasına karşın ayrımcılık ortadan kalkmış değildir. Yasal koruma büyük oranda tepkisel niteliktedir. Bu nedenle yasal düzenlemeler kadar önleyici ve ileriye etkili bir yaklaşım benimsenmesi de önem taşımaktadır. Ancak ülkemizde bu konuda yasal çerçeve oldukça sınırlı olduğu için, öncelikle yasal düzenlemelere odaklanılmıştır.

Türk hukukunda büyük çoğunluğu yakın zamanda kabul edilen ve halen yürürlükte olan bazı yasal düzenlemeler söz konusudur. Bu düzenlemeler oldukça

⁴ Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses, Annual Report for 2006, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw, 2007, s. 9, <http://www.osce.org/odihr/26759>(erişim: 01.04.2012)

dağıntıdır ve sınırlı kapsamdadır. Bu durumun sonucu olarak ayrımcılık yasağı çerçevesinde yasal düzeyde atılacak bir adımın yürürlükteki mevzuatta değişiklikler yapmak yerine ayrı bir yasal çerçeve oluşturması daha olumlu olacaktır. Böyle bir adım kamuoyunun bu konuya dikkatinin çekilmesini sağlayabilecek ve ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik daha güçlü bir taahhüt anlamına gelecektir.

Burada ayrıca ayrımcılık ile yoksulluk arasındaki ilişkinin vurgulanması gerekmektedir. Ayrımcılık büyük ölçüde aynı zamanda yoksulluğa mahkûm edilen grupların yüz yüze kaldığı bir olgudur ve ayrımcılık ile bu kişiler açısından içinden çıkılması oldukça zor bir kısır döngü yaratmaktadır. Yoksulluk ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını engelleyen etmenlerden biridir. Bu nedenle çalışmada her ne kadar yasal düzenlemelere yoğunlaşmış olsa da ayrımcılığın ortadan kaldırılması hedefi bu konuda hem kamu sektörü hem de özel sektörü kapsayacak şekilde yasal düzenlemeler kabul edilmesi, sosyal hakların güçlendirilmesi ve çok yönlü sosyal politikaların geliştirilmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda dile getirilebilecek bir diğer konu ise ayrımcılık söz konusu olduğunda ayrımcılık temelleri arasında sınıf veya sosyo-ekonomik statü gibi temellere yer verilmemesidir. Şüphesiz sınıf veya sosyo-ekonomik farklılıklar diğer ayrımcılık temelleri kadar, hatta bu temellerden daha çok ayrımcılığa yol açabilmektedir ve bu anlamda ayrımcılık yasağı kapsamında yer alması gereken temeller olarak kabul edilmelidir.

Yukarıda belirtilenler ışığında, tez çalışmasında öncelikle ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemeler yapma yükümlülüğünün kapsamı üzerinde durulacaktır. Bu bölümde öncelikle bu yükümlülüğün kaynağı, ardından ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemeler açısından ortaya çıkmış farklı yaklaşımlar belirtilecektir. Bu kapsamda ayrıca uluslararası alanda yasal düzenlemelerle ilgili ortaya çıkmış iki temel tavsiye kararı ayrıntılı biçimde açıklanacaktır. Böylece ayrımcılık yasağı alanında yasal düzenlemelerin içermesi gereken temel unsurlar belirlenecektir.

Tez çalışmasında ikinci olarak, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı konusunda uluslararası alanda kabul edilmiş temel tanımlar ve kavramlar tespit edilecektir. Günümüzde genellikle herkese eşit davranıldığında ayrımcılığın oluşmayacağı düşünülmektedir. Ayrımcılığın sadece kötüniyetle ve bir gruba mensup kişilere yönelik önyargılar sonucunda gerçekleştirilebileceği kanısı da aynı derecede yaygındır. Bu sebeple ayrımcılıkla ilgili güncel yaklaşımların belirtilmesi önem

kazanmaktadır. Ayrımcılıkla ilgili normlar uluslararası hukukta, Avrupa Birliği direktifleri gibi ulusalüstü normlarda veya ülkelerin kendi iç hukuklarında, anayasalar, kanunlar ve diğer hukuki düzenlemelerde yer almaktadır. Bu anlamda Birleşmiş Milletler (BM), Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin (AB) kimi zaman farklı bağlamlarda olsa da ayrımcılık yasağı çerçevesinde bugüne kadar ortaya koyduğu tanımlar belirtilecektir. Çeşitli ülkelerin anayasa ve kanunlar gibi iç hukuk düzenlemelerine çalışmanın sınırları doğrultusunda oldukça sınırlı düzeyde değinilecektir.

Tez çalışmasında üçüncü olarak ayrımcılık yasağı alanındauluslararası ve ulusal alanda kabul edilmiş olan standartlar ışığında ayrımcılık yasağının kişi ve konu bakımından kapsamı üzerinde durulacaktır. Ayrımcılık yasağının etkili bir hale getirilmesi kişi ve konu bakımından kapsamının mümkün olduğunca geniş tutulması ile olanaklıdır. Bu noktada Türk hukukunda ayrımcılık yasağı konusunda mevcut mevzuatın ayrımcılık yasağına dair getirdiği korumanın kişi ve konu bakımından kapsamı ortaya konulacak ve uluslararası standartlarla bir karşılaştırma yapılarak eksiklikler belirlenecektir.

Tez çalışmasında dördüncü olarak yasama organının ayrımcılık yasağı bağlamında maddi hukuka dair yükümlülükleri üzerinde durulacaktır. Ayrımcılık yasağının günümüzde hukuken kabul edilmiş farklı biçimleri söz konusudur. Bu çeşitlilik ile toplumsal yaşamda ayrımcılığın büründüğü farklı biçimleri mümkün olduğunca içermeye çalışmaktadır. Geline nokta da verili çerçevenin genişleyebileceğini ve ileride ayrımcılığın başka biçimlerinin de hukuken yasaklanacağını söylemek mümkündür. Maddi hukuk kapsamında doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, çoklu temelde ayrımcılık, makul uyumlaştırma, taciz, cinsel taciz, ayrımcılık talimatı, mağdurlaştırma gibi ayrımcılığın güncel görünümüleri üzerinde durulacaktır. Bu bölümde ayrımcılık yasağının farklı görünülerinin unsurları, birbirlerinden farkları belirtildikten sonra Türk hukukunda bunlardan hangilerine, hangi kapsamda yer verildiği değerlendirilecektir.

Tez çalışmasında beşinci olarak yasama organının ayrımcılık yasağını etkili hale getirilmesi bağlamında destekleyici bazı kurumları oluşturmaya dair yükümlülükleri üzerinde durulacaktır. Ayrımcılıkla ilgili olarak ortaya çıkan yasal düzenlemeler genellikle iki düzeyde ayrımcılıkla mücadele etmeyi hedeflemektedir.

Bunlardan ilki ayrımcılığın yasaklanması, ikincisi ise ayrımcılık mağdurları için özel önlemler ve giderim gibi bazı destekleyici kurumların öngörülmesidir. Belirtilen başlıklarda uluslararası standartlar tespit edildikten sonra Türk hukukunun uluslararası standartlara uyumu değerlendirilecektir.

Tez çalışmasında altıncı olarak yasama organının ayrımcılık yasağı bağlamında usul hukukuna dair yükümlülükleri üzerinde durulacaktır. Daha önce değinilen maddi hukuka dair yükümlülükler haricinde hukuki düzenlemelerde ayrımcılık mağdurlarının dezavantajlı durumları göz önünde tutularak usul hukukuna dair bir dizi kuruma yer verilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, ispat yükünün paylaşılması, ayrımcılık mağdurlarının yanında veya onların yerine yargısal usullere katılma ve adli yardım konuları değerlendirilecektir. Çalışmada ayrıca ayrımcılık yasağı bağlamında kabul edilen veya ayrımcılık yasağının etkili bir şekilde uygulanmasını yönlendiren ve gereken başvuru yolları üzerinde durulacaktır.

Çalışmada son olarak daha önceki bölümlerde ortaya konulan bilgiler ve yapılar değerlendirilmeleri ışığında genel bir değerlendirme yapılacaktır. Tespit edilen eksikler ışığında atılması gereken adımlar ve yapılması gereken yasal değişiklikler vurgulanacaktır.

BÖLÜM 1.YÖNTEM

Çalışmada ayrımcılık yasağının hukuki kapsamı üzerinde durulduğu için öncelikle hukuki çerçevenin ortaya konulması gerekmektedir. Başlangıçta uluslararası hukuk olarak adlandırabileceğimiz uluslararası sözleşmeler ve bildirimler gibi ayrımcılık yasağının normatif çerçevesi ile bu konuda içtihat olarak değerlendirilebilecek uluslararası hukukta oluşturulan yargısal veya yargısal benzeri (*quasi-judicial*) organların kararları incelenmiş ve kavramın hukuk alanındaki anlamı ve çerçevesi çizilmek istenmiştir. Ayrımcılık yasağına dair yükümlülükler saptanmaya çalışılırken uluslararası alanda birbirinden oldukça farklı düzeylerde koruma getiren düzenlemelerin mümkün olduğunca hepsine değinilmeye çalışılmıştır. Bu şekilde ortaya çıkan veriler yasama organının ayrımcılık yasağına karşı koruma bağlamında maddi hukuka dair yükümlülükleri ve yasama organının ayrımcı muamelelere karşı usul hukukuna dair yükümlülükleri çerçevesinde değerlendirilmiştir. Yapılan değerlendirmeler sonucunda eksiklikler tespit edilmiş ve bu konuda atılması gerekli adımlar konusunda önerilere yer verilmiştir.

I.Ayrımcılık Yasağının Uluslararası Hukukta Normatif ve İctihadi Kaynakları

A.Uluslararası Sözleşmeler ve Diğer Belgeler

1. Uluslararası Sözleşmelerin Türk Hukukundaki Yeri

Ayrımcılık yasağına yer veren uluslararası sözleşmeler çok sayıda ülke tarafından onaylanmış ve bu ülkelerce farklı şekillerde kendi hukuk istemlerine aktarılmıştır. Uluslararası sözleşmelerle iç hukuk arasındaki ilişki insan hakları söz konusu olduğunda ayrıca önem kazanmaktadır. İç hukuk düzeninde uluslararası ya da ulusalüstü insan hakları hukukunun belirleyici olup olmaması özellikle üzerinde durulması gereken bir konudur. Ülkeler bir uluslararası sözleşmeye taraf oldukları durumda o sözleşme çerçevesinde ulusal ve uluslararası düzeyde sorumlulukları gündeme gelmektedir. Uluslararası sözleşmeler taraf olan ülkeler açısından taraf olma işlemini takiben uluslararası düzeyde sorumluluk doğurmaktadır. Ancak insan

hakları sözleşmeleri gibi bireyi korumaya odaklanan çok taraflı uluslararası sözleşmelerde, o sözleşme hükümlerinin o ülkede kişiler tarafından ileri sürülebilmesi için o sözleşmenin o ülke iç hukukuna aktarılmasını gerektirmektedir. Bu aktarma ayrı bir yasa ile olabileceği gibi usulüne göre taraf olunan bir sözleşmenin herhangi bir işlem gerektirmeksizin o ülke hukukunun bir parçası haline gelerek iç hukukta uygulanabilirlik kazanması şeklinde de gerçekleşebilir. Bu noktada takdir yetkisi tamamen devletlere aittir.

Bir ülke uluslararası bir sözleşmeye taraf olduğunda iç hukukunu o sözleşme ile uyumlu hale getirmek durumundadır. Uluslararası Adalet Divanı'nın 1925 yılında verdiği bir İstişari Görüş'te, "...geçerli olarak, uluslararası yükümlülükler altına girmiş (sözleşme ile) bir devletin, bu yükümlülükleri yerine getirebilmek için, iç hukukunda gerekli değişiklikleri yapması zorunluluğunun mevcut olduğu..." belirtilmiştir.¹ İki kural arasında çatışma durumunda uluslararası kurallar iç hukuka karşı üstündür ve iç hukuku bağlamaktadır. İnsan hakları konulu uluslararası sözleşmelerin iç hukuka aktarılmaları genellikle anayasalar yoluyla gerçekleşmektedir.² Bazı ülke anayasalarında uluslararası sözleşmeler yasalarla eşit konumda yer alırken, bazılarında yasa üstü, bazılarında ise anayasa üstü şekilde yer almıştır. Uluslararası sözleşmelerin anayasa ile ilişkisi bakımından AİHS üzerinden bir örnek vermek gerekirse, bu konuda bir grup ülke Sözleşme'nin anayasa ve anayasa üstü değer taşıdığını kabul etmiştir. Örneğin Hollanda Anayasası'nın 91/3. maddesi, Anayasa'ya aykırı andlaşmaların Anayasa değişikliği için gereken oy nisabı ile kabul edilebileceğini belirtmiştir. İkinci grup bazı ülkeler ise, uluslararası sözleşmelerin kanunların üzerinde yer aldığını kabul etmiştir ve bu ülkeler arasında Fransa, Portekiz ve Yunanistan sayılabilir.³ Fransa Anayasası'nın 55. maddesinde usulüne göre onaylanmış veya kabul edilmiş uluslararası sözleşmelerin yasalardan

¹ Andrew Z. Drzemczewski, *European Human Rights in Domestic Law, A Comparative Study*, Clarendon Press, Oxford, 1983, s 20 vd.'dan aktaran Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İÜHF Yay., İstanbul, 1993, s. 29; Manfred Nowak, **Introduction to the International Human Rights Regime**, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2003 s. 36.

² Nowak, a.g.e, s. 36.

³ Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu**, İÜHF Yay., İstanbul, 1993. s. 47.

üstün tutulacağı belirtilmiştir. Son grup ülke ise AİHS'yi kanunla eşdeğer olarak tutmaktadır ve bu ülkelere örnek olarak Almanya, İtalya ve Belçika sayılabilir.⁴

Türkiye'ye gelindiğinde 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası'nın şu anki hali uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkide yaklaşımlar benimsemiştir. 1961 Anayasası'nın 65. maddesi ve 1982 Anayasası'nın da 90. maddesi ile uluslararası sözleşmelerin iç hukukta etki doğuracağı ve kanun hükmünde olacağı kabul edilmiştir.⁵ 1982 Anayasası'nın 90. maddesi uluslararası hukukun iç hukuktaki yerine dair bazı kurallar içermektedir. Anayasa'da uluslararası sözleşmelerle ilgili belirtilen düzenlemede 2004 yılında değişiklik yapılmıştır. Bu nedenle konunun 2004 yılı öncesi ve sonrası olarak ikili bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin ilk halinde, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve Anayasa'ya aykırılığının öne sürülemeyeceği belirtilmiştir. Bu düzenleme ile her ne kadar uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında bir ilişki kurulmuş olsa da bu ilişkide uluslararası sözleşmelerin normlar hiyerarşisi içinde yeri çok açık değildir. Bu sebeple Anayasa'da uluslararası hukuk ile iç hukuk kuralları arasında doğacak olası bir çatışmanın giderilmesi yönünde bir "çatışma giderici" kural ortaya koyulmadığı söylenebilir. Anayasa'nın 90. maddesi bağlamında kimi yazarlar iç hukuk düzeninde uluslararası andlaşmalarla kanunların eşit düzeyde bağlayıcılığa sahip olduğunu savunmuştur.⁶ Bazı yazarlar ise uluslararası sözleşmeleri kanunların üstünde, anayasal değerde⁷ ya da anayasanın üstünde görmüştür.⁸ Ayrıca 1982 Anayasası'nın, 15, 16, 42, 90 ve 92. maddelerinde uluslararası hukukun iç hukuktan üstün olduğu kabul edilmektedir.⁹

2004 yılında, 5170 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile yapılan Anayasa değişikliği ile 90. maddenin son fıkrasına, "...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş

⁴ a.g.e., s. 48.

⁵ 1961 Anayasası döneminde yürürlükte olan 65. madde ile ilgili düzenleme hakkında öğretilerdeki görüşler ve yargı organlarının kararları için bkz. Toluner, s. 570. v.d.

⁶ Ergun, Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yay., Ankara, 2008, s. 381.

⁷ Yılmaz Aliefendioğlu, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Yetkin Yay, Ankara, 1996, s. 392.

⁸ Süheyl Batum, Mümtaz Soysal ve Edip Çelik'ten aktaran, Bülent Tanör; Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yay., İstanbul, 2004, s. 497. Aynı yönde bir Danıştay kararı için Bkz, Danıştay 5. Daire, E. 1986/1723, K. 1991/933, K.t. 22.05.1991.

⁹ Mesut Gülmez, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Ulusal Toplantı*, 5 Kasım 2004, TBB Yay., Ankara, 2004, s. 55.

temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” ifadesi eklenmiştir.¹⁰ Maddenin gerekçesinde “...uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.” ifadelerine yer verilmiştir.¹¹ Uluslararası sözleşmeler ve iç hukuk ilişkisi açısından 2004 yılında Anayasa’nın 90. maddesinde yapılan değişiklik 2004 yılı öncesi konu ile ilgili yapılan tartışmayı sonlandırmıştır denilebilir. Değişiklik ile beraber insan hakları alanındaki uluslararası sözleşmeler dışında kalan sözleşmelerin “mefhum-u muhalif” bir yorumla, yasalarla eşit olduğunun teyit edildiği de söylenmektedir.¹²

Çalışmanın konusu açısından, Anayasa’nın sistematığı içerisinde, ayrımcılık yasağı temel hak ve özgürlükler bölümünün içinde yer almamasına karşın, ayrımcılık yasağı ile ilgili uluslararası sözleşmelerinde 90. madde kapsamında olduğu şüphesizdir. Değişikliğe rağmen maddenin uygulanması noktasında bazı sorunlar yine gündeme gelebilecektir. İlk olarak gündeme gelebilecek sorun, sözleşme ile düzenlenen bir konuda iç hukukta bir düzenleme olmaması durumudur. Bu durumda ortada zaten bir kurallar çatışması olmayacağı için 90. madde gereğince uluslararası sözleşmenin doğrudan uygulanabilir nitelikteki düzenlemeleri iç hukukta doğrudan uygulanabilir gözükmemektedir. Hatta bu durumda bireylerin doğrudan bu hakkı talep edebilmesi mümkündür. Ayrımcılık yasağına yer veren uluslararası sözleşme hükümleri bu anlamda doğrudan uygulanabilir hükümlerdir. İkinci durumda ise sözleşme ile iç hukuk düzenlemeleri arasında uyuşmazlık çıkması hali söz konusudur. Burada sözleşme ile anayasa uyumlu, ancak sözleşme ile yasa uyumlu olmayabilir. Böyle bir durumda yargı organları doğrudan ayrımcılık yasağı ile ilgili uluslararası sözleşme hükümlerini uygulayabileceklerdir. Üçüncü olarak ise, sözleşme ile yasanın çatıştığı durumda anayasada bir düzenleme olmayabilir. Bu durumda da sözleşme hükümleri doğrudan uygulanabilir ve yargı organlarından bu

¹⁰ Anayasa değişiklikleri için bkz, 22.05.2004 tarihli ve 25469 sayılı RG.

¹¹ Değişikliğin genel gerekçesi ve maddenin gerekçesi için bkz, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0278.pdf> (erişim:01.04.2012)

¹² Pazarıcı, s. 27.

durum talep edilebilecektir. Son durumda ise sözleşmenin karşısında, anayasa ile uyumlu bir yasa söz konusu olabilir. Böyle bir durumda sözleşme ile anayasa karşı karşıya gelmektedir. Anayasa'nın bu yeni düzenlemesi uluslararası sözleşmelerin yasalarla çatıştığı durumları düzenlemiş ve anayasa ile olası çatışmaları görmezden gelmiştir. Ancak burada sözleşmenin öncelikle uygulanabilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu durumda yalnızca Anayasa'nın, sözleşme hükümleri doğrultusunda yorumlanabilmesi mümkündür. Sözleşmeye zıt düzenleme bu şekilde bir yoruma izin vermiyorsa yapılabilecek bir şey kalmamaktadır. Böyle bir durumda, uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarında bir çözüm aramak ya da anayasanın uygulanması dışında bir yol bulunmamaktadır.¹³

Anayasa'nın 90. maddesindeki bu değişikliğe rağmen insan hakları konulu uluslararası sözleşmelerine aykırı yasaların durumunun ne olacağı önümüzde duran bir sorudur. Anayasa'ya göre bu kanunların diğer kanunlardan bir farkı yoktur ve bu kanunlar da diğerleri gibi yürürlüktedir. Anayasaya bu şekilde bir düzenleme getirilmiş olması diğer kanunların doğrudan hükümsüz hale gelmesini sağlamamaktadır.¹⁴ Bu durumda bir uyuşmazlıkta, uluslararası sözleşme esas alınsa bile kanun yürürlükte kalmaya devam edecektir ve bu durum ileride özellikle yargı organları arasında farklı içtihatlarla yol açabilecek niteliktedir. Nitekim düzenlemenin eski halinin yürürlükte olduğu dönemde Anayasa Mahkemesi bu görüşü şu şekilde ifade etmiştir: "...Kimi ülkelerde, uluslararası andlaşmaların yasa üstü ve hatta Anayasa üstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve doktrinde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa'nın 90. maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir. Anayasa'da çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir andlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, anlaşma kuralına aykırı bir yasa çıkarılması olanaklıdır. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur. İç hukuk yönünden; anlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü

¹³ Yüzbaşıoğlu, *Mayıs 2004'te Anayasanın 90. Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme*, s. 800-801.

¹⁴ Şehnaz Gerek; Ali Rıza Aydın, *Anayasa'nın 90. maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim*, **TBB Dergisi**, Sayı 55, TBB Yay., Ankara, 2004, s. 230.

gerekir...”¹⁵ Mahkeme'nin bu yaklaşımı doğrudan yasama organının bu şekilde olan düzenlemeleri yürürlükten kaldırması ve yeni yasalarla uluslararası sözleşmeleri uyumlu hale getirmesi daha uygun gözükmektedir.

Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “uyuşmazlık” ifadesinin kapsamı belirtilmemiştir ve değişiklik gerekçesinde de bu yönde bir ifade yer almamaktadır. Uyuşmazlığın hem idari hem de yargısal uyuşmazlıkları kapsadığı söylenebilir. Bu durumda idare de eylem ve işlemlerinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar konusunda uluslararası sözleşmeyi esas alabilecektir. Bir devletin, uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi noktasında devlet aygıtlarının işlevlerini birbirinden ayırarak bir değerlendirme yapmak hukuken anlamlı da değildir.¹⁶ Bu yüzden uyuşmazlık kavramını geniş yorumlamak ve idari organların eylemlerini de kapsadığını söylemek mümkündür.

Uyuşmazlıkküçük bir ihtimal bile olsa, iç hukuktaki bir düzenlemenin uluslararası sözleşmelerden daha ileri olduğu durumda ortaya çıkabilir. Bu durumda örneğin Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin¹⁷(ESKHS) ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin¹⁸ (MSHS), 5/2 maddelerinde belirtildiği gibi, “Bir ülkede mevzuat, sözleşmeler, alt düzenlemeler yahut teamüller uyarınca tanınmış yahut var olan temel insan haklarından herhangi birine, bu Sözleşmenin bu tür hakları tanımadığı yahut daha

¹⁵ AYM, E. 1996/55, K. 1997/33, K.t. 27.02.1997.

¹⁶ Toluner, s. 596.

¹⁷Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*) BM Genel Kurulu tarafından 16/12/1966 tarihinde kabul edilmiş ve 03/01/1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından 15.08.2000 tarihinde imzalanmış, 04.06.2003 tarihli ve 4867 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme ile ilgili 2003/5923 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 25196 sayılı, 11.08.2003 tarihli RG'de yayınlanmıştır. Sözleşme onay belgesinin 23.09.2003 tarihinde depo edilmesinin ardından 23.12.2003 tarihinden itibaren Türkiye bakımından hüküm doğurmuştur. ESKHS'nin Resmi Türkçe çevirisi için bkz, 11.08.2003 tarihli ve 25196 sayılı RG. ESKHS'nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz, Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, II. Cilt, Uluslararası Sistemler**, Legal Yay., İstanbul, 2010, s. 21-50. (Bundan sonra “Gemalmaz, **Belgeler/II. Cilt**” olarak anılacaktır)

¹⁸Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (*International Covenant on Civil and Political Rights*) 16/12/1966 tarihinde kabul edilmiş ve 23/03/1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından 15.08.2000 tarihinde imzalanmış, 04.06.2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme ile ilgili 2003/5851 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 25175 sayılı, 21.07.2003 tarihli RG'de yayınlanmıştır. Sözleşme onay belgesinin 15.09.2003 tarihinde depo edilmesinin ardından 23.12.2003 tarihinde Türkiye bakımından hüküm doğurmuştur. MSHS'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz, 25175 sayılı, 21.07.2003 tarihli RG. MSHS'nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Belgeler/II. Cilt**, s. 95-146.

sınırlı ölçüde tanıdığı gerekçesi ileri sürülerek hiçbir kayıtlama getirilemez ya da bu haklara sapma teşkil eden önlemler alınamaz.” Benzer bir düzenleme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 53. maddesinde “Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci tarafın yasaları ya da bu devletin taraf olduğu herhangi bir başka anlaşma çerçevesinde güvence altına alınmış olan insan haklarını ve temel özgürlükleri sınırlandırıyor ya da bunlardan sapılmasına olanak tanıyor olarak yorumlanmayacaktır.” ifadesine yer verilmiştir.¹⁹ “No-Pretext Clause” olarak adlandırılan²⁰ bu düzenlemeler dolayısıyla iç hukuk düzenlemesinin uluslararası sözleşmeye göre daha ileri bir düzenleme içeriyorsa ortaya çıkan uyuşmazlıkta iç hukuk hükmünün uygulanması gerekmektedir. Aynı konuda farklı düzenlemeler içeren uluslararası sözleşmeler söz konusu olduğunda ise bu sözleşmelerden bir hakkı daha ileri düzeyde tanıyan sözleşmenin göz önünde tutulması gerekir.²¹ Bir uyuşmazlık yargı organı önüne geldiği zaman yargıç önce iç hukuk kuralını mı yoksa uluslararası sözleşmeleri mi uygulayacağına karar vermeli ve daha sonra uluslararası sözleşmelerden söz konusu hakkı daha geniş düzenleyeni de ayrıca tespit etmelidir.

Anayasa’nın 90. maddesinde düzenlenen iç hukuk-uluslararası hukuk ilişkisinin yargı organlarınınca uygulanması için yol gösterici bir diğer düzenleme de Anayasa’nın 138. maddesidir. Anayasa’nın 9. maddesi, “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.” diyerek yargı organlarının yetkisini en üst düzeyde tanımıştır. 138. maddede ise, “...Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler...” denilerek mahkemelerin önlerine gelen bir uyuşmazlıkta nasıl

¹⁹İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) 04/11/1950 tarihinde kabul edilmiş ve 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme’yi 04.11.1950 tarihinde imzalamış, 10.03.1954 tarihli ve 6366 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme onay belgesinin 18.05.1954 tarihinde depo edilmesinin ardından aynı tarihte Türkiye bakımından hüküm doğurmuştur. Sözleşme’nin resmi Türkçe çevirisi için bkz, 19.03.1954 tarihli ve 8662 sayılı RG. Sözleşme’nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz, Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt, Bölgesel Sistemler**, Legal Yay., İstanbul, 2010, s. 5-27 (Bundan sonra “Gemalmaz, **Belgeler/I. Cilt**” olarak anılacaktır). Sözleşme’nin adı ile ilgili yaygın kullanım “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” şeklinde olduğu için çalışmada bu isimle belirtilecektir.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için, bkz, Evert A. Alkema, *The Enigmatic No-Pretext Clause: Article 60 of the European Convention on Human Rights, Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998

²¹ Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 2005, s. 118. Bu konuda AİHM uygulamasından örnek kararlar için bkz, Alkema, s. 46. v.d.

davranacakları belirtilmiştir. Bu hüküm uluslararası hukukla iç hukuk arasındaki ilişki ve bu ilişki ilgili tartışmaları giderebilecek bir olanak sunmaktadır. Anayasa'nın "hukuka uygun" karar verilmesinden söz ederken, sadece iç hukuk değil, hukukun genel ilkelerini hatta uluslararası sözleşmeleri kastettiği açıktır. Bir uluslararası sözleşme, iç hukuka 90. maddede belirtilen şekillerde dâhil edildikten sonra, iç hukuk dolayısıyla "hukuk" kavramının içine girdiği kabul edilebilir. Ayrıca 2. madde de düzenlenen "insan haklarına saygılı" ifadesinin uluslararası sözleşmelere saygıyı da beraberinde getirdiği söylenebilir. 90. madde, Anayasa'nın 2. ve 138. maddeleri ile beraber değerlendirildiğinde yargı organlarının uluslararası sözleşmeleri uygulamaktan imtina etmeleri için bir neden kalmamaktadır.

Uluslararası sözleşmelerle ilgili bir diğer konu ise sözleşmelerle kurulmuş olan yargısal veya yargısal benzeri organların kararlarının iç hukuktaki yeridir. Bilindiği gibi insan hakları konulu sözleşmeler büyük ölçüde eski tarihlidir ve insan haklarının dinamikliği karşısında zaman içerisinde eskiyen bir bakış açısını yansıtabilmekte ve güncel gelişmelere göre yorumlanması gerekmektedir. Bu işlevi büyük oranda sözleşmelerle kurulmuş olan denetim organları yerine getirmektedir. Uluslararası sözleşmelerle oluşturulan denetim organları iç hukuk tarafından öngörülen yargısal usullere alternatif oluşturmamaktadır ve iç hukukta ortaya çıkmış olan olağan kanun yollarının devamı niteliğinde değildir. Bir ülke tarafından bir uluslararası sözleşmeye taraf olunduktan sonra o ülke için söz konusu uluslararası sözleşmeyi iç hukukuna aktarmak ve öncelikle kendi iç hukukunda uygulamaya geçirmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bir uluslararası sözleşmenin uygulanmasında ilk görev ulusal makamlardadır. Ancak bu şekilde uluslararası sözleşmelerle ortaya konulmuş standartlar o ülke tarafından da benimsenmiş olur ve oluşturulan denetim mekanizması görevini layıkıyla yerine getirebilir. İnsan hakları alanında ortaya çıkmış uluslararası sözleşmelerin öncelikli amacı da budur. Türkiye'nin uluslararası sözleşmeleri iç hukukta uygulama yükümlülüğü iç hukuk açısından Anayasa'nın 90. maddesi, uluslararası hukuk açısından ise taraf olunan ilgili uluslararası insan hakları sözleşmesinin gereğidir. Bu noktada ilgili uluslararası sözleşme kadar o sözleşmeyi yorumlayan organ olarak denetim organlarının kararları da göz önünde tutulmalıdır. Bu konuda Anayasa'nın 90. maddesinde bir açıklık bulunmamasına karşın ilgili sözleşmeye taraf olmaktan kaynaklanan yükümlülükler

yine ilgili sözleşmece kurulan denetim organının kararlarında göz önünde tutulmasını gerektirmektedir.

Yukarıda belirtilen noktalar ışığında ayrımcılık yasağına yer veren ve Türkiye tarafından onaylanan uluslararası sözleşmelerin ve sözleşmelerce kurulan denetim organlarının içtihatlarının iç hukukta özellikle yasalarla ortaya çıkacak bir çatışmada öncelikle uygulanacağı tartışmasız bir konudur. Ayrımcılık yasağı ile ilgili uluslararası düzenlemelerin doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğunun kabulü ile birlikte ilgili sözleşme hükümlerinin iç hukukta doğrudan uygulanmasının önünde herhangi bir engel de bulunmamaktadır.

2. Uluslararası ve Ulusal Üstü Düzenlemeler ve Türkiye

a. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku

İnsan haklarının ve özellikle ayrımcılık yasağının yürürlükteki hukukun bir parçası olması sürecinde uluslararası sözleşmelerin etkisi büyüktür. Ayrımcılık yasağı alanında hüküm içeren çok sayıda uluslararası sözleşme mevcuttur. Bu çalışmada büyük ölçüde Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler üzerinde durulmaktadır. Ayrıca bu alanda önemli gelişmelerin yaşandığı ve kapsamlı bir hukuki çerçevenin ortaya çıktığı AB düzenlemeleri de göz önünde tutulmaktadır. Türkiye'nin BM çerçevesinde taraf olduğu genel nitelikteki sözleşmelerden,MSHS, ESKHS, Çocuk Hakları Sözleşmesi²² (ÇHS) ve Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi²³ (EHS) ile ayrımcılıkla ilgili Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığın Ortadan

²²Çocuk Hakları Sözleşmesi (*Convention on the Rights of Child*) 20/11/1989 tarihinde kabul edilmiş ve 23/03/1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından 14.09.1990 tarihinde imzalanmış, 09.12.1994 tarihli ve 4058 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme ile ilgili 94/6423 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 22184 sayılı, 27.01.1995 tarihli RG'de yayınlanmıştır. Sözleşme onay belgesinin 04.04.1995 tarihinde depo edilmesinin ardından 04.05.1995 tarihinde Türkiye bakımından hüküm doğurmuştur. ÇHS'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz, 22184 sayılı, 27.01.1995 tarihli RG. ÇHS'nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Belgeler/II. Cilt**, s. 593-627.

²³Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities*) 13/12/2006 tarihinde kabul edilmiş ve 03/05/2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından 30.03.2007 tarihinde imzalanmış, 03.12.2008 tarihli ve 5825 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme ile ilgili 2009/15137 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 27288 sayılı, 14.07.2009 tarihli RG'de yayınlanmıştır. Sözleşme 28.09.2009 tarihinde Türkiye bakımından hüküm doğurmuştur. EHS'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz, 27288 sayılı, 14.07.2009 tarihli RG. EHS'nin

Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi²⁴ (IAOKS) ve Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi²⁵ (KKAOKS); Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) çerçevesinde taraf olduğu İstihdam ve Meslek Bağlamında Ayrımcılığa İlişkin Sözleşme (Sözleşme No. 111)²⁶ (Bundan sonra “111 No’lu ILO Sözleşmesi” olarak anılacaktır); Avrupa Konseyi çerçevesinde taraf olduğu²⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Avrupa Sosyal Şartı²⁸ (ASŞ), Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı²⁹ ((GG)ASŞ) çalışma içinde gündeme gelen sözleşmelerdir.

bu çalışmada kullanılan azı maddelerinin serbest Türkçe çevirisi için bkz, Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında “Özel Önlemler”, “Geçici Özel Önlemler” ve “Pozitif Edim” ve “Destekleyici Edim”, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoglu’na Armağan*, Adalet Yay., Ankara, 2010, s. 228-232 (Bundan sonra “Gemalmaz, *Özel Önlemler*” olarak anılacaktır).

²⁴Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) 21/12/1965 tarihinde kabul edilmiş ve 04/01/1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından 13.10.1972 tarihinde imzalanmış, 03.04.2002 tarihli ve 4750 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme ile ilgili 2002/4171 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 24787 sayılı, 16.06.2002 tarihli RG’de yayımlanmıştır. Sözleşme 16.10.2002 tarihinde Türkiye bakımından hüküm doğurmuştur. IAOKS’nin resmi Türkçe çevirisi için bkz, 24787 sayılı, 16.06.2002 tarihli RG. IAOKS’nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Belgeler/II. Cilt**, s. 345-367.

²⁵Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) 18/12/1979 tarihinde kabul edilmiş ve 03/09/1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme’ye katılma yöntemiyle taraf olmuştur. Türkiye Sözleşme’yi 11.06.1985 tarihli ve 3232 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme ile ilgili 85/9722 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 18898 sayılı, 14.10.1985 tarihli RG’de yayımlanmıştır. Sözleşme katılma belgesinin 20.12.1985 tarihinde depo edilmesinin ardından 19.01.1986 tarihinde Türkiye bakımından hüküm doğurmuştur. KKAOKS’nin Resmi Türkçe çevirisi için bkz 14.10.1985 tarihli ve 18898 sayılı RG. KKAOKS’nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Belgeler/II. Cilt**, s. 489-514.

²⁶İstihdam ve Meslek Bağlamında Ayrımcılığa İlişkin Sözleşme (Sözleşme No. 111) (Convention concerning Discrimination in respect of Employment and Occupation – Convention No. 111) 25/06/1958 tarihinde kabul edilmiş ve 15/06/1960 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından 13.12.1966 tarihli ve 811 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme ile ilgili 6/7977 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 12602 sayılı, 22.05.1967 tarihli RG’de yayımlanmıştır. Sözleşme onay belgesinin 19.07.1968 tarihinde depo edilmesinin ardından 19.07.1968 tarihinde Türkiye bakımından hüküm doğurmuştur. Sözleşme’nin resmi Türkçe çevirisi için bkz, 22.05. 1967 tarihli ve 12602 sayılı RG. Sözleşme’nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Belgeler/II. Cilt**, s. 299-308.

²⁷Avrupa Konseyi çerçevesinde bugüne kadar BM sisteminde olduğu gibi ayrımcılık konulu özel bir uluslararası sözleşme kabul edilmemiştir.

²⁸Avrupa Sosyal Şartı (European Social Charter) 18/10/1961 tarihinde kabul edilmiş ve 26/02/1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından 18.10.1961 tarihinde imzalanmış, 16.06.1989 tarihli ve 3581 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme ile ilgili 89/14434 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 20312 sayılı, 14.10.1989 tarihli RG’de yayımlanmıştır. Türkiye onay belgesini 24.11.1989 tarihinde depo etmiş ve Sözleşme 24.12.1989 tarihinde Türkiye bakımından hüküm doğurmuştur. ASŞ’nin resmi Türkçe çevirisi için bkz, 20312 sayılı, 14.10.1989 tarihli RG. ASŞ’nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Belgeler/I. Cilt**, s. 297-323.

²⁹(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı (European Social Charter-Revised)03/05/1996 tarihinde kabul edilmiş ve 01/07/1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (GG)ASŞ Türkiye tarafından 06.10.2004 tarihinde imzalanmış, 27.09.2006 tarihli ve 5547 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme ile ilgili

Türkiye ayrımcılık yasağı ile ilgili hükümler içeren uluslararası sözleşmelerden, Bilgisayar Sistemleri Yoluyla Gerçekleştirilmiş Irkçı ve Yabancı Düşmanlığı İçeren Eylemlerin Suç Sayılmasıyla İlgili Siber Suçlara Dair Sözleşme'ye Ek Protokol'e,³⁰ Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme'ye³¹, Bölgesel Yahut Azınlık Dilleri Avrupa Şartı'na³² ve Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme'ye³³ henüz taraf olmamış durumdadır. Bu nedenle çalışma da bu sözleşmelere değinilmemiştir.

Uluslararası insan haklarının hukukunun kaynakları arasında yer alan belgeler arasında hükümetlerarası kuruluşlar tarafından yayınlanan bildirimler de yer almaktadır. Bunların başında Evrensel İnsan Hakları Bildirisi³⁴ (EİHB) gelmektedir. Bunun dışında “temel ilkeler”, “rehber kurallar” gibi çok sayıda isim altında belge yayınlanmıştır. Sözleşme biçiminde ortaya çıkmayan belgelerin hukuken bağlayıcılığı tartışma konusudur. Ancak bildiri ya da tavsiye kararı şeklinde ortaya çıkan belgeler sonraki dönemde ortaya çıkan sözleşme niteliğindeki belgelere ışık tutabilmektedir. Örneğin EİHB, 1948 yılında yayımlandıktan sonra ortaya çıkan MSHS ve ESKHS büyük oranda Bildiri metninden hareket etmiştir. Ayrıca Bildiri'de

2007/11907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 26488 sayılı, 09.04.2007 tarihli RG'de yayınlanmıştır. Türkiye onay belgesini 27.06.2007 tarihinde depo etmiş ve Sözleşme 01.08.2007 tarihinde Türkiye bakımından hüküm doğurmuştur. (GG)ASS'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz, 26488 sayılı, 09.04.2007 tarihli RG. ASS'nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Belgeler/I. Cilt**, s. 349-389.

³⁰ Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm> (erişim: 18.01.2011)

³¹ Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme (*Convention against Discrimination in Education*) 14.12.1960 tarihinde kabul edilmiş ve 22.05.1962 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin henüz taraf olmadığı bu Sözleşme'ye yalnızca ayrımcılık tanımı ve ayrımcılık yasağının güncel görünümüleri başlığı altında değinilecektir. Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz, http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (erişim: 01.04.2012). Sözleşme'nin serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Belgeler/II. Cilt**, s. 309-319.

³² Bölgesel Yahut Azınlık Dilleri Avrupa Şartı (*European Charter for Regional or Minority Languages*) 05.11.1992 tarihinde kabul edilmiş ve 01.03.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/148.htm> (erişim: 01.04.2012). Sözleşme'nin serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Belgeler/II. Cilt**, s. 473-495.

³³ Ulusal Azınlıkların Korunması İçin Çerçeve Sözleşme (*Framework Convention for the Protection of National Minorities*) 01.02.1995 tarihinde kabul edilmiş ve 01.02.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/157.htm> (erişim: 01.04.2012). Sözleşme'nin serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Belgeler/II. Cilt**, s. 497-510.

³⁴ İHEB, BM Genel Kurulu tarafından 10.12.1948 tarihinde kabul edilmiştir. Bildiri'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz, 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı RG. Bildiri'nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Belgeler/II. Cilt**, s. 3-19.

2. ve 21. maddeler arasında yer alan ilke ve düzenlemelerin Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca³⁵ uluslararası teamül hukukunun bir parçası haline geldiği ve hukuksal güç ve işlerlik kazandığı vurgulanmıştır. Hatta Bildiri'de yer alan ayrımcılık yasağı, yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, kölelik ve kulluk yasağı gibi düzenlemelerin *jus cogens*³⁶ nitelikte ve tüm devletler açısından bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir.³⁷ Çalışmada uluslararası hukukta bir bildiri olarak bağlayıcılığı uzun süre tartışmalı olan EİHB'nde göz önünde tutulan belgeler için de yer almıştır.

b. Avrupa Birliği Hukuku

Günümüzde ayrımcılık yasağı ile ilgili AB hukuku bağlamında oldukça kapsamlı düzenlemeler ortaya çıkmıştır. Uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile kurulan denetim organları kararlarında AB hukukuna giderek daha fazla gönderme yapmaktadır.³⁸Türkiye henüz AB üyesi ülkeler arasında yer almasa da, aday ülke statüsüne sahiptir ve uzun bir süredir AB hukukuna uyum sağlamaya çalışmaktadır. Uyum sürecinde gündeme gelen ve gelecek konular arasında ayrımcılık yasağı da bulunmaktadır. AB çerçevesinde ortaya çıkan bir dizi hukuki düzenleme de çalışma kapsamında dikkate alınmıştır. Bu sebeple AB hukukunun uluslararası hukuktan ve üye ülke iç hukuklarından taşıdığı farklılıkların ortaya konulması önemlidir. Bilindiği gibi AB ulusalüstü bir örgüttür ve AB hukuku ulusalüstü

³⁵ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün Türkçe çevirisi için bkz, Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Kararlar**, Beta Yay., İstanbul, 2003, s. 137 v.d.

³⁶ *Jus cogens* kavramı devletler genel hukukunda emredici hukuk normu anlamına gelmektedir. Jus cogens kurallarının düzenlediği haklar, getirdiği yükümlülükler herkese karşı ileri sürülebilir, *erga omnes* niteliktedir. Kavramın hukuki anlamda tek tanımı Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre "bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumun kendisinden hiç bir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonra ki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir norm" anlamına gelmektedir. Andlaşma metni için bkz, Gündüz, s. 184 v.d.

³⁷ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal Yay., İstanbul, 2010, s. 62-65; Kevin Boyle; Anneliese Baldaccini, *A Critical Evaluation of International Human Rights Approaches to Racism, Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*, Sandra Fredman, (ed.), Oxford University Press, Great Britain, 2001, s. 144.

³⁸ Ör. AİHM, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007, paras. 81-91.

hukuk³⁹(supranational law) olarak adlandırılmaktadır.⁴⁰ AB'nin ortaya çıkışından bugüne AB'nin doğrudan yetkili olduğu alanlar, ekonomik alandan, toplumsal ve siyasi konuları da içerecek biçimde giderek genişlemiştir. Üye devletler tarafından egemenlik yetkilerinin belli alanlarda AB'ye devredilmesi sonucunda, söz konusu alanlarda AB'nin doğrudan yasama yetkisi bulunmaktadır. Birlik, yetkilerini kurucu andlaşmalarla çizilen sınırlar içinde kullanmaktadır. AB hukuku, üye ülkelerin ulusal hukuklarından ayrı ve bağımsız niteliktedir.

AB hukukunun en önemli özelliği, yetkili olduğu bazı konularda üye devletlerin iç hukukundan daha üstün olmasıdır.⁴¹Üstünlük doktrini olarak adlandırılan AB hukukunun üye ülkelerin iç hukukları karşısında üstün olması durumu ABAD içtihadı ile kabul edilmiştir⁴² ve böylece AB hukukunun üye devletlerce birörnek uygulanmasının yolu açılmıştır.⁴³AB hukuku denilebilecek mevzuat içerisinde birincil düzenlemeler olarak kurucu andlaşmalar ve ikincil hukuk metinleri⁴⁴ olarak kabul edilebilecek tüzükler (regulation), direktifler (directive), kararlar (decision), tavsiyeler (recommendation) ve görüşler (opinion) yer almaktadır.⁴⁵AB hukukunun üstünlüğü ilkesi hem birincil hukuk kurallarını hem de ikincil hukuk kurallarını içermektedir. Birincil hukuk ve ikincil hukuk kavramları kurucu andlaşmalarda yer almamaktadır ve yine ABAD tarafından ortaya konulmuştur. Birincil hukuk metinler, hem ikincil hukukun üretilme biçimini hem de ikincil hukuki düzenlemelerin içeriklerinin nasıl olması gerektiğini ortaya koymaktadır.⁴⁶ Birincil hukuk metinleri büyük ölçüde kurucu andlaşmalar ve

³⁹ Ulusalüstü hukuk, birden fazla devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden kaynağını alan, kendisini oluşturan devletlerin iç hukuklarından daha üstün olan ve bu devletlerde doğrudan uygulama alanı bulan hukuk olarak tanımlanmaktadır. AB hukuku yanında AİHS ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ile yaratılan hukuk düzeninin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir, bkz, Gündüz, s. 6.

⁴⁰ a.g.e., s. 6.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz, Paul Craig; Grainne de Burca, **EU Law: Text, Cases, and Materials**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, s. 344 v.d.; Alina, Kaczorowska, **European Union Law**, Routledge, Oxon, 2011, s. 343 v.d.

⁴² ABAD, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, Case 6/64, Judgment of the Court of 15.07.1964

⁴³ Emrah Bertil Oder, **Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık**, Anahtar Kitaplar Yay, İstanbul, 2004, s. 488.

⁴⁴ Evelyn Ellis, **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, New York, 2005, s. 17.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz, Kaczorowska, s. 200 v.d.

⁴⁶ Oder, s. 128.

bunlarda değişiklik yapan andlaşmaları kapsamaktadır.⁴⁷ AB hukukuna aykırı hukuk düzenlemeler yok hükmünde olmamakla birlikte uygulanamaz niteliktedir.⁴⁸

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın⁴⁹ 288. maddesine göre (eski Avrupa Toplulukları Andlaşması (ATA), madde 249) tüzükler genel geçerliliğe sahip, üye devletler için doğrudan uygulanabilir ve bağlayıcıdır.⁵⁰ Bunun anlamı tüzüklerin üye devletler tarafından iç hukuka aktarılması gerekliliğinin olmaması ve doğrudan üye ülke vatandaşları için hak ve yükümlülük doğurmasıdır.⁵¹ 288. madde, direktiflerin ise üye devletlerin seçeceği biçim veya yöntem dâhilinde iç hukuka aktarılacağını, direktiflerin nasıl uygulanacağı konusunda üye devletlerin takdir yetkisi bulunduğunu ancak yine üye devletler için bağlayıcı olduğunu, kararların da aynı şekilde bağlayıcı olduğunu, ancak tavsiyeler ve görüşlerin hukuken bağlayıcı olmadığını belirtmiştir. Direktifler bazı durumlarda üye devletlerin iç hukukunda doğrudan uygulanabilir nitelik taşımaktadır ve iç hukukta yargı organları önünde doğrudan ileri sürülebilmektedir.⁵² AB hukukunda hukuk üreten başka bir organ ise Avrupa Birliği Adalet Divanı'dır.⁵³ ABAD'nın yargısal ve bağlayıcı olan kararları, başta ayrımcılık yasağı olmak üzere birçok konuda AB hukukunun gelişimini ve netleşmesini sağlamıştır.⁵⁴

AB hukukunda ayrımcılık yasağı ile ilgili hukuki düzenlemeler büyük oranda direktiflerle düzenlenmiştir.⁵⁵ Direktifler, AB'nin amaçlarından herhangi birine ulaşmak için, üye devletlerin yerine getirmeleri gereken hukuki yükümlülükleri ortaya koyan hukuki metinlerdir. Direktifler, belli konularda üye devletlerde geçerli olan hukuksal normların uyumlaştırılması veya ortaklaştırılması söz konusu

⁴⁷ Bu andlaşmaların listesi için bkz, Oder, s. 132. Birincil hukuk kapsamında görülen ancak konu ile doğrudan ilgisi olmayan diğer hukuk kuralları için bkz, a.g.e., s. 131 v.d.

⁴⁸ Ellis, s. 39-40.

⁴⁹ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma (Treaty on the Functioning of the European Union), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:EN:PDF> (erişim:01.04.2012)

⁵⁰ Kaczorowska, s. 223-224.

⁵¹ ABAD, *Orsolina Leonesio v. Ministero dell'agricoltura e foreste*, Case 93/71, Judgment of the Court of 17.05.1972, paras. 6, 22.

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz, Damian Chalmers; Gareth Davies; Giorgio Monti, **European Union Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 286 v.d.; Kaczorowska, s. 300 vd; Craig; de Burca, s. 279 v.d.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz, Kaczorowska, s. 165 v.d.

⁵⁴ Ellis, s. 18-19.

⁵⁵ a.g.e., s. 18.

olduğunda gündeme gelmektedir.⁵⁶ Üye devletler direktiflerin kabul edilmesinin ardından belli bir süre içinde, üye devletler, direktifin iç hukuklarında uygulamaya geçirilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlüdür. Direktiflerin iç hukuka aktarılması noktasında şekil ve yöntem bakımından üye ülkelerin takdir yetkileri bulunmaktadır.

Direktiflerin iç hukuka aktarılma biçim ve yöntemi konusunda belirtilen takdir yetkisinin de sınırları mevcuttur. Bu noktada kolayca değiştirilebilen idari uygulamaların direktiflerin iç hukuka aktarılması yükümlülüğünü karşılamayacağı,⁵⁷ iç hukuka aktarma işleminin tam ve etkili biçimde yapılması gerektiği,⁵⁸ direktiflere atıfla sınırlı düzenlemelerin yetersiz olacağı,⁵⁹ iç hukuktaki aksaklıkların veya aktarımı geciktiren herhangi bir nedenin geçerli kabul edilemeyeceği,⁶⁰ direktiflerin bireylerin hak ve yükümlülüklerini kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açıkça düzenlemesi⁶¹ ve tam eksiksiz biçimde uygulanması gerektiği,⁶² ABAD kararları ile açıklığa kavuşturulmuştur.⁶³ Üye devletler, öngörülen süre içinde direktifleri iç hukuklarına tam ve doğru bir şekilde aktarmadıkları takdirde, bireyler iç hukukta yargı organları önünde doğrudan direktif hükümlerine dayanabilmektedir. Doğrudan uygulanabilirlik söz konusu düzenlemenin bireylere bir hak sunduğu, bu hakkın yeterince açık olduğu ve herhangi bir şarta tabi tutulmadığı durumda gündeme gelebilmektedir.⁶⁴ Ancak bu ölçütler yerine getirildiğinde bireyler iç hukukta yargı organları önünde direktif hükümlerine doğrudan dayanabilmektedir. Bu noktada çalışmada aşağıda görülecek ayrımcılığın değişik biçimlerinin tanımları, ayrımcılık

⁵⁶ Kaczorowska, s. 224.

⁵⁷ ABAD, *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic*, Joined cases C-109/94, C-207/94 and C-225/94, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 29 June 1995, para. 9.

⁵⁸ ABAD, *Luigi Spano and others v. Fiat Geotech SpA and Fiat Hitachi Excavators SpA*, Case C-472/93, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 7 December 1995, para. 17.

⁵⁹ ABAD, *Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany*, Case C-96/95, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 20 March 1997, para. 36.

⁶⁰ ABAD, *Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany*, Case C-253/95, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 2 May 1996, para. 15.

⁶¹ ABAD, *Commission of the European Communities v. Grand Duchy of Luxembourg*, Case C-220/94, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 15 June 1995, para. 10.

⁶² ABAD, *Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium*, Case C-133/94, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 2 May 1996, para. 57.

⁶³ Ellis, s. 76-77; Oder, s. 343.

⁶⁴ Craig; de Burca, s. 277; ABAD, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, Case 26/62, Judgment of the Court of 5 February 1963

tanımları, ispat yükünün paylaşılması gibi konular doğrudan uygulanabilir hükümlere örnek oluştururken, özel önlemler gibi konular doğrudan uygulanamaz niteliktedir.

Ayrımcılık yasağına ilişkin bir direktifin üye devlet tarafından tam ya da kısmen uygulanmaması durumunda, ayrımcılık mağduru birey iç hukuk yollarına başvurabilmektedir. Üye devletin yargı organlarından, bu konuda bir karar vermesi talep edilebilmektedir. Kararın, direktifin uygulanmadığı yönünde olması halinde kişiler, iç hukukta öngörülen tazminat ve benzeri yollardan birine başvurma hakkına sahip olacaktır. ABAD'nın kararlarına göre, ATA'nda tüzükler gibi açıkça doğrudan uygulanabilir olduğu belirtilmemişse de, direktifler, hiçbir istisna tanınmadığı ve herhangi bir şarta bağlı tutulmadığı ve üye devletlerin herhangi bir tasarrufta bulunmasını gerektirmediği durumlarda, kişilerin iç hukukta yarı organları önünde direktiflerde tanınan hakları ileri sürebileceğini ve yargı organlarının bu hakları gözetmek ve korumakla yükümlü olduklarını belirtmiştir. ABAD, aksi durumda direktiflerin bağlayıcılığı ilkesi ile çelişeceğini belirtmiştir.⁶⁵ ABAD daha sonraki tarihli başka bir kararında ise yatay ve dikey etki konusuna açıklık getirmiş ve direktiflerin bireylerarası ilişkilerde yatay etki doğurmadığını, ancak devlet ve bireyler arasındaki ilişkiler bağlamında dikey etki doğuracağını ifade etmiştir.⁶⁶ ABAD ayrıca direktiflerin iç hukuka hiç aktarılmaması ya da uygun aktarılmadığı durumlarda, söz konusu durumdan zarar gören bireylerin ilgili üye ülkeden tazminat talep edebileceğine karar vermiştir.⁶⁷ Tazminat talebi için, direktif hükümlerinin bireylere yönelik haklar öngörmesi ve direktif hükmünün iç hukuka aktarılmaması ile ilgili bireyin zararı arasında illiyet bağının mevcut olması gerekmektedir.

ABAD'nın AB hukukunun gelişimine katkı sunduğu bir başka usul ise Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın 267. maddesi (eski ATA, madde 13) ile düzenlenmiştir. Üye devletlerde bulunan yargı organları AB hukuku konusunda bilgisinin olmaması ya da ilgili normun nasıl yorumlanacağını

⁶⁵ ABAD, *Yvonne van Duyn v. Home Office*, Case 41/74, Judgment of the Court of 4 December 1974, para. 12.

⁶⁶ ABAD, *M. H. Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, Case 152/84, Judgment of the Court of 26 February 1986, para. 47-49.

⁶⁷ ABAD, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v. Italian Republic*, Joined cases C-6/90 and C-9/90, Judgment of the Court of 19 November 1991, para. 37.

bilinmediği durumlarda 267. madde kapsamında ABAD'na ön karar (preliminary ruling) için başvurabilmektedir.⁶⁸ABAD'nın bu şekilde önüne gelen başvurular ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerin yorumlanması ve geliştirilmesinde oldukça önemli işlev üstlenmiştir.

AB hukukunda ilk başlarda sadece kadın ve erkeklerde eşit işe eşit ücret ve vatandaşlık temelli olarak gündeme gelen ayrımcılık yasağının kapsamı, günümüzde oldukça genişlemiştir.⁶⁹ABAD ayrımcılık ile mücadelenin Avrupa Topluluğu'nun toplumsal hedeflerinden birini oluşturduğunu oldukça eski bir tarihte ifade etmiştir.⁷⁰ABAD kadınlara ve erkeklere eşit muamele edilmesi ilkesinin AB hukukunun temel bir kuralı olduğunu vurgulamıştır.⁷¹ABAD'nın bu yaklaşımı ile birlikte topluluk içerisinde kişilerin, malların, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımına dayalı serbest pazarla ilişkilendirilen eşitlik ilkesi, ayrımcılığın yasaklandığı temellerde hukuki düzenlemelerin yolunu açmıştır.⁷²

AB üyesi ülkeler için hukuken bağlayıcı olan Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın 19. maddesinde (bu düzenleme ilk defa 01.05.1999 tarihinde yürürlüğe giren 1997 tarihli Amsterdam Andlaşması ile kabul edilmiştir, ayrıca bkz, eski ATA, madde 13) ise şu şekilde bir düzenleme bulunmaktadır: "Konsey, bu Andlaşma'nın diğer hükümlerine dokunmaksızın ve Andlaşmalar tarafından Birliğe verilen yetki sınırları içinde kalmak koşuluyla, özel yasama usullerine uygun olarak ve Avrupa Parlamentosu'nun onayını aldıktan sonra cinsiyet, ırk ve etnik köken, din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa karşı mücadele etmek üzere uygun tedbirleri almak amacıyla oybirliği ile hareket edebilir." Andlaşma'nın 157. maddesine göre ise cinsiyet temelli ayrımcılık kapsamında kadın ve erkek arasında eşit işe eşit ücret ilkesine yer verilmiştir.

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz, Chalmers; Davies; Monti, s. 311 v.d.; Kaczorowska, s. 256 v.d.

⁶⁹ Dagmar Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, **European Law Journal**, Vol. 8, No. 2, Blackwell Publishing, Oxford, 2002, s. 292.

⁷⁰ ABAD, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Case 43/75, Judgment of the Court of 8 April 1976, para. 10.

⁷¹ ABAD, *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main ve Silvia Becker v. Land Hessen*, Joined Cases C-4/02 and C-5/02, Judgment of the Court (Fifth Chamber), Judgment of the Court of 23 October 2003, para. 85.

⁷² Lisa Waddington, **The Expanding Role of the Equality Principle in European Union Law**, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute Policy Papers, 2003, s. 3.

Belirtmek gerekir ki, bu düzenleme diğer düzenlemeden farklı olarak doğrudan uygulanabilir niteliktedir.⁷³

AB hukuku ayrımcılığı sadece cinsiyet, ırk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş, cinsel yönelim ve vatandaşlık temellerinde yasaklamaktadır.⁷⁴ Bu çerçevede cinsiyet temelinde, 1975 yılında kadın-erkek arasında ücret eşitliği öngören, Erkeklerle ve Kadınlara Eşit Ücret Ödenmesi İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Üye Devletlerin Hukuklarının Yakınlaştırılmasına Dair 10 Şubat 1975 tarihli ve 75/117/EEC sayılı Konsey Direktifi⁷⁵, 1976 yılında ücretin ötesinde istihdamda kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik İstihdama Erişim, Mesleki Eğitim ve Meslekte Yükselme ve Çalışma Koşullarında Kadınlara ve Erkeklerle Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 9 Şubat 1976 tarihli ve 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifi⁷⁶ (bundan sonra kısaca 76/207/EEC sayılı Direktif olarak anılacaktır), İstihdama Erişim, Mesleki Eğitim ve Meslekte Yükselme ve Çalışma Koşullarında Kadınlara ve Erkeklerle Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifini değiştiren 23 Eylül 2002 tarihli ve 2002/73/EC sayılı Konsey Direktifi⁷⁷ (bundan sonra 2002/73/EC sayılı Direktif olarak anılacaktır), Kadın ve Erkek Arasında Mal ve Hizmetlerin Arzına Erişimde Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 13 Aralık 2004 tarihli ve 2004/113/EC sayılı

⁷³ ABAD, *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Case 149/77, Judgment of the Court of 15 June 1978, para. 23.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz, Ellis, s. 20 vd.

⁷⁵ Erkeklerle ve Kadınlara Eşit Ücret Ödenmesi İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Üye Devletlerin Hukuklarının Yakınlaştırılmasına Dair 10 Şubat 1975 tarihli ve 75/117/EEC sayılı Konsey Direktifi (Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31975L0117:EN:HTML> (erişim:01.04.2012)

⁷⁶ İstihdama Erişim, Mesleki Eğitim ve Meslekte Yükselme ve Çalışma Koşullarında Kadınlara ve Erkeklerle Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 9 Şubat 1976 tarihli ve 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifi (Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31976L0207:EN:HTML>

(erişim:01.04.2012)

⁷⁷ İstihdama Erişim, Mesleki Eğitim ve Meslekte Yükselme ve Çalışma Koşullarında Kadınlara ve Erkeklerle Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifini değiştiren 23 Eylül 2002 tarihli ve 2002/73/EC sayılı Konsey Direktifi (Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0073:EN:HTML>

(erişim:01.04.2012)

Konsey Direktifi⁷⁸ (bundan sonra 2004/113/EC sayılı Direktif olarak anılacaktır)ve İstihdam ve Meslek Konularında Kadınlara ve Erkeklere Eşit Muamele İlkesine Dair 5 Temmuz 2006 tarihli ve 2006/54/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi⁷⁹ (bundan sonra 2006/54/EC sayılı Direktif olarak anılacaktır) düzenlemeüzerinde durulan direktifler olmuştur. Irk veya etnik köken temelinde, 2000 yılında kabul edilen Irk ve Etnik Kökenine Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulanmasına Dair 29 Haziran 2000 tarihli ve 2000/43/EC sayılı Konsey Direktifi⁸⁰(bundan sonra 2000/43/EC sayılı Direktif olarak anılacaktır)değerlendirme kapsamında tutulmuştur. Din veya inanç, cinsel yönelim, yaş ve engellilik temellerinde İstihdam ve Meslekte Eşit Muameleye Dair Genel Çerçeve Oluşturan 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78/EC sayılı Konsey Direktifi⁸¹(bundan sonra 2000/78/EC sayılı Direktif olarak anılacaktır)üzerinde durulmuştur.⁸²

Çalışmada ayrımcılıkla ilgili oldukça önemli düzenlemeler içeren bu belgeler de göz önünde tutulmuştur.AB hukukuna gönderme yapılmasının bir diğer nedeni ise

⁷⁸Kadın ve Erkek Arasında Mal ve Hizmetlerin Arzına Erişimde Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 13 Aralık 2004 tarihli ve 2004/113/EC sayılı Konsey Direktifi (Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0113:EN:HTML> (erişim: 01.04.2012)

⁷⁹İstihdam ve Meslek Konularında Kadınlara ve Erkeklere Eşit Muamele İlkesine Dair 5 Temmuz 2006 tarihli ve 2006/54/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (Değişiklik) (Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation) (recast), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:01:EN:HTML> (erişim:01.04.2012)

⁸⁰Irk ve Etnik Kökenine Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulanmasına Dair 29 Haziran 2000 tarihli ve 2000/43/EC sayılı Konsey Direktifi (Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin), http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_180/l_18020000719en00220026.pdf (Erişim:01.04.2012)

⁸¹ İstihdam ve Meslekte Eşit Muameleye Dair Genel Çerçeve Oluşturan 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78/EC sayılı Konsey Direktifi (Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:EN:PDF> (erişim: 18.01.2011)

⁸² 2000/43/EC sayılı Direktif'in oluşum süreci için bkz, Mark Bell, **Anti-discrimination Law and the European Union**, Oxford University Press, New York, 2002, s. 73 v.d.; Adam Tyson, *The Negotiation of the European Community Directive on Racial Discrimination, The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Jan Niessen; Isabelle Chopin (ed.), Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2004.

ayrımcılık yasağı alanında gelişme gösteren AB hukukun özellikle üye devletler açısından diğer insan hakları belgeleri yanında bir dizi yeni yükümlülük ve bu ülkeler açısından AB müktesebatına uyum zorunluluğu getirmiş olmasıdır.

3. Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye'nin Çekinceleri

Uluslararası hukukta ülkeler tarafı oldukları sözleşme hükümlerinden bazıları için yükümlülük altına girmek istemeyebilmektedir. Uluslararası hukukta temel kural bir sözleşmenin, aksi sözleşmenin tüm tarafları tarafından kabul edilmediği veya söz konusu sözleşmede çekince konulmasına izin verilmediği sürece sözleşmenin bir bütün olarak geçerli olmasıdır. Ancak çekince konulması mümkün olduğunda sözleşmelerin bazı hükümlerinin uygulanmasını istemeyen ülkeler açısından uygulanmaması mümkün olabilmektedir ve uluslararası hukukta çekince (reservation) adı verilen, ülkelerin bir sözleşmenin bazı hükümleri ile bağlı olmadığını açıklayan tek taraflı bildirim ortaya çıkmaktadır.⁸³ Bu durum özellikle çok taraflı sözleşmeler olan insan hakları konulu uluslararası sözleşmeler için geçerlidir. Çekincelerin geçerliliği, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 19. maddesine göre, ilk olarak ilgili sözleşmede çekince konulması yasağının bulunmuyor olmasına ve çekincenin sözleşmenin amaç veya konusuna aykırı düşmemesine bağlıdır.⁸⁴ İkinci olarak ise çekincenin sözleşmenin taraflarınca kabul edilmesi koşulu söz konusudur. Ancak bu sözleşme metninde açık bir şekilde bir hükme yer verilmemişse çekincenin taraflarca kabulüne gerek bulunmamaktadır. Bir uluslararası sözleşmede çekince koyma yasağı mevcut değilse ve konulan çekince sözleşmenin konusu ve amacına aykırı değilse, konulan çekince, çekince koyan ülke ile buna itiraz etmeyen ülkeler arasında geçerli olacaktır. İtiraz edenler açısından ise çekince konulan hükümler dışında kalan hükümler bakımından sözleşme yürürlüğe girecektir.⁸⁵ Çekincelerin geçerliliği ile ilgili üçüncü bir koşul ise çekincenin

⁸³ Pazarıcı, s. 84. Çekinceler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, M. Aydoğan Özman, Milletlerarası Anlaşmalarda Çekinceler (İhtirazi Kayıtlar), AÜHF Yay., Ankara, 1970; Aslan Gündüz, *Milletlerarası Andlaşmalara Çekince (İhtirazi Kayıt) Koyma ve 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Konvansiyonu*, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Sayı 2, İstanbul, 1982.

⁸⁴ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (Vienna Convention on the Law of Treaties), madde 19, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (erişim:01.04.2012)

⁸⁵ a.g.b., madde 20.

konulduğu zaman ile ilgilidir. Kural olarak çekinceler bir sözleşmenin imzalanması, onaylanması veya katılınması sırasında konulabilmektedir. Ancak bu durumun aksinin ilgili sözleşmede belirtildiği durumda bu aşamalardan sonra da çekince konulabilmektedir.⁸⁶Çekincelerle ilgili son koşul ise çekince koyulmasında öngörülen şekle uyulmasıdır. Çekincelerin mutlaka yazılı biçimde yapılması ve sözleşmenin tarafı olan diğer devletlere bildirim gerektirmektedir.⁸⁷Son olarak belirtmek gerekir ki bir sözleşmeye konulan çekincenin daha sonra geri alınabilmesi mümkündür.⁸⁸

Türkiye'nin uluslararası sözleşmelere taraf olurken koyduğu bir dizi çekince mevcuttur. Bu çekincelerin kapsamı Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerinin de sınırını belirlemektedir. Türkiye tarafından MSHS'nin azınlık haklarına yer veren 27. maddesine,ESKHS'nin eğitim hakkına yer veren 13. maddesine, ÇHS'nin 17, 29 ve 30. maddelerine çekince konulmuştur. Ayrıca MSHS'ne Ek Protokol'e taraf olunurken MSHS'nin ayrımcılık yasağına yer veren 26. maddesi ile ilgili bireysel şikâyet başvurularında yalnızca Sözleşme'de yer alan haklarla sınırlı başvuru yapılabileceğine dair çekince konulmuştur.⁸⁹Böylece, MSHS sadece ilk kuşak hakları düzenlediği için, sadece bu hakların ihlali durumunda bireysel başvuru yapılabilmesi mümkün olmaktadır.⁹⁰ Başka bir deyişle MSHS'nde yer almayan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar açısından Türkiye aleyhine ayrımcılık yasağını düzenleyen 26. maddeye dayalı bir bireysel şikâyet başvurusu yapılması mümkün değildir.⁹¹ Ancak bu çekince Türkiye'nin maddi yükümlülükleri ile ilgili değildir. Bu nedenle Türkiye'nin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kapsamında, yasal düzenlemeler çerçevesinde yükümlülüklerini doğrudan etkileyen bir çekincesi bulunmadığı için çalışmada çekinceler üzerinde durulmamıştır.

⁸⁶ a.g.b., madde 19.

⁸⁷ a.g.b., madde 23.

⁸⁸ a.g.b., madde 22.

⁸⁹ Türkiye tarafından uluslararası insan hakları sözleşmelerine taraf olurken konulan çekinceler için bkz, Gemalmaz, **Belgeler/I ve Belgeler/II**.

⁹⁰ Türkiyenin seçmeli Protokol'e koyduğu çekince meti hakkında ayrıntılı inceleme için bkz, Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 277-283.

⁹¹ İHK 1987 yılından bu yana MSHS'nin 26. maddesini ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili bireysel şikâyet başvurularında da uygulamaktadır. Örnek kararlar için bkz, İHK, *Zwaan-de Vries v. The Netherlands*, Communication No. 182/1984, View, 09.04.1987, CCPR/C/29/D/182/1984; *Broeks v. The Netherlands*, Communication No. 172/1984, View, 09.04.1987, CCPR/C/29/D/172/1984.

B.Yargısal ve Yargısal Benzeri Organların Kararları

Uluslararası sözleşmelerle ortaya çıkan bir dizi denetim usulü mevcuttur ve bunlar kısaca şikâyet başvurusu usulü, rapor usulü ve soruşturma usulü olarak anılmaktadır. Denetimi yapan organ bir komite, başka bir deyişle yargısal benzeri (quasi-judicial) bir organ ise kararların hukuken bağlayıcılığı tartışmalı olmakla birlikte etkili olduğunu söylemek mümkündür. Kararı veren organ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁹² (AİHM) veya Avrupa Birliği Adalet Divanı⁹³ (ABAD) gibi bir yargı organı ise kararlar “hüküm” (judgment) niteliğindedir, hukuken bağlayıcıdır ve Sözleşme’ye taraf olan devletler veya AB’ye üye devletler ilgili mahkeme hükmünü yerine getirmekle yükümlüdür. Uluslararası sözleşmelerle kurulan denetim organlarının denetim görevi yerine getirmek yanında, dolaylı olarak, söz konusu uluslararası sözleşmeyi “yapan” ve “sözleşmeyi dönüştüren” organlar olarak nitelendirilmektedir.⁹⁴

Yargısal organlar olmayan komitelerin önlerine gelen şikâyet başvurularında ileri sürülen iddialar konusunda verdikleri kararların⁹⁵ hukuki niteliği tartışmalıdır. Örneğin MSHS kapsamında denetim organı olarak kurulan İnsan Hakları Komitesi’nin (İHK) hukuki yapısı ve Komite’nin yargısal mı, yargısal benzeri mi bir organ olduğu tartışılmıştır. Komite her ne kadar Sözleşme’nin bir maddesinin ihlal edilip edilmediğine dair nihai karar verme organı olmasına ve Komite’nin verdiği kararların başka bir organ tarafından gözden geçirilmesi mümkün olmamasına rağmen bu şekilde bir tartışma mevcuttur. Komite’nin yargısal ya da yargısal benzeri bir organ olmadığı konusunda görüşler kadar yargısal benzeri bir organ olduğuna dair görüşler de söz konusudur. İHK’nin kendisi bir mahkeme veya yargısal benzeri bir organ olmadığını vurgulamıştır.⁹⁶ Ancak bu yorumlara karşın MSHS ilgili

⁹² AİHM hükümleri ve kararları için bkz, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/default.htm> (erişim:01.04.2012)

⁹³ Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları için bkz, <http://eur-lex.europa.eu/JURISINDEX.do?ihmlang=en> (erişim:01.04.2012)

⁹⁴ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 141.

⁹⁵ Bu kararlar İHK, söz konusu olduğunda “görüş” (view) adını almaktadır.

⁹⁶ International Covenant on Civil and Political Rights: Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol, Volume 3, Thirty-third to thirty-ninth sessions (July 1988 - July 1990), CCPR/C/OP/3, 2002, s. 8, para 7,

maddeleri gereği kurulmuş ve yetkili kılınmış olan İHK'nin yargısal benzeri bir organ olarak kabul edilmesi mümkündür. Komite'nin BM'den ve taraf devletlerden bağımsız uzmanlardan meydana gelen bir organ olması, bireysel ve devletlerarası şikâyet başvuruları konusunda karar verme yetkisinin olması ve kararlarının taraf devletlerce yerine getirilmesi gibi nedenlerden ötürü yargısal benzeri bir organ olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir.⁹⁷

Denetim usullerinden en önemlisi şikâyet başvurusu usulüdür.⁹⁸ Bu usulde devletlerarası şikâyet başvuruları, bireysel şikâyet başvuruları veya toplu şikâyet başvuruları söz konusu olabilmektedir. Hem bazı BM sözleşmeleri hem de AİHS kapsamında geçerli olan devletlerarası şikâyet başvuruları şimdiye kadar sadece AİHS kapsamında ortaya çıkmıştır ve BM kapsamında bir örneği bulunmamaktadır. Siyasi, diplomatik, ekonomik, ticari ve benzeri alanlarda gerilim çıkmasına yol açabilecek bu yol devletler tarafından kullanılmamaktadır. Bu sebeple çalışma kapsamında AİHS kapsamında aleyhinde en çok devletlerarası şikâyet başvurusu yapılan ülke Türkiye olmasına karşın devletlerarası şikâyet başvuruları göz önünde tutulmamıştır.⁹⁹

Bireysel veya toplu şikâyet başvurusu en etkili denetim yollarıdır. Toplu şikâyet usulüne sadece ASŞ ve (GG)ASŞ kapsamında yer verilirken, BM kapsamında toplu şikâyet usulüne yer verilmemiştir. Hâlihazırda BM bünyesinde bireysel şikâyet başvurusu usulüne izin veren dört Komite bulunmaktadır. Çalışmada ayrımcılık yasağı kapsamında başvuruları değerlendiren IAOKS ile kurulan Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi (IAOKK), MSHS ile kurulan İnsan Hakları Komitesi (İHK)¹⁰⁰ ve KKAOKS ile kurulan Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması

<http://www.ohchr.org/english/about/publications/docs/sdecisions.rtf> (erişim: 02.01.2007); Komite'nin eski üyelerinden Christian Tomuschat ve Nisuke Ando da benzer görüşü dile getirmiştir. Bkz, Scott Davidson, *Introduction, Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Alex Conte; Scott Davidson; Richard Burchil (ed.), Ashgate, Aldershot, 2005. Aynı şekilde ABAD da İHK'nin bir yargısal organ olmadığını vurgulamıştır. Bkz, ABAD, *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd.*, Case C-249/1996, Judgment of the Court of 17 February 1998, para. 46.

⁹⁷ Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 2005, s. 507.

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz, Gemalmaz, *Genel Teori*, s. 1680 v.d.

⁹⁹ a.g.e., s. 947.

¹⁰⁰ İnsan Hakları Komitesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Thomas Buergenthal, *The U.N. Human Rights Committee*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, Kluwer, The Netherlands, 2001; Nowak, *CCPR Commentary*; Sarah Joseph; Jenny Schultz; Melissa Castan, *The*

Komitesi'nin (KKAOKK) kararları değerlendirmede göz önünde tutulmuştur. Türkiye Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü'ne¹⁰¹ ve Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü'ne¹⁰² taraf olmuş durumdadır. Bu sebeple İnsan Hakları Komitesi ve Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi'ne şikâyet başvurusu yapılması mümkündür.¹⁰³ Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'ne şikâyet başvurusunda bulunulabilmesi için taraf devletlerin Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamında bir beyanda bulunmuş olması gerekmektedir. Türkiye, 01.05.2012 tarihi itibarıyla bu şekilde bir beyanda bulunmamıştır ve bu sebeple Türkiye'den IAOKK'ne şikâyet başvurusu yapılması mümkün değildir. Ancak diğer denetim organları ile beraber bu Komite'nin vermiş olduğu kararlar da çalışmada dikkate alınmıştır.¹⁰⁴ Çalışmada ayrımcılık yasağı açısından gündeme gelen özellikle 111 No'lu ILO Sözleşmesi bağlamında şikâyet usulü söz konusu olmadığı için ILO'nun Türkiye ile ilgili kararları göz önünde tutulmamıştır.¹⁰⁵

International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002.

¹⁰¹ Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü (*Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*) 16.12.1966 tarihinde kabul edilmiş ve 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol Türkiye tarafından 03.02.2004 tarihinde imzalanmış, 01.03.2006 tarihli ve 5468 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme ile ilgili 2006/10692 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 26520 sayılı, 05.08.2006 tarihli RG'de yayınlanmıştır. Protokol Türkiye bakımından 24.11.2006 tarihinde hüküm doğurmuştur. Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi için bkz, 26520 sayılı, 05.08.2006 tarihli RG. Protokol'ün bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, **Belgeler/II. Cilt**, s. 147-159.

¹⁰² Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü (*Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*) 06.10.1999 tarihinde kabul edilmiş ve 22.12.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol Türkiye tarafından 08.09.2000 tarihinde imzalanmış, 30.07.2002 tarihli ve 4770 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme ile ilgili 2002/4703 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 24880 sayılı, 18.09.2002 tarihli RG'de yayınlanmıştır. Protokol Türkiye bakımından 29.01.2003 tarihinde hüküm doğurmuştur. Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi için bkz, 24880 sayılı, 18.09.2002 tarihli RG. Protokol'ün bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Belgeler/II. Cilt**, s. 513-530.

¹⁰³ 01.05.2012 tarihi itibarıyla İHK ve KKAOKK tarafından Türkiye aleyhine sonuçlandırılmış herhangi bir dava bulunmamaktadır. Yalnızca Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi tarafından yapılan bir başvuru mevcuttur ve bu başvuruda iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabuledilemezlik kararı verilmiştir. Bu karar için bkz, KKAOKK, *Rahime Kayhan v. Turkey*, Communication No. 8/2005, View, 27.01.2006, CEDAW/C/34/D/8/2005.

¹⁰⁴ BM Sözleşme Organlarının kararları için bkz, <http://tb.ohchr.org/default.aspx> (erişim:01.04.2012)

¹⁰⁵ ILO Uzmanlar Komitesi ve Uygulama Komitesi'nin 111 No'lu Sözleşme kapsamında Türkiye ile ilgili raporları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Mesut Gülmez, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Belediye-İş Sendikası Yay., Ankara, 2009, s. 199 v.d.

Avrupa Konseyi kapsamında ise bireysel başvuru usulü ile birlikte toplu şikâyet usulüne de yer verilmiştir. Bireysel şikâyet usulüne izin veren şu an faaliyet göstermeyen ve kaldırılmış olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve halen faaliyet gösteren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ve hükümleri çalışmada yer almıştır. AİHM hükümleri iç hukukta usul hukuku çerçevesinde yeniden yargılanma nedeni olarak sayıldığı için AİHM hükümleriyarınca bu açıdan da Türkiye için önem taşımaktadır. Avrupa Konseyi çerçevesinde bireysel şikâyet usulü öngörmeyen ancak toplu şikâyet başvurusu usulüne izin veren ve ASŞ ve (GG)ASŞ kapsamında denetim faaliyeti yürüten Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ASHK) bulunmaktadır. Türkiye henüz toplu şikâyet usulünü öngören Avrupa Sosyal Şartının Toplu Şikâyet Sistemi Öngören Ek Protokolü'ne¹⁰⁶ taraf olmamıştır ve (GG)ASŞ Madde D'de belirtilen bu yönde bir beyanda bulunmamıştır. Ancak çalışmada bu Komite'nin kararları (decision) da göz önünde tutulmuştur.¹⁰⁷

Yeri gelmişken ifade etmek gerekirse, Türkiye uluslararası insan hakları denetim organları önünde şikâyet başvurusu kapsamında ayrımcılık yasağı konusunda sadece AİHM kapsamında denetime tabi tutulmuştur. AİHM'nin önüne bugüne kadar Türkiye aleyhine gelen başvurularda 2011 yılı sonuna kadar yalnızca iki davada ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Diğer davalar 14. maddenin ihlal edilmediği¹⁰⁸ ya da 14. maddenin incelenmesine gerek görülmediği¹⁰⁹ şeklinde sonuçlanmış durumdadır. Bu iki hükmün de ortak noktası cinsiyet temelinde ayrımcılık ile ilgili olmasıdır. Bunlardan ilki kadının evlendikten sonra kendi seçtiği soyadını kullanabilmesi ile ilgili *Ünal Tekeli v. Turkey*¹¹⁰ davası, ikincisi ise kadına yönelik şiddet ile ilgili olarak *Opuz v. Turkey*¹¹¹ davasıdır.

¹⁰⁶ Avrupa Sosyal Şartının Toplu Şikâyet Sistemi Öngören Ek Protokolü (*Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints*) 09.11.1995 tarihinde kabul edilmiş ve 01.07.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol'ün İngilizce metni için bkz, <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/158.htm> (erişim:01.04.2012). Protokol'ün serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Belgeler/I. Cilt**, s. 343-348.

¹⁰⁷ ASHK'nın toplu şikâyet başvuruları ile ilgili kararları için bkz, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints_en.asp (erişim:01.04.2012)

¹⁰⁸ Örneğin, AİHM, *Menteş and Others v. Turkey*, Application No.23186/94, Judgment, 28.11.1997, para. 95

¹⁰⁹ Örneğin, AİHM, *Okçuoğlu v. Turkey*, Application No.24246/94, Judgment, 08.07.1999, para. 63.

¹¹⁰ AİHM, *Ünal Tekeli v. Turkey*, Application No.29865/96, Judgment, 16.11.2004.

¹¹¹ AİHM, *Opuz v. Turkey*, Application No.33401/02, Judgment, 09.06.2009.

AB kapsamında AB hukukunu ve kurucu andlaşmaları yorumlama yetkisine sahip olan organ ABAD'dır. ABAD, AB kurucu andlaşmalarının ve mevzuatının yorumlanmasıyla ilgili uyuşmazlıkları karara bağlamakta ve içtihatlar yoluyla AB vatandaşları için standartları belirlemektedir. ABAD, AB üyesi devletler üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Bu sebeple AB hukuku kapsamında ortaya çıkan mevzuat bağlamında ABAD kararları da çalışmada göz önünde tutulmuştur.

Uluslararası sözleşmelerde yer alan temel denetim yollarından bir diğeri ise rapor usulüdür.¹¹² Sözleşmelerde rapor usulüne yer verildiği durumda her taraf devlet sözleşme hükümlerini hayata geçirmek için aldığı yasal, yargısal, idari ve diğer tedbirleri ve kaydedilen gelişmeleri içeren bir raporu o sözleşme tarafından oluşturulan denetim organına sunmak zorundadır. Bu raporlar başlangıç raporu (initial report), periyodik rapor (periodic report) vs. gibi isimler taşımaktadır. Sözleşmeler tarafından oluşturulan denetim organları taraf ülkelerce sunulan bu raporları incelemekte, taraf devlet temsilcileri ve hükümet dışı kuruluşların katılımları veya gönderdikleri bilgiler ışığında bir değerlendirme yapmakta ve o ülkenin sözleşmede yer alan hakları ne derece hayata geçirdiğini, eksiklikleri ve tavsiyeleri içeren bir karar almaktadır.

BM kapsamında ortaya çıkan sözleşme organları taraf devletler tarafından sunulan raporlara dayalı bir denetim yapmaktadırlar. Çalışma kapsamında göz önünde tutulan, IAOKS, MSHS, ESKHS, KKAOKS ve ÇHS ile ilgili olarak sözleşme organlarının raporlara dair değerlendirmeleri sonucunda ortaya koydukları nihai tespitler veya sonuç gözlemleri de (concluding observations) oldukça sınırlı da olsa çalışma da göz önünde tutulmuştur.¹¹³ Türkiye belirtilen sözleşmelerden IAOKS kapsamında bir kez¹¹⁴, KKAOKS kapsamında dört kez¹¹⁵, ESKHS kapsamında bir

¹¹² Rapor usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 1665 vd.

¹¹³ Ancak belirtmek gerekir ki, bugüne kadar yüzlerce rapor ve nihai tespit söz konusudur ve bu yönde tüketici bir çalışma yapılması mümkün olmamıştır.

¹¹⁴ IAOKK, Türkiye, Birleştirilmiş İlk, İkinci ve Üçüncü Taraf Devlet Raporu (Reports submitted by States parties under article 9 of the Covenant, Third periodic reports of States parties due in 2007, Addendum, Turkey, 12.11.2007, CERD/C/TUR/3)

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/AdvanceVersions/CERD.C.TUR.3.doc>
(erişim:01.04.2012)

¹¹⁵ KKAOKK, Taraf Devlet Raporu, Türkiye, Birleştirilmiş İkinci ve Üçüncü Rapor, <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenA.g.e.nt&DS=CEDAW/C/TUR/2-3&Lang=E;>

Birleştirilmiş Dördüncü ve Beşinci Rapor, <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CEDAW/C/TUR/4-5&Lang=E;>

kez¹¹⁶ ve ÇHS kapsamında iki rapor sunmuş¹¹⁷ ve ilgili sözleşme organları raporlarla ilgili nihai tespitlerini yayınlamıştır.¹¹⁸ MSHS kapsamında ilk rapor sunulmuş ancak raporun Komite tarafından 15 Ekim-2 Kasım 2012 tarihleri arasında gerçekleştirilecek oturumda değerlendirilmesi beklenmektedir.¹¹⁹

Her ne kadar rapor usulü kapsamında olmasa da çalışma da Avrupa Konseyi çerçevesinde ayrımcılık yasağı ile ilgili oluşturulan ve 1993 yılında kurulan Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun (ECRI-European Commission against Racism and Intolerance) Konsey üyesi ülkelere gerçekleştirdiği ziyaretler sonucunda yayınladığı raporlarda göz önünde tutulmuştur.¹²⁰ ECRI, ırkçılık, yabancı düşmanlığı, antisemitizm ve hoşgörüsüzlükle (ırk, ten rengi, dil, din, uyruklu ya da etnik köken temelindeki ayrımcılıklar da dâhil olmak üzere) mücadele etmeyi amaçlamaktadır ve kuruluşu herhangi bir uluslararası sözleşmeye dayanmamaktadır. ECRI hazırladığı ülke raporları (country reports) aracılığıyla Avrupa Konseyi'ne üye ülkeleri çalışma alanı çerçevesinde izlemektedir. Bu raporlarda söz konusu ülke

Altıncı Rapor, <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CEDAW/C/TUR/6&Lang=E> (erişim: 01.04.2012)

¹¹⁶ ESKHK, İlk Taraf Devlet Raporu (Initial reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant, Turkey, 25.06.2008, E/C.12/TUR/1)

http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12-TUR.1_en.doc (erişim: 01.04.2012)

¹¹⁷ ÇHK, Taraf Devlet Raporu, Türkiye, İlk ve Birleştirilmiş İkinci Rapor, <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CRC/C/51/Add.4&Lang=E>; Üçüncü Rapor, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-TUR-2-3.doc> (erişim:01.04.2012)

¹¹⁸ IAOKK, Nihai Tespitler, Türkiye (Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Turkey, CERD/C/TUR/CO/3, 24.03.2009),

<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CERD/C/TUR/CO/3&Lang=E>

(erişim:01.04.2012), KKAOKK, Nihai Tespitler, Türkiye, CEDAW A/45/38 (1990),

http://www.bayefsky.com/pdf/turkey_t4_cedaw.pdf; KKAOKK, Nihai Tespitler, Türkiye, Tarih bilinmiyor, A/52/38, http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/TurkeyCO16_en.pdf;

KKAOKK, Nihai Tespitler, Türkiye, 15.02.2005, CEDAW/C/TUR/CO/4-5,

[http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/60/38\(SUPP\)&Lang=E](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/60/38(SUPP)&Lang=E) (erişim:01.04.2012),

KKAOKK, Nihai Tespitler, Türkiye, 16.08.2010, CEDAW/C/TUR/CO/6,

<http://daccess-ods.un.org/TMP/6906462.90779114.html>; ESKHK, Nihai Tespitler, Türkiye (Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Turkey, 12.07.2011, E/C.12/TUR/CO/1) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.TUR.CO.1-ENG.doc> (erişim:01.04.2012); ÇHK, Nihai Tespitler, Türkiye (Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child, Turkey, 09.07.2001, CRC/C/15/Add.152) <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CRC/C/15/Add.152&Lang=E> (erişim:01.04.2012). Birlikte

sunulan 2. ve 3. raporlar 04.04.2012 tarihi itibarıyla henüz ÇHK tarafından değerlendirilmemiştir.

¹¹⁹ İHK, Türkiye, İlk Taraf Devlet Raporu (Initial reports of States parties, Turkey, 17.03.2011, CCPR/C/TUR/1), <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CCPR/C/TUR/1&Lang=E>

(erişim:01.04.2012)

¹²⁰ ECRI'nin Avrupa Konseyi üyesi tüm ülkeler hakkında hazırladığı raporların İngilizce metinleri için bkz, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications_en.asp#P880_10014

(erişim:01.04.2012)

bağlamında değişik konular üzerinde durmaktadır. Raporlarda daha önce ECRI tarafından o ülke hakkında hazırlanan raporlarda yer alan tavsiye kararlarının ne derece uygulandığı ve hayata geçirildiği de değerlendirilmektedir. Hazırlanan her raporun öncesinde, hakkında rapor hazırlanacak ülke ECRI Raportörü tarafından ziyaret edilir. Türkiye hakkında 2012 yılı Nisan ayı sonuna kadar 1999, 2001, 2004 ve 2010 yıllarında olmak üzere 4 rapor hazırlanmıştır.¹²¹ ECRI tarafından hazırlanan raporlarda, BM Sözleşmelerinde olduğu gibi özellikle hükümet dışı kuruluşlar tarafından sağlanan bilgileri de içerecek şekilde hazırlanmaktadır ve ülke ziyaretlerinde hükümet dışı kuruluşlar ile görüşmeler yapılmaktadır. Çalışmada bu raporlar da dikkate alınmıştır.

Hükümet dışı kuruluşlar da uluslararası sözleşmeler gereğince devletlerin sundukları raporlara karşı paralel rapor (paralel report) veya gölge rapor (shadow report) olarak anılan alternatif raporlar hazırlamaktadır. Bu raporlar ilgili sözleşme organları için önemli bir bilgi kaynağı olabilmektedir. Türkiye ile ilgili olarak bugüne kadar çalışma konusu bağlamında ESKHS, KKAOKS ve IAOKS kapsamında gölge raporlar hazırlanmış ve ilgili komitelere sunulmuştur.¹²² Raporlara dayalı denetimde ilgili sözleşmeden doğan yükümlülüklerle ilgili genel bir değerlendirme yapılmaktadır. Yapılan değerlendirmelerde kullanılan dil büyük ölçüde “ılımlı” bir dildir ve sözleşmenin ihlal edilip edilmediği yerine konu ile ilgili “endişeler” dile getirilmektedir. Raporlarla ilgili değerlendirmelerde şikâyet usulünde olduğu gibi somut bir olayla ilgili somut değerlendirmeler yapılmamaktadır. Değerlendirmeler hukuken tavsiye (recommendation) niteliğinde kararlardır. Buna karşın değerlendirmeyi yapan organlar öne çıkardıkları konularla ilgili, söz konusu taraf devletten alınan önlemlere dair bir bilgi talep etmekte ve ilgili sözleşmeye aykırı gördükleri durumun ortadan kaldırılması yönünde taraf devleti teşvik etmektedir.

¹²¹ Türkiye ile ilgili her 4 raporun İngilizce ve Türkçe metinleri için bkz, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications_en.asp#P880_10014 (erişim:01.04.2012)

¹²² KKAOKS kapsamında hazırlanan gölge raporlar için bkz, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/cedaws46.htm>; IAOKS kapsamında hazırlanan gölge raporlar için bkz, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/cerds74.htm>, ESKHS kapsamında hazırlanan örnek gölge raporlar için bkz, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/cescrs46.htm> (erişim:01.04.2012)

Uluslararası sözleşmelerde yer alan bir diğer denetim usulü de soruşturma usulüdür. Ayrımcılık yasağı kapsamında Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü'nün 8. maddesi ile soruşturma usulü öngörülmüştür.¹²³ Bu usulde taraf devletler tarafından daha önce bu yönde bir yetkinin verilmesi üzerine, bir taraf devletin Sözleşme'deki hakları ciddi veya sistematik bir şekilde ihlal ettiği yönünde güvenilir bilgi alındığı durumda soruşturma süreci başlatılabilmektedir. Denetim organları öncelikle taraf devleti işbirliğine ve konu hakkındaki görüşlerini sunmaya davet etmekte ve ardından kendi üyelerinden birini ya da birkaçını bulguları araştırmak ve bir rapor hazırlamak üzere görevlendirebilmektedir. Denetim organları taraf devletin izni ile gerekli gördükleri takdirde taraf devlete ziyaretler gerçekleştirebilmektedir. Denetim organları tüm bulgular incelendikten sonra tespit edilen ihlaller ile görüş ve tavsiyelerini taraf devlete iletmektedir.¹²⁴ Bu denetim usulü somut vakalar üzerinden değil ciddi ve sistematik ihlaller üzerinde işlediği için çalışma kapsamında değerlendirmeye alınmamıştır. Ayrıca KKAOKS sözleşmesi kapsamında bugüne kadar soruşturma usulüne sadece bir kez Meksika hakkında başvurulmuştur.¹²⁵ Türkiye hakkında bugüne kadar KKAOKS kapsamında yürütülmüş bir soruşturma bulunmamaktadır.

BM sisteminde ortaya çıkan uluslararası insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde oluşturulan sözleşme organları tarafından ilgili sözleşmedeki bir hak veya yükümlülüğün ya da öngörülen usullerin kapsamına dair Genel Yorum (General Comment) veya Genel Tavsiye (General Recommendation) adı verilen kararlar yayınlanabilmektedir. Genel yorumlar ile sözleşme metinleri güncelleştirilebilmekte ve hatta güncel yorumlarla hakların kapsamı genişleyebilmektedir. Bu metinler hukuken taraf devletler açısından kategorik olarak (*per se*) bağlayıcı değildir. İnsan Hakları Komitesi, MSHS kapsamında yer alan hakların içeriği, kapsamı ve nasıl

¹²³ Diğer bir soruşturma usulü öngören uluslararası sözleşme ise İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme'dir. Ancak ayrımcılıkla bağlantılı bir sözleşme olmadığı için değerlendirme dışı tutulmuştur. Ayrıca Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi Seçmeli Protokolü'nün (Türkiye bu Protokol'ü 28.09.2009 tarihinde imzalamış ancak 01.05.2012 tarihi itibarıyla henüz onaylamamıştır) 6. maddesinde ve Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü'nün (Türkiye bu Protokol'ü 01.05.2012 tarihi itibarıyla henüz imzalamış veya onaylamış değildir.) 11. maddesinde, soruşturma usulü öngörülmüştür. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü'nün Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, **Belgeler/II. Cilt**, s. 51-66.

¹²⁴ Soruşturma usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 1694 v.d.

¹²⁵ Rapor için bkz, http://www.bayefsky.com/pdf/mexico_cedaw_article8.pdf (erişim:01.04.2012)

yorumlanması gerektiğine dair genel yorumlar yayımlayabilmektedir. Sözleşme metninde bu şekilde bir yetki yer almamaktadır. Ancak 40/4 maddesi ve İnsan Hakları Komitesi Usul Kuralları'nın¹²⁶ 73. maddesi doğrultusunda Komite'nin kabul ettiği genel yorumlarını taraf devletlere ileteneğine yer verilmiştir. Bu genel yorumlar doğrudan bir taraf devlete yönelik değil tüm taraf devletlere yönelik olarak yayımlanmaktadır.¹²⁷ Komite bu doğrultuda geçmişte sadece taraf devletler tarafından rapor sunma ve bu raporların değerlendirilmesine dair genel yorumlar yayımlarken sonraki süreçte Sözleşme'de yer alan bir hak ile ilgili istişari görüş (advisory opinion) olarak nitelendirilebilecek genel yorumlar yayımlamaya başlamıştır.¹²⁸ Benzer durum IAOKK ve ESKHK, KKAOKKÇHK için de geçerlidir ve bu organlarında genel yorumları veya genel tavsiyeleri mevcuttur.¹²⁹ Avrupa Konseyi kapsamında ise AİHM veya ASHK genel yorum veya genel tavsiye niteliğinde kararlar almamaktadır. Ancak Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI), Konsey üyesi ülkelere yaptığı ziyaretler sonucunda hazırladığı ülke raporlarının dışında Avrupa Konseyi üyesi ülkelere yönelik Genel Politika Tavsiyeleri (General Policy Recommendations) yayımlayabilmektedir.¹³⁰ Çalışmada BM sözleşme organlarının ve ECRI'nin, genel yorumları, genel tavsiyeleri ve genel politika tavsiyeleri de göz önünde tutulmuştur.

II. Ayrımcılık Yasağının Türkiye'deki Normatif ve İçtihadî Kaynakları

Çalışmada ayrımcılık yasağının iç hukuktaki normatif ve içtihadî kaynakları incelenmiştir. Türk hukukunun ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmesi için öncelikle bugüne kadar ortaya çıkmış normatif düzenlemeler tespit edilmelidir. Çalışmada bu bağlamda öncelikle anayasadan başlayarak kanunlar düzeyinde bir

¹²⁶ İnsan Hakları Komitesi Usul Kuralları'nın (*Rules of Procedure of the Human Rights Committee*), Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, **Belgeler/II. Cilt**, s. 172-205.

¹²⁷ Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 256.

¹²⁸ Buergenthal, s. 386.

¹²⁹ Bu genel yorumların veya genel tavsiyelerin İngilizce metinleri için bkz, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pa.g.e.s/HumanRightsBodies.aspx> adresinden ilgili Komitenin sayfası (erişim:01.04.2012)

¹³⁰ ECRI'nin Genel Politika Tavsiyeleri için bkz, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications_en.asp#P880_10014 (erişim:01.04.2012)

tarama gerçekleştirilmiştir. Elbette Türkiye’de mevzuat sadece Anayasa ve kanunlarla sınırlı değildir ve bunun dışında yürütme organı veya idare tarafından farklı adlarla kabul edilmiş çok sayıda düzenleyici işlem bulunmaktadır. Ancak çalışmanın sınırları kapsamında yalnızca anayasa ve kanunlar düzeyinde bir değerlendirme yapılmıştır.

Anayasalar, bir devletin temel yapısını, yönetim biçimini, devletin temel organlarının kuruluşunu, işleyişini ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen en üst düzeydeki hukuk kurallarıdır. Temel hak ve özgürlüklere yer vererek, bireylerin ve birey gruplarının bu hak ve özgürlüklerini gerek devlete gerekse diğer birey ve birey gruplarına karşı güvence altına alırlar. Anayasanın üstünlüğü ilkesi gereğince, anayasa dışında yapılacak tüm hukuki düzenlemelerin anayasaya uygun olması gerekmektedir.

Türk hukukunda, anayasa, uluslararası sözleşmeler, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, genelge, yönerge, tebliğ vb. adlarla anılan çok sayıda hukuki düzenleme mevcuttur ve bu hukuk kuralları arasında bir kademelenme öngörülmüştür. Normlar hiyerarşisi adı verilen bu kademelenme içerisinde alt sırada yer alan bir hukuk kuralının, kendisinden üstte olan hukuk kuralına aykırı olmaması gerekmektedir. Çalışmada ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak Türk hukukunda Anayasa’da yer alan ve ayrımcılık yasağına da yer veren, başta 10. madde olmak üzere ilgili diğer maddeler değerlendirilmiştir. Çalışmada Anayasa haricinde ayrımcılık yasağı kapsamında düzenlemeler içeren kanunlar tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda özellikle medeni hukuk, ceza hukuku, iş hukuku, idare hukuku gibi belli başlı alanlarda ortaya çıkan normlar değerlendirilmiştir.

Türkiye’de her ne kadar ayrımcılık yasağı kapsamında bir dizi normatif düzenleme mevcut olsa da bu düzenlemelerin yüksek yargı organları tarafından nasıl yorumlandığı da önem taşımaktadır. Bu durum özellikle ayrımcılık yasağı ile ilgili ortaya çıkabilecek yeni düzenlemelere yönelik yüksek yargı organlarının yaklaşımının ne olabileceğine dair bir olanak da sunmaktadır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi’ne elden geldiğince Yargıtay ve Danıştay’ın mevcut düzenlemeleri nasıl yorumladığı ve önlerine gelen uyuşmazlıklarda söz konusu düzenlemeleri uygulayıp uygulamadıkları değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin tüm kararlarına ulaşılabilse de Yargıtay ve Danıştay’ın ancak sınırlı sayıda kararına

ulaşılabilmektedir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi bağlamındaki kapsamlı bir çalışma yapmak mümkün olmuşsa da Yargıtay ve Danıştay açısından internet üzerinden ulaşılabilen bazı veri tabanları, ilgili yargı organlarında görev yapan yargı mensuplarının ve çeşitli akademisyenlerin yayınlamış olduğu kitap ve derlemeler incelenmiştir. Bu sebeple yüksek yargı organlarının içtihatları noktasında tüketicici bir çalışma yapıldığını söylemek mümkün değildir.

BÖLÜM 2. AYRIMCILIK YASAĞI İLE YASAL DÜZENLEME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

I. Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Yasal Düzenleme Yapma Yükümlülüğü

Ayrımcılık yasağının da ayrılmaz bir parçası olduğu insan hakları devletlere çeşitli biçimlerde yükümlülükler getirmektedir. Bu yükümlülükler uluslararası sözleşmelerde farklı biçimlerde dile getirilmiştir. Örneğin ESKHS'nin 2/2 maddesinde Sözleşme'de belirtilen hakların herhangi bir türde ayrımcılık yapılmaksızın “kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler” (guarantee the rights to be exercised), MSHS'nin 2/1 maddesinde Sözleşme'de tanınan haklara “saygı göstermeyi ve bunları temin etmeyi taahhüt eder” (undertakes to respect and to ensure) ifadeleri, AIHS'nin 14. maddesinde ise “Sözleşme'de düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden yararlanma... ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınacaktır” (shall be secured) ifadesine yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi her sözleşme farklı bir şekilde yükümlülükleri ifade etmiş bulunmaktadır. İnsan hakları hukukunun genel teorisine baktığımızda yükümlülüklerle ilgili genel bir çerçeve ortaya çıkmaktadır. Devletlerin insan hakları alanında, insan haklarına saygı göstermek (respect), korumak (protect) ve yerine getirmek (fulfil) şeklinde yükümlülükleri mevcuttur.¹ Yerine getirme yükümlülüğü de kolaylaştırma (facilitate), geliştirme (promote) ve sağlama (provide) şeklinde üçlü bir yapıyla ifade edilebilmektedir. Burada öngörülen yükümlülüklerin hepsi aynı derecede önemlidir ve bazılarının eksikliği insan hakları açısından büyük eksikliklerin oluşmasına neden olabilmektedir. İnsan hakları bağlamında devletlerin yükümlülükleri, insan haklarının etkili biçimde korunmasına yönelik ulusal düzeyde yasal bir çerçeve oluşturulması, insan hakları ihlallerinin engellenmesi, insan hakları ihlaline maruz kalan kişilere gerekli, bilgi ve desteğin sunulması, insan hakları ihlallerine yönelik etkili bir soruşturma yapılması gibi etkili bir cevap verilmesi ve insan hakları ihlallerinin önlenmesine yönelik bireylere gerekli kaynakların sunulması olarak ifade edilebilir.

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz, Olivier De Schutter, **International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 142.

Devletlerin tüm hak ve özgürlükler bakımından olduğu gibi ayrımcılık yasağı bakımından da saygı gösterme, sağlama ve önleme yükümlülüğü söz konusudur. Başka bir ifade ile devletler ayırım gözetmeyecek, eşit muamele ve fırsat eşitliği sağlamak için gerekli tedbirleri alacak ve sadece devleti temsil eden kişilerin değil, aynı zamanda özel gerçek veya tüzel kişilerin ayırım gözetmelerini de önleyecektir. Devletlerin insan haklarına ilişkin yükümlülüklerini yerine getiren organlar, yasama, yürütme ve yargı organıdır. Dolayısıyla devletler bu yükümlülüklerini yasal, idari, yargısal ve diğer tedbirler aracılığıyla yerine getireceklerdir.

İnsan haklarının iki yönlü yükümlülük doğurduğundan bahsedilebilir. Devletler olumlu (pozitif) anlamda idari, hukuki tedbirleri almak ve uygulamaya geçirmek zorundadır. Bu sayede insan hakları ihlallerinin önüne geçebilecektir. Yine devletler, diğer devletlere karşı sorumluluklarını yerine getirmeli, insan haklarını koruma mekanizmalarını güçlendirici adımlar atmalıdır. Diğer yönden ise, olumsuz (negatif) anlamda da yükümlülükleri vardır ve bizzat kendisinin insan hakları ihlallerine yol açmaması gerektiğini ifade eder.

Günümüzde medeni ve siyasi haklar bakımından devletler açısından söz konusu olan saygı gösterme yükümlülüğünün de bazı pozitif yükümlülükleri beraberinde getireceği kabul edilmektedir. Bireylerin özerliklerinin tanınması ve korunması ve insan onuruna dair saygı bu şekilde bir yaklaşımı zorunlu kılmaktadır. Böylece insan hakları açısından geçerli kabul edilen devletin müdahale etmemeye, negatif yükümlülük-pozitif yükümlülük gibi karşıtlıkların giderek yapay kavramlar olduğu ortaya çıkmakta ve daha az anlamlı hale gelmektedir. Aşağıda bu duruma içtihat hukukundan örnek bir dizi karar verilecektir.

Ayrımcılık yasağı ilk bakışta bir kaçınma yükümlülüğü öngörüyor gibi gözükse de aynı zamanda olumlu anlamda da yükümlülükler gündeme gelmektedir. Olumlu yükümlükler alanında öncelikle yasama organının harekete geçerek ayrımcılıkla ilgili bir yasal çerçeve ortaya koyması gerekmektedir. Bu yasal çerçeve özellikle ayrımcılığı yasaklayan bir içeriğe sahip olmalıdır. Ancak yasal çerçeve sadece ayrımcılığı yasaklamakla yetinmeyerek özellikle sosyal haklar söz konusu olduğunda eşitsizliği ortadan kaldırmaya yönelik de önlemler getirmelidir. Bu noktada eşit durumda olmayanlara yönelik farklı muamele yükümlülüğü gündeme gelmektedir. Böylece ayrımcılık yasağının da diğer tüm insan hakları gibi hem

olumsuz hem de olumlu yükümlükler öngördüğü belirtilebilir. Adalet kavramı ile yakın bir ilişkisi olan ve adaletin gerçekleştirilmesinde işlev üstlenen ayrımcılık yasağında sadece farklı muamelenin yasaklanması, bir başka deyişle olumlu yükümlülüklerin öngörülmemesi bu işlevle bağdaşmamaktadır. Ayrımcılık yasağı farklı durumda olanlar bakımından eşit muameleyi yasakladığı gibi aynı zamanda olumlu anlamda devletlerin müdahalesini de gerektirmektedir.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak gündeme gelen yükümlülükleri şu şekilde sınıflandırmak mümkündür. İlk olarak insan haklarına herkesin eşit biçimde erişimini sınırlamaktan veya reddetmekten kaçınma yükümlülüğü söz konusudur. Bu derhal hayata geçirilecek bir yükümlülüktür. Devletlerin bu aşamada insan haklarından yararlanmada ayrımcı etki doğuran her türlü uygulama veya politikaya son vermeleri gerekmektedir. Ancak çalışmada yasal düzenlemelere odaklanıldığı için bu yükümlülük üzerinde durulmayacaktır.

İkinci bir yükümlülük ise ayrımcı etkiye sahip olan mevcut hukuki düzenlemeleri gözden geçirmek ve ayrımcı nitelikte olan hukuk normlarını iptal etmek veya değiştirme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük özellikle bu çalışmanın kapsamı içerisinde yer alan bir yükümlülüktür. Şüphesiz yasal düzenlemeler ifadesinin kapsamına her düzeyde hukuk kuralı girmektedir. Ancak bu şekilde bir araştırma ve inceleme çalışmanın sınırlarının aşılması anlamına geleceği için yasal düzenlemeler sadece anayasa ve yasalara özgülenmiştir.

Üçüncü bir yükümlülük ise ayrımcılıkla mücadele konusunda yasal önlemler alınması noktasındadır. Geçmişten bugüne süregelen ayrımcılığın giderimi ve gelecekte ortaya çıkabilecek ayrımcı muamelelere engel olunması için ayrımcılık karşısı geniş kapsamlı bir mevzuatın kabul edilmesi, bu mevzuatın mağdurlara uygun ve mümkün olan her durumda hukuksal başvuru yolları sunması gerekmektedir. Kabul edilecek mevzuatın medeni hukuk, idare hukuku, ceza hukuku, usul hukuku gibi birçok alanı içermesi gerekmektedir.

Son bir yükümlülük ise dezavantajlı gruplar açısından yasal düzeyde özel önlemlerin kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak ayrımcılıkla mücadele elbette yasal düzenlemelere indirgenebilecek bir konu değildir ve bu sebeple çalışmanın kapsamı dâhilinde yer almasa da diğer her türlü araçla mücadele edilmelidir.

Maddi hukuka dair yükümlülükler büyük ölçüde yasama organına yönelik ortaya çıkarken ortaya çıkan hukuk kurallarının yorumlanması noktasında yargı organlarının yaklaşımı da oldukça önemlidir. Bu durum yasal değişikliklerin oldukça yavaş yaşandığı veya herhangi bir değişiklik yapılmadığı ülkelerde daha da fazla önem kazanmaktadır. Böyle bir durumda yargı organlarının yorum yoluyla atacakları adımlarla ayrımcılığa karşı korumanın güçlendirilmesi mümkündür. Yargı organlarının bu şekilde bir yaklaşımı benimsemesi yargısal aktivizm olarak adlandırılabilir. Yargısal aktivizmin, siyasetin adım atmadığı bir noktada insan haklarının korunması noktasında olumlu karşılanması da mümkündür ve hatta gereklidir. Siyasetçilerin büyük ölçüde kısa vadeli çıkarlar çerçevesinde davrandığı ve toplumda büyük oranda azınlıklara mensup olan ayrımcılık mağdurlarının durumlarının iyileştirilmesi noktasında adım atma yönünde isteksiz oldukları göz önünde tutulduğunda eşitliğin maddi anlamda hayata geçirilmesi için yargısal aktivizm gündeme gelmektedir. Uluslararası alanda İHK'nin ve AIHM'nin bu açıdan attığı, yargısal aktivizm olarak yorumlanabilecek oldukça önemli adımlar mevcuttur. Benzer yaklaşımın iç hukuktaki yargı organlarıca benimsenmesi de mümkündür.

Yargı organlarının ayrımcılık yasağı kavramını esnek bir kavram olarak kabul etmeleri gerekmektedir. Bu esneklik değişen toplumsal ihtiyaçların karşılanması noktasında gündeme gelmektedir. Değişen toplumsal koşullara uyum sağlaması ve gelecekte ortaya çıkacak ihtiyaçlara cevap verilebilmesi için yargı organlarının konuya şekilci yaklaşmaması oldukça önemlidir. Özellikle yüksek yargı organlarının ortaya koyacağı içtihatların gelişimi sınırlayıcı ve ayrımcılığa karşı korumayı güçsüzleştirecek yönde oluşmaması gerekmektedir.

Devletlerin yükümlülükleri açısından gündeme gelen bir diğer konu yükümlülüklerin yerine getirme zamanıdır. Genel olarak medeni ve siyasi hakların derhal yerine getirilmesi gereken yükümlülükler öngördüğü, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar açısından ise aşamalı bir şekilde gerçekleştirme yükümlülüğü öngörüldüğü düşünülmektedir. Ayrımcılık yasağı tüm bu hakları kesen bir hak olduğu için bu şekilde bir sınıflandırmanın dışında kaldığı ifade edilebilir. MSHS kapsamında İHK, önüne gelen başvurularda aşamalı olarak gerçekleştirme yükümlülüğünü reddetmiş ve ayrımcılık yasağının derhal yerine getirme

yükümlülüğü öngördüğünü kabul etmiştir. Bu kararların ortak noktası başvurularda ayrımcılığın ekonomik ve sosyal haklar bağlamında gündeme getirilmesidir. Komite, örneğin, sosyal güvenlik hakkı açısından ayrımcılık yasağı bağlamında eğer bir yasal düzenleme mevcutsa, bu yasal düzenlemeden herkesin yararlanması gerektiği ve bu noktada ayrımcılık yasağının gündeme gelebileceğini ifade etmiştir.² Böylece ekonomik ve sosyal haklarda gündeme gelen aşamalı olarak gerçekleştirme yükümlülüğü ayrımcılık yasağı ile birlikte derhal uygulama yükümlülüğüne dönüşebilmektedir.

MSSH'nin 2/1 maddesinde taraf devletlerin Sözleşme'de tanınan haklara saygı gösterme (respect) ve hakları temin etmek (ensure) yükümlülüğü getirilmiştir. Hakları temin edilmesine dair yükümlülük saygı gösterme yükümlülüğünün tersine negatif bir yükümlülük değil pozitif bir yükümlülüğe gönderme yapmaktadır. Burada taraf devletler tarafından hakların hayata geçirilmesi için olumlu adımları atması yükümlülüğü söz konusudur. Bu olumlu yükümlükler yatay etki olarak da adlandırılan Sözleşme'de yer alan hakların 3. kişiler tarafından ihlal edilmesine karşı bireylerin korunması ve bu hakların bireyler tarafından kullanılmasını kolaylaştırma ve bu noktada bazı hizmetlerin sağlanması olarak somutlaştırılabilir.³ Sözleşme'nin 2/2 maddesine göre taraf devletler “mevcut mevzuat ya da diğer önlemler ile henüz öngörülmemiş olması halinde... kendi anayasal usullerine ve bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, bu Sözleşmede tanınan haklara işlerlik kazandırmak için gerekebilecek türde yasal düzenlemeleri çıkarmak ya da diğer önlemleri almak üzere gerekli adımları atmayı taahhüt ederler”. İfade edilen bu yükümlülükler 2/1 maddesinde yer alan yükümlülüklerin açıkça belirtilmesi olarak yorumlanmaktadır.⁴ Burada yer alan yükümlülük çerçevesinde taraf devletlerin mevzuatlarını Sözleşme ile uyumlu hale getirmeleri gerekmektedir.⁵

² İHK, *Zwaan-de Vries v. The Netherlands*, Communication No. 182/1984, View, 09.04.1987, CCPR/C/29/D/182/1984, para. 12.5; *Broeks v. The Netherlands*, Communication No. 172/1984, View, 09.04.1987, CCPR/C/29/D/172/1984, para. 12.5; *Vos v. The Netherlands*, Communication No. 786/1997, View, 26.07.1999, CCPR/C/66/D/786/1997, para. 7.4.

³ Manfred Nowak, **UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary**, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 2005, s. 38.

⁴ a.g.e., s. 57.

⁵ Sarah Joseph; Jenny Schultz; Melissa Castan, **The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, s. 7.

Sözleşme'nin 2/2 maddesinde gündeme gelen bir diğer konu da yükümlülüklerin derhal mi yoksa aşamalı olarak mı hayata geçirileceği noktasındadır. Sözleşme'nin 2. maddesinde ortaya çıkan negatif yükümlülükler taraf devletler tarafından hemen dikkate alınması gereken yükümlülüklerdir. Sözleşme hükümlerinin 23/4 maddesi dışından doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu ve taraf devletler için taraf oldukları tarihten itibaren derhal uygulanması gereken uluslararası yükümlülükler haline geldiği genel kabul görmektedir. Bir devletin Sözleşme'ye aykırı bir durum ortaya çıkmaması için taraf olmadan önce iç hukukunda gerekli değişiklikleri yapması beklenmektedir.⁶ Bu anlamda ESKHS'nin 2/1 maddesinde yer alan aşamalı olarak gerçekleştirme yükümlülüğünden ayrılmaktadır. Ancak Sözleşme kapsamında gündeme gelen olumlu yükümlülükler için, başka bir deyişle Sözleşme'de tanınan hakların hayata geçirilmesi ve korunması noktasında yine aşamalı olarak uygulamaya geçirme yükümlülüğü söz konusu olabilmektedir.⁷ Bu noktada taraf devletlerin derhal hayata geçirme yükümlülüğü ile beraber bu yükümlülüğün nasıl gerçekleştirileceğine dair bir takdir yetkisinin bulunduğu da belirtilmelidir. Ancak bu takdir yetkisi söz konusu yükümlülüğü aşamalı yükümlülük haline getirmemektedir. Çalışmanın konusunu oluşturan ayrımcılık yasağına dair Sözleşme'den doğan yükümlülükler de olumsuz nitelikte yükümlülükler de öngördüğü için derhal yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerdir.

Sözleşme'nin 2/3 maddesine göre “Bu Sözleşmede tanınmış olan hakları ya da özgürlükleri ihlal edilen herhangi bir kişinin, bu ihlal resmi sıfatla tasarrufta bulunan kimselerce gerçekleştirilmiş olduğunda da etkili bir hukuk yoluna sahip olmasını temin etmeyi... bu tür bir hukuk yolunu işletme talebinde bulunan herhangi bir kişinin hakkının, yetkili yargı, idare yahut yasama makamlarınca, ya da Devletin hukuk sisteminin öngördüğü herhangi bir başka yetkili makam tarafından karara bağlanmasını temin etmeyi ve yargısal yollara başvurma olanaklarını geliştirmeyi... bu tür hukuki yolların işletilmesi sonucu verilen kararların yetkili makamlarca yerine getirilmesini temin etmeyi taahhüt eder.” Sözleşme'de yer alan hakların güvence altına alınması noktasında her ne kadar en önemli güvence yargı organları olsa da örneğin ombudsmanlık gibi yargısal olmayan başvuru yolları da gündeme

⁶ Nowak, *CCPR Commentary*, s. 62.

⁷ a.g.e., s. 62.

gelebilmektedir.⁸ Bu fıkra kapsamında diğer önemli bir konu ise giderim konusudur. Bu noktada sağlanan giderimin meydana gelen ihlalin ciddiyeti ve ortaya çıkan zarar ile orantılı olması gerekmektedir. Giderimin mağdur açısından mümkün oldukça ihlalden önceki eski hale iade (restitution), maddi ve/veya manevi tazminat, tıbbi veya psikolojik rehabilitasyon, tekrür etmeyeceğine dair güvence verilmesi ve gelecekteki benzer ihlallerin önlenmesi ve olguların kabulü, gerçeğin tamamen kamuya açıklanması, yetkililerce özür dilenmesi, olayın kamuoyu önünde açıkça kabul edilmesi ve sorumluluğunun üstlenilmesi gibi mağdur açısından tatmini (satisfaction) içerdiği belirtilmektedir. Şüphesiz bu belirtilenler her olayın şartları ve ihlal edilen hak doğrultusunda değişebilecektir.⁹ Ayrıca çok ciddi nitelikteki insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda ihlallerden sorumlu kişilerin etkili bir ceza yargılamasına konu olması da bu başlık altında değerlendirilmektedir.¹⁰

AİHS'nin 1. maddesi taraf devletlerin Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri güvence altına alacaklarına (secure) yer verilmiştir ve Sözleşme'nin taraf devletler bakımından hem pozitif hem de negatif yükümlülük doğurduğu ifade edilmektedir.¹¹ Sözleşme'de bu anlamda genel bir düzenleme bulunmamaktadır ve taraf devletlerin yükümlülükleri Sözleşme'de yer alan her madde bağlamında ayrı ayrı içtihatlarla ortaya konulmaktadır.¹² Sözleşme'nin taraf devletler açısından büyük ölçüde bir kaçınma yükümlüğü getirdiği düşüncesine karşın taraf devletler tarafından Sözleşme'de yer alan bir hak ve özgürlük açısından asgari yükümlülüklerin ötesinde bir adım atıldığında bu adımın ayrımcılık yasağının ihlali olmaksızın gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Örnek olarak bir dini grubun sübvansiyondan yararlanması ya da belli bir dili konuşan kişileri için daha avantajlı eğitim olanakları ortaya konduğu durumda diğer gruplarında bu olanaklardan yararlanma hakkı olmalıdır. Böyle bir hak Sözleşme'de açıkça ifade edilmemiş olsa da 14. maddenin

⁸ a.g.e., s. 64.

⁹ a.g.e., s. 66.

¹⁰ a.g.e., s. 66.

¹¹ David Harris; Michael O'Boyle; Colin Warbrick, **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2009, s. 18.

¹² Clare Ovey; Robin White; **Jacobs and White, the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2006, s. 31-32. Örneğin, AİHM, *Nachova and Others v. Bulgaria*, Application no. 43577/98, Judgment, 06.07.2005.

yorumu bunu ortaya koymaktadır.¹³ 14. madde metni Sözleşme'nin 1. maddesi gibi taraf devletlerin Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri herhangi bir ayrımcılık yapmaksızın güvence altına alacaklarına (secure) yer verilmiştir ve buradan 14. maddenin taraf devletler bakımından hem pozitif hem de negatif yükümlülük doğurduğu sonucuna ulaşılabilir.¹⁴

Ayrımcılık yasağı ile ilgili hukuki düzenlemeler geçmişte büyük ölçüde uluslararası sözleşmelere taraf olmaktan kaynaklı olarak uluslararası sözleşmelerin iç hukukta etki doğurması ve anayasalarda yer alan eşitlik ilkesine dair düzenlemeler ile sınırlı olmuştur. Ancak uluslararası sözleşmelerin bireylerin ayrımcılık yasağına karşı korunmaları noktasında etkili ve erişebilir nitelikte olmadığı belirtilmektedir. Yine anayasal düzenlemelerin ayrımcılığın günümüzde ortaya çıktığı farklı biçimler karşısında yetersiz kaldığı vurgulanmaktadır.¹⁵ Günümüzde bu alanda giderek özelleşmiş yasalar ortaya çıkmaya başlamıştır. Dolayısıyla bugün bu yasal düzenlemelerin içermesi gereken konular ve benimsenmesi gereken yaklaşım daha öne çıkmaktadır.

Ayrımcılık karşıtı yasal düzenlemelerin çeşitli anlam ve sonuçları olmaktadır.¹⁶ Bunlardan ilki ayrımcılık yasağı alanında yapılan yasal düzenlemelerin bu yönde bir kamusal politikanın dışı vurumu olmasıdır. Bu noktada her yasal düzenleme aynı zamanda devletin ayrımcılık yasağı kapsamında bir beyan niteliğindedir. Yasal düzenlemeler tek başına her ne kadar ayrımcılık olgusu ile mücadele için yeterli olmasa ve hatta belki sembolik bir anlam taşısa da ceza hukuku alanında yapılan düzenlemelerin daha da fazla sembolik anlamı mevcuttur. Ayrıca farklı hukuk dallarını kapsayacak biçimde kabul edilecek yasal düzenlemeler

¹³ P. Van Dijk; G.J.H. Van Hoof; Arjen Van Rijn; Leo Zwaak, (ed.), **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, s. 1051.

¹⁴ Harris; O'Boyle; Warbrick, s. 610.

¹⁵ Mark Bell, **Anti-discrimination Law and the European Union**, Oxford University Press, New York, 2002, s. 147. Bu konuda örnek bir ABAD kararı için bkz, *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic*, Case C-187/98, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 28 October 1999, para. 54.

¹⁶ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Erica Antoinette Maria Howard, **The Road to Equality: Developing the Protection Against Discrimination on Racial or Ethnic Grounds within the European Union**, Thesis submitted to the Department of Law, Queen Mary, University of London for the Degree of Doctor of Philosophy, London, 2007, s. 98 v.d.

ayrımcılık olgusunun farklı düzlemlerde ortaya çıkabildiğini ve bu durumla kapsamlı bir çerçeve ile mücadele edildiği yönünde açık bir mesaj niteliği taşıyacaktır.¹⁷

Ayrımcılık karşıtı yasal düzenlemelerin bir başka anlam ve sonucu ayrımcılık mağdurlarının korunması ve mağduriyetin giderilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Ayrımcılık mağdurları açısından özel hukuk alanında tazminat ve/veya ceza hukuku alanında cezai yaptırım ve/veya tazminat gündeme gelebilmektedir. Mağdurun özel hukuk alanında tazminata erişimi büyük oranda mağdurun yargısal usulleri harekete geçirmesi sonucu gerçekleşebilmektedir. Ceza hukuku kapsamında tazminat öngörüldüğü durumda ise inisiyatif savcılarda olmaktadır. Ceza hukukunun tazminat öngörmediği ve yalnızca cezai yaptırımın söz konusu olduğu bir durumda ise ayrımcı muamelenin faili bakımından caydırıcı olabilecek bir ceza ortaya çıkabilmektedir ve ceza hukuku düzenlemeleri bu anlamda etkili olabilmektedir. Ceza yaptırımını yanında özel hukuk alanında yaptırım benzeri yolların öngörülmesi caydırıcılık unsurunu daha da etkili hale getirebilecektir. Belirtilen şekilde yaptırımların öngörülmesi ile ayrımcılık mağdurlarına ayrımcı muamelelere karşı yasalarla etkili bir mücadele yürütüldüğü yolunda, yine sembolik denilebilecek bir mesaj gönderilmiş olmaktadır. Elbette bu noktada tazminat ve cezaların öngörüldüğü başvuru yollarının mağdurlar açısından erişilebilir, sonuçlarının etkili, caydırıcı ve uygulanabilir olması gerekliliği gündeme gelmektedir.¹⁸

Bir diğer sonuç ise toplumda mevcut olan önyargıların azaltılması ve tutumların değişmesidir. Bu durum yasal düzenlemelerin eğitsel boyutuna dikkat çekmektedir. Ayrımcılık yasağı alanındaki yasal düzenlemelerin yalnızca varlığı dahi toplumda konuya dair bir tutum değişikliğine yol açabilecektir. Yukarıda ifade edilen diğer iki anlam ve sonuçla beraber ayrımcılığın yanlışlığına vurgu yapan ve toplumda yer alan farklı kimlikleri ve çeşitliliği olumlayan bir düzenleme belirtilen sonuçları doğurabilme potansiyeli taşımaktadır.¹⁹ ECRI de 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi'nin Başlangıç bölümünde, ırkçılık ve ırk ayrımcılığına karşı devletin eylemlerinin, ırkçılığı ve ırk ayrımcılığını meşrulaştıracak herhangi bir girişimin hukukla yönetilen bir toplumda hoş görülmeyeceği yönünde kuvvetli bir mesaj

¹⁷ a.g.e., s. 98-100.

¹⁸ a.g.e., s. 100-102.

¹⁹ a.g.e., s. 108.

ileterek toplum için aynı zamanda eğitsel bir işlev gördüğünü belirtmiştir. Şüphesiz bu yaklaşım daha önce de belirtildiği gibi yasal düzenlemelerin tek başına toplumsal davranışları değiştirebileceği anlamına gelmemektedir ve yasal düzenlemelerin sınırlı bir etkisi olduğu kabul edilmektedir. Ancak kapsamlı bir ayrımcılık karşıtı yasanın uzun vadede olumlu sonuçlara katkı sunabileceğini de kabul etmek gerekir.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemelerin ortaya çıkarabileceği bir başka olumlu sonuç kamu hizmetleri ve istihdam gibi alanlara ayrımcılık mağduru olan kişilerin erişimini güvence altına almasıdır. Ancak ayrımcılık toplumsal yaşamda yapısal hale gelmiş bir sorundur. Bu nedenle bu alanda yasal düzenlemeler öncelikle bireysel düzeyde çözüm ortaya çıkaracaktır. Ancak yasaların istikrarlı biçimde uygulandığı durumda yapısal ayrımcılık olgusu giderek azalacak ve ayrımcılık bireysel bir olgu haline gelmeye başlayacaktır.²⁰

Ayrımcılık yasağının kişi veya konu bakımından kapsamı çeşitlilik göstermektedir. Farklı ayrımcılık temelleri farklı düzeylerde koruma görmekte ve bazı ayrımcılık temelleri ancak yargısal veya yargısal benzeri organların zaman içerisinde ortaya koyduğu kararlar ile ayrımcılık yasağının kapsamı içerisine sokulmaktadır. Bu noktada özellikle ayrımcılık yasağına dair hukuki düzenlemelerin nasıl bir anlayışla ortaya konulması gerektiği sorusu gündeme gelmektedir. Ayrımcılığa karşı korumanın mevzuat düzeyinde karşılığını anayasalar, yasalar, içtihat hukuku ve örneğin istihdam alanında olduğu gibi genel nitelikte düzenleyici olmamakla birlikte ilgili sektörde ve/veya işyerinde geçerli olan toplu iş sözleşmeleri oluşturmaktadır. Çalışmada yalnızca mevzuat konusuna odaklanılacağı için politikalar veya toplu iş sözleşmesi konuları üzerinde durulmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, sayılan normlar hiyerarşisinin farklı düzeylerinde yer alan hukuk kurallarının yalnızca biri tarafından ayrımcılığa karşı koruma sağlanması yeterli olmaktan uzaktır. Mevzuat içerisinde her düzeyde hukuk kurallarının kabul edilmesi uygulamaya geçirilmesi gerekmektedir.

Güncel gelişmeler ışığında ayrımcılıkla ilgili olarak parçalı ve farklı düzeylerde koruma sağlayan yasal düzenlemeler yerine farklı ayrımcılık temelleri için geçerli olan farklı durumları içeren ve bunların kendine özgü durumlarını

²⁰ a.g.e., s. 113-114.

reddetmeyen tek ve kapsamlı bir yasal düzenlemenin gerekliliğinden söz edilebilir. Örneğin engellilik veya yaş temelinde ayrımcılık söz konusu olduğunda bu temeller için makul uyumlaştırma gibi her ayrımcılık temeli için söz konusu olmayan bazı yükümlülükler gündeme gelmektedir. Dolayısıyla yasal düzenlemelerin farklı kimliklerin veya durumların kendine özgü konumlarını ve ihtiyaçlarını da ayrıca içermesi gereklidir. Tüm kimlikler veya durumlar için aynı muamele öngörülmesi çalışmada ifade edildiği gibi eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır. Bu aşamada bu yönde ortaya çıkabilecek sorunların giderilmesi maddi eşitlik anlayışının tam anlamıyla benimsenmesi ve farklılıkların gözetilmesi ile ortadan kalkabilecektir. Şüphesiz bu şekilde bir düzenlemenin konu ile ilgili tüm sorunları çözeceği iddia edilmemektedir. Ancak ayrımcılık temelleri arasında bir hiyerarşinin reddi ile birlikte her temelde ayrımcılık için yeterli koruma sağlanması gerekmektedir.

Ayrımcılık karşıtı yasal düzenlemeler noktasında ülkeler dört ayrı kategori olarak değerlendirilebilmektedir.²¹ İlk kategoride uzun bir süredir bu konuda yasal düzenlemeye sahip olan ülkeler gelmektedir. Bu ülkelerde mevcut yasal düzenlemeler göreceli olarak uzun bir süredir uygulanmakta ve bu konuda içtihat hukuku oluşmuş durumdadır. Bu ülkelere örnek olarak ABD, Birleşik Krallık, Avustralya, Kanada, Hollanda, Hindistan ve İsveç verilmektedir. İsveç ve Hollanda haricinde ismi belirtilen ülkelerin hepsi Anglosakson hukukun yürürlükte olduğu ülkelerdir.²² Bu ülkelerde kapsamlı yasal düzenlemeler nedeniyle odak noktası mevcut düzenlemelerin etkili olup olmamasının değerlendirilmesi ve tespit edilen eksiklikler doğrultusunda yasaların güçlendirilmesidir.²³

İkinci kategoride ise geçmiş 10 yıllık dönemde ayrımcılık yasağı alanında kapsamlı yasal düzenlemeler yapmış ve eşitlik kurumları oluşturmuş ülkeler yer almaktadır. Ancak bu ülkelerde düzenlemelerin görece yeni olmaması sebebiyle uygulama henüz oturmamış ve bu konuda bir içtihat hukuku henüz oluşmamıştır. Bu ülkelere örnek olarak ise Bulgaristan, Macaristan, Fransa, İtalya, Meksika, Panama, Peru, Romanya ve Güney Afrika gibi ülkeler sayılmaktadır.²⁴ Görüldüğü gibi bu

²¹ Dimitrina Petrova, *Implementing Anti-discrimination Law and the Human Rights Movement*, **Helsinki Monitor**, Vol. 17, No. 1, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 32.

²² a.g.e., s. 32.

²³ a.g.e., s. 33.

²⁴ a.g.e., s. 32.

ülkelerin önemli bir kısmı Avrupa Birliği üyesi ülkelerdir. Bu durumun altında yatan neden ise AB tarafından 2000 yılında kabul edilen 2000/43/EC sayılı Direktif ve 2000/78/EC sayılı Direktif nedeniyle ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenleme yapma yükümlülüğünün getirilmiş olmasıdır. Bu nedenle son 10 yıl içerisinde AB ülkelerinde bir ilerleme sağlanmış durumdadır. Bu kategoriye giren ülkeler bakımından gündeme gelen konu ise mevcut düzenlemelerin istikrarlı biçimde hayata geçirilmesi, içtihat hukukunun oluşturulması, diğer ülkelerin deneyimlerinden yararlanılması ve ayrımcılık yasağı bakımından dolaylı ayrımcılık gibi görece yeni kavramlara özel olarak özen gösterilmesi olarak ifade edilmektedir.²⁵

Üçüncü kategoriye giren ülkelerin anayasalarında ayrımcılıkla ilgili hüküm bulunmakta ve bazı konu veya sektörlerle ilgili ayrımcılıkla ilgili düzenlemeler hayata geçirilmiştir. Ancak uygulamada ayrımcılık yasağı ile ilgili içtihatlarla neredeyse hiç rastlanılmamaktadır. Bu ülkelere örnek olarak Arnavutluk, Cezayir, Çad, Endonezya, Kırgızistan, Madagaskar, Rusya, Sırbistan, Senegal, Ukrayna gibi ülkeler verilmektedir.²⁶ Bu ülkeler açısından ulusal düzeyde ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemelerin acilen kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.²⁷ Türkiye de üçüncü kategoriye giren ülkeler arasında değerlendirilmektedir. Gerçekten de aşağıda görüleceği üzere anayasal düzeyde ayrımcılık yasağına yer verilmiş olsa da yasalar düzeyinde oldukça parçalı ve etkili olmaktan uzak bir dizi düzenleme mevcuttur. Bu nedenle ayrımcılık yasağına dair kapsamlı bir yasal düzenleme ihtiyacı açık biçimde göze çarpmaktadır.

Son kategoriye giren ülkelere ise anayasal düzeyde dahi ayrımcılıkla ilgili bir düzenleme yer almamakta veya oldukça eksik biçimde yer almaktadır. Bu ülkeler genellikle dini temelde yasal düzenlemeler yapan ülkelerdir ve insan hakları sözleşmelerine büyük ölçüde taraf olmamış durumdadırlar. Bu ülkelere de örnek olarak, Bhutan, Brunei, Mısır, İran, Ürdün, Kuveyt, Lübnan, Malezya, Fas, Suudi Arabistan, Tunus, Sierra Leone ve Birleşik Arap Emirlikleri gibi ülkeler sayılmaktadır.²⁸ Bu ülkeler açısından ise ilk ve acil olarak uluslararası standartlarla

²⁵ a.g.e., s. 33.

²⁶ a.g.e., s. 32.

²⁷ a.g.e., s. 33.

²⁸ a.g.e., s. 32.

uyumlu olacak biçimde, başta anayasal düzenlemeler olmak üzere her düzeyde yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.

II. Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Yasal Düzenlemeler Konusunda Mevcut Yaklaşımlar

Ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemeleri belli noktalarda sınıflandırmak mümkündür. Bu sınıflandırmalar söz konusu yasal düzenlemenin amacı doğrultusunda yapılmaktadır. Bir yasanın amacı, yasanın içeriğinin belirlenmesinde oldukça etkili olabilmektedir. Bu noktada eşitlik ilkesinin yukarıda belirtilen farklı biçimlerine odaklanan yasal düzenlemeler ortaya çıkabilmektedir.

A. Eşitlik İlkesinin Farklı Biçimlerine Dayalı Sınıflandırma

İlk sınıflandırma Howard tarafından yapılan sınıflandırmadır ve eşitlik ilkesinin farklı biçimleri kapsamında, benimsenen yaklaşımın yasal düzenlemelerdeki izdüşümleri ortaya konulmaktadır. Bu noktada “eşit muamele modeli” (equal treatment model), “fırsat eşitliği modeli” (equality of opportunity model), “sonuçlarda eşitlik modeli” (equality of results) ve “çoğulcu model” (pluralist model) şeklinde bir ayrıma gidilmektedir. Eşit muamele modeli, şekli eşitlik ilkesi doğrultusunda, benzer durumda olanların farklı muamele görmelerini yasaklamaktadır. Fırsat eşitliği modeli ise tarihsel olarak dezavantajlı durumda olan gruplara mensup kişilerin toplumsal hayatta dezavantajlı olmayan gruplara mensup kişilerle eşit düzeyde rekabet olanağını sağlamak için tercihli muamele edilmesine izin verilmesini öngörmektedir. Sonuçlarda eşitlik modeli ise, fırsat eşitliği modelinde olduğu gibi başlangıç aşamasında bir eşitliği sağlamaktan öte eşit sonuçlara erişime odaklanmaktadır. Çoğulcu model ise herkesin eşit biçimde saygı gördüğü ve çeşitliliğin olumlu bir değer olarak gören bir toplumun yaratılmasını hedeflemektedir.²⁹ Eşit muamele modeli büyük ölçüde hukuk önünde eşitlik ve hukuken eşit korunma ilkelerine odaklanmıştır. Bu yaklaşım hukuki düzenlemelerde

²⁹ Howard, s. 56-57.

kişilere eşit muamele edilmesine yönelik olumlu bir yükümlülük biçiminde ya da ayrımcılık yapılmamasına dair olumsuz bir yükümlülük şeklinde ifade edilebilmektedir. Burada belirtilen ayrımcılık temellerinde fark gözetmenin yasaklanması söz konusu olmaktadır.³⁰ Ancak yukarıda eşitlik ilkesi kapsamında dile getirilen, karşılaştırılabilirlik, evrenselcilik, özel önlemleri eşitlik ilkesine aykırı görme, toplumsal eşitsizlikleri yok sayma, eşitsizliğe bireysel temelde çözüm arama, vb. eleştiriler bu tip yasal düzenlemeler için de geçerli olmaktadır. Bu model her ne kadar belirtilen eleştirilerle karşılaşsa da ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemeler açısından kişisel önyargıların ortadan kaldırılması noktasında işlevli olduğu belirtilmektedir.³¹

Maddi eşitlik anlayışı çerçevesinde, yalnızca bireylerin durumunu değil toplumsal eşitsizlikleri ve dezavantajları göz ardı etmeyen, fırsat eşitliği modeli ve sonuçlarda eşitlik modeli gündeme gelmektedir. Bu modeller ayrımcılığın bireysel boyutu yanında grupsal boyutuna da göz önünde tutmakta ve bireyleri mensubu oldukları grupların özelliklerini de dikkate alarak değerlendirmektedir. Bu noktada başta dolaylı ayrımcılık ve özel önlemler, diğer bir deyişle eşitsizliği ortadan kaldırmaya yönelik farklı muameleler olmak üzere bir dizi mekanizma gündeme gelmektedir. İki model arasındaki farklılık ise büyük oranda olumlu önlemlerin kapsamında ortaya çıkmaktadır. Fırsat eşitliği modeli örneğin işe alım sürecinde dezavantajlı gruplara mensup kişilerin önündeki engellerin kaldırılması ve bu kişilerin işe başvuru sürecinde bu anlamda cesaretlendirilmesine odaklanırken, sonuçlarda eşitlik bazı pozisyonlar açısından kota ve benzeri uygulamalarla tercihli muameleyi gündemine almaktadır.³²

Fırsat eşitliği modeli eşit muamele modelinin ortaya koyduğu dezavantajları, asimetric yaklaşımı benimseyerek, özel önlemler izin vererek ve toplumsal eşitsizliklerin ve dezavantajların mevcudiyetini kabul ederek bir ölçüde gidermektedir. Ancak fırsat eşitliği modeli de eşit muamele modelinde olduğu gibi bir özelliği egemen grup kimliğinin özelliklerine dayalı olarak tanımlamaktadır. Bu noktada örneğin, kadınlar açısından büyük ölçüde toplumsal cinsiyet rollerine göre

³⁰ a.g.e., s. 58.

³¹ Sandra Fredman, **Discrimination Law**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, s. 11.

³² Howard, s. 67.

belirlenmiş bazı özellikler göz önünde tutulmakta ve bazı meslekler kadınlara bazıları ise erkeklere özgü görülebilmektedir. Böylece o iş için öngörülen nitelikler de toplumsal cinsiyet rollerine göre belirlenmekte ve diğer cinsiyetin o özelliklere uyumu beklenmektedir. Bu noktada fırsat eşitliği hâkim grubun özelliklerine uyum ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Yine bu modelde somut bir sonuca ulaşmaktan çok rekabet edilebilirlik açısından bir fırsat eşitliği anlayışı benimsenmiştir ve örneğin kota benzeri uygulamalar gündeme gelmemektedir.³³ Bu model eşit muamele modelinin aksine birey yerine daha fazla grupsal özelliklere odaklansa da ayrımcı muameleler sonucunda gündeme gelen yegâne giderim yine bireysel temelde olmaktadır ve bu noktada eşit muamele modelinden fazla uzaklaşmadığı görülmektedir.

Sonuçlarda eşitlik modeli ise fırsat eşitliği modelinden bir adım daha ileri giderek hem toplumsal eşitsizlikleri ve dezavantajları göz önünde tutmakta hem de mevcut eşitsizliklerin giderilmesinde yalnızca başlangıca değil aynı zamanda sonuca da odaklanmaktadır. Bu noktada gündeme toplumsal kaynakların adil dağılımı konusu gündeme gelmektedir. Burada özel önlemler açısından da bir adım ileri gidilmekte ve kota benzeri uygulamalar benimsenmektedir.³⁴ Bu model sonuçlarda eşitlik anlayışının kota benzeri uygulamaları gündeme getirmekle birlikte ayrımcılığı ortaya çıkaran toplumsal koşulların gözden geçirilmediği ve çeşitlilik ve mevcut koşulların çeşitlilikle uyumlaştırılması yükümlülüğünü göz ardı ettiği şeklinde eleştirilmektedir.³⁵ Sonuçlarda eşitliği hedefleyen yasal düzenlemelerin tek başına yeterli olmaması ve büyük oranda toplumsal bir devrim gerektirmesi, kota benzeri uygulamaların genellikle dezavantajlı grubun en imtiyazlı kesimine hitap etmesi, gruplar arasında mevcut olan gerilimi daha da artırması gibi başlıklarda da başka eleştiriler dile getirilmektedir.³⁶

Çoğulcu model önceki modellerin aksine farklılığı ve çeşitliliğin bir değer olarak yorumlayarak tüm bireylerin eşit saygı görmesi gerektiği anlayışını benimsemektedir. Bu modelde toplum içerisinde farklı kimliklerin ve kültürlerin

³³ a.g.e., s. 73.

³⁴ a.g.e., s. 74-75.

³⁵ Sandra Fredman, *Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality, Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*, Fredman, Sandra (ed.), Academy of European Law-European University Institute, Oxford University Press, Cornwall, 2001, s. 20.

³⁶ Howard, s. 80-81.

mevcudiyetinin kabulü ve bu farklılıkların ortaya çıkardığı ihtiyaçların göz önünde tutularak bireylere eşit davranılması ve asimilasyon yerine entegrasyon anlayışı öne çıkmaktadır.³⁷ Bu noktada ayrımcılık gibi hoşgörüsüzlüğün de yasaklanması gibi olumsuz bir yükümlülükle beraber yasama ve yürütme organı tarafından alınan tüm kararlarda kültürel çeşitliliğin dikkate alınması, eşitliğin geliştirilmesi ve ayrımcılıkla mücadele gibi olumlu yükümlülükler gündeme gelmektedir.³⁸ Bu modelle ilgili ifade edilen olgular maddi eşitlik anlayışının tam anlamıyla benimsendiğini ortaya koymaktadır.

Howard tarafından ortaya konulan bu sınıflandırma ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemelerin amacına odaklanmaktadır. Bu konuda yasal çerçeve ortaya konulmadan önce eşitlik ilkesine dair bir yaklaşımın benimsenmesi öne geçmektedir. Hangi anlayış benimsenecekse o anlayışa uygun bazı unsurların yasalarca düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak belirtilen modellerin hepsinin farklı düzeylerde işlevleri, avantajları ve dezavantajları söz konusudur. Ayrıca bir yasal düzenleme içerisinde farklı unsurları barındırabileceği için bir yasanın tek bir modeli saf haliyle benimsediğini iddia etmek çok mümkün gözükmemektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi eşitlik ilkesinin farklı boyutlarının aynı anda gündeme gelmesi gerekmektedir. Bu konuda en güncel ve kapsamlı yaklaşım olan çoğulcu modelin benimsenmesi ile birlikte diğer modellerde gündeme gelen konuları da içeren bütüncül bir yaklaşımın yasal düzenlemelerde karşılığını bulması önem taşımaktadır.

B. Ayrımcılık Yasağı-Eşitlik İlkesi Ayrımına Dayalı Sınıflandırma

İkinci sınıflandırma olan Bell'in sınıflandırmasında, ülkelerin ayrımcılık yasağı ile ilgili kabul ettikleri düzenlemeler "eşitliğe odaklı", "ayrımcılığa odaklı" ve "herhangi bir özel yasal düzenlemenin mevcut olmaması" şeklinde sınıflandırılabilir.³⁹ Bu noktada ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi arasında bir farklılık ortaya konulmaktadır. Ayrımcılığa odaklı yasal düzenlemeler büyük ölçüde konunun olumsuz yönüne, başka bir deyişle ayrımcılık yapılmamasına

³⁷ a.g.e., s. 83.

³⁸ a.g.e., s. 84.

³⁹ Bell, *Anti-discrimination Law and the European Union*, s. 147-148.

odaklanmaktadır ve olumlu anlamda yükümlülükleri gündeme getirmemektedir. Bu yaklaşımla bireysel düzeyde ayrımcı muameleye maruz kalan mağdurların yine bireysel düzeyde giderimi gündeme gelmekte ve ayrımcılığın yapısal özelliklerinin ortaya konulması ve çözüm üretilmesi noktasında sessiz kalınmaktadır. Burada bireylerin başvuru yolları ile yasal düzenlemeleri harekete geçirmesi söz konusu olduğu için ayrımcılığın biçimleri ile birlikte usul hukuku ile ilgili adli yardım mekanizmaları, ispat yükünün paylaşılması gibi konular öne çıkmaktadır. Sonuç olarak ayrımcılık yasağına dair düzenlemeler büyük ölçüde mağdurların bu yönde çabasını ve mağdurların bir dizi engeli aşmasını gerektirmektedir.⁴⁰

Bu noktada ikinci yaklaşım olan eşitlik odaklı yasal düzenlemeler ise ayrımcılık odaklı yaklaşımı benimsemekte ve o yaklaşımı belli noktalarda aşmaktadır. Burada ayrımcılık odaklı yaklaşımın eksiklikleri göz önünde tutularak ayrımcı muamelelerle ilgili yük yalnızca mağdurlar üzerinde bırakılmamaktadır. Ayrımcılık yasağının daha etkili biçimde uygulanması için ilk olarak, başvuru yollarını kullanan mağdurlar çeşitli mekanizmalarla, ikinci olarak ise mağdurlar, özel önlemler gibi, yapısal bir dizi önlem ile desteklenmektedir.⁴¹ Özel önlemlere sadece izin verilmesinden öte bu tür önlemlerin bir yükümlülük olarak benimsenmesi gerekmektedir. Eşitlik odaklı yasal düzenlemeler şekli eşitlik anlayışından uzaklaşarak maddi eşitlik anlayışına yaklaşmaktadır. Bu yaklaşımlardan hangisi benimsenirse benimsensin ayrımcılık temelleri için farklı düzeyde yasal düzenleme yerine aynı düzeyde koruma öngörülmesi oldukça önem taşımaktadır. Üçüncü durum ise bu yaklaşımların ikisinin de benimsenmediği ve ayrımcılık yasağı alanında herhangi özel bir yasal düzenlemenin mevcut olmaması halidir. Türkiye bu alanda herhangi özel bir düzenleme yapmadığı için bu sınıflandırmada üçüncü duruma bir örnek oluşturmaktadır. Türkiye açısından belirtilen bu sınıflandırmada eşitliğe odaklı yaklaşımın benimsenmesi daha uygun gözükmektedir.

⁴⁰ a.g.e., s. 148.

⁴¹ a.g.e., s. 148.

C. Olumsuz-Olumlu Yükümlülüklerle Dayalı Sınıflandırma

Ayrımcılıkla mücadele noktasında Fredman'ın sınıflandırılmasında da aynı şekilde üç yaklaşımın mevcut olduğu görülmektedir. Bu yaklaşımlardan ilki ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişilerin bireysel olarak yargısal veya yargısal benzeri usullere başvurmasıdır ve “şikâyet temelli yaklaşım” (complaint-based model) olarak adlandırılmaktadır. Bir diğer yaklaşım ise şikâyet temelli yaklaşımın dezavantajlarını belli düzeyde ortadan kaldırılmasını hedeflemektedir ve “geliştirilmiş şikâyet temelli yaklaşım”(modified complaint-based model) olarak tanımlanmaktadır. Üçüncü bir yaklaşım ise öngörülen bu usul yanında kamu makamlarının ve özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin ayrımcılıkla mücadele alanında kapsamlı bir politika ortaya koymasınıdır.⁴² Bu yaklaşım ise “proaktif önlemlere dayalı yaklaşım” (proactive measures based model) olarak adlandırılmaktadır.⁴³ İlk yaklaşım Bell'in “ayrımcılık odaklı” yasal düzenleme sınıflandırmasına benzerken, ikinci ve üçüncü yaklaşım “eşitlik odaklı” yasal düzenlemelere tekabül etmektedir.

Şikâyet temelli yaklaşım mağdur bireyin ayrımcılığa uğradığına dair şikâyetine, bu şikâyeti incelemeye yetkili ve büyük çoğunlukla yargı organı niteliğinde bir organa başvurmasına dayanmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği gibi ayrımcılık yasağı kapsamında devletlerin etkili başvuru yolları ve bunun sonucunda mağdurlara etkili bir giderim sağlaması gerekmektedir. Bu noktada gündeme gelen en geleneksel yöntem bireylerin başvuruları sonucu harekete geçen yargısal usullerdir. Şikâyet temelli yaklaşımın ırk veya etnik köken ayrımcılığı gibi bazı açık ayrımcılık temelleri açısından bir ölçüde başarılı olduğu ifade edilmektedir.⁴⁴

Bu yaklaşımın öncelikle en olumlu yönü iyi işlediği durumda yargısal kararlar mağduriyetin çeşitli düzeylerde giderilebilmesi ve yargı organlarının kararlarının bağlayıcı olmasıdır. Yargısal usuller bu şekilde bir sonuç doğurabildiği için aynı

⁴² Ronald Craig, **Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality**, Brill Academic Publishers, Lieden, 2006, s. 4.

⁴³ Sandra Fredman, **Making Equality Effective: The Role of Proactive Measures**, European Commission, 2009, s. 3.

⁴⁴ Craig, s. 125-126.

zamanda caydırıcılık açısından da önem taşımaktadır.⁴⁵ Bu yaklaşım, ayrıca dolaylı ayrımcılığın hukuken tanınması ve bu yönde alınan bir kararla ayrımcı etkiye sahip norm veya uygulamaların ortadan kaldırılmasına yol açabilmesi nedeniyle olumlu etki doğurabilmektedir. Başka bir olumlu yönü de bireyin, kişisel talebi ile herhangi bir makamın araya girmesine gerek kalmaksızın harekete geçirilebilir olmasıdır.⁴⁶

Şikâyet temelli yaklaşımın çeşitli dezavantajları da söz konusudur.⁴⁷ Bu yaklaşım elbette proaktif değil reaktif nitelikte bir yaklaşımdır ve ayrımcılığın ortaya çıkması sonucunda gündeme gelmektedir. Yargısal başvuru usulü günümüzde genel olarak kabul edilmiş olsa da bu usullere yönelik başvuru sayısı ayrımcılık olgusunun yaygınlığı ile karşılaştırıldığında oldukça düşüktür. Şüphesiz bu durumun oldukça farklı nedenleri söz konusudur ancak bu nedenlerin mevcudiyeti şikâyet temelli yaklaşımın görece etkisizliğini mazur göstermek için yeterli bir neden değildir. Bu durumun nedenleri arasında şikâyet temelli yaklaşımın ayrımcılık iddiasının ortaya konulması sırasında bir karşılaştırma yapılmasını gerektirmesi ve bu durumun bazen mümkün olmamasıdır. Ayrıca ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişinin bilinebilir olması gerekmektedir.⁴⁸ Bu yaklaşımda başka bir gereklilik hukuk usulünde geçerli olan iddia edenin iddiasını ispatla yükümlü olması durumudur ve mağdurun her durumda ispat yükünü yerine getirmesi mümkün olamayabilmektedir. Bu noktada aşağıda üzerinde durulacak ispat yükünün paylaşılmasına dair olanak da her durumda bir çözüm olmaktan uzaktır. İspat rejiminin sıkı olması nedeniyle ayrımcılık mağdurları davayı kaybetme ve bunun sonucunda yargılama giderlerini ödeme riskinin olduğu bir davayı açmak istemeyebilmektedir.⁴⁹ Hatta bazı durumlarda, örneğin istihdam ilişkisinin kurulması aşamasında, işe alınmayan kişinin ayrımcı muamele gördüğünden bile haberi olmayabilmektedir.

Yargısal usullere başvurulduğunda mağdurun kimliği de ortaya çıkabilmektedir ve kimi zaman bu durum sonucunda ikinci bir mağduriyet de ortaya çıkabilmektedir. Örneğin istihdam ilişkisinde işverenin veya üstlerinin ayrımcı muameleleri konusunda şikâyet eden bir işçinin şikâyetinin ardından daha önce

⁴⁵ Fredman, **Making Equality Effective**, s. 25.

⁴⁶ a.g.e., s. 1.

⁴⁷ Bu konuda oldukça kapsamlı bir inceleme için bkz, Craig, s. 125 v.d.

⁴⁸ Fredman, **Making Equality Effective**, s. 25-26.

⁴⁹ Craig, s. 132.

çalıştığı iş yerinde çalışması mümkün olamayabilmektedir. Bu durumda ayrımcılık mağduru olan kişinin kendisinin yol açmadığı bir nedenden dolayı işini kaybetmesi ve yeni bir iş bulması gündeme gelebilmektedir. Yukarıda mağdurlaştırma başlığı altında açıklanan bu durum şikâyet temelli başvuru usullerine başvurulmasını engelleyen bir etmen olarak göze çarpmaktadır.

Başka bir dezavantajlı nokta ise yargısal usullerin büyük oranda ağır işlemesi ve kimi zaman yüksek yargı harçları öngörülmüş olması ile ortaya çıkmaktadır. Ayrımcılık yasağı ve içeriği hukukçular arasında oldukça yeni sayılabilecek bir konudur ve bu konuda ciddi bilgi eksikliği bulunmaktadır. Bu nedenle ayrımcılık iddialarının etkili biçimde yargı organlarının önüne getirildiğini söylemek mümkün gözükmemektedir. Ayrımcılıkla ilgili öngörülen tazminat miktarları veya öngörülen cezai yaptırımlar etkili olmaktan uzaktır. Ayrıca bireysel düzeyde yapılan şikâyetler büyük ölçüde kişisel giderim sağlamaktadır ve mağdurlar tek tek şahsi dava açmadıkları sürece benzer giderimden mahrum kalabilmektedir. Dolayısıyla ayrımcılık mağdurları ancak yargısal usullere başvuracak cesaretleri ve olanakları olduğu sürece mağduriyetlerini giderebilmektedir. Dava yollarına sıklıkla başvurulduğu durumda ise büyük ölçüde ağır işleyen yargısal usullerin sonuçlanma süresini daha da uzatabilmektedir ve bu anlamda ters bir etki doğurabilmektedir.⁵⁰

Şikâyet temelli yaklaşım açısından söylenebilecek son dezavantaj ise yapısal nitelikte ayrımcılık olgusuna yönelik etkisiz kalmasıdır. Günümüzde ayrımcılık açık biçimde ortaya çıkmakla birlikte dolaylı ayrımcılıkta olduğu gibi görünüşte tarafsız nitelikte norm ve uygulamaların belirli gruplar açısından dezavantaj doğurması da söz konusudur. Bu şekilde yapısal nitelikte ayrımcılık olgusu karşısında tek başına bireylerin şikâyetine dayanan bir yaklaşımın sorunu ortadan kaldırması mümkün olamamaktadır.⁵¹

Şikâyet temelli yaklaşım büyük ölçüde şekli eşitlik anlayışının bir yansımasıdır. Ancak belirtilen tüm bu dezavantajlı noktaların mevcudiyetine karşın şikâyet temelli yaklaşımdan vazgeçilmesi mümkün gözükmemektedir. Yukarıda belirtilen olumlu noktalar açısından düşünüldüğünde bu yaklaşımın bugün hala vazgeçilmez nitelikte olduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca doğrudan ayrımcılık

⁵⁰ Fredman, **Making Equality Effective**, s. 25-26; Craig, s. 128.

⁵¹ Craig, s. 126.

olgusu açısından şikâyet temelli yaklaşımın başarı şansının yüksek olduğu düşünüldüğünde, bu kapsamda mevcut şikâyet temelli başvuru yollarının geliştirilmesi ve güçlendirilmesi önem kazanmaktadır.

Şikâyet temelli yaklaşıma getirilen bu eleştirilere yönelik bir dizi adım atılarak söz konusu yaklaşım geliştirilmek istenmiştir. Öncelikle bireysel temelli şikâyet başvurularında bazı örgütlerin veya kurumların ayrımcılık mağdurlarıyla beraber veya onların yerine yargısal usullere katılımı veya usulleri bizzat yürütmeleri sağlanmıştır. Bugün, örneğin AB düzeyinde, üye devletlerde ırk veya etnik köken ya da cinsiyet temelinde çalışan çeşitli eşitlik kurumları mevcuttur ve mağdurlara bu çerçevede yardımcı olmaktadır. Burada gündeme gelen mağdur ve fail veya davacı veya davalı dışında yer alan üçüncü kişilerin yargılamaya müdahil olabilmesidir. Üçüncü kişiler eşitlik kurumları ile sınırlı değildir ve sendikalar, bu alanda çalışan hükümetdışı kuruluşlar da mağdura belirtilen şekilde yardımcı olabilmektedir. Hatta belirli bir mağdurun söz konusu olmadığı durumda sayılan kurum veya kuruluşlar yargısal usullere doğrudan taraf olarak katılabilmektedir. Eşitlik kurumları ayrıca yargısal benzeri yetkilerle donatılabilmekte ve böylece mağdurlar hem daha hızlı hem daha ucuz biçimde mağduriyetini giderebilmektedir. Ancak buna benzer iyileştirmelere karşın, ayrımcılık sorununa karşı yine de kapsamlı bir sonuç alınması mümkün olamamaktadır. Bu konuda yukarıda ifade edilen bilgi eksikliği bu durum için de geçerlidir.⁵²

Yukarıda ifade edilen şikâyet temelli yaklaşımın geliştirilmesine yönelik adımlar içerisinde bazı yöntemlerin öne çıktığı ve AB üyesi ülkeler açısından sıklıkla bu yöntemlerin uygulamaya sokulduğu belirtilmektedir. Bu yöntemlerden ilki bireyin üzerindeki sorumluluğun azaltılması ve üçüncü kişilerin başvuru yollarına dâhil olmasına odaklanmaktadır. Diğer yöntem ise yargısal usullere alternatif olabilecek daha ucuz ve erişimi daha kolay başvuru usullerinin öngörülmesidir.⁵³

Belirtilen ilk yöntemde ilk olarak “toplu dava” (class action) adı verilebilecek usulün kabul edilmesidir. Bu şekilde bir usul ile bir grup mağdur aynı taleple dava açabilmektedir. Elbette bu usule aynı talebi ileri süren kişiler tarafından başvurulabilmektedir. Başka bir yöntem ise ayrımcılık mağdurları yerine bir örgüt

⁵² Fredman, **Making Equality Effective**, s. 2.

⁵³ a.g.e., s. 16.

veya kurumun davayı takip etmesine izin verilmesidir. Bu durumda davaya müdahil olma halinin ötesine geçilerek mağdurun yerine taraf olarak bir örgüt veya kurum geçmektedir. Örneğin 2000/43/EC sayılı Direktif'in 7. maddesinde AB'ye üye devletlerin, iç hukuklarında belirleyecekleri ölçütler uyarınca Direktif'teki hükümlere uyulmasını sağlamakta meşru bir menfaati bulunan derneklerin, örgütlerin veya diğer tüzel kişilerin, şikâyet sahibi mağdur adına veya ona destek olarak, şikâyet sahibi mağdurun onayıyla, Direktif kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için öngörülen her türlü adli ve/veya idari usule katılabilmesini sağlayacakları belirtilmiştir.⁵⁴ Bu şekilde bir usul ile ayrımcılık mağdurlarının yargısal usullerde mali ve psikolojik olarak durumu güçlenmekte ve başvuru usullerde bilgi birikimi olan kişiler bu anlamda mağdura destek olabilmektedir.⁵⁵ Ancak belirtmek gerekir ki, bu usul ancak mağdurun açık rızası ile gündeme gelebilmektedir. Bu konuda bir diğer yöntem ise belirli bir mağdurun söz konusu olmadığı durumlarda genel olarak eşitlik kurumu adı verilen kurumların yargısal usullere başvurabilmesinin sağlanmasıdır. Bu usulde ayrımcı nitelikteki uygulamalar dava edilmektedir ve mağdur veya mağdurların kimliğinin belirlenmesinin mümkün olmadığı zaman geçerli olmaktadır. İstihdam ile ilgili ayrımcılık vakalarında söz konusu yetki sendikalar tarafından da kullanılabilir. Ancak burada da mağdurun sendika üyesi olması beklenebilmektedir ve sendikalar bazen yargısal usullere yalnızca müdahil olabilmektedir.⁵⁶

Şikâyet temelli yaklaşımın geliştirilmesi noktasında, ikinci yöntem olarak kabul edilen yargısal usullere alternatif olabilecek daha ucuz ve erişimi kolay usuller açısından da bazı yöntemler gündeme gelebilmektedir. İlk olarak gündeme gelebilecek usul alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının öngörülmesidir.⁵⁷ Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında çelişmeli bir yargısal usul izlenmemektedir ve onarıcı

⁵⁴ Aynı şekilde bkz, İstihdam ve Meslek Konularında Kadınlara ve Erkeklerle Eşit Muamele İlkesine Dair 5 Temmuz 2006 tarihli ve 2006/54/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (Değişiklik) (Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation) (recast), madde 17, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:01:EN:HTML> (erişim:01.04.2012)

⁵⁵ Fredman, **Making Equality Effective**, s. 16.

⁵⁶ a.g.e., s. 17.

⁵⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, Mustafa Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Yetkin Yay. Ankara, 2009.

adalet yaklaşımı çerçevesinde ayrımcılık mağdurunun mağduriyetinin giderilmesi hedeflenmektedir. Bir diğer yöntem ise yargısal usullere benzer şekilde şikâyet temelli çalışan ancak daha hızlı ve ucuz bir usul olarak kabul edilen kurul, komite gibi isimlerle anılan organların oluşturulmasıdır. Bu organlar basit yargısal usuller izlemekte ve aldıkları kararlar kimi zaman yargı organlarının kararları gibi bağlayıcılık taşıyabilmektedir. Bu tür organlar bazen bağlayıcı kararlar alamamakta ancak ayrımcılık mağduru ve buna yol açan kişi arasındaki uyuşmazlığın ortadan kaldırılması için taraflar arasında bir anlaşmaya varılması için çalışmaktadır.⁵⁸ Bu nedenle yargısal usullerdeki çelişmeli yargı anlayışı yerine, örneğin, ispat yükünün mağdurda olmadığı bir uzlaşma süreci işletilmektedir.

Şikâyet temelli yaklaşımın geliştirilmesi için atılan ve yukarıda örneklerin verilen bir dizi adım sayesinde bu yaklaşımla ilgili ifade edilen dezavantajların bir kısmı giderilmeye çalışılmıştır. Belirtilen yöntemlerle daha fazla sayıda ayrımcılık mağdurunun mağduriyetinin giderilmesinin yolu açılmıştır. Ancak uygulamada yargısal usuller açısından geçerli olan düşük sayıda başvuru olgusunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolları veya yargısal benzeri faaliyet yürüten eşitlik kurumu, kurul veya komite gibi organlar açısından da geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bu durumun altında yatan nedenler olarak, ispat güçlüğü, ayrımcılık yasağının ortaya konulmasında karşılaştırma yapılacak kişilerin bulunamaması veya doğru belirlenememesi ve başvuru usullerinin kamuoyu tarafından bilinir olmaması gibi nedenler ifade edilmektedir.⁵⁹

Proaktif önlemlere dayalı yaklaşım şikâyet temelli yaklaşımın tersine eşitliği geliştirme veya başarmaya yönelik önlemlere odaklanmaktadır. Bu konuda sorumluluk bireyler üzerinde değil ayrımcılığın ortaya çıktığı her alanda sorumluluk üstlenmesi gereken kamu makamları ile özel hukuk gerçek ve tüzel kişiler üzerindedir. Bu yaklaşım yukarıda ifade edilen şikâyet temelli yaklaşımın dezavantajlarını, ayrımcılığın kurumsal ve yapısal nedenlerini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Bu noktada politikacılar, kamu makamları, işverenler, hizmet sağlayıcılar ve sendikalar gibi kurumlar ve kuruluşlar gündeme gelmektedir ve bireyin atması gereken adımlar büyük ölçüde sayılanlar tarafından üstlenilmektedir.

⁵⁸ a.g.e., s. 19-20.

⁵⁹ a.g.e., s. 22-24.

Ortaya çıkan çözüm bireysel değil, grup temelli, başka bir deyişle çok sayıda insanı içermektedir. Ayrımcılıktan sorumlu kişinin veya mağdurun belirlenmesi, karşılaştırma yapılması ya da ayrımcılığın ispatı gerekliliği ortadan kalkmaktadır. Hukuka aykırılığın saptanması yerine ayrımcılığın tespiti ve kurumsal çözümlerle ortadan kaldırılması hedeflenmektedir. Şikâyet temelli yaklaşımda mağdurun genel olarak pasif konumu, proaktif yaklaşımda sivil toplumun etkin katılımı ile daha aktif bir düzeye gelmektedir ve bireyler çözümün de bir parçası olarak düşünülmektedir.⁶⁰

Bu yaklaşımda ilk gündeme gelen konu mevcut ayrımcılık karşıtı mevzuatın etkin ve etkili biçimde uygulanmasıdır. Bu uygulama bireylerin şikâyet yoluyla yetkili mekanizmaları harekete geçirilmesinden önce kamu makamları ile özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin ayrımcılık yasağı ile ilgili mevzuata uyumunu içermektedir. İkinci olarak ise, mevcut mevzuata uyumun ötesinde proaktif biçimde mevzuatın sınırlılıklarının aşılaraq eşitliğin tam olarak sağlanması açısından adım atılmasını gerektirmektedir. Bu durumda somut olarak bir kişinin ayrımcılığa uğradığına dair bir iddiası mevcut olmasa dahi yapısal olarak var olduğu düşünülen ayrımcı kural ve uygulamaların ortadan kaldırılması beklenmektedir. Çalışma içerisinde özel önlemler başlığı altında gündeme gelen örneğin kota tarzı uygulamalar bu kapsamda düşünülmektedir. Son olarak ise alınan kararların, ileride eşitsizliği derinleştirmemesi için öncelikle bir etki değerlendirmesi (impact assessment) yapılarak bu şekilde ortaya çıkabilecek olumsuz bir sonucun önceden öngörülerek uygulamaya geçirilmemesidir.⁶¹ Elbette etki değerlendirmesinin bir norm veya uygulamanın ardından yine belli aralıklarla yapılması gerekmektedir.

Proaktif önlemler büyük ölçüde maddi eşitlik ilkesinin kabul edildiğini ortaya koymaktadır ve kişilere yalnızca eşit muamele edilmesi ile ayrımcılığın ortadan kalkacağı düşüncesinin reddi söz konusudur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, yukarıda belirtilen üç yaklaşımın tek başlarına başarılı olması mümkün gözükmemektedir. Proaktif yaklaşım özel önlemler gibi birçok farklı önlemi bünyesinde barındırmaktadır. Ayrıca proaktif yaklaşımda yalnızca devletin değil özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri için de bazı sorumluluklar öngörülmüştür. Bu sorumlulukların bir kısmının bağlayıcı yasal düzenlemelerle sağlanması her zaman mümkün

⁶⁰ a.g.e., s. 3.

⁶¹ a.g.e., s. 29-30.

olamamaktadır ve gündeme politika düzeyinde bazı adımlar atılması gelmektedir. Bu durumda devreye takdir yetkisi kavramı girmektedir ve takdir yetkisi ile beraber farklı düzeyde uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Ancak bu çalışmada politikalar düzeyinde değil yasal düzenlemeler düzeyinde konuya yaklaşılacaktır ve bu anlamda özellikle mevcut yargısal ve yargısal benzeri başvuru yollarının yeterli olup olmadıkları değerlendirilecektir. Ancak yukarıda da ifade edildiği yalnızca şikâyet temelli bir yaklaşımla ayrımcılığın ortadan kaldırılması hedefine ulaşmada başarılı adımlar atılması olası değildir ve bu konu kapsamlı çalışmalar yapılması gerektirmektedir.

III. Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Yasal Düzenlemelere Dair Uluslararası Standartlar

Ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemeler konusunda standartlar ortaya koyan bazı belgeler ortaya çıkmıştır. Bu noktada BM'nin Irk Ayrımcılığına Karşı Kabul Edilecek Mevzuat için Hükümetlere Rehber Niteliğinde Model Ulusal Yasa⁶² (bundan sonra kısaca "Model Yasa" olarak anılacaktır) ve ECRI'nin yayınlamış olduğu Irkçılık ve Irk Ayrımcılığı ile Mücadelede Ulusal Mevzuat üzerine 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi⁶³ (bundan sonra kısaca "ECRI 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi" olarak anılacaktır) incelenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki bu iki belgenin ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı oldukça sınırlıdır. Belgeler ırk, renk, etnik köken, vatandaşlık ve din veya inanç temelinde ayrımcılıkla sınırlıdır. Ancak bu belgeler sadece ırk veya etnik köken değil diğer ayrımcılık temellerini de içerecek şekilde geniş bir kapsamda yapılacak yasal düzenlemeler için önemli bir başvuru kaynağı olarak kabul edilebilir. Uluslararası alanda, tüm ayrımcılık temellerini

⁶² Irk Ayrımcılığına Karşı Kabul Edilecek Mevzuat için Hükümetlere Rehberlik Niteliğinde Model Ulusal Yasa (Model National Legislation for the Guidance of Governments in the Enactment of Further Legislation Against Racial Discrimination, UN Office of the High Commissioner for Human Rights, 1996, HR/PUB/96/2), www.ohchr.org/Documents/Publications/Discrimination962en.pdf (erişim:01.04.2012)

⁶³ ECRI, Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu Irkçılık ve Irk Ayrımcılığı ile Mücadelede Ulusal Mevzuat üzerine 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi (European Commission against Racism and Intolerance General Policy Recommendation No:7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, 13.12.2002), http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications_en.asp#P880_10014 (erişim:01.04.2012)

içeren, ayrımcılık yasağına dair kapsamlı yasal düzenlemeler üzerine ortaya çıkmış bir standartlar bütünü bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışmada belirtilen belgeler dışında, yukarıda belirtilen uluslararası sözleşmeler ve yargısal veya yargısal benzeri organların kararları da göz önünde tutulmuştur.

A. Irk Ayrımcılığına Karşı Kabul Edilecek Mevzuat için Hükümetlere Rehberlik Niteliğinde Model Ulusal Yasa

Model Yasa BM Genel Sekreterliği'nin isteği üzerine başlatılan bir çalışma sonucu ortaya çıkmıştır. Çalışmanın amacı, devletlerin ırk ayrımcılığına karşı mevzuat oluşturma noktasında rehber olarak kullanabilecekleri bir model oluşturmak olarak ifade edilmiştir. Model Yasa hazırlık çalışmasında metodoloji olarak uluslararası sözleşmeler ve bu belgeler ışığında bir dizi ülkenin iç hukuku incelenmiştir.⁶⁴ Devletlerin mevzuatları incelenirken öncelikle, insan haklarının kullanımında eşitlik ve ayrımcılık yasağı, irksal hoşgörü ve uyumun geliştirilmesine yönelik özel amacı olan kurumlar, başvuru usulleri, giderim yolları ve yaptırımlar başlıklarına odaklanmıştır. İkinci aşamada ise, iç hukuk metinleri, uluslararası hukuka göre devletlerin yükümlülükleri kapsamında ilkelerle ilgili hükümler, önleyici (preventive) hükümler ve ortadan kaldırııcı (repressive) hükümler olarak sentezlenmiştir. BM Genel Sekreterliği, Model Yasa'nın tasarı haline getirilmesi sırasında pozitif uluslararası hukuku göz önünde tutmuştur. Model Yasa'da öncelikle tanımlar bölümü, ardından genel ilkeler ve yasanın içermesi gereken önlemler, son olarak ise fiiller ve yaptırımlar yer almaktadır.

Model Yasa'nın 1. paragrafında yasanın amacı, medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda, diğerlerinin yanında, istihdam, eğitim, barınma ve mal, mekân ve hizmetlere erişimde herhangi bir kişi, bir grup insan, kamu makamları, özel veya kamusal ulusal veya yerel kurumların gerçekleştirdiği ırk ayrımcılığına bir son vermek ve yasaklamak olarak ifade edilmiştir. Model Yasa'nın "Tanımlar" adlı I.

⁶⁴Bu ülkeler Cezayir, Avustralya, Avusturya, Brezilya, Bulgaristan, Kanada, Çin, Kolombiya, Küba, Güney Kıbrıs, Çekoslovakya, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, El Salvador, Finlandiya, Fransa, Almanya, Gana, Guatemala, Macaristan, Hindistan, İran, Meksika, Fas, Namibya, Hollanda, Yeni Zelanda, Nikaragua, Nijerya, Pakistan, Panama, Filipinler, Portekiz, Senegal, İspanya, İsveç, Trinidad ve Tobago, Türkiye, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği, Birleşik Arap Emirlikleri, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri'nden oluşmaktadır.

bölümünde, ırk ayrımcılığı tanımına yer verilmiş ve tanım büyük oranda IAOKS'nin 1. maddesinde yer alan ırk ayrımcılığı tanımından esinlenmiştir ve ayrıca açıkça doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanınmıştır. Tanımlar bölümünde ayrıca özel önlemlerin tanımına da yer verilmiştir.

Model Yasa'nın "Bir yasanın içermesi gereken genel ilkeler" başlıklı II. Bölümünde, "Genel ilkeler" başlığı altında, sırasıyla, yukarıda tanımlanan ırk ayrımcılığının yasa tarafından bir suç olarak tanımlanması gerektiği, herkesin ırk ayrımcılığına karşı eşit koruma görme hakkı olduğu, bu hakkın ırk ayrımcılığı sonucu ortaya çıkan durumun adil ve yeterli giderimi de içerecek biçimde etkili bir başvuru hakkını da içerdiği, devletin özel önlemler dâhil ırk ayrımcılığına karşı hükümet çapında, ulusal ya da yerel politikalar ve programların geliştirilmesine yönelik önlemleri alacağı, devletin özellikle istihdam, eğitim, barınma, mallar, mekânlar ve hizmetlere erişim, sağlık ve beslenme gibi medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda ırk ayrımcılığı ve kamu görevlilerinin bir kişinin ya da bir birey grubunun ırkçı temelde bir hakka, imtiyaza veya bir faydaya erişimini reddetmesi ile mücadele ile ilgili önlemleri kabul edeceğine yer verilmiştir.

Model Yasa'da aynı bölümde "Cezalar ve tazminat" başlığı altında III. Bölümde yer alan suçların soruşturmaya tabi tutulacağı, mağdurların zararlarının adil ve yeterli biçimde giderileceği, yaptırımların hapis cezası, para cezası, bir kamu makamına seçilme hakkının durdurulması, farklı ırksal gruplar arasında iyi ilişkilerin geliştirilmesine yönelik toplum hizmetinde çalıştırma gibi yaptırımları içereceği, mağdurların zararlarının maddi olarak giderimine dair kapsamlı hükümler öngörülmesi, bu hükümler arasında yargı organlarının kararlarının masrafı ırk ayrımcılığını gerçekleştiren kişi tarafından üstlenilmesiyle yaygın bir medya organında yayınlanması, mağdurlara sahip oldukları haklarla ilgili gereğince bilgilendirilmesi gerektiği yer almaktadır.

Aynı bölümde "Başvuru usulleri" başlığı altında yasa kapsamında ırk ayrımcılığı mağdurlarının bireysel veya toplu olarak başvuru haklarının olduğu, ayrımcılık vakasının gerçekleşmeden önce kurulmuş olmak ve amacı ırk ayrımcılığı ile mücadele olan diğer tüzel kişilerin de başvurularda yer alabileceği, bu kişilerin mağdurların iznine dayalı olarak mağdurlar adına başvuru yollarına başvurabileceği, III. bölümde tanımlanan ırk ayrımcılığı fiillerine karşı uygun yargısal usullere

başvurulabileceği, yargı organlarının kamu düzeninin tehdit eden ırk ayrımcılığı fiilleri hakkında doğrudan yargısal yetkilerinin bulunduğu, mağdurların ayrıca uluslararası mekanizmalara başvuru haklarının da bulunduğu, diğer benzer suçlar için geçerli olan zamanaşımı sürelerinin burada da geçerli olduğunu belirtmektedir.

Model Yasa'nın II. bölümünde "İrk ayrımcılığına karşı bağımsız ulusal otorite" başlığı altında, ırk ayrımcılığına karşı bağımsız uzmanlardan oluşan bağımsız bir ulusal komisyonun kurulacağı, bu komisyonun ülkenin idari yapısı içerisinde her aşamada, yerel ve ulusal organlarda temsil edileceği, tüm ülke çapında yetkili olacağı, komisyonun çalışma konularında özel bir bilgiye ve uzmanlığa sahip olacağı, komisyonun üyelerinin bu bağımsızlığı güvence altına almak üzere farklı ırkları ve coğrafi temsiliyeti içerecek biçimde atanmaları vurgulanmıştır. Komisyonun ırk ayrımcılığı ile ilgili her konuda yetkili olması ve kararlar alması, komisyonun yasanın uygulanmasını izleme ve değerlendirme, yasanın uygulanması veya ırk ayrımcılığının ortadan kaldırılması ile bağlantılı olarak kamu veya özel sektör kurumlarına danışma niteliğinde görüşler sunmak veya onlara yardımcı olmak, yasanın uygulanması için davranış kuralları hazırlamak veya hazırlanmasına yardımcı olmak, yasama organına yasada yapılması gereken değişiklikler veya ırk ayrımcılığı ile mücadele ile ilgili alınması gerekli diğer önlemler hakkında öneriler de bulunmak, farklı ırklara mensup kişi grupları arasında iyi ilişkileri cesaretlendirmek üzere eğitimi güçlendirmek ve bilgi sağlamak, yasama organına yıllık olarak faaliyet raporu sunmak, mağdurlardan gelen başvuruları kabul etmek, kendi adına ya da mağdurlar adına incelemelerde bulunmak, kendi adına veya mağdur adına arabuluculuk yapmak, kendi adına veya mağdur adına yargısal usullere başvurmak, bu yasaya dayalı olarak yargısal usullere başvuran mağdurlara, adli yardım ve destek sunmak gibi yetki ve görevleri olduğu vurgulanmıştır.

Model Yasa'nın III. bölümünün "Fiiller ve cezalar" başlığını taşımaktadır. Bölümde öncelikle "Düşünce ve ifade özgürlüğü kullanılırken gerçekleştirilen ırk ayrımcılığı fiilleri" başlığı altında, yasa ve uluslararası hukuk kapsamında düşünce ve ifade özgürlüğünün, barışçıl bir şekilde toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün belli durumlarda sınırlanabileceği ifade edilmiştir. İrk ayrımcılığı, ırkçı nefrete yol açmaya teşebbüs eden veya teşebbüs etme olarak yorumlanabilecek, bir kişiye veya bir kişi grubuna yönelik tehdit, aşağılama, gülünç duruma düşüren veya inciten

sözler veya davranışlar veya bir kişiyi veya bir kişi grubunu bu yönde tahrik etmek; bu fiiller ırk ayrımcılığı ile sonuçlanırsa bu fiillere tahrik eden kişilerin de suç ortağı olarak kabul etmek; ırk, renk, soy (descent), uyrukluk veya etnik kökenden birine dayalı olarak bir kişiye veya kişi grubuna hakaret etmek; ırk ayrımcılığına tahrik amaçlı fikir ve teorileri içeren veya açıklayan materyallerin yaygınlaştırmak veya yaygınlaştırılmasına yol açmak suç olarak düzenlenmiştir. Belirtilen ırkçı fikir ve teorilerin yaygınlaştırılması suçu haricinde diğer suçlar kamusal veya özel alanda işlendiğine bakılmaksızın suç olarak kabul edilmiştir.

Aynı bölümde “Şiddet fiilleri ve ırkçı şiddete tahrik” başlığı altında ırkçı temelde bir kişiye veya kişi grubuna yönelik şiddet uygulamak veya şiddet uygulanmasına tahrik etmek suç olarak düzenlenmiştir. “Irkçı örgütler ve eylemleri” başlığı altında ise, bir kişiye veya kişi grubuna karşı ırk ayrımcılığını organize eden, ırk ayrımcılığının propagandasını yapan veya savunan veya ırk ayrımcılığına tahrik eden her örgüt yasadışı ilan edilecek ve yasaklanacak; ırk ayrımcılığı suçunun işlendiği zaman örgütün başkanı veya yetkili organlarının üyesi veya benzer bir konumda olan veya bu yönde hareket eden ya da bu şekilde davranan kişiler söz konusu örgütün tüzel kişi olup olmadığı bakılmaksızın belirtilen suçtan sorumlu tutulacaktır. Bu kişiler ancak söz konusu suçun bilgileri veya izinleri dışında işlendiğini ve suçun işlenmemesi için mümkün olabilecek tüm adımları attıklarını ispat ettikleri takdirde sorumluluktan kurtulabilecektir. Bilerek ırk ayrımcılığı içeren eylemlere katılmak, bilerek bu tür eylemleri gerçekleştiren kişi, kişi grupları veya örgütlere yardım etmek veya mali veya başka bir biçimde bu eylemleri desteklemek, ırk ayrımcılığını savunma amacını güden ya da böyle etki, doğuran her türlü etkinliği organize etmek yine suç olarak tanımlanmıştır.

Aynı bölümde “Kamu görevlileri veya diğer devlet memurları tarafından gerçekleştirilen fiiller” başlığı altında, tüm kamu görevlileri, diğer devlet memurları, devlet tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar veya kamu tarafından finanse edilen tüzel kişiler tarafından, bir kişi veya kişi grubunun bir hakka, imtiyaza veya yarara (benefit) erişiminin reddedilmesi suç olarak düzenlenmiştir. “Alanlara göre gerçekleştirilen fiiller” başlığı altında ise, istihdam alanında ırksal temelde, başvurulacak iş için gerekli nitelikleri taşımasına karşın kişiyi veya kişi gruplarını işe almayı reddetmek veya kaçınmak ya da diğer çalışanların aksine görevine son

vermek; diğer aynı koşullarda çalışan ve aynı niteliklere sahip çalışanlara sağlanan aynı iş sözleşmesi ve çalışma şartlarını, eğitim ve terfi fırsatlarını önermeyi reddetmek, sağlamamak veya kaçınmak suç olarak düzenlenmiştir. Eğitim alanında ise ırkçı temelde, bir kişinin ya da kişi grubunun her tür ve seviye eğitime erişiminin reddedilmesi veya sınırlanması, daha düşük kalitede eğitim almasına izin verilmesi, ayrı eğitim verilmesi, ayrı eğitim kurumlarının veya sistemlerinin kurulması veya sürdürülmesi suç olarak düzenlenmiştir. Barınma alanında, ırkçı temelde, bir mlk kiralamak, kiraya vermek, satmak, satın almak veya başka bir şekilde bir mülkün maliki haline gelmek veya maliki olmaktan çıkmak veya arz edilen mülke giriş yapmak veya belirtilen mülkleri arayan kişi ve kişi gruplarına bu fırsatın reddedilmesi veya sınırlanması, bir mlkte yer alan tesislerden yararlanmalarında o mülkün sakinlerini ayırmak, yararlanmalarını engellemek, yararlanmalarına bilerek fırsat sağlamamak veya tesislerden çıkarmak suç olarak düzenlenmiştir. Mallar, mekânlar ve hizmetler alanında ise ırkçı bir temelde kişiye veya kişi gruplarına, bir malın, tesisin veya hizmetin sunulmasını reddedilmesinin veya kasten kaçınan veya aynı nedenlerle aynı kalitede sağlanmamasının suç olduğu belirtilmiştir. Bu hükmün, kamuya arz edilmiş herhangi bir yere giriş ve bu yerin kullanımını, otellerde ve benzeri yerlerde kalma, banka ve sigorta şirketleri gibi yerler ve ikraz, kredi, hibe ve finansman gibi hizmetler, eğlence ve dinlenme yerleri, sağlık bakımı, hukuki hizmetleri ve diğer tüm profesyonel hizmetleri kapsadığı ifade edilmiştir. Ayrıca I. Bölümde tanımlanan ırk ayrımcılığı kapsamında yer alan ama III. Bölümde herhangi özel bir ceza öngörülmemiş eylemlerin de suç olduğu belirtilmiştir. “Mağdurların korunması ve adaletin engellenmesi” başlıklı yerde ise bir mağduru tehdit etmenin veya bu yasa kapsamında başvurulan yargısal usullerde herhangi bir şekilde engellenmesinin de suç oluşturacağı vurgulanmıştır.

B. Irkçılık ve Irk Ayrımcılığı ile Mücadelede Ulusal Mevzuat Üzerine 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi

ECRI tarafından 13 Aralık 2002 tarihinde kabul edilen bu Genel Politika Tavsiyesi yukarıda belirtilen Model Yasa ile büyük ölçüde benzer hükümler ihtiva etmektedir. Bu belge tavsiye kararı niteliğindedir ve daha kapsamlı ve günceldir.⁶⁵ Söz konusu karar ırkçılık, yabancı düşmanlığı, antisemitizm ve hoşgörüsüzlük kavramlarına yönelik bir yasal çerçevenin önemini vurgulamıştır ve bir yasanın hangi unsurları taşıması gerektiği noktasında daha ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. ECRI, Model Yasa'nın da göz önünde tuttuğu uluslararası sözleşmelerin yanı sıra AİHM kararlarını, Avrupa Temel Haklar Şartı'nı, Avrupa Birliği'nin 2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktiflerini ve kendisinin hazırlamış olduğu ülke raporlarını da göz önünde tutmuştur. Tavsiye kararında yasaların tek başına ırkçılık ve ırk ayrımcılığını ortadan kaldırmaya yetmeyeceğine ancak yasaların ırkçılık ve ırk ayrımcılığı ile mücadelede zorunlu olduğu belirtilmiştir. Tavsiye kararında temel olarak üye ülkelere, hâlihazırda tamamlanmamış veya hazırlanmamış ise, ırkçılığa ve ırk ayrımcılığına karşı düzenlemeleri yapmak ve bu düzenlemelerde tavsiye kararında ifade edilen unsurların yer alması tavsiye edilmektedir. Tavsiye kararı, ECRI'nin ülke raporlarında yer verdiği tavsiyeleri netleştirerek tamamlamayı amaçlamıştır ve 2002 tarihine kadar uluslararası hukukta ortaya çıkmış genel ilkeleri yansıtmayı amaçlamaktadır. Şüphesiz her ülkenin farklı hukuk gelenekleri söz konusudur. Ancak ECRI'nin de vurguladığı gibi Genel Tavsiye Kararı'nda yer alan öneriler farklı hukuk sistemleri ile uyumlu olabilmektedir.⁶⁶

7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi'nde, Model Yasa ile benzer şekilde öncelikle tanımlar bölümüne yer verilmiştir. Tanımlarda ırkçılık, doğrudan ve dolaylı ırk ayrımcılığı kavramları tanımlanmıştır. Burada sayılan temeller ucu açık bırakılmıştır ve amaç kavramının gelişiminin engellenmemesi olarak ifade

⁶⁵ ECRI Türkiye'de ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemelerde bu belgenin göz önünde tutulmasını tavsiye etmiştir. Bkz, ECRI, Fourth Report on Turkey, CRI(2011)5, 08.02.2011, para. 16, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications_en.asp (erişim:01.04.2012)

⁶⁶ ECRI, 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi, s. 11, para 4.

edilmiştir.⁶⁷ ECRI, ırk kavramını kullanırken farklı ırkların mevcudiyetine dair teorileri kabul etmediği ancak, bazı insanların farklı bir ırka mensup olduklarına dair görüşlerin mevzuat tarafından sağlanan korumadan yararlanamaması gibi bir sonuca yol açılmaması adına ırk kavramına tavsiye kararında yer verildiğini belirtmektedir.⁶⁸

7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi'nde Model Yasa'dan farklı olarak farklı hukuk dalları ayrı başlıklar halinde yer almış ve her başlığa özgü bazı tavsiyelerde bulunulmuştur. Genel Politika Tavsiyesi'nde öncelikli olarak normlar hiyerarşisi göz önünde tutularak anayasa hukukuna yer verilmiştir. ECRI, anayasada, eşitlik ilkesi bağlamında, yukarıda belirtilen temellerde bir ayrımcılığa maruz kalmama hakkı kadar eşitliği sağlama yükümlülüğüne de yer verilmesini, eşitlik ilkesi bağlamında yasal olarak makul ve nesnel olmak kaydıyla istisnalar getirilebileceğini ancak bu istisnaların ayrımcılık oluşturmamaları gerektiğini belirtmektedir. ECRI Anayasa'da öngörülecek düzenlemelerin ayrıca yasal ve idari düzenleyici işlemlerle uygulamaya geçirilmesini tavsiye etmiştir.⁶⁹

Genel Politika Tavsiyesi'nde yasalar düzeyinde medeni hukuk, ceza hukuku ve idare hukuku içeren kapsamlı düzenlemeler yapılması gerektiğini belirten ECRI, sadece bu tür bir bütüncül yaklaşımın, üye ülkelerin ayrımcılıkla ilgili sorunları mümkün olduğunca mağdurların bakış açısını göz önünde tutan etkili, ayrıntılı ve tatmin edici şekilde ele almasını sağlayacağı görüşündedir.⁷⁰ Yasalar düzeyinde öncelikle medeni hukuk ve idare hukuku üzerinde durulmuştur. Bu durum aslında ayrımcılık ile mücadele noktasında ceza hukukunun üstleneceği işlev doğrultusunda biçimsel olarak doğru bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir. ECRI de bu durumu destekler nitelikte ceza hukukunun ayrımcılığın ciddiyeti ortaya koyan sembolik bir işlevi olduğunu ve caydırıcı etkisi bulunduğunu ve etkili şekilde uygulandığında güçlü bir caydırıcı etki doğurabildiğini belirtmiştir. Ayrıca bu şekilde farklı hukuk dalları birbirini tamamlayarak korumayı genişletmektedir.⁷¹

ECRI, Model Yasa'ya benzer şekilde yasaların doğrudan ve dolaylı ırk ayrımcılığını açıkça tanımlaması ve yasaklaması gerektiğini ifade etmektedir. Farklı

⁶⁷ a.g.b., Açıklayıcı Not, s. 11, para 6.

⁶⁸ a.g.b., dipnot 1.

⁶⁹ a.g.b., Açıklayıcı Not, s. 10-11, paras 9-10.

⁷⁰ a.g.b., Açıklayıcı Not, s. 11, para. 3.

⁷¹ a.g.b., Açıklayıcı Not, s. 11, para. 3.

muamele kavramının, geçmişte, bugün veya gelecekte, her türlü fark gözetmeyi, dışlamayı, kısıtlamayı, tercihi, ihmali içerecek şekilde geniş anlaşılması gerektiği, ayrımcılık temellerinin mevcut veya varsayılan temelleri içermesi gerektiği, çoklu temelde ayrımcılık durumunda, herhangi bir temelde farklı muamelenin ayrımcılık yasağının ihlali için yeterli olması gerektiği ifade edilmiştir.⁷² Yasanın geçici özel önlemler konusunda engelleyici olmaması gerektiği belirtilmiştir. Yasanın, diğer şeylerin yanı sıra, ayrı tutma (segregation), dolayısıyla ayrımcılık, ayrımcılık amacına yönelik ifade, bir başkasına ayrımcılık yapılmasına yönelik talimat, bir başkasına ayrımcılık konusunda yardım etme gibi fiilleri de ayrımcılığın biçimleri olarak değerlendirmesi gerektiği vurgulanmıştır. Teorik olarak ayrımcılık yasağına dair genel nitelikte bir düzenlemenin sayılanlar açısından yeterli olması mümkün iken, uygulamada sayılan fiillerin ayrımcılık olarak değerlendirilmeyebileceği gerekçesi ile açık düzenleme yapma gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Ayrıca aşağıda üzerinde durulacağı üzere herhangi somut bir mağduru olmamakla birlikte ayrımcı nitelikteki bir iş ilanının da ayrımcılık yasağının ihlali olacağına dair bir düzenlemenin gerekliliğine dikkat çekilmiştir.⁷³ Taciz de yasaklanması gereken konular arasında yer almıştır.⁷⁴

ECRI, ayrımcılık yasağının konu bakımından kapsamı açısından geniş bir liste sunmuştur. Ayrımcılık yasağının tüm kamu makamları, kamu sektörü ve özel sektörde yer alan bütün gerçek ve tüzel kişiler için, özellikle de istihdam, meslek örgütlerine ve sendikalara üyelik, eğitim, barınma, sağlık, sosyal koruma, kamuya arz edilmiş mal ve hizmetler, kamusal mekânlar, ekonomik etkinliklerin gerçekleştirilmesi ve kamu hizmetlerinde geçerli olması gerektiği belirtilmiştir.⁷⁵ Yasada kamu makamları görevlerini yerine getirirken her türlü ayrımcılığı önleme ve eşitliği geliştirme yükümlülüğü altında olmalıdır. Yasada, sözleşme, hibe, kredi veya başka türlü yarar sağlayan kurumların ayrımcılık karşıtı bir politika izlemesi ve geliştirmesini güvence altına alma yükümlülüğü altına sokan düzenleme yer almalıdır. Ayrıca yasa özellikle, kamu makamlarının, sözleşme, hibe, kredi ve diğer türden yararları diğer tarafın ayrımcılık karşıtı bir politikanın izlenmesi ve bu

⁷² a.g.b., Açıklayıcı Not, s. 14, paras. 12-13.

⁷³ a.g.b., paras. 8-9, Açıklayıcı Not, s. 15, paras. 14-16.

⁷⁴ a.g.b., paras. 15.

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz, a.g.b., Açıklayıcı Not, s. 16, paras. 17-26.

politikanın geliştirilmesi karşılığında sağlamasını ve bu kuralın ihlali halinde mevcut hukuki ilişkinin sonlandırılmasını düzenlemelidir.⁷⁶

ECRI'ye göre yasa, arabuluculuk usulleri de dâhil olmak üzere yargısal ve/veya idari usulün ayrımcılık mağdurları tarafından kolaylıkla erişilebilir olmasını güvence altına almalıdır. Aciliyet gerektiren durumlarda mağdurlar için geçici nitelikte kararlara yol açan hızlandırılmış usuller sağlanmalıdır.⁷⁷ Yasada, ispat yükünün paylaşılmasına dair düzenlemenin de yer alması gerekmektedir.⁷⁸ Yasa ayrımcılıkla ilgili usullerde etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar öngörmelidir. Yaptırımlar mağdurun mağduriyetinin giderilmesi noktasında maddi ve manevi tazminatı içermelidir.⁷⁹

ECRI'ye göre yasa, ulusal ve yerel düzeyde, her türlü yasanın, yönetmeliğin ve idari düzenlemelerin ayrımcılık yasağı ile uyumlu olduğunu devamlı bir biçimde kontrolü için uygun hukuki araçları sağlamalıdır. Bu şekilde uygun olmadığı tespit edilen düzenlemeler değiştirilmeli ya da ilga edilmelidir. 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi'ne göre yasa, bireysel iş sözleşmelerinde veya toplu iş sözleşmelerinde, işletmelerin kendi iç işleyiş kurallarında, kar amacı güden ya da gütmeyen örgütlenmelerin işleyiş kurallarında, serbest mesleklerin ve işçi ve işveren örgütlerinin işleyişi ile ilgili kurallarda yer alan ayrımcı nitelikteki hükümlerin değiştirilmesini veya hükümsüz kılınmasına yer vermelidir. Yasa ECRI'nin çalıştığı temellerde tacizin yasaklanmasını içermelidir. ECRI'ye göre ırkçılığı destekleyen örgütlerin kamusal finansmanının engellenmesi yükümlülüğü getirmelidir ve siyasi partilere devlet tarafından maddi yardım yapıldığı durumlarda aynı yükümlülük siyasi partiler için de geçerli olmalıdır. ECRI'ye göre yasa, medeni hukuk ve idare hukuku alanında yasa ırk ayrımcılığını destekleyen örgütlerin feshedilmesi olanağına yer vermelidir.

ECRI yasal düzenlemeler alanında ikinci olarak ceza hukukuna yer vermiştir. Ceza hukuku alanında bir dizi fiilin ECRI'nin çalışma yürüttüğü temellerde kasten işlenmesi durumunda suç olarak düzenlenmesi beklenmektedir. Burada ifade edilmesi gereken bir nokta ceza hukukuna hâkim olan kanunilik ilkesi gereğince

⁷⁶a.g.b., Açıklayıcı Not, s. 17, para. 27.

⁷⁷a.g.b., Açıklayıcı Not, s. 17, para. 28.

⁷⁸a.g.b., Açıklayıcı Not, s. 17-18, paras. 29-30.

⁷⁹a.g.b., Açıklayıcı Not, s. 18, para. 31-34.

medeni hukuk ve idare hukuku bölümünde açık uçlu olarak bırakılan ayrımcılık temellerinin açıkça sayılmış olması gerekliliğidir ve ECRI de bu durumu Genel Politika Tavsiyesi'nde ifade etmiştir.⁸⁰Bu kapsamda belirtilen temellerde alenen ayrımcılık, nefret veya şiddete tahrik, alenen hakaret ve aşağılama, tehdit, ırkçı bir amaçla bir grubu ırk, renk, dil, din, uyrukluk veya ulusal ya da etnik kökeni dolayısıyla aşağılayan veya kötüleyen veya bunlardan birini diğerlerinden üstün gören ideolojilerin kamuya açık biçimde ifade edilmesi, insanlığa karşı suçları, savaş suçlarını ya da soykırımı ırkçı bir amaçla, kamuya açık biçimde varlığının reddedilmesi, haklı gösterilmesi, önemsizleştirilmesi ya da hoş görülmesi, yukarıda belirtilen içerikteki yazılı, görsel ya da diğer her türlü materyalin ırkçı bir amaçla kamuya dağıtılması, yayılması veya bu amaçla üretimi ya da depolanması, ırkçılığı destekleyen bir grubun kurulması ya da liderliğinin üstlenilmesi, böyle bir grubun desteklenmesi, yukarıda belirtilen suçlara iştirak etmek amacı ile söz konusu grubun etkinliklerine katılması ve kamu görevlisinin veya meslek sahibi bir kişinin faaliyetlerinde ırk ayrımcılığı yapması ayrı başlıklar halinde suç olarak düzenlenmelidir.

ECRI'ye göre ceza hukuku kapsamında yasa soykırımı cezalandırmalı, soykırım ve yukarıda belirtilen suçların işlenmesi durumunda kasten yardım ve yataklık eden, kışkırtan veya teşebbüs eden kişilerin cezalandırılmasına yer vermelidir. Yasa yukarıda belirtilmemiş olmakla birlikte ırkçı bir motivasyon ile işlenen suçlarda bu durumu ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemelidir. Tüzel kişiler yukarıda belirtilen fiillerden dolayı sorumlu tutulabilmeli ve belirtilen suçlar için etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar getirilmeli ve bunlar yanında fer'i ve alternatif yaptırımlar da öngörülmelidir.

7 No'lu Genel Tavsiye Kararının son bölümünde ise ortak hükümlere yer verilmiştir. Bu kapsamda öncelikle ırkçılık ve ırk ayrımcılığı alanında ulusal düzeyde görev üstlenecek bir bağımsız ve uzman kurumun kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Yasanın bu kurumlar için, mağdurlara yardım sunma, inceleme yapma, yargısal usulleri harekete geçirme ve bu usullerde yer alma, mevzuat izleme, yasama ve yürütme organına tavsiyeler sunma, ırkçılık ve ırk ayrımcılığı konusunda toplum

⁸⁰a.g.b., Açıklayıcı Not, s. 11, para 6.

nezdinde bilinç artırma faaliyeti yürütme, eşit muamelenin güvence altına alınması için politikalar ve uygulamaları geliştirme noktasında yetkiler öngörmüş olması gerekmektedir.⁸¹

Yasada, dernek, sendika ve iç hukukta öngörölmüş olan ölçütlere uygun kurulmuş, ırkçılıkla ve ırk ayrımcılığı ile mücadelede meşru bir ilgisi bulunan olan diğer tüzel kişilerin, özel hukuk davaları açma, idari davalara müdahil olma veya belirli bir mağdurun bulunmadığı durumlarda cezai anlamda şikâyetçi sıfatı taşıma, belirli bir mağdurun bulunduğu durumlarda ise mağdurun izni ile bu sıfatı taşıyabilme gibi düzenlemelere yer vermelidir.⁸²

Yasa, gerekli kaynaklara sahip olmadığı durumlarda davacı ya da şikâyetçi olarak yargısal usuller önünde bulunmak isteyen mağdurlar için ücretsiz adli yardım ve gerekli olduğu durumlarda mahkeme tarafından görevlendirilen bir avukat ve bir tercüman sağlamalıdır.⁸³ ECRI'ye göre mağdurlaştırma konusunda da hükme yer verilmelidir ve yasal düzenleme, mağdurlar bildirdiği veya bununla ilgili kanıt sunduğu durumlarda ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle başvuruda bulunan mağdurları herhangi bir misilleme hareketine karşı koruma içermelidir.⁸⁴

⁸¹ a.g.b., para. 24.

⁸² a.g.b., para. 25.

⁸³ a.g.b., para. 26.

⁸⁴ a.g.b., para. 27.

BÖLÜM 3.EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI KAVRAMLARI

I.Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Bu nedenle ayrımcılık yasağı ile birlikte eşitlik ilkesinin güncel tanımı ve kapsamı üzerinde durulması yerinde olacaktır. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının tanımlarının ortaya koyulması, devletlerin bu ilkeleri hayata geçirme noktasında ne tür tedbirler almasının zorunlu olduğunun anlaşılması bakımından da önem taşımaktadır.

Bu iki kavramın üzerinde ortaklaşmış veya pozitif hukukta kabul edilmiş kapsamlı bir tanımları bulunmamaktadır. Eşitlik ilkesi, özgürlük kavramı ile beraber insan hakları kavramının esinlendiği en önemli kavramlardan biri olarak kabul edilmektedir.¹ Kavramın modern anlamda ilk ortaya çıkışı feodalizmden kapitalizme geçiş aşamasına denk düşmektedir.² Eşitlik ilkesi hukuk alanında ilk kez Fransız Devrimi sonrasında ortaya çıkan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin “insanlar haklar yönünden özgür ve eşit doğarlar ve yaşarlar” ifadesine yer veren 1. maddesi ile tanınmıştır.³ Benzer yaklaşım yaklaşık 160 yıl sonra EİHB'nin 1. maddesinde “Bütün insanlar özgür ve onur ve haklar bakımından eşit doğarlar...”ifadesiyle sergilenmiştir. Günümüzde de eşitlik ilkesi insan hakları konulu uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçası haline gelmiştir. Eşitlik ilkesi⁴ve ırk ayrımcılığı⁵bugün *jus cogens* niteliği taşıyan bir hukuk normu olarak da kabul edilmektedir.

¹ Manfred Nowak, **UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary**, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 2005, s. 598. Eşitlik ilkesi binlerce yıldır teorik düzlemde felsefenin bir konusu olduğu kadar bugün hukuk alanında pozitif bir norm haline gelmiştir. Çalışmada kavramın felsefi temelleri üzerinde değil hukuk alanında ortaya çıkan anlamları ve değişik yönleri üzerinde durulacaktır.

² Sandra Fredman, **Discrimination Law**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, s. 4.

³ Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi (*Declaration of the Rights of Man and of the Citizen*), <http://www.hrcr.org/docs/frenchdec.html> (erişim:01.04.2012)

⁴ Warwick McKean, **Equality and Discrimination under International Law**, Clarendon Press, Oxford, 1985, s. 277-284.

⁵ Olivier De Schutter, **International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 65.

Eşitlik kavramı, diğer tüm kavramlar gibi zaman ve mekâna göre farklı anlamlar kazanmıştır ve çok çeşitli eşitlik tanımları ortaya çıkmıştır. Geçmişte kölelerin özgür insanlardan düşük zekâ seviyesine sahip olduğu ve kendi kendilerine yaşamalarının mümkün olmadığı, beyazların siyahlar karşısında, erkeklerin kadınlar karşısında üstün olduğu, heteroseksüellik dışında başka bir cinsel yönelimin sapkınlık veya birer hastalık olduğu gibi düşünceler eşitlik kavramına aykırı görülmemiş, hatta insan tabiatına uygun kabul edilmiştir. Eşitlik kavramının belli bir zamanda ve mekânda kazandığı anlam ve bu bağlamda göreceli bir kavram olmasının bir diğer sonucu ise eşitliğin farklı şekillerde ve farklı kapsamlarda hukuk kuralı haline getirilmiş olmasıdır. Irk veya etnik köken, cinsiyet veya yaş gibi belli temeller söz konusu olduğunda zaman içinde farklı eşitlik anlayışları ortaya çıkabilmiştir.

Eşitlik ilkesinin aynı zamanda bir değer yargısı olduğu da söylenebilir. Bu nedenle, değer yargılarının değiştiği noktada geçmişte eşit olduğu düşünülmeyen belli özellikler veya statüler günümüzde eşit olarak kabul edilmekte ve koruma görebilmektedir. Örneğin köleliğin farklı bir değer yargısı çerçevesinde olumsuzlandığı noktada, ırklararası eşitlik kavramı gündeme gelmiştir ve hukuk alanında koruma görmeye başlamıştır. Geçmişte yaygın kabul gören eşit durumda olanların eşit muamele, farklı durumda olanların farklı muamele görmesi gerektiği anlayışına dayanan eşitlik ilkesi ile eşit durumda olup olmama hali özgür-köle, erkek-kadın, mülk sahibi olan-olmayan ve vatandaş-yabancı gibi sınıflandırmalar çerçevesinde belirleniyordu. Sınıflandırmalara dayalı eşit olmama hali günümüzde giderek ortadan kalkmaktadır ve bazı sınıflandırmalar en azından yasal düzeyde kabul görmemektedir.

Değer yargılarının değişmesi ile beraber ortaya çıkan farklı eşitlik anlayışları çerçevesinde eşit olanların tespitinde ırk veya etnik köken, din veya inanç gibi kimlikler kadar belli statüler de önemlidir. Hakların hukuk alanında tanınması, bu hakları kullanamayacak kişilerin de tespitini gerektirmiştir. Örneğin yabancılar söz konusu olduğunda yabancıların vatandaşlara tanınan bazı haklara sahip olmaması, diplomatik statüye sahip olanların ya da milletvekillerinin belli yargısal güvencelere sahip olması ama diğer kişilerin olmaması gibi örneklerde statüye bağlı farklı muamele, başka bir deyişle eşit olmama hali hukuken kabul edilmiş

olmaktadır. Günümüzde eşit olmayan kişilerin veya grupların tespiti büyük önem kazanmıştır.⁶ Zaman içerisinde değişen değer yargıları istisnaların ya da farklılaştırmaların kapsamını değiştirebilmektedir. Bu noktada günümüzde kişilerin eşit olup olmadığına ve eşit olma veya olmamanın hukuki statüsüne hukuki düzenlemelerin karar verdiği belirtilebilir.⁷ Bu konuda yapılacak yasal düzenlemelerde, eşitlik kavramının bu dinamik yapısının da mutlaka göz önünde tutulması gerekmektedir.

Pozitif hukuk bireylerin eşit olarak kabul edilip edilmemesine ve buna bağlı olarak belli haklardan yararlanıp yararlanmayacaklarına karar vermektedir. Bu noktada aslında hukuk kuralı haline gelen her düzenlemenin aynı zamanda sınırlı da olsa bir eşitleştirme amacı taşıdığı söylenebilir. Eşitlik ilkesinin kapsamının genişletildiği noktada devletlerin keyfi muamele yapma olanağı azalmaktadır. Her hukuk normu keyfi muamelelerin ortadan kalkmasına ve bazı bireylerin farklı muamele görmesi riskini ortadan kaldırma işlevi üstlenmektedir.

Aşağıda öncelikle felsefi alanda ortaya çıkan şekli eşitlik ve maddi eşitlik kavramları üzerinde durulacaktır. Ardından ise eşitlik ilkesi kapsamında üzerinde durulacak bir dizi ilke açıklanacaktır. Bu ilkeler açısından Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'nın 15. maddesinde yer alan sınıflandırma izlenecektir.⁸ Hukuk önünde eşitlik (equality before the law), hukuk içinde eşitlik (equality under the law), hukuken eşit korunma (equal protection of the law) ve hukuken eşit şekilde yararlanma (equal benefit from the law) olarak ifade edilen bu ilkeler aynı zamanda aşağıda üzerinde durulacak şekli eşitlik anlayışının aşılması anlamına gelmektedir. Bu sınıflandırma günümüzde insan hakları alanında eşitlikle ilgili ortaya çıkmış en

⁶ Bu konu üzerinde aşağıda ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamı bölümünde daha ayrıntılı durulacaktır.

⁷ E. W. Vierdag, **The Concept of Discrimination in International Law**, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973, s. 11.

⁸ Söz konusu sınıflandırma Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'nın (Canadian Charter of Rights and Freedoms) "Eşitlik hakları" (Equality rights) başlıklı 15. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında: Her birey hukuk önünde ve içinde eşittir ve ayrımcılığa uğramaksızın ve özellikle de ırk, ulusal veya etnik köken, renk, din, cinsiyet, yaş veya ruhsal ya da fiziksel engelliliğe dayalı ayrımcılığa uğramaksızın, hukuken eşit korunma ve hukuken eşit yararlanma hakkına sahiptir. (Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, a.g.e. or mental or physical disability.)

kapsamlı sınıflandırmayı oluşturmaktadır⁹ ve eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının kavranılması açısından oldukça kullanışlı ve kolay anlaşılır bir sınıflandırma olarak kabul edilebilir.¹⁰ Aşağıda eşitlikle ilgili olarak üzerinde durulacak kavramlar uygulamada büyük ölçüde iç içe geçebilmektedir ve kavramların birbirlerinden ayrılması kimi zaman oldukça zor olabilmektedir.

A. Şekli Eşitlik-Maddi Eşitlik

1. Şekli Eşitlik

Eşitlik kavramı ile ilgili ortaya çıkan tanımlar ve sınıflandırmalar arasında en yaygını şekli eşitlik (formal equality, de jure equality, equality as consistency) ve maddi eşitlik (substantive equality, de facto equality, material equality) kavramlarıdır. Bu kavramlardan ilki olan ve büyük ölçüde yaklaşık 2300 yıl önce Aristo'nun ortaya attığı şekli eşitlik anlayışı, eşit durumda olanlara eşit muamele, farklı durumda olanlara ise farklı muamele edilmesini öngörmektedir. Aristo'ya göre eşit durumda olmayanlara aralarındaki eşitsizlik ölçüsünde eşit davranılmadığı durumda eşitsizlik söz konusu olmayacaktır.¹¹ Kişilerin birbirine göre durumu nasılsa, nesnelere durumu da öyle olacaktır ve kişilerin eşit olmadığı durumda eşit nesnelere sahip olması mümkün değildir ve aksi durumda çatışma ve suçlama ortaya çıkacaktır.¹² Aynı durumda olanlara aynı muamele edilmesi anlayışında iki bileşen

⁹ Nitekim benzer bir sınıflandırma ayrımcılık alanında ortaya çıkan en güncel sözleşme olan Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nin 5/1 maddesinde de yer almıştır. Maddenin Türkçe çevirisi için bkz, Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında "Özel Önlemler", "Geçici Özel Önlemler" ve "Pozitif Edim" ve "Destekleyici Edim"*, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Adalet Yay., Ankara, 2010, s. 230.

¹⁰ Ancak şunu belirtmek gerekir ki, Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'nın 15. maddesi sadece devlete yönelik bir yükümlülük ortaya çıkarmaktadır. Burada özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri akımından bir yükümlülük öngörülmemiştir. Bu bugün için kabul edilemez bir durum olarak değerlendirilebilir ancak belirtilen ilkeler dar kapsamına karşın daha geniş kapsamlı bir şekilde uygulanmasına olanak tanımaktadır ve bu anlamda eşitlik ilkesi açısından yol gösterici nitelikte kabul edilebilir.

¹¹ Aristotle, *A Treatise on Government*, Book III, xiii, 1282b, William Ellis, A.M. (çeviren), J. M. Dent & Sons Ltd., London, Toronto, 1928, <http://www.gutenberg.org/files/6762/6762-h/6762-h.htm#2HCH0038> (erişim:01.04.2012)

¹² Aristotle, *Nicomachean Ethics*, 1131/a-1131/b, Crisp, Roger (çeviren), Cambridge University Press, New York, 2000, s. 85-86. Aristo'nun adalet ve eşitlik ile ilgili düşünceleri hakkında bilgi için, bkz, Mehmed Semih Gemalmaz, *Devlet, Birey, Özgürlük*, Legal Yay., İstanbul, 2010, s. 23-26.

söz konusudur. İlk bileşen aynı durumda olan iki insanın belirlenmesini gerektirmektedir. İkinci bileşen ise ahlaki bir yaklaşım olarak kabul edilebilecek aynı muamele edilmesi düşüncesidir.¹³ Aristo tarafından ifade edilen bu eşitlik anlayışının bugün bile geçerli olduğunun savunulmasının altında yatan neden olarak söz konusu formülün değişik ideolojiler veya değer sistemlerine uyarlanabilir olmasıdır.¹⁴

Şekli eşitlik anlayışı hakkında Fredman'ın bu konuda ortaya koyduğu eleştirel bakış izlenirse kavramla ilgili bir dizi sorunun ortaya konulduğunu görürüz. Fredman'ın belirttiği ilk sorun benzerlikle ilgilidir.¹⁵ Şekli eşitlik ilkesinin geçerliliği iki kişinin karşılaştırılarak eşit olduklarına karar verilmesini içeren bir varsayıma dayanmaktadır. “Evrensel aynılık” (universal sameness)¹⁶ olarak da ifade edilen bu anlayışta, eşitliğin tespiti için ise birbiri ile özdeş (identical) veya benzer (similar) iki bireyin mevcut olduğu kabul edilmektedir. İki kişinin özdeş veya benzer olması varsayım düzeyinde mümkün iken, fiilen birbiri ile özdeş veya benzer iki bireyin mevcut olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bireyler ancak belli özellikleri bakımından eşit kabul edilebilirler ve bu özellikler çerçevesinde ortaya özdeşlik veya benzerlik olgusu çıkabilir. Örneğin bireyler eğitim düzeyleri, tenlerinin rengi, inançları gibi belli özellikleri söz konusu olduğunda aynı veya benzer kabul edilebilir. Bu nedenle Aristo tarafından ortaya atılan eşitlik anlayışının tek başına bir anlam ifade etmediği ve boş bir kavram olarak nitelendirilebileceği belirtilmektedir.¹⁷ Bireylerin belli özellikleri göz önünde tutulduğunda bu eşit olma hali göreceli bir eşitlik anlayışı olduğunu göstermektedir. Başlangıçta mutlak eşitlik çerçevesinde ile ortaya atılan şekli eşitlik anlayışının bu açıdan yalnızca göreceli bir eşitlik anlayışı olarak kabul edilmesi mümkündür.¹⁸

¹³ Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, **Harvard Law Review**, Vol. 95, Iss. 3, January 1982, s. 543.

¹⁴ Dagmar Schiek; Lisa Waddington; Mark Bell, *A Comparative Perspective on Non-Discrimination Law, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Dagmar Schiek; Lisa Waddington; Mark Bell (ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007, s. 27.

¹⁵ Fredman, **Discrimination Law**, s. 7.

¹⁶ Oddny Mjöll Arnardottir, *A Future of Multidimensional Disadvantage? Equality?*, **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, Oddny Mjöll Arnardottir; Gerard Quinn (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, s. 47.

¹⁷ Westen, s. 537.

¹⁸ Vierdag, s. 7.

Fredman'ın belirttiği diğer bir sorun ise, iki kişinin özdeş veya benzer olduğuna karar verilmesi durumunda yalnızca eşit muamele edilmeye odaklanmasıdır.¹⁹ Şekli eşitlik anlayışı bugün için aynı zamanda farklılıkların yok sayılması anlamına da gelebilmektedir. Bu yok sayılma hali beraberinde farklı kişilerin farklı ihtiyaçları olabileceğini ve bu anlamda farklı yaklaşılması gerekliliğini de yok saymaktadır. Bugün insanların bazı benzer özellikleri olsa da herkesin farklı özellikleri ve ihtiyaçları olabileceği kabul edilmektedir. Bütün bu özelliklerin ve farklılıkların meşru olarak kabul edilmesi ve haklar ve özgürlükler açısından göz önünde tutulması gerekmektedir. Şekli eşitlik anlayışında dezavantajlı durumda olan grup, eşitliğin sağlanması noktasında sadece karşılaştırma yapılan grubun sahip olduğu düzeyde bazı hakları talep edebilmektedir ve bu grupların farklı durumları veya özellikleri göz önüne alınmamaktadır.²⁰

Kişiler eşit şekilde muamele görürken bu olumlu veya olumsuz yönde olabilmektedir.²¹ Özellikle ayrımcı muamelelere karşı, söz konusu muamelenin ortaya çıkardığı durumun giderilmesi noktasında iki yaklaşım benimsenebilmektedir. İlk yaklaşımda ayrımcılık mağdurunun sahip olduğu hakların lehe anlamda farklı muamele gören kişilerin sahip olduğu haklarla eşitlenmesi söz konusu olabilmektedir. İkinci bir yaklaşım ise mağdurun sahip olmadığı hakkın, bu hakka daha önce sahip olan kişi açısından da ortadan kaldırılmasıdır. Bu durum “aşağıya doğru eşitleme” (equalizing down) olarak da adlandırılmaktadır.²² Burada bir gruba yönelik olarak kabul edilen ayrıcalıklar başka bir grup açısından eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu durumda aynı ayrıcalığın diğer gruba da tanınması ve ayrıcalık olmaktan çıkarılması yerine söz konusu ayrıcalık daha önce kendisine tanınan grup için de ortadan kaldırılabilir. Bu durumda eşitlik olumsuzluğun her iki grup için de geçerli olması noktasında sağlanmaktadır. Bu anlayışa göre örneğin, kamuya ait yüzme havuzlarından siyahların faydalanmasını yasaklayan bir düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğuna dair bir yargı organının verdiği kararın ardından

¹⁹ Fredman, **Discrimination Law**, s. 8.

²⁰ Schiek v.d., s. 29; Oddny Mjöll Arnadottir, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003, s. 23.

²¹ Evelyn Ellis, **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, New York, 2005, s. 5.

²² Lord Lester of Herne Hill QC; Sarah Joseph, *Obligations of Non-Discrimination*, **International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law**, David Harris; Sarah Joseph (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1995, s. 594.

siyahların da havuzlardan yararlanmasının sağlanması yerine, havuzların tamamen kapatılması durumunda eşitlik ilkesi ihlal edilmeyecektir.²³ Bu şekilde bir sonuca yol açılması şekli eşitlik anlayışına uygundur. Bu yaklaşım aynı zamanda yöntemsel (procedural) adalet olarak da adlandırılmaktadır ve eşitliğin sağlanması noktasında herhangi bir sonuca ulaşılmasını hedeflemediği için eleştirilmektedir.²⁴

Şekli eşitlik ile ilgili belirtilen üçüncü sorunlu nokta ise bir karşılaştırma yapılması noktasında karşılaştırma yapılacak bir kişinin mevcut olması gerekliliğidir.²⁵ Şekli eşitlik ilkesinin gündeme gelebilmesi için aynı ya da benzer bir başka kişinin varlığı gerekmektedir. Eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini öne süren kişi bir karşılaştırma öznesi ortaya koymalıdır. Bu noktada söz konusu ihtiyacın hem teknik ve hem de felsefi olarak sorunlu olduğu ifade edilmektedir.²⁶ Şekli eşitlik anlayışı felsefi düzlemde kişilerin ırk, cinsiyet gibi kimliklerini reddetmekte ve bir “evrensel birey” anlayışı üzerinden hareket etmektedir. Fredman, bu evrensel bireyin “erkek, beyaz, engelli olmayan, heteroseksüel ve yaşadığı toplumda çoğunluk inancına mensup” bir kişi olarak düşünüldüğünü belirtmektedir. Bu durumda kişilerin kendilerine ait bazı özellikleri görmezden gelinmektedir. Teknik düzlemde ortaya çıkan sorun ise her zaman karşılaştırma yapılacak bir kişinin bulunmasının mümkün olmamasıdır. Örneğin hamile bir kadın ile karşılaştırma yapılacak kişinin bir erkek olduğu durumda gerçekten bir karşılaştırma yapılması mümkün olamamaktadır. Çoğunlukla kadınların çalıştığı bir iş yerinde yine karşılaştırma yapılacak bir erkek bulunması mümkün olamayabilmektedir. Fredman bu durumu kişileri kendi özelliklerini yok saymaya ve eşit muamele görebilmeleri için toplumun diğer kesimlerine benzer düşünmeleri ve yaşamaları için zorlamak olarak değerlendirmektedir.²⁷

Fredman’ın belirttiği dördüncü sorun ise şekli eşitlik anlayışında bireysel bir yaklaşımın geçerli olmasıdır. Yukarıda da ifade edildiği gibi şekli eşitlik anlayışı

²³ Fredman, **Discrimination Law**, s. 8. Bu konuda farklı ülkelerden bu nitelikte örnek davalar için bkz, Michael Connolly, **Discrimination Law**, Sweet & Maxwell, London, 2006, s. 5-6; Catherine Barnard; Bob Hepple, *Substantive Equality*, **The Cambridge Law Journal**, Vol. 59, Iss. 3, November 2000, s. 563.

²⁴ Barnard; Hepple, s. 563.

²⁵ Fredman, **Discrimination Law**, s. 10.

²⁶ Connolly, s. 7.

²⁷ Fredman, **Discrimination Law**, s. 10.

grupların kendilerine özgü özellikleri büyük ölçüde yok saymaktadır. Şekli eşitlik anlayışı, her ne kadar kişilere ırk, cinsiyet gibi olumsuz kalıp yargılar çerçevesinde değil, sahip oldukları nitelikler doğrultusunda muamele edilmesini öngörse ve bu anlamda olumlu gözükse de farklı gruplara mensup kişilerin kendine özgü özellikleri o kişilerin kimliklerinin ayrılmaz bir parçasıdır. Fredman “evrensel birey” anlayışının insanların kimliklerinden soyutlamak yerine hâkim bir kültüre, inanca veya etnisiteye mensubiyete zorladığı düşüncesindedir. Bu noktada gündeme gelen diğer bir konu ise sadece nitelikleri öne çıkarılan bireyin farklı muameleye maruz kaldığını ispatlaması durumunda farklı muameleyi gerçekleştiren kişinin bireysel sorumluluğuna gidilmesinin yeterli olmasıdır. Fredman ırkçılık, cinsiyetçilik ve ayrımcılığın diğer biçimleri söz konusu olduğunda, bu durumun bir kişinin kişisel davranışlarının ötesinde toplumsal bir sorun olduğundan hareketle, sorumluluğun sadece bir kişiye yükletilmemesi görüşündedir.²⁸

Fredman’ın belirttiği sorunların yanında ifade edilen başka bir sorun ise süregelen ayrımcı muamelelerin ortadan kaldırılması için gerekli olan özel önlemlerin şekli eşitlik anlayışı ile uyumsuzluğudur.²⁹ Şekli eşitlik anlayışına göre eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı aynı şeyi ifade etmektedir ve ayrımcılık yapılmadığı sürece eşitlik mevcuttur. Mevcut durumun korunması eşitliğin varlığı için yeterli sayılmaktadır. Bunun nedeni, şekli eşitlik anlayışının ayrımcılığı münferit bir vaka olarak görmesi, yapısal eşitsizlikleri göz ardı etmesidir. Gerçek eşitliğin sağlanması bakımından yetersiz olan şekli eşitlik anlayışı, verili bir eşitlik varsayımından yola çıktığından, ayrımcılığın yasaklanmasını zorunlu kılmaktadır. Öte yandan eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için dezavantajlı durumdaki kişi veya gruplara yönelik geçici özel önlemler öngörülmesi yükümlülüğünü getirmemekte sadece izin vermektedir.³⁰ Şekli eşitlik anlayışı insan hakları teorisinde yükümlülükler bakımından büyük ölçüde devletin negatif yükümlülüklerine işaret etmektedir ve devletin pasif ve tarafsız bir rol oynaması gerektiği anlayışını yansıtmaktadır.

²⁸ a.g.e., s. 11.

²⁹ Connolly, s. 7.

³⁰ Klaartje Wentholt, *Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality*, **Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives**, Titia Loenen; Peter R. Rodrigues (ed.), Kluwer Law International, The Hague, 1999, s. 56.

Şekli eşitlik, devletin eşitlik ve özgürlük açısından potansiyel tehdit olarak görüldüğü liberal insan hakları paradigmasının bir parçasıdır. Bu bakış açısında insan haklarının işlevi bireyi devletin müdahalelerinden korumaktır ve devletin asıl görevi bu anlamda bireylerin özgürlük alanına müdahale etmemektir.³¹ Şekli eşitlik çerçevesinde zaman içerisinde ortaya çıkan sorunlar büyük ölçüde ırk veya etnik köken, cinsiyet vb. konularda ortaya çıktığı için bu temellerde şekli eşitlik anlayışı işlevli olmuştur. Bu temeller bir kişinin yetenekleri ile yakından ilgili olmadığı için şekli eşitlik anlayışının simetrik muamele yaklaşımı eşitlik açısından sorun yaratmamıştır. Ancak engellilik, yaş gibi temeller söz konusu olduğunda şekli eşitlik aynı şekilde çözüm üretmekten uzaktır.³² Günümüzde ortaya çıkan çeşitlilik (diversity) temelli tartışmalarda, böyle bir eşitlik anlayışı aynı zamanda çeşitliliğin reddi anlamına gelebilmektedir ve tektipleştirici bir anlayış olarak değerlendirilebilir. Güncel anlamda tüm insanların eşit olduğunu savunmanın şüphesiz bir anlamı bulunmaktadır ancak bu eşitlik anlayışı çeşitliliğin mevcut olmadığını veya çeşitliliğin ortadan kaldırılmasını meşrulaştırıcı bir işlev görmemelidir.

Eşit durumda olanlar arasında eşit muamele ilkesi ilk etapta karşı çıkılmayacak bir ilke olarak görünmektedir. Bu anlayışta simetrik bir bakış söz konusudur ve hukukun beyazları ve siyahları veya kadın ve erkeği birlikte koruması söz konusu olmaktadır.³³ Şekli eşitlik bir gruba odaklanmak yerine bireyin kendisine odaklanmaktadır. Bu nedenle de toplumsal olarak dezavantajlı durumda bulunan grupların sorunlarına kayıtsız kalmaktadır.³⁴ Bireylerin mevcut durumlarının karşılaştırılması ile sınırlı olan bu anlayış ile gruplar arasındaki mevcut eşitsizlikler göz ardı edilebilmektedir. Ancak eşitsizlikler aynı zamanda ve belki de büyük oranda toplum içinde gruplar düzeyinde yaşandığı için eşitsizliğin ortadan kaldırılması

³¹ Sandra Fredman, *Providing Equality: Substantive Equality and The Positive Duty to Provide*, **South African Journal on Human Rights**, Vol. 21, Part 2, Centre for Applied Legal Studies, Cape Town, 2005, s. 166.

³² Mark Bell, **Racism and Equality in the European Union**, Oxford University Press, UK, 2008, s. 28.

³³ Connolly, s. 5.

³⁴ Sandra Fredman, **Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, s. 163.

amacı çerçevesinde yalnızca bireylere odaklanmak yerine mevcut ve yapısal kabul edilebilecek eşitsizliklere odaklanması daha doğru olacaktır.³⁵

Şekli eşitlik ilkesi ile ilgili son olarak, aşağıda daha ayrıntılı üzerinde durulacak olan ayrımcılık yasağı kavramı ile ilişkisi belirtilebilir. Uluslararası alanda ortaya çıkan ilk düzenlemeler olan AIHS, MSHS, ESKHS gibi sözleşmeler bazı istisnalara karşı³⁶ yukarıda ifade edilen evrensel yaklaşımı benimsemiştir ve farklılıkları göz ardı etmiştir. Şekli eşitlik anlayışının geçerli olduğu durumda ayrımcılık yasağına dair düzenlemeler büyük ölçüde bağımsız bir hak olarak düzenlenmemektedir. Ayrımcılık yasağı hukuken tanınan diğer haklarla beraber ileri sürülebilen fer'i (accessory) nitelikte bir hak haline gelmektedir. Yine aşağıda görüleceği üzere bugün oldukça önem kazanan bir kavram olan dolaylı ayrımcılık bakımından şekli eşitlik anlayışının bu kavrama olumsuz yaklaştığı söylenebilir.³⁷ AB hukukunda ise Direktiflerle getirilen düzenlemelerin eşit muamele ilkesinin uygulamaya geçirilmesini amaçlaması nedeniyle şekli eşitlik ilkesinden bir kopuş yaşandığı belirtilmektedir.³⁸ Bu görüş, Direktiflerin IAOKS ve KKAOKS gibi uluslararası sözleşmelere gönderme yapması, dolaylı ayrımcılık kavramına ve özel önlemlere yer vermesigibi maddi eşitlik ilkesine dönük düzenlemeleri bu yönde adınlar olarak değerlendirmektedir.³⁹

2. Maddi Eşitlik

Şekli eşitlik ilkesine dair getirilen eleştiriler karşısında ortaya çıkan diğer bir yaklaşım ise maddi eşitlik (substantive equality, de jure equality, material equality) yaklaşımıdır. Bu yaklaşıma özellikle siyasi ve toplumsal alanda modern

³⁵ Iris Marion Young, *Equality of Whom?: Social Groups and Judgements of Injustice*, **The Journal of Political Philosophy**, Vol. 9, No. 1, 2001, s. 2.

³⁶ Aynı dönemde kabul edilen IAOKS bu durumun bir istisnasıdır. MSHS'nin 26. maddesi ise 1987 yılına kadar fer'i bir düzenleme olarak kabul edilmiştir.

³⁷ Titia Loenen, *Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution*, **Non-discrimination Law: Comparative Perspectives**, Titia Loenen; Peter R. Rodrigues (ed.), Kluwer Law International, the Netherlands, 1999, s. 195.

³⁸ Sandra Fredman, *Equality: A New Generation*, **Industrial Law Journal**, Vol. 30, No. 2, 2001, s. 165.

³⁹ Dagmar Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, **European Law Journal**, Vol. 8, No. 2, Blackwell Publishing, Oxford, 2002, s. 295 v.d.

demokrasinin köşe taşlarından biri olduğu ifade edilmektedir.⁴⁰ Şekli eşitlik anlayışı eşit durumda olanlar arasında eşit muamele ilkesine, başka bir deyişle simetrik muameleye odaklanırken, maddi eşitlik anlayışı mevcut eşitsizlikleri gidermeye ve bu nedenle asimetrik muameleye odaklanmaktadır. Maddi eşitlik, eşitliğin fiilen sağlanmasını ön planda tutmaktadır ve şekli eşitlik ilkesinde geçerli olan farklı durumda olanlara farklı muamele yapılması ilkesine karşı çıkmamaktadır. Şekli eşitlik anlayışı ile ortaya çıkan sorunlara çözüm getirme amacı doğrultusunda, farklı durumda olan kişiler arasında, mevcut farklılık ölçüsünde, dezavantajlı durumda olan kişiye yönelik olumlu yönde farklı muamele yapılması gerekmektedir. Farklı konulara mekanik biçimde eşit muamele yapılması eşit konulara farklı muamele etmek kadar adaletsiz olarak görülmektedir.⁴¹ Bu nedenle şekli eşitlik ilkesinin bir hukuk teorisinden hareket ettiği kabul edilirken maddi eşitlik ilkesinin bir adalet teorisinden hareket ettiği kabul edilmektedir.⁴²

Eşitlik ilkesi ile toplumsal koşullar arasında yakın bir ilişki vardır. Yapılan bir muamele eşit yapılsa bile farklı toplumsal koşullarda farklı sonuçlar doğurabilir ve eşitsizliği pekiştirebilir ya da azaltabilir. Eşit durumda olmayan kişilere eşit muamele yapılması geçmişten bu yana süren ayrımcı uygulamalar sonucunda eşitsizliği artırabilmektedir. Şekli eşitlik anlayışı hayata geçirildiğinde eşit durumda olanlar için eşit sonuç verirken diğer durumlarda eşitsizlik pekişmektedir. Bu konuda şu farklı olasılıklar ortaya çıkabilmektedir:

- Eşit durumda olan kişilere eşit muamele edilirse sonuç bu kişiler açısından eşit toplumsal koşullar olacaktır.

- Eşit durumda olan kişilere eşit olmayan biçimde muamele edilirse sonuç bu kişiler açısından eşit olmayan toplumsal koşullar olacaktır.

- Eşit durumda olmayan kişilere eşit muamele edilirse sonuç bu kişiler açısından büyük ölçüde yine eşit olmayan toplumsal koşullar olacaktır.

- Eşit durumda olmayan kişilere eşit olmayan biçimde muamele edildiği zaman iki sonucun ortaya çıkması mümkündür. Bu durumda bu kişiler açısından eşit

⁴⁰ Nowak, **CCPR Commentary**, s. 598.

⁴¹ UAD, *South West Africa, (Second Phase)*, ICJ Reports 1966, Judgment of 18 July 1966, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, s. 303.

⁴² Schiek v.d., s. 28.

olmayan toplumsal koşullar daha da eşitsiz hale gelir ya da mevcut eşit olmayan toplumsal koşullar bir ölçüde eşitlenmiş olur.⁴³

Yukarıda belirtilen dört olasılıktan üçüncüsünde eşit muamelenin kendisi, dördüncüsünde ise eşit olmayan muamelenin kendisi eşit sonuçlar doğurmadığı için eşitlik açısından önem taşımaktadır. Fredman'ın verdiği örneği izlersek siyah çocuklara yönelik eğitimde ayrımcılık söz konusu ise okuma yazma bilen herkese oy hakkının tanınmış olması bazı siyah bireylerin oy kullanma hakkına erişiminin engellenmesi anlamına gelecektir. Aynı şekilde kadınların yirmili yaşlarında çocuk doğurdukları düşünüldüğünde belli mesleklere kabulün yirmili yaşlarla sınırlanması, kadın ve erkeğe aynı kuralın öngörülmüş olmasına rağmen erkeklerle karşılaştırıldığında daha fazla kadının istihdam dışında kalması ile sonuçlanabilmektedir.⁴⁴ Bu noktada uluslararası insan hakları hukukundaki güncel yaklaşımlar doğrultusunda eşitlik ilkesinin yalnızca eşitliğe ve aynı olma haline odaklanmak yerine eşitsizlik, farklılık ve dezavantaja odaklanması gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁵

Farklı durumdakilere farklı muamele edilmesi açısından maddi eşitlik anlayışı Aristo'nun görüşlerini yansıtır gibi gözüktüğü de, varılan sonuç eşitsizliğin devamına değil ortadan kaldırılmasına odaklanmaktadır ve farklılıklar göz ardı edilmemektedir. Bu noktada öncelikle maddi eşitlik anlayışının sonuçların eşitliğine ulaşmayı hedeflediği söylenebilir. Bu yaklaşımın sonucu ise aşağıda ayrıntılı üzerinde durulacak dolaylı ayrımcılık kavramının hukuken tanınmasının, kadınların hamilelik halinin göz önünde tutulmasının, makul uyumlaştırma yükümlülüğünün kabul edilmesinin ve özel önlem yükümlülüğünün önünün açılmasıdır.⁴⁶

Maddi eşitlik anlayışı şekli eşitlik anlayışında olduğu gibi bir evrensel aynılık (universal sameness) anlayışı yerine kadınlar ve engelliler gibi farklı durumda olan kişilerin farklılıklarını yadsımamaktadır ve bu nedenle özgüllük (specificity) ve farklılık (difference) kavramlarını ön planda tutmaktadır.⁴⁷Günümüzde eşitlik

⁴³ Vierdag, s. 13.

⁴⁴ Fredman, **Discrimination Law**, s. 11.

⁴⁵ Arnardottir, *A Future of Multidimensional Disadvantage.g.e. Equality?*, s. 43.

⁴⁶ Christopher McCrudden; Sacha Prechal, **The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical Approach**, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission, 2009, s. 30.

⁴⁷ Arnardottir, *A Future of Multidimensional Disadvantage.g.e. Equality?*, s. 50.

anlayışı farklılıklara olumsuz biçimde yaklaşarak ortadan kaldırılması yerine farklılıkların tanınmasını, kabul edilmesini ve varlığına saygı duyulmasını gerektirmektedir. Ancak yeri gelmişken ifade etmek gerekirse, bugün söz konusu farklılıkların göz önünde tutulması büyük ölçüde biyolojik bir temele dayanmaktadır. Günümüzde bunun dışında hangi farklılıkların eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesinde göz önünde tutulacağına dair bir somut kural mevcut değildir. Zaman içerisinde sadece biyolojik değil başka açılardan da farklılıkların tanınması ve göz önünde tutulması gündeme gelebilecektir. Ayrıca engellilik veya cinsiyet gibi biyolojik olarak değerlendirilen kimliklerin giderek sadece biyolojik değil aksine toplumsal yapıyla yakından bağlantılı ve toplumsal koşullar tarafından inşa edilen kimlikler olduklarına dair anlayış giderek yaygınlık kazanmaktadır.

Şekli eşitlik anlayışında geçerli olan bireysel yaklaşım, maddi eşitlik anlayışında yerini, eşitsizliklerin rastgele biçimde ortaya çıkmadığı, yalnızca bazı bireyler için geçerli olmadığı ve çoğunlukla benzer özellikleri paylaşan kişiler tarafından yaşandığı anlayışına bırakmıştır.⁴⁸ Maddi eşitlik anlayışında şekli eşitlik anlayışında geçerli olan eşit olmama halinden doğan bireysel sorumluluk, toplumsal sorumluluk haline gelmektedir. Bu noktada şekli eşitlik anlayışında geçerli olan devletin pasif ve tarafsız kalma yükümlülüğü yerini aktif ve müdahaleci olmasına bırakmaktadır. Bu durumun anlamı ise liberal insan hakları anlayışının aşılması ve devlet açısından negatif yükümlülükler yanında pozitif yükümlülüklerin de gündeme gelmesidir. Dezavantajlı bir gruba karşı mevcut olan tarihsel ayrımcılığın etkilerinin ortadan kaldırılması noktasında avantajlı durumda olan grubun sorumluluğu ortaya çıkmakta ve avantajlı durumda olan grup belli noktalarda avantajlarından vazgeçmek durumunda kalabilmektedir.⁴⁹ Örneğin siyasi alanda belli karar alma mekanizmalarında öngörülen kota uygulamaları ile kadınların daha fazla temsil edilmeleri sağlanmaktadır ve bu durumda erkekler siyasi temsil noktasında geçmişteki avantajlı konumlarını yitirmektedir. Dolayısıyla maddi eşitlik anlayışının şekli eşitlik anlayışının aksine özel önlemlere sadece izin vermediği ve bunları bir yükümlülük olarak gördüğü söylenebilir.

⁴⁸ Bell, s. 32.

⁴⁹ Connolly, s. 11.

Maddi eşitlik anlayışı ile “ayrımcılık kısır döngüsü” (vicious circle of discrimination) olarak adlandırılabilir durumda ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır.⁵⁰ Ayrımcılığın uzun vadede ortaya çıkardığı bir sonuç gruplararası sosyo-ekonomik düzey farklılığının ortaya çıkmasıdır. Bu tür farklılıklar toplumda genel olarak kanıksanmaktadır ve bu farklılıkların nedenleri genel olarak göz ardı edilmektedir. Bu durumun sonucu ise söz konusu farklılıkların ayrımcılık mağdurlarının görece daha düşük nitelikte insanlar olması ve kendi kusurları nedeniyle böyle bir durum içinde oldukları anlayışının yaygınlaşmasıdır. Bu anlayış belirli gruplara yönelik kalıpyargıları(stereotypes) beraberinde getirmektedir ve bu kalıpyargılar yeni ayrımcılıklara yol açmakta veya geçmişten bu yana süre gelen ayrımcı muamelelerin sürdürülmesini kolaylaştırmaktadır. Tüm bunların sonucu geçmişte sosyo-ekonomik olarak dışlanan grubun söz konusu dışlanmayı doğal karşılaması ve ayrımcılığın, kendisinin hem nedeni hem de sonucu haline gelmesidir.⁵¹ Maddi eşitlik anlayışı bu kısır döngünün kırılmasında işlevli olabilmektedir.

Maddi eşitlik kavramı eşitliğin fiilen sağlanmasını ön planda tutarak özellikle insan hakları alanında medeni ve siyasi haklar yanında sosyal hakları da gündeme getirmektedir.⁵² Ayrımcılık yasağının sosyal haklarla ilgili taleplerde, sosyal hakların gerçekleştirilmesinin uzun zamana yayılmasını engellemek noktasında önemli bir işlevi olacağı da ifade edilmektedir.⁵³ Bu sebeple eşitlik ilkesinde ortaya çıkan şekli-maddi eşitlik ikilemi insan hakları alanında ortaya çıkan ilk kuşak-ikinci kuşak haklar ikilemine de denk düşmektedir. Sosyal hakların insan haklarının bir parçası sayılmayacağını savunan liberal anlayış eşitlik ilkesi açısından da şekli eşitlikle sınırlı bir bakış açısına sahiptir. Maddi eşitlik kavramı farklı durumdaki olanlara farklı muamele yapılması önermesine karşı çıkmamakla birlikte farklı durumdaki olanların arasındaki mevcut eşitsizlikleri giderme noktasında farklı muamele yapılması

⁵⁰ Ayrımcılık kısır döngüsü ile ilgili örnek bir tablo için bkz, Timo Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore**, Åbo Academy University, Institute for Human Rights, 2002, s. 9, <http://web.abo.fi/institut/imr/norfa/timo.pdf> (erişim:01.04.2012)

⁵¹ a.g.e., s. 9.

⁵² Vierdag, s. 3.

⁵³ Matthew Craven, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a Perspective on its Development**, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 154.

gerektiğini önermektedir. Şekli eşitlik anlayışı ile günümüzde geçerli olan maddi eşitlik anlayışı arasındaki temel farklılık bu noktada ortaya çıkmaktadır. Maddi eşitlik anlayışı bu noktada diğer anlayıştan farkını ölçülülük ilkesi ile ortaya koymaktadır. Başka bir deyişle eşit durumda olanlar arasında eşit muamele ilkesinin yanında farklı durumda olanlar arasında farklılık ölçüsünde farklı muamele yapılması gerekmektedir.⁵⁴

Sonuç olarak maddi eşitlik anlayışının dört önemli işlev üstlendiği söylenebilir. Bu işlevler toplumda dezavantajlı olan gruplar için geçerli olan kısır döngüyü kırma, insan onurunun eşitliğini öne çıkararak dezavantajlı bir gruba mensup olmaktan dolayı damgalama, kalıpyargılar, aşağılama ve şiddet gibi olguların ortadan kaldırılması, farklı kimliklerin toplum için olumluluk olarak görülmesi ve herkesin topluma tam olarak katılmasının kolaylaştırılmayı içermektedir.⁵⁵ Şüphesiz aşağıda diğer eşitlik tanımlarında da görüleceği gibi maddi eşitlik ilkesi farklı eşitlik anlayışlarını içerisinde toplayan bir üst kavram niteliğindedir ve onun da farklı görünüşleri vardır. Bunlar arasında fırsat eşitliği, sonuçların eşitliği, insan haklarından yararlanma açısından bir hak veya özgürlükle bağlantılı olarak eşitlik veya eşit saygı gibi farklı kavramlar maddi eşitlik anlayışı çerçevesinde kullanılabilir.⁵⁶ Tüm bu farklı kullanımların ortak noktası ise eşitliğin hukuksal olarak değil fiilen, bir toplumsal gerçeklik olarak sağlanmasıdır.⁵⁷

Maddi eşitlik anlayışına hukuken ilk kez Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın 1935 yılında verdiği bir kararında değinilmiştir. Kararda hukuken eşitliğin tüm ayrımcı muameleleri yasakladığı, gerçek anlamda eşitliğin ise farklı durumdakiler için eşitliğin sağlanması noktasında farklı muamele edilmesini gerektirebileceği ifade edilmiştir. Eşit durumda olmayan ve farklı ihtiyaçları olan kişilere eşit muamele edildiği durumda eşitsizlik sürmeye devam edecektir.⁵⁸ Divan'ın benimsediği bu anlayışına göre eşit durumda olmayanlara eşit muamele edilmesi de ayrımcılık oluşturacaktır.

⁵⁴ Vierdag, s. 7.

⁵⁵ Fredman, *Providing Equality: Substantive Equality and The Positive Duty to Provide*, s. 167.

⁵⁶ Barnard; Hepple, s. 564 v.d.

⁵⁷ Schiek v.d., s. 28.

⁵⁸ UDAD, *Minority Schools in Albania*, Advisory Opinion of 6 April 1935, s. 19.

Uluslararası sözleşmelerde maddi eşitlik anlayışına açıkça, adını anarak doğrudan gönderme yapan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak eşitlik ilkesi çerçevesinde kabul edilen bazı düzenlemeler ilgili sözleşmenin denetim organı tarafından maddi eşitliği kapsayacak şekilde yorumlanmıştır. IAOKS, şekli eşitlik kadar maddi eşitlik anlayışına da yer vermektedir. Sözleşme'nin 2/2 maddesine göre "Taraflar Devletler, koşullar gerektirdiğinde, insan haklarından ve temel özgürlüklerden tam ve eşit olarak yararlanmalarını güvence altına almak amacıyla, belli ırksal grupların ya da bu gruplara mensup bireylerin uygun şekilde gelişmelerini ve korunmalarını temin etmek için, sosyal, ekonomik, kültürel ve diğer alanlarda özel ve somut önlemleri alacaklardır..." Bu yükümlülük şekli eşitlik ilkesinden maddi eşitlik ilkesine geçiş anlamına gelmektedir. MSHS'nin denetim organı olan İHK, 18 No'lu Genel Yorum'da şekli eşitlik anlayışından uzaklaşarak maddi eşitlik anlayışını benimsediği ortaya koymaktadır. Anılan belgede eşit muamelenin her zaman aynı muamele anlamına gelmeyeceği ve devletlerin ayrımcılığın sürmesini sağlayan şartları ortadan kaldırmak amacıyla adım atma yükümlülüğü olduğu ifade edilmiştir.⁵⁹

Maddi eşitlik anlayışının gelişimi iki döneme ayrılarak incelenebilmektedir.⁶⁰ Öncelikle yukarıda da ifade edildiği gibi uluslararası sözleşmelerin ortaya çıktığı ilk dönemde yaygın anlayış şekli eşitlik anlayışıdır ve düzenlemeler bu kapsamda yorumlanmıştır. Ancak zaman içerisinde bu anlayışın yanında maddi eşitlik anlayışı da gerek normatif gerekse içtihatlar düzeyinde yavaş yavaş benimsenmeye başlamıştır. Maddi eşitlik anlayışının ortaya çıktığı ilk dönem benimsenen anlayış "maddi farklılık modeli" (substantive difference model) olarak adlandırılmaktadır ve farklılıkların göz ardı edilmemesi ile karakterize edilmektedir.⁶¹ Ayrımcılığa karşı hukuk tarafından getirilecek korumanın aynı zamanda bireyin kendisine ve onun yaşadığı somut koşullara da odaklanması gerekmektedir. Böylece muamelenin

⁵⁹ Human Rights Committee, General Comment No. 18, Non-discrimination, A/45/40, 09.11.1989, para. 8, (Bundan sonra "İHK, 18 No'lu Genel Yorum" olarak anılacaktır) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

⁶⁰ İlk dönem olarak 1970-1990 yılları arasındaki dönem, ikinci dönem olarak ise 1990 yılından günümüze kadar devam eden dönem ifade edilmiştir. Bkz, Arnardottir, *A Future of Multidimensional Disadvantage.g.e. Equality?*

⁶¹ a.g.e., s. 50.

kendisine odaklanılmasının yanında mağdurun toplum içerisindeki konumu da ayrıca göz önünde tutulmaktadır.

Bu model çerçevesinde yukarıda belirtilen AİHS, MSHS ve ESKHS gibi sözleşmelerin kabulünün ardından her ne kadar normatif düzeyde olmasa da anlayış düzeyinde maddi eşitlik anlayışı yönünde gelişmeler yaşanmıştır. Bu durumun ilk yansıması IAOKS ve KKAOKS'dir. Her iki sözleşmenin de, evrensel bakış açısının yanında ırk ve cinsiyet temelinde farklılıkların tanındığı ve bunların gözetilerek ayrımcılığa karşı güvence altına alındığı sözleşmeler olarak kabul edilmesi mümkündür. Hatta bu sözleşmeler, diğer sözleşmelerin aksine kapsamlı ayrımcılık tanımları getirerek ve bu tanımlarda sadece ayrımcılık amacına (purpose) değil etkisine de (effect) gönderme yaparak zamanla dolaylı ayrımcılık kategorisinin de tanınmasına yol açmıştır. Bu iki Sözleşmede negatif yükümlülükler yanında (IAOKS'nin 1/1 maddesinde ve 2/2 maddesinde, KKAOKS'nin ise 4. maddesinde) pozitif yükümlülükler de tanınmıştır. Dolayısıyla her iki sözleşmenin maddi eşitliğe dair yaklaşımı daha da belirgin hale getirdiği söylenebilir.

Sınırlı da olsa maddi eşitlik anlayışı doğrultusunda değerlendirilebilecek bir diğer durum ise denetim organlarının bazı ayrımcılık temelleri bakımından farklı yaklaşım sergilemesidir. Denetim organları “şüpheli temeller” (suspect grounds) olarak adlandırılan bazı ayrımcılık temellerinde farklı muamelenin meşru ve nesnel kabul edilebilmesi için “önemli gerekçelerin” (weighty reasons) varlığını aramaktadır. Örneğin İHK cinsiyet⁶² ve AİHM, nesep⁶³ ve cinsiyet⁶⁴ temellerinden başlayarak bugün birçok temeli bu kapsamda değerlendirmektedir. Bu yaklaşım bir ölçüde farklılıkların göz önünde tutulması ve maddi eşitlik anlayışına doğru bir kayış olarak yorumlanabilir. Bu model ile ilgili son olarak, yukarıda da ifade edildiği gibi büyük ölçüde biyolojik temellerde farklılıkların tanınması belirtilebilir. İfade edilen şüpheli temeller büyük ölçüde biyolojik temellendirmeyi yansıtmaktadır.

⁶² İHK, *Aumeeruddy-Cziffra et al. v. Mauritius*, Communication No. 35/1978, View, 09.04.1981, CCPR/C/12/D/35/1978; *Zwaan-de Vries v. The Netherlands*, Communication No. 182/1984, View, 09.04.1987, CCPR/C/29/D/182/1984; *Broeks v. The Netherlands*, Communication No. 172/1984, View, 09.04.1987, CCPR/C/29/D/172/1984.

⁶³ AİHM, *Marckx v. Belgium*, Application No.6833/74, Judgment, 13.06.1979.

⁶⁴ AİHM, *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. The United Kingdom*, Application No.9214/80, Judgment, 25.05.1985.

Maddi eşitlik anlayışında daha sonraki dönemde ise “maddi dezavantaj modeli” (substantive disadvantage model) olarak adlandırılan model ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu model farklılıkların tanınması yanında toplumsal yapı içerisinde mevcut iktidar ilişkilerinin ortaya çıkardığı asimetriyi, ayrıcalıkları ve dezavantajları dikkate almıştır. Maddi farklılık modeli yanında, sonuçların eşitliği hedefi daha belirgin hale gelmiş ve dezavantajlı durumu sürdüren veya artıran uygulama ve politikaların ortadan kaldırılmasına da odaklanılmıştır. Bu model evrensel aynılık veya farklılığa dayalı anlayışın güçsüz noktalarının ortadan kaldırılması ve maddi eşitliğin gerçekleştirilmesini hedeflemektedir. Dezavantaj modeli bireye odaklanmak yerine toplumun kendisine odaklanmakta ve ayrımcılığın sürmesine yol açan şekli eşitlik anlayışı ve devletin pasif ve tarafsız konumunu açıkça reddetmektedir.⁶⁵Bu durumun doğal sonucu ise devletler açısından eskisine nazaran daha güçlü pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkmasıdır.

21. yüzyılda kabul edilen ilk uluslararası insan hakları sözleşmesi olan Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nin ortaya çıkışı şekli eşitlik anlayışının güncel anlamda yetersiz olduğunun ve maddi dezavantaj modelinin kabulü anlamına gelmektedir. Her ne kadar Sözleşme'de insan hakları açısından yeni bir hak veya özgürlük tanınmamış olsa da,⁶⁶ engelliler özelinde bu hak ve özgürlüklerin bir kez daha tanınması ve onların ihtiyaçları çerçevesinde bu hak ve özgürlüklerin uyarlanması gündeme gelmiştir ve Sözleşme ortaya çıkmıştır.⁶⁷Sözleşme'nin Başlangıç bölümünün “y”paragrafında engellilerin haklarını ve onurunu güçlendiren ve koruyan kapsamlı bir uluslararası sözleşmenin engellilerin ağır toplumsal dezavantajlarının ortadan kaldırılmasına ve onların medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel ortamlara eşit fırsatlarla katılımının teşvik edilmesine vurgu yapılmıştır. Kullanılan “ağır toplumsal dezavantaj” (profound social disadvantage) ifadeleri maddi dezavantaj modelinin benimsendiğine işaret etmektedir. Böylece tüm

⁶⁵ Arnardottir, *A Future of Multidimensional Disadvantage. e. Equality?*, s. 54-55.

⁶⁶ Michael Ashley Stein; Janet E. Lord, *Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Oddny Mjöll Arnardottir; Gerard Quinn (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, s. 30.

⁶⁷ Anna Lawson, *the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Syracuse University College of Law, Vol. 34, No. 2, New York, Spring 2007, s. 584.

insanların eşit haklara sahip olduğu anlayışı devam ettirilmekle beraber engelli kişiler için tüm haklardan yararlanılmasının ayrımcılık yapılmaksızın sağlanması anlayışı benimsenmiş olmaktadır. Sözleşme'nin genel ilkelere yer veren 3/dmaddesinde ise farklılıklara saygı gösterilmesi ve engellilerin insan çeşitliliğinin ve insanlığın bir parçası olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Aynı maddede ayrıca fırsat eşitliği ve ayrımcılık yasağı da temel ilkeler arasında yer almıştır. İçtihatlar düzeyinde de bu modeli benimseyen çeşitli kararlar göze çarpmaktadır. Geçmişte “şüpheli temeller” olarak değerlendirilen ayrımcılık temellerinin listesi günümüzde oldukça genişlemiştir. Öncelikle yukarıda İHK ve AİHM için belirtilen şüpheli temellerin listesi günümüzde sadece cinsiyet için değil, ırk veya etnik köken, din veya inanç, cinsel yönelim ve vatandaşlık temellerini de kapsar hale gelmiştir.⁶⁸

Şekli eşitlik anlayışı ile ilgili olarak yukarıda evrensel bir bakış açısı dolayısıyla simetrik muamelenin savunulduğu ifade edilmişti. Zaman içerisinde bu yaklaşım maddi eşitlik anlayışı çerçevesinde aşılmıştır. Örneğin KKAOKS 25 No'lu Genel Tavsiye'de, asimetrik bir bakışla Sözleşme'nin toplumsal ve kültürel bağlamda geçmişte ve bugün geçerli olan ve kadınların insan hakları ve özgürlüklerinden yararlanmasını engelleyen ayrımcılığın boyutlarını hedeflediğini, de facto veya maddi eşitsizliğin nedenlerini ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını da içeren kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını amaçladığını ve geçici özel önlemlerin eşitlik ve ayrımcılık yasağının bir istisnası olmaktan öte bu amaca ulaşılmasında gündeme gelen araçlardan biri olduğunu ifade etmiştir.⁶⁹ Böylece asimetrik yaklaşımın ayrımcılık yasağı ile ilgili normların bir istisnası değil bir parçası olduğu ifade edilmiştir.⁷⁰ Bu konuda en güncel sözleşme olan Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde ayrımcılık tanımlanırken doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkla birlikte makul uyumlaştırma (reasonable accomodation)

⁶⁸ Şüpheli temeller konusuna aşağıda eşitsizliğin hiyerarşisi bölümünde daha ayrıntılı olarak durulacaktır. İHK kapsamında ayrıntılı bilgi için bkz, Nowak, **CCPR Commentary**, s. 608-629. AİHM kapsamında ayrıntılı bilgi için bkz, Arnardottir, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, s. 150-155.

⁶⁹ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, CEDAW/C/2004/I/WP.1/Rev.1, 30.01.2004, para. 14 (Bundan sonra “KKAOKK, 25 No'lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır), <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

⁷⁰ Arnardottir, *A Future of Multidimensional Disadvantage. Equality?*, s. 59.

yükümlülüğüne de yer verilmiş ve böylece bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ayrımcılık olarak tanımlanmıştır. Bu yaklaşımla makul uyumlaştırma şekli eşitlikteki simetrik yaklaşımın bir istisnası olarak değil maddi eşitlik açısından ayrımcılığın olmazsa olmaz bir unsuru olarak görülmüştür. Ayrıca makul uyumlaştırma engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeler olarak tanımlanmış ve burada yer alan “belirli bir durumda” (in a particular case) ifadesi ile gerçek hayatta gerçek kişilerin durumlarının göz önünde tutulacağını ortaya koymuştur. Böylece makul uyumlaştırma bireysel olarak talep edilebilecek bir hak konumuna gelmiştir.⁷¹

Asimetrik yaklaşımla ilgili olarak AİHM'nin bir dizi kararından da bahsedilebilir. AİHM şüpheli temeller ile ilgili olarak verdiği, makul uyumlaştırma yapılmaması hali⁷² veya dolaylı ayrımcılık⁷³ çerçevesinde verdiği bir dizi hükümde bu yaklaşımı benimsediğini ortaya koymuştur. Yine özel önlemlerle ilgili olarak her ne kadar pozitif bir yükümlülük öngörmemişse de, bu yönde ortaya çıkan durumları ayrımcılık olarak değerlendirmeyeceğini belirtmiştir.⁷⁴

Maddi dezavantaj modeli ile ilgili model ile de ilgili son olarak, yukarıda yer verilen maddi farklılık modelinde geçerli olan biyolojik temellendirmenin aşılı olarak onun yerine toplumsal yapıların göz önünde tutulduğu söylenebilir. Bunun anlamı mevcut kimliklerin biyolojik olarak belirlenmiş kimlikler yerine toplumsal yaşam içerisinde edinilen kimlikler olarak görülmeye başlanmasıdır. Bugün ırk veya etnik köken, cinsiyet, engellilik ve cinsel yönelim olarak gruplandırılan kimliklerin sadece doğumla, başka bir deyişle biyolojik olarak edinilen kimlikler olarak kabul edilmesi güçtür. Bu durumun büyük ölçüde feminist teori, eleştirel ırk teorisi, engellilik alanındaki çalışmalar ve “queer” çalışmaları ile ortaya konulduğu ifade edilmektedir.⁷⁵ Bu konuda değişim uluslararası hukukta da ortaya çıkmaya başlamıştır. Örneğin KKAOKK, 25 No'lu Genel Tavsiye'de, cinsiyet, toplumsal

⁷¹ a.g.e., s. 60.

⁷² AİHM, *Thlimmenos v. Greece*, Application No.34369/97, Judgment, 06.04.2000.

⁷³ AİHM, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007.

⁷⁴ AİHM, *Stec and Others v. The United Kingdom*, Application No.33985/96, Judgment, 12.04.2006.

⁷⁵ Arnardottir, *A Future of Multidimensional Disadvantage. g.e. Equality?*, s. 57.

cinsiyet (gender) kavramı çerçevesinde toplumsal ilişkiler bağlamında ortaya çıkan bir kimlik olarak tanımlanmıştır. Komite, kadınların erkeklerle aynı muamele görmesinin güvence altına alınmasının yeterli olmadığını, bunun yanında, kadınlar ve erkekler arasında biyolojik, toplumsal ve kültürel olarak oluşturulmuş farklılıkların da göz önünde tutulması gerektiği vurgulamıştır. Bu Genel Tavsiye’de maddi eşitlik ilkesine açık ve adı anılarak bir gönderme yapılmış ve sonuçların eşitliği noktasında önemi vurgulanmıştır.⁷⁶ IAOKKde bu noktada bir kişinin belirli bir grubun üyesi olarak tanımlanmasında, aksini meşru kılan herhangi bir gerekçe mevcut değilse, ilgili kişinin kendi için yaptığı tanımlamanın esas alınması gerektiği vurgulanmıştır.⁷⁷ Komite Sözleşme’nin 1. maddesinde yer alan ırk ayrımcılığına dair tanımda yer verilen ırk, renk, soy (descent), ulusal veya etnik köken temellerinin tanımlanmasında görünüş ve ecdat (ancestry) yanında tarih ve kültür gibi toplumsal etmenlerin de göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmiş ve örneğin soy (descent) temelinin biyolojik değil toplumsal olarak ortaya çıktığını kabul etmiştir.⁷⁸ Son olarak Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi’nin 1. maddesinde engellilik tanımlanırken “diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişiler” ifadesine yer verilerek engelliliğin tanımı sadece “bozukluk”la değil toplumda mevcut olan yapısal dezavantajlı olma hali vurgulanmış ve toplumsal bir boyut katılmıştır.

Yukarıda maddi eşitlik anlayışının ayrımcılığın güncel olarak kabul edilen görünüşlerinden biri olan dolaylı ayrımcılığın tanınmasına da yol açtığı ifade edilmişti. Bu noktada gündeme gelen ayrımcılığın güncel görünüşlerinden bir diğeri de çoklu temelde ayrımcılıktır (multiple discrimination). Ayrımcılık genellikle tek temelde gündeme gelmektedir. Ancak bazen kişiler birden fazla ayrımcılık temelinin iç içe geçtiği durumlarda da ayrımcı muamelelerle karşılaşabilmektedir. Örneğin ırk

⁷⁶ KKAOKK, 25 No’lu Genel Tavsiye, para. 8.

⁷⁷ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 8, Identification with a particular racial or ethnic group (Art.1, par.1 & 4), A/45/18, 22.08.1990 (Bundan sonra IAOKK, 8 No’lu Genel Tavsiye olarak anılacaktır), <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

⁷⁸ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 29, Article 1, paragraph 1 of the Convention (Descent), Numarası bilinmiyor, 01.11.2002 (Bundan sonra IAOKK, 29 No’lu Genel Tavsiye olarak anılacaktır), para 1, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

veya etnik köken ile beraber kadın olma veya engellik hali ile beraber kadın olma durumları buna örnek olarak verilebilir. Her insanın birden çok kimliği veya özelliği bulunmaktadır ve birden çok gruba mensubiyet söz konusudur. Bu kimliklerden bazılarının yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi iç içe geçmesi durumunda ayrımcı muameleler diğer kişilere nazaran daha da olumsuz sonuca yol açabilmektedir. Bu durum bugün bir olgu olarak kabul edilmekte ve etkili çözümler üretilmeye çalışılmaktadır. Geleneksel yaklaşım bu duruma büyük oranda görmezlikten gelmektedir veya yok saymaktadır.

KKAOKK'nin 1991 yılında yayınladığı 18 No'lu Genel Tavsiye'de engellikadınların çifte ayrımcılığa maruz kaldıkları belirtilmiş ve engelli kadınların hayatın her alanına katılımlarını sağlayacak özel tedbirlere vurgu yapılmıştır.⁷⁹Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi ise, Başlangıç bölümünün p paragrafında, engellilerin, ırk, ten rengi, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka fikir, ulusal, etnik veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum, yaş veya başka bir statü bakımından birçok nedene dayalı olarak ve bu nedenle daha ağırlaştırılmış bir ayrımcılığa maruz kaldığını ifade etmiş ve 6. maddede engelli kadınlar ile kız çocuklarının çok yönlü ayrımcılığa maruz kalmakta olduğunu ve bu sebeple tüm insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit koşullarda yararlanmalarını sağlamaya yönelik tedbirleri alınması gerektiği belirtilmiştir.⁸⁰ Yine Sözleşme'nin 3. maddesinde genel ilkeler arasında kadın-erkek eşitliği de özellikle vurgulanmıştır.

Maddi dezavantaj modeli pozitif yükümlülüklerle daha fazla yer vermesi, şekli eşitlik ilkesinin simetrik yaklaşımından uzaklaşması, eşitliği fiilen sağlanması için dolaylı ayrımcılık, makul uyumlaştırma ve özel önlemlere yer vermesi gibi nedenlerden ötürü şekli eşitlik anlayışından ve maddi farklılık modelinden ayrılmaktadır. Günümüzde yapısal dezavantajlar giderek daha fazla gündeme gelmektedir ve bireyin kendisine odaklanan bir anlayış yerine eşitsizliklerin toplumsal boyutuna ve marjinalleştirilmiş grupların daha da marjinalleştirilmesine yol açan toplumsal koşulların göz önünde tutulmasına odaklanılmaktadır. Böylece

⁷⁹ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, The General Recommendation No. 18, Disabled women, A/46/38, 1991, (Bundan sonra "KKAOKK, 18 No'lu Genel Tavsiye" olarak anılacaktır), <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

⁸⁰ Stein; Lord, s. 28.

evrensel düzeyde kişilerin kendilerine özgü durumlarının ve mevcut farklılıklarını göz önünde tutan bir eşitlik anlayışı kabul görmeye başlamıştır.

B. Fırsat Eşitliği-Sonuçlarda Eşitlik

Şekli ve maddi eşitlik kavramları ile birlikte eşitlik ilkesi çerçevesinde gündeme gelen başka bir kavram ise fırsat eşitliği (equality of opportunity) kavramıdır. Fırsat eşitliği kavramının içeriği verilen anlama göre şekli ve maddi eşitlik kavramları ile bazı noktalarda benzerlik göstermektedir. Ayrıca, fırsat eşitliğinin bu iki kavramın ortasında yer aldığı da ifade edilmektedir. Fırsat eşitliği kavramı da yöntemsel (procedural) veya şekli (formal) ve gerçek (substantive) fırsat eşitliği olarak ikiye ayrılabilir.⁸¹

Yöntemsel fırsat eşitliği eşitsiz durumda olan kişilere eşit fırsatlar sunulmasına ve önlerindeki engellerin kaldırılmasına ve böylece eşitliğin sağlanmasına odaklanmaktadır. Eşitlik başlangıçta sağlanmaya çalışılmaktadır ve eşitliğe ulaşılmasında sorumluluk kişilerin kendisine yükletilmektedir. Bu yaklaşımda eşit şekilde yarışa başlayan ve kendilerine eşit fırsatlar sunulan kişilerin başarıya ulaşmaları kendi sorumlulukları olarak görülmektedir. Bu noktada kişiler ekonomik, sosyal ve kültürel koşullarından bağımsız olarak aynı şartlara sahip kabul edilmektedir. Yöntemsel fırsat eşitliği fırsat eşitliğinin asgari içeriği olarak da adlandırılmaktadır ve refah devleti karşıtı yaklaşımların bir uzantısı olarak da kabul edilmektedir.⁸² Yöntemsel fırsat eşitliğinde maddi eşitlik anlayışında gündeme gelen özel önlemler reddedilmektedir. Bu yaklaşımda kişiler başlangıç noktası itibarıyla eşitlenmeye çalışılmaktadır ve ardından kazandıkları nitelikler doğrultusunda muamele görmeleri söz konusu olmaktadır.⁸³

Yöntemsel fırsat eşitliği, örneğin işe alımda, o işle ilgili olmayan ölçütlerin ortadan kaldırılmasını sağlamaktadır. Bu sayede din, dil, ırk, cinsiyet gibi bazı özelliklerin işe alımda engel olmaktan çıkarılması hedeflenmektedir. Ancak bu

⁸¹ Fredman, **Discrimination Law**, s. 14; David A. Strauss, *The Illusory Distinction Between Equality of Opportunity and Equality of Result*, **Redefining Equality**, Neal Devins; Davison M. Douglas (ed.), Oxford University Press, New York, Oxford, 1998, s. 52.

⁸² a.g.e., s. 52-53.

⁸³ Fredman, **Discrimination Law**, s. 14.

durumda dahi farklı özelliklere sahip kişilerin işe alınması güvence altına alınmış olmamaktadır. Geçmişten bugüne ayrımcı muamelelere maruz kalan gruplara mensup kişilerin işle doğrudan ilgisi olan ölçütleri yerine getirmesi diğer gruplara mensup kişilere nazaran daha zor olabilmektedir. Bu durumda fırsat eşitliğinin sağlanması tek başına yeterli olmamaktadır.⁸⁴

Gerçek fırsat eşitliği anlayışında ise, sadece yöntemsel olarak değil gerçekten fırsat eşitliğinin sunulmasına odaklanılmaktadır. Bu yaklaşımda bireyler için özel önlem niteliğinde bazı önlemler öngörülebilmektedir. Örneğin toplumda dezavantajlı durumda olan etnik bir gruba mensup olan çocukların eğitim gördüğü okullarda, bu öğrenciler genellikle diğer öğrencilere göre daha düşük eğitim seviyesine sahiptirler. Bu öğrencilerin diğer öğrencilerle eşit eğitim hakkına sahip olmaları ileride, örneğin üniversite sınavlarına girdikleri durumda, başarısız olmalarına yol açabilecektir. Mevcut eşitsizliğin giderilmesi için dezavantajlı durumda olan bu öğrencilere daha fazla sosyal yardım ve ek ders olanağının sağlanması gibi bazı özel önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu noktada mevcut eşitsiz durum ortadan kaldırılmadığı sürece, herkesin eğitim hakkının olduğunun belirtilmesi ve eşit fırsat sunulduğunun ifade edilmesinin bir anlamı kalmamaktadır. Dolayısıyla fırsat eşitliği sorumluluğu sadece bireylere yükleyen bir şekilde değil eşit sonuçlara ulaşılmasını sağlayacak şekilde düşünülmelidir. Ancak bu durumda dahi eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için fırsat eşitliği yeterli görünmemektedir. Bireylerin eşit biçimde yarışa başlaması bir varsayımdır. Bu noktada fırsat eşitliği değil sonuçlarda eşitliğin sağlanması ön plana geçmektedir.

Gerçek fırsat eşitliğinin sağlanması çeşitli biçimlerde gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Öncelikle biçimsel engellerin kaldırılması gündeme gelmektedir. Biçimsel engeller, din, dil, cinsiyet gibi temellerde hukuken ortaya konulmuş engellerdir. Bu tür engellerin kaldırılması fırsat eşitliğinin sağlanmasında ilk aşama olarak kabul edilebilir. İkinci olarak ise bireylerin eğitim, sağlık durumu gibi büyük oranda piyasa, aile gibi bireyin kendisi dışındaki koşullar tarafından belirlenen olgular açısından mevcut eşitsizliğin giderilmesi gerekmektedir. Bu noktada fırsat eşitliği kavramı büyük oranda ekonomik ve sosyal haklarla birlikte gündeme

⁸⁴ a.g.e., s. 15.

gelmektedir. Ancak bu durumda dahi fırsat eşitliğinin sağlanması büyük oranda teorik olarak gerçekleşmektedir. İnsanlar her ne kadar hukuken eşit olarak kabul edilse de, farklı düşünsel ve bedensel beceriler de eşitliğin gerçekleşip gerçekleşmemesinde bir faktör olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu noktada eşit muamele ile fırsat eşitliğinin sağlanması büyük ölçüde imkânsız hale gelebilmektedir. Bu sebeple kişilerin farklı özellikleri ve ihtiyaçlarına göre uyumlaştırılmış olanaklar sağlanmalıdır. Belirtilen bu adımlar sayesinde fırsat eşitliğinin büyük oranda eşit sonuçlar doğurması mümkün olabilecektir.⁸⁵

C. Eşitlik Hakları

1. Hukuk Önünde Eşitlik

Eşitlik ilkesi kapsamında günümüzdeki en kapsamlı sınıflandırmada ilk ve belki de en çok gönderme yapılan alt ilke hukuk önünde eşitlik (equality before the law) kavramıdır. Kavram hukukun/yasanın içeriğine değil nasıl uygulandığına odaklanmaktadır. Bu kavram özellikle yürütme organının ve yargı organlarının işlem ve eylemleri ile ortaya çıkabilecek farklı muameleler karşısında bireyi korumayı hedeflemektedir. Hukuk önünde eşitlik ilkesi ile anayasa hukukunda kullanılan hukuk devleti ilkesinin büyük oranda benzer nitelikte kavramlar olduğu da ileri sürülebilir.⁸⁶ Bu ilkenin tanındığı ve güvence altına alındığı durumda insan hakları alanında birçok hakkın ayrıca tanınmasının önemi bulunmadığı ve yargı organlarının ve diğer devlet kurumlarının bu temel normdan ilgili hakları geliştirebileceği de belirtilmektedir.⁸⁷ Kavramın ortaya çıkışı 18. yüzyıla, Fransız Devrimi'ne denk düşmektedir ve 18. ve 19. yüzyıllarda ortaya çıkan burjuva devrimlerinin temel

⁸⁵ Strauss, s. 55-56.

⁸⁶ Anne F. Bayefsky, *Defining Equality Rights, Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Anne F. Bayefsky, Mary Eberts (ed.), Carswell, Toronto, Calgary, Vancouver, 1985, s. 4.

⁸⁷ Karl Josef Partsch, *Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination, The International Dimensions of Human Rights*, Karel Vasak (ed.), Vol. 1, UNESCO, Greenwood Press, Connecticut, 1982, s. 61.

başarılarından biri olarak kabul edilmektedir.⁸⁸ EİHB'nin 7. maddesinde ve MSHS'nin 26. maddesinde hukuk önünde eşitlik ilkesi açık biçimde tanınmıştır.⁸⁹

Kavramın ortaya çıktığı 18. yüzyılda yasal düzenlemelerin görece az olması hukukun içeriğine değil uygulanmasına odaklanılmasını beraberinde getirmiştir. Öne çıkan durum mevcut yasaların keyfilikten uzak bir şekilde herkese eşit uygulanmasıdır.⁹⁰ Bir genel kural herkese veya eğer o kuralda belirli koşullar öne sürülmüşse o koşulları yerine getiren herkese eşit bir biçimde uygulanmalıdır.⁹¹ Burada kuralın eşit uygulanmasına odaklanıldığı için kuralda belirtilen koşullar çerçevesinde kuralın eşit biçimde uygulanmasından kaynaklanan bir eşitsiz durumun ortaya çıkması hukuk önünde eşitlik ilkesinin ihlalinin oluşturmamaktadır.⁹² Dolayısıyla aşağıda daha ayrıntılı görülecek olan, görünüşte tarafsız olan yasaların uygulanması durumunda bir grubun bu uygulamadan dezavantajlı olarak etkilenmesiyle ortaya çıkan dolaylı ayrımcılık olgusu bu ilke tarafından kapsanmamaktadır.

Yargı organları veya yürütme organı söz konusu olduğunda somut bir durumla ilgili uygulanacak kurallar önceden belirlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında hukuk önünde eşitlik ilkesi büyük oranda teknik bir ilke haline gelmektedir. Bu ilke hukuk normlarının eşit olmasını gerektirmemekte sadece mevcut hukuk normlarının eşit durumda olan kişilere eşit biçimde uygulanmasını ve kişilerin eşit biçimde yargı organları önünde haklarını arayabilmelerini gerektirmektedir.⁹³ Ancak bugün kişilerin yargı organlarına başvurma konusunda eşit haklara sahip olmasının adalete erişim açısından yeterli olmadığı ortadadır. Adalete erişimin önünde, başta giderek uzmanlık gerektiren yargılama usulleri ve yargı harçları olmak üzere biri dizi nedenden dolayı çok sayıda engel bulunmaktadır.⁹⁴ Hukuk önünde eşitlik ilkesinin

⁸⁸ Nowak, **CCPR Commentary**, s. 605.

⁸⁹ İHEB, madde 7: "Herkes hukuk önünde eşittir...", MSHS, madde 26: "Herkes hukuk önünde eşittir..."

⁹⁰ Asbjørn Eide; Torkel Opsahl, *Equality and Non-Discrimination*, **Proceedings of the 7th International Colloquy on the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, N. P. Engel, Strasbourg, 1994, s. 103.

⁹¹ Nowak, **CCPR Commentary**, s. 601.

⁹² Janneke H. Gerards, **Judicial Review in Equal Treatment Cases**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Oxford, 2005, s. 2.

⁹³ Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 4.

⁹⁴ Bu konuda aşağıda yasama organının ayrımcılık yasağı bağlamında usul hukukuna dair yükümlülükleri kapsamında değinilecektir.

sadece hukukun uygulamasına odaklanması uygulamada adalete erişim açısından da yetersizliğini ortaya koymaktadır.

Hukuk önünde eşitlik, kimlikleri, bireyin kendisine özgü özellikleri veya içinde yaşadıkları sosyal ve ekonomik koşullar gibi faktörleri göz ardı ederek herkes için geçerli ve yansız olarak kabul edilen hukuk kurallarının uygulanması noktasında eşitliği amaçlamaktadır. Bu ilke bireyler veya gruplar arasında makul farklılaştırmalara izin vermektedir. Bu nedenle hukuk önünde eşitlik ilkesi hakkında şekli eşitlik anlayışının hukuk alanındaki yansımasıdır denilebilir.⁹⁵ Bu ilkede şekli eşitlik anlayışında olduğu gibi eşitlik varsayımından hareket etmektedir. Bu ilke ile büyük ölçüde yöntemsel fırsat eşitliğinin öngörüldüğü, kişilerin bireysel özelliklerinin veya toplumsal konumlarının görmezlikten geldiği ve sadece adaletsiz sayılabilecek engellerin ortadan kaldırılmasının hedeflendiği söylenebilir.⁹⁶

2. Hukuk İçinde Eşitlik

Hukuk içinde eşitlik ilkesi ile (“equality under the law” veya “equality in the law”) hukuk önünde eşitlik ilkesinin hukuk kurallarının yargı organları ve yürütme organının eşit uygulanmasına odaklanması ve hukuk kurallarının eşit olmasına yönelik bir yükümlülük öngörmemesi karşısında eşit olmayan hukuk kurallarına odaklanılmaktadır. Bu açıdan bu kavram hukuk önünde eşitlik ilkesinin tamamlayıcı ögesi olarak kabul edilebilir. Hukuk önünde eşitlik ilkesi uygulayıcılar açısından yükümlülük getirirken, hukuk içinde eşitlik ilkesi yasa koyucu açısından yükümlülük doğurmaktadır. Bu noktada aslında şekli eşitlik anlayışından çok fazla uzaklaşmamaktadır. Bu ilke çerçevesinde hukuk normları içinde yer alan haksız nitelikte kabul edilebilecek eşitlik ilkesine aykırı sınıflandırmalar ortadan kaldırılmaktadır.⁹⁷ Böylece yöntemsel fırsat eşitliği kavramının hayata geçirilmesinde bir adım daha atılmış olmaktadır.

Hukuk önünde eşitlik ilkesi ile hukuk içinde eşitlik ilkesi arasında açık bir ayırım olmadığı da belirtilmektedir. Hukuk normlarının somut bir olaya

⁹⁵ Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 4; Eide; Opsahl, s. 121.

⁹⁶ Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 4.

⁹⁷ a.g.e., s. 12.

uygulanmasının da aslında o olay özelinde bir tür hukuk üretimi olduğundan hareketle bu şekilde bir yoruma varılmaktadır. Yine böyle bir ayrıma gidilmesinin ardında yatan neden olarak hukukta genel olarak kabul edilen yasama, yürütme ve yargı şeklindeki kuvvetler ayrılığı teorisinin eşitlik ilkesi kapsamında ortaya çıkışına vurgu yapılmaktadır.⁹⁸

Yukarıda hukuk önünde eşitlik ilkesinde ifade edildiği gibi bu ilkenin uygulamada ihlal edilip edilmediğine yargı organları tarafından karar verilmektedir. Bir bireyin veya grubun bir hukuk kuralının ortaya koyduğu sınıflandırma veya somut olarak farklı bir muamele ile dezavantajlı duruma sokulduğuna dair başvurusunda, yargı organları söz konusu sınıflandırma veya fark gözetmenin eşitlik ilkesi ile uyumunu değerlendirmek durumunda kalacaktır. Hukuk önünde eşitlik ilkesi sadece kuralın uygulama yönüne odaklandığı için yargı organlarının hukuk kuralında öngörülen sınıflandırmanın eşitlik ilkesi ile uyumunu değerlendirmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda sınıflandırma nedeniyle önemli bir avantajdan yararlanamayan veya orantısız biçimde bu avantajdan yararlanması zorlaştırılan kişiler veya gruplar açısından yargısal denetimin anlamı kalmamaktadır. Bu noktada eşitlik ilkesinin ihlal edilmemesi yükümlülüğü yasa koyucu üzerindedir. Yasa koyucu eşitlik ilkesini hukuk kurallarının içeriği bakımından da gözeterek yargı organlarının eşitlik ilkesini etkili biçimde sağlanması yönünde denetim görevini yerine getirme koşullarını sağlamalıdır.

3. Hukuken Eşit Korunma

Hukuken eşit korunma ilkesi (equal protection of law) büyük ölçüde yukarıda ifade edilen maddi eşitlik anlayışının bir yansımasıdır. Hukuk önünde eşitlik ilkesi, eşitlik ilkesinin uygulama yönüne işaret ederken, hukuken eşit korunma ilkesi hukukun hem içeriğine hem de uygulama yönüne işaret etmektedir. Burada örneğin bir yasanın birey veya bir grubun üzerindeki etkileri de değerlendirilmektedir. Bu ilke yukarıda da ifade edilen fırsat eşitliği ve sonuçların eşitliği kavramlarını

⁹⁸ Vierdag, s. 16.

içermektedir.⁹⁹ Kavramın ortaya çıkışı hukuk önünde eşitlik ilkesinin ortaya çıkışından sonraki yüzyıla, 19. yüzyıla denk düşmektedir. O dönemde geçerli olan ekonomik liberalizm anlayışı doğrultusunda devletin özel alana hiçbir şekilde müdahale etmemesi hâkim düşünce olmuştur. Bu alanda geçerli olan ekonomik ve sosyal eşitsizlikler de aynı şekilde müdahale edilmemesi gereken bir alan olarak düşünülmüştür. O dönemde özel alan günümüzle karşılaştırılamayacak şekilde geniş bir alanı kapsamaktadır. Örneğin kölelik dahi, bir mülkiyet ilişkisi çerçevesinde düşünüldüğü için devletin müdahale etmemesi gereken bir alan olarak düşünülebilmıştır. Köleliğin kaldırılması sürecinde ortaya çıkan kavramlardan biri de hukuken eşit korunma kavramı olmuştur.¹⁰⁰ O süreçte özellikle sanayi devrimi ile birlikte özel alan kavramı giderek küçülmüş ve gerek devlet gerekse bireylerin yükümlülükleri farklı alanlara yayılmış ve artmıştır. Bu noktada dezavantajlı durumda bulunan kişi veya gruplara yönelik özel önlemler gündeme gelmiş ve hukuken eşit korunma ilkesi bu özel önlemlerin yolunu açmıştır.¹⁰¹

Hukuken eşit korunma ilkesi hukuk önünde eşitlik ilkesinin aksine eşitlik varsayımından hareket etmemekte ve farklılıkların mevcut olduğunu kabul etmektedir. Farklılıklar dolayısıyla hukuk kurallarının da farklı muameleye yol açabileceğinden hareketle özel önlemler gündeme gelebilmektedir. Hukuken eşit korunma ilkesi ile özel önlemler eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmemekte ve eşit durumda olmayanların sonuç olarak eşit hale gelmesi hedeflenmektedir. Hukuken eşit korunma ilkesinin hukuk önünde eşitlik ilkesinden farklı olarak büyük ölçüde ayrımcılık yasağının uygulanmasında bir yöntem olduğu belirtilmiştir.¹⁰² Ayrımcılık yasağının hukuken eşit korunma ilkesinin bir sonucu olduğu ve bu ilkenin devletin yasalar yoluyla maddi eşitliği sağlama yükümlülüğünü getirdiği ifade edilmektedir.¹⁰³

Hukuken eşit korunma ilkesi ilk kez EİHB'nin 7. maddesi ve MSHS'nin 26. maddesi ile uluslararası hukukun gündemine girmiştir. Hukuken eşit korunma ilkesi büyük ölçüde yasama organı açısından yükümlülük doğurmaktadır. MSHS'nin 26.

⁹⁹ Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 13.

¹⁰⁰ Eide; Opsahl, s. 103.

¹⁰¹ a.g.e., s. 104.

¹⁰² Partsch, *Fundamental Principles of Human Rights*, s. 71.

¹⁰³ Nowak, *CCPR Commentary*, s. 607.

maddesinde yer alan hukuken eşit korunma hakkının olumlu ve olumsuz yükümlülükler öngöreceği belirtilmektedir. Olumsuz şekilde bir yükümlülük ayrımcılığın yasaklanmasına başka bir deyişle ayrımcı nitelikte yasal düzenlemelerden kaçınılmasına odaklanırken, olumlu anlamda yükümlülük ayrımcılığın yasaklanmasına ve ayrımcılığa karşı etkili bir korunmanın öngörülmesine odaklanmaktadır.¹⁰⁴ Bu bağlamda 26. madde yer alan düzenlemelerle hukuken eşit korunma ilkesinin ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve ayrımcılığa karşı hukuken eşit korunma sağlanması ile gerçekleşebileceği ifade edilmiştir.¹⁰⁵ Bu yaklaşım da yasama organı üzerinden yükümlülük öngörülmesi ileşekli eşitlikten çok maddi eşitlik anlayışına yaklaşmaktadır.¹⁰⁶

4. Hukuktan Eşit Faydalanma

Eşitlik ile ilgili alt ilkeler çerçevesinde üzerinde durulacak son ilke hukuktan eşit faydalanma (equal benefit from the law) ilkesidir. Bu ilke hukuki düzenlemelerde hukuken bir olanaktan veya yardımdan yararlanmanın belli koşullara tabi tutulduğu durumda o koşulların eşitsizliğe yol açmaması gerektiği anlamına gelmektedir.¹⁰⁷ Bu ilke bir kişinin diğer kişilere sağlanan sosyal yardım gibi olanaklardan yararlanmaması durumunda gündeme gelebilmektedir. Hukuktan eşit faydalanma ilkesi özellikle devletlerin eşitlik ilkesi kapsamında ortaya çıkan kaçınma yükümlülüğünün ötesinde, olumlu anlamda yükümlülükler bağlamında gündeme gelmektedir. Bu noktada hukuken eşit korunma ilkesinin bir adım ötesine geçilerek sosyal haklar alanında devletler için ortaya çıkan yükümlülüklerin eşit sağlanması ve kişilerin sosyal haklara erişiminde eşitsizliğin ortaya çıkmaması hedeflenmektedir. Burada sunulan olanağa dair yapılan yasal düzenleme belli kişileri yardım kapsamında tutabileceği gibi koşulların ötesinde yasanın uygulanması sırasında belli

¹⁰⁴ a.g.e., s. 607.

¹⁰⁵ Vierdag, s. 127.

¹⁰⁶ B. G. Ramcharan, *Equality and Nondiscrimination, the International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights*, Louis Henkin, (Ed.), Columbia University Press, New York, 1981, s. 255; Vierdag, s. 16; Torkel Opsahl, *Equality in Human Rights Law with Particular Reference to Article 26 of the International Covenant of Civil and Political Rights*, *Festschrift für Felix Ermacora*, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 1988, s. 53; Nowak, *CCPR Commentary*, s. 607.

¹⁰⁷ Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 22.

bir statüde bulunan kişilerin o olanaktan yararlanamaması da söz konusu olabilmektedir. Başka bir deyişle yasanın kendisi veya yasanın uygulanması hukuktan eşit yararlanma ilkesinin ihlaline yol açabilmektedir. ASS ve (GG)ASS'nın denetim organı olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi çeşitli kararlarında açıkça olmasa da dolaylı olarak hukuktan eşit yararlanma ilkesine değinmiştir. Komite belli grupların bazı haklardan diğer vatandaşların yararlandığı ölçüde yararlanamaması durumunda (GG)ASS'nın ayrımcılık yasağına yer veren E maddesinin ihlal edileceğini belirtmiştir.¹⁰⁸

Hukuktan eşit yararlanma ilkesi ile iki nokta gündeme gelmektedir. Bu noktalardan ilki hukuken sağlanan yarar için öngörülen koşullardır. Bir yardımdan yararlanmak için öngörülen koşulların eşitsizlik ortaya çıkarmaması gerekmektedir.¹⁰⁹ Bu noktada belli grupların adının açıkça belirtilmesi durumunda, örneğin sosyal yardımlardan yararlanmanın cinsiyet temelinde farklı koşullara tabi tutularak erkekler için evli olmama koşulu öngörülmemesine rağmen kadınlar için evli olmama koşulu öngörülmesi koşullar açısından eşitsizlik ortaya çıkarmaktadır. İkinci nokta ise öngörülen koşullar eşitlik ilkesine aykırı olmamakla birlikte belirli kişilerin veya grupların söz konusu koşulları yerine getirme noktasında dezavantajlı durumda olması halidir. Örneğin sosyal yardımlardan yararlanabilmek için belirli bir süre çalışmış olma ölçütü kadınlar açısından erkeklere göre daha olumsuz bir durum ortaya çıkaracaktır ve kadınların sosyal yardımlara erkeklere oranla daha az oranda erişimi sonucunu doğuracaktır. Bu ilke her iki noktayı da içinde barındırmaktadır ve iki noktadan birisinde ortaya çıkacak eşitsizlik bu ilkenin ihlali anlamına gelecektir.¹¹⁰

Hukuktan eşit yararlanma ilkesi ile hukuken eşit korunma ilkesi ile gündeme gelen fırsat eşitliği ve sonuçların eşitliği anlayışından ilkinin ön plana çıkarılması ve

¹⁰⁸ Örneğin bkz, ASHK, *International Association Autism-Europe (IAAE) v. France*, Complaint No. 13/2002, Decision, 07.11.2003; *European Roma Rights Center (ERRC) v. Italy*, Complaint No. 27/2004, Decision, 21.12.2005; *European Roma Rights Center (ERRC) v. Bulgaria*, Complaint No. 46/2007, Decision, 03.12.2008.

¹⁰⁹ Ör. Terörle Mücadele Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenen terörle mücadele mağdurlarına yardım konusunda er ve erbaşlar ile kamu görevlileri arasında bir farklılık öngörülmüştür ve kamu görevlilerine sağlanan yardımın kapsamı daha geniştir. Bu konuda yapılan ayrımın meşru hiçbir gerekçesinin bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz, H. Burak Gemalmaz, *Terörle Mücadele Mağdurlarına Sağlanan Haklar ve Özellikle Kira Yardımı Hakkı*, **İÜHF Mecmuası**, Cilt LXVII, Sayı 1-2, İstanbul, 2009, s. 12-14.

¹¹⁰ Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 23.

ikincisinin görmezlikten gelinmesi tehlikesi ortadan kaldırılmaktadır.¹¹¹ Bu ilke ile fırsat eşitliğinin ötesine geçilerek eşitliğin sonuç bakımından sağlanması hedeflenmiştir. Dolayısıyla eşit durumda olan kişilerin sağlanan olanaklardan eşit biçimde yararlanması, eşit durumda olmayanların ise eşit olmayan biçimde yararlanması gerekmektedir. Ancak bu durumda eşit olmayan biçimde yararlanma eşitsizliğin ortadan kaldırılmasını hedefleyecek biçimde ortaya konulmalıdır. Böylece eşit durumda olmayan kişilerin eşitliğinin sağlanması noktasında sosyal yardımlar, adli yardım, işsizlik ödeneği gibi bir dizi uygulamanın sosyal devlet anlayışı dışında ayrı bir hukuki temeli ortaya çıkmış olmaktadır. Bu şekilde bir ilkenin hukuken düzenlenmiş olması özellikle ileride üzerinde durulacak olan özel önlemlerin hukuki temelini sağlamış olmaktadır.¹¹²

D. Türk Hukukunda Eşitlik İlkesi

1. Şekli Eşitlik-Maddi Eşitlik

Eşitlik ilkesi ile ilgili yukarıda bahsedilenler ışığında Türk hukukunda bu kavramlara nasıl yer verildiği üzerinde durulacaktır. Eşitlik ilkesi, ilkesel düzeyde düzenlemelere konu olduğu için öncelikle anayasal düzeyde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Türkiye’de, 1982 Anayasası’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, şekli eşitlik ve maddi eşitlik anlayışının bazı unsurlarını bünyesinde barındırmaktadır. Madde öncelikle hukuk önünde eşitlik ilkesine yer vermiştir. Bu ifade eşitliğin hukukun uygulanması ile sınırlı yorumlandığı takdirde şekli eşitlik anlayışının benimsendiği söylenebilir. Nitekim bu ilkenin tarihsel olarak ortaya çıktığı dönemde geçerli olan anlayış da bu yöndedir. Ancak eşitlik ilkesinin gerçekten anlam taşıması için eşitliğin hem hukuki hem de uygulama yönünü, başka bir deyişle maddi yönünü de kapsamı gerektiği savunulmaktadır. Bu yoruma gerekçe olarak ise, Anayasa’da tanınmış olan ekonomik ve sosyal haklardan eşit biçimde yararlanılmadığı durumda eşitlik ilkesinin tamamen içi boş bir ilke haline

¹¹¹ a.g.e., s. 23.

¹¹² a.g.e., s. 24-25.

geleceği düşüncesi ileri sürülmektedir.¹¹³ Anayasa'nın 10. maddesinin bu anlamda maddi eşitlik yönünde yorumlanması eşitlik ilkesinin içeriğine daha uygun gözükse de madde metni bu yönde bir yorumu zorunlu kılmamaktadır. Yargı organlarınca bu şekilde bir yaklaşımın benimsendiği durumda, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılıktan söz edilmesi de mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla eşitlik ilkesine dair anayasal bir düzenlemenin maddi eşitlik anlayışını benimsemesi ve güvence altına alması için yukarıda maddi eşitlik açısından üzerinde durulan konuları içeren kapsamlı bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu şekilde bir düzenleme eşitlik ilkesine dair güncel yaklaşımlar ve uluslararası insan hakları hukuku ile daha uyumlu olacaktır.

Anayasa'nın 10. maddesi maddi eşitlik ilkesine dair bazı vurgular içermektedir. Bu vurgular özel önlemler ile ilgilidir ve 2004 ve 2010 yıllarında yapılan Anayasa değişiklikleri ile madde metnine dâhil edilmiştir.¹¹⁴ Maddi eşitlik anlayışının yansıtan bu düzenlemeler ile 2004 yılında kadın-erkek eşitliği noktasında, 2010 yılında ise engellilik ve yaş temellerinde özel önlemler hakkında düzenlemeler yapılmıştır. Bu eklemeler maddi metnini, şekli eşitlik ilkesinin saf bir şekilde benimsendiği eski halinden bir ölçüde uzaklaştırmıştır. Madde bu haliyle yalnızca eşitlik ilkesine uygun yasal düzenleme yapılmasını ve yasal düzenlemelerin eşit biçimde uygulanmasını değil, örneğin kadın ve erkeklerin, engelli olanlar ve olmayanların eşit haklara sahip olmasını da içerir hale gelmiştir. Bu durum aşağıda görüleceği üzere ayrımcılık yasağına dair uluslararası insan hakları hukukunda benimsenen tanımla bir ölçüde, en azından bazı ayrımcılık temellerinde, uyumlu hale gelmiştir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi maddi eşitlik ilkesinin benimsenmesi ve bu ilkenin gerektirdiği tüm unsurların eksiksiz biçimde tanınması oldukça önemlidir.

Türk hukukunda eşitliğe dair yasalar düzeyindeki diğer düzenlemelerde de büyük oranda şekli eşitlik ilkesinin benimsendiği görülmektedir. Örneğin İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan "Eşit davranma ilkesi" başlıklı düzenleme

¹¹³ Mesut Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2010/2, Sayı: 25, İstanbul, 2010, s. 234.

¹¹⁴ 2004 tarihli, 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun için bkz, 22.05.2004 tarihli ve 25469 sayılı RG; 2010 tarihli 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun için bkz, 13.05.2010 tarihli ve 27580 sayılı RG.

ile geleneksel olarak eşitlere eşit davranılması biçimindeki şekli eşitlik anlayışını benimsediği ifade edilmiştir.¹¹⁵ Ancak aynı maddede yer alan “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.” şeklindeki düzenleme ile maddi eşitlik anlayışı doğrultusunda bir adım atıldığı söylenebilir. Bu yönde başka bir düzenleme ise, yalnızca ücret ile ilgili olmakla birlikte, yine aynı maddenin beşinci fıkrasında yer alan “...İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz...” cümlesidir. Ancak bu yöndeki bir yükümlülük de işveren açısından kadını koruyucu düzenlemeler ile sınırlı tutulmuştur.¹¹⁶

Maddi eşitlik yönünde başka bir düzenleme ise Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’da (bundan sonra kısaca “Özürlüler Kanunu” olarak anılacaktır) yer almaktadır.¹¹⁷ Özürlüler Kanunu’nun 14/3 maddesinde “...Çalışan veya iş başvurusunda bulunan özürlülerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve işyerinde fiziksel düzenlemelerin bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işyerleri tarafından yapılması zorunludur...” ifadelerine yer verilmiştir. Bu düzenleme ile engelliler bakımından aşağıda üzerinde ayrıntılı durulacak makul uyumlaştırma yükümlülüğü hem kamu sektörü hem de özel sektör açısından Türk hukukuna girmiş olmaktadır.¹¹⁸ Bu düzenlemenin de maddi eşitlik anlayışı doğrultusunda bir adım olarak görülmesi mümkündür.

Yargı organlarının da büyük oranda şekli eşitlik ilkesini benimsediği görülmektedir. Bazı durumlarda belli gruplara bir hakkın tanındığı ancak başka gruplara bu hakkın tanınmadığı düzenlemeler olabilmektedir. Eksik düzenleme

¹¹⁵ Kübra Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 69.

¹¹⁶ a.g.e., s. 72.

¹¹⁷ Kanun metni için bkz, 07.07.2005 tarihli ve 25868 sayılı RG.

¹¹⁸ Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 73.

olarak da adlandırılabilen¹¹⁹ böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi bir gruba tanınmış olan bir hakkın başka bir gruba tanınmaması nedeniyle tanınmış olan hakkı eşitlik ilkesine aykırı görerek iptal etmemektedir.¹²⁰ Fakat Mahkeme'nin bu yaklaşımını terk ettiği kararları da söz konusudur. Mahkeme, engelli oğlunun hususi damgalı pasaportunun süresinin uzatılmasına ilişkin talebin reddi üzerine açılan dava sonucunda önüne gelen bir davada, kız çocukları, yaş sınırı öngörülmezsizin, hususi damgalı pasaport sahibi ile birlikte yaşadıkları, çalışmadıkları ve evlenmedikleri sürece hususi damgalı pasaporttan yararlanma olanağına sahipken, erkek çocuklara bu olanaktan ancak reşit olana kadar yararlanmalarına dair bir yasal düzenlemeyi cinsiyet ayrımcılığına yol açtığı ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu için iptal etmiştir.¹²¹

Mahkeme'nin ilk yaklaşımı “aşağıya doğru eşitleme” anlayışının benimsenmediği anlamına gelmektedir. Bu olumlu yaklaşımın Mahkeme tarafından sürdürülmesi yerinde olacaktır.¹²² Ancak bu noktada ortaya bir eşitsizlik çıkmaktadır. Mahkeme bu eşitsizliği olumlu yönde giderememekte ve söz konusu haktan yararlanamayan gruba yönelik yasal düzenleme yapılması yönünde yasama organına bir talimat verememektedir.¹²³ Bu noktada görev yasama organına düşmektedir. Yasama organı söz konusu haktan yararlanamayan gruba yönelik yasal düzenleme yaparak eşitlik ilkesini hayata geçirmekle yükümlüdür. İş hukuku bakımından da yukarıda belirtilen durumun geçerli olduğu ifade edilmektedir. Eşit muamele ilkesinin kötude eşitliği sağlamaya değil iyide eşitliği sağlamaya hizmet ettiği belirtilmiştir.¹²⁴ Yargıtay kararlarında da eşitlik ilkesinin eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaçladığı, eşitlik ilkesinin hakların sınırlandırılmasına değil tesisine veya korunması hizmet ettiğini ifade etmiştir.¹²⁵

¹¹⁹ Örneğin, Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2008, s. 110.

¹²⁰ Örneğin, AYM, E. 1963/148, K. 1963/256, K.t. 25.10.1963; E. 1988/3, K. 1989/4, K.t. 18.01.1989.

¹²¹ AYM, E. 2004/30, K. 2008/55, K.t. 07.02.2008.

¹²² Bu konuda ayrıca Almanya'dan esinlenerek Türkiye'de de bir yasayı anayasaya aykırılıktan hükümsüz kılmaksızın o yasanın anayasayla bağdaşmazlık kararı verilmesinin yolunun açılması önerilmektedir. Bkz, Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Hukukumuzun Gelişiminde Anayasa Mahkemesinin Rolü (1983-2007)*, A. Ülkü Azrak'a 75. Yaş Armağanı, İstanbul, 2008, s. 452.

¹²³ Gözler, s. 110.

¹²⁴ A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul, 1982, s. 138.

¹²⁵ Yargıtay 9. HD, E. 2009/25544, K. 2009/20096, K.t. 07.07.2009; Yargıtay 9. HD, E. 2008/32183, K. 2009/7045, K.t. 17.03.2009

2. Fırsat Eşitliği-Sonuçlarda Eşitlik

1982 Anayasası'nda eşitlik ile ilgili düzenlemelerde fırsat eşitliği konusuna değinilmemektedir. Maddenin ilk halinde bu yönde hiçbir düzenleme yer almazken, 2004 yılında kadınlar, 2010 yılında ise özellikle çocuklar, yaşlılar, engellilerle ilgili yapılan değişikliklerle özel önlemler konusunda atılacak bir adımın eşitlik ilkesine aykırı olmayacağına yer verilmiştir. Ancak bu düzenlemenin sonuçlarda eşitlik anlayışı yerine fırsat eşitliği anlayışını benimsediği belirtilebilir.¹²⁶ Maddede özel önlemler açısından açık bir yükümlülük öngörme yerine bir izin verme anlayışının benimsenmesi bu görüşü destekler niteliktedir. Nitekim bu durum Anayasa değişikliğine dair teklifte yer alan 10. maddede değişiklik öngören 1. maddenin gerekçesinde “Bu sayede Devletin, tüm toplum kesimleri arasında bir yandan eşitliği sağlamaya, diğer yandan da korunması gerekenleri korumaya yönelik özel tedbirler alabilmesinin önü açılmakta ve bu amaçla yapılan düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı kabul edilemeyeceği anayasal güvenceye kavuşturulmaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir.¹²⁷

Konuya Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı da olumsuz niteliktedir. Mahkeme bir kararında, “...Hukuk devletinde, Devlet yönetimi, nesnel hukuk kurallarıyla olur ve hukuk devletinde bu türlü düzenlemelerin bütün yurttaşlara olabildiğince fırsat eşitliği sağlayacak biçimde olmasına engellik edecek koşulları kapsamaması gerekir...” düşüncesini dile getirmişse de,¹²⁸ kararlarına genel olarak bakıldığında şekli eşitlik anlayışının benimsendiği ve aynı veya benzer durumda olanlar aynı, farklı durumda olanlar farklı muamele yapılması yaklaşımının ağırlık kazandığı görülmektedir.¹²⁹

¹²⁶ Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Ankara Milletvekilleri Salih Kapusuz, Haluk İpek, Bursa Milletvekili Faruk Çelik, Ordu Milletvekili Eyüp Fatsa ve Hatay Milletvekili Sadullah Ergin ile 193 Milletvekilinin; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (erişim:01.04.2012)

¹²⁷ Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanı İstanbul Milletvekili Recep Tayyip Erdoğan ve 264 Milletvekilinin; 7/11/1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu, s. 8, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (erişim:01.04.2012)

¹²⁸ AYM, E. 1987/18, K. 1988/23, K.t. 23.06.1988

¹²⁹ Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yay., Ankara, 2003, s. 199.

3. Eşitlik Hakları

Türkiye’de eşitlik ilkesi 1961 Anayasası’nın 12. maddesinde bir hak olarak düzenlenmişken, 1982 Anayasası’nın 10. maddesi ile Anayasa’nın tümüne ve devlete egemen bir ilke olarak düzenlenmiştir. Ancak bu farklılığın eşitliğin aynı zamanda bir hak olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.¹³⁰ Madde başlığı “Kanun önünde eşitlik” şeklindedir ve maddenin içeriği başlıkla uyum taşımaktadır.¹³¹ Madde ilk fıkrasında “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” ifadesi ile eşitlikle ilgili ilkelerden “hukuk önünde eşitlik” ilkesini düzenlemiştir. Nitekim bu durum maddenin gerekçesinde “...İnsanlar arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez...” şeklinde vurgulanmıştır. Bu düşünceyi destekleyen bir diğer ifade ise maddenin son fıkrasında yer alan “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” ifadesidir ve bu ifade ile hukukun uygulanmasında eşitliğe odaklanmış bir eşitlik anlayışının benimsendiği ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla yasama organından çok idarenin ve yargı organlarının takdir yetkisini sınırlayan şekli bir eşitlik anlayışını yansıttığı söylenmektedir.¹³² Ancak “devlet organları” ifadesi yasama, yürütme ve yargı organlarını kapsamaktadır ve dolayısıyla hem yasal düzenlemeleri, hem yasal düzenlemelerin uygulanmasını ve yargıorganlarının faaliyetlerini kapsamaktadır ve bu organların eşitlik ilkesine uyması gerekmektedir. Aynı zamanda “bütün işlemler” ifadesinin tüm eylem ve uygulamaları kapsadığı ve bu nedenle geniş kapsamlı anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.¹³³ Düzenlemenin aynı zamanda ayrımcılık yasağına yer vererek

¹³⁰ Serap Yazıcı, **Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2011, s. 187; Tanör; Yüzbaşıoğlu, s. 107. Aksi yönde bkz, Gözler, s. 108.

¹³¹ Anayasa Mahkemesi bir kararında Anayasa’nın 10. maddesi ile EİHB, AİHS ve KKAOKS gibi uluslararası belgelerde yer alan eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağı ile ilgili hükümleri arasında özde bir farklılık bulunmadığını ifade etmiştir. Ancak Mahkeme’nin kararlarının bu düşünce ile uyumlu olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Mahkeme’nun bu kararı için bkz, AYM, E. 1996/15, K. 1996/34, K.t.: 23.09.1996.

¹³² Öden, s. 140.

¹³³ Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Ayrı Düşünceler*, s. 236.

ayrımcılık yasağı ile genişletilmiş kanun önünde eşitlik ilkesine yer verdiği¹³⁴ ya da düzenlemenin ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü olarak ifade edilmesi gerektiği¹³⁵ belirtilmektedir. Çalışmada değinileceği üzere madde yalnızca “kanun önünde eşitlik” ilkesine değil başka ilke ve konuları da içermektedir.¹³⁶ Kanunlar düzeyinde 4857 sayılı İş Kanunu’nun, “Eşit Davranma İlkesi” başlıklı 5. maddesi de, Anayasa’nın 10. maddesine benzer şekilde, yasanın sistematığı açısından “Genel Hükümler” bölümünde yer almıştır. Bu durum, “...eşit davranma ilkesinin işverenin borçlarından biri olmanın ötesinde, iş hukukunun temel ilkelerinden biri haline geldiği söylenebilecektir...” şeklinde yorumlanmıştır.¹³⁷

Türkiye’de 1982 Anayasası’nın 10. maddesi her ne kadar “Kanun önünde eşitlik” başlığını taşısa da aynı zamanda hukuk içinde eşitlik ilkesine de yer vermiştir. Bu nedenle yalnızca yürütmeye ve yargı organlarına değil aynı zamanda yasama organı açısından da bir yükümlülük ortaya çıkmaktadır ve bu yükümlülük kanunların eşitlik ilkesine aykırı olmamasıdır.¹³⁸ Ancak bu yükümlülük maddenin lafzı ile değil Anayasa Mahkemesi’nin içtihatları ile ortaya çıkmıştır. Bu şekilde bir yaklaşımın eşitlik ilkesinin gerçek bir ilke olarak hayata geçirilmesi için yargı organlarınca benimsenmesi gereken bir yaklaşım olduğu ifade edilmektedir.¹³⁹ Bu yaklaşım dayanağını 1982 Anayasası’nın “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlığını taşıyan 11. maddesinden almaktadır.¹⁴⁰ Anılan maddeye göre, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.” Eşitlik ilkesinin Anayasa’da “Genel Esaslar” bölümünde düzenlenmiş olması ile birlikte kanunların Anayasa’ya aykırı olmayacağına dair kural, kanunların eşitlik ilkesine de aykırı olmaması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin ilk dönemden itibaren verdiği kararların da bu anlayışı benimsediği

¹³⁴ Tanör; Yüzbaşıoğlu, s. 107; Öden, s. 129.

¹³⁵ Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, s. 221.

¹³⁶ Bu konu hakkında bilgi için bkz, Öden, s. 126-133.

¹³⁷ Kübra Doğan Yenisey, *Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı: 7, İstanbul, 2005, s. 974.

¹³⁸ Özbudun, s. 150.

¹³⁹ Öden, s. 143.

¹⁴⁰ a.g.e., s. 143.

ve maddede yer verilen ayrımcılık temellerinde ayrımcılık içeren yasal düzenleme yapılamayacağı belirtilmektedir.¹⁴¹

Anayasa Mahkemesi kanunların eşitlik ilkesine uygunluğunu şekli ve maddi olmak üzere iki farklı biçimde değerlendirmektedir.¹⁴² “Şekli hukuku eşitlik” olarak adlandırılan ilk durumda,¹⁴³ kanunların genelliği ilkesinden hareketle, kanunların genel, başka bir deyişle, kimlikleri önceden belirli kişilere yönelmemesi, soyut, kişilik-dışı hükümler içermesi gerektiğinden hareket etmektedir. Anayasa’nın 10/4 maddesinde yer alan “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” ifadesiyle düzenlenen ayrıcalık yasağının da bu anlamda eşitliği hedeflediği ifade edilmiştir.¹⁴⁴ Ancak bu anlayış çerçevesinde Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konulan pratiğin kanunların eşitlik ilkesine uygunluğunun denetlenmemesi veya bu denetimden kaçınılması sonucunu doğurduğu da belirtilmektedir.¹⁴⁵ Kanunların yalnızca genel, soyut ve objektif olması gerekliliği, aynı hüküm farklı kişilere uygulandığında farklı sonuç verebileceği ve dolayısıyla eşitsizlik oluşturabileceği için, denetimde yalnızca bu ölçütlere dayanılması eşitlik ilkesinin korunması açısından oldukça yetersizdir.

“Maddi hukuki eşitlik” anlayışı ise,¹⁴⁶ kişilere mutlak değil, nispi olarak eşit davranılması gerektiği anlayışını benimsemektedir. Bu noktada aynı veya benzer durumda olanlar açısından eşitlik gündeme gelmektedir. Her yasal düzenlemenin bir sınıflandırma yaptığı düşüncesinden hareketle kişilerin aynı veya benzer durumda olup olmadıkları değerlendirilmektedir.¹⁴⁷ Anayasa Mahkemesi de kararlarında, eylemli bir eşitliğin değil hukuksal eşitliğin söz konusu olduğunu belirtmiştir. Mahkeme’ye göre, hukuksal durumları aynı olanlar arasında haklı bir nedene dayanmayan ayırım yapılamaz, ancak haklı neden varsa bazı kişiler başka kurallara bağlı tutulabilir. Mahkeme’ye göre hukuk devletinin önemli öğelerinden biri, benzer nitelik ve durumda olanlar arasında farklı uygulamayı engelleyen, ayrı nitelik ve

¹⁴¹ a.g.e., s. 144. Örneğin bkz, AYM, E. 1964/12, K. 1964/47, K.t. 09.06.1964; E. 1964/36, K. 1964/77, K.t. 25.12.1964.

¹⁴² Özbudun, s. 150; Öden, s. 162.

¹⁴³ Öğretide “mutlak eşitlik” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz, Gözler, s. 109.

¹⁴⁴ Özbudun, s. 150; Yazıcı, s. 187.

¹⁴⁵ Öden, s. 179. Örneğin bkz, AYM, E. 1984/1, K. 1984/2, K.t. 01.03.1984.

¹⁴⁶ Öğretide “nispi eşitlik” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz, Gözler, s. 109.

¹⁴⁷ Öden, s. 189.

durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulmasını zorunlu kılmayan eşitlik ilkesidir.¹⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen davalarda, şekli hukuki eşitlik çerçevesinde yapılan değerlendirmelerde, yasal düzenlemelerde yapılan sınıflandırma açısından yasama organının takdir yetkisinin geniş kabul edildiği ve yalnızca ilgili kanun maddesinin genel ve soyut nitelikte olup olmadığının değerlendirildiği, maddi hukuki eşitlik açısından ise takdir yetkisinin dar kabul edildiği ve yargısal denetime tabi tutulduğu belirtilmektedir.¹⁴⁹

Mahkeme'ye göre, özgürlüklerle ilgili olarak Anayasa'da yer alan kavramlardan birini de kanun önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır.¹⁵⁰ Anayasa Mahkemesi birçok kararında, kanun önünde eşitlik ilkesinin mutlak olmadığını ve bazı hallerde bundan uzaklaşılabileceğini belirtmiştir. Mahkeme bu görüşünü ve kanun önünde eşitlik ilkesini, "...tüm yurttaşların mutlaka her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu içermez. Bir takım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez" şeklinde ifade etmiştir.¹⁵¹ Mahkeme'ye göre, "... eşitlik ilkesi, ortada haklı bir neden bulunmadıkça hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınmasına mutlak engeldir..."¹⁵²

Anayasa Mahkemesi'nin maddi hukuki eşitlik çerçevesinde ortaya koyduğu yaklaşım aynı veya benzer durumda olanlara eşit, bu durumda olmayanlara eşit olmayan şekilde muamele edilmesini öngörmektedir. Böylece aynılık veya benzerliğin belirlenmesi kişilere ayrımcılık yapılmaması açısından oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Mahkeme bir sınıflandırmanın eşitlik ilkesine uygun olup olmadığını değerlendirirken "haklı neden" ölçütünü kullanmaktadır ve kişilerin diğer kişilere göre farklı hukuk kurallarına bağlı tutulması haklı bir nedene dayanıyorsa eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine karar verilmektedir.¹⁵³ Ancak bu ölçüt somut bir ölçü olmaktan uzaktır. Örneğin Mahkeme, "fuhuşu meslek edinen" bir kadına tecavüz edilmesi ile "ıffetli bir kadına" tecavüz edilmesi suçlarında sanıkların farklı

¹⁴⁸ AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, K.t. 19.04.1988. Benzer şekilde Danıştay 2. Daire, E. 2004/6569, K. 2007/1038, K.t. 14.03.2007.

¹⁴⁹ Öden, s. 196-197.

¹⁵⁰ AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, K.t. 04.11.1986.

¹⁵¹ AYM, E. 1981/13, K. 1983/8, K.t. 28.04.1983.

¹⁵² AYM, E. 1987/3, K. 1987/13, K.t. 22.05.1987.

¹⁵³ AYM, E. 1981/13, K. 1983/8, K.t. 28.04.1983.

cezaya çarptırılmasını, iki kadının farklı düzeyde zarara uğrayacağı gerekçesi ile haklı bulabilmiştir.¹⁵⁴ Mahkeme'nin bu konu ile ilgili kararlarında “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk”, “kamu yararı amacıyla veya başka bir haklı nedenle”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler”, “adaletli ve eşit ölçüler”, “zorunlu bir nedene, anayasal bir gereğe dayanma” gibi kavramlarla haklı neden ölçütünü somutlaştırmaya çalıştığı ve yasalarda yapılan sınıflandırma veya ayrımları haklı kılabilen her türlü nedeni içerecek şekilde geniş yorumladığı belirtilmektedir.¹⁵⁵ Bu durumun Anayasa Mahkemesi'nin geniş bir takdir yetkisi çerçevesinde, önüne gelen somut duruma göre bir tavır aldığı şeklinde yorumlanması mümkündür.

Yukarıda belirtilenler ışığında Anayasa'da eşitlik ilkesinedair mevcut normun sınırlı bir çerçeveyi kapsadığı görülmektedir. Bu kavramların güncel anlamlarını yansıtan ve bu yönde devlet ve özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri bakımından uygulanabilir yükümlülükler öngören bir düzenlemenin yapılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu noktada eşitlik ilkesinin hem yasama, yürütme ve yargı organlarına yönelik bir genel ilke hem de kişilerin öne sürebilecekleri bir hak olarak ayrı ayrı düzenlenmesi öne çıkmaktadır. Düzenlemelerde farklılıkların tanınması ve saygı gösterilmesi, özel önlem yükümlülüğünün kapsamı ve sınırlarının ortaya konulması, özel hukuk gerçek ve tüzel kişiler için bağlayıcılığın açıkça ifade edilmesi gibi mevcut normda yer almayan konuların da ayrıca eklenmesi gerekmektedir. Bu şekilde bir yaklaşım eşitlik ilkesinin, başka bir deyişle eşitleştirme ödevinin¹⁵⁶ hayata geçirilmesi için oldukça önem arz etmektedir.

¹⁵⁴ AYM, E. 1988/4, K. 1989/3, K.t. 12.01.1989.

¹⁵⁵ Öden, s. 195.

¹⁵⁶ Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 110.

II. Ayrımcılık Yasağı

A. Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi İlişkisi

Ayrımcılık kavramı hukuk alanında kısaca, yasaklanan temellerde aleyhe sonuç doğuran ve haklı kılınamayan fark gözetme olarak tanımlanabilir ve bu anlamda belirli tip eylem ve işlemlere özgülenmiş bir kavramdır. Bu nedenle örneğin soykırım gibi ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılık ya da insan ticareti gibi ırk veya etnik köken ve/veya cinsiyete dayalı ayrımcılık içeren bazı fiiller ayrımcılık olarak değil soykırım ve insan ticareti olarak kavramsallaştırılmıştır. Çalışmada bu nedenle yalnızca ayrımcılık kabul edilen eylem ve işlemler temelinde konu incelenecektir.

Ayrımcılık (discrimination) kelimesinin kökeni, Latince'dir ve kavram Fransızca'da "discrimination", Almancada "diskriminierung" olarak kullanılmaktadır. Kavramın fiil halinin olumlu veya olumsuz nitelik taşımayacak biçimde fark gözetme (distinction) veya kişileri, şeyleri vs. farklılaştırma (differentiate) şeklinde anlamları da mevcuttur.¹⁵⁷ Kavram etimolojik olarak nesnelere arasında farklılık gözetmek, ayırt edici özelliklerine dayanarak nesnelere arasında farklılaştırma veya ayırım anlamına gelmektedir.¹⁵⁸ Ancak günümüzde kavram hukuk alanında büyük oranda belirli bir gruba mensup kişi veya kişileri diğer kişilerle karşılaştırıldığında haksız muamele edilmesi anlamında olumsuz bir içerikte kullanılmaktadır.¹⁵⁹ Kavramın bugünkü anlamı çerçevesinde yaygın kullanımı 2. Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan uluslararası belgelerle gerçekleşmiştir.¹⁶⁰ Kavram bugün sadece ayırma anlamında değil bir hiyerarşi ortaya koyma ve bu hiyerarşi içerisinde bazı kişilerin daha olumsuz (less favourably) muamele edilmesi anlamına gelmektedir.¹⁶¹

¹⁵⁷ **The New Oxford Dictionary of English**, Oxford University Press, United States, 1998, s. 527.

¹⁵⁸ Danièle Lochak, *The Notion of Discrimination and Its Place in the Conventional International Law and in the Case Law*, **Proceedings of the 7th International Colloquy on the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, N. P. Engel, Strasbourg, 1994, s. 133.

¹⁵⁹ **A Dictionary of Law**, Oxford University Press, Reading, 1997, s. 145.

¹⁶⁰ Vierdag, s. 49-50.

¹⁶¹ Lochak, s. 133.

Ayrımcılık (discrimination) ile farklılık gözetme (distinction) ifadeleri zaman zaman karıştırılabilmektedir. Ancak ayrımcılık yasağı açısından bu iki kavramın anlamlarının netleştirilmesi oldukça önemlidir. Bu husus, farklılık gözetme ile ayrımcılık yapmanın aynı anlamı taşımadığını ifade eder. Uluslararası hukukta bu konuda bir netlik bulunmamaktadır. Örneğin EİHB'nin 2. maddesinde ayrımcılık ifadesine yer verilmemiş, onun yerine “farklılık gözetilmeksizin” ifadesi yer almıştır. Ancak EİHB'nin 7. ve 23. maddelerinde ise “ayrımcılık olmaksızın” ifadesine yer verilmiştir.¹⁶² Aynı durum MSHS için de geçerlidir ve MSHS'nin Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükler açısından ayrımcılığı yasaklayan 2. maddesinde “herhangi bir türde farklılık gözetilmeksizin” ifadesine yer verilmiştir. Ancak MSHS'nin 26. maddesinde ise “ayrımcılık gözetilmeksizin” ifadesine yer verilmiştir. MSHS ile birlikte kabul edilen ESKHS'nin ayrımcılık yasağına yer veren 2. maddesinde ise MSHS'nin 26. maddesi ile aynı şekilde “herhangi bir türde ayrımcılık yapılmaksızın” ifadesine yer verilmiştir.¹⁶³ ESKHS'nin hazırlık sürecinde de hangi terimin kullanılacağına dair bir tartışma yaşanmış ve bazı fark gözetme durumlarının haklı kılınabileceği gerekçesi ile ayrımcılık terimi tercih edildiği belirtilmektedir.¹⁶⁴

Bu iki düzenleme arasındaki farklılık her türlü fark gözetmenin ayrımcılık teşkil edip etmeyeceği noktasında çıkmaktadır. Özellikle “herhangi bir türde farklılık gözetilmeksizin” ifadesinin istisnasız biçimde her türlü farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmasına yol açabileceği ve örneğin özel önlemlerin öngörülmesini veya “meşru” kabul edilebilecek bazı ayrımları engelleyebileceği gerekçesiyle, “ayrımcılık gözetilmeksizin” ifadesinin benimsendiği ifade edilmektedir.¹⁶⁵ MSHS'nin 2. maddesinde MSHS'nin 26. maddesinde ve ESKHS'nin 2. maddesinde olduğu gibi “ayrımcılık yapılmaksızın” ifadesi yerine “fark gözetilmeksizin” ifadesine yer verilmesinin 26. maddenin sadece ayrımcı nitelikteki fark gözetmeyi, 2. maddenin ise maddede yer alan tüm ayrımcılık temellerinde

¹⁶² Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında “Özel Önlemler”, “Geçici Özel Önlemler” ve “Pozitif Edim” ve “Destekleyici Edim”*, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Adalet Yay., Ankara, 2010, s. 113.

¹⁶³ ESKHS'nin 2. maddesindeki ayrımın ortaya çıkışı için bkz, Matthew Craven, s. 161.

¹⁶⁴ Magdalena Sepulveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerp, 2003, s. 383.

¹⁶⁵ Craven, s. 161.

herhangi bir farklı muameleyi ayrımcılık olarak kabul ettiği sonucu çıkarılmaması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶⁶ Her iki düzenlemede de fark gözetilmesinin makul ve nesnel bir gerekçeye dayanmadığı durumda ayrımcılık oluşacağı şeklinde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.¹⁶⁷ Özellikle ayrımcılık yasağının unsurlarından birinin farklı muamelenin nesnel ve makul bir gerekçesinin bulunmaması olduğu düşünüldüğünde “herhangi bir türde farklılık gözetmeksizin” ifadesinin bu şekilde bir unsur ayrımcılık tanımından dışlayacağı ortadadır.

AİHS'nin ayrımcılık yasağına yer veren 14. maddesinin İngilizce ve Fransızca metinleri arasında farklılık bulunmaktadır. Fransızca metinde “herhangibir farklılıkgözetilmeksizin” (sans distinction aucune) ifadesine yer verilirken, İngilizce metinde “ayrımcılık yapılmaksızın” (without discrimination) ifadesine yer verilmiştir. Fransızca metin genel nitelikte, İngilizce metin ise daha dar nitelikte bir koruma sağlamaktadır. AİHM ise kararlarında İngilizce metni esas tutarak daha dar bir yorumda bulunmaktadır. Mahkeme'ye göre 14. maddenin “ayrımcılık yapılmaksızın” ifadesine göre yorumlandığı takdirde tanınmış hak ve özgürlüklerden yararlanmada herkese tam bir eşitlik sağlamayan yasal düzenlemelerin AİHS'ye aykırı olduğu sonucuna varılacaktır ve bu durum kabul edilmemektedir.¹⁶⁸ Bu anlayış İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi Protokol No. 12'de¹⁶⁹ de (Bundan sonra “AİHS/Protokol No. 12” olarak anılacaktır) sergilenmiştir. Protokol'ün Açıklayıcı Not'unda Protokol'ün 1. maddesinde yer alan “ayrımcılık” kavramının, AİHS'nin 14. maddesi ile aynı anlama sahip olması amaçlandığı, Protokol'ün 1. maddesinin Fransızca metninin (sans discrimination aucune), AİHS'nin 14. maddesinin Fransızca metninden (sans distinction aucune) kısmen farklı olduğu belirtilmiştir. Bu farklılığın bir anlam farkından çok, AİHS'nin 14. maddesindeki ayrımcılık kavramının anlamını daha iyi yansıtmak üzere,

¹⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz, Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 212-213.

¹⁶⁷ Nowak, *CCPR Commentary*, s. 45.

¹⁶⁸ AİHM, *Case 'Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium'*, Application Nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment, 23.07.1968, para 10.

¹⁶⁹ İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi Protokol No. 12 (Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 04.11.2000 tarihinde ekabule dilmiş ve 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 18.04.2001 tarihinde Protokol'ü imzalamış olsa da henüz onaylamamıştır. Protokol'ün çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, *Belgeler/I. Cilt*, s. 191-199.

Fransızca metni İngilizce metin ile uyumlu hale getirmek için öngörüldüğü ifade edilmiştir.¹⁷⁰

Yukarıda eşitlik ilkesi kapsamında yapılan açıklamalarda açıklandığı üzere tüm hukuki düzenlemeler bir sınıflandırmayı beraberinde getirmektedir.¹⁷¹ Örneğin insan öldürmenin suç olduğuna dair bir düzenleme herkes için suçtur. Ancak öldürme yasağının da istisnaları söz konusudur. Örneğin savaş halinde askerlerin, belli şartlarda kolluk güçlerinin ve hatta idam cezasının geçerli olduğu ülkelerde cellatların öldürme filleri suç oluşturmamaktadır. Bu şekilde yapılan her hukuki düzenlemede bazı istisnalar öngörülebilir. Bu istisnalar ne kadar az olursa o hukuki düzenlemenin ortaya çıkardığı eşitleştiricilik misyonu o kadar az zarar görmektedir.¹⁷² Dolayısıyla eşitlik ilkesinden belirli kişiler veya durumlar için ayrılması ve fark gözetilmesi mümkündür. Ayrımcılık yasağı, bu noktada, fark gözetme halinin kabuledilebilir, açık ve önceden belirlenmiş faktörlere dayanması için ortaya çıkmıştır.¹⁷³ Ayrımcılık yasağı hangi konuda ve hangi ölçütlerle eşitliğin sağlanması noktasında eşitlik ilkesi ile ortaya çıkan muğlaklığı gidermekte ve somutlaştırmaktadır.¹⁷⁴

Ayrımcılık her ne kadar bugün hukuk tarafından hoş görülmeyen bir olgu ise de her hukuki kavram gibi ayrımcılığın da hukuken tanımlanması gerekmektedir. Ayrımcılık yasağına dair öğretilerde birçok tanım ortaya çıkmıştır. Ayrımcılık, eşitlik ve muamele olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Eşitlik başlığı altında öncelikle eşitlik veya eşitsizliğin tanımına odaklanılırken, muamele başlığı altında muamelenin kendisine, karşılaştırılan bireylerin kimler olduğuna ve hangi hakkın söz konusu olduğuna odaklanılmaktadır. Muamelenin eşit ya da eşit olmayan bir biçimde ya da farklı muamele olarak gerçekleşip gerçekleşmediği göz önünde tutulmaktadır.¹⁷⁵ Ayrımcılık icrai veya ihmali biçimde, bir hukuk sisteminde eşit

¹⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Protokol No. 12, Açıklayıcı Rapor (Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report), para. 18, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/177.htm> (erişim:01.04.2012)

¹⁷¹ Westen, s. 560.

¹⁷² Vierdag, s. 12.

¹⁷³ Ramcharan, s. 252.

¹⁷⁴ Partsch, *Fundamental Principles of Human Rights*, s. 69.

¹⁷⁵ Vierdag, s. 19. Bu noktada ifade etmek gerekir ki çalışmada farklılık gözetme (distinction), farklılaştırma (differentiation) ve sınıflandırma (classification) büyük oranda eşitsiz muamele

durumda olduğu düşünölen kişiler arasında bir hak veya yükümlölükle ilgili olarak geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılmaması veya bir hukuk sisteminde eşit durumda olmadığı düşünölen kişiler arasında bir hak ve yükümlölükle ilgili olarak geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılması olarak tanımlanmaktadır. Burada bahsedilen geçerli neden ile genel olarak eşitlik ilkesinin istisnaları kastedilmektedir.¹⁷⁶ Her farklı muamelenin makul kabul edilmesi mümkün değildir ve bir grup önyargı nedeniyle daha dezavantajlı durumda ise veya bir eşit olmayan muamele bir grubu orantısız biçimde olumsuz etkiliyorsa söz konusu fark gözetmenin makul olmadığı söylenebilir.

Eşitlik ilkesi ile ayrımcılığın hangi kapsamda örtüştüğü veya ayrıştığına ortaya konulması gerekmektedir. Kavramların benzerliğini ve farklılığını savunan anlayışlar arasındaki fark, eşitlik ilkesine yüklenen anlam farklılığından kaynaklanmaktadır. Eşitlik hem başlı başına bir hak, hem de insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilkedir.¹⁷⁷ Ayrımcılık yasağının ihlalinin, eşitlik ilkesinin ihlali olarak kabul edildiği zaman ayrımcılık yasağı başlı başına bir hak haline gelmektedir ve diğer hak ve özgürlükleri tamamlayan bir ilke olmanın ötesine geçmektedir. Ayrımcılık yasağının bu şekilde ayrı bir hak olarak kabul edildiği durumda da hakkın sınırlanabilir olup olmadığı, başka bir deyişle mutlak bir hak olup olmadığı gündeme gelmektedir. Ayrımcılık yasağı mutlak bir hak değildir ve sınırlanabilmesi mümkündür.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili hukuk kurallarında eşitlikle ilgili yukarıda belirtilen kavramların hepsini içermeyecek biçimde konuya yaklaşmıştır. Ayrımcılıkla ilgili yükümlölükler genellikle negatif yükümlölükler biçiminde kaleme alınmıştır. Bu sebeple ayrımcılığa karşı giderim yolları grup temelli değil birey

(unequal treatment) kavramı ile, şüphesiz kullanıldığı bağlam göz önünde tutularak, aynı anlamda kullanılmaktadır.

¹⁷⁶ Vierdag, s. 61, 62.

¹⁷⁷ Ramcharan, s. 253. Eşitliğin bir hak olarak değerlendirildiği durumda başka haklarla çatışmanın ortaya çıkabileceği ve eşitlik ilkesinden taviz verilmesini beraberinde getireceğine yönelik eleştirel bir çalışma için bkz, Alison Stuart, *Back to Basics: Without Distinction-A Defining Principle, Conflict Between Fundamental Rights*, Eva Brems (ed.), Intersentia, Antwerp, 2008, s. 101-130. Eşitlik gibi oldukça farklı anlamlar yüklenebilen ve bir değer yargısı ile birlikte kullanılmadığı sürece kavramın tamamen anlamsız kaldığını, bu nedenle eşitlik kavramı yerine hakların kendisini öne çıkaran bir yaklaşım için bkz, Westen, s. 537-596.

temelli düşünülmüştür.¹⁷⁸ Eşitlik ile ilgili düzenlemeler ise sadece ayrımcılığı yasaklamakla kalmamış ayrımcılığın, taciz, mağdurlaştırma gibi güncel görünümüne dair hükümler ve eşitlik kurumlarının kurulması ve özel önlemler öngörülmesi gibi bir dizi olumlu yükümlülük de içermiştir.¹⁷⁹ Bu nedenlerle ayrımcılığın somut bir dizi eylem öngördüğü, eşitlik ilkesinin ise bir ideali tanımladığı ifade edilmiştir. Bu sebeple de ayrımcılık yasağının pozitif yönünün eşit muamele olduğu belirtilmektedir.¹⁸⁰ Ayrımcılık yasağı ile eşitlik konusunun negatif açıdan ele alındığı ve haksız eşitliğe karşı olumlu bir edimi gerçekleştirmenin hukuki aracı haline geldiği de ifade edilmektedir.¹⁸¹ Aşağıda belirtilecek uluslararası sözleşmelerde yer alan ayrımcılık tanımlarında eşitlik veya eşit muamele ifadelerini ayrımcılık kavramı ile birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanıldığı ifade edilerek bu düşünceye kanıt sunulmaktadır.¹⁸²

Ayrımcılık genellikle bir “yasak” olarak değerlendirilmektedir ve söz konusu yasak eşitlik idealini güvence altına alma amacındadır. Ayrımcılık yasağı, yukarıda ifade edilen eşitlik ile ilgili ilkeleri güvence altına alan bir ilke olarak düşünülmektedir.¹⁸³ Başka bir deyişle yukarıda eşitlik ile ilgili ortaya çıkan ilkelerin gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir. Bu şekilde bir anlayış ile ayrımcılık yasağı eşitlik ilkesi ile ilgili 5. bir alt ilke olmaktan öte bu ilkelerin belli ayrımcılık temellerinde sunulması veya belli ayrımcılık temellerinde sunulmamasını yasaklayan bir ilke anlamına gelmektedir.¹⁸⁴ Bu sebeple eşit ilkesi ile ayrımcılık yasağının aynı ilkenin negatif ve pozitif görünümü olduğu belirtilmektedir.¹⁸⁵ Bu yaklaşım AİHS/Protokol No. 12’nin Açıklayıcı Raporu’nda da ifade edilmiştir. Rapor’da “genel eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ve ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkeleri sıkıca iç içe geçmiştir. Örneğin eşitlik ilkesi, eşit durumda olanlara eşit, farklı durumda

¹⁷⁸ Bell, s. 148.

¹⁷⁹ a.g.e., s. 140.

¹⁸⁰ Schiek v.d., *A Comparative Perspective on Non-Discrimination Law*, s. 26.

¹⁸¹ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 111.

¹⁸² Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 28.

¹⁸³ Vierdag, s. 40, Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 26; Eide; Opsahl, s. 105.

¹⁸⁴ Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 27.

¹⁸⁵ Ramcharan, s. 252; Nowak, **CCPR Commentary**, s. 598; Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 27, Yoram Dinstein, *Discrimination and International Law*, **Israel Yearbook of Human Rights**, Vol. 15, 1985, s. 11; Partsch, s. 69; Arnadottir, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, s. 7; Schiek v.d., *A Comparative Perspective on Non-Discrimination Law*, s. 26; McKean, s. 287; Craven, s. 155.

olanlara farklı muamele edilmesini gerektirir. Bu yapılmadığı durumda ve bunun nesnel ve makul bir gerekçesi olmadığında ayrımcılığa yol açılmış olur” ifadelerine yer verilerek bu düşünce desteklenmiştir.¹⁸⁶ Ayrımcılık yasağı bugün sadece hukuk önünde eşitlik ve hukuken eşit korunma ilkesinin ötesinde hukuk karşısında eşitlik ve hukuken eşit yararlanma ilkelerini de kapsamaktadır.¹⁸⁷ Ayrımcılık yasağı günümüzde eşitliğe ulaşmada en önemli araçlardan biridir.¹⁸⁸

Ayrımcılık ve eşitlik kavramları arasında başka bir bakış açısı ise bu iki kavramın eşanlamlı kavramlar olmadığı yönündedir. Bu görüş, eşitlik kavramının kişiler, şeyler, muameleler, amaçlar ve sonuçlar bakımından gündeme geldiğini, ayrımcılık kavramının ise büyük oranda muamele kavramı ile anlam kazandığını ifade etmektedir.¹⁸⁹ Bu noktada bir diğer görüş olarak, ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesinin uygulama alanının belirlenmesi konusunda bir işlevi olduğu ve insan hakları kataloğuna ayrı bir hak olarak eklenemeyeceği ifade edilmiştir.¹⁹⁰

Ayrımcılık yasağı eşitliğe ulaşma yolunda önemli araçlardan biri olarak görülmektedir. Ayrımcılık yasağının hangi ölçüt kapsamında neyin eşit olması gerektiğinin somutlaştırılması noktasında da işlev taşıdığı ifade edilmektedir. Örneğin ırk, dil, din gibi temellerin ifade edilmesi ile eşitliğin bu temelerde sağlanması gerektiği ifade edilmiş olmaktadır.¹⁹¹ Ancak bir toplumda tarihsel temelleri olan bir eşitsizliğin olduğu durumda sadece ayrımcılığın yasaklanması ile eşitliğin sağlanması mümkün olamamaktadır.¹⁹² Eşitliğin sağlanması için bazen farklı muamele yapılması gerekmektedir.

¹⁸⁶ AIHS/Protokol No. 12'nin Açıklayıcı Rapor, paras. 1 ve 15.

¹⁸⁷ Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde engellilik temelinde eşitlik ve ayrımcılık konusu düzenlenmiştir. Bu yaklaşım maddenin birinci fıkrasında “Taraflar Devletler herkesin hukuk önünde ve içinde eşit olduklarını ve herhangi bir ayrımcılık olmaksızın hukukun eşit koruması ve hukuken eşit olarak yararlanmaya hak sahibi olduklarını tanırlar.” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise “Taraflar Devletler engellilik temelindeki tüm ayrımcılığı yasaklayacaklardır ve engelli kişiler için her türlü temeldeki ayrımcılığa karşı eşit ve etkili yasal korumayı güvence altına alacaklardır.” ifadesi yer almıştır. İlk iki fıkranın ayrımcılık yasağı ve eşitlik ile ilgili düzenlemelere ayrı ayrı yer vermesi ve maddenin başlığının “Eşitlik ve Ayrımcılık Yapılmaması” (Equality and Non-discrimination) olarak yer alması eşitlik ve ayrımcılık yasağının aynı ilkenin negatif ve pozitif görünüşleri olduğu düşüncesini desteklemektedir.

¹⁸⁸ Eide; Opsahl, s. 125.

¹⁸⁹ a.g.e., s. 99.

¹⁹⁰ Partsch, s. 62.

¹⁹¹ a.g.e., s. 69.

¹⁹² Eide; Opsahl, s. 105; Partsch, s. 69.

B. Ayrımcılık Yasağının Normatif Tanımı

Ayrımcılık, kelimenin önüne gelen başka kelimelerle farklı anlamlar kazanabilmektedir. Örneğin ayrımcılık söz konusu olduğunda, hukuk normları ve politikalara gönderme yapan *de jure* ayrımcılık, uygulamaya gönderme yapan *de facto* ayrımcılık, karşılaştırılabilir durumda olan kişiler arasında bir kişinin ilgili özelliği nedeniyle ayrımcılığa uğramasına gönderme yapan doğrudan ayrımcılık, tarafsız bir uygulamanın belirli bir özelliği olan bir grup üzerinde dezavantajlı etki doğurmasına gönderme yapan dolaylı ayrımcılık, bir kişinin birden çok özelliği nedeniyle ayrımcılığa uğraması durumuna gönderme yapan çoklu ayrımcılık gibi farklı kullanımlar buna örneklerdir.¹⁹³

Ayrımcılık yasağı birçok uluslararası sözleşmede ve neredeyse tüm ülkelerin anayasalarında yer almasına karşın üzerinde ortaklaşmış bir hukuki tanımı bulunmamaktadır. Kavram öncelikle farklı ülkelerin iç hukuk sistemlerinde ortaya çıkmış ve daha sonra uluslararası insan hakları hukukunun bir konusu haline gelmiştir. BM'nin kuruluşunun ardından 1946 yılında bir danışma organı olarak kurulan Ayrımcılığın Önlenmesi ve İnsan Haklarının Korunması üzerine Alt Komisyon (The Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Human Rights) ayrımcılığın tanımını “ayrımcılığın önlenmesi” bağlamında yapmaya çalışmıştır.¹⁹⁴ Komisyon, ayrımcılığın önlenmesini, bireylerin veya birey gruplarının kendilerine eşit muamele edilmesini isteyebilecekleri bir durumda bunu önleyen herhangi bir fiil olarak tanımlamıştır. Şüphesiz bu tanım günümüzde kabul edilen tanımla karşılaştırıldığında oldukça yetersiz bir tanımdır. Ancak Komisyon söz konusu bireylere veya gruplara farklı muamele edildiği durumda, farklı muamelenin bu kişilerin lehine gerçekleştiği durumda veya bir bütün olarak topluluğun refahı için öngörüldüğü durumda haklı bir neden olarak kabul edilebileceğini kabul etmiştir. Başka bir deyişle gerçek eşitlik için haklı kabul edilebilecek farklılaştırma (differentiation) kavramı ile istenmeyen (unwanted),

¹⁹³ Özellikle doğrudan, dolaylı ve çoklu temelde ayrımcılık kavramları üzerinde aşağıda ayrıntılı olarak durulacaktır.

¹⁹⁴ McKean, s. 72.

makul olmayan (unreasonable) ve haksız (invidious) fark gözetme olarak kabul edilen ayrımcılık kavramları açıkça farklı kavramlar olarak kabul edilmiştir.¹⁹⁵

Bu konuda tarihsel bakımdan ilk uluslararası belge olarak kabul edilebileceğimiz belge olan EİHB'nin 1. maddesi “bütün insanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar” ifadesine yer vermektedir. Bu ifade herkes tarafından kabul görmesine karşın bu düşüncenin hukuk alanına yansımaları noktasında farklı yaklaşımlar ortaya çıkabilmektedir.¹⁹⁶ 111 No'lu ILO Sözleşmesi, Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme, IAOKS ve KKAOKS ayrımcılığın tanımını yapmıştır.¹⁹⁷ Ayrımcılık yasağına dair uluslararası hukukta ortaya çıkan tanımlara ilgili sözleşmelerin yürürlüğe giriş tarihleri doğrultusunda kronolojik olarak değinilecektir.

111 No'lu ILO Sözleşmesi 1. maddesinde ayrımcılık tanımlanmıştır. Maddeye göre ayrımcılık, “a) ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal ya da sosyal köken temelinde yapılan ve istihdam ya da meslekte fırsat yahut muamele eşitliğini ortadan kaldırma ya da zedeleme etkisi olan herhangi bir farklılık gözetme, dışlama ya da öncelik tanıma; b) ilgili üye tarafından, varsa temsilci niteliğini haiz işveren ve işçi örgütleriyle ve diğer uygun mercilerle istişarede bulunulduktan sonra belirlenebilecek olup istihdam ya da meslekte fırsat yahut muamele eşitliğini ortadan kaldırma ya da zedeleme etkisi olan türdeki başkaca farklılık gözetme, dışlama veya öncelik tanıma”, anlamına gelmektedir.¹⁹⁸ Maddede yer alan farklılık gözetme (distinction), dışlama (exclusion) ve öncelik tanıma (preference) ifadelerinin daha sonraki tarihlerde kabul edilen ve ayrımcılık yasağına yer veren uluslararası sözleşmelerde yer verilen kavramlar olduğundan hareketle, tarihsel bir önemi olduğu ifade edilmektedir.¹⁹⁹ 111 No'lu ILO Sözleşmesi'nde yer alan tanımın büyük ölçüde şekli eşitlik anlayışını benimsediği, sonuçlarda eşitlik değil fırsat eşitliği anlayışını

¹⁹⁵ a.g.e., s. 82-83.

¹⁹⁶ Eide; Opsahl, s. 100.

¹⁹⁷ Bu tanımlarla ilgili ayrıntılı bir karşılaştırma için bkz, Mehmet Semih Gemalmaz, *Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi*, İÜHF Mecmuası, Cilt 69, Sayı 1-2, Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 148 vd.

¹⁹⁸ Maddenin ortaya çıkış süreci için bkz, McKean, s.124 vd.

¹⁹⁹ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 234; Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, s. 223.

yansıttığı, farklılıkların görmezden gelinmesi ile eşit muamele ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalmaktadır.²⁰⁰

Ayrımcılık yasağının tanımına yer veren ikinci uluslararası sözleşme Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme'dir. Sözleşme eğitim alanına özgülenmiş bir Sözleşme olduğu için ayrımcılığın tanımı bu kapsamda yapılmıştır. Sözleşme'nin 1/1 maddesinde Sözleşme'nin amacı bakımından ayrımcılık teriminin, "ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüş, ulusal ya da sosyal köken, ekonomik durum ya da doğum temeline dayalı olarak, eğitimde muamele eşitliğini ortadan kaldırmak ya da zayıflatmak, özellikle de:(a) Herhangi bir kişiyi ya da kişiler grubunu, herhangi bir türdeyahut düzeyde eğitim görmekten yoksun bırakmak; (b)Herhangi bir kişiyi ya da kişiler grubunu, düşük standartlı bir eğitimle sınırlamak; (c)Bu Sözleşme Madde 2 saklı kalmak kaydıyla kişiler ya da kişi grupları için ayrı eğitim sistemlerini ya da kurumlarınıitesisyahutmuhafaza etmek; (d) Herhangi bir kişiye ya da kişiler grubuna, kişi onuruyla bağdaşmayan koşullar uygulamak, amacını taşıyan yahut sonucunu doğuran, herhangi bir farklılık gözetme, dışlama, kısıtlama ya da öncelik tanıma" olarak ifade edilmiştir.²⁰¹ Görüldüğü gibi 111 No'lu ILO Sözleşmesiile ayrımcılık tanımı içerisinde sayılan fark gözetme, dışlama ve öncelik tanıma ifadeleri ile birlikte sınırlama (limitation) ifadesine de yer verilmiş ve kapsam genişletilmiştir.²⁰²

IAOKS'nin 1. maddesi ırksal ayrımcılığı, "siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel alanda ya dakamusal yaşamın herhangi bir başka alanında, eşitlik temelinde olarak, insan haklarının ve temel özgürlüklerin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını yahut bunlardan yararlanılmasını yahut bunların kullanılmasını kaldırmak veya zayıflatmak amacını taşıyan ya da etkisini doğuran, ırk, renk, soy ya da ulusal yahut etnik kökene dayalı herhangi bir farklılık gözetme, dışlama, kısıtlama yahut öncelik tanıma" olarak tanımlanmıştır.²⁰³ Sözleşme'de yer alan tanım için Eğitimde Ayrımcılığa Karşı UNESCO Sözleşmesi ile 111 No'lu ILO Sözleşmesi'nden

²⁰⁰ Bob Hepple, *Equality and Employment for Decent Work*, **International Labour Review**, Vol. 140, No. 1, 2001, s. 6.

²⁰¹ Maddenin ortaya çıkış süreci için bkz, McKean, s. 132 vd.

²⁰² Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 238.

²⁰³ Maddenin ortaya çıkış süreci için bkz, McKean, s. 155 vd.

esinlenildiği ifade edilmektedir.²⁰⁴ Tanımda yer alan unsurlar 111 No'lu ILO Sözleşmesi'nde yer alan unsurlar ile aynıdır.²⁰⁵ Bu konuda tek farklılık sınırlama kelimesi yerine kısıtlama (restriction) kelimesine yer verilmesidir. Ancak bu farklılığın normatif anlamda bir değişiklik anlamına gelmediği ifade edilmiştir.²⁰⁶

KKAOKS'nin 1. maddesinde ise kadınlara karşı ayrımcılık, "...medeni durumları ne olursa olsun, siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ya da herhangi bir başka alandaki insan haklarının ve temel özgürlüklerin, erkekler ve kadınlar arasında eşitlik temelinde olarak, kadınlara tanınmasını, kadınlar tarafından bunlardan yararlanılmasını ya da kullanılmasını zayıflatma yahut hükümsüz kılma etkisini doğuran ya da bu amaca yönelik, cinsiyete dayalı herhangi bir farklılık gözetme, dışlama ya da kısıtlama" şeklinde tanımlamıştır.²⁰⁷ Fark edileceği üzere bu tanımda öncelik tanıma (preference) ifadesine yer verilmemiştir. Bu durumun altında yatan neden Sözleşme'nin hazırlık sürecinde öncelik tanıma ifadesi üzerinde uzlaşılmamış olması olarak gösterilmektedir.²⁰⁸

Ayrımcılık yasağının tanımına yer veren son uluslararası sözleşme Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'dir. Sözleşmenin daha önce kabul edilen uluslararası sözleşmelerle karşılaştırıldığında uluslararası insan hakları hukukuna şekli eşitlik anlayışı yerine çok yönlü dezavantajı göz önünde tutan bir eşitlik ilkesi anlayışını getirdiği ve eşitlik ilkesinin Sözleşme'nin temel motifi olduğu ifade edilmektedir.²⁰⁹ Sözleşme'nin 2. maddesinde engellilere yönelik ayrımcılık, "başkalarıyla eşitlik temelinde olarak, siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni yahut herhangi bir başka alandaki tüm insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını ya da bunların kullanılmasını zayıflatmak yahut kaldırmak amacını taşıyan yahut etkisini doğuran engellilik temelindeki herhangi bir farklılık gözetme, dışlama yahut kısıtlama tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı

²⁰⁴ Boyle; Baldaccini, s. 151.

²⁰⁵ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 155.

²⁰⁶ McKean, s. 156.

²⁰⁷ Maddenin ortaya çıkış süreci için bkz, Lars Adam Rehof, **Guide to the Travaux Préparatoires of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women**, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, s. 42. vd.

²⁰⁸ a.g.e., s. 48.

²⁰⁹ Arnardottir, *A Future of Multidimensional Disadvantage. g.e. Equality?*, s. 41.

olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlama” olarak tanımlanmıştır. Makul uyumlaştırmanın gerçekleştirilmemesi hali de ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir. Bu durum özellikle daha önce hiçbir uluslararası sözleşmenin makul uyumlaştırma yükümlülüğüne yer vermediği düşünüldüğünde oldukça önemlidir.²¹⁰ Bu tanımda da görüleceği gibi öncelik tanıma kavramına ayrımcılığın bir unsuru olarak yer verilmemiştir. Belirtilen tüm bu normatif tanımlarda kısmi farklılıklar olmakla birlikte ayrımcılık yasağının benzer şekilde tanımlandığı görülmektedir.

C. Ayrımcılık Yasağının İçtihadî Tanımı

Yukarıda belirtilen ayrımcılığın normatif tanımları haricinde bazı uluslararası sözleşmelerde ayrımcılık tanımına açıkça yer verilmese de çeşitli biçimlerde ayrımcılık tanımları ortaya çıkmıştır. Bu noktada öncelikle normatif düzeyde ortaya çıkan tanıma benzer tanımlar ortaya konulacak, ardından içtihat yoluyla ortaya çıkan diğer ayrımcılık tanımları üzerinde durulacaktır.

Uluslararası Adalet Divanı, 1971 tarihli bir İstisari Görüşü’nde ayrımcılığı temel insan haklarının bir inkârını oluşturan ve münhasıran ırk, renk, soy yahut ulusal ya da etnik köken temellerine dayanan farklılık gözetmeler, dışlamalar, kısıtlamalar veya sınırlamalar koymak ve uygulamak...” olarak tanımlamıştır.²¹¹ Bu tanımda yukarıda da görüleceği üzere IAOKS, Eğitimde Ayrımcılığa Karşı UNESCO Sözleşmesi ile 111 No’lu ILO Sözleşmesi’nde yer alan tanımlardan esinlendiği ifade edilmektedir.²¹²

IAOKS’nin 1. maddesinde belirtilen ayrımcılık tanımının yanı sıra Sözleşme’nin denetim organı olan IAOKK tarafından kullanılan bir diğer tanıma

²¹⁰ Makul uyumlaştırma kavramı daha önce bir uluslararası sözleşmede yer almamış olsa da ilk kez ESKHK tarafından 5 No’lu Genel Yorum’da tanınmıştır. Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment No. 5, Persons with disabilities, E/1995/22, 09.12.1994, (Bundan sonra “ESKHK, 5 No’lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

²¹¹ UAD, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, I.C.J. Reports 1971, s. 57.

²¹² Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 111; Schwelb, Egon, *The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter*, **American Journal of International Law**, Vol. 66, No. 2, Nisan 1972, s. 351.

göre bir farklı muamelenin ayrımcılığa yol açmadığının kabulü için makul ve nesnel bir gerekçelendirme gerekmektedir.²¹³ KKAOKK “Genel Tavsiye No. 19: Kadınlara karşı şiddet” başlığını taşıyan belgede, bir kadına kadın olması nedeniyle yöneltilen veya ölçüsüz biçimde kadınları etkileyen, insan haklarından kadınların yararlanmasını engelleyen veya ortadan kaldıran, cinsiyet temelli, bedensel, ruhsal, cinsel şiddetin ayrımcılığın bir türü olduğunu kabul etmiş ve ayrımcılık yasağının kapsamını genişletmiştir.²¹⁴

MSSH bağlamında ayrımcılığın tanımı Sözleşme’de yer almamaktadır. Bu durumun altında yatan nedenler arasında maddenin hazırlık sürecinde yaşanan tartışmalar ve anlaşmazlıklar gösterilmiştir.²¹⁵ Bu konuda maddenin yorumu ve ayrımcılığın tanımı bireysel şikâyet başvuruları, taraf devlet raporları ile ilgili nihai tespitler ve genel yorumlar yoluyla İnsan Hakları Komitesi tarafından yapılmıştır. Komite, 18 No’lu Genel Yorum’da IAOKS ve KKAOKS’nin 1. maddelerinde yer alan tanımlardan esinlenerek ayrımcılığı, “...ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da diğer görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum yahut başka statüler gibi herhangi bir temele dayanan ve tüm kişiler bakımından eşitlik temelinde olarak, bütün hakların ve özgürlüklerin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını yahut bunların kullanılmasını kaldırmak yahut zayıflatmak amacını taşıyan ya da etkisini doğuran herhangi bir farklılık gözetme, dışlama, kısıtlama veya öncelik tanıma” olarak tanımlamıştır.²¹⁶ Tanımdan da görülebileceği gibi İnsan Hakları Komitesi fark gözetme, dışlama, kısıtlama ve öncelik tanıma şeklindeki dörtlü formülü aynen benimsemiştir. İnsan Hakları Komitesi tarafından yapılan ayrımcılık yasağı tanımında bütün hak ve özgürlükler ibaresine yer verilerek evrensel bir ayrımcılık yasağı tanımına ulaşılmıştır. Bu sebeple, ileride de görüleceği üzere, sadece MSSH’nde yer alan haklar bağlamında değil hukuken tanınmış tüm haklar bakımından ayrımcılığı yasaklamış olmaktadır. Bu durum Komite tarafından ayrımcılık yasağı çerçevesinde sağlanan korumanın kapsamının genişletildiği

²¹³ IAOKK, *Sefic v. Denmark*, Communication No. 32/2003, Opinion, 07.03.2005, CERD/C/66/D/32/2003

²¹⁴ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal Yay., İstanbul, 2010, s. 102.

²¹⁵ Tufyal Choudry, *The Drafting of Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights: Part I*, **European Human Rights Law Review**, Sweet&Maxwell, 2002, No. 5, s. 603.

²¹⁶ İHK, 18 No’lu Genel Yorum, paras. 7-8.

anlamına gelmektedir.²¹⁷ Komite aynı Genel Yorum'da ayrımcılığı tanımlarken aşağıda görülecek AIHM tarafından ortaya konulan tanımı da benimsediğini göstermiştir. Buna göre bir farklılık öngörmenin makul ve nesnel ölçütleri bulunuyor ve bununla gerçekleştirilmek istenen amaç da Sözleşme çerçevesinde sayılan nitelikte ise, her farklı muamele ayrımcılık oluşturmayacağını tespit etmektedir.”²¹⁸ Benzer yaklaşım 18 No'lu Genel Yorum dışında çok sayıda şikâyet başvurusunda da yer almıştır.²¹⁹

ESKHS'nde hem Sözleşme'de yer alan haklar bağlamında ayrımcılık yasaklanmış, hem de bazı haklar açısından ayrıca ayrımcılık yasağına yer verilmiştir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1994 yılında, “Genel Yorum No: 5 Engelli Kişiler” başlıklı belge de engellilere yönelik ayrımcılığı “...ekonomik, sosyal veya kültürel hakların tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını ya da bunların kullanılmasını kaldırmak yahut zayıflatmak etkisini doğuran engellilik temelindeki herhangi bir farklılık gözetme, dışlama, kısıtlamayahut öncelik tanıma ya da makul uyumlaştırmanın yapılmaması” olarak tanımlanmıştır.²²⁰ Görüldüğü gibi İHK'nin ayrımcılık tanımından 5 yıl sonra yayınlanan bu tanımla ilk kez makul uyumlaştırmanın reddi ayrımcılık olarak tanımlanmış ve bu yaklaşım 2006 yılında kabul edilen Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nde de benimsenmiştir.²²¹

ESKHK 2009 yılında yayınladığı 20 No'lu Genel Yorum'da sadece engellilere yönelik olarak değil geniş kapsamlı olarak ayrımcılığın tanımını yapmıştır. Komite, ayrımcılığı bu kez, “Sözleşme yer alan hakların, eşitlik temelinde olarak, tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını yahut bunların kullanılmasını kaldırmak yahut zayıflatmak amacını taşıyan ya da etkisini doğuran ve doğrudan yahut dolaylı şekilde yasaklanan ayrımcılık temellerine dayanan herhangi bir farklılık gözetme, dışlama, kısıtlama yahut öncelik tanıma veya diğer farklı

²¹⁷ Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 101.

²¹⁸ İHK, 18 No'lu Genel Yorum, para. 13. Söz konusu paragrafın Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 189.

²¹⁹ Bu başvurulara örnek olarak bkz, İHK, *Pauger v. Austria*, Communication No. 415/1990, View, 30.03.1992, CCPR/C/44/D/415/1990, para. 7.3; *Foin v. France*, Communication No. 666/1995, View, 09.11.1999, CCPR/C/67/D/666/1995, para. 10.3; *Zwaan-de Vries v. The Netherlands*, Communication No. 182/1984, View, 09.04.1987, CCPR/C/29/D/182/1984, para. 13.

²²⁰ ESKHK, 5 No'lu Genel Yorum, para. 15. Söz konusu paragrafın Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 221.

²²¹ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 221.

muamele” olarak tanımlamıştır. Komite ayrımcılığın, taciz ve ayrımcılığa tahriki de içerdiğini belirtmiştir.²²² Bu tanımda da görüldüğü gibi fark gözetme, dışlama, kısıtlama veya öncelik tanıma formülü aynen benimsenmiştir. Ancak bu tanım en önemli yeniliği aşağıda görüleceği üzere ilk kez doğrudan (direct) ve dolaylı (indirect) ayrımcılık kavramlarının AB hukukunda ayrımcılık talimatı (instruction to discriminate) ve taciz (harassment) olarak adlandırılan kavramların ayrımcılığa tahrik ve taciz adıyla ayrımcılığın bir türü olarak kabul edilmesidir. Komite anılan belge de ayrıca, aşağıda belirtilecek AİHM tarafından kullanılan tanımı da benimsediğini ortaya koymuştur. Komite’ye göre ayrımcılık, ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerden birine dayalı olarak makul ve nesnel gerekçeye dayanmayan farklı muamele olarak tanımlanmıştır. Bu noktada makul ve nesnel gerekçe, alınan tedbirlerin ya da ihmali nitelikteki fiillerin amaç ve etkilerinin meşru olup olmadığının, Sözleşme’de tanımlanan hakların niteliğiyle bağdaşp bağdaşmadığının ve yalnızca demokratik toplumda genel refahın geliştirilmesi amacıyla yapılıp yapılmadığının ve gerçekleşmesi istenen amaç ile alınan tedbirlerin ve ihmali fiiller ve bunların etkileri arasında açık ve makul bir orantılılık ilişkisi bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.²²³

Herhangi bir bireysel şikâyet başvuru yolu öngörmeyen ÇHS’nde ayrımcılığın tanımını içeren bir düzenleme bulunmamaktadır. ÇHS’nin denetim organı olarak kurulan Çocuk Hakları Komitesi ayrımcılığın tanımını nihai tespitler vasıtasıyla yapmıştır.²²⁴ Komite’ye göre ayrımcılık, keyfi ve nesnel olarak herhangi bir temelde yapılan farklı muamele olarak tanımlanmıştır.²²⁵

Avrupa Konseyi çerçevesinde ayrımcılığı tanımlayan bir uluslararası sözleşme bulunmamaktadır. Bu konuda AİHS’nden sonra ortaya çıkan birçok uluslararası sözleşme kendi konusu bağlamında bir tanıma yer verirken AİHS’nde bu

²²² Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment No. 20, Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2), E/C.12/GC/20, 02.07.2009, para. 7, (Bundan sonra “ESKHK, 20 No’lu Genel Yorum” olarak anılacaktır) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

²²³ a.g.k., para. 13.

²²⁴ Wouter Vandenhoele, **Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies**, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2005, s. 79.

²²⁵ Concluding Observations of the Committee on the Rights of Child, Belgium, 13.06.2002, CRC/C/15/Add.178), para. 6. <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/343e2ee65ff32b2cc1256bd60046c4f5?Opendocument> (erişim:01.04.2012)

anlamda bir tanım bulunmamaktadır. AİHS kapsamında görev yapan denetim organı AİHS'nin içtihatlarında ortaya çıkmış bir ayrımcılık tanımı mevcuttur. Mahkeme'nin içtihatları ile ortaya koyduğu tanım, Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından bir muameledeki farklılık, makul ve nesnel bir nedene dayanmıyor, meşru bir amaç izlemiyorsa veya başvuru ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmuyorsa, ayrımcılık oluşturacağı şeklindedir.²²⁶Sözleşme'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağına dair AİHK ve AİHM bugüne kadar farklı adlandırmalar kullanmıştır. AİHK henüz 1955 yılında önüne gelen bir başvuruda “ayrımcılık yasağı ilkesi” kavramını kullanmıştır.²²⁷ Aynı ifade AİHS/Protokol No. 12'ninBaşlangıç bölümünde de yer almıştır. Ancak farklı zamanlarda “eşitlik ilkesi”²²⁸, “eşit muamele”²²⁹ ifadeleri de kullanılmıştır.

Avrupa Konseyi kapsamında, Avrupa Sosyal Şartı veya Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda ayrımcılığın tanımı yapılmamıştır. Ancak bu Sözleşmelerin denetim organı olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi toplu şikâyet başvurularında ayrımcılığın tanımını yapmıştır. Komite, bir farklı muamelenin meşru bir amaç taşımadığı ve başvuru ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında bir ölçülülük bulunmadığı, dolayısıyla makul ve nesnel kabul edilemediği durumda ayrımcı kabul edilebileceğini ifade etmiştir.²³⁰ Bu tanım yapılırken Komite doğrudan AİHM'nin *Rasmussen v. Denmark*²³¹ kararına gönderme yaparak AİHM'nin yaklaşımını benimsediğini ortaya koymuştur.

Avrupa Birliği bağlamında ortaya çıkan kurucu andlaşmalarda da ayrımcılığın tanımı yer almamıştır. Ancak ilk defa 2000 yılında kabul edilen 2000/43/EC sayılı Direktif'te, ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık,

²²⁶ AİHM, *Rasmussen v. Denmark*, Application No. 8777/79, Judgment, 28.11.1984, para. 38.

²²⁷ AİHK, *X v. Federal Almanya*, Application No. 86/55, Decision, 16.12.1955, Yearbook 1, p. 198'den aktaran, Frédéric Edel, **The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010, s. 8.

²²⁸ AİHM, *Schuler Zraggen v. Switzerland*, Application No. 14518/89, Judgment, 24.06.1993, para 46.

²²⁹ AİHM, “*Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*”, Application Nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment, 23.07.1968, para 10.

²³⁰ AİHK, *Confédération Française Démocratique du Travail (CFDT) v. France*, Complaint no. 50/2008, Decision, 09.09.2009, para. 38; ayrıca bkz, *European Roma Rights Centre (ERRC) v. Bulgaria*, Complaint no. 31/2005, Decision, 31.10.2006, para. 40; *European Roma Rights Centre (ERRC) v. France*, Complaint no. 51/2008, Decision 19.10.2009, para. 82; *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italy*, Complaint no. 58/2009, Decision, 25.06.2010, para. 35.

²³¹ AİHM, *Rasmussen v. Denmark*, Application No. 8777/79, Judgment, 28.11.1984, para. 38.

taciz ve ayrımcılık talimatı başlıkları çerçevesinde tanımlanmıştır.²³² Yine 2000 yılında kabul edilen 2000/78/EC sayılı Direktif'te ise yukarıda belirtilenlere ek olarak makul uyumlaştırmanın tanımı da yapılmıştır.²³³ ABAD da kararlarında ayrımcılığı eşit muamele ilkesi kapsamında tanımlamıştır. ABAD'na göre eşit muamele ilkesi olgusal ve hukuki şartları önemli bir farklılık oluşturmayan iki ayrı kategorideki kişilere farklı muamele edildiği veya farklı durumdaki bireylerin aynı şekilde muamele edildiği zaman ihlal edilmiş olacaktır.²³⁴

Yukarıda belirtilen tüm bu tanımlar ışığında ayrımcılığın ortaya çıkan bir tanımı ortaya çıkmaktadır. Yukarıda ortaya konulan tanımlarda bazı ortak yönler mevcuttur: Ayrımcılık yasağının konu bakımından kapsamı, ayrımcılığın yasaklandığı temeller, bu temellerden birine dayalı olarak ortaya çıkmış farklı muamele ve farklı muamelenin belli bir amacı veya etkisinin olması. Uluslararası sözleşmeler tarafından bizzat veya bu sözleşmeler tarafından kurulan denetim organları tarafından içtihat yoluyla ortaya çıkan tanımlar ışığında ayrımcılığın genel olarak bir tanımının yapılması mümkündür. Ortaya çıkan tanımların zaman içerisinde kapsamının genişlediği düşünüldüğünde insan hakları bağlamında ayrımcılığın en güncel tanımı şu şekilde yapılabilir: Kamusal veya özel yaşamda, insan haklarının eşitlik temelinde tanınmasını, haklardan yararlanılmasını veya hakların kullanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacını taşıyan veya böyle bir etki doğuran, herhangi bir ayrımcılık temeline dayanan, herhangi bir fark gözetme, dışlama, sınırlama veya kısıtlama ya da öncelik tanıma veya taciz ya da bir başkasına yönelik ayrımcılık yapılması talimatı veya örneğin engellilik veya din veya inanç temelinde herhangi bir kişinin ya da kuruluşun, bir hükmün, ölçütün veya uygulamanın beraberinde getirdiği dezavantajları kaldırmak için uygun tedbirleri almaması olarak yapılabilir. Bu şekilde bir tanım aşağıda ayrıntılı olarak üzerinde

²³² Christa Tobler, **Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination**, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Luxemburg, 2008, s. 20.

²³³ Belirtilen kavramlar aşağıda ayrıntılı biçimde inceleneceği için burada üzerinde durulmayacaktır.

²³⁴ ABAD, *Firma A. Racke v. Hauptzollamt Mainz*, Case 283/83, Judgment of the Court (First Chamber) of 13 November 1984, para. 7 ; *Finanzamt Köln-Allstadt v. Roland Schumacher*, Case C-279/93, Judgment of the Court of 14 February 1995, para. 30; *The Queen v. The Competition Commission, Secretary of State for Trade and Industry and The Director General of Fair Trading, ex parte Milk Marque Ltd and National Farmers' Union*, Case C-137/00, Judgment of the Court of, 9 September 2003, para. 126.

durulacağı üzere ayrımcılığın tüm güncel yönlerini kapsayacaktır. Ancak bu tanım ayrımcılığın kapsamı açısından işlevli olmakla birlikte ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğine dair yapılacak bir değerlendirme de işlevli olamayabilmektedir. Bu açıdan AİHM'nin benimsediği tanım öne geçmektedir.²³⁵ AİHM'nin benimsediği yaklaşım ayrımcılık yasağının ihlale dilip edilmediğinin tespitinde kullanılabilir ölçütler içermektedir.

²³⁵ Bu tanımın benimsendiği izlenimi veren bir Danıştay kararı için bkz, Danıştay 10. Daire, E. 2004/5815, K. 2007/461, K.t. 24.01.2007.

BÖLÜM 4. AYRIMCILIK YASAĞININ KİŞİ VE KONU BAKIMINDAN KAPSAMI

Ayrımcılık yasağı kimlerin ve nelerin hangi ölçüte göre eşit olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu noktada ayrımcılık yasağının uygulama alanı ve uygulanacak gruplar öne çıkmaktadır. Bu nedenle ayrımcılığın tanımının ardından ayrımcılık yasağı ile ilgili hukuki düzenlemelerin önemli parçası olan iki konu üzerinde durulacaktır. Bu konulardan ilki ayrımcılığın kişi bakımından (*ratione personae*) kapsamıdır.¹Bu noktada hem ayrımcılığın hangi temellerde yasaklandığı, başka bir deyişle ayrımcılığa karşı hangi grupların koruma gördüğü hem de hangi kişilerin farklı muameleden sorumlu olduğu üzerinde durulacaktır. Bu bölümde ikinci olarak ise ayrımcılık yasağının hangi konuları kapsadığı (*ratione materiae*) belirlenecektir. Ayrımcılık yasağına yer veren yasal düzenlemeler yasaklanan fark gözetmenin tiplerine ve bu yasağın uygulanacağı alana yer vermektedir. Bu durumun somutlaştırılması ise ayrımcılığın yasaklandığı temeller ile alanların belirtilmesi ile sağlanmaktadır. Dolayısıyla yasaklanan bir temelde ve alanda ortaya çıkan farklı muamele *a priori* olarak ayrımcılık oluşturmaktadır. Bir kişinin kendine özgü özellikleri bulunan bir gruba mensup olması nedeniyle dışlanması sonucunda artık farklı muamelenin meşru olduğunun ve makul ve nesnel bir nedeninin bulunduğunu ortaya koyma yükümlülüğü farklı muameleyi gerçekleştiren kişide olmaktadır. Bu sebeple ayrımcılık yasağının öncelikle kişi ve konu bakımından kapsamının belirlenmesi önem kazanmaktadır.

¹ Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan ayrımcılık temellerinin bir listesi için bkz, Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal Yay., İstanbul, 2010, s. 103-105.

I. Ayrımcılık Yasağının Kişi Bakımından Kapsamı

A. Ayrımcılığa Karşı Korunan Kişi Bakımından Kapsamı

1. Tek Yönlü-İki Yönlü Yaklaşım

Ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda gündeme gelen konulardan biri bu yasağın hangi grupları koruma altına aldığıdır. Bu noktada öncelikle ayrımcılık temellerinden bazıları açısından tarafsız bir yaklaşım benimsenip benimsenmediği üzerinde durulacaktır. Örneğin ayrımcılık temelleri arasında en yaygın olan ve kapsamlı koruma öngören cinsiyet temelli ayrımcılık sadece kadınlara yönelik ayrımcılığın tanındığı anlamına mı gelmektedir, yoksa erkeklere yönelik ayrımcılık da bu kapsam dâhilinde midir? Ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerde bu açıdan farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Bu yaklaşımlardan ilki tek yönlü (one way) veya iki yönlü (two ways)² ya da asimetric (asymmetric) veya simetrik (symmetric)³ olarak adlandırılan yaklaşımlardır. Ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemeler çoğunlukla çift yönlü, simetrik niteliktedir ve ilgili ayrımcılık temeli çerçevesinde tüm grupları ve durumları kapsamına almaktadır.⁴ Örneğin cinsiyet temelinde ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler hem erkekler hem de kadınlar için koruma getirmektedir.⁵ Bazı düzenlemeler ise tek yönlü, asimetrictir ve ayrımcılık temeli çerçevesinde yalnızca bir grup için koruma öngörmektedir. Örneğin KKAOKS'nin öngördüğü koruma cinsiyet temelinde değildir ve yalnızca kadınlar bu korumadan yararlanmaktadır.⁶

² Anna Christensen, *Structural Aspects of Anti-Discriminatory Legislation and Process of Normative Change, Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*, Ann Numhouse-Henning (ed.), Kluwer Law International, The Hague, 2001, s. 35.

³Christa Tobler, *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under the EC Law*, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2005, s. 52; Titia Loenen, *Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution, Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, Titia Loenen; Peter R. Rodrigues, (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 1999, s. 205.

⁴ Tobler, *Indirect Discrimination*, s. 52.

⁵ Bkz, MSHS madde 2, ESKHS madde 2, AİHS madde 14, (GG)ASŞ madde E.

⁶ Aynı şekilde Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi engelli olup olmama temelinde değil engellilik temelinde etek yönlü bir koruma öngörmektedir.

Ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı konusunu incelenirken ayrımcılık yasağı ile kapsanan gruba korunan grup (protected group) ve bir norm tarafından hâlihazırda kapsanan gruba ise referans grup (reference group) olarak adlandırılabilir.⁷ Ayrımcılık yasağı kapsamında korunan gruplar, belirli alanlarda olumsuz anlamda farklı muamele gördükleri ve bu durum yasa koyucu tarafından kabul edilemez bulunduğu ve dikkate alındığı için yasal düzenleme içerisinde kendilerine yer bulabilmişlerdir. Ancak yasal düzenlemelerde bu grupların adı doğrudan dile getirilmemektedir. Bunun yerine ilgili grubun karakteristik özelliğine genel nitelikte yer verilmektedir.

(1) Tek Yönlü Yaklaşım

Maddi eşitlik ile ilgili olarak yukarıda belirtilen eşitliğin fiilen sağlanmasına yönelik anlayış çerçevesinde, ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerde toplumsal gerçekliğin göz önünde tutulması gerekmektedir. Toplumsal gerçeklik, cinsiyet ayrımcılığının mağdurunun kadınlar, ırk ayrımcılığının mağdurlarının ise siyahlar olduğunu göstermektedir. Bu gerçeklik kabul edilmediği takdirde ortaya çıkan durum şekli eşitlik anlayışının benimsenmesi, başka bir deyişle tarafsız düzenlemelerle ayrımcılığın pekişmesine yol açılmasıdır.⁸ Tek yönlü(asimetrik) yaklaşım özellikle tarihsel bazı ayrımcı muameleler söz konusu olduğunda önem kazanmaktadır. Örneğin kadınların erkeklere göre daha dezavantajlı olduğu ve cinsiyet temelli bir ayrımcılık olgusunun büyük oranda kadınlar için ortaya çıktığı düşünüldüğünde tek yönlü, simetrik yaklaşım öne geçmektedir ve ayrımcılığa karşı etkili bir koruma için bazı özel önlemler gerekli görülmektedir.⁹ Ayrıca kadınlara özgü hamilelik, annelik gibi bazı özellikler nedeniyle kadın ve erkeğin “eşit” kabul edilmesi mümkün değildir ve kadınlar açısından farklı düzenlemelerin öngörülmesi gerekmektedir.

Tek yönlü düzenlemeler, ayrımcılığı özel olarak bir grup ya da durum için yasaklamaktadır ve farklı muamele sadece o grup için geçerli olduğunda ayrımcılık

⁷ Bu tanımlamalar Anna Christensen tarafından yapılmıştır ve konun anlaşılması için işlevli olacağı düşünülmüş çalışmada kullanılmıştır. Bkz, Christensen, s. 32.

⁸ Sandra Fredman, **Discrimination Law**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, s. 128.

⁹ Loenen, s. 199; Tobler, **Indirect Discrimination**, s. 53.

oluşturmaktadır.¹⁰ Tek yönlü düzenlemelere örnek olarak cinsiyet ve engellilik temelleri verilebilir. Toplumsal yaşamda kadınlar erkeklere göre daha dezavantajlı durumda olmalarına ve ayrımcılığa yaygın biçimde maruz kalmalarına rağmen bu konuda hukuki düzenlemeler başından beri kadın olma temelinde değil cinsiyet temelinde ortaya çıkmıştır. Avrupa Birliği'nin kurucu andlaşmalarından 1957 tarihli Roma Andlaşması olarak anılan Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın 119. maddesinde kadın ve erkekler arasında eşit işe eşit ücret ilkesine yer verilmiştir.¹¹ Bugün dahi kadınların erkeklerden büyük ölçüde daha az ücret almasına rağmen maddesadece kadınları değil erkekleri de kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Ancak bu durum tam tersi niteliğinde düzenlemelerde mevcuttur. Tek yönlü düzenlemelerin günümüzdeki en tipik örneği engellilik temelinde ayrımcılığa dair düzenlemelerdir. Engellilik temeli düzenlenirken engelli olan ve engelli olmayan kişi gruplarının her ikisini de içine alacak şekilde düzenlenmemiştir. Engellilik hali herkesin sahip olduğu bir nitelik değildir ve engelliliğe dayalı ayrımcılık yasağında tek yönlü yaklaşım benimsendiğinden engelli olmayan kişilerin engellilik temelinde ayrımcılığa uğradıklarını iddia etmeleri mümkün değildir.¹² Aynı durum engelliler lehine öngörülen özel önlemler için de geçerli olacaktır ve bu önlemlerin eşit muamele ilkesinin ihlali anlamına geldiğinin ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır.¹³ Aşağıda ayrımcılığın tanımlanmasında üzerinde durulduğu gibi bugün makul uyumlaştırma adı verilen yükümlülüğün yerine getirilmemesi doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirilebilmektedir.

Tek yönlü düzenlemeler korunan grubun referans gruptan daha olumsuz muamele görmemesi gerektiği düşüncesinin sonucudur. Ancak burada korunan gruba referans gruptan daha olumlu muamele yapılması yasaklanmamış aksine serbest bırakılmıştır. Örneğin kadınlar ve engelliler söz konusu olduğunda bunun bir adım daha ilerisine gidilerek aşağıda özel önlemler başlığı altında incelenecek olan

¹⁰ Tobler, **Indirect Discrimination**, s. 52.

¹¹ Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma (Treaty establishing the European Economic Community), http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11957E/tif/TRAITES_1957_CEE_1_EN_0001.tif (erişim:01.04.2012)

¹² Bu durum aşağıda görüleceği üzere bir yakının engelli olması nedeniyle engellilik temelinde ayrımcılık iddiası ileri sürülmesine engel değildir.

¹³ İdil Işıl Gül, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansımaları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 151.

eşitleştirici bir dizi adımın atılması yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu noktada gündeme gelen artık eşit muamele değil eşitliğin sağlanması için farklılık oranında dezavantajlı grup lehine eşit olmayan muameledir. Başka bir deyişle tek yönlü düzenlemeler maddi eşitlik anlayışının bir yansıması kabul edilebilir. Bu durum belli ölçüde ırk veya etnik köken gibi çift yönlü düzenlemeler için de söz konusu olabilmektedir ancak tek yönlü düzenlemelerin daha karakteristik bir özelliğidir.

Bu konuda uluslararası sözleşmeler arasında en önemlilerinden biri KKAOKS'dir.¹⁴ Sözleşme'nin başta adı olmak üzere, 1. maddesinde yer alan ayrımcılık tanımında da kadınlara özel vurgu yapılmıştır. Sözleşme'nin temel motifi cinsiyet değil, kadın olma halidir. Sözleşme ile insan haklarının kadınlar ve erkekler arasında eşit biçimde uygulanması anlayışını ön planda tutan diğer insan hakları sözleşmelerinin ötesine geçildiği belirtilmektedir.¹⁵ Sözleşme'nin hazırlanış sürecinde 1. madde ile ilgili yaşanan temel tartışmanın kadınların toplumsal konumuna gönderme yapan sadece kadınlara yönelik ayrımcılık anlayışı ile cinsiyet temelinde ayrımcılık anlayışı arasında yaşandığı ifade edilmektedir.¹⁶ KKAOKS'nin 1. maddesinde ortaya çıkan ayrımcılık tanımının bu iki farklı anlayışının bir sentezi olduğu belirtilmektedir. Maddede yer alan tanım, daha önce ayrımcılık alanında kabul edilen uluslararası sözleşmelerde ayrımcılık tanımında yer alan öncelik tanıma (preference) kelimesine yer vermemiştir.¹⁷ Bu bilinçli bir tercihtir ve bu ifade yerine “kadına karşı ayrımcılık” ifadeleri benimsenmiştir. Tanımda ayrıca “erkekler ve kadınlar arasında eşitlik temelinde”, “cinsiyet temelinde herhangi bir fark gözetme, dışlama veya kısıtlama” ifadelerine yer verilerek bir orta yol benimsenmiştir.¹⁸

KKAOKS'nde cinsiyet açısından yukarıda belirtilen tarafsız nitelikteki tanımla beraber kadın yönelik ayrımcılığın ortadan kaldırılması hedefi ve Sözleşme'de yer alan özel önlemlere dair açık vurgular nedeniyle, Sözleşme'de tek

¹⁴ Asbjørn Eide; Torkel Opsahl, *Equality and Non-Discrimination, Proceedings of the 7th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, N. P. Engel, Strasbourg, 1994, s. 111.

¹⁵ Mehmet Semih Gemalmaz, *Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi*, İÜHF Mecmuası, Cilt 69, Sayı 1-2, Prof. Dr. İlhan Özyay'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 142.

¹⁶ Lars Adam Rehof, *Guide to the Travaux Préparatoires of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, s. 44.

¹⁷ a.g.e., s. 48.

¹⁸ a.g.e., s. 44.

yönlü-iki yönlü düzenlemeler açısından her ne kadar karma bir yaklaşım benimsendiği izlenimi ortaya çıksa da genel olarak tek yönlü yaklaşımın benimsendiği söylenebilir. Bu durum KKAOKK'nin kararlarına da yansımıştır.¹⁹ Böylece asimetrik yaklaşımın ayrımcılık yasağı ile ilgili normların bir istisnası değil bir parçası olduğu ifade edilmiştir.²⁰

(2) Çift Yönlü Yaklaşım

Çift yönlü düzenlemelere örnek olarak ise ırk veya etnik köken, yaş ve cinsel yönelim temelleri verilebilir. BM kapsamında 1965 yılında kabul edilen IAOKS'nin başlangıç bölümünde de ifade edildiği gibi, Sözleşme o dönemde siyahlara yönelik yoğun olarak gündeme gelen ırksal üstünlük teorileri, apartheid, ayrı tutma (segregation) vb. ayrımcı uygulamalara bir tepki olarak ortaya çıkmış olmasına karşın Sözleşme'de bu anlamda bir vurgu yerine ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik köken temellerine yer verilmiştir. Şüphesiz hukuki düzenlemelerde korunan temeller açısından tek tek tüm etnik grupların sayılması mümkün olmayacağı için bu yaklaşım doğru kabul edilebilir.

Bir diğer örnek olan cinsel yönelim açısından ise hukuki düzenlemelerde kısaca LGBTT olarak anılan lezbiyen, gey, biseksüel, travesti veya transseksüel kimliklerden hiçbirine yer verilmemektedir. Bunun yerine heteroseksüelleri de kapsayacak şekilde cinsel yönelim ifadesi kullanılmakta ve düzenlemenin herhangi bir cinsel yönelimi kapsamadığı ifade edilmektedir. Ancak fiilen ve çok büyük ölçüde ayrımcılığa uğrayan kişiler LGBTT olarak anılan gruba mensup kişilerdir. Bu şekilde bir yaklaşımın altında yatan başka bir neden olarak lezbiyen, gey, biseksüel, travesti veya transseksüel bireylerin bu kimliklerinin açıkça belirtilmesinin, heteroseksüelliğin normal bir durum, diğerlerinin ise anormal bir durum olarak algılanmasına yol açabilecek olması belirtilmiştir.²¹

¹⁹ Bu kararlar için bkz, Wouter Vandenhoele, **Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies**, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2005, s. 147.

²⁰ Oddny Mjöll Arnardottir, *A Future of Multidimensional Disadvantage.g.e. Equality?*, **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, Oddny Mjöll Arnardottir, Gerard Quinn (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, s. 59.

²¹ Christensen, s. 32.

Bir başka örnek ise yaş temelli ayrımcılık açısından ortaya çıkmaktadır. Uluslararası insan hakları hukuku açısından yaş temeline açıkça yer veren bir uluslararası sözleşme bulunmamaktadır. Ancak ayrımcılık temelleri açısından açık-uçlu yaklaşımın benimsendiği sözleşmeler bakımından yaş temelinin de ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı içerisinde yer aldığı kuşkusuzdur. AB hukukunda yer alan 2000/78/EC sayılı Direktif yaş temelli ayrımcılığa açıkça yer vermektedir. Yaş temeli ilk başta büyük oranda yaşlılık haline bir gönderme yapıyor gibi gözükse de aynı zamanda çocuk veya genç olma hallerini de kapsamaktadır. Örneğin bu konuda 40 yaş ve üzeri şeklinde açık bir düzenleme yapıldığında tek yönlü bir yaklaşım benimsenmiş olacaktır²² ancak yalnızca “yaş” ifadesine yer verildiği durumda bu çift yönlü yaklaşımın benimsendiği anlamına gelecektir.

Sonuç olarak yukarıda belirtilenler ışığında ayrımcılıkla ilgili hukuki düzenlemelerde hem tek yönlü hem de çift yönlü yaklaşımın benimsenmesi gerektiği görülmektedir. Ayrımcılığın, ayrımcılığa karşı korunan kişi bakımından kapsamı belirlenirken, cinsiyet gibi bazı korunan temeller açısından kadınlar açısından tek yönlü bir yaklaşım benimsenebilir. Bu durum bu grupların maruz kaldıkları ayrımcılığın çok büyük ölçüde tek yönlü olduğu olgusuyla açıklanabilir. Bu durumda bu temellerde ayrımcılık için ayrı ve farklı hukuki düzenlemeler gündeme gelebilecektir. Ancak belirtilen grupların farklılıkları gözetilerek, yukarıda belirtilen özel önlemlerin bu gruplar için ayrıca öngörüldüğü, ancak çift yönlü şekilde kaleme alınmış hukuki düzenlemeler de yapılması mümkündür. Dolayısıyla burada maddi eşitlik anlayışının benimsenip benimsenmeyeceği noktasında bir tercih yapılması gerekmektedir. Maddi eşitlik anlayışının benimsendiği noktada düzenlemelerin genel olarak çift yönlü, ancak bazı ayrımcılık temelleri açısından bunu aşacak şekilde tek yönlü hale getirilmesi mümkündür.

²² ABD’de yaş temelli ayrımcılıkla ilgili yasal düzenlemelerde bu yönde bir yaklaşım benimsenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz, Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yay., Ankara, 2008, s. 152.

2. Sınırlı-Açık Uçlu Yaklaşım

Ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerde ayrımcılığın bir temele dayalı olarak gerçekleştirilmiş olması beklenmektedir ve ayrımcılık büyük ölçüde belirli temellerde yasaklanmıştır.²³ Ayrımcılık yasağı ile birlikte bu aşamada gündeme gelen soru hangi grupların ayrımcılığa karşı korunacağıdır. Normatif düzenlemelerde belirtilen temeller, fark gözetme noktasında kabul edilemeyecek bazı etmenleri daha açık hale getirmek amacıyla belirtilmiştir.²⁴ Ayrımcılığın yasaklandığı temeller Avrupa’da mezhep çatışmaları sonucunda özellikle din veya inanç temelinde başlamış ve zaman içerisinde birçok temeli barındırır hale gelmiştir.²⁵ Dolayısıyla değer yargılarının değiştiği noktada yeni ayrımcılık temelleri gündeme gelebilmektedir. Bu durum ayrımcılık yasağı kavramının diğer insan hakları gibi dinamik bir kavram olduğunu da ortaya koymaktadır. Yüzyıl önce şu an için hukuken tanınan ayrımcılık temellerinden neredeyse hiçbiri tanınmazken, ileride, örneğin 2080 yılına gelindiğinde belki de bazı ayrımcılık temellerinin ortadan kalkabileceği ve yerine başka ayrımcılık temellerinin geçebileceği belirtilmektedir.²⁶

Hukuk alanında yapılan her düzenleme aslında bir sınıflandırma ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla yapılacak hukuki düzenlemeler sonucunda ortaya çıkacak kişilere dair sınıflandırmanın kabul edilebilir olması gerekmektedir.²⁷ EİHB’nin 1. maddesinde yer alan ve herkesin onur ve haklar bakımından eşit olduğuna dair vurgu ayrımcılık temellerine yasal düzenlemelerde yer verilmesini bir ölçüde gereksiz kılmaktadır.²⁸ Eşitlik ilkesi ile düzenlemelerin aksine ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerde açıkça bazı temellere yer verilmesinin çeşitli işlevleri söz konusudur.

²³ Burada söz konusu temeli “korunan temel” olarak da adlandırmak mümkündür. Korunan temel, bir kişinin bir özelliğinin farklı muamele veya aynı muamele görmesi noktasında göz önünde tutulması anlamına gelmektedir.

²⁴ B. G. Ramcharan, *Equality and Nondiscrimination, the International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights*, Louis Henkin (ed.), Columbia University Press, New York, 1981, s. 252.

²⁵ Ayrımcılık temellerini ile ilgili tarihi bilgi için bkz, E. W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973, s. 84 v.d.

²⁶ Karl Josef Partsch, *Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination, The International Dimensions of Human Rights*, Karel Vasak (ed.), Vol. 1, UNESCO, Greenwood Press, Connecticut, 1982, s. 73.

²⁷ Eide; Opsahl, s. 98.

²⁸ Eric Heinze, *Sexual Orientation: a Human Right*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, 1995, s. 220.

Öncelikle bu şekilde temellerin açıkça tanınmış olması belirtilen temelerde ayrımcılığın fiilen mevcut olduğunun bir kabulü niteliğindedir. Bu sebeple başta uluslararası sözleşmeler olmak üzere hukuk normlarında açıkça belirtilmiş olmalarının belirtilen temelerde ayrımcılığın hukuken meşru görülmediğine dair açık bir mesaj anlamı taşımaktadır. Ancak yukarıda ifade edildiği gibi yasama organının bu noktada atıl kalabileceğinden hareketle en azından ayrımcılık temellerinin ucunun açık bırakılması yargı organlarının elini bu açıdan rahatlatılabilecektir. Yargı organları bu noktada meşruiyet sorunu yaşayabilecektir. Ancak uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve oluşturulan denetim organlarının kararları yargı organlarının yeni ayrımcılık temellerini tanıyarak ayrımcılık yasağının koruma alanını genişletmelerinde bu meşruiyet eksikliğini gidermede işlev görebilecektir.

İnsan hakları konulu uluslararası sözleşmelerde ayrımcılığın yasaklandığı temeller sözleşmeden sözleşmeye değişmektedir. Bu noktada ilgili sözleşmenin amacı ayrımcılık temellerinin sayılı veya sayılı olmayan biçimde kaleme alınmasına neden olabilmektedir. Örneğin IAOKS ve KKAOKS tek konulu, başka bir deyişle belli bazı temelerde ayrımcılığın yasaklanması amacıyla ortaya çıktığı için ilgili sözleşmelerde yer alan temeller sınırlı olarak sayılmıştır. Ancak ESKHS ve MSHS genel nitelikli sözleşmeler olduğu için açık uçlu bir ayrımcılık temelleri listesine yer vermişlerdir. Sözleşmeler hangi nitelikler bakımından farklı muamelenin ayrımcılık sayılacağını bazen sınırlı olarak, bazen de sayılı olarak belirtmiştir. Örneğin Birleşmiş Milletler Şartı, ırk, cinsiyet, dil veya dine; IAOKS, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene; KKAOKS kadın olmaya; 111 No'lu ILO Sözleşmesi, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi görüş ve sosyal kökene; Avrupa Sosyal Şartı, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi görüş, ulusal köken veya sosyal kökene dayalı ayrımcılıkla sınırlı bir ayrımcılık yasağı öngörmektedir. MSHS, ESKHS, AİHS ve (GG)ASS ise, ayrımcılığın yasaklandığı nedenleri ucu açık biçimde saymıştır. Ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerde açık uçlu bir yaklaşımın benimsendiği durumlarda kategorik olarak herhangi bir temel ayrımcılık yasağının kapsamı dışında tutulmamış olmaktadır.

Açık uçlu da olsa, sınırlı da olsa ayrımcılık temelleri belli başlı temellere açık vurgu yapmaktadır. Gruplara yönelik adlandırmalar büyük ölçüde dışarıda bir bakışı

yansıtmaktadır. Adlandırmalar genellikle hâkim grup tarafından yapılmaktadır. Bir grubun nasıl tanımlandığı o grubun ayrımcılığın kişi bakımından kapsamına dâhil olup olmadığının belirlenmesinde oldukça önemlidir. Örneğin bir etnik grubun kimliği bir devlet tarafından o grubun konuştuğu dil, o gruba mensup kişilerin çoğunlukla inandığı din veya inanç vb. olguları göz önünde tutarak tanımlayabilmektedir. Bu durumda göz önünde tutulan etmen din ise, örneğin Yahudiler açısından olduğu gibi, söz konusu grubun din veya inanç temelinde ayrımcılığa karşı korunması gündeme gelmektedir. Bu yaklaşımın sonucu ise din veya inanç temelinde ayrımcılığa karşı korunma sağlanmadığı ancak, ırk veya etnik köken temelinde sağlandığı durumda din veya inanç çerçevesinde ayrı bir grup olduğu kabul edilen gruba mensup kişilerin söz konusu korumadan yararlanamamasıdır. Dolayısıyla grubun tanımlanması yetkisinin devlete verildiği durumda söz konusu grubu koruma alanının dışında bırakmak için farklı bir tanımlama gündeme getirilebilmektedir. Bu şekilde bir tanımlama yerine grupların bireylerin bağlılık duygusuyla bir araya gelmeleri ve toplumsal karşılıklı etkileşim süreci içerisinde şeklinde tanımlanmaları benimsenmektedir.²⁹ Böyle bir yaklaşım sonucunda, tüm ayrımcılık temellerini içeren, ayrımcılık temellerini katı değil esnek yorumlayan ve farklı gruplar arasında katı farklılıklar öngörmeyen tek bir normatif düzenlemenin en uygun çözüm olduğu söylenebilir.³⁰

(1) Sınırlı Yaklaşım

Ayrımcılık yasağına dair mevcut düzenlemeler yapıları itibariyle açık uçlu (open-ended) ve sınırlı (self-contained) modeller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.³¹ Sınırlı modelde yasama organı belirleyici olmaktadır ve hangi temellerde ayrımcılığın yasaklanacağına karar vermektedir. Bu açıdan ayrımcılık temellerinin genişletilmesi için yargı organlarının inisiyatifi yerine yasama organının bu yönde göstereceği inisiyatif öne çıkmaktadır. Bu noktada toplumda marjinalleştirilmiş grupların büyük ölçüde ayrımcılığa maruz kalmalarının hukuken

²⁹ Fredman, **Discrimination Law**, s. 75.

³⁰ a.g.e., s. 75.

³¹ Anne, F. Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, **Human Rights Law Journal**, Vol. 11, No. 1-2, 1990, s. 5.

önüne geçilmesi mümkün olabilmektedir.³² Yine ayrımcılık temellerinin sınırlı bir şekilde öngörülmesi sonucunda bazı gruplar ayrımcılığa uğradıkları yönündeki iddialarını sayılan ayrımcılık temellerinden biri kapsamında dile getirmek zorunda kalabilmektedir. Bu şekilde bir yaklaşım mevcut ayrımcılık temellerinin esnetilmesi (stretching of existing categories) olarak anılmaktadır.³³ Örneğin cinsel yönelim bir ayrımcılık temeli olarak tanınmadığı zaman farklı cinsel yönelime sahip kişiler taleplerini cinsiyet temeli altında dile getirmeye çalışmaktadırlar.³⁴

BM Şartı'nda³⁵ çeşitli hükümlerde ayrımcılık yasağına yer vermiştir.³⁶ BM Şartı'nda yer alan dört düzenlemede ayrımcılık temelleri sınırlıdır ve temel olarak ırk, cinsiyet, dil ve dine yer verilmiştir.³⁷ Kronolojik bir sırayla gidilirse BM Şartı'nın ardından ortaya çıkan ilk sözleşme 111 No'lu ILO Sözleşmesi'dir. Sözleşme'nin 1. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde yer alan düzenleme “ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal ya da sosyal köken” olmak üzere sınırlı sayıda ayrımcılık temeline yer vermiştir. Ancak bunlar Sözleşme'nin hazırlık sürecinde üzerinde mutabık kalınan ayrımcılık temelleridir. Anılan düzenleme haricinde Sözleşme'nin 5. maddesine göre, “herhangi bir üye, varsa temsilci niteliğini haizşveren ve işçi örgütleriyle istişarede bulduktan sonra cinsiyet, yaş, engellilik, aile sorumlulukları ya dasosyal yahut kültürel statüleri gibi nedenlerle özel şekilde korunma ya da yardımı gereksindikleri genel olarak kabul edilmiş bulunan kişilerin özel gereksinimlerini karşılamak üzere kurgulanmış diğer özel önlemlerin ayrımcılık olarak mütalaa edilmeyeceğini belirleyebilir”. Burada 1. maddede sayılan ayrımcılık temelleri haricinde başka ayrımcılık temelleri de sayılmıştır ve ayrımcılık yasağı kapsamında olmasa da ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik başvuru olan özel

³² Fredman, **Discrimination Law**, s. 68.

³³ a.g.e., s. 68.

³⁴ a.g.e., s. 68. Özellikle etnik köken ve din veya inanç bağlamında Sihler, Müslümanlar, Yahudiler ve Rastafaryanlarla ilgili İngiltere'den örnek davalar için bkz, aynı makale, s. 70-72. Bu yönde cinsel yönelim için bkz, ABAD, *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd.*, Case C-249/1996, Judgment of the Court of 17 February 1998. Transseksüellik için bkz, *P. v. S. and Cornwall County Council*, Case C-13/94, Judgment of the Court of 30 April 1996.

³⁵ Birleşmiş Milletler Şartı'nın resmi Türkçe çevirisi için bkz, 15.08.1948 tarihli ve 6092 sayılı RG.

³⁶ Bunlar Şart'ın BM'nin amaçlarına yer veren 1. maddesinin 3 fıkrası, BM Genel Kurulu'nun görev ve yetkileri ile ilgili olarak 13. maddesinin 1. fıkrasının b bendi, 55. maddesinin 1. fıkrasının c bendi ve milletlerarası vesayet rejimi bağlamında vesayet rejiminin amaçları arasında 76. maddenin 1. fıkrasının c bendidir.

³⁷ Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer alan ayrımcılık temellerini içeren bu düzenlemelerin taşıdıkları anlamlar ve hazırlık çalışmaları için bkz, Vierdag, s. 86 vd.

önlemler açısından başka temeller de kabul edilmiştir.³⁸Bu düzenlemeler ile 111 No'lu ILO Sözleşmesi'nde aslında sınırlı ve açık-uçlu yaklaşımların aynı anda benimsendiği söylenebilir.

Bu alanda ikinci sözleşme olan Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme'nin 1/1 maddesinde ayrımcılık, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da sosyal köken, ekonomik durum ya da doğum temellerinde yasaklanmıştır. Burada ekonomik durum kavramı diğer sözleşmelerde yer alan mülkiyet (property) temeline karşılık olarak kullanılmıştır. Bu sözleşmede yer alan ayrımcılık temelleri daha da çeşitlendirilmiş gibi gözükse de sınırlı bir yaklaşım benimsenmiştir.

Bu iki sözleşme haricinde ayrımcılık alanında özel nitelikte kabul edilebilecek üç sözleşme mevcuttur. IAOKS'nde ırk, renk, soy (descent), ulusal ya da etnik köken temellerine yer verilmiştir. Irk, renk, soy, ulusal ya da etnik köken ifadelerinin ırk veya etnik köken temeli kapsamında düşünülmesi mümkündür. KKAOKS'nde ise ayrımcılık temellerinden sadece cinsiyete yer verilmiştir. Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi ise sadece engellilik temelinde ayrımcılığa yer vermektedir.

Bölgesel düzeyde ise Avrupa Sosyal Şartı, eşit muamele veya ayrımcılık yasağına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Ancak Şart'ın Başlangıç kısmında, “ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal ya da toplumsal köken temellerinde ayrımcılık yapılmaksızın, sosyal haklardan yararlanmanın güvence altına alınmış olduğunu değerlendirerek...” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade doğrultusunda Şart'ın sınırlı yaklaşımı benimsediği ortaya çıkmaktadır. Yukarıda belirtilen sözleşmelerden ayrımcılıkla ilgili özel nitelikte olan IAOKS, KKAOKS ve EHS dışarıda bırakılırsa hepsi oldukça eski tarihli düzenlemelerdir.³⁹ Dolayısıyla her ne kadar ayrımcılık temelleri açısından sınırlı yaklaşımı benimsemiş olsalar da sonraki dönemde ortaya çıkan başta BM'nin temel insan hakları sözleşmeleri olmak üzere hepsi açık uçlu bir yaklaşımı benimsemişlerdir.

³⁸ **Equality in Employment and Occupation**, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, Geneva, 1996, s. 18-19.

³⁹ O dönemde tek istisnai düzenleme 1950 tarihli AİHS'dir ve açık uçlu bir yaklaşımı benimsemiştir.

Avrupa Birliği hukukunda da ayrımcılık temelleri ile ilgili sınırlı yaklaşım benimsenmiştir.⁴⁰ Avrupa Birliği hukukunda ırk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş, cinsel yönelim, cinsiyet, vatandaşlık temellerinde ayrımcılık yasaklanmıştır. Bu yaklaşımdan ayrılan tek belge Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'dır.⁴¹ Şart'ın 21. maddesi "Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya herhangi bir başka görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, mülkiyet, doğum, engellilik, yaş veya cinsel yönelim gibi herhangi bir temele dayanan her türlü ayrımcılık yasaktır." ifadesine yer vermiştir. Görüldüğü Şart'ın 21. maddesinde oldukça kapsamlı bir liste yer almış ve ayrıca "herhangi bir temele" ifadesi yer verilerek açık uçlu yaklaşımın benimsendiği söylenebilir. Madde, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın 19. maddesinde ve AİHS'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık temellerini birleştirmiş ve bunlara ek olarak, genetik özellikleri eklemiştir.⁴²2009 yılında kabul edilen Lizbon Andlaşması ile Şart AB üyesi ülkeler açısından bağlayıcı hale gelmiştir.⁴³ Ancak buna rağmen Şart'ın bağlayıcılığı AB'nin kurumları ve organları açısından geçerlidir. Ayrıca AB hukukunu uyguladıkları noktada yetki ikamesi ilkesi (subsidiarity principle) çerçevesinde üye devletler açısından da bağlayıcıdır. Bu noktada üye devletlerin Şart'ta yer alan haklara saygı göstermesi, ilkeleri gözetmesi ve uygulamaya geçirmeleri beklenmektedir.⁴⁴

AB açısından gündeme gelen ilk ayrımcılık temeli, eşit işe eşit ücret ilkesi çerçevesinde cinsiyet temeline yer veren 1957 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın⁴⁵119. maddesinde (Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma, madde 141 ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma, madde 157) yer almıştır. AB üyesi ülkeler için hukuken bağlayıcı olan Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın 19. maddesinde (Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma,

⁴⁰ Evelyn Ellis, **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, New York, 2005, s. 20.

⁴¹ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (The Charter of Fundamental Rights of the European Union), http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (erişim:01.04.2012)

⁴² Antonio Vitorino, *Reflections on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, **The Ombudsman against Discrimination**, The European Ombudsman, Strasbourg, 2002, s. 13

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz, Damian Chalmers; Gareth Davies; Girolgio Monti, **European Union Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 38 v.d.

⁴⁴ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, madde 51.

⁴⁵ Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma (Treaty Establishing the European Community), http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325EN.003301.html (erişim:01.04.2012)

madde 13) ise “Konsey... cinsiyet, ırk ve etnik köken, din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel yönelim temelinde ...” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. AB hukuku çerçevesinde BM ve Avrupa Konseyi çerçevesinde ortaya çıkan ayrımcılık temellerinin yanında henüz hiçbir uluslararası sözleşmede açıkça belirtilmemiş olan yaş ve cinsel yönelim de ayrımcılık temelleri arasında yer almıştır. Yine AB hukukunda vatandaşlık temelli ayrımcılık, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın 18. maddesinde genel olarak, 45 ile 62. maddeleri arasında çalışanların serbest dolaşımı, girişim özgürlüğü, hizmetlerin serbest dolaşımı gibi konular çerçevesinde gündeme gelmektedir.

AB hukukunda andlaşmalar haricinde ikincil hukuk kaynağı olarak çeşitli direktiflerde de yukarıda belirtilen ayrımcılık temelleri hakkında ayrıntılı düzenlemeler yer almıştır. 2000/43/EC sayılı Direktif, ırk veya etnik köken, 2000/78/EC sayılı Direktif, din veya inanç, engellilik, cinsel yönelim ve yaş, 2004/113/EC sayılı Direktif ve 2006/54/EC sayılı Direktif cinsiyet temelinde ayrımcılık yasaklanmıştır. Ancak aşağıda görüleceği üzere ayrımcılık temelleri sınırlı olarak belirlenmiş olsa da AB hukuku birçok noktada diğer uluslararası sözleşmelere göre daha kapsamlı düzenlemeler içermekte ve daha gelişmiş bir koruma sağlamaktadır.

AB hukuku kapsamında belirtilebilecek bir başka durum ise 2000/43/EC sayılı Direktif'in gerçek kişiler kadar tüzel kişileri de ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamı içerisine almasıdır. Direktif'in Başlangıç bölümününün 16. paragrafında, her gerçek kişinin ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılığa karşı korunması önem taşıdığı ve üye devletlerin uygun olduğu hallerde ve ulusal gelenek ve uygulamalarına uygun olarak, mensupları ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılığa uğrayan tüzel kişilere de koruma sağlaması gerektiği belirtilmiştir. Ancak söz konusu düzenleme yalnızca 2000/43/EC sayılı Direktif'te yer almıştır ve diğer Direktiflerde bu şekilde bir ibareye yer verilmemiştir. Dolayısıyla tüzel kişilere getirilen korumanın yalnızca ırk veya etnik köken temelinde olduğu ve cinsiyet, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelim temellerini içermemektedir.

İçtihatlar açısından bakıldığında sınırlı yaklaşımın etkilerinin görülmesi mümkün olmaktadır. BM çerçevesinde IAOKS'nin özel olarak ırk ayrımcılığına özgülendiğini ve ırk, renk, soy (descent), ulusal ya da etnik köken temellerine yer

verdiği ifade edilmişti. Örneğin zaman zaman etnik köken ile oldukça yakın bir bağlantısı olan din veya inanç konusu Sözleşme'nin kapsamı dışında bırakılmıştır ve başka bir sözleşme ile düzenlenmesi düşünülmüştür.⁴⁶ IAOKK kimi zaman bu sayılan temelleri oldukça katı yorumlayabilmektedir. Komite bir kararında Danimarkalı bir politikacının yabancılara yönelik ırkçı sözleri ile ilgili olarak yapılan bir başvuruda, söz konusu saldırgan görüşlerin “yabancılar” (foreigners) hakkında dile getirildiğini ve yabancıların Sözleşme'nin 1. maddesinde sayılan ırk, renk, soy veya ulusal ya da etnik köken gibi kişi gruplarından biri olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir.⁴⁷ Komite başka bir kararında ise bir politikacının Müslümanlara yönelik hakaret içeren ifadelerle yer veren bir yazısı ile ilgili olarak yapılan başvuruda ilgili yazıda Sözleşme'nin 1. maddesine yer verilen temeller dâhilinde bir gruba yönelik ifadelerin bulunmadığını ve bir bütün olarak bir dine yönelik ifadelerin kullanıldığını belirtmiştir. Komite ırk ve dinin zaman zaman iç içe geçtiğini ve bu durumun önemini kabul ettiğini, ayrıca 1. maddede belirtilen örneğin ulusal ya da etnik köken gibi temellerle din temelinde “çifte” (double)⁴⁸ ayrımcılık iddialarını inceleme notasında kendisini yetkili gördüğünü belirtmiştir. Ancak Sözleşme'nin din temelinde ayrımcılığı içermediğini, İslam dininin sadece ırk, renk, soy veya ulusal ya da etnik kökenle tanımlanabilir belirli bir grubun dini olmadığını vurguladı. Komite ayrıca, Sözleşme'nin Hazırlık Çalışmaları'na da gönderme yaparak, Sözleşme'nin ortaya çıkış sürecinde dini hoşgörüsüzlüğün ayrı bir temel olarak Sözleşme'de yer almasının istenmediğini ve ayrı bir sözleşmenin konusu olarak düşünülerek yalnızca ırk ayrımcılığına odaklanıldığını ifade etti. Komite nihai olarak din temelinde ayrımcılığın Sözleşme'nin kapsamında yer almadığını belirtti.⁴⁹

⁴⁶ Theodor Meron, **Human Rights Law-Making in the United Nations, A Critique of Instruments and Process**, Clarendon Press, Oxford, 1986, s. 8.

⁴⁷ IAOKK, *Quereshi v. Denmark*, Communication No. 33/2003, Opinion, 10.03.2004, CERD/C/66/D/33/2003, para. 7.3. Aynı şekilde, *P.S.N.v. Denmark*, Communication No. 36/2006, Opinion, 08.08.2007, CERD/C/71/D/36/2006, para. 6.4; *A.W.R.A.P. v. Denmark*, Communication No. 37/2006, Opinion, 08.08.2007, CERD/C/71/D/37/2006, para. 6.4.

⁴⁸ IAOKK kararda aşağıda üzerinde durulacak çoklu ayrımcılık kavramı yerine “çifte” ayrımcılık kavramını kullanmaktadır. Dolayısıyla anılan ifade bu yönde yorumlanmalıdır.

⁴⁹ IAOKK, *P.S.N. v. Denmark*, Communication No. 36/2006, Opinion, 08.08.2007, CERD/C/71/D/36/2006, para. 6.2, 6.3. Aynı şekilde, *A.W.R.A.P. v. Denmark*, Communication No. 37/2006, Opinion, 08.08.2007, CERD/C/71/D/37/2006, para. 6.2, 6.3.

IAOKS'nin sınırlı ayrımcılık temellerine dair yaklaşımı Komite'nin bazı kararları ile esnemiştir. Şüphesiz bu genişleme yine Sözleşme'nin ortaya çıkış amacı doğrultusunda açık biçimde sayılmayan bazı temellerin de kapsama alınması anlamına gelmektedir. Örneğin Sözleşme'nin 1. maddesinin 2. paragrafında "Bu Sözleşme, bu Sözleşmeye Taraf bir Devletin vatandaşlar ile vatandaş olmayanlar arasında yapılan farklılık, dışlama, kısıtlama veya öncelik tanıma hallerine uygulanmayacaktır." ve 3. paragrafında "Bu Sözleşmedeki hiçbir hüküm, Taraf Devletlerin milliyete, vatandaşlığa yahut vatandaşlığa kabule ilişkin mevzuat hükümlerini, bu hükümlerin belli bir milliyete karşı ayrımcılık yapmaması kaydıyla, herhangi bir şekilde etkiliyor olarak yorumlanamaz." ifadelerine yer verilmiş ve vatandaşlık temelinde bir ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele imkânı öngörülmüştür. Ancak Komite bu ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelenin kapsamını zaman içerisinde oldukça daraltmıştır.⁵⁰ Komite, 2004 tarihli 30 No'lu Genel Yorum'da bu ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele ile temel ayrımcılık yasağının göz ardı edilmemesi ve EİHB, MSHS ve ESKHS'nde tanınan haklardan hiçbir şekilde ayrı tutularak yorumlanmaması gerektiğini ifade etmiştir.⁵¹

KKAOKS de IAOKS gibi özel olarak bir temelde ayrımcılığı yasaklamaktadır ve Sözleşme'nin 1. maddesinde yegâne ayrımcılık temeli olarak cinsiyete yer verilmiştir. Sözleşme'nin denetim organı olan KKAOKK cinsiyet temelinde ayrımcılığı başta toplumsal cinsiyet (gender) ayrımcılığı olarak yorumlamış ve cinsel yönelim, medeni hal, hamilelik ve anneliği içerecek şekilde genişletmiştir.⁵²

Sınırlı yaklaşımla ilgili olarak son olarak AB hukukundan örnekler verilebilir. Yukarıda da ifade edildiği gibi AB hukukunda ayrımcılık temelleri vatandaşlık, cinsiyet, ırk veya etnik köken, din veya inanç, yaş, engellilik ve cinsel yönelim ile sınırlıydı. Belirtilen ilk iki temel dışındaki temeller 1997 tarihinde değiştirilen Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın 13. maddesinde (Avrupa Birliği'nin

⁵⁰ Vandenhoe, s. 111.

⁵¹ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 32, Discrimination Against Non-Citizens, CERD/C/GC/30, 01.10.2004, para. 2 (Bundan sonra "IAOKK, 32 No'lu Genel Tavsiye" olarak anılacaktır), <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

⁵² Vandenhoe, s. 147.

İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın⁵³ 19. maddesi) yer almıştır. Belirtilen ayrımcılık temelleri dar yorumlanmaktadır. Örneğin ABAD, Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma yürürlüğe girdikten sonra dahi cinsel yönelimle ilgili gerekli hukuki düzenlemeler yapılmadığı için cinsel yönelimi cinsiyet temelinde değerlendirmemiş ve ayrımcılık yasağının koruması kapsamına sokmamıştır.⁵⁴

(2) Açık Uçlu Yaklaşım

Açık uçlu yaklaşımda iki şekilde ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemenin potansiyel kapsamı sınırlanmamıştır. Bunlardan ilki hangi muamelelerin ayrımcılık oluşturacağına dair tanımlamaların yapılmamış olması, ikincisi ise ayrımcılık temellerinin ucu açık bırakılmış olmasıdır.⁵⁵ İlk olarak özellikle herhangi bir ayrımcılık temelini ifade edilmediği düzenlemelerde söz konusu olabilmektedir. Bu yaklaşımda eşitlik ilkesi çerçevesinde herhangi bir ayrımcılık temeli belirtilmeksizin ayrımcılık yasaklanabilmektedir.⁵⁶ Bu noktada örnek olarak ABD Anayasası'na Ek 14. Değişiklik verilebilir. Anılan maddede hukuken eşit korunma ilkesi düzenlenirken eyaletlerin yargı yetkisi altında olan herkese hukuken eşit koruma sağlayacağına yer verilmiştir.⁵⁷ Görüldüğü gibi düzenlemede herhangi bir temel belirtilmemiştir. Bu noktada yargı organlarının konuya yaklaşımı önem kazanmaktadır.⁵⁸ Yargı organlarının inisiyatifinin sınırı neredeyse yoktur ve olumlu veya olumsuz olarak ayrımcılık yasağının getirdiği korumanın kapsamının belirlenmesi yargı organlarına bırakılmıştır.

İkinci olarak ise kişi bakımından kapsam açısından ilk olarak belirli ayrımcılık temelleri sayılabilmektedir ancak liste açık uçludur ve içtihatlarla listenin

⁵³ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma (Treaty on the Functioning of the European Union), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:EN:PDF> (erişim:01.04.2012)

⁵⁴ ABAD, *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd.*, Case C- 249/1996, Judgment of the Court of 17 February 1998.

⁵⁵ Oddny Mjöll Arnadóttir, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003, s. 33; Aalt Willem Heringa, *Standards of Review for Discrimination: The Scope of Review by the Courts*, **Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives**, Titia Loenen; Peter R. Rodrigues (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, s. 27.

⁵⁶ Fredman, **Discrimination Law**, s. 67.

⁵⁷ ABD Anayasası için bkz, <http://www.usconstitution.net/const.html> (erişim:01.04.2012)

⁵⁸ Fredman, **Discrimination Law**, s. 67.

genişlemesi mümkündür. Aşağıda görüleceği üzere genel nitelikli insan hakları sözleşmelerinin büyük çoğunluğu bu yaklaşımı benimsemiştir.⁵⁹Bu noktada yine yargı organlarının inisiyatifi öne çıkmaktadır. Yargı organlarının inisiyatifi yukarıda belirtilen hiç ayrımcılık temeline yer vermeyen yaklaşımın aksine bu kez sınırsız değildir. Yargı organları sayılan ayrımcılık temelleri ile bağlıdır.Yargı organları daraltıcı bir yorum yapamayacaklar ve ancak inisiyatifi listenin genişletilmesi yönünde kullanmaları mümkün olabilecektir. Bu olumlu yöne rağmen ortaya çıkan bir sorun aşağıda daha ayrıntılı üzerinde durulacak olan “eşitsizliğin hiyerarşisi”dir. Yargı organları ortaya koydukları içtihatlarda normatif düzeyde belirtilen ayrımcılık temellerinde farklı muamelenin meşruiyet alanını iyice daraltırken, içtihat yoluyla tanınan ayrımcılık temellerinde meşruiyet alanını genişletebilmektedir. Bu açıdan normatif düzeyde açık uçlu düzenlemelerin tek başına kabulü yeterli olamamaktadır ve bunun yanında tüm ayrımcılık temellerinin eşit düzeyde önem taşıdığına dair vurguların yapılması gerekmektedir.Ayrımcılık temellerinin açık uçlu olarak bırakıldığı durumda mevcut bir farklı muamelenin ayrımcılık oluşturup oluşturmadığına dair yapılacak denetimde söz konusu temelin ilgili maddenin kapsamına girip girmediği, diğer bir deyişle kişi bakımından kapsamı içerisinde olup olmadığı bir ölçüde değerlendirme konusu olmaktan çıkmaktadır.⁶⁰

Uluslararası sözleşmelerde belirtilen ayrımcılık temellerinde ortaya çıkan her farklı muamelenin ayrımcılık oluşturacağını söylemek mümkün değildir. Ayrıca sözleşmelerde yer almayan bir temelde gerçekleştirilecek farklı muamelenin de ayrımcılık oluşturması mümkündür. Dolayısıyla bir farklı muamelenin veya farklılaştırmanın ayrımcılık oluşturup oluşturmamasında ayrımcılık temelleri belirleyici olmayacaktır.⁶¹ Ancak bu durum açık uçlu yaklaşımın benimsendiği durumda geçerlidir. Hukuki düzenlemelerde bu konuda bir netlik bulunmuyorsa veya yargı organları ya da idari organlar tarafından kurallar dar biçimde yorumlanıyorsa, hukuk kurallarında güncel gelişmeler doğrultusunda daha fazla ayrımcılık temeline yer verilmesi gerekebilecektir.

⁵⁹ Bkz, MSHS madde 2, ESKHS madde 2, AİHS madde 14, (GG)ASŞ madde E.

⁶⁰ Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, s. 5.

⁶¹ Vandenhoe, s. 88.

Açık uçlu uluslararası belgelerin ilki bir sözleşme olmasa da sonrasında ortaya çıkan sözleşmelerine esin kaynağı olduğu için Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'dir. EİHB'nin 2. maddesinde "herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasa ya da diğer görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğumya da başka statüler gibi herhangi bir türde farklılık gözetilmeksizin bu Bildiride düzenlenen bütün haklara ve özgürlüklere sahiptir" düzenlemesine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi EİHB, "ya da başka statüler gibi herhangi bir türde farklılık gözetilmeksizin" (without distinction of any kind, such as) ifadesine yer vererek, BM Şartı'nda yer alan dört ayrımcılık temeline, renk, siyasi veya diğer bir düşünce, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya "başka statüleri" eklemiştir.⁶² Dolayısıyla EİHB açık uçlu bir yaklaşımı benimsemiştir.

EİHB'nde yer alan ayrımcılık temelleri benzer şekilde MSHS ve ESKHS'nde de yer almıştır. Bu durumun altında yatan neden olarak belirtilen ayrımcılık temellerinin bir liyakat (merit) veya toplumsal değerle ilgili olmadıkları için seçildikleri, ırk, renk, cinsiyet gibi bazılarının doğuştan gelen özellikler olduğu, diğerlerinin ise toplumsal jenerik (social generic) kategoriler oldukları ifade edilmiştir.⁶³ MSHS'nin, 2. ve 26. maddeleri açık uçlu bir maddelerdir. Maddede yer alan temellerde ayrımcılığın kabul edilemeyeceğine dair bir uluslararası konsensüsün mevcut olduğu belirtilmektedir.⁶⁴ Bu yaklaşımın dayanağı ise 26. madde metninde "ya da başka bir statü gibi" ifadelerine yer vererek ayrımcılığı madde metninde geçen ifadelerle sınırlı olmadığını belirtilmiş olmasıdır.⁶⁵ Ayrıca MSHS'nin hazırlık sürecinde 2. ve 26. maddelerde yer alan ayrımcılık temellerinin artırılmasına yönelik talepler ilgili maddelerde yer alan "herhangi bir temeldeki ayrımcılık" ve "başka bir statü" ifadelerinin önerilen ayrımcılık temellerini de kapsayacağı gerekçesiyle gereksiz görülmüştür.⁶⁶

⁶² Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında "Özel Önlemler", "Geçici Özel Önlemler" ve "Pozitif Edim" ve "Destekleyici Edim"*, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Adalet Yay., Ankara, 2010, s. 113.

⁶³ Ramcharan, s. 253.

⁶⁴ Nowak, *CCPR Commentary*, s. 598.

⁶⁵ Martin Scheinin, *Experiences of the Application of Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Non-Discrimination: A Human Right, Seminar to Mark the Entry into Force of Protocol No. 12*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, s. 11

⁶⁶ UN Doc. A/2929, para. 181, 10 UN GAOR, Annexes (Ag. Item 28) pt. II (1955)'den aktaran, Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a*

ÇHS’nde ise 2. maddede “ırk, renk, cinsiyet, dil, din siyasal yahut diğergörüş, ulusal, etnik ya da sosyal köken, mülkiyet, engellilik, doğumyahut başkaca statüleri her ne olursa olsun” ifadelerine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi ÇHS’nde MSHS ve ESKHS’nde yer almayan engellilik ve etnik köken temellerine yer verilmiştir. Türkiye’nin de taraf olduğu Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme’de⁶⁷ ise Sözleşme’nin 1. maddesinde Sözleşme’nin belirtilen istisnalar haricinde “cinsiyet, ırk, renk, dil, din veya inanç, siyasal ya dabaşka görüş, ulusal, etnik veya sosyal köken, vatandaşlık, yaş, ekonomik durum, mülkiyet, medeni hal, doğum veya diğere statüler” açısından hiçbir farklılık gözetilmeksizin, tüm göçmen işçilere ve ailelerine uygulanacağına yer verilmiştir. Burada da görüldüğü gibi Sözleşme’de MSHS ve ESKHS’nde yer almayan etnik köken, inanç, vatandaşlık, yaş, ekonomik durum ve medeni hal temellerine yer verilmiş ve ayrımcılık temellerinin listesi genişletilmiştir. Yine Sözleşme’nin 7. maddesinde ise Sözleşme’ye taraf devletlerin kendi ülkeleri içinde yaşayan veya yasal yetki alanına giren tüm göçmen işçilere ve aile fertlerine, “cinsiyet, ırk, renk, dil, din veya inanç, siyasal ya dabaşka görüş, ulusal, etnik veya sosyal köken, vatandaşlık, yaş, ekonomik durum, mülkiyet, medenihal, doğum veya diğere statüler” gibi nedenlerle hiçbir ayrımcılık yapmaksızın Sözleşme’de öngörülen haklara saygı göstermeyi ve uygulamayı taahhüt edecekleri vurgulanmıştır.

AİHS’nde ayrımcılık yasağı 14. madde düzenlenmiştir. Sözleşme’nin 14. maddesi “Bu Sözleşmede düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya datoplumsal köken, bir ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğere statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın, güvence altına alınacaktır.” şeklinde bir ifade içermektedir. Görüldüğü gibi AİHS’nde yer alan ayrımcılık temelleri EİHB ile örtüşmektedir ve büyük ölçüde EİHB’nin 2. maddesinde yer alan düzenlemeye dayanmaktadır. Ayrıca EİHB’nde yer almayan “ulusal bir azınlığa mensup olma” temeline de yer verilmiştir. MSHS’nde olduğu gibi AİHS’nde de “ya da diğere statüler

Perspective on its Development, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 168. Craven aynı durumun ESKHS için de geçerli olduğu görüşündedir. Bkz, a.g.e., s. 168.

⁶⁷ Sözleşme’nin resmi Türkçe çevirisi için, Bkz, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, 08.07.2004 tarihli ve 25516 sayılı RG.

gibi herhangi bir temelde” ifadesine yer verilmiş ve ayrımcılık temelleri madde metninde geçen ifadelerle sınırlı olarak kabul edilmemiştir.

Aynı temeller 2000 yılında kabul edilen ve 2005 yılında yürürlüğe giren AİHS/Protokol No. 12'nin 1. maddesinde de benimsenmiştir. Protokol'de yer alan düzenleme AİHS'nin 14. maddesi gibi açık uçlu bir düzenlemedir. Ayrımcılık temelleri aynı şekilde sayılmış ve yine aynı şekilde ucu açık bırakılmıştır. Protokol'de ayrımcılığın yasaklandığı temeller 14. maddede sayılanlar ile aynıdır. Madde metnine engellilik, cinsel yönelim ve yaş gibi ayrımcılık temelleri bilinçli olarak yazılmamıştır. Bu durumun nedeni “Ayrımcılığın yasaklandığı diğer bazı nedenlerin de açıkça sayılması (örneğin fiziksel veya zihinsel engellilik, cinsel yönelim veya yaş) gibi diğer çözümler yerine bu çözümün benimsenmesi, Sözleşme'nin 14. maddesinin kaleme alındığı döneme kıyasla bugünün toplumlarında özellikle önem kazanmış olan bu nedenlere ilişkin bir bilinç yokluğundan değil, ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerin tahdidi olarak sayılmaması nedeniyle bunların açıkça sayılmasının hukuken gereksiz olduğunun kabul edilmiş olmasından ve bazı ek nedenlerin sayılmasının, sayılmayan diğer nedenlere dayalı ayrımcılığın yasaklanmamış olduğu yönünde yorumlar yapılabilmesine olanak verebilecek olmasından kaynaklanmaktadır.” diye belirtilmiştir.⁶⁸

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda ise, ASŞ'ndan farklı olarak ayrımcılık yasağı ayrı bir madde olarak E maddesinde düzenlenmiştir. (GG)ASŞ ayrımcılık temellerini “ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüş, ulusal bağ, ya da sosyal köken, sağlık, bir ulusal azınlığa mensup olma, doğum ya da diğer statüler” şeklinde sıralamıştır. Bu nedenle ASŞ'nda geçerli olan sınırlı yaklaşım yerini açık uçlu bir yaklaşıma bırakmıştır. (GG)ASŞ'nin E maddesinin neredeyse AİHS'nin 14. maddesi ile özdeş olduğu ifade edilmiştir.⁶⁹ Nitekim (GG)ASŞ'nin Açıklayıcı Raporu'nda E maddesinin ASŞ'nda yer alan ayrımcılık temellerinden daha fazla temele yer veren AİHS'nin 14. maddesine dayandığı, madde metninde yer alan “gibi” (such as) kelimesinin belirtilen ayrımcılık temellerinin sayılanlarla sınırlı

⁶⁸ AİHS/Protokol No. 12, Açıklayıcı Rapor, para. 20.

⁶⁹ ASHK, *International Association Autism-Europe (IAAE) v. France*, Complaint No. 13/2002, Decision, 07.11.2003, para. 52.

olmadığını ifade ettiğini, örneğin hamilelik temelinde kadınların işe alınmaması gibi durumları da yasakladığı belirtilmiştir.⁷⁰

Ayrımcılık yasağına dair bir düzenlemede ayrımcılık temellerinin mümkün olduğunca kapsamlı biçimde sayılmasının belirtilen ayrımcılık temellerinin hukuken ayrımcılık yasağının bir parçası haline geldiğinin normatif kabulü açısından bir anlamı bulunmaktadır. Mevcut ayrımcılık yasağı ile ilgili hukuki düzenlemelerde ayrımcılık temellerinin açık uçlu biçimde düzenlenmiş olması normatif değişiklik yapılmasını büyük ölçüde gereksiz kılmaktadır. Bu konuda yargı organlarının güncel gelişmeleri izleyerek ilgili düzenlemelerde belirtilmemiş ayrımcılık temellerini ayrımcılık yasağı kapsamına sokmaları mümkündür. MSHS'nin hazırlanışı sürecinde de bir azınlık grubuna mensubiyet, ekonomik veya diğer bir görüş, eğitim düzeyi (educational attainment) ifadelerinin 26. madde metnine dâhil edilmesi önerileri, “başka bir statü gibi herhangi bir temelde” mevcudiyeti nedeniyle gereksiz görülmüştür.⁷¹ Benzer bir yaklaşım yukarıda da ifade edildiği gibi AİHS/Protokol No. 12’de de kabul edilmiştir.⁷² Aşağıda üzerinde durulacak bazı yargısal benzeri organlar ve AİHM’nin kararları da benzer şekilde yorum yoluyla ayrımcılık temellerine dair listeyi genişletmiş durumdadır. Her ne kadar sözleşmelerde benimsenen açık uçlu yaklaşım ayrımcılık temelleri ile ilgili bir listeyi gereksiz kılma da uygulamada sözleşmelerde yer alan temellerle ilgili ayrımcılık iddialarının yer almayan temellerle karşılaştırıldığında daha sıkı bir denetimden geçirildiği belirtilmektedir.⁷³

İHK, Sözleşme’nin 26. maddesinde “başka bir statü gibi” ifadesine yer verilmesi ile ayrımcılığı madde metninde geçen ifadelerle sınırlı olmadığını belirtilmiştir. Bu ifade Komite önüne gelen her vakada ayrıca değerlendirilmiş ve içtihatlarla geliştirilmiştir.⁷⁴ Komite’nin 2. ve 26. maddelerin metinlerinde yer

⁷⁰ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Açıklayıcı Rapor (European Social Charter (revised), Explanatory Report), para. 136, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/163.htm> (erişim:01.04.2012)

⁷¹ Marc, J. Bossuyt, **Guide to the Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights**, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987, s. 486

⁷² AİHS/Protokol No. 12, Açıklayıcı Rapor, para. 20.

⁷³ Vandenhoele, s. 88.

⁷⁴ Scott Davidson, *Equality and Non-Discrimination, Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Alex Conte; Scott Davidson; Richard Burchil, Ashgate, Aldershot, 2005, s. 172, Sarah Joseph; Jenny Schultz; Melissa Castan, **The**

almayan ayrımcılık temelleri ile ilgili olarak yapılan başvurularda önceleri çekingen davrandığı ve sınırlı bir yaklaşım sergilediği ifade edilmektedir.⁷⁵ Komite'nin daha sonraları ise başvuruları büyük oranda çeşitli nedenlerle kabul edilemez bulduğu ve esasına girmeden reddettiği ifade edilmiştir.⁷⁶ Ancak dahasonra Komite önüne gelen şikâyet başvuruları bağlamında Sözleşme metninde yer almayan ayrımcılık temellerini de ayrımcılık yasağının koruma alanına sokulmuştur.⁷⁷

Komite ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik iddialarda başvurucuların farklı muamelenin kendilerine atfedilen tanımlanabilir bir şekilde ayrı bir kategoriye (identifiably distinct category) mensup olmaları nedeniyle Sözleşme'nin 26. maddesine yer alan temellerden biri veya "başka statü" temelinde ayrımcılığa maruz kaldıklarını ortaya koymaları gerektiği belirtmiştir.⁷⁸ Komite çeşitli kararlarında, cinsel yönelim dışında engellilik⁷⁹, yaş⁸⁰, uyrukluk⁸¹, vicdani kanaatler⁸², "başka statü" kapsamı içerisinde düşünülmüştür. Komite'nin bir kararında 26. maddenin cinsel yönelime dair ayrımcılığı içermemesine karşın "ya dabaşkabir statü gibi" ifadesi kapsamında Sözleşme'nin 2. ve 26. maddesinde bulunan "cinsiyet" ibaresinin aynı zamanda cinsel yönelimi de kapsayacağı belirtilmiştir.⁸³ Her ne kadar doğru bir yaklaşım olarak kabul edilmesi mümkün değilse de bu durumda cinsel yönelim cinsiyet kapsamında değerlendirilmediği durumda "diğer statü" kapsamında değerlendirilmesi mümkün olacaktır.

International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, s. 528.

⁷⁵ Vandenhole, s. 112.

⁷⁶ Nowak, **CCPR Commentary**, s. 626. Örneğin, İHK, *Schmitz-de-Jong v. The Netherlands*, Communication No. 855/1999, View, 09.08.2001, CCPR/C/72/D/855/1999; *C. v. Australia*, Communication No. 832/1998, View, 25.07.2001, CCPR/C/72/D/832/1998; *Love et al. v. Australia*, Communication No. 983/2001, View, 28.04.2003, CCPR/C/77/D/983/2001; *Marín Gómez v. Spain*, Communication No. 865/1999, View, 22.10.2001, CCPR/C/73/D/865/1999

⁷⁷ Bu ayrımcılık temellerinin örnek niteliğinde bir listesi için bkz, Joseph; Schultz; Castan, s. 690-693; Vandenhole, s. 128-133.

⁷⁸ İHK, *B.d.B. et al. v. The Netherlands*, Communication No. 273/1988, View, 02.05.1989, CCPR/C/35/D/273/1988, para. 6.7.

⁷⁹ İHK, *Wackenheim v. France*, Communication No. 854/1999, View, 26.07.2002, CCPR/C/75/D/854/1999.

⁸⁰ İHK, *Love et al. v. Australia*, Communication No. 983/2001, View, 28.04.2003, CCPR/C/77/D/983/2001, para 8.2, 8.3.

⁸¹ İHK, *Gueye v. France*, Communication No. 196/1985, View, 06.04.1989, CCPR/C/35/D/196/1985.

⁸² İHK, *Brinkhof v. The Netherlands*, Communication No. 402/1990, View, 30.07.1993, CCPR/C/48/D/402/1990; *Foin v. France*, Communication No. 666/1995, View, 09.11.1999, CCPR/C/67/D/666/1995.

⁸³ İHK, *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, View, 04.04.1994, CCPR/C/50/D/488/1992, para. 8.7.

Görüldüğü gibi Komite'nin içtihatları ile ayrımcılık temellerinin kapsamı giderek genişlemektedir. Ayrımcılık temellerinin genişlerken sadece kişisel özellikler veya bir gruba özgü özellikler yanında bir statü içerisinde bulunmanın da ayrımcılık temeli olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Örneğin bir futbol takımının veya felsefe topluluğunun üyelerinin ayrı bir grup oluşturup oluşturmayacağı ayrımcılık temeli sayılıp sayılamayacağı belirlenmesinde belirleyici olmaktadır. Komite bir kararında, bir grup fizyoterapistin part-time çalışmalarının karşılığı olarak kendi sosyal güvenlik primlerini ödemeleri nedeniyle yaptıkları başvuruda, başvuruçuların farklı muameleyle karşılaştıklarını kabul etmekle beraber 26. maddede yer alan “başka statü” ifadesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Komite, bu ifadenin profesyonel bir iş grubunu kapsamaktan daha öte bir içerik taşıdığını ifade etmiştir.⁸⁴ Komite açık uçlu yaklaşıma başvururken önceleri yukarıda belirtilen “başka statü” kapsamında değerlendirilecek bir temelin esaslı bir tanımlayıcı öge (inherent identifying factor) olması gerektiğini belirtmiştir.⁸⁵ Bunun dışında “başka statü” ifadesinin bireylerin kendi seçimleri olmayan ırk gibi temellerle birlikte kendi seçimleri kabul edilebilecek din veya inanç, siyasi düşünce gibi kişiliklerinin bir parçası olmuş ve değiştirmeleri mümkün olan temelleri kapsadığı ifade edilmiştir.⁸⁶ Sonuç olarak belirtmek gerekir ki Komite'nin kararlarında maddede belirtilenler dışında hangi durumların “başka statü” kapsamında değerlendirilebileceğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Komite bu konuda ortak standartlar oluşturmaktan çok önüne gelen her başvuruyu kendi şartları içinde değerlendirmiştir.

ESKHS'nin denetim organı olarak oluşturulan EESKHK, Sözleşme'nin 2. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının açık uçlu olduğunu ortaya koymuştur. Komite 1994 tarihli 5 No'lu Genel Yorum'da Sözleşme'de engelli kişilere dair özel bir gönderme bulunmamasına karşın, EİHB'nin 1. maddesi gereğince bütün insanların özgür; onur ve hakları yönünden eşit doğduğunu ve Sözleşme'nin 2.

⁸⁴ İHK, *B.d.B. et al. v. The Netherlands*, Communication No. 273/1988, View, 02.05.1989, CCPR/C/35/D/273/1988, para. 6.7, benzer nitelikte başka bir karar için bkz, İHK, *van Oord v. The Netherlands*, Communication No. 658/1995, View, 14.08.1997, CCPR/C/60/D/658/1995, para. 6.7.

⁸⁵ Joseph; Schultz; Castan, s. 528.

⁸⁶ Christian Tomuschat, *The Human Rights Committee's Jurisprudence on Article 26-A Pyrrhic Victory?*, **Towards Implementing Universal Human Rights**, Ando, Nisuke (ed.); Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, s. 232.

maddesinin 2. paragrafında belirtilen, “bu Sözleşmede belirtilen hakların” belirli nedenlerle veya “ya da başka statüler gibi herhangi bir türde ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına alma” yükümlülüğünün engellilik temelinde ayrımcılığı da içerdiğini belirtmiştir.⁸⁷ Komite’nin 2009 yılında yayınladığı başlı başına ayrımcılık yasağı konulu “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklarda Ayrımcılık Yasağı” başlığını taşıyan 20 No’lu Genel Yorum’da Sözleşme’nin 2. maddesinde sayılan ayrımcılık temellerinin “ya da başka statüler” ifadesinin mevcudiyeti nedeniyle tüketici bir liste olmadığını ve maddede belirtilmeyen diğer ayrımcılık temellerinin de maddenin korumasından yararlanabileceğini ifade etmiştir.⁸⁸ Komite anılan Genel Yorum’da örnek niteliğinde olduğunu belirterek bir dizi ayrımcılık temeline daha yer vermiş ve yer verilen örneklerin ayrımcılığın yasaklandığı söz konusu temelle ilgili olası tüm ayrımcı muameleleri kapsamadığını veya her türlü farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağını da vurgulamıştır.⁸⁹ Komite ayrımcılığın niteliğinin bağlama ve zamana göre değiştiğinden hareketle “başka statüler” ifadesi ile esnek bir yaklaşım benimsendiğini ve mağdur olma potansiyeli taşıyan (vulnerable) ve marjinalleştirilmiş grupların deneyimleri ile yeni temellerin ortaya çıkabileceği görüşündedir.⁹⁰ Komite bugüne kadar yayınladığı nihai tespitler ve genel yorumlar ışığında “başka statü” kapsamına sayılanlarla sınırlı olmamak üzere, engellilik, yaş, vatandaşlık, medeni hal ve aile durumu, cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kimliği, sağlık durumu, ikamet yeri ve ekonomik ve sosyal durum temellerinin de girdiği belirtilmiştir.⁹¹ Komite’nin yeni ayrımcılık temellerinin tanınması konusunda oldukça özgürlükçü ve yenilikçi davrandığı belirtilmektedir.⁹² Komite’nin belirtilen yaklaşımı doğrultusunda Sözleşme’nin 2.

⁸⁷ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 5, Persons with disabilities, E/1995/22, 09.12.1994, (bundan sonra “ESKHK, 5 No’lu Genel Yorum” olarak anılacaktır), para. 5 <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

⁸⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 20, Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2), 02.07.2009, E/C.12/GC/20 (bundan sonra “ESKHK, 20 No’lu Genel Yorum” olarak anılacaktır), para. 15, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012). Bu Genel Yorum İHK’nin ayrımcılık yasağı ile ilgili en son 1989 yılında yayınlamış olduğu 18 No’lu Genel Yorum’da yer almayan güncel gelişmeleri yansıttığı için burada üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur.

⁸⁹ a.g.k., para. 15.

⁹⁰ a.g.k., para. 27.

⁹¹ a.g.k., para. 27 vd. Komite’nin belirtilen bu temellerle ilgili nihai tespitleri veya genel yorumları için bkz, Vandenhole, s. 140.

⁹² Vandenhole, s. 183.

maddesinde yer alan ayrımcılık temellerinin genişletici bir yorumla güncelleştirdiği ifade edilebilir.

ÇHS'nin 2. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağına dair düzenlemede yer verilen ayrımcılık temellerinin engellilik ve etnik köken dışında MSHS ve ESKHS ile aynıdır. Çocuk Hakları Komitesi nihai tespitleri ve genel yorumları ile yaş, medeni hal, hamilelik ve annelik, cinsel yönelim, sağlık durumu, vatandaşlık, ikamet yeri, kast, çocuk sayısı, bakım altında olma, azınlık mensubu olma gibi temelleri ayrımcılık yasağının kapsamına dâhil etmiştir.⁹³ ÇHK ve ESKHS ile ilgili olarak normatif olarak olmasa da kararları yoluyla en geniş ayrımcılık temeli listesini oluşturduğu ifade edilmektedir.⁹⁴

AIHS'nin 14. maddesi "açık uçlu" yaklaşımı benimsemiştir⁹⁵ ve madde yer alan yasaklar ve taraf devletlerin yükümlülükleri bu sayılanlarla sınırlı değildir.⁹⁶ Madde metninde geçen "diğer statüler gibi herhangi bir temelde" ifadesi sayılanların sınırlı olmadığı ve örnek niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır.⁹⁷ Mahkeme kararlarına bakıldığında 14. maddede açıkça sayılmamış olmasına karşın örneğin yaş,⁹⁸ engellilik,⁹⁹ babalık,¹⁰⁰ medeni hal,¹⁰¹ sendika üyeliği¹⁰² ve cinsel yönelim¹⁰³ gibi ayrımcılık temellerini madde kapsamında değerlendirmiştir. Herhangi bir temelde farklı muamelenin, uluslararası insan hakları hukuku kapsamında geleneksel olarak yasaklanan temeller arasında yer alsın ya da almasın 14. madde kapsamında potansiyel olarak incelenmesi mümkündür.¹⁰⁴ Mahkeme bazı kararlarında ise farklı

⁹³ a.g.e., s. 173-181.

⁹⁴ a.g.e., s. 183.

⁹⁵ Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, s. 5.

⁹⁶ AIHM, *James and Others v. The United Kingdom*, Application No.8793/79, Judgment, 21.02.1986, para 74.

⁹⁷ Feyyaz Gölcüklü; A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 402.

⁹⁸ AIHM, *Schwizgebel v. Switzerland*, Application No. 25762/07, Judgment, 10.06.2010.

⁹⁹ AIHM, *Pretty v. The United Kingdom*, Application No.2346/02, Judgment, 29.04.2002.

¹⁰⁰ AIHM, *Weller v. Hungary*, Application No.44399/05, Judgment, 31.03.2009.

¹⁰¹ AIHM, *Petrov v. Bulgaria*, Application No.15197/02, Judgment, 22.05.2008.

¹⁰² AIHM, *Danilenkov and Others v. Russia*, Application No.67336/01, Judgment, 30.07.2009.

¹⁰³ AIHM, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz*, Application No.36290/96, Judgment, 21.12.1999; *Frette v. France*, Application No.36515/97, Judgment, 26.02.2002; *S. L. v. Austria*, Application No.45330/99, Judgment 09.01.2003; *Karner v. Austria*, Application No.40016/98, Judgment, 24.07.2003; *E.B. v. France*, Application No.43546/02, Judgment, 22.01.2008.

¹⁰⁴ Olivier De Schutter, **The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives**, European Commission, Luxembourg, 2005, s. 13.

muameleyi ayrımcılığın ihlali olarak değerlendirmiş ancak 14. maddede sayılan ayrımcılık temellerinden başka bir temeli madde kapsamında değerlendirip değerlendirmedeği konusunda herhangi bir yorum yapmamıştır.¹⁰⁵ Bu şekilde bir karar Mahkeme'nin açık uçlu olma durumunu mümkün olduğunca geniş yorumlamayı tercih ettiğini göstermektedir. Mahkeme'nin bu yaklaşımı sonucunda herhangi bir fark gözetmenin 14. madde bağlamında incelemeye konu olabileceği belirtilmektedir.¹⁰⁶ Ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı açısından açık uçlu yaklaşım kapsamında gündeme gelebilecek bir diğer konu ise ayrımcılık yasağının sağladığı korumadan yararlanacak kişilerin buldukları ülkenin vatandaşı olup olmadıkları sorusudur. Günümüzde insan haklarının sağladığı koruma sadece vatandaşlara özgülenmiş değildir. Örneğin AİHS'nin 1. maddesinde taraf devletler AİHS'de yer alan hak ve özgürlükleri, kendi yargı yetki alanında bulunun herkes için güvence altına almakla yükümlü tutulmuştur. Şüphesiz bu durum bazı hallerde vatandaş olanlar ve olmayanlar arasında fark gözetilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Ancak kategorik olarak haklar ve özgürlükler bu noktada bir ayrım yapılmaksızın herkese tanınmış durumdadır. AİHM istikrarlı biçimde bu yaklaşımı benimsediğini ortaya koymuştur. Örneğin, AİHS'ye taraf olan başka bir devletin vatandaşı¹⁰⁷ veya olmayan bir devletin vatandaşı¹⁰⁸ söz konusu olduğunda vatandaş olan veya olmayan ayrımı yapılmamıştır.

Bir diğer konu ise ayrımcılık yasağının gerçek kişiler kadar tüzel kişiler için de geçerli olmasıdır. Yine AİHM kararlarından örnek verilirse ayrımcılık yasağına

¹⁰⁵ AİHM, *Pine Valley Developments LTD and Others v. Ireland*, Application No.12742/87, Judgment, 29.11.1991, para. 64.

¹⁰⁶ Rory O'Connell, *Cinderella Comes to the Ball: Art 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR*, **Legal Studies**, Wiley-Blackwell, Vol. 29, No. 2, Oxford, June 2009, s. 222. Örnek kararlar için bkz, AİHM, *Stubbings and Others v. The United Kingdom*, Application No.22083/93 and 22095/93, Judgment, 22.10.1996; *Chassagnou and Others, v. France*, Application No.25088/94, 28331/94 and 28443/95, Judgment, 29.04.1999; *Rainys and Gasparavicius v. Lithuania*, Application No.70665/01; 74345/01, Judgment, 07.04.2005; *Paulik v. Slovakia*, Application No.10699/05, Judgment, 10.10.2006; *Grande Oriente D'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy (No. 2)*, Application No.26740/02, Judgment, 1.05.2007; *Wagner ve J.M.W.L. v. Luxembourg*, Application No.76240/01, Judgment, 28.06.2007; *Beian v. Romania*, Application No. 30658/05, Judgment, 06.12.2007; *Tara Lunga v. Romania*, Application No.26831/03, Judgment, 08.07.2008; *Tehleanu v. Romania*, Application No.1578/03, Judgment, 16.09.2008; *Zainescu v. Romania*, Application No.26832/03, Judgment, 23.09.2008.

¹⁰⁷ AİHM, *Piermont v. France*, Application No.15773/89, Judgment, 27.04.1995; *Darby v. Sweden*, Application No.11581/75, Judgment, 23.10.1990.

¹⁰⁸ AİHM, *Moustaquim v. Belgium*, Application No.12313/86, Judgment, 18.02.1991.

karşı sağlanan korumanın bu noktada farklılaşmadığı ortaya çıkmaktadır. AİHM, gerçek ve tüzel kişilerin birlikte yaptığı bir başvuruda ayrımcılık yasağı ile gündeme gelen ayrımcılık içeren farklı muameleye dair korumanın benzer durumda bulunan tüzel kişileri de içerdiğini belirtmiştir.¹⁰⁹ AİHM kararlarına bakıldığında, kar amacı güden veya gütmeyen, ticari şirketler, sendikalar, dini örgütlenmeler, siyasi partiler, yardım kuruluşları veya toplumsal örgütlenmelerin 14. maddenin sağladığı korumadan yararlanabilecekleri karar altına alınmıştır.¹¹⁰ Bu noktada tek istisna tüzel kişinin kamu yönetiminin bir parçası olmaması gerekliliğidir.¹¹¹ Ancak kamu hukukuna tabi olmakla birlikte kamu gücünü kullanmayan ve devletten tamamen özerk olan kamu tüzel kişilerinin korumadan yararlanmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir.¹¹² Kamu tüzel kişileri idare hukuku ve kamu yönetimi bağlamında gündeme gelmektedir ve kamu tüzel kişiliği hak sahipliğinin ölçütleri söz konusudur.¹¹³ Kamu tüzel kişileri bu kapsamda “merkezden yönetim” ve “ yerinden yönetim” olarak ikiye ayrılmaktadır.¹¹⁴ Merkezden yönetim kapsamındaki kamu tüzel kişilerinin ayrımcılık yasağının sağladığı korumadan yararlanması mümkün değildir.¹¹⁵ Yerel yönetimler açısından ise, ekonomik, ticari ve endüstriyel alanda faaliyet gösteren hizmet yönünden yerel yönetim çerçevesindeki kamu tüzel kişiler (Ör. sermayesi devlete ait olup kamu hizmeti gören, kar amaçlı ve özel hukuka tabi olan kamu tüzel kişileri; devletin hissedarı olduğu özel şirketler; kamu hizmetinin yerine getirmek için devlet tarafından kurulan şirketler) ile sınırlı olmak üzere bu tür

¹⁰⁹ AİHM, *Lithgow and Others v. The United Kingdom*, Application No.9006/80, Judgment, 08.07.1986, para. 177.

¹¹⁰ AİHM, *National Union of Belgian Police v. Belgium*, Application No.4464/70, Judgment, 27.10.1975; *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, Application No.5614/72, Judgment, 06.02.1976; *Canea Catholic Church v. Greece*, Application No.25528/94, Judgment, 16.12.1997; *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, Application No.24417/95, Judgment, 27.06.2000; *Case of the United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, Application No.19392/92, Judgment, 30.01.1998; *Pine Valley Developments LTD and Others v. Ireland*, Application No.12742/87, Judgment, 29.11.1991; *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, Application No.24699/94, Judgment, 28.06.2001.

¹¹¹ Frédéric Edél, **The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010, s. 14-15.

¹¹² AİHM, *Holy Monasteries v. Yunanistan*, Başvuru no. 13092/87, Karar tarihi: 09.12.1994.

¹¹³ Bu ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yay., İstanbul, 2009, s. 52-81.

¹¹⁴ Kemal Gözler, **İdare Hukuku, Cilt I**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2003, s. 150 vd.

¹¹⁵ H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, s. 54.

kamu tüzel kişilerinin korumadan yararlanmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁶

Yukarıda da belirtildiği gibi (GG)ASŞ'nın E maddesinde “ya da diğer statüler” ifadesine yer verilmiş ve açık-uçlu bir yaklaşım benimsenmiştir. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin bu durumu ortaya koyar nitelikte topluşikâyet başvuruları ile ilgili çeşitli kararları mevcuttur. Komite E maddesinde yer alan ayrımcılık temelleri arasında engelliliğin sayılmamış olmasına karşın, “diğer statüler” kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir.¹¹⁷ Komite diğer bir kararında, (GG)ASŞ'nda yer alan hakların barınma hakkı da dâhil olmak üzere herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınması gerektiğini ve bu anlamda devlet tarafından sunulan barınma hizmetlerine erişimin vatandaşlara sağlanan koşullarla aynı koşullarda göçmenlere de sağlanması gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁸ Görüldüğü gibi Komite göçmen olup olmama halini de ayrımcılık temellerinden biri haline getirmiştir. Başka bir kararda ise Almanya'da üslenmiş Fransız Ordusu'nda Alman hukukuna göre sivil olarak iş sözleşmesi ile çalışan kişilerin Fransa'da Fransız Ordusu'nda kamu görevlisi olarak çalışan sivil kişilere göre farklı muamele gördükleri iddiası değerlendirilmiştir. Komite kararında aynı şekilde E maddesinde böyle bir ayrımcılık temeline yer verilmemiş olmasına rağmen “diğer statüler” kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir.¹¹⁹

B.Ayrımcı Muameleyi Gerçekleştiren Kişi Bakımından Kapsamı

Ayrımcılık yasağı şeklinde bir kavramın kabulü ile birlikte gündeme gelen en önemli sorulardan biri “kim tarafından gerçekleştirilen ayrımcılık?” sorusudur. Bu sebeple ayrımcılık yasağı ile ilgili bir çalışmada bu sorunun yanıtlanması büyük önem taşımaktadır. Bu sorunun yanıtı ayrımcılık yasağının işler hale geleceği ilişkiler alanının tayini ve devletlerin ayrımcılık yasağı açısından yükümlülüklerinin

¹¹⁶ a.g.e., s. 76-80.

¹¹⁷ ASHK, *International Association Autism-Europe (IAAE) v. France*, Complaint No. 13/2002, Decision, 07.11.2003, para. 51.

¹¹⁸ ASHK, *European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA) v. France*, Complaint No. 39/2006, Decision, 04.08.2008, para. 159.

¹¹⁹ ASHK, *Confédération Française Démocratique du Travail (CFDT) v. France*, Complaint no. 50/2008, Decision, 09.09.2009, para. 44.

sınırlarının belirlenmesi açısından da büyük önem taşımaktadır. İnsanın gelişimi içinde olmazsa olmaz bir yeri olan insan haklarının yapısı, hem birey ile devlet ve hem de bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerini ilgilendirmektedir. Ulusal veya uluslararası düzeyde ortaya çıkan ilişkiler arasında devletlerin bireylere yönelik gerçekleştirdikleri muameleler ile bireylerin diğer bireylere gerçekleştirdiği muameleler ayrımcılık yasağı bakımından değerlendirme konusu olmaktadır. Bu noktada çalışmada ayrımcı muamele yapmaktan kaçınması gereken kişiler üzerinde durulacaktır.

Birey ile devlet arasındaki ilişkiye insan haklarının “dikey etkisi” de denilmektedir. İnsan haklarının ortaya çıkışındaki esas amaç, birey ile devlet arasındaki ilişkiler için kuralları oluşturmak, bireyin karşısında devletin iktidarını sınırlandırmaktır. Ayrımcılığın devletler tarafından gerçekleştirildiği durumda bireyler devlet ve birey arasındaki ilişkinin pasif tarafını oluşturmaktadır. Bu ilişkide aktif olan taraf uluslararası hukukun temel öznesi olan devletlerdir.¹²⁰

Hükümetlerin yalnızca insan hakları ihlallerinden kaçınma yükümlülüğü içinde değildirler. “Yatay etki” kavramı ile aynı zamanda bireyleri, diğer bireylerin ihlallerinden koruma görevi de devlete yüklenmiştir. Bu yükümlülük sonucu bireylerin haklarının, başkaları tarafından ihlal edilme ihtimaline karşı, devletlerin bireyleri korumaya çalışması gerekmektedir. Geçmişte daha çok dikey ihlaller çerçevesinde gündeme gelen insan hakları günümüzde sosyal ilişkilerin çeşitlenmesi ve gelişmesi ile yatay ihlalleri de gündemine almıştır. Bireyler veya birey grupları arasındaki ilişkiler, yaygın insan hakları ihlallerine yol açmakta ve giderek daha fazla çalışma konusu olmaktadır. Bu duruma en güncel örnek olarak, kadına yönelik şiddet verilebilir. Yakın bir zamana kadar özel hayat kapsamında değerlendirilen kadına yönelik şiddet veya tecavüz artık bir insan hakları sorunu olarak görülmektedir. Ayrımcılık yasağı da aynı şekilde artık sadece devlet kaynaklı olarak değil bireyler arasında gerçekleşebilir bir olgu olarak kabul edilmektedir.

Ayrımcılık yasağı gibi hukuken tanınmış hakların bireyler arasındaki ilişkilerde de geçerli olabileceğini ve hukuken öne sürülebileceğini belirten teoriye yatay etki teorisi adı verilmiştir. Alman hukuku kökenli olan “Drittwirkung” olarak

¹²⁰ Vierdag, s. 31.

adlandırılan bu yaklaşımda bireyler diğer bireyler tarafından bir hak ve özgürlükleri ihlal edildiği takdirde bunu yargı organları önüne getirebilmektedir.¹²¹ Yatay etki (Drittwirkung effect) olarak adlandırılan bu etkide taraf devletin yükümlülüklerini, söz konusu ihlal bireyler tarafından gerçekleştirildiği durumlarda hukuken güvence altına alınan hakların hukuken yeterince korunduğu ve ihlale yönelik etkili bir giderim sağlandığı takdirde yerine getirilmiş sayılmaktadır. Şüphesiz söz konusu olan hukuk kuralı, örneğin bir anayasa hükmü olduğunda, büyük oranda sorun yaşanmamaktadır. Ancak söz konusu hak o ülkenin taraf olduğu bir uluslararası sözleşme hükmü ise o hükmün o ülkenin iç hukukunda doğrudan uygulanır olup olmadığının (self-executing) değerlendirilmesi gerekmektedir. Yapılacak bu değerlendirmenin ardından ayrımcılık yasağına dair mevcut hakkın özel alanda bireyler arasındaki ilişkileri de kapsayıp kapsamadığı değerlendirilecektir.¹²²

Devletin ayrımcılık yasağını ihlal etmeme yükümlülüğü yanında özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilere müdahale ederek devlet dışı aktörlerin gerçekleştirdiği ayrımcı muamelelere karşı bireyleri koruma şeklinde pozitif yükümlülüğü olup olmadığı sorusu yanıtlanması gereken bir sorudur. Özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin fiilleri açısından ayrımcılığın yasaklanmadığı takdirde ayrımcılık yasağı ile ilgili normların bir toplumda sonuç doğurmasını beklemek mümkün değildir. İnsan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmelerin yatay uygulaması devletler açısından olumlu bir yükümlülüktür ve bir uluslararası sözleşmenin yatay uygulaması söz konusu olsa bile ilgili sözleşmenin ihlalden yine devletler sorumlu tutulmaktadır.¹²³

Ancak bu yönde bir yaklaşım diğer insan haklarına bir müdahale anlamına da gelebilecektir. Ayrımcılık yasağının yatay etki doğurduğu durumda ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü vs. gibi diğer haklar ve özgürlüklere müdahale edilmesi söz konusu olabilir.¹²⁴ Dolayısıyla insan hakları alanında yatay etki konusu oldukça tartışma yaratan bir konudur. Ancak bireylerin, kişisel ve sosyal ilişkilerin dışında yol açtıkları, bazı ayrımcılık biçimlerinin uluslararası sözleşmelerdeki ayrımcılık

¹²¹ Harris; O'Boyle; Warbrick, s. 20.

¹²² Vierdag, s. 31.

¹²³ H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, Legal Yay., İstanbul, 2005, s. 95-96. Yatay etki ve ilgili bazı AİHM içtihatları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz, a.g.e., s. 92-116.

¹²⁴ Hill QC; Joseph, s. 583.

yasağına dair yükümlülüğü ihlal edebileceği ve devletlerin bu şekilde ortaya çıkabilecek ihlalleri önlemekle yükümlü oldukları belirtilmektedir.¹²⁵

Şüphesiz bireyin kişisel ve sosyal ilişkileri ile kamusal yaşamdaki ilişkilerinin uygulamada ayrılması kolay değildir. Bu açıdan bu şekilde kesin bir ayırım yapılması ve uygulamada kesin bir ölçüt belirlenmesi mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple yasal düzenlemelerde ayrımcılık yasağında yatay etkinin hangi alanlarda söz konusu olacağını belirtmesi olası bir karışıklığın ve tartışmanın önüne geçilmesi açısından daha doğru gözükmektedir. Örneğin özel sektörde işe alınma, konut kiralanması, sendikalara üyelik, özel eğitim kurumlarına kabul edilme, sinema ve tiyatro gibi özel nitelikteki kültürel kuruluşlara erişim vs. gibi¹²⁶ konuların açıkça ve ayrıntılı biçimde yasalarda düzenlenmesi doğru olacaktır. Bu tarz bir ayırım IAOKS'nin 5/f maddesinde yer almıştır. Anılan fıkrada ulaşım araçları, oteller, lokantalar, kahvehaneler, tiyatrolar ve parklar gibi kamuya açık tüm mekânlardan ve hizmetlerden yararlanma hakkı kapsamında herkesin hukuk önünde eşitlik hakkının garanti altına alınması yükümlülüğü belirtilmiştir. Böylelikle bir anlamda “kamusal” alan ile “özel” alan arasında bir farklılık öngörülmüştür. KKAOKS'nde ise bunun bir adımda ötesine geçilerek ve belki de “en özel” alan olarak kabul edilen evlenme ve aile ilişkileri alanında eşitlikle ilgili yükümlülükler öngörülmüştür.¹²⁷ Yine bir dini örgütlenmeye mensubiyet yalnızca o dine inanan kişilere izin verilmesi ayrımcılık olarak değerlendirilemezken, söz konusu dini örgütlenmenin kurduğu eğitim veya sağlık kurumlarında o dinle doğrudan ilgisi olmayan nitelikte sunulan hizmetler açısından ayrımcılık gündeme gelebilecektir.¹²⁸ Dolayısıyla bugün “kamusal alan” olarak kavranılan alanın giderek genişlediğini ve “özel alan” olarak kavranılan alanda da ayrımcılık yasağından kaynaklanan yükümlülüklerin mevcut olduğunu ileri sürmek mümkündür.

Bireyler veya birey grupları arasındaki ilişkiler alanında, normatif düzenlemeler olduğu kadar içtihatlar da söz konusudur. Bu konuda normatif düzenlemeler ayrımcılık konulu sözleşmelerde yer alırken, bu yönde bir

¹²⁵ Ramcharan, s. 262-263.

¹²⁶ Craven, s. 192.

¹²⁷ Eide; Opsahl, s. 110.

¹²⁸ a.g.e., s. 110.

düzenlemeye yer vermeyen sözleşmeler bakımından ise ilgili denetim organlarının içtihatlarında bu konuya yer verilmiştir.

Ayrımcılık yasağının özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri arasında da geçerli olduğuna dair yaklaşım görece yeni bir yaklaşımdır. Örneğin 1940 yılında Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, bir kişinin siyahları kendi işlettiği bara almamasını bu kişinin işletme açısından kişisel tercihi olarak değerlendirmiş ve bu duruma hukuken müdahale edilemeyeceğini vurgulamıştır.¹²⁹ Mahkeme'nin bu kararı ırkçılığı kişisel tercih olarak yorumlamak şeklinde değerlendirilebilir. Benzer yaklaşımın özellikle IAOKS'nin ortaya çıkana kadar BM çerçevesinde dehâkimdüşünce olduğu ifade edilmektedir.¹³⁰ Ancak bu tavır zaman içerisinde değişmiştir. 111 No'lu ILO Sözleşmesi Sözleşme metninde açıkça yer vermese bile ayrımcılık yasağının yatay etkisini tanımıştır. Kamu makamlarının belirli bir tutumu yanında özel hukuk kişilerinin de yasaklanan temellerde bir gruba mensup bir kişiye eşit olmayan biçimde muamele ettiği durumda ayrımcılık yasağının ihlal edileceği belirtilmiştir.¹³¹

Bu konuda normatif düzenlemeye yer veren ilk sözleşme IAOKS'dir. Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan ayrımcılık tanımında yer alan “siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel alanda ya dakamusal yaşamın herhangi bir başka alanında” ifadesinde bulunan “kamusal yaşam” (public life) ifadesi ile özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olmakla birlikte yalnızca kamusal nitelikte işlev üstlenen kişilerin etkinliklerini içerip içermediği sorusu gündeme gelmiştir. Ancak Sözleşme'nin 2/1-d maddesinde yer verilen taraf devletlerin “koşulların gerektirmesi halinde yasal düzenlemeler çıkarılması dâhil olmak üzere uygun bütün yollarla, herhangi bir birey, grup ya da örgüt tarafından ırk ayrımcılığı yapılmasını yasaklayacak ve sona erdirecektir” ifadesi ayrımcılık yasağının kapsamına özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri arasındaki ilişkileri de sokmuştur. Bu iki madde birlikte değerlendirildiğinde Sözleşme'nin yatay etkiyi kabul ettiği

¹²⁹ Kanada Yüksek Mahkemesi, *Christie v. York Corporation*, [1940] SCR 139, Karar tarihi: 09.12.1939.

¹³⁰ Eide; Opsahl, s. 104.

¹³¹ **Equality in Employment and Occupation**, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, Geneva, 1996, s. 12-13.

söylenbilir.¹³²Şüphesiz “kamusal yaşam” ifadesinin kapsamı belirsizdir. Hatta kapsamın belirsizliği nedeniyle ABD Sözleşme’ye taraf olurken, ABD Anayasası ve kanunlarında belirtilen özel hukuk kişilerinin eylem ve işlemleri haricinde Sözleşme’nin öngördüğü yasal düzenleme yapma yükümlülüğünü kabul etmediğini ifade etmiştir.¹³³

IAOKK yatay etki kapsamında, hakların kullanılması ya da olanakların sağlanması konusunda özel kuruluşların bir etkisi söz konusu olduğunda, taraf devletlerin bu etkinin sonuçlarının ırk ayrımcılığına yol açma ve ayrımcılığı sürdürme amacını ve sonucunu taşımamasını sağlama yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir.¹³⁴Komite bu noktada önüne gelen sınırlı sayıda ve sınırlı konuda şikâyetbaşvurusu çerçevesinde özel hukuk kişileri arasında gerçekleşen ayrımcı muamelelerin soruşturma yükümlülüğüne işaret etmiştir. Komite şikâyet başvuruları kapsamında verdiği ilk kararda işvereni tarafından ayrımcılığa uğradığına dair yargı organlarına başvuran başvuruçunun bu iddiasının göz önünde tutulmaması nedeniyle başvuruçunun Sözleşme’de yer alan çalışma hakkının yeterince korunmadığına karar vermiştir.¹³⁵

Komite başka bir kararında Sözleşme’nin 2. maddesinin birinci paragrafında yer alan yükümlülük doğrultusunda kendisine banka tarafından kredi verilmeyen kişinin yabancı olduğu için kredi alamadığına dair iddiasının etkili bir şekilde soruşturulması ve başvuruçuya etkili bir giderim sağlanması gerektiğini belirtmiştir.¹³⁶IAOKK başka bir kararında ise ev kiralamak isteyen bir kişinin bu konu ile ilgili çalışma yürüten Barınma Ajansı’na gittiğinde kiralık ev ilanlarının neredeyse yarısının “yabancılar istenmemektedir”, “sadece beyazlar içindir” ve “sadece sürekli bir işi olan Norveçliler içindir” şeklinde ibarelerle karşılaşması söz

¹³² Meron, s. 18.

¹³³ Bkz,

http://treaties.un.org/Pa.g.e.s/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV2&chapter=4&lang=en#EndDec (erişim:01.04.2012)

¹³⁴ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 20: Non-discriminatory implementation of rights and freedoms (Art. 5), 15.03.1996, A/51/18 (bundan sonra “IAOKK, 20 No’lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır), para. 5, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (erişim: 01.04.2012)

¹³⁵ IAOKK, *Yılmaz-Doğan v. Denmark*, Communication No. 1/1984, Opinion, 10.08.1988, CERD/C/36/D/1/1984, para. 9.3.

¹³⁶ IAOKK, *Habassi v. Denmark*, Communication No. 10/1997, Opinion, 17.03.1999, CERD/C/54/D/10/1997, para. 9.2-10.

konusudur. Komite başvuruyu kabul edilemez bulmakla birlikte, ev kiralamak veya satın almak isteyen kişilerin özel sektörde ırk ayrımcılığına karşı yeterince koruyan düzenlemelerin mevcut olmadığını ve ırk temelinde ayrımcılığa yol açan bu yaklaşımlarına karşı taraf devleti etkili önlemler almaya çağırmıştır.¹³⁷ Komite ayrıca özel hukuk kişileri arasında ortaya çıkan ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılık vakaları için yasal düzenlemelerin gözden geçirilerek cezai yaptırımların öngörülmesi gerektiğini de vurgulamıştır.¹³⁸ Komite'nin yatay etki konusunda açık mesajlarına karşın yatay etkinin kapsamına dair yol gösterici nitelikte ölçütlerin mevcut olmadığı belirtilmektedir.¹³⁹

KKAOKS'nde devlet dışı aktörlerin eylemlerine ve işlemlerine yönelik düzenlemeye yer verilmiştir. Örneğin Sözleşme'nin 2. maddesinde ayrımcılığın yasaklanması, yaptırımlar öngören yasal düzenlemeler öngörülmesi ve ayrımcılık teşkil eden yasal düzenlemelerin ilgası yükümlülüğü getirilmiştir. 2. maddenin 1. fıkrasının e paragrafında ise hukuki alanda tedbir alma yükümlülüğü kapsamında herhangi bir kişi, kurum veya kuruluş tarafından kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasını önlemek için gerekli her türlü tedbiri alma yükümlülüğü de açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu noktada taraf devletlerin özel hukuk kişileri açısından da sorumlu olduğu açıkça tanınmış durumdadır. Taraf devletler özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından ayrımcılık yapılmasını engellemek ve yapılmış ise sorumluları soruşturmak ve cezalandırmak ve mağdurların zararının giderimini sağlamakla yükümlüdür.¹⁴⁰

KKAOKK bir dizi kararında Sözleşme'de yer almayan kadına yönelik şiddet gibi bazı konuları koruma alanına dâhil etmiştir. Komite 19 No'lu Genel Tavsiye'de şiddetin sadece kamu otoritelerince gerçekleştirilen şiddeti kapsamadığını ifade etmiştir. Komite devamında uluslararası hukuk ve özel olarak bazı konulara özgülenmiş insan hakları sözleşmeleri bağlamında devletlerin, kamu görevlisi sıfatı

¹³⁷ IAOKK, *F.A. v. Norway*, Communication No. 18/2000, Opinion, 21.03.2001, CERD/C/58/D/18/2000, para. 8.

¹³⁸ IAOKK, Nihai Tespitler, ABD, para. 393.

¹³⁹ Kevin Boyle; Anneliese Baldaccini, *A Critical Evaluation of International Human Rights Approaches to Racism, Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*, Sandra Fredman (ed.), Oxford University Press, Great Britain, 2001, s. 159.

¹⁴⁰ Gemalmaz, *Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi*, s. 164-165.

taşımayan gerçek kişilerce veya özel hukuk tüzel kişilerince gerçekleştirileneylemlere ilişkin olarak da, bu eylemlerin yol açtığı hak ihlallerini önleme veya şiddet eylemlerini soruşturma ve cezalandırmada gereken özenin gösterilmesi ve mağdurun uğradığı zararın giderilmesi için harekete geçmesi gerektiğini ve aksi durumda sorumlu tutulacaklarını belirtmiştir.¹⁴¹ Aynı yaklaşım Komite tarafından bir dizi şikâyet başvurusunda da sergilenmiştir.¹⁴² Komite 23 No'lu Genel Tavsiye'de ise yatay etkinin siyasi ve kamusal yaşam için de geçerli olduğunu ortaya koymuştur. Anılan belgede taraf devletlerin, Sözleşme'de yer verilen yükümlülüklerle doğrudan tabi olmayan siyasi partiler, sendikalar ve benzeri örgütlerin kadınlara karşı ayrımcılık yapmamalarını ve Sözleşme'nin 7 ve 8. maddelerinde yer alan ilkelere saygı göstermelerini sağlamak için, Anayasaları ile uyumlu yasalar çıkartmak da dâhil, gereken tüm tedbirleri almakla yükümlü oldukları belirtilmiştir.¹⁴³

KKAOKK, çeşitli kararlarında devlet dışı aktörlerin icrai veya ihmali eylemleri için uygulanmak üzere yasal düzenleme yapma zorunluluğuna, toplumsal cinsiyet rollerine yer veren kalıp yargıları içeren geleneksel patriarkal tutumların değiştirilmesine yönelik etkin ve proaktif önlemlerin kabul edilmesine, örf ve adetlere ya da geleneklere dayalı veya kültürel uygulamaları ortadan kaldırmak veya değiştirmek ve böylece kadınların tüm haklarından tam olarak yararlanabilmelerini geliştirmeye işaret etmiştir ve çok sayıda olguyu gündeme getirmiştir.¹⁴⁴

KKAOKS ve IAOKS'nin aksine ESKHS taraf devletlerin üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen ayrımcılığı engellemek veya ayrımcılıkla mücadele etmek konusunda açık bir yükümlülük getirmemektedir. Aynı şekilde Sözleşme'nin hazırlık

¹⁴¹ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, The General Recommendation No. 19, Violence against women, 1992, A/47/38 (bundan sonra "KKAOKK, 19 No'lu Genel Tavsiye" olarak anılacaktır), paras. 8-9, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

¹⁴² KKAOKK, *A. T. v. Hungary*, Communication No. 2/2003, View, 26.01.2005, para. 9.2; *Goekce v. Austria*, Communication No. View, 06.08.2007, CEDAW/C/39/D/5/2005, para. 12.1.1; *Yıldırım v. Austria*, Communication No. 6/2005, View, 01.10.2007, CEDAW/C/39/D/6/2005, para. 12.1.1; *N.S.F. v. The United Kingdom*, Communication No. 10/2005, View, 12.06.2007, CEDAW/C/38/D/10/2005, para. 7.3; *Vertido v. Philippines*, Communication No. 18/2008, View, 01.08.2010, CEDAW/C/46/D/18/2008, para. 8.4.

¹⁴³ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, The General Recommendation No. 23, Article 7 (political and public life), 31.01.1997, A/52/38/Rev.1 (bundan sonra "KKAOKK, 23 No'lu Genel Tavsiye" olarak anılacaktır), para 42,

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

¹⁴⁴ Vandenhoele, s. 246-250.

çalışmalarında da bu konuda bir açıklık olmadığı ifade edilmektedir.¹⁴⁵ Ancak ESKHK Sözleşme'nin 2. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin ayrımcı muamelelerini de kapsadığını ifade etmiştir. Komite engelliler hakkında yayınladığı 5 No'lu Genel Yorum'da hükümetlerin giderek daha fazla piyasa merkezli politikaları esas aldığını ve taraf devlet yükümlülüklerinin engelli kişilere adilane muamele edilmesini temin etmek amacıyla, yalnızca kamusal alanda değil, özel alanda da gerekli düzenlenmeleri yapmasını gerektirdiğini vurgulamıştır.¹⁴⁶ 14 No'lu Genel Yorum'da ise yine engelliler bağlamında özel sağlık hizmet ve tesislerinin de engelli kişilerle ilgili olarak ayrımcılık gözetmeme ilkesine uymasının sağlanması gerekliliğinin altı çizilmiştir.¹⁴⁷ Komite, Sözleşme'de yer alan tüm ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında kadınlarla erkeklere eşit hak sağlama yükümlülüğü ile ilgili 16 No'lu Genel Yorum'da Taraf devletlerin, devlet dışı aktörlerin eylemlerinin ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında kadın ve erkeklerin sahip olduğu eşit hakları ihlal etmemesini sağlamak üzere söz konusu eylemleri izlemek ve düzenlemekle yükümlü oldukları ve bu yükümlülüğün, kamu hizmetlerinin kısmen veya tamamen özelleştirildiği durumlar için de geçerli olduğu ifade edilmiştir. Komite, diğer şeylerin yanı sıra, tüm insan haklarının kullanılmasında kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olmasına yönelik anayasal hükümlerin ve kanun hükümlerinin kabulü ve bu hükümlere riayet edilmesi ve her türden ayrımcılığın yasaklanması; ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ve üçüncü kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak bu hakkın kullanılmasına engel olmasının önüne geçilmesi için gereken mevzuatın çıkarılması; kadınları ayrımcılığa karşı korumak amacıyla idari tedbirlerin ve programların kabul edilmesi ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla programların oluşturulması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Craven, s. 190; Magdalena Sepulveda, **The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, Intersentia, Antwerp, 2003, s. 389.

¹⁴⁶ ESKHK, 5 No'lu Genel Yorum, para. 11

¹⁴⁷ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 14, Article 12: The right to the highest attainable standard of health, 11.08.2000, E/C.12/2000/4 (bundan sonra "ESKHK, 14 No'lu Genel Yorum" olarak anılacaktır), para. 26,
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

¹⁴⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 16, The equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights (art.3), 11.08.2005,

Komite son olarak, başlı başına ayrımcılık yasağı ile ilgili yayınladığı 20 No’lu Genel Yorum’da, ayrımcılığın sıklıkla aile içerisinde, işyerlerinde ve toplumun diğer kesimlerinde yaşandığını belirtilmiş ve örnek olarak barınma hakkı kapsamında konut sahipleri, konut kredisi verenler gibi özel sektördeki aktörlerin çeşitli temellerde ve nedenlerle, doğrudan veya dolaylı olarak konutlara veya konut kredilerine erişimi engellemeleri veya eğitim hakkı bağlamında ailelerin kız çocuklarını okula göndermek istememeleri verilmiştir. Komite, taraf devletlerin özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin yasaklanmış nedenlerle ayrımcılık yapmamalarını sağlamak için yasal düzenlemeleri de içeren tedbirler alması gerektiği vurgulanmıştır.

ESKHS açısından yatay etki konusunda gündeme gelen bir diğer konu ise ayrımcı nitelikteki bazı fiillerin cezai yaptırıma bağlanmasıdır. Özellikle “şüpheli” ayrımcılık temelleri arasında sıklıkla belirtilen ırk ayrımcılığı açısından gerek kamu görevlilerinin gerekse özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin cezalandırılması beklenmektedir.¹⁴⁹ Irk ayrımcılığının özel sektörde yasaklanmaması Sözleşme’nin 2. maddesindeki yükümlülüklerle aykırı kabul edilmiştir.¹⁵⁰ ESKHK’nin çeşitli kararlarına bakıldığında, kadınlara ve çocuklara yönelik zararlı geleneklerin, kadın sünnetinin, aile içi şiddetin ortadan kaldırılması ve suç haline getirilmesi, çocuk evliliklerinin önüne geçilmesi, işyerinde cinsel tacizin önlenmesine yönelik önlemlerin alınması, istihdamda göçmenlere ve mültecilere yönelik ayrımcılığın engellenmesi gibi konuların gündeme geldiği ve Sözleşme kapsamındaki çok sayıda hakla ilgili özel hukuk kişilerinin eylem ve işlemlerine yönelik bir dizi yükümlülüğün dile getirildiği görülmektedir.¹⁵¹

MSSH’nin 2/1 maddesinde yer alan hiçbir farklılık gözetmeksizin Sözleşmede tanınan haklara saygı gösterme ve bunları temin etmeyükümlülüğü büyük ölçüde devletle birey arasında mevcut olan dikey sorumluluğa gönderme yapmaktadır. Ancak anılan hükümde yer alan “bütün bireyler” ifadesi yatay etkiye kapıyı aralamaktadır. Benzer şekilde MSSH’nin 26. maddesinde yer verilen herhangi

E/C.12/2005/4 (bundan sonra “ESKHK, 16 No’lu Genel Yorum” olarak anılacaktır), paras. 19-20, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

¹⁴⁹ ESKHK, Nihai Tespitler, Dominik Cumhuriyeti, E/998/22, para. 230; İspanya, E/1997/22, para. 111; Belçika, E/2001/22, para. 483.

¹⁵⁰ Sepulveda, s. 400. ESKHK, Nihai Tespitler, Hong Kong, E/C.12/Add. 58, para. 30.

¹⁵¹ Vandenhoele, s. 229-230.

bir temelde ayrımcılığa karşı herkese eşit ve etkili bir koruma sağlanacağına dair ifadenin özel hukuk kişilerinin ayrımcı muamelelerine karşı korumayı da içerdiğinden hareketle yatay etkinin tanınmış olduğu belirtilmektedir.¹⁵² Ancak söz konusu yatay etkinin ayrımcı nitelikteki farklı muamelenin özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerin haklarını ihlal ettiği durumda gündeme gelmesinin daha uygun olacağı ve tamamıyla özel alanda gerçekleşen ilişkilerde ayrımcılığın yasaklanmasının ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişinin özel hayatına müdahale anlamına gelebileceği ve bu müdahaleye karşı müdahalenin uygulanabilirliğinin imkânsıza yakın olduğu belirtilmektedir.¹⁵³ Ancak, kamusal işlev yerine getiren özel hukuk kişilerinin ayrımcı muamelelerine yönelik mutlaka koruma sağlanması gerekmektedir.¹⁵⁴

Bu noktada devletin üçüncü kişilerin eylem ve işlemlerinden sorumlu tutulup tutulamayacağı ve eğer tutulabilecekse bu yükümlülüğün kapsamının ne olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Yatay etki Sözleşme kapsamında bazı haklarda gündeme gelebilmektedir. Örneğin yaşam hakkı söz konusu olduğunda devletin üçüncü kişilerin eylemlerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi mümkün olabilmektedir. Bu durumda etkili bir soruşturma yürütülmemesi, faillerin ceza hukuku bağlamında cezalandırılmaması gibi olgular taraf devletin sorumluluğunu doğurabilmektedir.¹⁵⁵

MSHS’nde yer alan bazı haklar açık bir şekilde yatay etkiye yer vermektedir. Örneğin Sözleşme’nin 17. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkına dair düzenlemede yer alan “herkes bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkına sahiptir” ifadesi yatay etkiye dair açık gönderme içermektedir. Ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak, Sözleşme’nin 20. maddesinde yer alan her türlü savaş propagandasının ve ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulmasının yasalarla yasaklanacağına dair düzenleme, 23. maddede yer alan evlilik sırasında ve evliliğin sonlanmasında, eşlerin hak ve sorumluluklarında eşitliğin güvence altına alınması

¹⁵² Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, s. 33.

¹⁵³ Hill QC; Joseph, s. 583.

¹⁵⁴ a.g.e., s. 594.

¹⁵⁵ Scott Davidson, *Introduction, Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Alex Conte; Scott Davidson; Richard Burchil, Ashgate, Aldershot, 2005, s. 4.

yükümlülüğü ve 24. maddede yer alan her çocuğun, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet ya da doğum gibi bakımlardan herhangi bir ayrımcılık yapılmaksızın, bir küçük olarak statüsünün gerektirdiği koruma önlemlerinin ailesi, toplum ve devleti tarafından alınması hakkına sahip olduğuna dair düzenlemeler yatay etkiye yer veren düzenlemelere örneklerdir.¹⁵⁶ Bu şekilde bir yaklaşımın benimsenmediği bir durumda Sözleşme ile tanınan hakların üçüncü kişilerce ihlali sonucunda Sözleşme'nin getirdiği koruma zayıflayacaktır.¹⁵⁷

Komite'nin kabul ettiği genel yorumlarda da bu şekilde bir yaklaşım sergilenmektedir. Örneğin 18 No'lu Genel Yorum'da, özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından gerçekleştirilebilecek ayrımcılığı ortadan kaldırmayı veya azaltmayı hedefleyen yasal düzenlemeler ve idari önlemler hakkında taraf devletlerin ülke raporlarında bilgi sunması talep edilmiş ve ayrımcılık yasağı ile ilgili 26. madde konusunda taraf devletlerin üçüncü kişilerin ayrımcı muamelelerine karşı önlem alma yükümlülüğü vurgulanmıştır.¹⁵⁸ Ayrımcılığın sadece devletle bireyler arası ilişkilerde değil aynı zamanda günümüzde büyük ölçüde bireyler arasında ilişkilerde de gerçekleştiği düşünüldüğünde taraf devletlerin yatay etkiden kaynaklanan sorumluluklarının kabulü önem taşımaktadır. Komite kadın ve erkek eşitliğine odaklanan 2000 tarihli 28 No'lu Genel Yorum'da, taraf devletlerin, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe, haklardan eşit olarak yararlanılmasını engelleyen, cinsiyete dayalı ayrımcılık da dâhil olmak üzere, bütün ayrımcılık içeren eylemlere son verilmesi için gerekli tedbirleri almaları öngörülmüştür. Ayrıca geleneksel, tarihi, dini veya kültürel tutumların kadınların Sözleşme'de yer alan haklardan eşit biçimde yararlanmaları ve hukuk önünde eşitlik ilkesinin ihlalini mazur göstermeyeceği vurgulanmıştır.¹⁵⁹ Aynı Genel Yorum'da hukuk önünde eşitlik ve hukuken eşit korunma ilkesinin hem özel sektör, hem de kamu sektöründe gerçekleşen ayrımcılığa

¹⁵⁶ Joseph; Schultz; Castan, s. 23; Vandenhoe, s. 215, 216.

¹⁵⁷ Joseph; Schultz; Castan, s. 24.

¹⁵⁸ Human Rights Committee, General Comment No. 18, Non-discrimination, A/45/40, 09.11.1989, paras. 9-11, (Bundan sonra "İHK, 18 No'lu Genel Yorum" olarak anılacaktır) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

¹⁵⁹ Human Rights Committee, General Comment No. 28, Equality of rights between men and women (article 3), 29.03.2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10(Bundan sonra "İHK, 28 No'lu Genel Yorum" olarak anılacaktır), para. 31, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

karşı koruma öngördüğü belirtilmiş ve bu noktada istihdam, eğitim, siyasi faaliyet, barınma, mal ve hizmetler gibi alanlar örnek olarak verilmiştir.¹⁶⁰

MSHS'nin 2. maddesinde yer alan taraf devletlerin yükümlülükleri üzerine yayınlanan 31 No'lu Genel Yorum'da ise taraf devletlerin Sözleşme'de yer alan hakları, Sözleşme uygulanabildiği ölçüde, yalnızca devletin fiilleri değil özel hukuk kişilerinin fiilleri karşısında da koruması gerektiği ve bu yükümlülüğün uygun önlemlerin alınması veya gerçek ya da tüzel kişilerin eylemlerinin engellenmesi, soruşturulması, cezalandırılması ve oluşan zararın giderilmesi noktasında gerekli özenin gösterilmesi gibi yükümlülükleri içerdiği ifade edilmiştir.¹⁶¹

İHK'nin anılan belgelerde ayrımcılık yasağının yatay etkisini kabul etmekte ve bu konuda açık yükümlülük öngörmektedir. Sözleşme'nin 26. maddesi kapsamında yatay etki ile ilgili olarak Komite devlet birey ilişkilerinde olduğu kadar özellikle istihdam, barınma, kamuya arz edilmiş mal ve hizmetlere erişim gibi kamusal benzeri alanda bireyler arasında gerçekleşen ilişkilerde taraf devletler ve yargı organlarının bireyleri ayrımcılıktan koruma yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. Komite bir kararında, istihdam, barınma, kamuya arz edilmiş mal ve hizmetlere erişim gibi yarı-kamusal (quasi-public) alanlar dışında tamamen özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde ayrımcılıkla ilgili taraf devletlere yükümlülük getirmemiştir.¹⁶² Bireyler arasında özel alanda gerçekleşen ayrımcı muameleler bireylere subjektif bir talep hakkı vermemektedir. Ancak Komite'nin yarı-kamusal alan olarak ifade ettiği istihdam vb. alanlarda yatay etkiye dair yükümlülüğün kabul edilmesi bu yükümlülüğün içerik ve kapsamı açısından önemli bir vurgu olarak kabul edilebilir. İHK'nin içtihatları değerlendirildiğinde devletin ayrımcı muamelelerine yönelik çok sayıda başvuruya karşın özel hukuk kişilerinin ayrımcı muamelelerine karşı az sayıda başvuru söz konusudur.¹⁶³ Sonuç olarak İHK'nin yatay etki

¹⁶⁰ a.g.k., para. 31.

¹⁶¹ Human Rights Committee, General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26.05.2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13(Bundan sonra "İHK, 31 No'lu Genel Yorum" olarak anılacaktır), para. 8, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

¹⁶² İHK, *Nahlik v. Austria*, Communication No. 608/995, View, 19.08.1996, CCPR/C/57/D/608/1995, para. 8.2.

¹⁶³ Scheinin, s. 18.

konusunda IAOKK ile karşılaştırıldığında taraf devletlerin yükümlülüklerikonusunda daha çekingen davrandığı söylenebilir.¹⁶⁴

İnsan Hakları Komitesi, nihai tespitlerde de yatay etki konusuna değinmiştir. Komite örneğin toplumsal cinsiyet eşitliği kapsamında, özel alanda ayrımcılığın engellenmesi için kapsamlı yasal düzenlemelerin yapılmasını, bu yasal düzenlemeler içerisinde özellikle kadınlara yönelik olarak, işyerinde cinsel taciz, tecavüz gibi aynı zamanda ayrımcı bazı fiillerin ceza hukuku anlamında suç olarak düzenlenmesi, çok eşliliğin ve kadın sünnetinin yasal düzeyde yasaklanması, evlilik, boşanma, malların devri ve diğer konularda eşler arasında eşitsizliğin ortadan kaldırılması, istihdam, eğitim, siyasi faaliyetler, barınma, mallar ve hizmetler gibi alanlarda özel hukuk kişilerince gerçekleştirilecek toplumsal cinsiyet ayrımcılığının yasaklanması, özel sektörde istihdama erişimde eşitliğin sağlanması, eşit değerde işe eşit ücret ödenmesinin güvence altına alınması, kadınları içeren insan ticaretinin önlenmesi ve mağdurlara rehabilitasyon hizmeti sağlanması, kadın ve çocukların istismarının engellenmesi, aile içi şiddetin ortadan kaldırılmasına yönelik uygun önlemlerin alınması gibi yükümlülüklerle işaret etmiştir. Komite ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılık alanında ise, örneğin, bu konuda özel suçların ihdas edilmesi, toplumsal yaşamın her alanında ayrımcılıkla mücadele edilmesi gibi yükümlülükleri vurgulamıştır.¹⁶⁵

Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nde çeşitli maddelerde yatay etki konusu gündeme gelmiştir. Sözleşme'nin 4. maddesinde taraf devletlerin, engelliliğe dayalı herhangi bir ayrımcılığa izin vermeksizin tüm engellilerin insan hak ve temel özgürlüklerinin eksiksiz olarak yaşama geçirilmesini sağlama ve engellilerin hak ve özgürlüklerini güçlendirme yükümlülüğü çerçevesinde, kişilerin, örgütlerin veya özel teşebbüslerin engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarını engellemek için gerekli tüm uygun tedbirleri almakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Ayrıca Sözleşme'nin çok sayıda maddesinde yatay etki kapsamında değerlendirilebilecek düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin Sözleşme'nin "Erişilebilirlik" başlıklı 9. maddesinde taraf devletlerin engellilerin bağımsız yaşayabilmelerini ve yaşamın tüm alanlarına etkin katılımını sağlamak ve engellilerin diğer bireylerle eşit koşullarda fiziki çevreye,

¹⁶⁴ Vandenhole, s. 217.

¹⁶⁵ İlgili Komite kararları hakkında bilgi için bkz, a.g.e., s. 216-217.

ulaşıma, bilgi ve iletişim teknolojileri ve sistemleri dâhil olacak şekilde bilgi ve iletişim olanaklarına, hem kırsal hem de kentsel alanlarda halka açık diğer tesislere ve hizmetlere erişimini sağlamak için uygun tedbirleri alacakları belirtilmiştir. Ayrıca kamuya açık tesisleri işleten veya kamuya hizmet sunan özel girişimlerin engellilerin ulaşılabilirliğini her açıdan dikkate almalarının sağlanması gerektiğini ifade edilmiştir. Sözleşme'nin 21. maddesinde ise düşünce ve ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim kapsamında kamuya açık hizmet sunan özel kuruluşların internet dâhil olmak üzere, engellilerin erişebileceği ve kullanılabileceği biçimde bilgi ve hizmet sunmalarının teşvik edilmesi yükümlülüğüne vurgu yapılmıştır.

Avrupa Konseyi kapsamında AİHS'nin 1. maddesinde yer alan taraf devletlerin kendi yargı yetki alanında içinde bulunan herkes için hak ve özgürlükleri güvence altına alacaklarına dair yükümlülüğün devletin bireylerin diğer bireylere yönelik ihlallerinden sorumluluğunu içerip içermediği belirsizdir. Yatay etki özellikle bir ihlal gerçekleştiikten sonra o ihlal ile ilgili olarak devletlerin aldıkları önlemler söz konusu olduğunda gündeme gelebilmektedir. AİHS kapsamında taraf devletlerin bireyler arasında gerçekleşen ilişkiler çerçevesinde önlem almalarına dair yükümlülük kabul edilmektedir.¹⁶⁶ Bu önlemler sadece giderime değil söz konusu hak veya özgürlüğün güvence altına alınmasını da sağlamalıdır. Bu noktada olumlu önlemler alınarak herkesin sahip olduğu hak ve özgürlükleri kullanabilmesi sağlanmalıdır.

AİHM bedensel cezaya¹⁶⁷ çarptırılan bir öğrenci ile ilgili yapılan başvuruda devletin yükümlülüklerini özel hukuk tüzel kişilerine veya diğer bireylere devrederek sorumluluktan kaçamayacağı belirtilmiştir.¹⁶⁸ Mahkeme işkence ve kötü muamele yasağı ile birlikte 14. maddenin de değerlendirildiği yeni tarihli bir davada ise, özellikle ırkçı bir saikle gerçekleştiğine dair bir şüphenin olduğu durumlarda ulusal makamların söz konusu olayı mümkün olduğunca kapsamlı bir şekilde soruşturma

¹⁶⁶ Örneğin, AİHM, *X ve Y v. The Netherlands*, Application No.8978/80, Judgment, 26.03.1985, para. 23.

¹⁶⁷ Bedensel ceza ile ilgili ayrıntılı bilgi için, bkz, H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**.

¹⁶⁸ AİHM, *Costello-Roberts v. The United Kingdom*, Application No.13134/87, Judgment, 25.03.1993, para. 27-28. Bu dava ve bedensel ceza ile ilgili AİHM tarafından görülen diğer davalar için bkz, H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**.

yükümlülüğüne işaret etmiştir. Bu yükümlülüğün yanında söz konusu fiil kamu görevlisi olmayan diğer bireyler tarafından gerçekleştirildiği zaman da taraf devletler için aynı yükümlülük söz konusudur.¹⁶⁹ Başka bir davada da bir dini grubun o ülkede çoğunluğu oluşturan başka bir dini grup tarafından ciddi saldırılara uğraması ve taraf devletin bu konuyu görmezlikten gelmesi ya da soruşturmalara ilgili gerekli özeni göstermemesi din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 9. madde ile birlikte 14. maddenin de ihlali olarak kabul edilmiştir.¹⁷⁰

AİHM başka bir davada ise, işveren tarafından sendikal örgütlenme hakkının ihlal edilmesi ve bu durumla ilgili olarak taraf devletin yeterli güvenceyi sağlamaması olgusunu değerlendirmiştir. Mahkeme, sendikal örgütlenme hakkının bireylerarası ilişkiler açısından taraf devlet tarafından güvence altına alınması ve sendika üyeliği söz konusu olduğunda bu bağlamda da ayrımcılığa karşı korumayı da gerektirdiğini ortaya koymuştur. Mahkeme, ayrımcı muameleye uğrayan kişilerin bu muameleye karşı adli yollara başvurma hakkının tanınması ve sağlanması gerektiğini ve taraf devletlerce ayrımcılığa karşı gerçek ve etkili bir koruma sağlanması için bir yargı sistemi oluşturmak ile yükümlü olduklarını ifade etmiştir.¹⁷¹ Bu yaklaşım özellikle ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda taraf devletlerin sadece devlet-birey arasındaki ilişkilerde değil bireylerin kendi arasındaki ilişkilerde de bir dizi pozitif yükümlülükleri olduğu anlamına gelmektedir.¹⁷²

AİHS/Protokol No. 12'nin 2005 yılında yürürlüğe girişinin ardından ayrımcılık yasağına dair yükümlülüklerin özel hukuk kişileri açısından da geçerli olup olmayacağı gündeme gelmiştir. Başka bir deyişle özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri özel hukuk kapsamındaki eylemleri kapsamında ayrımcılık yasağına dair doğrudan veya dolaylı bir yükümlülük altında olup olmadığı belirlenmelidir. AİHS/Protokol No. 12'nin Açıklayıcı Not'unda, Protokol'ün özel hukuk kişileri arasındaki her türlü ayrımcılığı önleme ve giderim sağlama yükümlülüğü getirmediği

¹⁶⁹ AİHM, *Secic v. Croatia*, Application No.40116/02, Judgment, 31.05.2007, para. 67.

¹⁷⁰ AİHM, *97 members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia*, Application No.71156/01, Judgment, 03.05.2007, para. 143.

¹⁷¹ AİHM, *Danilenkov and Others v. Russia*, Application No.67336/01, Judgment, 30.07.2009, para. 124.

¹⁷² AİHM, *Aksu v. Turkey*, Application No.4149/04 ve 41029/04, Judgment, 27.07.2010, para. 50. AİHM kararlarında yatay etki konusunda bkz, Andrew Clapham, *The Drittwirkung" of the Convention, The European System for the Protection of Human Rights*, R. St. J. Macdonald; F. Matscher; H. Petzold (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1993

vurgulanmıştır.¹⁷³Protokol’ün 1. maddesinin, özel hukuk kişileri arasındaki ayrımcılık vakalarına da etki edecek şekilde, devletin sorumluluğu ile ilgili olarak genel bir sınır öngördüğü, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiler alanındaki pozitif yükümlülüklerin, devletlerin yükümlülük altında olduğu ve normal olarak kanunla düzenlenen kamusal alandaki ilişkilerle (örneğin, işe girmenin keyfi olarak reddi; lokantalara veya sağlık hizmetleri, su ve elektrik sağlanması gibi özel kişilerce kamuya sunulan hizmetlere erişimde keyfi engellemeler, vs.) sınırlı olacağı vurgulanmıştır. Devletin alması gereken tedbirlerin durumun özelliklerine göre değişeceği ve “tamamen özel” (purely private) nitelikteki ilişkilerin bu durumdan etkilenmeyeceği vurgulanmıştır. Ancak tamamen özel nitelikteki ilişkilerin tanımlanması hukuken oldukça zordur ve ayrımcılık yasağının sağladığı korumanın alanını somutlaştırmaktan çok muğlak hale getirmektedir. Yatay etki konusunda Protokol’ün ve bir bütün olarak AİHS sisteminin özellikle IAOKKS ve KKAOKS gibi BM sözleşmelerinin ortaya koyduğu anlayışın oldukça gerisinde kalmıştır.¹⁷⁴

Yukarıda uluslararası insan hakları sözleşmelerinin tersine AB hukukunda ayrımcılık yasağı ile ilgili direktiflerin yatay etki doğurduğu kabul edilmemektedir. ABAD, bir davada, bir direktifin bir bireye sorumluluk yükleyemeyeceğini ve bir direktif hükmünün bir birey tarafından başka bir bireye karşı kullanılamayacağını belirtmiştir.¹⁷⁵Divan’ın daha sonraki davalarda yatay etkiye dair bu yaklaşımını bir nebze esnettiği görülmektedir. ABAD’nın yaklaşımını ortaya koyduğu davalar özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarla ilgilidir.¹⁷⁶ABAD içtihatlarında iç hukukta bir hüküm olmadığı ve yalnızca direktif düzenlemelerine dayanıldığı durumlar ile iç hukuk kuralı ile direktifte yer alan düzenlemelerin çatıştığı durumlar arasında bir farklılık ortaya konulmuştur.¹⁷⁷ABAD iç hukukta bir düzenleme olmadığı ve yalnızca direktif hükümlerine dayanıldığı bir durumda, davalı özel hukuk kişisi ise direktifin bir özel hukuk kişisi için bir

¹⁷³ AİHS/Protokol No. 12, Açıklayıcı Not, para. 25.

¹⁷⁴ Morten Kjaerum, *Protocol No. 12 and the UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, Non-Discrimination: A Human Right, Seminar to Mark the Entry into Force of Protocol No. 12*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, s. 48.

¹⁷⁵ ABAD, *M. H. Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, Case 152/84, Judgment of the Court of 26 February 1986, para. 48.

¹⁷⁶ Ellis, s. 55.

¹⁷⁷ a.g.e., s. 59.

sorumluluk öngöremeyeceğini belirtmiştir.¹⁷⁸ Ancak iç hukukla direktif hükümlerinin çatıştığı ve direktifin iç hukuka aktarılması için öngörülen sürenin aşıldığı durumlarda, iç hukukta yer alan düzenlemenin uygulanamaz hale geldiği ve direktifin dolaylı olarak özel hukuk kişileri üzerinde bir yükümlülük doğurabileceği kabul edilmiştir. Bu şekilde esnek bir yaklaşımın özellikle ayrımcılık yasağı ile ilgili direktifler açısından önemli sonuçlar doğurabileceği ifade edilmektedir.¹⁷⁹

ABAD'nın yatay etki ile ilgili olarak yaklaşımını esnettiği bir başka durum ise dolaylı yatay etki konusudur. Uyuşmazlık özel hukuk kişileri arasında söz konusu olsa da, yargılamayı yapan makamın direktiflerde yer alan hükümlerin sözünü ve amacını iç hukuk kuralını yorumlarken göz önünde tutması gerekmektedir.¹⁸⁰ Dolayısıyla direktiflerin dolaylı yatay etkisinin mevcut olduğundan bahsedilmesi mümkündür. AB direktiflerinin doğrudan uygulanabilir olması iç hukukta yasal düzenleme yapılmasını gereksiz kılmamaktadır. Özellikle yatay etkiye dair yukarıda ifade edilenler ışığında, direktiflerin etkili bir şekilde hayata geçirilmesi için iç hukukta yasal düzenleme yapılması direktiflerde yer verilen hakların bireyler arası ilişkilerde hayata geçirilmesi için elzem gözükmektedir.¹⁸¹

Yukarıda özellikle Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları konulu uluslararası sözleşmelerinin normatif içeriği ve ilgili denetim organlarının kararları, kısmi farklılıklar içermesine rağmen, ayrımcılık yasağına dair yasal düzenlemelerin yalnızca devlet ve bireyler arasındaki ilişkilerde değil bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında da geçerli olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla ayrımcılık yasağına dair yasal düzenlemelerin uluslararası standartlara uyumunun değerlendirilmesi noktasında yatay etki konusu da gündeme gelecek konular arasında yer alacaktır.

¹⁷⁸ ABAD, *Paola Faccini Dori v. Recreb Srl*, Case C-91/92, Judgment of the Court of 14 July 1994, para. 20.

¹⁷⁹ Ellis, s. 60.

¹⁸⁰ ABAD, *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, Case 14/83, Judgment of the Court of 10 April 1984, para. 26.

¹⁸¹ Ellis, s. 77.

C.Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağının Kişi Bakımından Kapsamı

1. Ayrımcılığa Karşı Korunan Kişi Bakımından Kapsamı

a. Anayasa

Türk hukukunda Anayasa'nın 10. maddesi ile düzenlenen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının¹⁸² kişi bakımından kapsamı noktasında hem ayrımcılığa karşı korunan kişi hem de ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi açısından geniş bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu durum madde metninde yer alan “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” ifadesinin bir sonucudur. Madde metninde yer alan “herkes” ve “benzeri sebepler” ifadeleri ayrımcılığa karşı korunan kişi bakımından açık-uçlu yaklaşımın benimsendiğini ortaya koymaktadır. Maddenin 1961 Anayasası'nda geçerli olan halinde “Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.” ifadesine yer vermiş ve ayrımcılığın kişi bakımından kapsamını sınırlamıştır. 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde ise, bu sayılan temellere “renk” eklenmiş ve cümlenin sonuna “ve benzeri nedenler” ifadesi konulmuş, böylece açık-uçlu yaklaşım benimsenmiştir. Madde metninde yer alan “herkes” ifadesinin aynı zamanda hem gerçek hem de tüzel kişileri kapsadığı belirtilmektedir.¹⁸³

1982 Anayasasının 10. maddesinde yer alan “benzeri nedenler” ifadesinin kapsamı üzerinde durulursa, bu ifadenin maddede yer alan diğer ayrımcılık temelleri ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Maddede sayılan nedenler ile “benzeri nedenler”in bir bütün oluşturduğu ve maddede sayılan nedenlere bağlandığı

¹⁸² Anayasa'nın 10. maddesi asli olarak hukuk önünde eşitlik ilkesini düzenlemektedir. Madde metninde yer alan “ayırım” ifadesi distinction kelimesine karşılık, başka bir deyişle farklılık kelimesine denk gelmektedir. Dolayısıyla madde doğrudan ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Buna karşın maddenin yorum yoluyla ayrımcılık yasağını içerdiği genel olarak kabul görmektedir. Bu konu hakkında bilgi için bkz, M. Semih Gemalmaz, *Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinin Kavranışı ve Kullanılışı, Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa: Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı*, Osman Can v.d.(yayına hazırlayanlar), Türk-Alman Kamu Hukukçuları Forumu, İmaj Yay., Ankara, 2006, s. 143-144.

¹⁸³ Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayın., Ankara, 2003, s. 153.

belirtilmiştir.¹⁸⁴ Bu yorum ile “benzeri nedenler” yalnızca sayılanlara benzer temellerin ayrımcılık temelleri listesine dâhil edilebileceği anlamına geldiği noktada söz konusu ifadenin kapsamı dar yorumlanmış olacaktır. Örneğin yaş temeli madde metninde yer alan temellerden hiç biri ile benzerlik göstermemektedir. İfadenin benzerlik temelinde yorumlanması maddenin ayrımcılığın günümüzde kabul edilen farklı birçok temelini korumasız bırakılmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla ayrımcılık temellerinin güncel yorumlanması noktasında “benzeri nedenler” ifadesinin de geniş yorumlanması ve sayılan diğer temellerle bağlı tutulmaması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi “benzeri nedenler” ifadesinin yorumuna dair bu konuda açıklık getirmiş durumundadır. Mahkeme bir kararında, “...Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasada yer alan en önemli kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Bu kural 1982 Anayasasında 1961 Anayasasına nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki; eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. ‘Benzeri sebeplerle’ de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır...” diyerek ayrımcılık temellerinin maddede sayılanlarla sınırlı olmadığını ifade etmiştir.¹⁸⁵ Dolayısıyla madde metninde yer alan temeller yalnızca örnek niteliğindedir.

Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi madde metninde geçen “benzeri sebeplerle” ifadesinin kapsamını bugüne kadar net biçimde yorumlamamıştır. Mahkeme, önüne gelen talebin “benzeri sebepler” kapsamında olup olmadığına dair bir inceleme yapmamış, doğrudan ve sadece anayasal denetime tabi tutulan kanunların veya kanun hükmünde kararnamelerin kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal edip etmediği konusunu karara bağlamıştır. 1961 Anayasası döneminde 12. madde ayrımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşımı benimsemesine karşın Mahkeme bir davada farklı bir yaklaşım sergilemiştir. Mahkeme, evlilik dışı doğan çocuğun babasının evli olduğu durumdadabası tarafından tanınamayacağına dair düzenlemeyi iptal etmiştir. Mahkeme kararında, “...Zina ürünü çocukların, ötekilerle

¹⁸⁴ a.g.e., s. 321.

¹⁸⁵ AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, K.t. 04.11.1986.

aynı durumda olmadıklarından söz edilerek bunlara ayrı kuralların uygulanmasının eşitlik ilkesine aykırı düşmediği görüşü, bu çocukların da ‘herkes’ kapsamı içinde olmaları, ötekiler gibi salt doğumla kişilik kazanmaları karşısında yerinde görülemez...” diyerek evlilik içinde veya dışında doğan çocuk açısından bir ayrıma gidilmesini “herkes” kapsamında 12. maddeye aykırı bulmuştur.¹⁸⁶ Görüldüğü gibi madde ayrımcılık temelleri açısından sınırlı olmasına rağmen Mahkeme bu durumu geniş yorumlayabilmiştir. Mahkeme’nin bu yaklaşımı sayılan ayrımcılık temellerinin birer örnek niteliğinde olduğu ve 1961 Anayasası’nın 12. maddesinde sınırlı yaklaşım benimsenmiş olsa da bu listenin örnek niteliğinde olması “işin mahiyeti gereği” olarak değerlendirilmiştir.¹⁸⁷

Anayasa Mahkemesi benzer bir konuyu 1982 Anayasası’nın 10. maddesi açısından da değerlendirmiştir. Mahkeme kararında evlilik içi ve evlilik dışı doğan çocuk arasında miras payı açısından ayırım yapılmasına dair düzenlemeyi iptal etmiştir. Mahkeme kararında yukarıda belirtilen gerekçeyi aynen tekrar etmiştir.¹⁸⁸ Mahkeme 10. maddenin ayrımcılık temelleri açısından açık-uçlu bir yaklaşım benimsemesi ile birlikte önceki düzenlemeortaya koyduğu yaklaşımı yine benimsemiştir. Dolayısıyla Mahkeme iki farklı yaklaşımın farkı üzerindedurmamış ve “benzeri sebepler” ifadesinin kapsamına değinmemiştir.

Anayasa’nın 10. maddesi ayrımcılık temelleri açısından “cinsiyet” sözcüğüne yer vermiştir ve ayrımcılık cinsiyet temelinde de yasaklanmıştır. 2004 yılında madde metnine “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesinin sağlamakla yükümlüdür.” şeklinde bir ibare eklenmiştir. Cinsiyet temelinde ayrımcılık yasaklanmasına rağmen bu şekilde bir ifadenin eklenmiş olmasının amacı olarak cinsiyet temelini açısından mevcut düzenlemeyi pekiştirilmesi ve açıkça ve özel olarak belirtilmesi şeklinde ifade edilmiştir. Eklemenin cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağı yanında haklardan eşit yararlanma biçiminde de ayrımcılığı yasakladığı vurgulanmıştır.¹⁸⁹ Bu şekilde bir düzenleme

¹⁸⁶ AYM, E. 1980/29, K. 1981/22, K.t. 21.05.1981.

¹⁸⁷ Burhan Kuzu, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 219.

¹⁸⁸ AYM, E. 1987/1, K. 1987/18, K.t. 11.09.1987.

¹⁸⁹ Mesut Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2010/2, Sayı: 25, İstanbul, 2010, s. 235.

kadınlara yönelik olduğu kadar erkeklere yönelik ayrımcılığın da yasaklandığı şeklinde yorumlanmıştır. Ancak cinsiyet temelinde ayrımcılığın genellikle kadınlar aleyhinde gerçekleştiğinden hareketle uygulamada erkeklere yönelik ayrımcılığın gündeme gelmediği belirtilmiştir.¹⁹⁰ Dolayısıyla bu noktada Anayasa'nın 10. maddesinde lafzi olarak iki yönlü bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilir. 2010 yılında yapılan değişiklik sonucunda 10. maddenin ikinci fıkrasına “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” ifadesinden sonra “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” ifadesi eklenmiştir. Yeni düzenleme de aynı şekilde lafzi olarak iki yönlü bir yaklaşım benimsenmiştir.

Toplumsal yaşamda ortaya çıkan kimlik ve özelliklerin bir maddede sayılarak tüketilmesi mümkün gözükmemektedir. 10. maddenin ile zamanla toplumsal gelişme ile ortaya çıkabilecek yeni olgulara uyum sağlanması kolaylaştırılmıştır. Gerek uluslararası hukukta ortaya çıkan standartlar gerekse Anayasa'nın 10. maddesinin düzenlemesi ayrımcılık yasağı ile ilgili ucu açık bir düzenlemeyi meşrulaştırmaktadır. Ancak buna rağmen Anayasa'nın 10. maddesinde günümüzde genel olarak kabul gören ve ayrımcı muamelelerin ortaya çıktığı ayrımcılık temellerinin eklenmesi ve listenin yine açık-uçlu bırakılması gerekmektedir. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin geçmişten bugüne yaklaşımı göz önünde tutulduğunda gerekli görülmektedir.

b. Kanunlar

Türk hukukunda ayrımcılık yasağına dair yasal düzenlemelerde farklı temellere yer verilmiştir ve sayılan temellerin açık-uçlu veya sınırlı olup olmadığı noktasında farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Bazı düzenlemeler sınırlı yaklaşımı benimserken, diğer düzenlemeler açık-uçlu yaklaşımı benimsemiştir. Ayrıca her iki yaklaşımda belirtilen ayrımcılık temelleri farklılaşabilmektedir. Bu konuda bir standardın mevcut olmadığı görülmektedir.

¹⁹⁰ Öden, s. 333.

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) "Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" başlıklı 3. maddesinin ikinci fıkrasında "ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumlar" ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi sayılanlar sınırlı olarak sayılmıştır. Aynı Kanunun 122. maddesinde ise bu kez "dil, ırk, renk, cinsiyet, özrürlük, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler" ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi bu kez açık-uçlu bir yaklaşım benimsenmiştir. Benzer biri durum açık-uçlu yaklaşım benimsenmesine karşın sayılan ayrımcılık temellerinin farklılaşmasında kendini gösterebilmektedir. Örneğin İş Kanunu'nun 5. maddesinde ise "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz..." şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Ancak aynı kanunun 18. maddesinde geçerli sebeple fesih konusunda "İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasal görüş ve benzeri nedenler." ifadesine yer verilmiştir. Aynı kanunun farklı maddelerinde farklı şekilde düzenlemeler göze çarpmaktadır. Bu durum kanun yapım sürecinde bir özensizliği de ortaya koymaktadır.

Türk hukukunda bazı düzenlemelerde açık-uçlu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Kamu görevlileri bakımından 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesi "Devlet memurları... görevlerini yerine getirirlerken dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar ..." şeklindeki düzenleme ile kamu hizmetini alanlara yönelik ayrımcılığı yasaklamıştır.¹⁹¹ İş Kanunu'nun 5. maddesinde ise "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz..." şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu iki düzenleme "gibi" ve "benzeri" ifadeleri ile sayılanlarla sınırlı olmayarak ayrımcılığı yasaklamıştır.

Türk hukukunda bazı düzenlemelerde ise herhangi bir ayrımcılık temeline gönderme yapılmaksızın ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Örneğin 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un "Türkiye Futbol Federasyonunun Görevleri" başlıklı 3. maddesinde, Federasyonun

¹⁹¹ Devlet Memurları Kanunu (657 Sayılı), R.G. Tarihi: 23.07.1965, Sayısı: 12056

görevleri arasında, “ırkçılık... ve her türlü ayrımcılıkla mücadele etmek” de sayılmıştır. Çocuk Koruma Kanunu’nun 4. maddesinin c fıkrasında “Temel İlkeler” kapsamında kanunun uygulanmasında, çocuğun haklarının korunması amacıyla, “Çocuk ve ailesinin herhangi bir nedenle ayrımcılığa tâbi tutulmaması” ilkesinin gözetileceği ifade edilmiştir.¹⁹² Görüldüğü gibi ayrımcılık temellerinin sayılması yerine “herhangi bir nedenle” ifadesine yer verilmiş ve örnek niteliğinde bile olsa ayrımcılık temellerine yer verilmemiştir. Bu durumda yukarıda da ifade edildiği gibi yargı organlarının inisiyatifi oldukça geniştir ve normun koruma alanını içtihatlarla yargı organları belirleyecektir.

Türk hukukunda bazı yasal düzenlemelerde ise sınırlı yaklaşım benimsenmiştir. Öncelikle yalnızca tek bir ayrımcılık temelinde ayrımcılığın yasaklandığı düzenlemeler söz konusudur. Örneğin Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesi, Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu İş Sözleşme Kanunu’nun 18. maddesi sendika üyeliği temelinde, Özürlüler Hakkında Kanun ise engellilik temelinde ayrımcılığı yasaklamıştır. Bazı yasalarda ise, birkaç ayrımcılık temeli sayılmıştır. Örneğin eğitim hakkını ilgilendiren 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’nun 4. maddesinde “eşitlik” bağlamında eğitim kurumlarının dil, ırk, cinsiyet ve din ayrımı gözetilmeksizin herkese açık olduğu ve eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağına yer verilmiştir. Kanunun 8. maddesinde de herkesin fırsat eşitliğine sahip olduğu ifade edilmiştir. Kanunun düzenlemesi, sadece “*sınıf, ırk, dil, din, cinsiyet, zümre ve aile*” ifadelerine yer vererek Anayasa’nın 10. maddesi düzenlemesinden ayrılmıştır. Türk Medeni Kanunu’nun 68. maddesine göre, “Dernek üyeleri eşit haklara sahiptirler. Dernek, üyeleri arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözetemez; eşitliği bozan veya bazı üyelere bu sebeplerle ayrıcalık tanıyan uygulamalar yapamaz...”. Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla çıkarılan Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 2. maddesinde “İnfazda temel ilkeler” başlığı altında, “Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kurallar hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefî inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî veya

¹⁹² Çocuk Koruma Kanunu (5395 Sayılı), R.G. Tarihi: 15.07.2005, Sayısı: 25876

diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir.¹⁹³ Belirtilen bu düzenlemelerde neden sadece sayılan ayrımcılık temellerinde ayrımcılığın yasaklandığı belirsizdir. Görüldüğü gibi yasalarda ayrımcılık temelleri açısından tam bir karmaşa söz konusudur. Yasal düzenlemelerle getirilen korumanın tüm düzenlemelerde eşit düzeyde tanınması ve bu yönde açık uçlu yaklaşımın benimsenmesi gerekmektedir.

(1)Ceza Hukuku

Burada ayrımcılık yasağı ile ilgili bazı önemli yasal düzenlemeler üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır. Ayrımcılık yasağını ceza hukuku bağlamında suç olarak düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi¹⁹⁴ de ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamı açısından açık-uçlu bir yaklaşımı benimsemiştir.¹⁹⁵ Madde metninde “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak...” ifadesi kullanılmış ve bazı hareketler suç olarak düzenlenmiştir. Maddede yer alan ayrımcılık temellerinin sınırlandırıcı değil örneklendirici nitelikte olduğu ve madde metninde yer almamasına rağmen, örneğin, servet, ulusal veya sosyal köken gibi temelleri de kapsayabileceği bazı yazarlarca vurgulanmıştır.¹⁹⁶ Madde metninde yapılan değişiklikle, 5378 sayılı Özürllüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 41. maddesiyle “özürlülük” kavramı maddemetnine eklenmiştir.

Bu şekildeki açık uçlu bir düzenleme ile 122. maddenin kişi bakımından kapsamı her somut olayda maddenin uygulanması ile somutlaşacaktır. Ancak ceza

¹⁹³ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (5275 Sayılı), R.G. Tarihi: 29.12.2004, Sayısı: 25685

¹⁹⁴ Bazı ülkelerde kabul edilen benzer cezai düzenlemeler için bkz., A. Caner Yenidünya, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., Cilt 4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 99-100.

¹⁹⁵ Mehmet Emin Artuk; Ahmet Gökçen; Ahmet Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler**, Madde 76-131, 3. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 3037.

¹⁹⁶ Osman Yaşar; Hasan Tahsin Gökcan; Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt III, Madde 86-16, Adalet Yay., Ankara, 2010, s. 3863. Cinsel yönelimi de kapsayabileceğine dair görüş için bkz, Necati Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, Seçkin Yay., Ankara, 2005, s. 422.

hukuku alanında geçerli olan “suçtave cezada kanunilik ilkesi” gereği bu şekilde ucu açık bir düzenleme haklı sayılabilecek biçimde eleştiri ile karşılaşmıştır. Maddede “ve benzeri sebeplerle” ifadesine yer verilmesinin “suçta ve cezada kanunilik ilkesi”ne aykırı olduğu vurgulanmıştır.¹⁹⁷ Bu noktada bir diğer görüş ise maddenin dar yorumlanması gerekliliğine işaret etmektedir. Maddede sayılan özelliklerin çoğunun (dil, renk, ırk, cinsiyet, özrürlük gibi) kişinin doğumuyla başladığı, diğer sayılan özelliklerde (siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi) dâhil tüm özelliklerin devamlı ve istikralı bir karaktere sahip olduğu ve “ve benzeri sebeplerle” ibaresinin herhangi bir özelliği değil, sayılanlar gibi devamlılık ve istikrarlılık arz eden özellikleri kapsamı gerektiği belirtilmiştir. Örnek olarak da “ekonomik bir gruba mensubiyetin” suçun kapsamında sayılamayacağı vurgulanmıştır.¹⁹⁸ Bu şekilde bir yorum ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamının belirlenmesinde yargı organlarınca dar bir yorum yapılmasına ve yeni ayrımcılık temellerinin madde kapsamında görülmeyerek koruma alanı dışında bırakılmasına yol açabilecektir.

Ayrımcılık suçunun mağduru açısından vatandaş-vatandaş olmayan şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir. Ancak normun koruma alanı içerisinde yalnızca gerçek kişiler bulunmaktadır. Tüzel kişilerin mağdur sıfatı yerine suçtan zarar gören kimse sıfatını haiz olacağı belirtilmiştir.¹⁹⁹ Suçtan zarar gören kavramının mağdur kavramına göre daha geniş olduğu, bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri doğrudan ve dolaylı ihlal edilen kişinin suçtan zarar gören kişi olduğu ifade edilmektedir.²⁰⁰

Ayrımcılık suçunun bir kişiye atfedilen bir özelliğe dayalı olarak, diğer bir deyişle varsayımsal bir temelde işlendiği durumda maddenin uygulama alanı bulamayacağı belirtilmiştir. Ayrımcılık suçunun mağduru açısından TCK’nda herhangi bir özellik aranmamaktadır. Herkesin bu suçun mağduru olabileceği ifade edilmekle birlikte mağdurun madde metninde belirtilen özellikleri dolayısıyla ayrıma tabi tutulması gerektiği ve belirtilen özellikleri taşımayan kişinin mağdur kabul

¹⁹⁷ Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt II, Özel Hükümler**, (Madde 76-169), Seçkin Yay., Ankara, 2008, s. 829; Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: 1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 510.

¹⁹⁸ Ali Parlar; Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, (72-145. Maddeler), 2. Cilt**, Seçkin Yay., Ankara, 2008, s. 1898.

¹⁹⁹ Yaşar; Gökcan; Artuç, s. 3862; Artuk; Gökcan; Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 3037.

²⁰⁰ Artuk; Gökcan; Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 3037.

edilemeyeceği söylenmiştir.²⁰¹ Bu şekilde bir yaklaşım mağdurların belirli bir özelliği olduğu varsayılarak gerçekleştirilen farklı muamelelerin cezasız kalmasına yol açacaktır. Dolayısıyla maddenin uygulamada bu şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Başka bir yorum ise dolaylı olarak bunun mümkün olabileceğini dile getirmiştir. Madde metninde özürllük temelinde ayrımcılık yasaklanırken, özürllüğün derecesinin belirtilmediği, Özürllüler Kanunu'nun kapsamına girmeyen engellilerin de özürllü sayılarak suçun mağduru haline gelebileceği savunulmuştur.²⁰² Ancak maddenin kapsamını varsayıma dayalı olarak gerçekleştirilen ayrımcı muameleleri kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda ceza hukuku anlamında ayrımcılığın yasaklandığı temel düzenleme olan TCK'nun 122. maddesinde yer alan ayrımcılık temelleri her ne kadar açık uçlu olarak düzenlenmiş olsa da kanunilik ilkesi gereği ayrımcılık temellerinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir. 2005 yılında yapılan değişiklik ile madde metnine eklenen “özürllük” ifadesi yasa koyucunun da bu şekilde düşündüğünü ortaya koymaktadır. Ayrımcı muamelelerin ortaya çıktığı ve maddede yer almayan ayrımcılık temellerinin madde metnine eklenmesi gerekmektedir.

(2)Bireysel ve Toplu İş Hukuku

Türk hukukunda ayrımcılığın gündeme geldiği en önemli alanlardan biri olan istihdam alanında İş Kanunu ile ayrımcılık yasaklanmıştır. Kanunun “Eşit Davranma İlkesi” başlıklı 5. maddesinde “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.” ifadesine yer vermiştir. Madde metninde görüldüğü gibi ayrımcılık temelleri noktasında açık-uçlu bir yaklaşım benimsenmiştir. Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan “renk” ifadesine yer verilmemiş ancak diğer temeller ile birlikte “ve benzeri sebepler” ifadesine yer verilmiştir. İş Kanunu'nun 5. maddesinde cinsiyet ve hamilelik bakımından da ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Cinsiyet ve hamilelik temelinde ayrımcılığın, cinsiyet temelinde ayrımcılığın maddenin ilk fıkrasında yasaklanmasına

²⁰¹ Özbek, s. 826.

²⁰² Şen, s. 512.

rağmen ayrıca ifade edilmiş olması ayrımcılık yasağının özel olarak vurgulanması olarak değerlendirilmiştir.²⁰³ Madde metninde ayrıca tam süreli-kısmi süreli, belirli süreli-belirsiz süreli çalışan işçiler arasında sözleşme türü bakımından da ayrımcılık yasaklanmıştır. Sözleşme türü bakımından ayrımcılığın yasaklanmasının ardında ABAD'nin çalışmada zaman zaman üzerinde durulacak bir dizi içtihadının yattığı ve dolaylı olarak aynı zamanda cinsiyet temelinde ayrımcılığın yasaklanmasının hedeflendiği belirtilmiştir.²⁰⁴

Yargıtay da İş Kanunu'nun 5. maddesinde sayılan ayrımcılık temellerinin sınırlı olmadığını belirtmektedir. Yargıtay, cinsel yönelim²⁰⁵, tarikat, aşiret ve dünya görüşü gibi temellerde de ayrımcılığın yasaklandığını ifade etmiştir.²⁰⁶ Öğretide de cinsel yönelim, etnik köken, engellilik gibi ayrımcılık temellerinin de İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan "benzer sebepler" kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.²⁰⁷ İş Kanunu'nun bir diğer maddesi olan 18. maddesi iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir nedenin mevcudiyetini öngörmüştür. Maddenin 3/d fıkrasında "İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler" in fesih için geçerli neden oluşturmayacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi burada da açık uçlu bir yaklaşım benimsenmiştir. Ancak iki madde arasındaki ayrımcılık temelleri arasındaki farklılıklar göze çarpmaktadır. Buradaki farklılığın nedeni belirsizdir.

Engellilik temelinde ayrımcılık TCK'nun 122. maddesinde 2005 yılında yapılan değişiklik ile yasaklanmasına karşın İş Kanunu'nda bu yönde bir değişiklik yapılmamıştır. Bu durum yasalarda ayrımcılık yasağına dair yapılan değişikliklerde sistematik bir bakış açısının mevcut olmadığını ortaya koymaktadır. Ancak İş Kanunu'nun 5. maddesi açık-uçlu bir düzenleme olduğu için engellilik veya başka bir ifadeye açıkça yer verilmemiş olması görünüşte bir sakınca yaratmamaktadır.

²⁰³ Yargıtay 9. HD, E. 2008/32183, K. 2009/7045, K.t. 17.03.2009.

²⁰⁴ Kübra Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 65.

²⁰⁵ Yargıtay'ın kararlarında cinsel yönelim yerine "cinsel tercih" ifadesi kullanılmaktadır. Kararlarda ayrımcılık temellerinin sınırlı olmadığına dair görüş belirtilirken "işçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım" ifadesine yer verilmektedir. Bu noktada cinsel yönelim açısından işyerinde olumsuzluğa yol açan ve açmayan şeklinde bir ayırma gidildiği görülmektedir.

²⁰⁶ Yargıtay 9. HD, E. 2008/27309, K. 2008/22094, K.t. 25.07.2008, Yargıtay 9. HD, E. 2008/32183, K. 2009/7045, K.t. 17.03.2009.

²⁰⁷ Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, s. 122, 130, 146.

Ayrıca daha sonraki bir düzenleme olan Özürlüler Kanunu'nun 4. maddesi “Özürlüler aleyhine ayrımcılık yapılamaz; ayrımcılıkla mücadele özürlülere yönelik politikaların temel esasıdır.” ifadesine yer vererek engellilere yönelik ayrımcılığı açıkça yasaklamıştır. İstihdamla ilgili olarak da aynı kanunun 14. maddesi engellilere yönelik ayrımcılıkla ilgili ayrıntılı düzenleme getirmiştir.

Türk hukukunda sendika üyeliği temelinde de ayrımcılık yasaklanmıştır. Sendika özgürlüğü öncelikle Anayasa'nın 51. maddesinde düzenlenmiştir. Sendika özgürlüğü sendikalar üye olmayı, olmamayı ve üyelikten ayrılmayı içermektedir. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi işe alım, işin devamı, iş sözleşmesinin feshi aşamalarında sendika üyeliği temelinde ayrımcılığı yasaklanmıştır. Hatta bu noktada sendikaya üye olmamaktan kaynaklı farklı muamelelerde yasaklanmış durumdadır. Yargıtay da sendika özgürlüğü kavramının geniş bir kavram olduğunu, kavramın işçinin sendika kurma, sendikaya üye olma, üye olmama, üyelikten çekilme ve yasal sınırlar içinde sendikal faaliyetlere katılma özgürlüğünü kapsadığını, işverenin fesih hakkını işçinin sendikal hak ve özgürlüklerinden yararlanmasını engellemek amacı ile kullandığında fesih hakkının kötüye kullanılmış olacağını ifade etmiştir.²⁰⁸ Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu İş Sözleşme Kanunu'nun 18. maddesi de “...Kamu işvereni kamu görevlileri arasında sendika üyesi olmaları veya olmamaları nedeniyle bir ayırım yapamaz...” diyerek kamu görevlileri açısından sendika üyeliği temelinde ayrımcılığı yasaklamıştır.

Bu konu kapsamında gündeme gelen bir diğer konu yaş temelinde ayrımcılıkla ilgilidir. Emeklilik konusunun yaş ile yakından bağlantısı bulunmaktadır. Emeklilik yaşına gelmiş işçilerin sırf bu nedenden dolayı iş sözleşmelerinin feshinin yaş temelinde ayrımcılığa yol açacağı söylenebilir. Bu noktada Yargıtay kararlarında ve öğretide farklı görüşlerin söz konusu olduğu görülmektedir.²⁰⁹ Yargıtay, İş Kanunu'nda iş sözleşmesi ile çalışan bir kişi için bir çalışma yaşı üst sınırı belirlenmediğini²¹⁰ ve sadece emekliliğe hak kazanmanın fesih için geçerli bir neden olmayacağını belirtmiştir.²¹¹ Yargıtay bunun yanında

²⁰⁸ Yargıtay 9. HD, E. 2009/42251, K. 2009/33714, K.t. 07.12.2009.

²⁰⁹ Bu görüşler için bkz, Dilek Baybora, **Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı**, Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir, 2007, s. 113-114.

²¹⁰ Yargıtay 9. HD, E. 2003/18926, K. 2003/18920, K.t. 10.11.2003.

²¹¹ Yargıtay 9. HD, E. 2003/18257, K. 2003/17985, K.t. 27.10.2003.

emekliliğe hak kazanmanın objektif ve genel olarak uygulanması durumunda feshin geçerli bir fesih olabileceği ifade edilmiştir.²¹² İş Kanunu'nun 18. maddesi dolayısıyla “ve benzeri nedenler” ifadesi nedeniyle yalnızca emeklilik yaşına gelmekten kaynaklı olarak iş sözleşmesinin feshedilmesi yaş temelinde ayrımcılık olarak geçerli bir neden olarak görülmeyebilecektir.²¹³

Bireysel ve toplu iş hukuk alanında ayrımcılık yasağı ile ilgili belirtilen düzenlemeler de açık uçlu bir yaklaşımın benimsenmiş olması genel olarak olumlu gözükmektedir. Ancak istihdamla ilgili olarak ortaya çıkan ayrımcı nitelikteki farklı muamelelerin tamamının yasalarla yasaklanması oldukça önemlidir. Bu sebeple benzer yaklaşımın sürdürülmesi ile beraber bazı ayrımcılık temellerinin yasalarca açık biçimde tanınmış olması hem kamuoyunun konuya dikkatinin çekilmesi hem de uygulayıcılarda mevcut olan tereddütlerin giderilmesi noktasında oldukça işlevli olabilecektir.

2.Ayrımcı Muameleyi Gerçekleştiren Kişi Bakımından Kapsamı

a. Anayasa

(1) Doğrudan Uygulanabilirlik

Türk hukukunda ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi bakımından kapsam noktasında değerlendirme ilk olarak ayrımcılık yasağına dair temel düzenleme olan Anayasa'nın 10. maddesi bağlamında yapılabilir. Bu kapsamda öncelikle 10. maddenin doğrudan uygulanabilirliği, sonrasında ise yatay etkisi üzerinde durulacaktır. Anayasa'nın bir maddesinin doğrudan uygulanabilir olması, bir anayasal normun yasama veya yürütme organının bir işlemine gerek kalmaksızın uygulanabilir olması anlamına gelmektedir. Doğrudan uygulanabilirlik bir yargı kararına bağlı olmaksızın, başka bir deyişle, kendiliğinde uygulama veya bir yargı

²¹² Yargıtay 9. HD, E. 2006/30340, K. 2006/31894, K.t. 04.12.2006.

²¹³ Baybora s. 115; Gaye Burcu Yıldız, *İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı*, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt 1, Beta Yay., İstanbul, 2010, s. 851-852.

kararına bağılı olarak uygulama şeklinde iki biçimde gerçekleşebilmektedir.²¹⁴Bu noktada anayasal normun hak verici düzenleme şeklinde yapılıp yapılmadığına, söz konusu hakkın yükümlüsünün kim olduğunun ve bu yükümlülüğün kapsamının ve sınırının açıkça belirtilip belirtilmediğine, söz konusu hakkın yapısı ve niteliği itibariyle kendiliğinden uygulanabilir bir özelliğe sahip olup olmadığına,söz konusu hakkın kullanılabilmesi için yasama, yürütme veya yargı organlarının desteğine muhtaç olup olmadığına ve son olarak başkaları tarafından ihlal edildiğinde yargı güvencesine başvurulup korunup korunmadığına bağılı olduğu belirtilmiştir.²¹⁵

Şüphesiz her anayasa normu aynı içerikte değildir ve hepsinin doğrudan uygulanabilir olduğunun veya hepsinin doğrudan uygulanabilir olmadığınıkabulü mümkün değildir. Anayasa’da ayrıntılı biçimde düzenlenmiş bazı kurallar doğrudan uygulanabilmektedir.²¹⁶Anayasa, hukuksal uyumsuzluğu ilişkin doğrudan uygulanabilir bir kural içeriyorsa doğrudan uygulama gündeme gelecektir.²¹⁷Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 34. maddesinde yer alan ispat hakkı gibi ayrıntılı düzenlenen kuralların doğrudan doğruya uygulanabilir nitelikte olduğunu belirtmiştir. Mahkeme’ye göre özenle ve ayrıntılı düzenlenmiş normlar doğrudan uygulanılır niteliktedir.²¹⁸Anayasa’nın 10. maddesindeyer alan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına dair düzenlemelerin yukarıda belirtilen ölçütler açısından, aynı şekilde ayrı bir yasal düzenleme veya herhangi bir yargı kararı gerektirmeksizin kendiliğinden ve dolayısıyla doğrudan uygulanabilir olduğu açıktır.

(2) Yatay Etki

Anayasal normun yatay etkisi, diğeri bir deyişle gerçek ve tüzel kişiler arasında gerçekleşen özel hukuk ilişkilerine etkisi, “anayasanın üçüncü kişilere

²¹⁴ Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yay., İstanbul, 1978, s. 231-232.

²¹⁵ a.g.e., s. 232.

²¹⁶ Selim Kaneti, *Anayasa Mahkemesi’nin Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanına Etkileri*, **Anayasa Yargısı**, Cilt 6, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 1989, s. 34.

²¹⁷ Betül Emrah Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma**, Beta Yay., İstanbul, 2010, s. 115.

²¹⁸ AYM, E. 1976/13, K. 1976/31, K.t. 03.06.1976.

etkisi” veya “anayasanın özel hukuka etkisi” (Almanca “Drittwirkung”)²¹⁹olarak adlandırılmaktadır.²²⁰Üçüncü kişiler devlet dışında temel hakkın yükümlüsü olabilecek özel hukuk kişileridir.²²¹Böylelikle anayasaların, devletin kuruluş ve işleyiş ile ilgili kurallar ve insan hakları ile ilgili güvenceleri içeren kurallar manzumesi olmanın ötesinde kişiler arasındaki ilişkileri de düzenlediği kabul edilmiş olmaktadır. Yatay etki doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki biçimde ortaya çıkmaktadır. Yatay etkinin öncelikle dolaylı biçimde ortaya çıkabileceği savunulmuştur.Anayasada yer alan hakların veya ilkelerin uygulamaya elverişli yaptırımlar öngörmediği için özel hukuk alanında doğrudan etki doğurmayacağı ve bunların özel hukuka etkisinin özel hukuk kurallarının insan haklarına uygun yorumlanmasını sağlamakla sınırlı olduğu vurgulanmıştır.²²²Diğer bir görüş ise anayasada yer alan kurallar açısından doğrudan yatay etkinin de söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşegöre, örneğin, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi açısından, Anayasa’nın 11. maddesi ve 138. maddesinin eşitlik ilkesinin bireylerarası ilişkilerde doğrudan doğruya uygulanabilecektir.²²³

Dolaylı yatay etki, anayasal normların özel hukuk kurallarının yorumunda ve özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde bir yorum ölçüsü ve kaynağı olarak kullanılması anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım aynı zamanda “anayasaya uygun yorum ilkesi” olarak da adlandırılmaktadır ve pozitif dayanağını Anayasa’nın 11. maddesinde yer alan anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü kuralından almaktadır.²²⁴Anayasaya uygun yorum yükümlülüğü yalnızca Anayasa Mahkemesi’ni değil tüm yargı organlarını bağlayan bir yükümlülüktür.²²⁵ Dolaylı yatay etkinin kabulü ile örneğin borçlar hukuku alanında hukuka aykırı bir

²¹⁹ Kavramın kökenleri hakkında bilgi için bkz, Evert Albert Alkema, *The Third Party Applicability or “Drittwirkung” of the European Convention on Human Rights*, Protecting, Human Rights: **The European Dimension, Studies in honour of Gerard J. Wiarda**, Carl Heymans Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988

²²⁰ a.g.e., s. 249.

²²¹ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011, s. 539.

²²² O. Korkut Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Yay., İstanbul, 2000, s. 31-32.

²²³ A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul, 1982, s. 106 vd.

²²⁴ Tanör, s. 255-256. Anayasa hukukunda yorum yöntemleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, Emrah Bertil Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı bir Araştırma**, Beta Yay. İstanbul, 2010.

²²⁵ Kaneti, s. 23.

sözleşmenin Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi gereği sözleşmenin kesin hükümsüz sayılacağı veya haksız bir fiil nedeniyle kusurun ortaya konulması ile birlikte 47. madde gereği tazmin borcunun ortaya çıkacağı ifade edilmiştir.²²⁶ Ayrımcılık yasağı ile ilgili Anayasa'nın 10. maddesinin dolaylı yatay etkisinin kabulü ile birlikte bu yasağın ihlali de belirtilen hukuki yaptırımları gerektirebilecektir.

Doğrudan yatay etki için bir normun anayasada açık bir biçimde tanınmış olması şarttır.²²⁷ Anayasa hukukunda temel hakların özel hukukta dolaylı etki doğurabileceği ve bu etkinin modern sanayi toplumlarında özgürlük ve eşitliği koruma noktasında anlam taşıdığı vurgulanmıştır.²²⁸ Ayrımcılık yasağı 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde açıkça tanınmış durumdadır. Bu ilkeler "Genel Esaslar" bölümünde düzenlenmekle birlikte içeriği bakımından yukarıda da ifade edildiği gibi aynı zamanda bir hak olması ve aksinin kabulü halinde dahi yatay etkinin yalnızca haklar değil ilkeler bakımından da geçerli olduğu ifade edilerek, bu ilkelerin kişiler arasındaki ilişkiler açısından da etki doğuracağı belirtilmiştir.²²⁹

Anayasa'nın 10. maddesi ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi açısından, kamu makamları veya özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri açısından bir farklılık öngörmemiştir. Bu durumun anlamı Anayasa'da getirilen korumanın kapsamının ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi bakımından geniş olmasıdır. Anayasa'nın 11. maddesinde yer verilen Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi kapsamında, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır."²³⁰ Dolayısıyla Anayasa'da "Genel Esaslar" bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin sayılan organlar, kuruluşlar ve kişiler açısından da geçerli olduğu açıktır. Hâkimler tüm özel hukuk

²²⁶ Tanör, s. 257.

²²⁷ a.g.e., s. 253.

²²⁸ Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, s. 22.

²²⁹ Tanör, s. 255.

²³⁰ Böyle bir düzenlemenin mevcut olmaması halinde dahi bu yükümlülüğün geçerli olacağı belirtilmektedir. Bkz, Sibel İnceoğlu, *Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 48; Kuzu, s. 219; Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, s. 237; Can Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, 03-04.06.2006 tarihli Toplantı Tebliğ ve Tartışmaları, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2006, s. 21.

ilişkilerinde Anayasa hükümlerini uygun olduğu ölçüde uygulamakla yükümlüdür. Bu noktada Anayasa'nın 10. maddesinin doğrudan uygulanabilmesi mümkündür. Danıştay'da Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin "...yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlayan temel hukuk kuralları olmasının yanında, hukuk devleti ilkesinin ve Anayasa'nın 11. maddesi hükmünün doğal sonucudur." diyerek bu görüşü desteklemiştir.²³¹ Ayrıca Anayasa'nın 138. maddesinde hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduğuna ve Anayasa'ya kanuna ve hukuka uygun olarak karar verecekleri düzenlenmiştir. Dolayısıyla hâkimin uygulayacağı hukuk kuralları arasında Anayasal normlar da yer almaktadır.²³² Anayasa'da yer alan 11. ve 138. maddeler ile 10. madde birlikte değerlendirildiğinde yatay etkinin ayrımcılık yasağı açısından da geçerli olduğunu ortaya koymaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinin son fıkrasında "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." şeklinde bir cümleye yer verilmiştir. Bu ifade sonucunda öncelikle yasama, yürütme ve yargı organları ve idari makamlar açısından bir yükümlülük ortaya çıkmıştır.²³³ Ancak bu ifadeden eşitlik ilkesinin yatay ilişkilerde uygulanamayacağı anlamının çıkarılması mümkün değildir.²³⁴ Aksi yönde bir yorumda ise eşitlik ilkesinin bir temel hak olarak değil devlet yönetimine hâkim temel bir ilke olarak düzenlendiğini, bu ilkenin özel kişileri bağlayacağına yönelik yorumların 10. maddenin Anayasa'daki yeri dikkate alındığında sistematik açıdan tutarsız olduğu ve 10. maddede yalnızca devlet organlarının ve idare makamlarının sayıldığını belirtmektedir.²³⁵ Maddede sayılanlar dışında kalan özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri açısından, başka bir deyişle ayrımcılık yasağının yatay etkisi bakımından günümüzde anayasada yer alan hukuk kurallarının özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri bakımından da yükümlülük doğurduğu kabul edilmektedir.²³⁶ Ayrıca 10. maddenin dolaylı değil doğrudan yatay etki doğurduğu vurgulanmaktadır.²³⁷ Bu

²³¹ Danıştay 5. Daire, E. 2001/5253, K. 2003/796, K.t. 13.03.2003

²³² Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yay., Ankara, 2002, s. 41.

²³³ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin, Bursa, 2008, s. 108.

²³⁴ Öden, s. 156.

²³⁵ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 109.

²³⁶ Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, s. 62 v.d.; Tanör, s. 249 v.d., Öden, s. 155. Ayrıntılı biçimde kaleme alınmış aksi görüş için bkz, Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, s. 537.

²³⁷ Öden, s. 156.

yükümlülük sonucunda yargı organlarının kanun boşluklarının doldurulması ve yorumlanması ve anayasaya aykırı hukuki işlemlerin geçersiz sayılmasında takdir yetkisi sınırlanmış durumdadır. Bu durumun anlamı özel hukuk ilişkilerinde eşitlik ilkesinin sözleşme özgürlüğü gibi ilkelerle sınırlandırılmamasıdır. Dolayısıyla yukarıda belirtilen farklı yorumlar dikkate alınarak eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına dair düzenlemelerde ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi bakımından kapsamının belirtilen genişlikte açıkça sayılması gerekmektedir.

b.Kanunlar

Anayasa haricinde yasalar düzeyinde de ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişiler açısından geniş bir yaklaşım benimsendiği söylenebilir. Öncelikle Türk hukukunda yasalar düzeyinde de ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişiler noktasında gerçek ve tüzel kişiler arasında bir ayrıma gidilmemiştir. Bu noktada bir sınırlama cezai sorumluluk noktasında ortaya çıkmıştır. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu tüzel kişilerin kendi alanlarında işlenen bir suç nedeniyle kendilerinin cezalandırılıp cezalandırılmaması noktasında ortaya çıkmaktadır. Tüzel kişiler yerine hareket eden gerçek kişiler yerine veya bu kişiler yanında tüzel kişilerin ceza hukuku açısından sorumluluğu tartışılmaktadır.²³⁸Bu konu birçok ülkede ceza kanunlarına girmiş olsa da²³⁹ Türkiye’de halen tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi ceza sorumluluğu söz konusu değildir. TCK’nun 20. maddesine göre tüzel kişilere ceza yaptırımı uygulanması mümkün değildir ve ancak suç dolayısıyla Kanun’da öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanması mümkündür. Güvenlik tedbirleri ise TCK’nun 60. maddesinde “faaliyet iznini iptali ve “müsadere” olarak belirlenmiştir. Bu sayılanların teknik olarak güvenlik tedbiri olmadığından hareketle bunlarında ceza olarak düşünülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Tüzel kişiler Sendikalar Kanunu’nun 58. maddesi gibi düzenlemelerde kapatma yaptırımı ile karşılaşabilmektedir.²⁴⁰Dolayısıyla tüzel kişiler bir kişi gibi cezai sorumluluk sahibi olmamakla birlikte ceza hukuk anlamında yine de sorumlu

²³⁸ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yay., Ankara, 2011, s. 219.

²³⁹ Nur Centel; Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., İstanbul, 2011, s. 241-242.

²⁴⁰ a.g.e., s. 219-221.

olabilmektedir. İş Kanunu'nun 5. maddesinde ise istihdam ilişkisi çerçevesinde ayrımcılığı yasaklayarak özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri arasındaki iş sözleşmelerinde ayrımcılık yasağının uygulama alanı bulmasını sağlamıştır.

Yasalar çerçevesinde gündeme gelen bir diğer düzenleme TCK'nun 122. maddesidir. Ayrımcı muameleden sorumlu olan kişi bakımından kapsam noktasında TCK'nun 122. maddesine göre ayrımcılık suçunun faili herkes olabilecektir. Suçun faili kamu görevlisi olabileceği gibi kamu görevlisi olmayan kişiler de olabilir.²⁴¹ Böylece yukarıda ifade edilen ayrımcılık yasağının özel hukuk ilişkilerinde de geçerli olması durumu ile birlikte bir yaptırım da öngörülmüş olmaktadır. Dolayısıyla ceza hukuku alanında ayrımcılık suçunun faili açısından bir sınır bulunmamaktadır ve ayrımcı muameleyi gerçekleştiren herkes ilgili maddeye göre sorumlu tutulabilecektir. Ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesi devlet memurlarının görevlerinin yerini getirirken çeşitli ayrımcılık temellerinde ayrımcılık yapması durumunda disiplin cezasına çarptırılmasını öngörmüştür. Bu durum TCK'nun 122. maddesi ile birlikte kamu hizmetlerinin sunumunda ikinci bir yaptırım anlamına gelmektedir. Yasalar düzeyinde ve ceza hukuku alanında bir diğer düzenleme olan TCK'nun 105. maddesinde cinsel taciz suçu düzenlenmiştir. Günümüzde ayrımcılığın bir biçimi olarak kabul edilen cinsel taciz açısından 105. maddede cinsel taciz oluşturan davranışgerçekleştirebilecek kişiler açısından açık uçlu bir düzenlemeye yer verilmiştir. Cinsel tacizi gerçekleştiren kişi işçi, işveren, kamu görevlisi olabilmektedir. Ayrıca İş Kanunu'na tabi olmayan kişiler açısından da maddenin uygulanması mümkündür. Maddenin kaleme alınışı bir cinsiyete gönderme yapmamaktadır ve bu nedenle fail ve mağdurun aynı veya farklı cinsiyetten kişiler olabilmesi mümkündür. Dolayısıyla cinsel yönelim temelli olarak da gündeme gelmesi mümkündür.

Yasalar açısından Anayasa ile ilgili yukarıda ortaya çıkan yorum farklılıkları söz konusu değildir. Ayrımcı yasağının kişi bakımından kapsamı açısından muameleyi gerçekleştiren kişi noktasında gerçek ve tüzel kişi ya da özel hukuk kişileri ve kamu makamları arasında bir ayrıma gidilmemiştir. Bu yaklaşımın sürdürülmesi ve bununla beraber olası yorum farklılıklarını engellemek noktasında

²⁴¹ Yaşar; Gökcan; Artuç, s. 3862.

ayrımcı muameleden sorumluluk açısından daha açık düzenlemeler yapılması daha uygun gözükmektedir.

II. Ayrımcılık Yasağının Konu Bakımından Kapsamı

Ayrımcılık yasağı, bir kişinin karşılaştığı muamele bakımından ilgisiz ve etkisiz bir niteliğinin, örneğin kişinin cinsiyetinin veya etnik kökeninin, muamelenin belirleyici bir unsuru olarak kullanmasına karşı bireyi ve birey gruplarını korumayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede, ayrımcılığı yasaklayan uluslararası düzenlemeler, ya başlı başına ayrımcılığı yasaklamaya yönelmiş bir uluslararası sözleşme ya da genel nitelikli bir insan hakları sözleşmesi içerisinde bir hüküm olarak ortaya çıkmaktadır. Başlı başına ayrımcılığı yasaklamaya yönelmiş sözleşmeler ya belli bir temele dayalı (örneğin kadın veya engelli olmak) ya da belli bir alanda (örneğin iş veya meslek alanında) ayrımcılığı önlemeyi amaçlamaktadırlar.

Ayrımcılık yasağına dair uluslararası hukukta mevcut olan düzenlemeler bağlı (subordinate)²⁴² veya bağımsız (autonomous)²⁴³ nitelikte hükümlerdir.²⁴⁴ Bağlı nitelikte olan hükümler ilgili sözleşmede yer alan haklar bağlamında ayrımcılığı yasaklarken, bağımsız nitelikte olanlar yasayla tanınmış tüm haklar açısından ayrımcılığa yasaklamaktadır. Ayrımcılık yasağının ilgili Sözleşme’de yer alan haklarla sınırlı olarak koruma sağladığı durumda ilgili hüküm fer’i (accessory)²⁴⁵, bağlı (subordinate)²⁴⁶, tali (ancillary)²⁴⁷ veya asalak (parasitic)²⁴⁸ olarak

²⁴² Ör. AİHS ve (GG)ASŞ.

²⁴³ Ör. MSHS.

²⁴⁴ Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, s. 3

²⁴⁵ Örneğin, Nowak, **CCPR Commentary**, s. 34; Luzius Wildhaber, *Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights: A Second-Class Guarantee?*, **Baltic Yearbook of International Law**, Vol. 2, Kluwer Law International, The Hague, 2002, s. 72.

²⁴⁶ Örneğin bkz, Craven, s. 177.

²⁴⁷ Edel, s. 18.

²⁴⁸ P. Van Dijk; G.J.H. Van Hoof; Arjen Van Rijn; Leo Zwaak (Ed.), **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, s. 1028; Janneke Gerards, *The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights*, **The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe**, Jan Niessen; Isabelle Chopin (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004, s. 5.

nitelendirilmektedir.²⁴⁹ Diğer yaklaşımı benimseyen uluslararası sözleşmeler ayrımcılık temelleri açısından geniş bir liste benimsemiştir.

Bazı uluslararası sözleşmeler ise belli bir temelle sınırlı olmakla beraber neredeyse hayatın her alanında ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını hedeflemiştir. Bu sözleşmeler için IAOKS, KKAOKS ve EHS örnek verilebilir.²⁵⁰ Bir dizi sözleşme de ise ayrımcılık yasağı hukuken tanınmış tüm haklar için yasaklanmış durumdadır. Örneğin EİHB'nin 7. maddesinde hukuk önünde eşitlik ve hukuken eşit korunma bağlamında bu şekilde bir düzenleme yer almaktadır. Ayrımcılık yasağına dair benzer düzenlemeler MSHS'nin 26. maddesi ve AİHS/Protokol No. 12'nin 1. maddesinde yer almıştır. Anılan maddeler ayrımcılık yasağının getirdiği korumayı sadece ilgili sözleşme maddeleri ile sınırlı tutmamış ve yasayla düzenlenmiş tüm hakları da kapsamına almıştır. Bazı uluslararası sözleşmelerde sadece ilk kuşak haklar yer alırken bazıları sosyal haklara da yer vermektedir. Hukuken tanınmış tüm haklar ibaresi ile sosyal haklarla ilgili ayrımcı muameleler açısından da yargısal ya da yargısal benzeri organlara şikâyetbaşvurusu yapılabilmektedir. Bu noktada uluslararası alanda başlangıçta belli haklar kapsamında gündeme gelen ayrımcılık yasağının zamanla hukuken tanınmış tüm haklar açısından söz konusu hale geldiği söylenebilir. Günümüzde ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerin bu doğrultuda tüm haklar açısından tanınması insan hakları düşüncesinin evrimine de uygun düşmektedir.

A. Açık Uçlu Yaklaşım

Ayrımcılığın konu bakımından kapsamı açısından da kişi bakımından kapsam da olduğu gibi iki farklı yaklaşım benimsenmiştir. Bu noktada konu bakımından sınırlama getirmeyen açık uçlu yaklaşımla belirli konulara özgülenmiş bir koruma öngören sınırlı yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bu noktada açık uçlu yaklaşım içerisinde

²⁴⁹ Bu üç nitelemeye aynı anlama gelmektedir ve çalışmada birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılmıştır.

²⁵⁰ KKAOKS, IAOKS, 111 No'lu ILO Sözleşmesi ve Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme'de ayrımcılığın konu bakımından kapsamı açısından bir karşılaştırma için bkz, Mehmet Semih Gemalmaz, *Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi*, **İÜHF Mecmuası**, Cilt 69, Sayı 1-2, Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 155.

geniş bir ayrımcılık temelleri listesi ile birlikte konu bakımından da geniş bir kapsam öngören ve geniş açık uçlu yaklaşım adı verilebilecek bir yaklaşımı benimseyen MSHS, ÇHS ve AİHS/Protokol No. 12 ile sınırlı ayrımcılık temeli ile birlikte konu bakımından geniş bir kapsam öngören ve dar açık uçlu yaklaşım adı verilebilecek yaklaşımı benimseyen IAOKS, KKAOKS ve EHS üzerinde durulacaktır.

1. Geniş Açık Uçlu Yaklaşım

Açık uçlu yaklaşım açısından MSHS, BM tarafından kabul edilen dokuz temel insan hakları sözleşmesi içerisinde ayrımcılık yasağın konu bakımından en kapsamlı şekilde yer veren sözleşmedir. MSHS herhangi bir ayrımcılık temelinde hukuken tanınmış tüm haklar açısından ayrımcılığı yasaklamıştır. Sözleşme’de ayrımcılıkla ilgili olarak iki temel düzenlemeden ilki olan 2. madde, Sözleşme’de tanınan haklarla sınırlı olarak ayrımcılığı yasaklarken, ikincisi olan 26. madde hukuk önünde eşitliği, hukuken eşit korunmayı ve ayrımcılığa uğramama hakkını düzenlemektedir. MSHS’nin 2. maddesinde yer alan düzenleme genel bir ayrımcılık yasağını değil Sözleşme’de yer alan hakların taraf devletlerce farklılık gözetilmeksizin sağlanması ve bu haklara saygı gösterilmesini içermektedir. Bağlı bir madde olarak kabul edilen 2. madde ancak Sözleşme’nin maddi (substantive) nitelikteki hükümleri ile birlikte ileri sürülebilmektedir.²⁵¹ Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerden biri ile birlikte ileri sürülmediği takdirde İHK 2. madde açısından bir değerlendirme yapmamakta ve başvuruları reddetmektedir.²⁵² Ancak belirtmek gerekir ki, birlikte ileri sürüldüğü hakkın ihlal edilmiş olması gerekmemektedir.²⁵³ Başka bir deyişle 2. maddenin Sözleşme’de yer alan bir madde ile ilgisinin bulunması yeterlidir. Örneğin Sözleşme’nin 6. maddesinde yer alan yaşam hakkı taraf devletler açısından idam cezasını yasaklamamaktadır. Bu açıdan idam cezasının öngörülmüş olması başlı başına bir ihlal oluşturmamaktadır ancak idam cezasının

²⁵¹ Nowak, *CCPR Commentary*, s. 35; Ramcharan, s. 253, Opsahl; Torkel, s. 52.

²⁵² Örneğin, İHK, *K.L. v. Denmark*, Communication No. 81/1980, View, 27.03.1981, CCPR/C/12/D/81/1990.

²⁵³ Nowak, *CCPR Commentary*, s. 29.

uygulanmasında herhangi bir ayrımcılık temelinde farklı muamele yapılırsa 6. maddenin 2. madde ile birlikte ihlal edildiğinin ileri sürülmesi mümkündür.²⁵⁴

MSHS'nin 26. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı sadece MSHS'nde yer alan haklar açısından değil evrensel nitelikte uygulanabilir bir hak öngörmüştür. MSHS bağlamında 26. maddeye benzer düzenlemeler AIHS/Protokol No. 12'nin 1. maddesinde, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin 7. maddesinde, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 24. maddesi²⁵⁵ ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın²⁵⁶ 3. maddesinde de yer almaktadır.²⁵⁷ Anılan maddeler ayrımcılık yasağının getirdiği korumayı sadece ilgili sözleşme maddeleri ile sınırlı tutmamış ve hukuken tanınmış diğer hakları da kapsamına almıştır.

Sözleşme'nin 26. maddesi ilgili olarak, bağımsız ve özerk bir madde olduğu, tamamlayıcı nitelikte olmadığı, sadece sayılan ayrımcılık temelleri kapsamında ayrımcılığı yasaklamadığı ve açık uçlu olduğu söylenebilir.²⁵⁸ Sözleşme'nin 2. maddesi ile 26. maddesi arasındaki farklılık İHK kararlarında ortaya konulmuştur.²⁵⁹ Komite Sözleşme'nin 26. maddesinin konu bakımından kapsamını geniş yorumlama eğilimindedir.²⁶⁰ İHK 18 No'lu Genel Yorum'da MSHS'nin 26. maddesi ile ilgili olarak 2. maddede zaten yer alan güvenceyi tekrar etmekten öte bağımsız bir hak olduğunu belirtmiş ve dolaylı olarak 2. maddenin bağlı bir hak olduğunu vurgulamıştır.²⁶¹

Ayrımcılık yasağının Sözleşme'de yer alan haklarla sınırlı olarak düşünüldüğünde 26. maddenin 2. maddeden bir farklılığı büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır. Komite'ye göre, MSHS'nin 26. maddesi 2. madde gibi diğer haklarla birlikte gündeme gelecek şekilde değil bağımsız bir hak olarak

²⁵⁴ a.g.e., s. 36.

²⁵⁵ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (American Convention on Human Rights) 22.11.1969 yılında kabul edilmiş ve 18.07.1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, **Belgeler/I. Cilt**, s. 729-761.

²⁵⁶ Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (African Charter on Human and Peoples' Rights) 27.06.1981 tarihinde kabul edilmiş ve 21.10.1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Şart'ın Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, **Belgeler/I. Cilt**, s. 967-987.

²⁵⁷ Diğer uluslararası belgelerin bir listesi için bkz, Nihal Jayawickrama, **The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence**, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s. 817.

²⁵⁸ a.g.e., s. 628-629.

²⁵⁹ a.g.e., s. 605.

²⁶⁰ Ramcharan, s. 255.

²⁶¹ İHK, 18 No'lu Genel Yorum.

düzenlenmiştir.²⁶² Komite MSHS kapsamında yer almayan, engellilik yardımı,²⁶³ işsizlik ödeneği,²⁶⁴ eğitime kaynak ayrılması,²⁶⁵ vicdani ret,²⁶⁶ çocuk yardımı²⁶⁷ ve mülkiyet hakkı²⁶⁸ gibi konuları ayrımcılık yasağı bağlamında MSHS'nin koruma alanına sokmuştur. Örneğin Komite, mülkiyet hakkı Sözleşme'de korunan bir hak olmamasına rağmen, özel mülkiyete tabi bir mülkün kamulaştırıldığı veya taraf devlet tarafından söz konusu kamulaştırma için bir bedel ödenmediği ve söz konusu işlem ayrımcılık temellerinden birine dayalı olarak gerçekleştirildiği durumda Sözleşme'nin 26. maddesinin ihlaline yol açılabileceğini belirtmiştir.²⁶⁹ MSHS'nin 2. maddesinin fer'i niteliği ve 26. maddenin bağımsız niteliğinden ötürü doğrudan ileri sürülebilmesi nedeniyle, 2. madde yerine 26. madde kapsamında başvuru yapılması halinde başarıya ulaşma şansı daha yüksek gözükmektedir.²⁷⁰

Komite'nin Sözleşme'nin 26. maddesi ile ilgili kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde ayrımcılık yasağının sadece Sözleşme'de yer alan haklar açısından değil ekonomik ve sosyal haklar açısından da geçerli olan bağımsız bir hak niteliğine kavuşturduğu görünmektedir. Komite 26. maddenin kapsamına giren hak ve özgürlükleri açıkça tanımlamayıp maddenin sağladığı korumanın potansiyel etkisini genişletmiş ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair iddiaların ayrımcılık yasağının konu bakımından kapsamına girmediği gerekçesiyle reddedilmesinin önüne geçmiştir.²⁷¹ Başka bir deyişle MSHS bağlamında ayrımcılık yasağı iddialarının *ratione materiae* bağlamında reddedilmesi artık mümkün gözükmemektedir.

²⁶² İHK, *Wackenheim v. France*, Communication No. 854/199, View, 26.07.2002, CCPR/C/75/D/854/1999, para. 6.6.

²⁶³ İHK, *Danning v. The Netherlands*, Communication No. 180/1984, View, 09.04.1987, CCPR/C/29/D/180/1984.

²⁶⁴ İHK, *Broeks v. The Netherlands*, Communication No. 172/1984, View, 09.04.1987, CCPR/C/29/D/172/1984.

²⁶⁵ İHK, *Blom v. Sweden*, Communication No. 191/1985, View, 04.04.1988, CCPR/C/32/D/191/1985.

²⁶⁶ İHK, *Brinkhof v. The Netherlands*, Communication No. 402/1990, View, 30.07.1993, CCPR/C/48/D/402/1990.

²⁶⁷ İHK, *Oulajin ve Kaiss v. The Netherlands*, Communication No. 406/1990, View, 23.10.1992, CCPR/C/46/D/406/1990.

²⁶⁸ İHK, *Simunek v. Czech Republic*, Communication No. 516/1992, View, 31.07.1995, CCPR/C/54/D/516/1992.

²⁶⁹ a.g.k, para. 11.3

²⁷⁰ Nitekim Nowak, 2005 yılına kadar İHK'nin yalnızca 3 başvuruda ihlal kararı verdiğini belirtmektedir. Bu kararlar için bkz, Nowak, **CCPR Commentary**, s. 47.

²⁷¹ Hill QC; Joseph, s. 571.

ÇHS ise ne herhangi bir alana ne de özellikle herhangi bir temele odaklanmaksızın çocuklar için Sözleşme’de öngörülen haklar kapsamında ayrımcılığı yasaklamıştır. Ancak Sözleşme’de yer alan haklar hem medeni ve siyasi hakları hem de ekonomik ve sosyal hakları içermektedir. Dolayısıyla ayrımcılığın konu bakımından kapsamı açısından sınırlı bir yaklaşım benimsenmiş görünse de Sözleşme’de yer alan haklar oldukça kapsamlıdır. Bu sebeple ÇHS bakımından kişi bakımından açık uçlu düzenleme ile beraber konu bakımından da geniş açık uçlu yaklaşımın benimsendiği söylenebilir.

Bölgesel düzeyde AIHS sisteminde ayrımcılık yasağı bağlamında belirtilmesi gereken önemli bir düzenleme ise ayrımcılık yasağını başlı başına bir insan hakkı olarak düzenleyen AIHS/Protokol No. 12’dir. Protokol AIHS’nin 14. maddesinin ayrımcılığa karşı korumayı yalnızca Sözleşme’de yer alan haklarla sınırlayan ve bu nedenle diğer konularla ilgili ortaya çıkan koruma boşluğunu doldurmaya adayıdır.²⁷² AIHS/Protokol No. 12’nin yürürlüğe girişi öncesi 14. maddenin kapsamının sadece Sözleşme’de yer alan haklar ve özgürlükler sınırlı olması ve örneğin istihdam, barınma gibi ayrımcılığın yaşandığı önemli alanları kapsamıyor olması, söz konusu ayrımcılık yasağının ikinci sınıf bir hak olarak öngörüldüğüne, eşitsizliklere doğrudan çözüm getirme konusunda yetersiz olduğuna ve ayrımcılık yasağını düzenleyen diğer uluslararası belgelere göre daha sınırlı bir koruma sağladığına dair haklı olarak eleştirilerle karşılaşmıştır.²⁷³

Protokol sadece AIHS’nde yer alan değil, yasayla düzenlenmiş tüm hakları da içerecek şekilde ayrımcılık yasağına yer vermiş durumdadır. 1. maddeye göre“Yasayla düzenlenen herhangi bir haktan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ya da başka görüş, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya dadiğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılıkyapılmaksızın, güvence altına alınacaktır.”Bu düzenleme ile ayrımcılık

²⁷² Harris; O’Boyle; Warbrick, s. 577.

²⁷³ Arnadottir, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, s. 36-37; Wildhaber, s. 71; Stephen Livingstone, *Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights*, **European Human Rights Law Review**, Sweet and Maxwell, No. 1, 1997, s. 26; Moon, Gay, *The Draft Discrimination Protocol to the European Convention on Human Rights: A Progress Report*, **European Human Rights Law Review**, Sweet and Maxwell, No. 1, 2000, s. 49.

yasağının yasayla düzenlenmiş herhangi bir hak veya özgürlükten yararlanma noktasında ihlal edildiği durumlarda AİHM'ne başvuru yolunu öngörülmiştir.

Protokol'ün yürürlüğe girişinin ardından 14. madde ile Protokol'ün 1. maddesinin uygulamada zaman zaman örtüşmesi gündeme gelebilecektir. Bu durumda Mahkeme Sözleşme'nin 32. maddesi gereğince yorum yaparak uygulamanın nasıl gerçekleşeceğine karar verecektir. Protokol'ün yürürlüğe girişinin ardından Protokol'e taraf devletler bakımından AİHS'nin 14. maddesi ile Protokol'ün 1. maddesi aynı anda yürürlükte olacaktır. Protokol'ün 3. maddesinde Protokol'ün 1. ve 2. maddelerinin Sözleşme'ye ek maddeler olarak kabul edildiği ve Sözleşme'nin tüm hükümlerinin buna göre uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durumda Mahkeme önüne gelen başvurularda Sözleşme kapsamında yer alan bir hak veya özgürlük söz konusu olduğunda AİHS'nin 14. maddesi, yer almayan hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda yalnızca ise Protokol'ün 1. maddesi gündeme gelebilecektir. Mahkeme'nin Protokol kapsamında 01.05.2012 tarihine kadar vermiş olduğu tek kararda bu şekilde bir değerlendirme yapılmıştır. Mahkeme önüne gelen bir başvuruda yasama organının oluşumuna dair yapılan seçimleri Protokol No. 1'in²⁷⁴ 3. maddesi kapsamında değerlendirmiş ve AİHS'nin 14. maddesi ile birlikte değerlendirme yaparken devlet başkanlığı seçimlerinin Protokol No. 1'in 3. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek AİHS/Protokol No. 12'nin 1. maddesi kapsamında değerlendirme yapmıştır.²⁷⁵ Ancak belirtilen kararda bu duruma yönelik ayrıntılı bir açıklama getirilmemiştir ve Mahkeme'nin önüne gelecek benzer başvurularda hangi maddeler bağlamında değerlendirme yapacağına dair bir standart henüz ortaya konulmamıştır. Bu durumda Mahkeme'nin 14. madde ile ilgili geçmiş içtihatları doğrultusunda önüne gelen davaların özelliklerine göre bir yaklaşımın benimseneceği öngörülebilir.

²⁷⁴ İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin, Bu Sözleşmede Halihazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan Protokol No. 1 (*Protocol No. 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention*) 20.03.1952 tarihinde imzalanmış ve 18.05.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol Türkiye tarafından 20.03.1952 tarihinde imzalanmış, 10.03.1954 tarihli ve 6366 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Protokol 18.05.1954 tarihinde Türkiye bakımından hüküm doğurmuştur. Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi için bkz, 8662 sayılı, 19.03.1954 tarihli RG. Protokol'ün bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Belgeler/I. Cilt**, s. 151-154.

²⁷⁵ AİHM, *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina*, Application No.27996/06 ve 34836/06, Judgment, 22.12.2009, paras. 38-56.

2. Dar Açık Uçlu Yaklaşım

Ayrımcılığın belli temellerde yasaklanmasını öngören bir dizi sözleşmede ise ayrımcılık yasağının konu bakımından kapsamı oldukça geniştir. Ancak bu genişlik ilgili sözleşmenin kişi bakımından kapsamının sınırlı olmasından dolayı daha sınırlı bir korumanın ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu kapsamda IAOKS, KKAOKS ve EHS üzerinde durulacaktır.

IAOKS kapsamında 1. maddesinde ırk ayrımcılığının tanımı belirtilirken “siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel alanda ya da kamusal yaşamın herhangi bir başka alanında, eşitlik temelinde olarak, insan haklarının ve temel özgürlüklerin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını yahut bunlardan yararlanılmasını yahut bunların kullanılmasını kaldırmak veya zayıflatmak amacını taşıyan ya da etkisini doğuran, ırk, renk, soy ya da ulusal yahut etnik kökene dayalı herhangi bir farklılık gözetme, dışlama, kısıtlama yahut öncelik tanıma” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade ile kamusal yaşamın herhangi bir alanında ayrımcılık yasaklanmış durumdadır.²⁷⁶ IAOKS’nde 5. maddesinde, yargı yerleri ve adaletin yürütümü ile ilgili diğer bütün organlar önünde eşit muamele görme hakkı; kişi güvenliği hakkı; siyasal haklar; seyahat özgürlüğü; vatandaşlık hakkı; evlenme ve eşini seçme hakkı; tek başına ya da başkalarıyla birlikte mülkiyet sahibi olma hakkı; miras hakkı; düşünce, vicdan ve din özgürlüğü; görüş sahibi olma ve ifade özgürlüğü hakkı; barışçıl nitelikli toplanma ve örgütlenme özgürlüğü; çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma, işsizliğe karşı korunma, eşit işe eşit ücret, adil ve elverişli ücret hakları; sendika kurma ve sendikalara katılma hakkı; konut hakkı; sağlık, tıbbi bakım, sosyal güvenlik ve sosyal hizmetlerden yararlanma hakkı; eğitim ve öğrenim hakkı; kültürel faaliyetlere eşit olarak katılma hakkı; ulaşım araçları, oteller, lokantalar, kahvehaneler, tiyatrolar ve parklar gibi kamunun kullanımı için öngörülmüş herhangi bir mekân ya da hizmetten yararlanma hakkı gibi çok sayıda hak ve özgürlük sayılmıştır. Sözleşme’nin 5. maddesi hakkında “bir fındikkabuğu içinde haklar bildirisi” (bill of rights in a nutshell) ifadesi

²⁷⁶ Meron, s. 11.

kullanılmaktadır.²⁷⁷ Sözleşme'nin 6. maddesi ise etkili bir hukuk başvuru hakkına yer vermektedir.

IAOKK, Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan haklar ve özgürlükler listesinin genişliğine rağmen içtihatları yoluyla koruma alanını daha da genişletmiştir. Komite koruma alanının sadece Sözleşme'nin 5. maddesinde sayılanlarla sınırlı olmadığını, Sözleşme'de yer alan herhangi bir hakla ilgili şikâyet başvurusu yapılabileceğini ve Sözleşme tarafından sağlanan korumanın sadece 5. maddeye indirgenmesi halinde bu korumanın oldukça zayıflayacağını belirtmiştir.²⁷⁸ IAOKK önüne gelen olayın somut özellikleri çerçevesinde örneğin, nefret söylemine karşı korunma ve nefret söylemine başvuran kişilerin etkili bir soruşturmaya tutulması yükümlülüğünü de koruma alanına sokmuştur.²⁷⁹

KKAOKS'nin 1. maddesine göre kadınlara karşı ayrımcılık, "...medeni durumları ne olursa olsun, siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ya da herhangi bir başka alandaki insan haklarının ve temel özgürlüklerin, erkekler ve kadınlar arasında eşitlik temelinde olarak, kadınlara tanınmasını, kadınlar tarafından bunlardan yararlanılmasını ya da kullanılmasını zayıflatma yahut hükümsüz kılma etkisini doğuran ya da bu amaca yönelik, cinsiyete dayalı herhangi bir farklılık gözetme, dışlama ya da kısıtlama" olarak tanımlanmıştır. Sözleşme'de bu kapsamda devletin ayrımcılıkla mücadele için geliştireceği politikalar; temel hak ve özgürlüklerin korunması; geçici ve özel önlemler; ayrımcı önyargı, gelenek ve uygulamaların ortadan kaldırılması; kadın ticaretinin engellenmesi ve fuhuş yolu ile istismara son verilmesi; siyasi ve sosyal yaşama katılım; temsilde eşitlik; uyruklu kazanmada eşitlik; eğitimde ayrımcılık yasağı; istihdamda ayrımcılık yasağı; sağlık hakkı ve ayrımcılık yasağı; ekonomik ve sosyal yaşamda ayrımcılık yasağı; kırsal kesimde yaşayan kadınların hakları; hukuki koruma ve eşit yasal haklar; evlilik ve aile hayatı gibi konular yer almıştır.

²⁷⁷ Vierdag, s. 109.

²⁷⁸ IAOKK, *The Jewish Community of Oslo et al v. Norway*, Communication No. 30/2003, Opinion, 22.08.2005, CERD/C/67/D/30/2003, para. 10.6.

²⁷⁹ Benzer yaklaşımın sergilendiği başka Komite kararları için bkz, IAOKK, *Habassi v. Denmark*, Communication No. 10/1997, Opinion, 17.03.1999, CERD/C/54/D/10/1997; *Ahmed v. Denmark*, Communication No. 16/1999, Opinion, 13.03.2000, CERD/C/56/D/16/1999; *Quereshi v. Denmark*, Communication No. 33/2003, Opinion, 10.03.2004, CERD/C/66/D/33/2003.

KKAOKK bir dizi kararında Sözleşme’de yer almayan bazı konuları koruma alanına dâhil etmiştir. Bu konuların başında ise kadına yönelik şiddet gelmektedir. Komite 19 No’lu Genel Tavsiye’de ayrımcılığın tanımının, toplumsal cinsiyet temelli şiddeti içerdiğini ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin, Sözleşme’nin belirli hükümlerinin açıkça şiddetten söz edip etmediğine bakılmaksızın söz konusu hükümleri ihlal edebileceğini belirtilmiştir.²⁸⁰ Aynı yaklaşım Komite tarafından bir dizi şikâyet başvurusunda da sergilenmiştir.²⁸¹

Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’nin 2. maddesinde ise engellilere yönelik ayrımcılık “siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni yahut herhangi bir başka alandakitüm insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını ya da bunların kullanılmasını zayıflatmak yahut kaldırmak amacını taşıyan yahut etkisini doğuran engellilik temelindeki herhangi bir farklılık gözetme, dışlama yahut kısıtlama” tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlama” şeklinde tanımlanmıştır.²⁸² IAOKS ve KKAOKS’nde benimsenen yaklaşımla benzer olarak toplumsal hayatın birçok alanını içerecek şekilde ayrımcılık yasaklanmıştır.

B.Sınırlı Yaklaşım

Ayrımcılık yasağı açısından uluslararası sözleşmelerde benimsenen yaklaşımlardan bir diğeri ise sınırlı yaklaşımdır. Konu bakımından sınırlı bir yaklaşım benimsendiği takdirde yalnızca ilgili düzenlemelerde yer alan hak ve özgürlükler açısından ayrımcılık yasağı güvence altına alınmaktadır. Sınırlı yaklaşımın önemli bir yönü ayrımcılık yasağının ihlaline dair iddiaların incelenmesinde ortaya çıkmaktadır. Sınırlı yaklaşım söz konusu olduğunda ayrımcı muameleye maruz kaldığını iddia edildiğinde söz konusu muamelenin hukuken korunan bir hak veya özgürlükle ilgili olması beklenmektedir. Bu durumda başlı başına bir hak veya

²⁸⁰ KKAOKK, 19 No’lu Genel Tavsiye, para. 6.

²⁸¹ KKAOKK, *A. T. v. Hungary*, Communication No. 2/2003, View, 26.01.2005, para. 9.2; *N.S.F. v. The United Kingdom*, Communication No. 10/2005, View, 12.06.2007, CEDAW/C/38/D/10/2005, para. 7.3.

²⁸² Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 228.

özgürlüğün ihlal edilmesi gerekirse de söz konusu muamelenin bir hak veya özgürlüğün maddi kapsamı içerisinde değerlendirilen bir konu olması gerekmektedir. Konu bakımından kapsam açısından açık uçlu yaklaşım benimsendiği durumda ise bu şekilde bir yükümlülük ortaya çıkmamaktadır ve ayrımcılık iddiasının dinlenmesi için bu yönde bir ön koşul bulunmamaktadır. Bu durumda doğrudan farklı muamelenin ayrımcılık oluşturup oluşturmadığına dair değerlendirmeye geçilebilmektedir.

Bazı sözleşmeler sadece belli bir alanda ayrımcılığı yasaklamıştır. Örneğin 111 No'lu ILO Sözleşmesi sadece istihdam ve meslek alanında ayrımcılığı yasaklarken, Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme eğitim alanında ayrımcılığı yasaklamıştır. EİHB'nin 2. maddesi, MSHS'nin 2. maddesi, ESKHS'nin 2. maddesi, ÇHS'nin 2. maddesi, AİHS'nin 14. maddesi, (GG)ASŞ'nin E maddesinde taraf devletler, herhangi bir ayrımcılık yapılmaksızın ilgili sözleşmelerde yer alan hakları temin etmekle yükümlü tutulmuştur. Bu sözleşmelerde ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamında bazı farklılıklar olmasına karşın,²⁸³ maddelerin ortak özelliği sadece ilgili sözleşmelerde yer alan haklar konusunda ayrımcılığı yasaklamış olmalarıdır. Ayrıca ayrımcılığı yasaklayan söz konusu maddeler kendi başlarına değil, sözleşmelerde yer alan diğer haklarla birlikte gündeme gelebilmektedir ve bu nedenle fer'i niteliktedir.

111 No'lu ILO Sözleşmesi yukarıda da ifade edildiği gibi istihdam ve meslek alanında ayrımcılığı yasaklamaktadır. Ancak bu kavramlar şemsiye kavram niteliğindedir ve bir dizi diğer konuyu daha kapsamaktadır. Bu konular Sözleşme'nin 1/3 maddesinde sayılmıştır ve mesleki eğitim görme, bir işe ve belli mesleklere girme ve istihdam süresi ve koşullarını kapsamaktadır. Maddenin kapsamı 111 No'lu İstihdam ve Meslek Bağlamında Ayrımcılığa Dair Tavsiye²⁸⁴ ile somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Tavsiye'nin 2/b maddesinde 111 No'lu ILO Sözleşmesi'nde yer alan ayrımcılık yasağının konu bakımından kapsamına, mesleki eğitim ve yerleştirme

²⁸³ Örneğin, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (American Convention on Human Rights) 1. maddesi ekonomik statü ifadesine de yer vermektedir. Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, **Belgeler/Cilt I**, s. 729-761. İngilizce metni için bkz, <http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm> (erişim:01.04.2012)

²⁸⁴ 111 No'lu İstihdam ve Meslek Bağlamında Ayrımcılığa Dair Tavsiye (Recommendation concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation), <http://www.ilo.org/ilolex/english/index.htm> (erişim:01.04.2012)

hizmetlerine erişim, eğitime ve kişilerin kendi istedikleri bir işe, söz konusu eğitim ve işe uygunluklarının gözetilerek erişim, bireysel özellikleri, deneyimleri, yetenekleri ve gayretlerine uygun biçimde terfi, iş güvencesi, eşit değerde işe eşit ödeme, çalışma ve dinlenme süreleri, ücretli yıllık izin, iş sağlığı ve güvenliği gibi çalışma şartları ve istihdam ile bağlantılı sosyal güvenlik önlemleri, refah hizmetleri ve sosyal yardımlar konularının girdiği kabul edilmiştir. Tavsiye'nin 2/d maddesinde ise işverenlerin işe alma, meslek içi eğitimde, terfide, iş ilişkisini sürdürmede veya çalışma şartlarının belirlenmesinde ayrımcılığa yol açmamaları veya sürdürmemeleri gerektiği vurgulanmıştır. Görüldüğü gibi 111 No'lu ILO Sözleşmesi'nde ayrımcılık yasağının konu bakımından kapsamı istihdam ve meslek alanına özgülenmekle birlikte genişlemiştir.²⁸⁵

ESKHS'nde başta ayrımcılık yasağını genel olarak düzenleyen 2. madde olmak üzere, kadın erkek eşitliğinin ekonomik, sosyal ve kültürel haklar açısından da vurgulandığı 3. madde, eşit işe eşit ücret ilkesinin düzenlendiği 7/4 maddesi, eğitim hakkının düzenlendiği 13. maddesi de ayrımcılığı yasaklamıştır. Sözleşme'nin 2. maddesi,MSHS'nin 26. maddesinin aksine veMSHS'nin 2. maddesi gibi, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükler açısından ayrımcılığı yasaklamaktadır ve bu nedenle fer'i niteliktedir.²⁸⁶ Ancak ESKHK, İnsan Hakları Komitesi'nin MSHS'nin 26. maddesi bağlamında ortaya koyduğu gibi, Sözleşme'de yer almayan bir hak veya Sözleşme'de yer almasına karşın bir hakkın kapsamına girmeyen bir konu bağlamında ayrımcılık yasağını değerlendirebilmektedir. Örneğin Komite yayınladığı 13 No'lu Genel Yorum'da özel eğitim kurumları açısından taraf devletlerin maddi destek sunma yükümlülüğü olmadığını ancak bu şekilde bir karar alındığı takdirde maddi desteğin ayrımcılık yapılmaksızın sağlanması gerektiğini belirtmiştir.²⁸⁷ Komite her ne kadar Sözleşme'de yer alan ayrımcılık yasağının konu bakımından kapsamının Sözleşme'de yer alan haklarla sınırlı olduğunu ifade etse de aşağıda da üzerinde durulacağı gibi AIHM'nin ayrımcılık yasağı ile uyguladığı ölçütlere benzer biçimde bir ölçüde esnek bir yaklaşım benimsemiştir. Komite'ye göre ayrımcılık

²⁸⁵ Benzer bir kapsam AB hukuku açısından 2000/78/EC sayılı Direktifi ile tanınmıştır.

²⁸⁶ Sepulveda, s. 380.

²⁸⁷ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 13, Article 13: The right to education, 08.12.1999, E/C.12/1999/10(bundan sonra "ESKHK, 13 No'lu Genel Yorum" olarak anılacaktır), para. 54, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

yasağının gündeme geldiği konunun Sözleşme’de yer alan hakların genel olarak kapsamı dâhilinde olması yeterlidir.²⁸⁸ Örneğin Sözleşme’de mülkiyet hakkına dair bir hakka yer verilmemiş olsa da kadınların mülk edinmesine yönelik getirilen sınırlamalar kadınların çalışma hakkını veya beslenme hakkını engelleyebildiği için ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilebilmiştir.²⁸⁹

AİHS’nin 14. maddesi yukarıda da belirtildiği gibi Sözleşme’de yer alan haklar açısından ayrımcılığı yasaklamaktadır ve bu nedenle fer’i niteliktedir. 14. madde bir eşitlik hakkına ya da Sözleşme’de yer almayan diğer haklarda da ayrımcılık yasağına yer vermemektedir.²⁹⁰ AİHM bu yaklaşımını ilk kararlarından bugüne kadar sürdürmüştür. Mahkeme bu durumu, “Sözleşme’nin 14. maddesi, Sözleşme’nin ve Protokollerin diğer maddi hükümlerini tamamlamaktadır. Sözleşme’nin 14. maddesinin bağımsız bir varlığı yoktur, çünkü sadece bu maddi hükümlerle korunan “hakların ve özgürlüklerin” kullanılmasıyla bağlantılı olarak bir sonuç doğurur. Sözleşme’nin 14. maddesinin uygulanması, bu maddi hükümlerin ihlal edilmiş olmasını zorunlu kılmasa bile ve bu çerçevede özerk bir anlama sahip olsa bile, tartışma konusu olaylar bir veya birden fazla maddi hükmün kapsamına girmedikçe, 14. maddeyi uygulama imkânı yoktur” şeklinde ifade etmiştir.²⁹¹ AİHS’nin 14. maddesinin bu şekilde bir yaklaşımla yorumlanması “ikinci sınıf” bir güvence olarak yorumlanmaktadır.²⁹² AİHS’nin 14. maddesinde yer alan düzenlemenin genel bir ayrımcılık yasağına göre daha dar bir yaklaşımı benimsediği ve AİHS ve Protokoller haricinde yer alan haklar dışında hangi hak ve özgürlükler için ayrımcılık yasağının geçerli olacağını taraf devletlere bırakmıştır.²⁹³ AİHM’nin kararları da göz önünde tutulduğunda AİHS’nin 14. maddesi ayrımcılıkla mücadele konusunda yetersiz kalabilmektedir.

AİHS’nin 14. maddesi bağımsız nitelikte bir madde olmadığı için öğretide “parazit madde” (parasitic article) olarak da anılmakta ve tali ve tamamlayıcı bir

²⁸⁸ Sepulveda, s. 381.

²⁸⁹ ESKHK, Nihai Tespitler, Senegal, E/C.12/1/Add.62, para. 15; Kamerun, E/1998/22, para. 327.

²⁹⁰ Arnadottir, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, s. 35-37.

²⁹¹ AİHM, *Rasmussen v. Denmark*, Application No.8777/79, Judgment, 28.11.1984, para 29.

²⁹² Wildhaber, s. 82.

²⁹³ Partsch, *Discrimination*, s. 575.

karakteri olduğu belirtilmektedir.²⁹⁴ Mahkeme içtihatlarında Sözleşme'nin 14. maddesinin, Sözleşme'nin ve Protokollerin diğer maddi hükümlerini tamamladığını, 14. maddenin bağımsız bir varlığının olmadığını, maddi hükümlerle korunan hakların ve özgürlüklerin kullanılmasıyla bağlantılı olarak bir sonuç doğuracağını ifade etmiştir. Mahkeme Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanmasında, maddi hükümlerin ihlal edilmiş olmasının zorunlu olmadığını ve 14. maddenin bu çerçevede özerk bir anlama sahip olsa bile, başvuru konusu olaylar bir veya birden fazla maddi hükmün kapsamına girmediği, 14. maddeyi uygulama imkânının olmayacağını belirtmiştir.²⁹⁵ Mahkeme'nin bu yaklaşımı 14. maddenin bağımsız olarak kullanılmayacağı ve Sözleşme'de yer alan diğer hak ve özgürlüklerle bir şekilde ilişki içerisinde olması gerektiğini göstermektedir.²⁹⁶ Ancak 14. maddenin bağımsız olmadığı ifade edilse dahi maddenin özerk bir karakteri olduğu ve Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerle birlikte gündeme gelmesine rağmen söz konusu hak ve özgürlüğün ihlal edilmesinin gerekmediği de içtihatlarda istikrarlı biçimde ortaya konulmuştur. Mahkeme'ye göre bir tasarruf kendi başına Sözleşme'deki hak ve özgürlüklere uygun olabilmesine rağmen ancak bu tasarruf 14. madde ile birlikte okunduğunda ayrımcı nitelikte olduğu gerekçesiyle Sözleşme'deki bir hakkı ihlal edebilir.²⁹⁷ Mahkeme'nin bu yaklaşımı konusunda farklı düşünceler ortaya çıkmıştır. Bir görüş, Mahkeme'nin bu yorumu ile 14. maddenin bağımsız nitelikli bir hak olarak kabul ettiğini belirtirken,²⁹⁸ diğer bir görüş Mahkeme'nin 14. maddenin ancak bir başka hak veya özgürlükle birlikte ileri sürülebileceğini belirterek bağımsız nitelikte bir hak olmadığını ortaya koyduğunu ifade etmektedir.²⁹⁹ Mahkeme'nin bugüne kadar ki içtihatları ilk görüşün haklılık taşımadığını ortaya koymuştur. AİHM'nin kararlarında her ne kadar AİHS'nde yer almayan hakların ayrımcılık yasağının getirdiği korumadan yararlanamayacağı

²⁹⁴ Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 1028; Gerards, *The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights*, s. 5.

²⁹⁵ AİHM, *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. The United Kingdom*, Application No.9214/80, Judgment 25.05.1985, para 71.

²⁹⁶ Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 1029.

²⁹⁷ AİHM, *Case 'Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium'*, Application Nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment, 23.07.1968, para. 9.

²⁹⁸ Dinstein, s. 20-21.

²⁹⁹ Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, s. 4.

sıklıkla vurgulanmış olsa da, Mahkeme'nin 14. maddeye bir ölçüde özerk bir karakterde yorumladığı söylenebilir.³⁰⁰ Ancak ilk kuşak hakları düzenleyen bir Sözleşme olarak sosyal haklar söz konusu olduğunda bu hakların konu bakımından 14. maddenin kapsamı dışında yer almaktadır.³⁰¹ AİHS sisteminde sosyal haklara oldukça dar bir çerçevede yer verilmiştir. Ekonomik ve sosyal haklar kapsamında değerlendirilebilecek olan haklar, mülkiyet hakkı³⁰² (Ek Protokol'ün 1. maddesi), eğitim hakkı³⁰³ (Ek Protokol'ün 2. maddesi) ve sendika hakkı³⁰⁴ (AİHS'nin 11. maddesi) ile sınırlıdır. Ancak AİHM zaman içerisinde verdiği bir dizi kararlar, elbette söz konusu kararların kendine özgü koşullarını da göz önünde tutarak, örneğin sosyal güvenlik hakkını, mülkiyet hakkı bağlamında,³⁰⁵ çalışma hakkını ise, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında³⁰⁶ değerlendirerek bu konuda daha esnek bir yaklaşımı benimsemiştir. Dolayısıyla AİHS'nin 14. maddesinin konu bakımından sağladığı koruma lafzi olarak sınırlı olsa da zaman içerisinde içtihatlarla konu bakımından kapsamın genişletildiği söylenebilir. Ancak bu esnek yaklaşımın varlığına karşın ekonomik ve sosyal hakların koruma alanına sokulduğunun söylenmesi mümkün değildir ve bu nedenle aşağıda görülecek AİHS/Protokol No. 12 ayrımcılık yasağının sağladığı korumanın güçlendirilmesi açısından oldukça önemli bir adım olmuştur.

AB hukukunda ayrımcılık yasağına dair düzenlemeler konu bakımından sınırlı bir yaklaşımı ortaya koymaktadır. Hatta yukarıda üzerinde durulan uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile karşılaştırıldığında konu bakımından en sınırlı

³⁰⁰ Edel, s. 21.

³⁰¹ Craven, s. 179.

³⁰² AİHS kapsamında mülkiyet hakkı için bkz, H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yay., İstanbul, 2009. Mülkiyet hakkı ve ayrımcılık yasağı ilişkisi ile ilgili bkz, Ali Rıza Çoban, **Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights**, Ashgate, England, 2004, s. 235-244; Ali Rıza Çoban, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı (14. Madde) ve Mülkiyet Hakkı (P1-1) Açısından Uygulanması*, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yay., İstanbul, 2004, s. 243-260.

³⁰³ AİHM, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007; *Orsus and Others v. Croatia*, Application No.15766/03, Judgment, 16.03.2010.

³⁰⁴ AİHM, *Danilenkov and Others v. Russia*, Application No.67336/01, Judgment, 30.07.2009.

³⁰⁵ AİHM, *Gaygusuz v. Austria*, Application No.17371/90, Judgment, 16.09.1996; *Stec and Others v. The United Kingdom*, Application No.33985/96, Judgment, 12.04.2006, *Luczak v. Poland*, Application No.77782/01, Judgment, 27.11.2007.

³⁰⁶ AİHM, *Sidabras and Dziutas v. Lithuania*, Application No.55480/00, 59330/00, Judgment, 27.07.2004; *Rainys and Gasparavicius v. Lithuania*, Application No.70665/01; 74345/01, Judgment, 07.04.2005; *Bigaeva v. Greece*, Application No.26713/05, Judgment, 28.05.2009.

düzenlemeler AB hukukuiçinde ortaya çıkmıştır. Ayrımcılık yasağı konulu AB direktiflerinin kapsamı istihdam, mal ve hizmetlere erişim ve sosyal refah adı verilebilecek bir alanı kapsamaktadır. 2000/43/EC sayılı Direktif tüm sayılan tüm konuları içerirken, cinsiyet eşitliği ile ilgili Direktifler istihdam, mallar ve hizmetlere erişim, 2000/78/EC sayılı Direktif ise yalnızca istihdam konusunuiçermektedir. Dolayısıyla fiilen farklı ayrımcılık temelleri için farklı konulardakoruma gündeme gelmiştir.

2000/43/EC sayılı Direktif ile AB üyesi ülkelere istihdam, eğitim, sağlık, barınma, sosyal koruma, sosyal yardım ile mallara ve hizmetlere erişimi de kapsayan bir dizi alanda ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılığı yasaklama yükümlülüğü getirilmiştir. Direktif, istihdama, serbest mesleğe ve mesleğe erişim; mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve meslek içi eğitime erişim; işten çıkarma ve ücret de dâhil istihdam ve çalışma koşulları; işçi veya işveren örgütlerine ya da profesyonel örgütlere üyelik; eğitim; sosyal güvenlik ve sağlık hizmetleri de dâhil sosyal koruma, sosyal avantajlar ve barınma da dâhil kamuyaarz edilen mal ve hizmetlere erişim alanlarında ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Direktif, yukarıda da belirtildiği gibi çok geniş bir alanda koruma sağlamaktadır.

2000/78/EC sayılı Direktifi ise, ayrımcılığın kişi bakımından kapsamını 2000/43/EC sayılı Direktif'e göre daha geniş tutmakla(din veya inanç, yaş, engellilik ve cinsel yönelim) birlikte konu bakımından kapsamını istihdam alanına özgülemiştir. Direktif istihdama, serbest mesleğe ve mesleğe erişim; mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve meslek içi eğitime erişim; işten çıkarma ve ücretler de dâhil olmak üzere istihdam ve çalışma koşulları; işçi, işveren örgütleri ile profesyonel örgütlere üyelik konularında ayrımcılığı yasaklamıştır. Görüldüğü gibi Direktif'in kapsamı her ne kadar istihdam olarak ifade edilse de, istihdam alanının kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Ayrıca ABAD kararları ile bu alanın kapsamı daha da genişletilmiştir. ABAD kararlarıyla işyeri kreşlerinin sağlanması, çalışma süresinin azaltılması, işten çıkarma ile ilgili gönüllü ayrılma, zorunlu emeklilik gibi tüm durumlar, herhangi bir biçimde çalışma karşılığı yapılan ödemeler, indirimli tren

seyahati, yurtdışı ödenekleri, yılbaşı ikramiyeleri, emekli aylıklarında hâl işle bağlantılı bütün haklar gibi konular istihdam kapsamında değerlendirilmiştir.³⁰⁷

Yukarıda üzerinde durulan uluslararası sözleşmeler ve AB hukundaki düzenlemeler değerlendirildiğinde insan hakları konulu uluslararası sözleşmelerin ayrımcılığın konu bakımından kapsamını açık uçlu veya sınırlı biçimde düzenlediği görülmektedir. Ancak sınırlı şekilde düzenleme getiren uluslararası sözleşmelerde ilgili denetim organlarının içtihatlarla kapsamını bir ölçüde genişlettiği görülmektedir. Bu durum bir anlamda ayrımcılık yasağının etkili bir şekilde hayata geçirilmesi için konu bakımından kapsamının mümkün olduğunca geniş tutulması gerekliliğinin kabulü anlamına gelmektedir. Dolayısıyla yapılacak yasal düzenlemelerin bu konuda en geniş çerçevede bir koruma öngörmesi gerekmektedir.

C.Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağının Konu Bakımından Kapsamı

1. Anayasa

1982 Anayasası'nın eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına yer veren 10. maddesi, daha önce de belirtildiği gibi öncelikle "kanun önünde eşitlik" konusunu düzenlemiştir. Ancak maddede metninde yer alan "kanun" ifadesinin "hukuk" şeklinde geniş anlaşılması gerekir. Bu şekilde bir yorumla yalnızca yasal düzenlemeler değil, Anayasa'da yer alan diğer hak ve özgürlükler bağlamında da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı gündeme gelebilecektir. Böylece Anayasa'da konu bakımından bir sınır bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Anayasa'nın başka maddelerinde de farklı konularla ilgili olarak ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler söz konusudur. 68. maddede yer alan siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinin eşitlik ilkesine aykırı olamayacağına dair yasak, 70. madde yer alan kamu hizmetlerine girme hakkı açısından ayrımcılık yasağı bu düzenlemelere örnek niteliğindedir. İşe alım sürecinde kamu görevlileri açısından gündeme gelecek olan

³⁰⁷ Bu konuda örnek ABAD içtihatları için bkz, **Handbook on European Non-discrimination Law**, European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2011, s. 66-67.

düzenleme Anayasa'nın 70. maddesidir. Anılan madde "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka, hiçbir ayırım gözetilemez."

Toplum içinde genel ve ortak gereksinimlerin giderilmesine yönelik kamu hukuk tüzel kişileri veya kuruluşları tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri tarafından, kamu yararını sağlamak için gerçekleştirilen kamuya arzedilmiş devamlı nitelikteki etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmeti³⁰⁸ bakımından Türk hukukunda geçerli olan bir ilke de eşitlik ilkesidir. İdarenin kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı, eşit durumdakilere eşit, farklı konumdakilere farklı biçimde sunulmak durumunda olduğu belirtilmiştir.³⁰⁹ Hatta endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinde idarenin gerekli koşulları yerine getirerek hizmetten yararlanmak isteyenlerle sözleşme yapma yükümlülüğünün mevcut olduğu ifade edilmektedir.³¹⁰ Dolayısıyla kamu hizmeti niteliğindeki tüm hizmetlerde ayrımcılık yasağının geçerli olduğu ve Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde bir yükümlülüğün ortaya çıktığı kabul edilmiş olmaktadır. Burada belirtilen kamu hizmeti kavramı geniş anlaşılmalıdır. Anayasa Mahkemesi bu kavramı "en geniş tanımına göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir".³¹¹ Bu karara göre sadece doğrudan devlet tarafından yürütülen değil devletin gözetiminde özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından yürütülen kamu hizmetlerinde de eşitlik ilkesi geçerli olmaktadır. Dolayısıyla eğitim, sağlık, ulaşım gibi sektörlerde, hizmetin kimin tarafından yerine getirildiğinin bir önemi bulunmamaktadır ve devletin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Danıştay kararlarında da eşitlik ilkesi bağlamında değerlendirme yapılmakta ve Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesi ile ilgili yaklaşımı somut olaylara uygulanmaktadır.³¹²

³⁰⁸ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul Tercüme ve Neşriyat Bürosu, İstanbul, 1952, s. 13. Kamu hizmeti kavramı hakkında ayrıntılı açıklama için bkz, Özay, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 223. v.d.

³⁰⁹ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 241.

³¹⁰ A. Şeref Gözübüyük; Turgut Tan, **İdare Hukuku, Cilt 1**, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 667.

³¹¹ AYM, E. 1994/43, K. 1994/42-2, K.t. 09.12.1994

³¹² Örnek Danıştay kararları için bkz, Gözübüyük; Tan, **İdare Hukuku, Cilt 1**, s. 667-668.

Yukarıda belirtilenler ışığında Anayasa'nın 10. maddesi ile birlikte ayrımcılığın konu bakımından kapsamı açısından bir sınırlama olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla Anayasa açısından geniş açık uçlu yaklaşımın benimsendiği tespiti yapılabilir.

2. Kanunlar

a. Ceza Hukuku

Türk hukukunda ayrımcılığın konu bakımından kapsamı noktasında gündeme gelen ilk düzenleme ayrımcılık suçudur. Bu suç sırf hareket suçudur ve suç “engelleme”, “işe alınma veya alınmama”, “reddetme” hareketlerinin gerçekleşmesi ile tamamlanır.³¹³TCK'nun 122. maddesi bazı hareketleri ayrımcılık suçu olarak kabul etmiştir. Maddede yer alan ayrımcılık suçu birden fazla hareketle gerçekleşebileceği için seçimlik hareketli bir suçtur. Failin, madde metninde belirtilen nedenleri gözeterek hareketleri gerçekleştirmesi aranmaktadır.³¹⁴

Ayrımcılık suçunda yer alan seçimlik hareketlerden ilki belirtilen sebeplerle ayırım yaparak “taşınır veya taşınmaz malın devrini engellemektir”. Bu duruma örnek olarak madde belirtilen özelliklerden birini taşıyan kişinin kamuya açık müzayedeye alınmaması, ihaleye katılmasının engellenmesi gibi hareketler verilebilir.³¹⁵ Bir başka örnek ise kişinin kendisine ait bir malı dilediği kişiye satma özgürlüğü söz konusu iken, malını madde metninde belirtilen özellikleri taşıyan bir kişiye satmaması veya devretmemesi halidir. Bu durumda da ayrımcılık suçu oluşacaktır.

Ayrımcılık suçunda belirtilen bir diğer seçimlik hareket, “bir hizmetin icrasının veya bu hizmetten yararlanmanın engellenmesidir”. Bu duruma örnek olarak ise özel bir işletmenin metinde yer alan sebeplerle engellenmesi veya sunulan hizmetten sadece belirli özelliklere sahip kişilerin yararlanmasına izin verilmesi verilebilir. Bu engellenmenin zorlaştırma şeklinde de gerçekleşmesi mümkündür. Gerek yukarıdaki gereksebu paragrafta belirtilen hareketlerin hem icrai hem de

³¹³ Yenidünya, s. 107.

³¹⁴ Hareketlerle ilgili geniş bilgi için bkz, Özbek, s. 826 vd; Artuk; Gökçen; Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 3029 vd.; Yenidünya, s. 107 v.d.

³¹⁵ a.g.e.,s. 107.

ihmali olarak gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir.³¹⁶ Bir diğer husus ise her iki durumda sadece engellenmenin öngörülmüş olmasıdır. Başka bir deyişle somut durumda taşınır veya taşınmaz malı devretmeyen veya hizmeti icra etmeyen kişi değil bu durumu engelleyen kişi cezalandırılacaktır. Bu sebeplerle her iki seçimlik hareketin düzenlenişi sonucunda maddenin oldukça dar alanda uygulanması mümkün gözükmektedir.

Ayrımcılık suçunun düzenlemesinde yer alan üçüncü hareket ise, “kişinin işe alınması veya alınmamasını” içermektedir. Burada maddede yer alan özelliklerden dolayı bir kişi ayrımcılığa uğrayarak işe alınmamakta veya sadece belli özelliklere sahip kişi işe alınmaktadır. Bu hareket ile İş Kanunu’nun 5. maddesinde belirtilen ve iş sözleşmesinin geçerli olduğu dönemde ayrımcılığı yasaklayan düzenlemenin iş sözleşmesinin kurulması öncesi düzenlenmiş olmaktadır ve cezai yaptırım öngörülmektedir. Örneğin kadın ya da erkek fark etmeksizin herkesin yapabileceği bir iş için sadece erkeklerin veya sadece kadınların alınması bu anlamda bir suç oluşturacaktır. Düzenleme bu anlamda ayrımcılık yasağı açısından olumlu kabul edilebilir. Maddede işe alınma veya alınmama açısından ayrımcılık yasaklanmıştır. İşe alınma fiilinin geniş yorumlanarak kamu görevlilerini de kapsamı mümkün gözükmektedir.³¹⁷

Maddede yer alan dördüncü seçimlik hareket ise “besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilen bir hizmeti yapmamak”tır. Daha önceki düzenlemenin aksine burada engelleyen kişi değil, bizzat “vermeyen” veya “yapmayan” kişi cezalandırılmaktadır. Bu hareketler ihmali nitelik taşımaktadır. Bu hareketlere örnek olarak bazı özelliklere sahip kişilere yiyecek satılmaması, hastaneye alınmaması verilebilir.³¹⁸

Ayrımcılık suçu bakımından madde yer alan son seçimlik hareket ise “bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek”tir. Bu hareketin icrai veya ihmali gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin bir kişinin işyerinin kapatılması, işten çıkarılması, bir kişiye gerekli izinlerin verilmemesi suçun oluşması için yeterli olacaktır. Bu hareketlerin lafzi düzenlemesi oldukça farklı yorumlara

³¹⁶ a.g.e., s. 109.

³¹⁷ Mesut Gülmez, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Belediye-İş Sendikası Yay., Ankara, 2009, s. 663.

³¹⁸ Yenidünya, s. 109.

yolaçabilecek niteliktedir ve bir açıklık taşımamaktadır. Bu durum “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” açısından eleştirilmiştir.³¹⁹ Maddenin gerekçesinde bu hareketle ilgili herhangi bir vurgu bulunmamaktadır. Ancak parasalyarar sağlanmasına dayanan her türlü alışveriş veya sözleşme ilişkisiolağan ekonomik etkinlik olarak değerlendirilebileceği³²⁰ veya mal veya hizmet üretmek veya üretime bir şekilde katılmak ya da mal ve hizmet tüketmek olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.³²¹

Madde metninde öngörülen hareketler bir bütün olarak değerlendirildiğinde madde kapsamının oldukça dar ve sadece belli hareketlerle sınırlı tutulmuş olduğu göze çarpmaktadır. Madde ayrımcılık yasağı gibi toplumsal yaşamın her alanında karşılaşılan bir olgu ile mücadele açısından yetersizdir. Maddenin konu bakımından kapsam açısından olumlu yönü, kamuya arz edilmiş hizmetlere dair ifadenin sosyal güvenlik, sosyal yardım ve eğitim gibi alanlarda hizmetlere erişim ve hizmetlerin sunumunda ayrımcılığı yasaklamış olmasıdır. Olumsuz yönü ise, istihdam alanında yalnızca işe alım süreci madde kapsamındadır ve çalışma şartları, ücret, mesleki rehberlik, mesleki eğitim, ileri mesleki eğitim, meslek içi eğitim, işten çıkarılma, çalışanların kurdukları örgütlere üyelik gibi konuların kapsam dışı kalmasıdır. Ayrıca barınma hakkına dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır ve mallara erişim alanında oldukça sınırlı bir şekilde, yalnızca besin maddelerine gönderme yapılmıştır.

Yasa koyucunun ayrımcılıkla ilgili bir ceza hukuku normu oluşturması takdir yetkisi dâhilindedir. Ancak aşağıda belirtileceği üzere madde kapsamının bazı hareketlerle sınırlanması yerine genel bir düzenleme yapılması ya da ayrımcılık yasağının ceza hukukunun konusu olmaktan çıkarılması daha tutarlı olacaktır. Yasalarımızda ilk kez ayrımcılık suçu şeklinde bir suç düzenlenmiştir ve madde metninde sadece bazı hareketlerin suç sayılmış olması ve toplumsal yaşam içerisinde karşılaşılabilecek diğer birçok durumun kapsam dışında tutulmuş olması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Maddenin yürürlükte olan halinin yukarıda belirtilen

³¹⁹ Şen, s. 515.

³²⁰ Meran, s. 422.

³²¹ Yaşar; Gökcan; Artuç, s. 3864.

nedenlerden dolayı uygulamada gündeme gelmesi oldukça zordur ve beklenen faydayı sağlamaktan uzaktır.

Ceza hukuku alanında bir diğer düzenleme TCK'nun 105. maddesinde yer alan cinsel taciz suçudur. Aşağıda üzerinde daha ayrıntılı durulacağı üzere cinsel taciz günümüzde ayrımcılığın bir biçimi olarak kabul edilmektedir. 105. maddede cinsel taciz oluşturan davranışın gerçekleştirilebileceği yerler ve davranışı gerçekleştirebilecek kişiler açısından bir sınırlama getirmemiştir. Bu noktada davranışın gerçekleştirildiği yer bir işyeri, okul, hastane, dernek vb. olabilmektedir. TCK'nun 122. maddesinin aksine burada daha esnek bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.

b. Medeni Hukuk

Çok kapsamlı bir şekilde toplumsal ilişkileri düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nda derneklerle ilgili olan maddeler arasında yer alan 68. madde dernek faaliyetleri kapsamında ayrımcılığı ortadan kaldırma amacını taşımaktadır. Ancak maddenin kapsamı sadece bir derneğe üye olan kişiler arasında ayrımcılığı yasaklamaktadır. Ayrımcı faaliyetleri hedefleyen derneklerin kuruluşunu ya da bu şekilde faaliyetler yürüten derneklerin faaliyetlerini yasaklamamaktadır. Kanun'da derneklerin ayrımcılık yasağına aykırı faaliyet yürüttüğü durumda da herhangi bir yasak veya yaptırım öngörülmemiştir. Aynı durum Dernekler Kanunu açısından da söz konusudur ve ırkçılık veya ırk ayrımcılığı amacıyla dernek kurulması veya bu yönde faaliyet yürütülmesini yasaklayan veya yaptırıma başlayan bir düzenleme içermemektedir.

Türk Medeni Kanunu'nda 68. madde haricindeki yegâne düzenleme 9. maddede yer almıştır. Fiil ehliyeti kavramını düzenleyen maddeye göre "Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler." Kanunda bu düzenleme haricinde ayrımcılık yasağı kapsamında herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda da ayrımcılık yasağına dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu iki temel kanun başta olmak üzere medeni hukuk alanında ayrımcılık yasağına çeşitli düzeylerde yer verilmesi gerekmektedir.

c.Bireysel ve Toplu İş Hukuku

Türk hukukunda istihdam alanında ayrımcılıkla ilgili kapsamlı düzenlemeler söz konusudur. İş sözleşmesi ile çalışanlar bakımından İş Kanunu, kamu görevlileri açısından Devlet Memurları Kanunu çeşitli düzenlemeler içermektedir. İstihdam alanında konu bakımından işe alım süreci, işin devamı süreci ve iş sözleşmesinin sonlandırılması süreci olmak üzere üç ayrı aşamada farklı düzenlemeler söz konusudur.

İşçiler açısından ilk olarak İş Kanunu'nun 5. maddesi ayrımcılığı yasaklamıştır. İş Kanunu'nun 1. maddesine göre, "...Kanun, 4 üncü maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır."Ancak Kanunun 4. maddesinde bir dizi istisnaya yer verilerek Kanun'un kapsamı sınırlanmıştır. Maddede, "Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz; a) Deniz ve hava taşıma işlerinde, b) 50'den az işçi çalıştırılan (50 dâhil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde, c) Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri, d) Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dâhil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde, e) Ev hizmetlerinde, f) İş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere çıraklar hakkında, g) Sporcular hakkında, h) Rehabilite edilenler hakkında, ı) 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde. Şu kadar ki; a) Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri, b) Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler, c) Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işler, d) Tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri, e) Halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri, f) Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler, Bu

Kanun hükümlerine tabidir.”³²² Görüldüğü gibi çok sayıda istisna madde metninde yer almıştır.

Kanun’da bu şekilde istisnalara yer verilmesi 5. maddenin sağladığı korumadan yararlanacak kişilerin kapsamını da daraltmaktadır. Ayrıca Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’nda 5. maddeye benzer bir düzenleme yer almamaktadır. İş Kanunu’nun genel nitelikte bir kanun olmamasından ve bu kanunlarda hangi durumlarda İş Kanunu’nun uygulanacağına istisnai olarak sayılmasından dolayı İş Kanunu’nun 5. maddesinin bu iki kanun kapsamındaki kişilere uygulanamayacaktır.³²³ Bu nedenle istisnaların korunmakla birlikte Kanunun 5. maddesinin uygulama alanının İş Kanunu kapsamı dışındatutulmuş iş ilişkilerinde de geçerli olacağı şeklinde bir düzenleme getirilmesi ihtiyacı söz konusudur. Bu duruma örnek olarak ise İş Kanunu’nun 39. maddesinde yer alan Kanunun kapsamına giren veya girmeyen her türlü işçi için geçerli olan asgari ücret düzenlemesi verilmiştir. Bu istisnanın 5. madde açısından da tanınması önerilmiştir.³²⁴ Anayasa’nın 10. maddesinin İş Kanunu’nun kapsamına bakılmaksızın her türlü iş ilişkisinde uygulanabilir olduğu vurgulanmıştır.³²⁵ Ancak yine de İş Kanunu’nda belirtilen biçimde açık bir düzenleme yapılması olumlu olacaktır.

(1) İşe Alım

İş Kanunu bağlamında gündeme gelen bir konu ise iş sözleşmesinin kurulmasından önceki aşama, başka bir deyişle işe alım sürecidir. Bu noktada sözleşme özgürlüğüne ağırlık tanıyarak işverenin dilediği işçiyi işe alabileceğini ve ayrımcılık yasağının gündeme gelebilmesi için öncelikle bir iş ilişkisinin ortaya çıkması gerektiğini savunan yazarlar mevcuttur.³²⁶ Kanunun 5. maddesinde “iş ilişkisi” ifadesine yer verilmiştir. Bu noktada “iş sözleşmesi” ifadesi yerine böyle bir

³²² İş Kanunu’nun kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Beta Yay., İstanbul, 2009, s. 197 vd.

³²³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, s. 291-292.

³²⁴ Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, s. 240.

³²⁵ a.g.e., s. 241; Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, s. 291.

³²⁶ Sarper Süzek, *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 12, İstanbul, 2008, s. 27; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, s. 34; Öner Eyrenci; Savaş Taşkent; Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, Legal Yay., İstanbul, 2006, s. 143-144.

ifadenin tercih edilmesi, işe alım sürecinde de ayrımcılığın yasaklandığı düşüncesini akla getirmektedir. Nitekim maddenin gerekçesinde yer alan “İşveren işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma, bu arada cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü...” ifadesi³²⁷ ayrımcılık yasağının yalnızca iş sözleşmesi ile değil öncesinde de gündeme geldiği düşüncesini desteklemektedir. Hatta bu noktada “iş ilişkisi” ifadesinin yalnızca bireysel iş sözleşmeleri değil, toplu iş sözleşmelerini de kapsadığı ve bu nedenle toplu iş sözleşmelerinde de ayrımcılık yasağının ihlal edilemeyeceği belirtilmiştir.³²⁸

Ancak işe alım sürecinin maddenin koruma alanı dışında olduğunu savunan görüşler de söz konusudur. İş ilişkisinin bu ilişkinin kurulmasından sonrasını kapsadığı ve maddenin ilk fıkrasında “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” denildiği için gündeme gelecek yaptırımın da iş ilişkisinin doğmasının ardından gündeme gelebileceği belirtilmiştir. Yine İş Kanunu’nun 5/6 maddesinde “iş ilişkisi veya sona ermesinde” ayrımcılık yapıldığı durumda uygulanacak yaptırım düzenlenmiştir. Bu iki ifade dolayısıyla ayrımcılık yasağının işe alım sürecinde gündeme gelmeyeceği ifade edilmiştir.³²⁹ Yargıtay da “...İşverence işe almada eşit davranma borcu, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5/3 maddesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırım yapmamayı ifade eder. Başka bir anlatımla, işe başvuranlar arasında cinsiyet ve gebeliğe bağlı olarak ayırım yapılması yasaklanmıştır...” diyerek işe alım sürecinde ayrımcılık yasağının yalnızca cinsiyet ve hamilelik ile sınırlı olduğu görüşünü benimsemiştir.³³⁰ Yargıtay örneğin aynı gerekçe ile haklı nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçilerden bazılarının daha sonra tekrar işe alınmasını İş Kanunu’nun 5. maddesine aykırı bulmamıştır.³³¹

Bu iki farklı görüşün varlığına karşılık İş Kanunu’nun 5. maddesi, Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesi ve Özürlüler Kanunu’nun 14. maddesinde sırasıyla cinsiyet, sendika üyeliği ve engellilik temelinde ayrımcılık yasaklanmış

³²⁷ İş Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/534), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm> (erişim:01.04.2012)

³²⁸ Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, s. 243.

³²⁹ Süzek, *İş Hukuku*, s. 403.

³³⁰ Yargıtay 9. HD, E. 2008/32183, K. 2009/7045, K.t. 17.03.2009.

³³¹ Yargıtay HGK, E. 2009/9-485, K. 2009/598, K.t. 23.12.2009.

durumdadır.³³² İş Kanunu'nun 5. maddesinin metninde yer alan "İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz." ifadesi ile işe alım sürecinde yalnızca cinsiyet temelinde ayrımcılık yapılamayacağı görüşü savunulmaktadır. Burada örneğin işverenin işin niteliği haklı göstermedikçe sırf hamile olduğu gerekçesiyle bir kadın işçi ile iş sözleşmesi yapmaktan kaçınmayacağı ifade edilmiştir.³³³ Ancak yukarıda belirtilen nedenlerle bu durumun diğer ayrımcılık temelleri bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir. Anayasa'nın 10. maddesinin bir gereği olarak İş Kanunu'nda yer alan ayrımcılık yasağının işe alım sürecinde de geçerli olması gerekmektedir.³³⁴ Başka bir gerekçe olarak ise kanun koyucunun Kanunun 5. maddesinde özensiz biçimde hareket ettiğini, ancak daha sonra kabul edilen Türk ceza Kanunu'nun 122. maddesi ile işe alım aşamasında ayrımcılığın cezai yaptırıma bağlandığı ve bir yandan işe alımda ayrımcılığın suç sayılırken, diğer yandan İş Kanunu'nda ayrımcılık yasağını işe alım sürecinin ardından başlatılmasının düşünülemeyeceği vurgulanmıştır.³³⁵ Aksi bir yorum ayrımcılık yasağının sağladığı korumanın kapsamını daraltılması ve istihdama erişim açısından dezavantajlı grupların bu durumunun sürmesine yol açacaktır. Bu noktada işe alım sürecinde de ayrımcılığın yasaklanması yalnızca yorumla ortaya konulmaması ve madde metninde bu yönde bir değişikliğe gidilerek konunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.³³⁶

İşe alım süreci ile ilgili diğer iki yasal düzenlemeden ilki olan Sendikalar Kanunu'nun 31/1 maddesinde, işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri ya da belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri koşuluna bağlı tutulamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme sendika üyeliği temelinde ayrımcılık yasağının işe alım sürecinde geçerli olduğunu açıklıkla ortaya koymaktadır.

³³² Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, s. 67; Şükran Ertürk; İlke Gürsel, *İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi*, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 1, Beta Yay., İstanbul, 2011, s. 439.

³³³ Süzek, *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, s. 27.

³³⁴ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, s. 24; Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 68.

³³⁵ Gül, s. 303.

³³⁶ Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, s. 171.

İşe alım sürecinde ayrımcılığın yasaklandığı son düzenleme ise Özürlüler Kanunu'nun 14. maddesinde yer almıştır. Madde metninde “İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürlülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz...” ifadelerine yer verilmiştir. Bu düzenleme İş Kanunu'nun 5. maddesine göre daha ayrıntılı ve yoruma gerek bırakmayacak şekilde işe alım sürecini içerecek şekilde kaleme alınmıştır.³³⁷ Özürlüler Kanunu'nun 13. maddesinin “Özürlülerin yeteneklerine göre mesleğini seçme ve bu alanda eğitim alma hakkı kısıtlanamaz” ifadesine yer vererek ayrımcılık yasağını işe alım sürecinin öncesine çekmiştir. Türk hukukunda işe alım sürecinde açık biçimde yalnızca cinsiyet, engellilik ve sendika üyeliği temelinde yasaklanmış durumdadır. Diğer tüm ayrımcılık temelleri bakımından da açık bir düzenlemeye yer verilmesi olumlu olacaktır.

Yukarıda bahsedilen işe alım süreci ile ilgili bahsedilebilecek son düzenleme ise TCK'nun 122. maddesinde yer alan ayrımcılık suçudur. TCK'nun 122. maddesine göre, “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan... Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.” Bu düzenleme ışığında yukarıda belirtilen üç ayrımcılık temelinde öngörülen hukuki yaptırımlar yanında³³⁸ tüm ayrımcılık temellerinde işe alım sürecinde ayrımcılık yasaklanmış ve cezai yaptırım öngörülmüştür.

(2) İş İlişkisinin Devamı

İş Kanunu'nun 5. maddesinin iş ilişkisinin devamı sırasında uygulama alanı bulacağı şüphesizdir. Bu noktada ücret, ikramiye, sosyal yardımlar, disiplin gibi konularda ayrımcılık yapılması mümkün değildir.³³⁹ Yine Özürlüler Kanunu'nun 14. maddesinde “...Çalışan özürlülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özrüyle ilgili

³³⁷ Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 68.

³³⁸ Bu yaptırımlara aşağıda yaptırımlar başlıklı bölümde ayrıntılı olarak değinilecektir.

³³⁹ Süzek, *İş Hukuku*, s. 404.

olarak diğerk kişilerden farklı muamelede bulunulamaz...” ifadelerine yer verilmiştir. Böylece istihdam ilişkisinin devamı süresince engellilik temelinde ayrımcılık yasaklanmış olmaktadır.

Kamu görevlileri bakımından ise Devlet Memurları Kanunu’nun 7. maddesine göre devlet memurları, “...görevlerini yerine getirirlerken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar.” Ayrıca aynı kanunun 10. maddesinde “Amir durumunda olan devlet memurlarının görev ve sorumlulukları” başlığı altında “Amir, maiyetindeki memurlara hakkaniyet ve eşitlik içinde davranır” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeler ışığında kamu görevlileri açısından iş ilişkisinin devamı sırasında da ayrımcılığın yasaklandığı söylenebilir.

Sendikal temelde ayrımcılık noktasında Sendikalar Kanunu’nun 31/3 maddesinde “İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğerk hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz.” denilmiştir. Bu sayılanlar oldukça geniş bir kapsamda iş ilişkisi sürecinde sendika üyeliği temelinde ayrımcılığı yasaklamıştır. Ayrıca belirtilen konular sınırlı sayıda değil açık-uçlu biçimde sayılmıştır. Sendikal faaliyetlerle ilgili olarak ise aynı maddenin beşinci fıkrasında, “İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar.” ifadesine yer verilmiştir. Bu hükümler işyerinde ve işyeri dışında her türlü sendikal faaliyeti kapsamakta ve güvenceden yararlanma sendika üyesi olup olmama haline bağlı bulunmamaktadır.³⁴⁰ Benzer durum Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu İş Sözleşme Kanunu’nun 18. maddesi ile “Kamu işvereni kamu görevlileri arasında sendika üyesi olmaları veya olmamaları nedeniyle bir ayırım yapamaz.” denilerek kamu görevlileri açısından da düzenlenmiştir.

³⁴⁰ Melda Sur, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 46.

Sendikalar Kanunu yalnızca sendika üyeliğini değil belli koşullar çerçevesinde sendikal faaliyetleri de koruma altına almıştır.

(3) İş İlişkinin Sona Ermesi

İstihdam alanında iş sözleşmesinin sona erdirilmesi aşamasında İş Kanunu'nun 5. maddesinin gündeme gelip gelmeyeceği noktada işe alım sürecinde olduğu gibi farklı görüşler söz konusudur.³⁴¹ Bu görüşler işverenin iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde serbest davranabileceği ancak bu serbestinin mutlak olmadığı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlı olduğu ve işverenin iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde 5. madde ile bağlı olduğu şeklinde sınıflandırılabilir.³⁴² İş sözleşmesinin feshinde ayrımcılığın yasaklandığını savunan görüş, Anayasa'nın 10. maddesi, İş Kanunu'nun 5. maddesi ve yine İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan "Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak", "İşyeri sendika temsilciliği yapmak..." ve "...İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler" in geçerli fesih nedeni oluşturmayacağı düzenlemesinin iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılığı yasakladığını ifade etmektedir.³⁴³ Ayrıca 5. maddede yer alan "...İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir..." şeklindeki yaptırım, ayrımcılık yasağının iş sözleşmesinin sona ermesi sırasında da geçerli olduğunu ortaya koymaktadır. İş sözleşmesinin sona erdirilmesinde işçiler arasında ayrımcılık oluşturacak şekilde farklı muamele yapılması mümkün değildir.³⁴⁴

³⁴¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Yıldız, *İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 837 v.d.; Ulaş Baysal, *İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması*, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt 7, Sayı 25, İstanbul, Nisan 2010, s. 60 v.d.; Fatih Uşan, *İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?*, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt 2, Sayı 8, İstanbul, 2005, s. 1624 v.d.; Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 68 v.d.; Süzek, **İş Hukuku**, s. 408 v.d.

³⁴² Süzek, **İş Hukuku**, s. 408.

³⁴³ a.g.e., s. 409; Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, s. 257 v.d.

³⁴⁴ Süzek, **İş Hukuku**, s. 411.

Sendikalar Kanunu iş ilişkisinin sona erdirilmesi aşamasında da sendika üyeliği temelinde ayrımcılığı yasaklamıştır. Kanunun 31/3 maddesine göre işveren sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, "...çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz." ve 31/5 maddesine göre "İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar."

Türk hukukunda ayrımcılığın konu bakımından kapsamı açısından üzerindedurulacak son düzenleme Özürlüler Kanunu'dur. Kanunun 14. maddesinde, yukarıda ilgili bölümlerde ifade edildiği, işe alım sürecinden başlayarak iş ilişkisinin her aşamasında ayrımcılık yasaklanmıştır. Ayrıca Türk hukukunda yalnızca engellilik temelinde olmak üzere, engellilerin yeteneklerine göre mesleğini seçme ve mesleki eğitime ve mesleki rehabilitasyona erişim hakkı tanınmıştır.

Türk hukukunda yukarıda belirtildiği gibi büyük ölçüde istihdam alanında ve iş ilişkisi ile sınırlı bir ayrımcılık yasağı söz konusudur. İstihdam alanında ayrımcılığın diğer yasaklandığı konulara da yer verilmelidir. Kamu hizmetlerinde ve mal ve hizmetlere erişimde bir bütün olarak ayrımcılık yasaklanmamıştır ve yalnızca ceza hukukunda ve sınırlı bir kapsamda düzenlemeler söz konusudur. Bu konuda kamusal ihtiyaçları karşılayan toplu taşıma araçları gibi kamu mallarından yararlanmada eşitlik ilkesinin geçerli olduğu ifade edilmiştir.³⁴⁵ Ancak bu konuda da açık yasal düzenleme yapılarak ayrımcılığın yasaklanması gerekmektedir.

İstihdamda ayrımcılık yasaklanırken, sosyal güvenlik alanında ayrımcılık yasağına yer verilmemiştir. Anayasa'nın 10. maddesinin sosyal güvenlik alanında da uygulama bulacağı belirtilse de³⁴⁶ bu konuda da açık yasal düzenleme yapılması gerekmektedir. Ayrımcılığın gerek kamu sektörü gerekse özel sektörde tüm gerçek ve tüzel kişiler açısından, istihdam, eğitim, barınma, sağlık, sosyal güvenlik, kamu arz edilmiş mal ve hizmetlere erişim gibi hayatın her alanında ve tüm insan haklarını

³⁴⁵ Aydın Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, Alfa Yay., İstanbul, 1999, s. 188.

³⁴⁶ A. Can Tuncay; Ömer Ekmekçi, **Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları**, Legal Yay., İstanbul, 2009, s. 79.

kapsayacak biçimde, etkili bir şekilde yasaklanması gerekmektedir.³⁴⁷ Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına dair düzenlemenin ayrımcılığın konu bakımından kapsamı noktasında geniş bir hareket alanı sağladığı düşünülse de açık düzenlemelerin yapılması daha olumlu olacaktır.

III. Ayrımcılık Yasağı ve Eşitsizliğin Hiyerarşisi

A. Ayrımcılık Yasağı ve Hiyerarşi Olgusu

1. Eşitsizliğin Hiyerarşisi Olgusu

Ayrımcılık günümüzde çok sayıda temelde yasaklanmış ve bu temellerin ucu büyük ölçüde açık bırakılmıştır. Ancak her temel aynı şekilde hukuk tarafından koruma görmemektedir. Örneğin ırk veya etnik köken veya cinsiyet temelinde ayrımcılığa dair sağlanan koruma henüz yaş veya cinsel yönelim gibi temellerde ayrımcılık için öngörülmemektedir. Tüm ayrımcılık temelleri için benzer koruma öngören yasal düzenlemeler “kapsamlı” (comprehensive) olarak sınıflandırılırken, farklı düzeyde koruma sağlandığı durumda ise “karma düzeyli” (mixed-level) olarak sınıflandırılmaktadır. Karma düzeyli yasal düzenlemeler özellik ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılık için en kapsamlı korumayı beraberinde getirmektedir.³⁴⁸ Yasal düzenlemeler yanında ayrımcılık yasağına dair yargı organlarının veya yargısal benzeri organların yaklaşımı farklı ayrımcılık temelleri söz konusu olduğunda değişebilmektedir. Bu noktada bazı ayrımcılık temelleri diğerlerine göre daha fazla koruma görebilmekte ya da bazı ayrımcılık temelleri diğerine göre daha çok dikkat çekmektedir. Örneğin ABD’de ırk veya etnik köken ya da cinsiyet³⁴⁹, Kanada’da dil, Kuzey İrlanda’da din, Norveç veya İsveç’te cinsiyet temelinde ayrımcılık daha çok gündeme gelebilmektedir.³⁵⁰ Daha çok gündeme gelen ve koruma gören ayrımcılık

³⁴⁷ IAOKK, Nihai Tespitler, Türkiye, para 17.

³⁴⁸ Mark Bell, **Anti-discrimination Law and the European Union**, Oxford University Press, New York, 2002, s. 149.

³⁴⁹ Ioannis G Dimitrakopoulos, **Individual Rights and Liberties Under the U.S. Constitution: The Case Law of the U.S. Supreme Court**, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2007, s. 931, 943.

³⁵⁰ Ronald Craig, **Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality**, Brill Academic Publishers, Lieden, 2006, s. 9.

temelleri genellikle ırk veya etnik köken, din veya inanç, cinsiyet vs. temellerini kapsamaktadır.³⁵¹ Yargı organları veya yargısal benzeri organların bu şekilde bir yaklaşım sergilemesi ayrımcılık temelleri arasında bir hiyerarşinin mevcut olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir.

Bir farklılık gözetmenin geleneksel olarak ayrımcılık mağduru olmuş bir gruba yönelik olarak ortaya çıktığı durumda söz konusu gruba karşılık gelen ayrımcılık temeli “şüpheli” (suspect) olarak sınıflandırılmaktadır. Bu durumda söz konusu gruba mensup kişiler tarafından bir işlem ya da eylem veya bir yasal düzenleme için yargı organlarına başvurulduğu takdirde, uyuşmazlığı çözmekle yükümlü olan makamın başvuruya gerekli özeni göstermesi ve bir farklı muamelenin mevcut olup olmadığını araştırması gerekmektedir. Şüphesiz bu durum yargı organlarının önüne gelen tüm uyuşmazlıklar için geçerlidir. Ancak burada söz konusu olan farklı muamelenin meşru bir nedene dayanıp dayanmadığı konusunda verilecek kararda meşruiyetin mevcut olup olmadığının olağan bir davada geçerli olabilecek gerekçelerden daha önemli gerekçelerin ortaya konulmasını talep edilmektedir. Şüpheli temelleraçısından ayrımcılık yasağının ihlaline karar verilmesi ihtimali diğer temellerden daha yüksek olmaktadır. Şüpheli temeller söz konusu olduğunda ayrımcılık yasağına dair değerlendirme yönteminde bir farklılık olmamaktadır ancak farklı muamelenin gerekçesini haklı göstermek oldukça zor olabilmektedir. Kişinin kendi kontrolünde olmayan değişmez nitelikte bir özelliği olup olmadığı, tarihsel ve yaygın bir ayrımcılığa uğrayan bir grubun söz konusu olup olmadığı gibi bazı nedenler söz konusu olduğunda bu nedenlerin diğerlerine göre daha fazla dikkatli bir incelemeye tabi tutulabileceği belirtilmektedir.³⁵²

Bazı ayrımcılık temellerinin diğerlerine göre daha dikkatli veya ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulduğu durumda bu temeller öğretilerde “şüpheli temeller” (suspect classifications, suspect grounds) olarak adlandırılmaktadır.³⁵³ Her ne kadar ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemeler bu şekilde bir şüpheli olan-şüpheli olmayan ayrımcılık temeli ayrımı yapmasa da ortaya konulan içtihatlardan bu şekilde bir

³⁵¹ Anne F. Bayefsky, *Defining Equality Rights, Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Anne F. Bayefsky; Mary Eberts (ed.), Carswell, Toronto, Calgary, Vancouver, 1985, s. 42.

³⁵² a.g.e., s. 50.

³⁵³ Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, s. 18; Craven, s. 167.

ayırım yapıldığı ortaya çıkmaktadır. Bazı ayrımcılık temellerinin diğerlerine göre şüpheli olarak kabul edildiği durumlarda ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddia edilen kişi veya devletin mevcut bir farklı muamelenin makul ve nesnel nedenleri olduğunu ortaya koyması gerekecektir. Burada devletlerin takdir yetkisi diğer ayrımcılık temellerine göre daha dar kabul edilmektedir. Hatta şüpheli temeller söz konusu olduğunda herhangi bir farklılık gözetmenin *prima facie* olarak ayrımcılık olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir.³⁵⁴

Yargı organlarının ve yargısal benzeri organların ayrımcılık temellerine dair uyuşmazlıklarda ayrımcılık temellerine dair farklı düzeylerde inceleme yapması ayrımcılık temelleri arasında bir hiyerarşi olduğu anlamına gelmemektedir. Aşağıda farklı organların kararlarında da görüleceği üzere ayrımcılık temellerine dair farklı yaklaşımın bazı tarihsel nedenleri mevcuttur. Bazı temellerde ayrımcılığın meşru görülemeyeceğine dair genel bir konsensüs olduğu durumda o temellerde ayrımcı muameleler daha ciddi bir incelemeye tabi tutulabilmektedir. Zaman içerisinde insan hakları kavramının dinamikliği doğrultusunda ayrımcılık yasağı kapsamında görülmeyen temeller de artık farklı bir yaklaşım sergilenebilmektedir. Örneğin uzun süre bir ayrımcılık temeli olarak görülmeyen cinsel yönelim temelli ayrımcılık günümüzde daha dikkatli bir incelemeye tabi tutulacak ayrımcılık temelleri arasında kabul edilmektedir. Dolayısıyla farklı ayrımcılık temelleri için farklı düzeylerde inceleme yapılması ayrımcılık temelleri arasında bir hiyerarşi olduğu anlamına gelmemektedir.

Uluslararası hukukta ayrımcılık temellerine dair mevcut açık uçlu yaklaşım şüpheli temeller konusunda da benimsenmektedir. Önceden sadece ırk veya etnik köken, din veya inanç ve cinsiyet temelleri şüpheli olarak değerlendirilirken günümüzde bu temellerin sayısı giderek artmaktadır. Bunun sebepleri arasında ayrımcılık yasağına dair gelişen genel bilinç düzeyi yanında bazı ayrımcılık temellerinin de şüpheli temeller arasında yer alması gerektiğine dair ortaya çıkan uluslararası konsensüstür. Örneğin aşağıda görüleceği üzere AIHM, AIHS'ye taraf devletler arasında bir ayrımcılık temelinin daha fazla koruma görmesine dair bir konsensüs oluştuğuna kanaat getirdiği noktada şüpheli temellerin sayısını

³⁵⁴ a.g.e., s. 167.

artırabilmektedir.

2. İctihat Hukukunda Eşitsizliğin Hiyerarşisi

Uluslararası hukukta bazı ayrımcılık temellerine özel önem ve ayrıcalıklı bir yer verildiği bazı örneklerle ortaya konulabilir. Örneğin Uluslararası Adalet Divanı'nda görülen birdavada Yargıç Tanaka tarafından yazılan karşı oyda,³⁵⁵ ırk temelinde ayrımcılık yasağının veya ayırım yapmamanın uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçası haline geldiği belirtilmiştir.³⁵⁶ 1971 tarihli bir İstisari Görüş'te, UAD'na göre, "temel insan haklarının bir inkârını oluşturan ve münhasıran ırk, renk, soy yahut ulusal ya da etnik köken temellerine dayanan farklılıklar, dışlamalar, kayıtlamalar yahut sınırlamalar koymak ve uygulamak, BM Şartı'nın amaçları ve ilkelerinin ağır bir ihlalidir."³⁵⁷ Bu yaklaşımla BM Şartı'nda yer alan insan haklarına dair düzenlemelerin BM üyesi ülkeler için açık yükümlülükler doğurduğu kabul edilmiş olmaktadır.³⁵⁸ Yine başka bir İstisari Görüş'te UAD, ırk ayrımcılığı ile ilgili kurullarının *erga omnes*³⁵⁹ nitelikte olduğunu ifade etmiştir.³⁶⁰

MSHS bağlamında, İHK kadın ve erkek eşitliği ile ilgili bir kararında, Sözleşme'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen maddelerinde yer alan ayrımcılık temellerinde öngörülen bir farklı muamelenin taraf devlet açısından makul ve nesnel bir gerekçe ile haklı gösterme noktasında önemli bir yük getireceğini ifade etmiştir.³⁶¹ Komite "şüpheli" temeller söz konusu olduğunda daha dikkatli bir inceleme yapmaktadır. Komite'nin bu şekilde davrandığı temellerin ortak özelliğinin

³⁵⁵ Yargıç Tanaka'nın UAD'nın belirtilen kararında yazdığı karşı oyun içeriği ve önemi hakkında bkz, Shiv R S Bedi, **The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice**, Hart Publishing, Oxford, 2007, s. 126-142.

³⁵⁶ UAD, *South West Africa, (Second Phase)*, ICJ Reports 1966, Judgment of 18 July 1966, s. 293.

³⁵⁷ UAD, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, I.C.J. Reports 1971, s. 57, para. 131. Cümlelerin Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 111.

³⁵⁸ Egon Schwelb, *The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter*, **American Journal of International Law**, Vol. 66, No. 2, Nisan 1972, s. 348.

³⁵⁹ Kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, Kemal Başlar, *Uluslararası Hukukta Erga Omnes Kavramı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 22, Sayı 2, İstanbul, 2002.

³⁶⁰ UAD, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment of 5 February 1970, I.C.J. Reports 1970, s. 33, para. 33.

³⁶¹ İHK, *Müller ve Engelhard v. Namibia*, Communication No. 919/2000, View, 28.06.2002, CCPR/C/74/D/919/2000, para. 6.7.

tarihsel olarak ayrımcılığa maruz kalan ve bu tür muameleler açısından mağdur olma potansiyeli taşıyan (vulnerable) gruplar olduğu ifade edilmiştir.³⁶² Komite'nin özellikle ırk ve cinsiyet³⁶³ temelinde ayrımcılıkla ilgili başvurularda bu şekilde davrandığı belirtilmektedir.³⁶⁴

MŞHS'nin 4. maddesine göre Sözleşme'ye taraf devletler "...ulusun yaşamını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edilmiş olan kamusal tehlike durumu ortaya çıktığı zaman durumun gerektirdiği ölçüde olarak ve bu tür önlemlerin uluslararası hukuk çerçevesindeki diğer yükümlülüklerine aykırı nitelikte olmaması ve bilhassa ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da sosyal kökente temelinde ayrımcılık yapmaması kaydıyla, Sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerinden sapma teşkil eden önlemleri alabilirler". Bu düzenlemede ayrımcılık sadece ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal sosyal ile sınırlı olarak yasaklanmıştır. Sözleşme'nin ayrımcılığa yer veren diğer maddelerinin aksine burada kapalı uçlu bir ayrımcılık temelleri listesi vardır. MŞHS'nin 4. maddesine yer alan temeller birlikte değerlendirildiğinde belirtilen temellerin diğer temellere göre ayrıcalıklı bir yet tuttuğu şeklinde bir sonuca varılabilir.³⁶⁵

İnsan Hakları Komitesi önüne gelen bireysel şikâyet başvurularında ırk veya etnik köken, cinsiyet gibi ayrımcılık temelleri doğası gereği şüpheli ve daha yoğun bir inceleme gerektiren (inherently suspect and call for greater scrutiny) ayrımcılık temelleri olarak görülmektedir.³⁶⁶ Komite cinsiyet temelli bir ayrımcılık iddiasını içeren bir şikâyet başvurusunda, 26. maddede açıkça belirtilen ayrımcılık temellerinden biri söz konusu olduğunda taraf devlet tarafından makul ve nesnel bir gerekçenin mevcudiyetinin ortaya konulması açısından önemli bir yük (heavy burden on the State Party) getirdiğini ifade etmiştir. Komite kadın ve erkek arasında eşitlik ilkesinin önemi noktasında eski geleneklerin sürdürülmesinin farklı muamele için bir gerekçe oluşturmayacağını ve bu durumun Sözleşme'ye aykırılık teşkil edeceğini

³⁶² Joseph; Schultz; Castan, s. 693.

³⁶³ Örneğin, İHK, *Pauger v. Austria*, Communication No. 415/1990, View, 30.03.1992, CCPR/C/44/D/415/1990; *Vos v. The Netherlands*, Communication No. 218/1986, View, 29.03.1989, CCPR/C/35/D/218/1986

³⁶⁴ Vandenhoe, s. 113.

³⁶⁵ Aynı yönde bkz, Partsch, *Fundamental Principles of Human Rights*, s. 73.

³⁶⁶ Tufyal Choudry, *Interpreting the Right to Equality under the Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, **European Human Rights Law Review**, Sweet&Maxwell, 2003, No. 1, s. 43.

vurgulamıştır.³⁶⁷ Benzer yaklaşım aynı cinsiyetten kişiler arasında evliliğin tanınmadığı ülkelerde, bu şekilde gerçekleşen evliliklerin yasalarca tanınması anlamına gelmemekle beraber, bu kişilerin farklı cinsiyetlerden kişilerin evliliklerine göre farklı muamele söz konusu olduğu durumlarda da geçerli olabilmektedir.³⁶⁸ Ancak şunu belirtmek gerekir ki Komite belirtilen temellerde her türlü fark gözetmeyi ayrımcılık olarak nitelendirmemektedir ve bu noktada fark gözetmenin makul ve nesnel bir nedene dayandığının ortaya konularak yine de haklı kılınabilecektir.³⁶⁹ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin de özellikle cinsiyet temelinde ayrımcılık söz konusu olduğunda diğer ayrımcılık temellerine nazaran daha dikkatli bir inceleme gerçekleştirdiği ifade edilmektedir.³⁷⁰

İHK bazı nihai tespitlerde de konuyla ilgili değerlendirmede bulunmuştur. Komite, ayrımcılık temellerinin hiyerarşik olarak düzenlenmesi ile ilgili olarak endişelerini dile getirmiştir. Komite, ayrımcılıkla ilgili yasal düzenlemelerde değişiklik yapılmasını ve yasaklanan tüm ayrımcılık temellerinde eşit düzeyde esas ve usulü içeren bir korunmanın sağlanması gerektiğini ifade etmiştir.³⁷¹

IAOKS'nde ayrımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşım benimsendiği yukarıda ifade edilmişti. IAOKK, Sözleşme'nin 1. maddesinde belirtilen ayrımcılık temellerinin hepsinin aynı derecede önemli olduğunu belirtmiştir.³⁷² Komite, ayrımcılık yasağı kapsamında sağlanan korumanın farklı ayrımcılık temelleri için eşit derecede öngörülmesi gerektiğini ifade etmiştir.³⁷³ Ancak Komite'nin ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılık açısından herhangi bir fark gözetme halini, kategorik olarak (*per se*) olarak ayrımcı nitelikte kabul ettiği belirtilmektedir. İnsanları ırk veya etnik kökenlerine göre sınıflandırmanın toplum yararına kabul edilmesinin mümkün olmadığı ve bu durumun büyük ölçüde ırksal önyargıyı yansıttığı ifade edilmektedir.³⁷⁴ Dolayısıyla Sözleşme kapsamına giren tüm temellerde fark gözetmenin, özel önlemler haricinde, aleyhe etki doğurup doğurmadığına

³⁶⁷ İHK, *Müller ve Engelhard v. Namibia*, Communication No. 919/2000, View, 28.06.2002, CCPR/C/74/D/919/2000, paras. 6.7, 6.8.

³⁶⁸ Nowak, *CCPR Commentary*, s. 626.

³⁶⁹ a.g.e., s. 628.

³⁷⁰ Örnekler için bkz, Craven, s. 176-177. Aksi yönde bir görüş için bkz, Vandenhoe, s. 183.

³⁷¹ İHK, Nihai Tespitler, Avusturya, 30.10.2007, CCPR/C/AUT/CO/4, para. 8.

³⁷² Vandenhoe, s. 111.

³⁷³ IAOKK, Nihai Tespitler, The United Kingdom, 10.12.2003, CERD/C/63/CO/11, para. 15.

³⁷⁴ Meron, s. 17.

bakılmaksızın ayrımcılık olarak değerlendirildiği ve Sözleşme’de yer alan tüm ayrımcılık temellerinin Komite’nin gözünde “şüpheli” nitelikte görüldüğü söylenebilir.

Bölgesel düzeyde de çeşitli örnekler söz konusudur. AİHM’nin, ayrımcılıkla ilgili temelleri geniş yorumlaması tüm ayrımcılık temellerine eşit önem verildiği anlamına gelmemektedir. Aşağıda görülecek bazı konularda Mahkeme diğer temellere nazaran daha farklı bir inceleme yapmaktadır. Şüpheli temellersöz konusu olduğunda Mahkeme diğer temellere nazaran daha farklı bir ölçüt uygulamaktadır. Bazı ayrımcılık temelleri açısından Mahkeme daha ayrıntılı bir inceleme yapmakta ve taraf devletlerin takdir yetkileri de daha dar kabul edilmektedir.³⁷⁵ AİHM’nin bu yaklaşımı Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi’nin de benimsediği yaklaşımın³⁷⁶ AİHM tarafından da kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Mahkeme her ne kadar lafzi olarak böyle bir sınıflandırmaya gitmese de içtihatlarından bu şekilde bir farklılaşma olduğu göze çarpmaktadır. Bu yaklaşımın altında yatan neden olarak ise belirtilen ayrımcılık temellerinin “değişmez” (immutable) ve kişinin kendisinin seçmediği kişisel özellikler olarak adlandırılmasıdır.³⁷⁷ AİHM’nin 14. maddenin ihlaline hükmettiği davaların çoğunluklaşüpheli olmayan ayrımcılık temelleri ile ilgili olması dolayısıyla “irrasyonel” (irrational) veya bireyler sunulan fırsatların ciddi biçimde kısıtlandığı durumlarda 14. madde kapsamında ihlale hükmedildiği ifade edilmektedir.³⁷⁸

Farklı muamelenin ayrımcılık teşkil etmemesi için taraf devletlerce farklı muamelenin meşru ve haklı bir nedeninin olması ve kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında bir orantı bulunması noktasında ikna edici

³⁷⁵ Harris; O’Boyle; Warbrick, s. 590; Oddny Mjöll Arnardottir, *Multidimensional Equality from Within: themes from the European Convention on Human Rights*, **European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law**, Dagmar Schiek; Victoria Chege (ed.), Routledge-Cavendish, London, New York, 2009, s. 56.

³⁷⁶ Bu konuda Türkçe bir kaynak için bkz, Öden, s. 317 vd.

³⁷⁷ Arnardottir, *Multidimensional Equality from Within*, s. 62. Mahkeme’nin 2004 yılı Eylül ayına kadar 14. maddenin ihlal edildiğine hükmettiği 31 davanın 25’inde “şüpheli” (suspect) temel olarak kabul edilen ayrımcılık temelleri ile ilgilidir. Bunlar cinsiyet (7), evlilik dışı doğum (6), din (4), cinsel yönelim (3), uyrukluk (2), ulusal ya da etnik köken (2) ve dil (1) temelli ayrımcılık ihlalleri ile ilgilidir. Geri kalan 6 dava ise “şüpheli olmayan temelde” (non-suspect grounds) olarak kabul edilen temellerle ilgilidir. Bu bilgi ve ilgili davaların adları için bkz, Wintemute, Robert, “*Within the Ambit*”: *Government Ratification and Judicial Control of Protocol No. 12 ECHR, Part 2*, **European Human Rights Law Review**, Sweet and Maxwell, no. 5, 2004, s. 493, dipnotlar 48-54.

³⁷⁸ a.g.e., s. 493-495.

argümanların sunulması gerekmektedir. Bu yöntem hemen her kararda başvuru olan bir yöntem olmasına karşın bazı ayrımcılık temelleri söz konusu olduğunda Mahkeme bu yöntemi daha farklı uygulamaktadır. Örneğin cinsiyet veya cinsel yönelim temelli bir farklı muamele mevcutsa taraf devletlerce gerçekten önemli gerekçelerin (very weighty reasons) ortaya konulması gerekmektedir.³⁷⁹ Bu durum farklı muameleyi meşru kılacak nesnel ve makul nedenlerin bazı durumlarda yoğunluk kazanması olarak da ifade edilmektedir.³⁸⁰

Mahkeme son yıllarda ırk veya etnik köken söz konusu olduğunda ise önemli gerekçelerin mevcut olması ölçütünde de uzaklaşmakta ve neredeyse taraf devletlerin takdir yetkisini ortadan kaldıran bir yaklaşım benimsemektedir. Irk veya etnik köken ile ayrımcılıkla ilgili davalarda nesnel ve makul nedenin varlığının mümkün olduğunca kapsamlı olarak incelenmesi gerektiğini³⁸¹ ve hatta bir farklı muamelenin o kişinin etnik kökenine dayalı olarak gerçekleştiği durumda, o farklı muamelenin çoğulculuk ve farklı kültürlere saygı ilkelerine dayanan çağdaş demokratik toplum anlayışı içerisinde nesnel ve makul kabul edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.³⁸² Mahkeme ırk ayrımcılığı ile mücadele noktasında devletlerin daha fazla özen göstermeleri gerektiği ifade edilmiştir.³⁸³ Mahkeme, çeşitliliğin bir tehdit olarak değil bir zenginlik olarak algılandığı bir demokrasi anlayışının güçlendirilmesi dâhil devletlerin ırkçılıkla mevcut tüm yolları kullanarak mücadele etmesi gerektiğini ifade etmiştir.³⁸⁴

Benzer durum din veya inanç ya da cinsel yönelim temelinde ayrımcılık açısından da geçerli olabilmektedir. Mahkeme bir davada Yehova Şahidi olduğu için çocuğunun velayetinin başvuruca verilmemesi ile ilgili olarak, herhangi bir olası karşı argümana bağlı olmaksızın Sözleşme'de yer alan bir hak veya özgürlük açısından din temelinde farklı muamele ile karşılaşmanın kabul edilmez olduğu ifade

³⁷⁹ Livingstone, s. 29.

³⁸⁰ Gölcüklü; Gözübüyük, s. 400.

³⁸¹ AIHM, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007, para. 196.

³⁸² AIHM, *Timishev v. Russia*, Application No.55762/00, Judgment, 13.12.2005, para. 58, *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina*, Application No.27996/06 ve 34836/06, Judgment, 22.12.2009, para. 44.

³⁸³ AIHM, *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina*, Application No.27996/06 ve 34836/06, Judgment, 22.12.2009, para. 43.

³⁸⁴ AIHM, *Nachova and Others v. Bulgaria*, Application No.43577/98, Judgment, 06.07.2005, para. 145, *Timishev v. Russia*, Application No.55762/00, Judgment, 13.12.2005, para 56.

edilmiştir.³⁸⁵ Mahkeme başka davalarda da cinsel yönelim temelinde öngörülen bir farklı muamelenin Sözleşme tarafından kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir.³⁸⁶

AİHM'nin 14. madde bağlamında yaptığı incelemelerde incelemenin derinlemesine yapılıp yapılamayacağına özellikle üç faktörün etkili olduğu belirtilmektedir. Bunlar ilki yukarıda da belirtilen ayrımcılıkla ilgili iddianın “şüpheli” (suspect) temellerden biriyle ilgili olup olmamasıdır. Cinsiyet, ırk veya etnik köken, evlilik dışı doğum, uyruklu, din veya cinsel yönelim temelleri bu sınıflandırma içinde değerlendirilmektedir. İkinci bir faktör ise öne sürülen talebin türü ile ilgilidir. Örneğin taraf devletler için negatif yükümlülük doğuran veya açıkça görülen ayrımcılıkla ilgili talepler daha derinlemesine bir inceleme ile karşılaşırken pozitif yükümlülükler veya görünüşte tarafsız olan önlemlerin orantısız sonuçlara yol açtığı durumlar, başka bir deyişle dolaylı ayrımcılıkta daha az derinlemesine bir inceleme ile karşılaşabilmektedir. Üçüncü bir faktör olarak ise “dava konusu olan menfaat” (interest at stake) olarak adlandırılmaktadır ve Mahkeme örneğin mülkiyet hakkı ile ilgili gelen başvurularda daha az derinlemesine bir inceleme yapabilmektedir. Ancak bu faktörler yan yana geldiğinde simetrik sonuçlara yol açmayabilmektedir. Örneğin dolaylı ayrımcılıkla ilgili bir başvuru eğer “şüpheli” temellerden birine dayalı olarak öne sürülmüşse ayrıntılı incelemeye tabi tutulabilmektedir.³⁸⁷

Mahkeme'nin içtihatlarına bakıldığında ulaşılabilecek bir başka sonuç da ayrımcılık temellerinin toplumsal bağlamının göz önünde tutulduğudur. Örneğin mülk sahiplerinin kiracılara göre talepleri, çoğunlukta olan bir dini inancın azınlıkta olan dini inanca göre talepleri, erkeklerin kadınlara göre talepleri, Mahkeme tarafından daha az derinlemesine incelenebilmektedir.³⁸⁸ Mahkeme toplumsal bağlamın göz önünde tutulması ile ilgili olarak bir kararında, kadın ve erkeklerin

³⁸⁵ AİHM, *Hoffmann v. Austria*, Application No.12875/87, Judgment, 23.06.1993, para. 36.

³⁸⁶ AİHM, *L ve V v. Austria*, Application No.39392/98, Judgment, 09.01.2003, para. 45, *E.B. v. France*, Application No.43546/02, Judgment, 22.01.2008, para. 96.

³⁸⁷ Arnardottir, *Multidimensional Equality from Within*, s. 56-58.

³⁸⁸ a.g.e., s. 6. Örnek kararlar için sırasıyla bkz, AİHM, *James and Others v. the United Kingdom*, Application No.8793/79, Judgment, 21.02.1986; *Larkos v. Cyprus*, Application No.29515/95, Judgment, 18.02.1999; *Holy Monasteries v. Greece*, Application No.13092/87, Judgment, 09.12.1994; *Thlimmenos v. Greece*, Application No.34369/97, Judgment, 06.04.2000; *Schuler Zraggen v. Switzerland*, Application No.14518/89, Judgment, 24.06.1993; *Rasmussen v. Denmark*, Application No.8777/79, Judgment, 28.11.1984.

farklı emeklilik yaşına tabi olmalarının kadınların dezavantajlı ekonomik durumlarının giderilmesi amacını taşıdığını ve bu şekilde farklı bir muamele ihtiyacını ortadan kaldıracak toplumsal ve ekonomik değişimler yaşanana kadar bu durumun nesnel ve makul bir gerekçe olarak kabul edilmesi mümkün olduğu ifade edilmiştir.³⁸⁹

AB hukukunda, ayrımcılık yasağı ile ilgili Direktiflerde kişi ve konu bakımından farklılıklar öngörülmüş, ırk veya etnik köken ve cinsiyet temellerinde konu bakımından en geniş, diğer temellerde ise istihdam alanıyla sınırlı bir koruma sağlanmıştır. Bunun yanında 2006/54/EC sayılı Direktif'in 29. maddesi ile "Üye Devletler bahsi geçen alanlarda kanunlar, tüzükler, idari hükümler, politikalar ve faaliyetler hazırlar ve uygulayacağı zaman kadınlarla erkekler arasında eşitlik hedefini aktif bir biçimde hesaba katarlar." şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. "Kadın-erkek eşitliği ilkesinin tüm politikalara dâhil edilmesi" (mainstreaming) olarak ifade edilen³⁹⁰ bu yaklaşım diğer ayrımcılık temelleri açısından öngörülmemiştir. Yine 2000/43/EC ve 2006/54/EC sayılı Direktifler ile ırk veya etnik köken ve cinsiyet temellerinde görev yapacak eşitlik kurumları oluşturulması yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu yükümlülük AB hukukunda ayrımcılığın yasaklandığı diğer alanlar bakımından öngörülmemiştir. Ayrıca ayrımcılık oluşturacağı kabul edilen bazı durumların ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele olarak hukuka uygun görüldüğü bir dizi konu söz konusudur ve bu muameleler ayrımcılık temelleri açısından dar veya geniş olabilmektedir.³⁹¹ Tüm bu farklılıklar ayrımcılık yasağının farklı temeller açısından farklı biçimlerde düzenlendiğini ortaya koymaktadır. ABAD kararlarında, örneğin işverenlerce alınan önlemler söz konusu olduğunda daha ciddi bir denetim gündeme gelirken,³⁹² iş hukukuna dair yasal düzenlemeler söz konusu olduğunda daha az ciddi,³⁹³ sosyal güvenlikle ilgili yasal

³⁸⁹ AİHM, *Stec and Others v. the United Kingdom*, Application No.33985/96, Judgment, 12.04.2006, para. 66.

³⁹⁰ Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, s. 91.

³⁹¹ Dagmar Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, **European Law Journal**, Vol. 8, No. 2, Blackwell Publishing, Oxford, 2002, s. 300-302.

³⁹² ABAD, *Bilka - Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, Case 170/84, Judgment of the Court of 13 May 1986; *Kathleen Hill and Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners and Department of Finance*, Case C-243/95, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 17 June 1998.

³⁹³ ABAD, *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, Case C-167/97, Judgment of the Court of 9 February 1999.

düzenlemeler söz konusu olduğunda ise daha da az ciddi biçimde³⁹⁴ bir denetim yapıldığı ifade edilmektedir.³⁹⁵

Ayrımcılık yasağında gündeme gelen eşitsizliğin hiyerarşisi olgusu konu bakımından da ortaya çıkmaktadır. Bu konuda ayrımcılığa dair getirilen koruma belli konuları içerebilecekken, belli konuları kapsam dışı bırakabilmektedir. Benzer durum yargısal veya yargısal benzeri organların yaptıkları incelemeye de yansımaktadır.

B. Türk Hukukunda Eşitsizliğin Hiyerarşisi

Türk hukukunda da eşitsizliğin hiyerarşisi gündeme gelebilmektedir. Anayasa'nın10. maddesinde yer alan temeller açısından ayrımcılığı mutlak olarak yasakladığı³⁹⁶ veya belirtilen temellerin eşitlik ilkesinin çekirdek alanını oluşturduğu belirtilmektedir.³⁹⁷ Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan ayrımcılık temelleri “şüpheli temeller” olarak da görülmüştür.³⁹⁸ Ancak 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde ayrımcılık temellerini sınırlı ancak 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde açık-uçlu olarak sayıldığı göz önünde tutulduğunda ayrımcılık temelleri açısından mutlak olan-olmayan şeklinde bir ayrıma gidilmesi mümkün gözükmemektedir.

Ancak bu konuda Anayasa Mahkemesi kararları çelişkiligözükmemektedir.³⁹⁹ Örneğin Mahkeme, evli kadının evlendikten sonra önceki soyadını yalnız başına kullanamaması ve ancak eşinin soyadı ile birlikte kullanılmasına dair yasal düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir. Mahkeme konuyu öncelikle hukuk devleti ilkesi açısından değerlendirmiş ve kadının

³⁹⁴ ABAD, *Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover*, Case C-317/93, Judgment of the Court of 14 December 1995; *Ursula Megner and Hildegard Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz, now Innungskrankenkasse Rheinhessen-Pfalz*, Case C-444/93, Judgment of the Court of 14 December 1995.

³⁹⁵ Matteo Bonini-Baraldi, *The Burden of Proof in Discrimination Cases: Elements for a Conceptualisation From a Private Law Perspective*, Academy of European Law, Trier, 29-30 September 2008, s. 12,

http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2008_Bonini_EN.pdf(erişim:01.04.2012)

³⁹⁶ Öden, s. 196.

³⁹⁷ Inceoğlu, *Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 49.

³⁹⁸ Öden, s. 324.

³⁹⁹ Örneğin bkz, AYM, E. 1963/148, K. 1963/256, K.t. 25.10.1963; E. 1969/8, K. 1969/37, K.t. 19.06.1969.

evlenmekle kocasının soyadını almasını “...aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle...” hukuk devleti ilkesine aykırı bulmamıştır. Mahkeme ardından kadının evlendikten sonra kocasının soyadını almasını cinsiyet farklılığa dayalı bir farklı muamele olarak görmemiş ve “durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir...” ifadesi ile söz konusu yasal düzenlemeyi eşitliğe aykırı görmemiştir.⁴⁰⁰

Anayasa Mahkemesi sonraki tarihli başka bir kararında ise, yukarıda AİHS bağlamında AİHM’nin benimsediği yaklaşımı benimser gözükmektedir. Mahkeme, evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuğun velayetinin annesinde bulunduğu durumda dahi soyadının babasının tayin edeceğine dair düzenleme ile ilgili yapılan başvuruda “AİHM kararlarında da çok geçerli nedenlerin varlığı dışında, yalnızca cinsiyete dayalı bir farklı muamelenin AİHS’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği kabul edilmektedir.” ifadelerine yer vermiştir.⁴⁰¹ Mahkeme’nin bu yaklaşımı cinsiyet temelinde ayrımcılık iddialarında “önemli nedenler” ölçütüne başvuracağı izlenimi vermektedir.

Mahkeme’nin bu çelişkili yaklaşımını olumlu ve olumsuz yönleri beraberinde getirdiği için bütünüyle olumsuzlamak ya da olumlamak mümkün gözükmemektedir. “Önemli gerekçeler” ölçütünün kullanılması bazı ayrımcılık temelleri ile diğer temeller arasında bir hiyerarşi yaratılması ve ayrımcılık yasağının getireceği korumanın nispi olarak etkisiz kılınmasını beraberinde getirebilecektir. Öte yandan en azından cinsiyet temelinde ayrımcı muameleler ile ilgili “önemli gerekçeler” ölçütünün kullanılmaya başlanması, konunun diğer ayrımcılık temelleri bakımından da gündeme gelmesinin ve ayrımcılık yasağına sağlanan korumanın genişlemesi olasılığını da ortaya çıkarabilecektir.

Danıştay’da kamu görevine alımda cinsiyet ayrımcılığı yapıldığı iddiasıyla önüne gelen bir davada konu ile ilgili verilen ilanlarda “erkek mühendis” ibaresini eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Danıştay bu karar varırken kullandığı, “...herkes cinsiyet yönünden kanun önünde eşittir. Aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında cinsiyet farklılığının hukuksal eşitsizliğe gerekçe olabileceği kabul

⁴⁰⁰ AYM, E. 2010/119, K. 2011/165, K.t. 08.12.2011.

⁴⁰¹ AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, K.t. 10.03.2011.

edilemez.“ ifadesi ile cinsiyet temeli açısından diğer ayrımcılık temellerinden daha farklı bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilecektir.⁴⁰²

⁴⁰² Danıştay 12. Daire, E. 2004/4382, K. 2006/539, K.t. 22.02.2006.

BÖLÜM 5.YASAMA ORGANININ AYRIMCILIK YASAĞIBAĞLAMINDA MADDİ HUKUKA DAİR YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. Doğrudan Ayrımcılık

A. Doğrudan Ayrımcılık Kavramı

Ayrımcılık sınıflandırma bakımından öncelikle doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan ayrımcılık (direct discrimination, de jure discrimination veya overt discrimination) kısaca, ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerden (dil, ırk vs.) birine “doğrudan” dayalı olarak, bir kişi veya grubun haksız olarak farklı muameleye uğraması olarak tanımlanabilir. Burada aynı veya benzer konumdaki diğer kişilerden biri veya bir kısmı bakımından daha olumsuz etki veya böyle bir sonucun ortaya çıkması ihtimalini doğuran farklı muameleler söz konusudur. Bu nedenle yukarıda da üzerinde durulan edilen “*şekli eşitlik*” anlayışının¹ veya fırsat eşitliği anlayışının² bir ifadesi olarak görülebilir. Dolayısıyla şekli eşitlik ile ilgili öne sürülen eleştiriler büyük ölçüde doğrudan ayrımcılık kavramı için de geçerli olabilmektedir. Doğrudan ayrımcılık açısından belli bir yaşın üzerindeki kişilerin başvurmamasına yönelik veya belirli bir yaşın altındakilerin tercih edileceğine dair bir iş ilanı; kadın çalışanlarından belirli aralıklarla gebelik testi uygulamalarını isteyen bir şirketin bu uygulamasıya da günümüzde halen sıklıkla rastlanılan kamuya açık bir yere Çingenerin/Romanların³ girişine izin verilmemesi bu tür ayrımcılığın tipik örneklerindedir.

Doğrudan ayrımcılık farklı biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. İlk olarak norm düzeyinde gerçekleştirilmektedir ve düzenlemenin kapsamına bir grubun alınmaması ya da o grubun açıkça (overtly) hukuki düzenlemenin kapsamının dışında tutulması

¹ Sandra Fredman, **Discrimination Law**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, s. 94; Evelyn Ellis, **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, New York, 2005, s. 88.

² Anne F. Bayefsky, *Defining Equality Rights*, **Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms**, Anne F. Bayefsky; Mary Eberts (ed.), Carswell, Toronto, Calgary, Vancouver, 1985, s. 31.

³ “Çingene” veya “Roman” kavramlarının her ikisinin birden kullanılmasının nedeni, Türkiye’de yaşayan ve bu etnik gruba mensup olan kişilerin bu kavramların birini veya diğerini tercih etmeleri ve kullanmaları ve ayrıca kimi zaman kullandıkları kavram dışında kalan diğer kavrama olumsuzluk atfetmeleridir.

söz konusu olmaktadır. Örneğin bir hukuki düzenlemede veya toplu iş sözleşmesinde erkekler ve kadınlar için farklı ücretler öngörülmesi doğrudan ayrımcılık olarak kabul edilebilir. İkinci durumda ise mevcut herhangi bir doğrudan ayrımcılık içermeyen (covert) bir normun uygulanırken, bir kişiye, mensubu olduğu veya olduğu düşünüldüğü grup dolayısıyla farklı muamele yapılması durumudur. Örneğin yabancıları veya kadınları işe almak istemeyen bir şirketin bu gruplara mensup kişilerin karşılamaları zor olan ölçütler öngörmesi belirtilen ikinci duruma girmektedir. İlk durumda normun kendisi belirli bir gruba yönelik olarak ayrımcılığa yol açarken, ikinci durumda ise ayrımcı olmayan bir normun uygulaması hem belirli bir gruba yönelik hem de somut olarak belirli bir gruba mensup bir bireye yönelik ayrımcılığa yol açmaktadır.

Doğrudan ayrımcılıkta çeşitli önyargılar (prejudices) rol oynayabilmektedir ve bu durumda ayrımcı muamele üstü örtülü biçimde ortaya çıkmaktadır.⁴ Bu konuda da benzer niteliklere sahip olmasına karşın müşterilerin hoşlanmayacağını düşünerek, bir kişinin cinsel yönelimi nedeniyle veya bir kişinin yabancı dilde bir soyadı olan kişinin o ülkede yaygın olarak konuşulan dili anadili gibi konuşamayacağı gerekçesiyle işe alınmaması örnek verilebilir.

Doğrudan ayrımcılık istatistiksel düzeyde ortaya çıkmasıdır. Belli bir grubun öngörülen bazı ölçütleri karşılayamayacağı düşünülerek o grubun bütünüyle bir düzenlemenin kapsamının dışında bırakılması söz konusu olabilmektedir. Ayrıca, bazı kişilerin öngörülen ölçütleri yerine getirebilmesi söz konusu olsa da, bu kişiler, o grubun bir mensubu olmaları sıfatıyla kapsam dışında tutulabilmektedir.⁵ Bu duruma örnek olarak belli mesleklerde kadınların çalışmasının yasaklanması veya sadece erkeklerin işe alınması ya da belirli bir yaşın üzerindeki kişilerin zorunlu emekliliğe sevk edilmesi verilebilir. Burada gerekli eğitim seviyesini haiz bazı kadınların veya yaşı büyük olsa da fiziksel durumu belirli bir iş için yeterli olan kişilerin sadece mensubu oldukları grup nedeniyle işe alınmaması sonucunda doğrudan ayrımcılık ortaya çıkabilmektedir.

⁴ Christa Tobler, **Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under the EC Law**, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2005, s. 54-55.

⁵ Anna Christensen, *Structural Aspects of Anti-Discriminatory Legislation and Process of Normative Change*, **Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination**, Ann Numhauser-Henning (ed.), Kluwer Law International, The Hague, 2001, s. 40.

Önyargılar özellikle karar alma süreçlerinde etkili olabilmektedir. ABAD'nın önüne gelen bir davada, bir işte, henüz kişinin o işte gösterdiği performans belirlenmeden önce yalnızca kadınların erkeklerden daha az performans göstereceği beklentisi ile kadınların daha az ücrete hak kazanmalarına dair düzenleme ayrımcı nitelikte bulunmuştur.⁶ AİHM ise bir davada eşitlik talebine ilgili bir dizi başka konuda gösteri yapmak isteyen LGBTT haklarını savunan bir hükümetdışı örgütün bu yönde başvurusu, başka hükümetdışı örgütlerin başka konularla ilgili gösteri yapma talepleri kabul edilmesine karşın ilgili kamu makamı tarafından reddedilmiştir. Reddedilme gerekçesi, başvuruda trafiğe dair bir organizasyon planının gösterilmemesi ve diğer gösterilerle bir çatışma çıkma olasılığının engellenmesi olarak ifade edilmiştir. Olayla doğrudan bağlantılı olmamakla beraber ret kararını veren belediye başkanının çeşitli medya organlarında “eşcinsellik propagandasına karşı olduğuna dair” beyanları yer almıştır. AİHM, bu beyanları göz önünde tutarak gösteri yapma izni verilmemesini 11. madde ile birlikte 14. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁷ AİHM, evli olmayan kişinin evlat edinmesine izin verilmemesi ile ilgili yapılan bir başvuruda da, evlat edinmeye izin verilmemesi kararında açıkça belirtilmiş olmamasına karşın başvurucunun eşcinsel olmasının kararda etkili olduğunu kabul ederek aile yaşamına saygı hakkı ile birlikte ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁸

B. Doğrudan Ayrımcılığın Hukuki Kaynakları

Doğrudan ayrımcılık kavramı uluslararası sözleşmelerde açık biçimde tanınmamıştır. Ancak ayrımcılıkla ilgili tanımlarda yer alan, örneğin IAOKS'nin 1. maddesindeki, “...insan haklarının ve temel özgürlüklerin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını yahut bunlardan bunların kullanılmasını kaldırmak yahut zayıflatmak amacını taşıyan ya da etkisini doğuran, ırk, renk, soy veya ulusal yahut etnik kökene dayalı herhangi bir farklılık gözetme, dışlama, kısıtlama yahut öncelik

⁶ ABAD, *Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, Case C-381/99, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 26 June 2001, para. 76.

⁷ AİHM, *Baczkowski and Others v. Poland*, Application No.1543/06, Judgment, 03.05.2007, paras. 98-101.

⁸ AİHM, *Frette v. France*, Application No.36515/97, Judgment, 26.02.2002.

tanıma”şeklindeki ayrımcılık tanımında bulunan“amacını taşıyan” ifadesi doğrudan ayrımcılık kavramına işaret etmektedir.

Uluslararası sözleşmeler dışında sözleşme organlarınca ortaya konulan ve doğrudan ayrımcılığın tanımını yapan bir dizi belge mevcuttur. ESKHS'nin denetim organı olan ESKHK, 20 No'lu Genel Yorum'da doğrudan ayrımcılığı tanımlamıştır. Komite'ye göre, bir bireyin benzer bir durumda diğer bir bireye göre ayrımcılığın yasaklandığı nedenler temelinde daha olumsuz bir muamele görmesi halinde ortaya çıkmaktadır.⁹

AİHS'nin 14. maddesi ayrımcılığın tanımı ile beraber doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın tanımına da yer vermemiştir. AİHM'nin AİHS/Protokol No. 12 ile ilgili görüşlerinde ve içtihatları ile ortaya koyduğu tanım büyük ölçüde doğrudan ayrımcılığın bir tanımıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından bir muameledeki farklılık, makul ve nesnel bir haklı neden dayanmıyorsa, bu muamelenin meşru bir amacı bulunmuyorsa ve gerçekleştirilmek istenen amaç ile başvuru yöntem arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa ayrımcılık oluşmaktadır.¹⁰ AİHM'nin doğrudan ayrımcılıkla ilgili sergilediği bu yaklaşımını zamanda yukarıda da ifade edilen Aristocu şekli eşitlik anlayışının bir yansımasıdır.¹¹

Avrupa Konseyi çerçevesinde Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI) de doğrudan ayrımcılığın tanımını yapmıştır. ECRI'nin çalışma alanı ırkçılık ve ırk ayrımcılığı olduğu için doğrudan ayrımcılığın tanımı da bu çerçevede yapılmıştır. ECRI'nin yayınlamış olduğu Irkçılık ve Irk Ayrımcılığı ile Mücadelede Ulusal Mevzuat üzerine 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi'nde doğrudan

⁹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 20, Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2), 02.07.2009, E/C.12/GC/20 (bundan sonra “ESKHK, 20 No'lu Genel Yorum” olarak anılacaktır), para. 10, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012).

¹⁰ Opinion of the European Court of Human Rights on Draft Protocol 12 to the European Convention on Human Rights, Doc 8606, 5 January 2000, para. 5, <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc00/EDOC8608.htm> (erişim:01.04.2012) AİHM, *Case 'Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium'*, Application Nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment, 23.07.1968, para. 10; *Marckx v. Belgium*, Application No.6833/74, Judgment, 13.06.1979, para. 33; *Rasmussen v. Denmark*, Application No.8777/79, Judgment, 28.11.1984, para. 38.

¹¹ Mark Bell, *Direct Discrimination, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Dagmar Schiek; Lisa Waddington; Mark Bell (ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007, s. 189.

ırk ayrımcılığı, “ırk, renk, dil, din, vatandaşlık, ulusal ya da etnik köken gibi bir temelde, nesnel ve makul bir biçimde haklı nedeni olmayan her türlü farklı muamele” şeklinde tanımlamıştır. ECRI’ye göre “söz konusu muamelenin meşru bir amacının olmaması veya gerçekleştirilmek istenen amaç ile başvuru yöntem arasında makul bir orantılılık ilişkisi olmadığı durumda farklı muamele nesnel ve makul olarak haklı kılınmaz.”¹² ECRI bu tanımı büyük ölçüde AB’nin 2000/43/EC ve 2006/54/EC sayılı Direktiflerinde yer alan tanımlar ve AİHM’nin içtihatlarından esinlenerek yaptığı ifade edilmektedir.¹³

Ancak tanımın AİHM’nin içtihatları ile ortaya konulan doğrudan ayrımcılık tanımı ile benzerlik taşıdığı görülmektedir. ECRI’nin 7 No’lu Genel Politika Tavsiyesi ile konu bakımından benzer olan 2000/43/EC sayılı Direktif’te yer alan doğrudan ayrımcılık tanımında aşağıda da görülebileceği üzere nesnel ve makul bir nedene dayanma ölçütüne yer verilmemiştir. Bu noktada sadece gerçek ve belirleyici mesleki gereklilikler (genuine and determining occupational requirements) gibi bazı ayrımcılık oluşturmeyen farklı muameleler tanınmıştır.¹⁴ AİHM ise hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık açısından nesnel ve makul bir nedene dayanma ölçütünü uygulamaktadır. Dolayısıyla doğrudan ayrımcılık tanımı açısından ECRI’nin 2000/43/EC sayılı Direktif’ten çok, AİHM içtihatlarında yer alan doğrudan ayrımcılık tanımını benimsediği söylenebilir.

Doğrudan ayrımcılığı ESKHK’nin yayınladığı 20 No’lu Genel Yorum’dan çok önce tanımlayan ilk belge AB tarafından 2000 yılında kabul edilen 2000/43/EC sayılı Direktif’tir. Direktif’in 2/a maddesinde, doğrudan ayrımcılık, ırk veya etnik köken temelleriyle sınırlı olarak, bir kişiye, ırk veya etnik kökene dayalı olarak, karşılaştırılabilir bir durumda, diğer bir kişiye göre daha az tercih edilir şekilde

¹² European Commission against Racism and Intolerance General Policy Recommendation No:7 on national Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, 13.12.2002 (bundan sonra ECRI, 7 No’lu genel politika Tavsiyesi” olarak anılacaktır), para. I/b, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications_en.asp#P880_10014 (erişim:01.04.2012)

¹³ a.g.b., para. 8.

¹⁴ Giancarlo Cardinale, *The Preparation of the ECRI General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Jan Niessen; Isabelle Chopin (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004, s. 86.

muamele edilmesi, edilmiş olması veya edilebilir olması olarak tanımlanmıştır.¹⁵ Bu tanım daha sonraki tarihlerde kabul edilen 2000/78/EC¹⁶, 2002/73/EC¹⁷, 2004/113/EC¹⁸ ve 2006/54/EC sayılı Direktiflerde de benimsenmiştir.

AB hukuku doğrudan ayrımcılıkla ilgili olarak AİHS'den önemli ölçüde farklılaşmaktadır. AİHS'de hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık açısından farklı muamelenin nesnel ve makul bir nedeni olabilirken, AB hukukunda bu yalnızca dolaylı ayrımcılık için geçerlidir. AB hukukunda doğrudan ayrımcılığın herhangi bir nedenle nesnel ve makul nedeni olabileceği kabul edilmemiştir. Direktiflerde bazı ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelere yer verilmiştir. Örneğin 2000/43/EC sayılı Direktif'in 4. maddesinde gerçek ve belirleyici mesleki gereklilik ve 5. maddesinde özel önlemler açısından iki ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele öngörülmüştür. AİHM ise yukarıda belirtilen doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkla ilgili uyguladığı ortak ölçütler yanında, bazı ayrımcılık temellerini “şüpheli” olarak görerek nesnel ve makul bir nedene dayandığının kabul edilmesini önemli bir gerekçenin mevcut olması koşuluna bağlamıştır.¹⁹ Dolayısıyla AB hukukunda doğrudan ayrımcılığın AİHM'nenazaran daha sıkı bir denetime tabi tutulduğu

¹⁵ Irk ve Etnik Kökenine Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulanmasına Dair 29 Haziran 2000 tarihli ve 2000/43/EC sayılı Konsey Direktifi (Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin), madde 2/a,

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_180/l_18020000719en00220026.pdf

(erişim:01.04.2012), “*direct discrimination shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation on grounds of racial or ethnic origin...*”

¹⁶ bkz, 2000/43/EC sayılı Direktif, madde 2/a.

¹⁷ İstihdama Erişim, Mesleki Eğitim ve Meslekte Yükselme ve Çalışma Koşullarında Kadınlara ve Erkeklerle Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifini değiştiren 23 Eylül 2002 tarihli ve 2002/73/EC sayılı Konsey Direktifi (Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions), madde 2/2, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0073:EN:HTML> (erişim:01.04.2012)

¹⁸ Kadın ve Erkek Arasında Mal ve Hizmetlerin Arzına Erişimde Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair 13 Aralık 2004 tarihli ve 2004/113/EC sayılı Konsey Direktifi (Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services), madde 2-b, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0113:EN:HTML> (erişim: 01.04.2012)

¹⁹ Erica Antoinette Maria Howard, **The Road to Equality: Developing the Protection Against Discrimination on Racial or Ethnic Grounds within the European Union**, Thesis submitted to the Department of Law, Queen Mary, University of London for the Degree of Doctor of Philosophy, London, 2007, s. 230.

söylenbilir. Ancak AB hukukunda doğrudan ayrımcılığa dair düzenlemeler açısından, doğrudan ayrımcılığın ortaya konulması noktasında, hamilelik durumu haricinde bir karşılaştırma yapılması gerekmektedir. Bu nedenle AB açısından da yukarıda da ifade edilen Aristocu bir eşitlik anlayışı doğrultusunda maddi eşitlikten çok şekli eşitlik anlayışının benimsenmiştir denilebilir.²⁰

C. Doğrudan Ayrımcılık Kavramının Sınırları

1. Karşılaştırma Yapma Zorunluluğu

Doğrudan ayrımcılık kavramı şekli eşitlik ilkesi ve hukuk önünde eşitlik ilkesi gibi ayrımcılıkla mücadele açısından yetersiz bulunmaktadır ve birçok eleştiri ile karşılaşmaktadır. Bu eleştirilerden ilki doğrudan ayrımcılık kavramının ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişinin kendisi ile bir karşılaştırma yapılabilmesi için bir karşılaştırma öznesi bulma zorunluluğudur.²¹ Karşılaştırma yapılacak kişinin, mağdur ile karşılaştırılabilir bir kişi olması, mağdur ile kıyaslandığında daha olumlu bir muamele görmüş olması ve ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerde yer alan temellerden birine (ırk, renk, dil, din vs.) mensup olması gerekmektedir. Karşılaştırma yapılacak karşılaştırma öznesinin nasıl belirlendiği doğrudan ayrımcılığın sağladığı korumanın ortaya çıkmasına veya ortadan kalkmasına yol açabilecektir.²² Karşılaştırma yapılacak birinin yokluğu mağduru kavramın sağladığı korumadan yoksun bırakabilmektedir. Örneğin hamile olduğu için işine son verilen bir kadının, lezbiyen olduğu için görev yaptığı bir okulda taciz ile karşılaşan bir öğretmenin durumunda karşılaştırma yapılacak bir kişinin bulunması oldukça zordur.²³ Yine bazı sektörlerde çalışanların çok büyük kısmının erkek olduğu

²⁰ Dagmar Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, **European Law Journal**, Vol. 8, No. 2, Blackwell Publishing, Oxford, 2002, s. 306.

²¹ Fredman, **Discrimination Law**, s. 7.

²² Bell, *Direct Discrimination*, s. 205. Örneğin bkz, ABAD, *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd.*, Case C-249/1996, Judgment of the Court of 17 February 1998, para. 29 vd. Tam tersi yönde başka bir karar için bkz, AİHM, *Karner v. Austria*, Application No.40016/98, Judgment, 24.07.2003 ve İHK, *Young v. Australia*, Communication No. 2000/941, View, 18.09.2003, CCPR/C/78/D/941/2000.

²³ Ronald Craig, **Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality**, Brill Academic Publishers, Lieden, 2006, s. 39.

durumda kadınlara yönelik ayrımcılık söz konusu olduğunda karşılaştırma yapılacak kişi bulmak zor olabilmektedir. Kadınların hamilelik nedeniyle işine son verildiği bir durumda karşılaştırma yapılacak bir erkek bulunması imkânsızdır.²⁴

AB hukukunda 2000/43/EC sayılı Direktif böyle bir durumda varsayımsal bir karşılaştırma öznesinin kullanımına izin vermektedir²⁵ ve bu anlamda mevcut anlayıştan bir kopuşu ifade etmektedir.²⁶ Direktif doğrudan ayrımcılığı tanımlarken, “daha az tercih edilir şekilde muamele edilmesi, edilmiş olması veya edilebilir olması halinde” doğrudan ayrımcılığın ortaya çıkacağını belirtmiş ve bu şekil de bir yaklaşımın yolunu açmıştır. ABAD verdiği kararlarda, hamilelik veya annelik nedeniyle kadınların daha olumsuz muamele görmeleri durumunda cinsiyet temelinde doğrudan ayrımcılığın ortaya çıkacağına karar vermiştir.²⁷ Bu durum daha sonra 2006/54/EC sayılı Direktif’in 2/2-c maddesinde bir kadına hamilelik veya doğum izniyle ilgili olarak daha az avantajlı davranılması ayrımcılığın bir biçimi olarak tanımlanmasına yol açmıştır.

AB hukukunda sergilenen yaklaşım benzer şekilde ESKHK’nin yayınladığı 20 No’lu Genel Yorum’da da sergilenmiştir. Bu belgede doğrudan ayrımcılığın karşılaştırılabilir benzer bir durum söz konusu olmadığında ayrımcılığın yasaklandığı nedenler temelinde yapılan ve zarar veren eylemleri ya da ihmalleri de içereceği belirtilmiştir ve örnek olarak da hamile kadınların durumu gösterilmiştir.²⁸ İHK ise, eski tarihli bir kararında, askerlik hizmetini vicdani reddi nedeniyle sivil hizmet yaparak yerine getiren başvurusunun askerlik hizmeti dışında sivil olarak aynı işte çalışan kişilere göre %10 daha az ücret alması ile ilgili yapılan bir şikâyet başvurusunu değerlendirmiştir. Komite, karşılaştırmanın askerlik hizmetini sivil hizmet olarak yerine getiren kişiler ile sivil kişiler arasında değil, askerlik hizmetini

²⁴ Bell, *Direct Discrimination*, s. 206.

²⁵ Mark Bell, **Anti-discrimination Law and the European Union**, Oxford University Press, New York, 2002, s. 75; Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, s. 295-296; Ellis, s. 165; Sejal Parmar, *The European Court of Justice and Anti-Discrimination Law: Some Reflections on the Experience of Gender Equality Jurisprudence for the Future Interpretation of the Racial Equality Directive*, **The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe**, Jan Niessen; Isabelle Chopin (ed.), Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2004, s. 143.

²⁶ Bell, **Anti-discrimination Law and the European Union**, s. 75.

²⁷ ABAD, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, Case C-177/88, Judgment of the Court of 8 November 1990, para. 13. Benzer şekilde bkz, Yargıtay 9. HD, E. 2004/25538, K. 2005/14932, K.t. 28.04.2005.

²⁸ ESKHK, 20 No’lu Genel Yorum, para. 10.

sivil hizmet şeklinde yerine getirenler ve getirmeyenler arasında yapılması gerektiğini ifade etmiştir.²⁹ Komite'nin neden bu şekilde bir karşılaştırma yaptığına dair doyurucu bir gerekçe ortaya koyamadığı belirtilmektedir.³⁰ Görüldüğü gibi karşılaştırma öznesinin seçimi bu noktada oldukça önemlidir ve ayrımcılığın ortaya konulmasında önemli bir rol oynayabilmektedir.

2. Asimilasyoncu Yaklaşım

Doğrudan ayrımcılık kavramına yönelik ikinci eleştiri, kavramın ayrımcılık mağduru olduğunu iddia eden kişiyi karşılaştırma yapılacak kişi ile benzer olmaya zorlamasıdır.³¹ Bunun sonucu ise çeşitliliği olumlanması yerine asimilasyoncu bir yaklaşımın ortaya çıkmasıdır.³² Benzerlik yerine farklılığın öne çıkarıldığı durumda ise karşılaştırma yapma olanağı ortadan kalkmakta ve böylece ayrımcılık yapıldığını iddia etmek mümkün olamamaktadır.

Ayrımcılık vakalarının büyük çoğunluğunda karşılaştırma yapılacak kişi toplum içerisinde avantajlı durumda bulunan gruplardan birine mensuptur. Örneğin yarı zamanlı bir işte çalışan bir kadının, yarı zamanlı çalıştığı için tam zamanlı çalışanlara göre farklı muamele ile karşılaştığında doğrudan ayrımcılık mağduru olduğunu iddia edebilmesi için tam zamanlı çalışan olması gerekmektedir. Aynı durum bir ülkeye göç eden bir işçinin terfi etmesi için gereken çalışma süresinin hesaplanmasında daha önce yaşadığı ülkede benzer pozisyonda çalışmış olduğu sürenin dikkate alınmaması durumunda da söz konusu olabilmektedir.³³

²⁹ İHK, *H.A.E.d.J. v. The Netherlands*, Communication No. 297/1988, View, 30.10.1989

³⁰ Choudry, *Interpreting the Right to Equality*, s. 34.

³¹ Fredman, **Discrimination Law**, s. 8.

³² Zorunlu din dersleri ile ilgili bir Danıştay kararında "...Türkiye'de hakim olan dinsel çeşitliliğin, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi derslerinde dikkate alınmadığı, özellikle Alevi inancına sahip topluluğun Türk nüfusundaki oranının çok büyük olmasına rağmen, öğrencilerin Alevi inancının itikat veya ibadet unsurları hakkında eğitim almadığı..." ifadelerine yer verilerek, zorunlu din derslerinde, üstü kapalı olarak bu yaklaşımın benimsediği ortaya koyulmuştur. Bkz, Danıştay 8. Daire, E. 2006/4107, K. 2007/7481, K.t. 28.12.2007.

³³ Craig, s. 39.

3. Aşağıya Doğru Eşitleme

Doğrudan ayrımcılıkla ilgili dile getirilen üçüncü bir eleştiri ise, kavramın bir normatif kavram olarak içi boş bir kavram olduğu ve hakkaniyet ya da adalet açısından asgari bir içerik bile taşımadığı şeklindedir. Benzer konumda olan iki kişiye aynı muamele yapıldığı durumda ayrımcılık oluşmayacağına dair anlayış, örneğin, bir işyerinde bir erkek ve bir kadının işveren tarafından aynı şekilde tacize uğradığı durumda ayrımcılık oluşmayacağı anlamına gelecektir. Bu konuda başka bir sorunlu alan ise bir gruba bir olanak sağlandığı durumda diğer gruba sağlanmaması nedeniyle ayrımcılık yapıldığına dair bir karar sonucunda olanak sağlanmayan gruba aynı olanağın sağlanması yerine olanak sağlanan gruba sağlanan olanağın kaldırılması yaklaşımıdır.³⁴ Örneğin AIHM bir davada Birleşik Krallık hukukunda vatandaş olmayan evli erkeklerin eşlerini vatandaşı oldukları ülkeden yanlarına getirme hakları bulunduğu halde, vatandaş olmayan evli kadınların eşlerini yanlarına getirme olanağı bulunmamasını ayrımcılık yasağının ihlali olarak yorumlamıştır.³⁵ Birleşik Krallık'ın bu karara yaklaşımı ise vatandaş olmayan erkeklerin de eşlerini buldukları ülkeye getirebilmelerine dair olanağı kaldırmak yönünde olmuştur. Bu şekilde kadınlar ve erkeklerin eşit durumda olduklarını kabul olumlu düzenlemede değil olumsuz düzenlemede gerçekleşmiş olmaktadır.

4. Farklı Muamelenin Ortaya Konulmasında Yaşanan Zorluklar

Doğrudan ayrımcılık kavramına getirilen dördüncü ve son eleştiri ise, karşılaştırma yapılacak kişiye yapılan muamelenin parametrelerini ortaya koymanın zor olduğu durumda doğrudan ayrımcılık iddiasında bulunulmasının zor olmasıdır.³⁶ Örneğin bir işyerinde herkesin ücretine zam yapıldığı durumda kimin ücretine ne kadar zam yapıldığının ve kimin diğerine göre daha az veya çok zam aldığı bilmesi mümkün olamamaktadır. Bu durumda bir kişinin bir ayrımcılık temelinde farklı muameleye uğrayıp uğramadığının ortaya konulması da mümkün

³⁴ Fredman, **Discrimination Law**, s. 8.

³⁵ AIHM, *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. the United Kingdom*, Application No.9214/80, Judgment, 25.05.1985, para 71.

³⁶ Fredman, **Discrimination Law**, s. 10.

olamamaktadır. Benzer durum işe alınmalar açısından da geçerli olabilmektedir. Bu durum özellikle takdir yetkisinin kullanımının söz konusu olduğu alanlarda ortaya çıkabilmektedir.³⁷

Yukarıda şekli eşitlik ilkesine dair getirilen eleştirilerin benzeri niteliğindeki bu eleştirilerinde doğrudan ayrımcılık için de dile getirildiği görülmektedir. Şüphesiz bu durum doğrudan ayrımcılık kavramının tamamen işlevsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Ancak doğrudan ayrımcılık kavramı sistematik ayrımcı muamelelerin yaşandığı bir toplumda ayrımcılık yasağının etkili bir şekilde hayata geçirilmesi noktasında oldukça yetersiz kalabilmektedir. Bu sebeple günümüzde ayrımcılık kavramının ayrılmaz parçası kabul edilen dolaylı ayrımcılık kavramı ortaya çıkmıştır.

II. Dolaylı Ayrımcılık

A. Dolaylı Ayrımcılık Kavramı

1. Dolaylı Ayrımcılık Kavramı ve Doğrudan Ayrımcılıktan Farkları

Kişilere eşit muamele yoluyla ayrımcılık yapılması öğretide dolaylı ayrımcılık (indirect discrimination, de facto discrimination, disparate impact discrimination, adverse impact discrimination, discrimination) olarak adlandırılmaktadır. Şekli eşitlik anlayışından uzaklaşarak maddi eşitlik anlayışının benimsenmeye başlaması ayrımcılık karşıtı düzenlemelerde kendisini dolaylı ayrımcılık kavramının ortaya çıkışı ile göstermiştir.³⁸ Başka bir deyişle şekli eşitlik anlayışı ile ilgili getirilen eleştirilere karşı en önemli yanıtlardan biri dolaylı ayrımcılık kavramının kabul edilmesidir.³⁹ Şüphesiz maddi eşitlik anlayışını dolaylı ayrımcılık kavramına indirgemek mümkün değildir. Ancak maddi eşitlik anlayışının ayrımcılıkla ilgili hukuk kurallarında gerektirdiği düzenlemelerden birinin dolaylı

³⁷ Craig, s. 40-41.

³⁸ Ellis, s. 87; Mark Bell, **Racism and Equality in the European Union**, Oxford University Press, UK, 2008, s. 32.

³⁹ Sandra Fredman, *Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality*, **Discrimination and Human Rights: The Case of Racism**, Sandra Fredman (ed.), Academy of European Law-European University Institute, Oxford University Press, Cornwall, 2001, s. 23.

ayrımcılık olduğunu söylemek mümkündür.⁴⁰ Doğrudan ayrımcılık kavramının ortaya çıkışı ve ayrımcı muamelelerin hukuka aykırı kabul edilmesi ile birlikte ayrımcı muamelelerin doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi açık biçimde değil, daha kapalı biçimde ortaya çıktığı için dolaylı ayrımcılık kavramına ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir.⁴¹

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık birçok noktada farklılıklar taşımaktadır. Dolaylı ayrımcılıkta, kişilerin, eşit durumda olmayanlar arasında herhangi bir sınıflandırma yapılmaksızın aynı kurala tabi olmaları söz konudur. Doğrudan ayrımcılıkla, dolaylı ayrımcılık arasındaki en temel farklılık, birincisinin farklı muameleyi yasaklarken, ikincisinin ayrımcı etkileri olan aynı muameleyi yasaklamasıdır. Doğrudan ayrımcılık bir normun veya uygulamanın ayrımcılık mağduruna ve karşılaştırma öznesine aynı biçimde uygulanmasını öne çıkarırken normun veya uygulamanın kendisine odaklanmamaktadır. Dolaylı ayrımcılık ise normun veya uygulamanın içeriği de önem kazanmaktadır. Doğrudan ayrımcılıkta doğrudan bir ayrımcılık temeline dayanılırken, dolaylı ayrımcılıkta ancak dolaylı olarak bir ayrımcılık temeline dayanılmaktadır. Yine doğrudan ayrımcılıkta ayrımcı muamele açık biçimde ortada iken dolaylı ayrımcılıkta ayrımcı muamele açık değildir ve sonuç ve etkileri itibarıyla aynı muamelenin ayrımcılığa yol açtığı ortaya konulması gerekmektedir. Doğrudan ayrımcılık söz konusu olduğunda farklı muamelenin amacına bakılırken, dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda aynı muamelenin etkisine bakıldığı söylenebilir. Diğer bir farklılık doğrudan ayrımcılıkta kişiye yönelik farklı muamele söz konusu iken dolaylı ayrımcılıkta bir gruba yönelik ayrımcı etki ve sonuç doğuran aynı muamele söz konusudur. Dolayısıyla ilki kişi odaklı iken ikincisi grup odaklıdır. Bu nedenle ilki kişiye özel bir ispat rejimi öngörürken ikincisi grup temelli bir ispat rejimi öngörmektedir.

Dolaylı ayrımcılığa örnek olarak oy verme hakkında öngörülen bazı ölçütler verilebilir. Örneğin oy verme hakkı için okuma yazma bilme, vergi ödeme gibi ölçütler öngörüldüğü durumda bu ölçütler herkes için geçerli olmakla birlikte bazı dezavantajlı grupları oy verme hakkını kullanamaz hale getirebilmektedir. Başka bir

⁴⁰ Dagmar Schiek, *Indirect Discrimination, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Dagmar Schiek; Lisa Waddington; Mark Bell (ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007, s. 323.

⁴¹ Tobler, *Indirect Discrimination*, s. 57.

örnek olarak 180cm'nin altında boy uzunluğuna sahip olmayan kişilerin polislik mesleğine alınmaması veya bir meslekle ilgili eğitimlerin günün geç saatlerinde ya da hafta sonları düzenlenmesi belirtilebilir. Burada görünüşte bir ayrımcılık yoktur ancak ilk örnekte kadınlar ve bazı etnik gruplar ve ikinci örnekte çocuklarına bakmak durumunda kalan kadınlar değerlendirildiğinde söz konusu kural veya uygulamanın dolaylı bir ayrımcılık yaratabileceği ortadadır. Bu noktada yasal düzenlemenin lafzına değil olası etki ve sonuçlarına odaklanılmaktadır.

Dolaylı ayrımcılık hukuken, farklı muamelelerin değil, herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan, ancak bazı kişi ve gruplar üzerinde diğerlerinden farklı olarak veya diğer gruplardan daha fazla olumsuz etkiler yaratan ve nesnel ve makul kabul edilemeyecek yasal düzenleme veya uygulama olarak tanımlanabilir. Burada farklı muamele kadar aynı muamelenin de eşit olmayan sonuçlar yaratabileceği dikkate alınmakta ve muamelenin sonuçları üzerinden bir değerlendirme yapılmaktadır. Dolayısıyla doğrudan ayrımcılıkta gündeme gelen farklılık gözetme, dışlama, kısıtlama veya öncelik tanıma gibi fiillerin kendisi değil sonuçları birer ölçüt haline gelmektedir.

2. Dolaylı Ayrımcılığın Farklı Biçimleri

Dolaylı ayrımcılık kavramı, üç farklı biçimde ortaya çıkabilmektedir.⁴² Bunlardan ilki görünüşte tarafsız olan bir kural, ölçüt veya uygulamanın, belirli bir gruba mensup kişileri özellikle dezavantajlı hale getirecek gibi görünmesi ve dezavantajı yaratan düzenlemenin makul ve nesnel bir gerekçesinin olmaması halidir. Burada tarafsız kabul edilen düzenlemenin uygulanmadan önceki aşamada belirli grupları dezavantajlı duruma sokabileceği ihtimali öngörülmektedir.⁴³ Dolaylı ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişi, tarafsız kural, ölçüt ya da uygulamadan kaynaklanan ve kendisi aleyhine ortaya çıkan etkiyi (adverse impact veya detrimental effect) ispatlamak durumundadır.

⁴² Bu sınıflandırma için bkz, Olivier De Schutter, **The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives**, European Commission, Luxembourg, 2005, s. 16.

⁴³ ABAD, *O'Flynn v. Adjudication Office*, Case C-237/94, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 23 May 1996, paras. 20-21.

İkinci olarak ise genel nitelikte bir önlem uygulandığında belli bir gruba mensup orantısız biçimde yüksek sayıda kişiyi, diğer gruplara mensup kişilere göre daha dezavantajlı duruma sokması ve orantısız etki doğuran önlemin nesnel ve makul bir nedeninin bulunmaması halidir. Bu durum orantısız etki ayrımcılığı (disparate impact discrimination) olarak da adlandırılmaktadır.⁴⁴

Son olarak ise genel olarak alınan bir önlemin nesnel ve makul bir neden olmaksızın farklı durumda kabul edilebilecek bir kişiye veya bir kategoriye giren kişilere herhangi bir istisna getirilmeksizin uygulanması durumunda dolaylı ayrımcılık oluşabilmektedir.⁴⁵ Bu noktada akla gelebilecek bir örnek bir kişinin dini inancının gerektirdiği bazı özel ihtiyaçların karşılanmamasıdır.⁴⁶

B. Dolaylı Ayrımcılığın Hukuki Kaynakları

Dolaylı ayrımcılığı normatif ve içtihadi kaynaklarına geçmeden önce kavramın büyük ölçüde Anglosakson hukukuna ait bir kavram olarak doğduğu belirtilebilir.⁴⁷ Kavram bugünkü şekliyle olmasa dahi ilk kez BM'nin kuruluşu öncesinde Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın (Permanent Court of International Justice) İstisari Görüşlerinde (Advisory Opinions) ortaya çıkmıştır. Kavram devletler genel hukukunda ortaya çıkan bir kavram olarak açıkça kullanılmamış ancak hukuk içinde eşitlik (equality in law) ve fiilen eşitlik (equality in fact) kavramları çerçevesinde dile getirilmiştir.⁴⁸ Şüphesiz fiilen eşitlik kavramı dolaylı ayrımcılık kavramı ile birebir örtüşmemektedir ancak dolaylı ayrımcılık kavramının ortaya çıkış sürecinde ilk basamak olarak kabul edilebilir.⁴⁹

⁴⁴ Dolaylı ayrımcılık kavramı yerine Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi tarafından "disparate impact" kavramı kullanılmaktadır. Loenen, s. 195.

⁴⁵ Bu durumu dolaylı ayrımcılığın bir görünümü olarak kabul etmeyen yazarlar için bkz, Christa Tobler, **Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination**, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Luxemburg, 2008, s. 13; Bell, *Direct Discrimination*, s. 189.

⁴⁶ De Schutter, **The Prohibition of Discrimination**, s. 16.

⁴⁷ Schiek, *Indirect Discrimination*, s. 324.

⁴⁸ Örneğin bkz, UDAD, *German Settlers in Poland*, Advisory Opinion of 10 September 1923, s. 24; *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Advisory Opinion of 4 February 1932, s. 28; *Minority Schools in Albania*, Advisory Opinion of 6 April 1935, s. 19.

⁴⁹ Schiek, *Indirect Discrimination*, s. 335.

Kavramın ortaya çıkışına dair en çok gönderme yapılan dava Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi(Supreme Court of the United States) tarafından 1971 yılında sonuçlandırılan *Griggs v. Duke Power Co.* adlı davadır.⁵⁰ Anılan davada Duke Power adlı şirkette, işe girmek veya işte yükselmek için lise diplomasına sahip olma veya bir zekâ testi şartı getirilmesi üzerine ırk ayrımcılığı iddiasıyla dava açılmıştır. Söz konusu şirkette mevcut işlerin büyük bölümü büyük beceri gerektirmemektedir ve öngörülen ölçütlerin belirtilen işleri başarı ile yerine getirilmesi noktasında bir gerekliliği bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme bir işi yerine getirme yeteneğini ölçme amacı taşımayan ölçütlerin görünüşte tarafsız olmasına karşın belli etnik gruplar üzerinde olumsuz sonuçlara yol açacağı belirtmiş ve dolaylı ayrımcılık kavramını kullanmamakla birlikte bu kavramın dolaylı tanımını yapmıştır.⁵¹ ABD’de doğan bu kavram bugün özellikle de AB hukuku dolayısıyla ABD’de olduğu gibi sadece işveren tarafından ortaya konulan politikalar çerçevesinde değil yasal düzeyde de gündeme gelmektedir.⁵²

1. Dolaylı Ayrımcılığın Normatif Kaynakları

Uluslararası sözleşmelerde dolaylı ayrımcılık yasaklanmasına rağmen dolaylı ayrımcılığın bir tanımı yapılmamıştır. Ortaya çıkan tanımlar sözleşme organları tarafından ortaya konulmuştur. Ancak bu tanımların öncesinde bu tanımların ortaya çıkmasını sağlayan düzenlemeleri belirtmek gerekir. Yukarıda ayrımcılık tanımı çerçevesinde yer verilen sözleşme maddelerinde, 111 No’lu ILO Sözleşmesi’nin 1. maddesinde “zedeleme etkisi”, Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme’nin “etkisini doğuran”, IAOKS’nin ve KKAOKS’nin 1. maddelerinde ve Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesinde “etkisini doğuran” şeklindeki ifadeler söz konusu

⁵⁰ Loenen, s. 195; Tobler, **Limits and Potential**, s. 23; Fredman, *Combating Racism with Human Rights*, s. 23; BDYM, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 US 424.

⁵¹ ABD’de dolaylı ayrımcılık kavramının gelişimi için bkz, Michael Selmi, *Indirect Discrimination: A Perspective from the United States*, Non-discrimination Law: Comparative Perspectives, Titia Loenen; Peter R. Rodrigues (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 1999, s. 197; Christa Tobler, **Indirect Discrimination**, s. 91-94.

⁵² Christopher McCrudden, *Theorising European Equality Law*, **Equality in Diversity**, Cathryn Costello; Eilis Barry (ed.), Irish Centre for European Law, 2003, s. 5.

tanımların, açıkça olmasa da dolaylı biçimde, dolaylı ayrımcılığı ayrımcılığın bir parçası olarak gördüklerini ortaya koymaktadır.

EHS dışındaki sözleşmeler, KKAOKS dışarıda bırakılırsa, bugün için oldukça eski tarihli sözleşmelerdir. Dolaylı ayrımcılık kavramının görece yeni bir kavram olarak kabul ettiğimizde bu durumu olağan kabul etmek mümkündür. Ancak EHS’nde yer alan ayrımcılık tanımında dolaylı ayrımcılığa yer verilmemesi güncel yaklaşımların benimsenmesi noktasında anlaşılmasız gözükmektedir. Nitekim Sözleşme’nin hazırlık sürecinde AB tarafından doğrudan ve dolaylı ayrımcılık ifadelerinin tanımda yer alması önerilmiş ancak bu öneri reddedilmiştir.⁵³Hâlbuki Sözleşme’nin kabulünden çok önce AB hukuku çerçevesinde kabul edilen ayrımcılık tanımları bu noktada oldukça yol gösterici niteliktedir ve benimsenmesi durumunda uluslararası sözleşmeler açısından oldukça olumlu bir ilerleme sağlanmış olabilirdi.

Belirtilen sözleşmelerde yer alan ifadelerde “ortadan kaldırma”, “amaç”, “zayıflatma” ifadeleri ile “etki” ifadeleri arasında “ve” bağlacı yerine “veya” bağlacının kullanılması aralarında herhangi bir öncelik olmadığı ve ayrımcılığın her iki durumda da ortaya çıkabileceği anlamına gelmektedir. Dolaylı ayrımcılık “etki-temelli” bir ayrımcılık türü olduğu için belirtilen tanımların doğrudan ayrımcılık kadar dolaylı ayrımcılığı da kapsamaktadır.⁵⁴Ancak bu yaklaşımı doğru bulmayan yazarlar da mevcuttur. Sözleşmelerdeki ayrımcılık tanımlarında yer alan “etki” ifadesinin hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık açısından geçerli olduğu ifade edilmiştir. Doğrudan ayrımcılığın hem belli bir saikle hem de herhangi bir ayrımcılık saiki olmaksızın gerçekleşebileceği ve belirli bir grubu dezavantajlı hale getirmeye yönelik bir ayrımcılık saikinin söz konusu olmadığı durumda “etki”nin söz konusu olabileceği vurgulanmıştır.⁵⁵ Bu duruma örnek olarak İnsan Hakları Komitesi’nin, vatandaşlık temelinde görünüşte tarafsız olmayan, buna karşın herhangi bir ayrımcılık saiki içermeyen, fakat vatandaşlık temelinde fark gözeterek vatandaş olmayanları dezavantajlı hale getiren bir etkiye gönderme yapan *Simunek v.*

⁵³ Holger Kallehaug, *General Themes Relevant to the Implementation of the UN Disability Convention into Domestic Law: Who is Responsible for the Implementation and How Should it be Performed?*, **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, Oddny Mjöll Arnardottir; Gerard Quinn (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, s. 203.

⁵⁴ Michael Banton, **International Action against Racial Discrimination**, Oxford University Press, New York, 1996, s. 66. Tobler, Christa, **Limits and Potential**, s.12.

⁵⁵ Craig, s. 70.

Czech Republic ve *Adam v. Czech Republic* adlı kararları örnek gösterilebilir.⁵⁶ Bu eleştiri haklılıktaşımakla birlikte tanımlarda yer alan “etki” ifadesinin dolaylı ayrımcılığın sözleşme organlarınca tanınmasının yolunu açtığını söylemek mümkündür.

IAOKS ayrıca 2/1-c maddesinde “Her Taraf Devlet, hükümet politikaları ile ulusal ve yerel düzeydeki politikaları gözden geçirmek ve her nerede olursa olsun, ırk ayrımcılığı yaratmaya da sürdürme etkisine sahip yasalarını ve düzenlemelerini değiştirmek, kaldırmak yahut hükümsüz kılmak üzere etkili önlemler alacaktır.” ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifade yukarıda belirtilen diğer sözleşmelerde yer almamaktadır. Bu ifade sonucunda ayrımcı etki doğuran, başka bir deyişle dolaylı ayrımcılığı yol açan yasal düzenlemelerin kaldırılması yükümlülüğü öngörülmüş olmaktadır. Sözleşme’de yer alan bu anlayış çerçevesinde dolaylı ayrımcılık bu konuda bir ayrımcılık saikinin varlığını gerektirmeksizin tanınmış olmaktadır.⁵⁷

İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI) dolaylı ayrımcılığın tanımını açık biçimde yapmıştır. ECRI’nin çalışma alanı olan ırkçılık ve ırk ayrımcılığı doğrultusunda 7 No’lu Genel Politika Tavsiyesi’nde dolaylı ırk ayrımcılığı, “görünüşte tarafsız bir kural, ölçüt ya da uygulama gibi bir etmenin, nesnel ve makul bir nedeni olmaksızın, ırk, renk, dil, din, vatandaşlık, ulusal veya etnik köken temelinde bir gruba mensup kişilerce kolaylıkla yerine getirilememesi veya söz konusu kişilere dezavantaj yaratması” olarak tanımlanmıştır. ECRI’ye göre “nesnel ve makul neden, meşru bir amacın olması ve gerçekleştirilmek istenen amaç ile başvuru yöntem arasında makul bir orantılılık ilişkisinin olması” anlamına gelmektedir.⁵⁸ ECRI bu tanımda büyük ölçüde AB’nin 2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktiflerinde yer alan tanımlar ve AİHM’nin içtihatlarından esinlendiğini ifade etmiştir.⁵⁹ Gerçekten de tanımın AB Direktiflerinden esinlenerek hazırlandığı göze çarpmaktadır. Böylece AB hukukunda ayrımcılık mağdurları açısından ispat

⁵⁶ İHK, *Simunek v. Czech Republic*, Communication No. 516/1992, View, 31.07.1995, CCPR/C/54/D/516/1992, para. 11.7-11.8; *Adam v. Czech Republic*, Communication No. 586/1994, View, 25.07.1996, CCPR/C/57/D/586/1994, para. 12.7-12.8.

⁵⁷ Theodor Meron, **Human Rights Law-Making in the United Nations, A Critique of Instruments and Process**, Clarendon Press, Oxford, 1986, s. 15.

⁵⁸ ECRI, 7 No’lu Genel Politika Tavsiyesi, para. I/c.

⁵⁹ a.g.b., para. 8.

imkânını kolaylaştırılmasını sağlayan “belirli bir dezavantaj” ifadelerine yer verilerek ispat rejimi mağdurlar bakımından kolaylaştırılmış olmaktadır.⁶⁰

AB’nin dolaylı ayrımcılık kavramının gelişiminde önemli bir rolü olmuştur⁶¹ ve dolaylı ayrımcılık kavramı eşitlik ve ayrımcılık yasağı alanında en göze çarpan gelişmelerden biri olarak nitelendirilmektedir.⁶² Kavram tanımlanmamış olmakla birlikte ilk kez ismi anılmadan 1968 yılında Topluluk İçerisinde İşçilerin Dolaşım Özgürlüğüne Dair 15 Ekim 1968 tarihli ve 1612/68 sayılı (EEC) Tüzüğü’nün 2. maddesinde⁶³, daha sonra ise bu kez adı anılarak 76/207/EEC sayılı Direktif’in 2/1 maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu ikinci düzenlemede “eşit muamele ilkesi cinsiyet temelinde özellikle evlilik veya medeni haline ilişkin doğrudan veya dolaylı herhangi bir ayrımcılık yapılmaması anlamına gelmektedir” şeklindeki ifade ile dolaylı ayrımcılık açıkça tanınmıştır.

Bugün dolaylı ayrımcılık AB hukukunda dört direktifte tanımlanmış durumdadır. Dolaylı ayrımcılığın tanımı ilk kez 1997 yılında kabul edilen Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne Dair 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/EC sayılı Konsey Direktifi’nde yer almıştır.⁶⁴ Direktif’in 2. maddesine göre, görünüşte tarafsız olan bir düzenleme, ölçüt ya da uygulama bir cinsiyete mensup ciddi anlamda yüksek oranda kişiyi dezavantajlı duruma sokuyorsa ve bunlar uygun, gerekli ve cinsiyetle ilgisiz nesnel etmenlerle haklı kılınmadığı sürece dolaylı

⁶⁰ Örneğin, İstihdam ve Meslekte Eşit Muameleye Dair Genel Çerçeve Oluşturan 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78/EC sayılı Konsey Direktifi (Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation),madde 2-b, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:EN:PDF> (erişim:01.04.2012)

⁶¹ AB hukukunda dolaylı ayrımcılık kavramının gelişimi için bkz, Tobler, **Indirect Discrimination**, s. 99 vd.

⁶² Loenen, s. 195.

⁶³ Topluluk İçerisinde İşçilerin Dolaşım Özgürlüğüne Dair 15 Ekim 1968 tarihli ve 1612/68 sayılı (EEC) Tüzüğü (Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community), <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31968R1612:EN:HTML> (erişim:01.04.2012)

⁶⁴ Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne Dair 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/EC sayılı Konsey Direktifi (Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:014:0006:0008:EN:PDF> (erişim:01.04.2012)

ayrımcılık ortaya çıkacaktır.⁶⁵ Bu tanımla kısmi farklılıklar taşıyan başka bir tanım ise 2000 tarihli 2000/43/EC sayılı ve 2000/78/EC sayılı Direktiflerde yer almıştır. 2000/43/EC sayılı Direktif'e göre, görünüşte tarafsız olan bir düzenleme, ölçüt veya uygulama, bir ırk veya etnik kökene mensup kişilere, başka kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir dezavantaj yaratıyorsa ve söz konusu düzenleme, ölçüt veya uygulamanın meşru bir nedeni bulunmuyorsa ve söz konusu amaca ulaşmak için başvurulan araçlar uygun ve gerekli değilse, dolaylı ayrımcılık oluşacaktır.⁶⁶

2000/78/EC sayılı Direktif'te diğer Direktiflerden farklı olarak bir başka ifadeye daha yer verilmiştir. Bu ifadeye göre engelliler söz konusu olduğunda, işveren veya bu Direktifin yükümlülük doğurduğu herhangi bir kişi veya kuruluşun, üye devletin ulusal mevzuatı uyarınca, söz konusu hüküm, ölçüt veya uygulamanın beraberinde getirdiği dezavantajları ortadan kaldırmak için makul uyumlaştırma kapsamında tedbirler almaması da dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir.⁶⁷ AB hukukunda dolaylı ayrımcılığa dair mevcut düzenlemeler yukarıda da ifade edildiği gibi maddi eşitlik anlayışı yönünde atılmış bir adım olarak değerlendirilmektedir.⁶⁸

2000 yılında kabul edilen AB Direktiflerinde yapılan tanım 1997 tarihli tanımdan bazı noktalarda farklılaşmaktadır.⁶⁹ 1997 tarihli tanım sadece cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılığı yasaklarken 2000 tarihli direktifler ırk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, cinsel yönelim ve yaş temelinde ayrımcılığı yasaklamaktadır. Diğer bir deyişle ayrımcılık yasağının kişi bakımından koruma alanını genişlemiştir. İkinci olarak önceki tanım dezavantajlı bir durumda bulunulmayı bir ölçüt olarak içerirken, yeni tanımda bu şekilde bir etki riskinin varlığını dahi yeterli görmüştür.

İki tanım arasındaki bir diğer farklılık ise ilk tanımda dolaylı ayrımcılığı ortaya koymanın tek yolu istatistiksel veriler iken, yeni tanımda sadece istatistiksel

⁶⁵ Bu tanım daha önce bazı ABAD kararları ile önceden benimsenmiş durumdaydı. Bu kararlar için bkz, *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, Case 170/84, Judgment of the Court of 13 May 1986, para. 31; *Ingrid Rinner-Kühn v FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, Case 171/88, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 13 July 1989, para 12.

⁶⁶ Benzer bir tanım için bkz, ABAD, *John O'Flynn v. Adjudication Office*, Case C-237/94, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 23 May 1996, paras. 20-21.

⁶⁷ 2000/78/EC sayılı Direktif, madde 2-b.

⁶⁸ Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, s. 305.

⁶⁹ Adam Tyson, *The Negotiation of the European Community Directive on Racial Discrimination, The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Jan Niessen; Isabelle Chopin (ed.), Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2004, s. 114.

verilere dayalı bir ispat rejimi öngörülmemiştir.⁷⁰ Dolaylı ayrımcılık için öngörülen yeni ispat rejiminde sadece mevcut veya olası dezavantajın ortaya konulması yeterlidir. Eski düzenleme toplumsal cinsiyet alanında üye ülkeler tarafından istatistiksel veri toplandığı için ispat noktasında güçlük çıkarsa da ispatı imkânsız hale getirmemekteydi. Ancak ırk veya etnik köken, cinsel yönelim vb. temellerde istatistiksel veri bulmak oldukça zordur. Hatta birçok ülkede bu yönde veri toplanmasını yasaklayan düzenlemeler mevcuttur.⁷¹ Bu açıdan yeni tanımda getirilen ispat rejimi olumlu yönde bir değişiklik olarak kabul edilebilir.

Bir diğer farklılık ise ortaya çıkması gereken dezavantajın düzeyi ile ilgilidir. İlk tanımda bir cinsiyete mensup ciddi anlamda yüksek oranda kişinin dezavantajlı durumda olması gerekirken yeni tanımda başka kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir dezavantaj yeterli görülmüştür. Son bir farklılık ise ilk tanım dolaylı ayrımcılığın uygun ve gerekli ve cinsiyetle ilgisiz nesnel etmenlerle haklı kılınabileceğini düzenlerken yeni tanım bu ifade yerine dolaylı ayrımcılığın ancak meşru bir nedenle haklı kılınabileceğini ve söz konusu amaca ulaşmak için başvurulacak araçların uygun ve gerekli olması gerektiğini düzenlemiştir.

2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktiflerde benimsenen dolaylı ayrımcılık tanımı daha sonra 2002/73/EC⁷², 2004/113/EC⁷³ ve 2006/54/EC⁷⁴ sayılı Direktiflerde de benimsenmiştir. AB hukukunda dolaylı ayrımcılığın son tanımı hem dolaylı ayrımcılık kavramının tanınması ile hedeflenen ayrımcılığa karşı etkin koruma amacı ile uyuşmakta hem de uluslararası hukukta ortaya çıkan ayrımcılıkla ilgili diğer tanımlarla da uyum sağlamaktadır.

⁷⁰ Schiek, *Indirect Discrimination*, s. 359; Howard, s. 228.

⁷¹ Tyson, s. 114-115.

⁷² 2002/73/EC sayılı Direktif, madde 2.

⁷³ 2004/113/EC sayılı Direktif, madde 2/a.

⁷⁴ İstihdam ve Meslek Konularında Kadınlara ve Erkeklere Eşit Muamele İlkesine Dair 5 Temmuz 2006 tarihli ve 2006/54/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (Değişiklik) (Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation) (recast), madde 2/1-b,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:01:EN:HTML>
(erişim:01.04.2012)

2. Dolaylı Ayrımcılığın İctihadi Kaynakları

Sözleşmelerle kurulan denetim organları farklı düzeylerde dolaylı ayrımcılığa gönderme yapmışlardır. 111 No'lu ILO Sözleşmesi ile istihdam ve meslek alanındayasaklanan ayrımcılığın doğrudan ayrımcılık olduğu kadar dolaylı ayrımcılığı da içerdiği ifade edilmiştir.⁷⁵ ILO, Sözleşme metninde açıkça yer almasa da, görünüşte tarafsız ve ilgili işe ilişkin olan gerekliliklerle yakından ilgisi olmayan şart, muamele veya ölçütün, herkese uygulanmasına rağmen, ırk, renk, cinsiyet veya din gibi belirli özelliklere sahip kişiler için orantısız biçimde olumsuz etki doğurması durumunda dolaylı ayrımcılığın ortaya çıkacağı belirtilmiştir.⁷⁶ Yine madde metninde yer alan “farklılık gözetme”, “dışlama” veya “öncelik tanıma” eylemlerinin “herhangi bir” biçimde söz konusu olabileceği ve yalnızca doğrudan değil dolaylı ayrımcılığı da kapsadığı ifade edilmiştir.⁷⁷

IAOKS'nin denetim organı IAOKK Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan ayrımcılık tanımının sadece açıkça ayrımcı nitelikteki önlemleri değil görünüşte ayrımcı olmayan ama ayrımcı etki doğuran ve dolaylı ayrımcılığa yol açan önlemleri de kapsadığını ifade etmiştir.⁷⁸ Komite, 1993 yılında yayınladığı 14 No'lu Genel Tavsiye'de “Belirli hak ve özgürlükleri zayıflatma amacını taşıyan ya da sonucunu doğuran bir farklılık gözetme Sözleşme'ye aykırıdır. Bu yaklaşım, taraf devletleri ırk ayrımcılığını yaratma veya sürdürme etkisi taşıyan yasaları ve uygulamaları hükümsüz kılmakla yükümlü kılan 2/1-c maddesi ile de onaylanmaktadır.” ifadelerini kullanmıştır.⁷⁹ Aynı belgede ayrıca “Komite, bir eylemin Sözleşme

⁷⁵ Bob Hepple, *Equality and Employment for Decent Work*, **International Labour Review**, Vol. 140, No. 1, 2001, s. 8.

⁷⁶ **Equality in Employment and Occupation**, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, Geneva, 1996, s. 12-13.

⁷⁷ Mesut Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2010/2, Sayı: 25, İstanbul, 2010, s. 223.

⁷⁸ IAOKK, *L. R. et al. v. Slovakia*, Communication No. 31/2003, Opinion, 07.03.2005, CERD/C/66/D/31/2003, para. 10.4. Komite'nin dolaylı ayrımcılık kavramına yer veren biri dizi nihai tespiti için bkz, Wouter Vandenhole, **Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies**, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2005, s. 41.

⁷⁹ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 17, Definition of discrimination (Art. 1, par.1), 22.03.1993, A/48/18 (bundan sonra “IAOKK, 14 No'lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır), para. 1, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (erişim: 01.04.2012)

hükümlerine aykırı bir etki doğurup doğurmayacağını belirlerken, söz konusu eylemin ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik köken itibariyle farklı bir grup üzerinde haklı kılınamayacak orantısız bir etki yaratıp yaratmadığına bakacaktır.” ifadelerine yer verilerek dolaylı ayrımcılığın unsurlarını da ortaya koymuştur.⁸⁰

KKAOKS’nde dolaylı ayrımcılığa açık bir gönderme bulunmasa da ayrımcılık tanımında “etki”ye yapılan gönderme üstü kapalı olarak bir tanıma mevcuttur.⁸¹ KKAOKK de 2004 tarihli 25 No’lu Genel Tavsiye’de yasaların, politikaların ve programların, toplumsal cinsiyet eşitliğine uygun görünmesine rağmen kadınlar üzerinde olumsuz etki doğurması durumunda kadınlara yönelik dolaylı ayrımcılığın oluşacağını ifade etmiştir.⁸² Her iki Komitede dolaylı ayrımcılık kavramını kararlarında göz önünde tutmasına rağmen bu kavramın tam bir tanımını yapmamışlardır.⁸³

MSSH’nin denetim organı İnsan Hakları Komitesi çeşitli kararlarında dolaylı ayrımcılığa yer vermiştir. Komite ayrımcılık yasağının ihlali için açıkça ayrımcı bir düzenlemeyi gerek görmemektedir. Komite 18 No’lu Genel Yorum’da ayrımcılığı tanımlarken belirttiği “amacını taşıyan ya da etkisini doğuran” ifadelerine yer vermesiyle ayrımcılık saiki olsun ya da olmasın aynı muamelenin sonuç itibariyle ayrımcılık oluşturabileceğini kabul etmiş olmaktadır.⁸⁴ Bu noktada ayrımcılık saikinin mevcut olup olmadığı dolaylı ayrımcılık açısından önem taşımamaktadır. Komite aynı zamanda ayrımcılık amacıyla yapılmış ayırı tutma, dışlama, kısıtlama veya öncelik tanımayı da, sonuç olarak ayrımcılığa yol açmasa dahi bu şekilde bir “etki doğurduğu” olduğu için ayrımcılık olarak değerlendirebilmektedir.⁸⁵

⁸⁰ agk, para. 2.

⁸¹ Arslan, Gülay, *Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller)*, **İÜHF Mecmuası**, Cilt 62, Sayı 1-2, İstanbul, 2004, s. 12.

⁸² Committee on the Elimination of Discrimination against Women, The General Recommendation No. 25, article 4 paragraph 1 - Temporary special measures, 05.03.1988, CEDAW/C/2004/I/WP.1 (bundan sonra “KKAOKK, 25 No’lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır), dipnot, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (erişim:01.04.2012). Komite bunun haricinde çok sayıda nihai tespitle dolaylı ayrımcılık kavramına yer vermiştir. Bunlardan bazıları için bkz, Vandenhole, s. 75-77.

⁸³ Schiek, *Indirect Discrimination*, s. 340.

⁸⁴ Human Rights Committee, General Comment No. 18, Non-discrimination, A/45/40, 09.11.1989, para. 7 (Bundan sonra “İHK, 18 No’lu Genel Yorum” olarak anılacaktır) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

⁸⁵ Choudry, *Interpreting the Right to Equality*, s. 37.

Komite başlangıçta dolaylı ayrımcılığa açıkça değinmemiştir.⁸⁶ Bu sebeple Komite'nin yakın bir zamana kadar dolaylı ayrımcılığa dair yaklaşımının belirsiz olduğu ifade edilmiştir.⁸⁷ Komite'nin dolaylı ayrımcılığa dair ilk vurgusunu açıkça olmasa bile dolaylı biçimde yapmıştır. Bu kararda demiryollarında belli görevlerde çalışan kişilerin çalışırken koruyucu kask giymesi gerektiği halde Sih inancına sahip olan ve inancı gereği türban takmak zorunda olan başvurusunun kask takmayı reddetmesi değerlendirilmiştir. Komite kararında öngörülen tedbirin her ne kadar başvuruçuyu dini inancı gereği diğer çalışanlardan daha çok etkilese de çalışanların güvenliği gerekçesiyle nesnel ve makul bulmuştur.⁸⁸ Komite'nin bireysel şikâyet başvurularına dair bir dizi kararında, uygulama ya da düzenlemelerin tarafsız ve iyiniyetli olsa dahi kendisinin değil sonuçları itibariyle ayrımcılık teşkil edebileceği vurgulanmıştır.⁸⁹ Komite başka bir kararında ise, önceki rejim tarafından gerçekleştirilen mülklere el koyma kararlarının ardından mağdur olan kişilere mülklerin iadesinin talep etmelerine olanaktarıyan yasal düzenlemenin mülklerine el konulan kişiler arasında makul olmayan farklılıklar içermesinin Sözleşme'nin 26. maddesinin ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir. Komite kararında farklı muamelede tek ölçütün yasama organının amacı olmadığını ve yasanın etkilerinin ayrımcılığa yol açması durumunda da ayrımcılık yasağının ihlal edileceğini vurgulamıştır.⁹⁰

Komite 2003 yılında doğrudan ve dolaylı ayrımcılık ifadelerine yer vererek ilk kez kavramı açıkça tanımlamıştır. Komite Sözleşme'nin 26. maddesinin hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılığı yasakladığını, dolaylı ayrımcılığın görünüşte

⁸⁶ Örneğin Kanada'nın Quebec eyaletinde dış mekânlarda Fransızca dışında bir dilde ticari simgeler kullanılmasının yasayla yasaklanması sonucunda yapılan bireysel şikâyet başvurusunda, Komite söz konusu yasağın, İngilizce konuşan müşterilere İngilizce ulaşmak isteyen Fransızca konuşan kişiler için de geçerli olduğu belirterek ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bkz, İHK, *Ballantyne et al. v. Canada*, Communication No. 273/1988, View, 02.05.1989, CCPR/C/35/D/273/1988, para. 11.5. Bu kararda söz konusu yasal düzenleme her ne kadar herkes için geçerli ve görünüşte tarafsız olsa da sonuç olarak İngilizce konuşan kişileri daha fazla etkilemektedir. Ancak Komite bu noktada dolaylı ayrımcılığa dair bir değerlendirmede bulunmamış ve sadece doğrudan ayrımcılık açısından konuya yaklaşmıştır.

⁸⁷ Anne F. Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, **Human Rights Law Journal**, Vol. 11, No. 1-2, 1990, s. 10.

⁸⁸ İHK, *Singh Binher v. Canada*, Communication No. 208/1986, View, 28.11.1989, CCPR/C/37/D/208/1986, para. 6.1.

⁸⁹ Örnek kararlar için bkz, İHK, *Simunek v. Czech Republic*, Communication No. 516/1992, View, 31.07.1995, CCPR/C/54/D/516/1992, para. 11.7; *Adam v. Czech Republic*, Communication No. 586/1994, View, 25.07.1996, CCPR/C/57/D/586/1994, para. 12.7.

⁹⁰ İHK, *Simunek v. Czech Republic*, Communication No. 516/1992, View, 31.07.1995, para. 11.7.

tarafsız olan bir kural ya da önlemin ayrımcılık amacı olmaksızın belli kategoride kişiler için sadece bu kişilere yönelik etkiye veya orantısız olumsuz etkiye yol açması sonucunda ortaya çıkan ayrımcılık olarak tanımlanabileceğini belirtmiştir.⁹¹ Ancak kararda ilginç bir şekilde ayrımcılık temelleri açısından açık uçlu bir yaklaşım sergilenmemiştir. Komite'nin doğrudan ayrımcılık söz konusu olduğunda benimsediği bu yaklaşım dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda sadece MSHS'nin 26. maddesinde belirtilen ayrımcılık temelleri için geçerli kabul edilmiştir.⁹²

ESKHK de çeşitli kararlarında dolaylı ayrımcılık kavramına değinmiştir. Bu kararlardan ilki 16 No'lu Genel Yorum'dur. Komite'ye göre yasalar, politika ve programlar ayrımcı niteliğe sahip gibi görünmemesine rağmen, bunların uygulanmasının ayrımcı sonuçlar doğurması halinde dolaylı ayrımcılık söz konusu olacaktır.⁹³ Komite'nin yayınladığı daha yakın tarihli 20 No'lu Genel Yorum'da ise görünürde tarafsız olmasına rağmen yasalar, politika veya uygulamaların Sözleşme'de tanınan haklardan yararlanma açısından orantısız bir etki doğurması durumunda dolaylı ayrımcılık olacağı belirtilmiştir.⁹⁴ Çocuk Hakları Komitesi de bazı nihai tespitlerde dolaylı ayrımcılık kavramına yer vermiştir.⁹⁵

AİHS'nin 14. maddesinde ve AİHS/Protokol No. 12'nin 1. maddesinde ayrımcılık yasağına yer verilirken ayrımcılık tanımı yanında doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımlarına da yer vermemiştir. AİHM'nin dolaylı ayrımcılıkla ilgili yaklaşımın uzun süre çekingen olduğu belirtilmektedir.⁹⁶ Mahkeme'nin içtihatlarının güçsüz yanlarından birinin yakın zamana kadar ayrımcılığın tanımını dar bir kapsam da ele alması ve doğrudan ayrımcılık yanında dolaylı ayrımcılığı tanımamış olması olarak ifade edilmektedir.⁹⁷

⁹¹ İHK, *Althammer v. Austria*, Communication No. 989/2001, View, 01.09.2003, CCPR/C/78/D/989/2001, para. 10.2.

⁹² a.g.k., 10.2.

⁹³ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 16, The equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights (art.3), 11.08.2005, E/C.12/2005/4 (bundan sonra "ESKHK, 16 No'lu Genel Yorum" olarak anılacaktır), paras. 12, 13, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

⁹⁴ ESKHK, 20 No'lu Genel Yorum, para. 10. Komite'nin dolaylı ayrımcılık kavramına yer veren iki nihai tespiti için bkz, Vandenhoe, s. 68.

⁹⁵ Komite'nin dolaylı ayrımcılık kavramına yer veren bazı nihai tespitleri için bkz, a.g.e., s. 81-82.

⁹⁶ Janneke H. Gerards, **Judicial Review in Equal Treatment Cases**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Oxford, 2005, s. 108; Tobler, Christa, **Limits and Potential**, s. 14.

⁹⁷ Rory O'Connell, *Cinderella Comes to the Ball: Art 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR*, **Legal Studies**, Wiley-Blackwell, Vol. 29, No. 2, Oxford, June 2009, s. 217.

AİHM oldukça erken bir tarihte, 1979 yılında, ayrımcılığın sonuç ve etki itibariyle de ortaya çıkabileceğine dair vurgularda bulunmuştur. Bir davada ayrımcılık yasağının ihlalinin taraf devletin aldığı bir önlemin etkileri ile ilgili olabileceği ifade edilmiştir.⁹⁸ Mahkeme inceleme yaparken doğrudan veya dolaylı ayrımcılık ifadelerini açıkça kullanmamış, daha çok farklı muamelenin nesnel ve makul bir nedeni olup olmadığına odaklanmıştır.⁹⁹ 1986 yılında verdiği bir başka hüküm, İngiltere’de 1970’li yıllarda gerçekleştirilen bazı devletleştirme uygulamaları sonucunda bazı gerçek ve tüzel kişilere verilen tazminatlarla ilgilidir. Başvurucular büyüyen ve küçülen şirketlere aynı muamele yapıldığı gerekçesiyle ayrımcılığa uğradıklarını belirtmiş ve Mahkeme dolaylı ayrımcılıkla ilgili herhangi bir ifade kullanmaksızın benzer muamelenin sonucu ortaya çıkan farklılığın makul ve nesnel bir gerekçesi bulunduğunu belirtmiştir.¹⁰⁰ AİHK da 1992 tarihli bir kararında bir kuralın resmen ayrımcı olmasa bile uygulamasının ayrımcı nitelikte olabileceğini kabul etmiştir.¹⁰¹

Mahkemenin dolaylı ayrımcılıkla ilgili yaklaşımın değişmesi 2000 yılında sonuçlanan *Thlimmenos v. Greece* davasıyla olmuştur.¹⁰² Yehova Şahidi olduğu için vicdani sebeplerle askerlik görevini yerine getirmeyen ve vicdani retçi olan başvuru, askeri mahkeme tarafından yargılanmış ve mahkûm olmuştur. Başvurucunun bu mahkûmiyetin ardından girmiş olduğu yeminli mali müşavirlik sınavını geçmesine rağmen mahkûmiyeti gerekçe gösterilerek yeminli mali müşavir olarak çalışması kabul edilmemiştir. AİHM kararında, farklı konumda olan kişilere makul ve nesnel bir neden olmaksızın farklı muamelede bulunulmamasını 14. maddenin ihlali olarak yorumlanmıştır. Böylece doğrudan ayrımcılık için daha önce başvuru yapılan inceleme yöntemi benzer şekilde dolaylı ayrımcılık için de kullanılmış olmaktadır. Mahkeme’ye göre önemli ölçüde farklı durumda olan kişilere farklı

⁹⁸ W. Mark Janis; S. Richard Kay; W. Anthony Bradley, **European Human Rights Law, Text and Materials**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, s. 487, AİHM, *Marckx v. Belgium*, Application No.6833/74, Judgment, 13.06.1979, para. 40.

⁹⁹ Clare Ovey; Robin White; **Jacobs and White, the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2006, s. 426.

¹⁰⁰ AİHM, *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, Application No.9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Judgment, 08.07.1986. Aynı şekilde başka bir kararı için bkz, *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. the United Kingdom*, Application No.9214/80, Judgment, 25.05.1985.

¹⁰¹ AİHK, *D.S. v. the Netherlands*, Application No.17175/90, Judgment, 12.10.1992.

¹⁰² AİHM, *Thlimmenos v. Greece*, Application No.34369/97, Judgment, 06.04.2000.

muamele edilemediği durumlarda da 14. maddenin ihlal edilmesi mümkündür.¹⁰³ Bu durum yukarıda bahsedilen dolaylı ayrımcılığın üçüncü biçiminin AİHM tarafından tanınması anlamına gelmektedir.¹⁰⁴ Ancak Mahkeme hükmünde dolaylı ayrımcılık ifadesine yer verilmediğini belirtmek gerekir. Bu nedenle Mahkeme'nin dolaylı ayrımcılıktan çok doğrudan ayrımcılık temelinde bir inceleme yaptığı da ifade edilmektedir.¹⁰⁵ AİHM'nin bu hükmünü dolaylı ayrımcılık açısından değerlendiren yazarlar olduğu kadar¹⁰⁶ dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirmeyip sadece, farklı durumda olan kişilere farklı muamele yapılmaması olarak değerlendiren yazarlar da mevcuttur.¹⁰⁷

Mahkeme'nin dolaylı ayrımcılık kavramına açıkça ilk kez 2005 yılında bir kararında (decision) *obiter dictum* niteliğinde yer vermiştir.¹⁰⁸ Bu kararda Mahkeme, tarafsız bir şekilde formüle edilmiş olmasına rağmen kadınları erkeklerden açıkça yüksek bir oranda etkileyen özel bir kuralın varlığını, üzerinde ihtilaf olmayan resmi istatistikler *prima facie* olarak gösterildiği ve taraf devletçe nesnel ölçütlerin sonuçlarının cinsiyet temelinde ayrımcılıkla ilgisi bulunmadığını gösteremediği durumda ayrımcılık yasağının ihlal edileceğini belirtmiştir.¹⁰⁹ Bu kararda dolaylı ayrımcılığın tanımı açıkça yapılmamış olsa da karar kavrama ilk kez yer veren karar olduğu için önem taşımaktadır. AİHM'nin bu kararda sergilediği yaklaşımın aşağıda belirtilecek ABAD'nın yaklaşımını belli ölçülerde yansıttığı ifade edilmektedir.¹¹⁰

AİHM daha sonraki dönemde ise aşağıda belirtilecek AB'nin 2000 yılında kabul ettiği 2000/43/EC sayılı Direktif ve ECRI'nin 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi'nde¹¹¹ yer alan tanımlar doğrultusunda açıkça dolaylı ayrımcılığı tanımıştır. Mahkeme bu konuda en önemli kararını 2007 yılında vermiştir.¹¹² Davada Çek Cumhuriyeti'nde yürürlükte olan eğitim sistemi içerisinde

¹⁰³ a.g.k., para 44; *Chapman v. the United Kingdom*, Application No.27238/95, Judgment, 18.01.2001, para 129; *Nachova and Others v. Bulgaria*, Application No.43577/98, Judgment, 06.07.2005, para. 145.

¹⁰⁴ De Schutter, **The Prohibition of Discrimination**, s. 16.

¹⁰⁵ Schiek, *Indirect Discrimination*, s. 342.

¹⁰⁶ De Schutter, **The Prohibition of Discrimination**, s. 16.

¹⁰⁷ Tobler, **Limits and Potential**, s. 13; Bell, *Direct Discrimination*, s. 189.

¹⁰⁸ Tobler, **Limits and Potential**, s. 14.

¹⁰⁹ AİHM, *Hoogendijk v. the Netherlands*, Application No.58641/00, Decision, 06.01.2005.

¹¹⁰ Schiek, *Indirect Discrimination*, s. 344.

¹¹¹ ECRI, 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi.

¹¹² AİHM, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007.

Çingene/Roman çocukların dolaylı ayrımcılığa uğradığı belirtilerek AİHS/Protokol No. 1’de eğitim hakkına yer veren 2. maddesi ile AİHS’nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir. Davada Ostrava şehrinde yaşayan 18 Çingene/Roman asıllı Çek Cumhuriyeti vatandaşının öğrenme güçlükleri olduğu gerekçesiyle psikolojik bir teste tabi tutularak “özel okul” (special school) olarak anılan okullarda eğitim görmeye zorlanmaları söz konusudur. Bu okullarda diğer okullara göre oldukça geri bir müfredat okutulmaktadır. Taraf devlet bu davada Çingene/Roman çocuklara uygulanan ve “özel okullara” kaydedilmelerine yol açan testin nesnel ve makul bir gerekçeye dayandığını gösterememiştir.¹¹³ Mahkeme kararında her başvurucunun durumunu ayrı ayrı incelememiş ve davaya konu olayların geçtiği dönemde yürürlükte olan ilgili mevzuatın Çingene/Roman topluluğu açısından orantısız bir şekilde olumsuz etki doğurduğunu ifade etmiştir.¹¹⁴

Mahkeme genel bir politikanın veya önlemin özellikle belli bir grup üzerinde orantısız olarak olumsuz sonuçlarının olduğu durumda dolaylı ayrımcılığın ortaya çıkacağını belirtmiştir. Bu dava ile orantısız etki ayrımcılığı olarak da adlandırılan, genel bir önlem uygulandığında belli bir gruba mensup orantısız biçimde yüksek sayıda kişiyi diğer gruplara mensup kişilere göre daha dezavantajlı duruma sokması ve orantısız etki doğuran bu önlemin nesnel ve makul bir nedeninin bulunmaması hali tanınmış olmaktadır. Başka bir deyişle yukarıda belirtilen dolaylı ayrımcılığın ikinci türü de 14. madde ile ilgili kararlarda kendine yer bulmuştur.¹¹⁵ Bu dava ile birlikte ilk defa bir taraf devlette kapsamlı şekilde hayata geçirilen bir ayrımcı uygulama Sözleşme’nin 14. maddesine aykırı bulunmuştur. Mahkeme böylece içtihatlarını, mevcut diğer uluslararası standartlara bir ölçüde uygun hale getirmiştir.¹¹⁶ AİHM’nin dolaylı ayrımcılık kavramına yaklaşımı giderek gelişme göstermesine rağmen bu konuda içtihatları henüz sistematik hale gelmemiştir.¹¹⁷

Avrupa Konseyi bünyesinde ASŞ ve (GG)ASŞ’nda ayrımcılık yasağı ile beraber doğrudan ve dolaylı ayrımcılık da tanımlanmamıştır. Sözleşmelerin denetim

¹¹³ a.g.k., para. 204.

¹¹⁴ a.g.k., para. 209.

¹¹⁵ a.g.k., para. 175; *Zarb Adami v. Malta*, Application No.17209/02, Judgment, 20.06.2006, para. 76.

¹¹⁶ Gemma Hobcraft, *Roma Children and Education in the Czech Republic: D.H. v. Czech Republic: Opening the Door to Indirect Discrimination Findings in Strasbourg*, **European Human Rights Law Review**, Sweet and Maxwell, No. 2, 2008, s. 259.

¹¹⁷ De Schutter, **The Prohibition of Discrimination**, s. 16.

organı olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi çeşitli topluşikâyet başvurularında dolaylı ayrımcılığı tanımlamıştır. Komite yaklaşımını büyük ölçüde AİHM'nin yaklaşımına dayandırmıştır. Komite öncelikle (GG)ASŞ'nın ayrımcılık yasağına yer veren E maddesinin AİHS'nin 14. maddesi ile neredeyse aynı olduğunu belirtmiş ve *Thlimmenos v. Greecedavasına* atıf yaparak önemli ölçüde farklı durumları olan kişilere makul ve nesnel bir neden olmaksızın farklı muamele edilmediği durumda da ayrımcılık yasağının ihlal edileceğini ifade etmiştir. Komite'ye göre E maddesi sadece doğrudan ayrımcılığı değil dolaylı ayrımcılığı da yasaklamaktadır. Komite'ye göre ilgili farklılıkların uygun ve olumlu biçimde göz önünde tutulmadığı veya herkese sunulmuş hakların gerçekten herkese açık ve herkes tarafından erişebilir olması için yeterli adımların atılmamış olması durumlarında dolaylı ayrımcılık ortaya çıkabilecektir.¹¹⁸

ABkapsamında yukarıda belirtilen Direktiflerden çok önce içtihat yoluyla dolaylı ayrımcılığın ayrımcılık yasağının bir parçası olduğu kabul edilmiştir. ABAD'nın 1974 tarihli bir kararında vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık konusu ele alınmıştır. Mahkeme kararında eşit muamele ile ilgili kuralların vatandaşlık temelinde açık (overt) ayrımcılığı yasakladığı gibi, başka farklılaştırma ölçütleri uygulayarak aynı sonuca yol açan ayrımcılığın örtülü (covert) biçimlerini de içerdiğini ifade etmiştir.¹¹⁹ Ancak bu karar ve benzer diğer kararlarında Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin yaklaşımı benimsenmiş¹²⁰ ve dolaylı ayrımcılık için ayrımcılık saiki bir gereklilik olarak değerlendirilmiştir.¹²¹

¹¹⁸ ASHK, *International Association Autism-Europe (IAAE) v. France*, Complaint No. 13/2002, Decision, 07.11.2003, para. 52. Aynı şekilde bkz, *European Roma Rights Center (ERRC) v. Italy*, Complaint No. 27/2004, Decision, 21.12.2005, para. 46; *European Roma Rights Center (ERRC) v. Bulgaria*, Complaint No. 31/2005, Decision, 30.11.2006, para. 40; *European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA) v. France*, Complaint No. 39/2006, Decision, 04.08.2008, para. 160; *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italy*, Complaint No. 58/2009, Decision, 06.06.2010, para. 35.

¹¹⁹ ABAD, *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost*, Case 152/73, Judgment of the Court of 12 February 1974.

¹²⁰ Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi dolaylı ayrımcılığın unsurları arasında amaç (purpose) unsuruna da yer vermiştir. Karar için bkz, BDYM, *Washington v. Davis*, 426 US 229, Karar tarihi: 07.06.1976, s. 240.

¹²¹ Schiek, *Indirect Discrimination*, s. 354, Örneğin bkz, ABAD, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, Case 96/80, Judgment of the Court of 31 March 1981, para. 14.

ABAD daha sonraki dönemde özellikle cinsiyet temelli ayrımcılıkla ilgili olarak dolaylı ayrımcılık kavramına sıklıkla başvurmuştur.¹²² ABAD'nın 1986 tarihli bir hükmü ile dolaylı ayrımcılık bugünkü anlamına yakın biçimde kullanılmıştır. Davada kısmi zamanlı çalışan kişilerin sosyal güvenlik sisteminden dışlanması uygulamasının erkek ve kadın kısmi zamanlı çalışanların her ikisini de dışladığı ve bu nedenle doğrudan bir ayrımcılık ortaya koymadığı ancak kısmi zamanlı çalışanların büyük çoğunluğunun kadınlar olduğu düşünüldüğünde erkek kısmi zamanlı çalışanlara göre kadın kısmi zamanlı çalışanlar için aleyhlerine etki (adversely effect) doğurduğu ve bu durumun makul ve nesnel bir nedeninin bulunmadığı için ayrımcılık oluşturdu belirtilmiştir.¹²³ ABAD'nın yukarıda belirtilen Direktiflerde yer alan ve kendisinin de önüne gelen davalarda dile getirdiği dolaylı ayrımcılık kavramı bugün belli farklılıklara karşın istikrar kazanmış durumdadır.¹²⁴

C. Dolaylı Ayrımcılık Kavramının Sınırları

Dolaylı ayrımcılık kavramı, doğrudan ayrımcılığın yasaklanmasınayrımcılığın ortadan kaldırılmasiçin yeterli olmadığının bir kabulü niteliğindedir. Doğrudan ayrımcılık düşüncesinin altında, kişilere karşı yapılan muamelenin aynı olduğu sürece ortada bir eşitsizlik veya ayrımcılık muamele olmayacağı düşüncesi yatmaktadır. Ancak, kişiler ve kişi grupları arasındaki ekonomik, sosyal ve fiziksel gibi bazı özelliklerden doğan farklılıkların göz ardı edilmesi ile aynı muameleler farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu sebeple, dolaylı ayrımcılık kavramı, farklı muamele kadar, farklı kişilere aynı muamelenin de eşit olmayan sonuçlar yaratmaya elverişli olduğu düşüncesi sonucu ortaya çıkmıştır. Dolaylı ayrımcılık doğrudan ayrımcılığın aksine eşit sonuçlara ulaşılmasını hedeflemektedir. Bir hukuki düzenlemenin veya uygulamanın sonuç ve etkilerinin incelenmesini ve ortaya çıkan sonuç ve etkilerin ortadan kaldırılmasını

¹²² Loenen, **Indirect Discrimination**, s. 196.

¹²³ ABAD, *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, Case 170/84, Judgment of the Court of 13 May 1986, para. 31.

¹²⁴ Loenen, *Indirect Discrimination*, s. 197. Örnek ABAD kararları için bkz, *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main* ve *Silvia Becker v. Land Hessen*, Joined Cases C-4/02 and C-5/02, Judgment of the Court (Fifth Chamber), Judgment of the Court of 23 October 2003.

gerektirmektedir.¹²⁵ Burada norm veya uygulama şeklinde kullanılan ifadenin sonucu sadece yazılı olarak kabul edilmiş ve uygulanan kuralların değil, yazılı olmayan ancak uygulamaya geçirilen kuralların da bu kapsamda değerlendiriliyor olmasıdır. Bu nedenle dolaylı ayrımcılık kavramı maddi eşitlik anlayışına yaklaşan bir kavramdır.¹²⁶ Bu sayede sonuç ve etkileri itibariyle süregelen yapısal ayrımcılığın ortadan kaldırılması yönünde adım atılabilmektedir.¹²⁷ Yine yukarıda şekli eşitlik ile ilgili olarak üzerinde durulan çeşitliliğin reddi anlayışı dolaylı ayrımcılık kavramı ile çeşitliliğin olumlu bir olgu olarak kabul edilmesi taleplerinin yolunu açmıştır.¹²⁸ Kavramın, örneğin, kadınlar açısından istihdam da erkeklere göre farklı ücret almaları, daha çok kısmi zamanlı işlerde çalışmaları ve çocuk bakımının kadınlarca yerine getirilmesi gerektiğine dair yaklaşım gereği istihdamdan uzun süreler uzak kalmaları ve yeniden istihdam erişimleri gündeme geldiğinde önceki çalışma sürelerinin göz ardı edilmesi nedeniyle bazı hak kayıplarına uğraması gibi konularda işlevli olmuştur.¹²⁹

1. Özel Önlem Yükümlülüğü Öngörülmesi Gerekliliği

Dolaylı ayrımcılıkla ilgili olarak yukarıda ifade edilen olumlu noktalara karşın bu kavramın da bazı sınırları söz konusudur ve bu sebeple eleştirilerle karşılaşmıştır.¹³⁰ Dolaylı ayrımcılık kavramı yukarıda ifade edildiği gibi maddi eşitlik anlayışının bir yansımasıdır ancak tek başına maddi eşitliğin öngördüğü amaca ulaşılması için yeterli değildir. Bu noktada anahtar kavram ilerde üzerinde ayrıntılı durulacak olan özel önlemlerdir. Farklı durumdakilere eşitsizliği ortadan kaldıracak şekilde farklı muamele edilmesi gerekliliği beraberinde özel önlemlerin kabul edilmesini gerektirmektedir. Bu açıdan dolaylı ayrımcılık kavramının gerçek anlamda işlevli olabilmesi için özel önlemlerle desteklenmesi gerekmektedir. Ancak

¹²⁵ Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 31-32

¹²⁶ Fredman, **Discrimination Law**, s. 108; Loenen, s. 198; Bell, **Racism and Equality in the European Union**, s. 68.

¹²⁷ Craig, s. 88.

¹²⁸ Fredman, **Discrimination Law**, s. 109; Bell, **Racism and Equality in the European Union**, s. 32.

¹²⁹ Loenen, s. 199-200.

¹³⁰ Bu eleştirilerden bazıları için bkz, Fredman, *Combating Racism with Human Rights*, s. 24 v.d.; Loenen, s. 204-206.

günümüzde ayrımcılıkla ilgili düzenlemelerde özel önlemler kimi zaman bir yükümlülük olarak ortaya çıkarken kimi zaman da ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele olarak kabul edilebilmekte ve bir yükümlülükten öte bir izin olarak yorumlanabilmektedir. Örneğin 2000/43/EC sayılı Direktif'in 5. maddesi "eşit muamele ilkesi uygulamada tam eşitlik sağlanması amacıyla, herhangi bir üye devletin ırk veya etnik kökenle bağlantılı dezavantajları önlemek veya gidermek için aldığı özel tedbirleri muhafaza etmesini veya böyle tedbirler almasını engellemeyecektir." şeklinde bir ifade ile özel önlemlere sadece izin vermiştir. Burada her ne kadar özel önlemlere izin verilerek şekli eşitlik anlayışından uzaklaşmış olsa da gerçek anlamda bir maddi eşitlik anlayışının benimsendiğini söylemek de mümkün değildir.¹³¹ ABAD bir kararında, dolaylı ayrımcılık kavramını kabul etmekle beraber, dolaylı ayrımcılığın açıkça bir özel önlem yükümlülüğü getirmediğini kabul etmiştir.¹³² Divan'ın bu yaklaşımı, dolaylı ayrımcılığın yasaklanmış olmasının bu tür ayrımcılığın ortaya çıkmasının da engellenmesini gerektirdiği için eleştirilmiştir. Divan'ın bu durumu göz önünde tutmaması ile dolaylı ayrımcılığın yasaklanması ile ortaya çıkan koruma yalnızca reaktif nitelikte olacaktır. Ancak ayrımcılığın ortaya çıkmasını engelleyecek proaktif nitelikte yükümlülüklerin dolaylı ayrımcılık kavramı ile birlikte gündeme gelmesi gerekmektedir.¹³³

2. Karşılaştırma Yapma Zorunluluğu

Dolaylı ayrımcılık kavramına getirilen bir başka eleştiri, doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi dolaylı ayrımcılıkta da bir karşılaştırma yapılması gerekliliğidir.¹³⁴ Karşılaştırma yapabilmek için uygun bir karşılaştırma öznesinin de bulunması gerekecektir. Yukarıda ifade edildiği gibi görünüşte tarafsız bir kural, ölçüt ya da uygulamanın benzer durumda olan kişileri farklı şekilde etkilediğine dair bir karşılaştırma yapılabilmesi için karşılaştırma yapılacak kişilerin belirli açılardan

¹³¹ Bell, **Racism and Equality in the European Union**, s. 68-89.

¹³² ABAD, *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, Case 170/84, Judgment of the Court of 13 May 1986, para. 42.

¹³³ Mark De Vos, **Beyond Formal Equality-Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC**, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Belgium, 2007, s. 14.

¹³⁴ Fredman, **Discrimination Law**, s. 109.

benzerlik taşıması gerekmektedir. Ancak karşılaştırma yapılırken dikkat edilmesi gereken bazı noktalar mevcuttur. Öncelikle karşılaştırmanın ayrımcılığın ortaya çıktığı bağlam içerisinde yasaklandığı temeller doğrultusunda belli gruplar arasında yapılması gerekmektedir. İkinci olarak ise karşılaştırmayı yapacak olan idari veya yargısal organların karşılaştırma yapılacak özellikleri doğru belirlemesi ve bu noktada dikkatli olması gerekmektedir.¹³⁵ Örneğin ABAD bir davada işten çıkarılma tazminatının hesaplanması amacıyla iş ilişkisinde çalışmadan geçirilen sürelerle ilgili olarak çoğunlukla kadınlar tarafından kullanılan isteğe bağlı ebeveyn izni ile büyük çoğunlukla erkekler için geçerli olan zorunlu askerlik hizmetini değerlendirmiş ve bu iki durumun ilki isteğe bağlı, ikincisi ise zorunlu nitelikte olduğu için karşılaştırılmaz olduğuna karar vermiştir. Divan ebeveyn izninin kişinin yarına bir durum olduğu ancak askerlik hizmetinin kişisel bir yarar amacı taşımadığını ifade etmiştir.¹³⁶ Ancak Divan'ın bu davada her iki durumun toplum için yararını göz önünde tutması durumunda daha farklı bir sonuca ulaşabileceği belirtilmektedir. Ayrıca karşılaştırmanın iki farklı iş dışında geçirilen süre arasında yapılmak yerine iki farklı şekilde iş dışında süre geçiren erkek ve kadın arasında yapılması gerektiği vurgulanmıştır.¹³⁷ Bu karar ve benzer başka kararlar ışığında yukarıda ifade edilen noktalara dikkat edilmesi dolaylı ayrımcılık kavramı ile hedeflenen ayrımcılığa karşı etkili koruma amacına ulaşılmasında önem kazanmaktadır.¹³⁸

3. İspatta Yaşanan Zorluklar

Doğrudan ayrımcılığın ispatı görece daha kolay olmasına karşın dolaylı ayrımcılıkta ispat o kadar kolay değildir. Öncelikle görünüşte tarafsız bir norm veya uygulamanın bir grup üzerinde orantısız olarak aleyhe sonuç doğurduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Bu etkiortaya konulduktan sonra ispat yükü yer değiştirecek ve Böyle bir durumun söz konusu olmadığını veya mevcut olmakla birlikte nesnel ve makul bir nedeni olduğunun ortaya konulması gerekecektir.

¹³⁵ Tobler, **Limits and Potential**, s. 40.

¹³⁶ ABAD, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v. Wirtschaftskammer Österreich*, Case C-220/02, Judgment of the Court of 8 June 2004, para. 60-64.

¹³⁷ Tobler, **Limits and Potential**, s. 40.

¹³⁸ Karşılaştırma yapılacak özelliklerin yanlış seçilmesi sonucu ortaya çıkan bazı örnek ABAD kararları için bkz. Ellis, s. 95-96.

Dolayısıyla bir grubun etkilenme derecesinin verilerle ortaya konulması gerekmektedir.

Bu durumda ilk sorun istatistiksel verilerin mevcudiyeti ile ilgilidir. Genellikle kamu makamları veya özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ayrımcılık temelleri bakımından yeterli istatistiksel veri toplamamaktadır. Bu durumun olağan sonucu ise ayrımcılığa uğradığının iddia eden kişinin bu istatistikleri bizzat ortaya koymak zorunda olmasıdır. Ancak ayrımcılık mağdurlarının genellikle dezavantajlı gruplara mensup olması ve somut vakada yine dezavantajlı bir konumda olması nedeniyle delil olarak kullanılacak veri toplanması çoğunlukla mümkün olamayabilmektedir.¹³⁹ Bu konuda ikinci bir sorun ise yukarıda ifade edilen karşılaştırılabilirlik ölçütü çerçevesinde iki farklı grup arasında bir karşılaştırma yapılmak üzere iki farklı grup için istatistik toplanması zorunluluğudur. Bu durum bazı ayrımcılık temelleri söz konusu olduğunda mümkün olamamaktadır. Örneğin yaş veya cinsel yönelim temelinde bir dolaylı ayrımcılık vakasında karşılaştırma yapacak bir özne bulunması çok zor olduğu için bu konuda istatistiksel veri bulunması da bir o kadar zor olmaktadır.

İstatistiksel verilerle ilgili bir başka sorun ise güvenilir verilerin mevcudiyeti ve kapsamı noktasında çıkabilmektedir. Örneğin istatistiklerin yeterli sayıda kişiyi içermesi ve kısa bir zamanı kapsamayıp bir sürekliliği içermesi beklenmektedir.¹⁴⁰ Veriler ne kadar kapsamlı olursa ispatta o derece başarılı olma şansı da artacaktır. Ancak her durumda kapsamlı verilerin talep edilmesi dolaylı ayrımcılık iddialarının başarıya ulaşma şansını ortadan kaldıracaktır.¹⁴¹ Bu sebeple yargı organlarının somut durumun özellikleri, mağdurun konumu gibi bazı noktaları göz önünde tutarak ispat yükünün yer değiştirmesi ve ayrımcı nitelikteki aleyhe etkinin ortaya konulabilmesi için gerekli olan ispat düzeyini belirlemesi gerekmektedir.

4. Ortaya Çıkan Dezavantajın Derecesi

¹³⁹ Craig, 89.

¹⁴⁰ Tobler, **Limits and Potential**, s. 41.

¹⁴¹ Loenen, s. 207.

Dolaylı ayrımcılıkla ilgili başka bir eleştiri ise kavramın çeşitli tanımlarında yer alan dezavantajlı olma halidir.¹⁴² Başka bir deyişle kavram genel bir kural koymakta ancak içeriğinin doldurulmasını yargı organlarına bırakmaktadır. Örneğin 2000/43/EC sayılı Direktif'in tanımında yer alan "belirli bir dezavantaj" ifadesi somut bir ölçüt olmaktan uzaktır. Burada istatistiklere dayalı, başka bir deyişle niceliksel bir değerlendirme ya da niteliksel bir değerlendirme yapılabilir. İlki dar anlamda bir etki değerlendirmesi anlamına gelirken ikincisi geniş anlamda bir etki değerlendirmesidir.¹⁴³ Bu ölçütün yorumu yargı organlarınca her somut vakada o vakaya özgü olarak belirlenecektir. Ancak yapılacak değerlendirmede dezavantajın aşırı nispete biçimde belirlenmesi, ayrımcılık ile ilgili kabul edilen hukuki düzenlemelerin etkisiz kalmasına neden olacaktır.¹⁴⁴

ABAD bir davada, İngiltere'de geçmişte yürürlükte olan iş sözleşmesinin haksız nedenle feshedildiğine dair dava açılabilmesi için en az 2 yıldır o işyerinde çalışma zorunluluğu öngören düzenleme değerlendirilmiştir. Davada bu şartı yerine getiren kadınların oranının erkeklerle karşılaştırıldığında önemli oranda daha az (considerably smaller) olduğu için düzenlemenin dolaylı ayrımcılığa yol açtığı iddia edilmiştir. ABAD kararında 1985-1991 yılları arasında belirtilen şartı yerine getiren erkeklerin oranının %72 ile %77,4 arasında değiştiği, kadınların ise %63,8 ile %68,9 arasında değiştiğini ve aradaki bu farklılığın önemli oranda kadının belirtilen niteliğe sahip olmadığı anlamına gelmediğini ifade etmiştir.¹⁴⁵ Ancak Divan, önemli oranda bir farklılık olmasa dahi, mevcut farklılık kalıcı ve görece değişmez nitelikteyse dolaylı ayrımcılık vakalarında delil olarak kullanılabileceğini belirtmiştir.¹⁴⁶ Görüldüğü gibi somut bir olayda bir grup için söz konusu olan dezavantajın oranının belirlenmesi yargı organlarınca yerine getirilecektir. Bu nedenle dolaylı ayrımcılık vakalarında yargı organlarının ortaya çıkan aleyhe etkiyi değerlendirirken ayrımcılık temellerinden hareket ederek dezavantajlı bir grup açısından ortaya orantısız ve

¹⁴² a.g.e., s. 372.

¹⁴³ a.g.e., s. 397.

¹⁴⁴ Bu yönde bir karar için bakınız, ABAD, *Bilka - Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, Case 170/84, Judgment of the Court of 13 May 1986.

¹⁴⁵ ABAD, *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, Case C-167/97, Judgment of the Court of 9 February 1999, paras. 62-65.

¹⁴⁶ a.g.k., para. 61.

aleyhe bir etkinin ortaya çıkıp çıkmadığını ve bu etkinin kalıcı ve görece değişmez nitelikte olup olmadığını değerlendirmesi gerekmektedir.

5. Bireysel Nitelikte Çözüm Sunması

Dolaylı ayrımcılıkla ilgili başka bir eleştiri ise doğrudan ayrımcılık için bahsedilen bireysel yaklaşımın büyük ölçüde dolaylı ayrımcılık için de geçerli olmasıdır. Bu durum ilk olarak ayrımcılık sonucu ortaya konulan giderimin niteliği noktasında ortaya çıkmaktadır. Doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi dolaylı ayrımcılıkta da giderim bireysel niteliktedir. Bu nedenle dolaylı olarak ayrımcılığa uğrayan kişinin mensubu olduğu grubun tüm üyeleri için ayrımcılıktan dolayı doğan dezavantajlı durumun giderilmesi yönünde olumlu yükümlülükler öngörülmelidir.¹⁴⁷ Doğrudan ayrımcılık vakalarında mağdurun ayrımcılığa uğradığının ortaya çıkması halinde mağdurun kişisel olarak mağduriyeti giderilmektedir.¹⁴⁸ Diğer bir deyişle doğrudan ayrımcılıkta mağdura sağlanan telafi bireysel düzeyde kalmaktadır. Dolaylı ayrımcılıkta da ayrımcılık iddiası bireylerden gelebilmekte ve yargı organlarının verdikleri kararlar da söz konusu bireyin kişisel durumu ile ilgili olmaktadır.¹⁴⁹ Şüphesiz dolaylı ayrımcılığın mevcut olduğuna dair bir yargı organının kararı sadece söz konusu kişi için değil o kişinin mensubu olduğu bütün bir grup için dolaylı ayrımcılığın mevcut olduğu anlamına gelecektir ancak yargısal kararların doğası ve sundukları giderim sadece ilgili kişi ile sınırlı olmaktadır.¹⁵⁰

Ancak yargı organlarının kişisel düzeyde de olsa ayrımcılıkla ilgili verdikleri kararlar bütünsel değişikliklerin yolunun açması açısından da küçümsenmemelidir. Yargı organının yaptığı inceleme bir kişinin ayrımcılığa uğrayıp uğramaması olduğu kadar, dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda tarafsız görünen kural, ölçüt veya uygulamanın da ayrımcılık doğurup doğurmadığını da içermektedir. Dolayısıyla, örneğin bir iş yerinde dini inancı gereği dolaylı ayrımcılığa uğradığını iddia eden

¹⁴⁷ Fredman, *Combating Racism with Human Rights*, s. 25.

¹⁴⁸ a.g.e., s. 25.

¹⁴⁹ Örneğin bkz, AİHM, *Thlimmenos v. Greece*, Application No.34369/97, Judgment, 06.04.2000.

¹⁵⁰ Howard, s. 235.

kişinin gerçekten dolaylı ayrımcılığa uğradığı ortaya konulduğu durumda o işyerinde çalışan aynı dini inanca sahip diğer kişiler veya başka bir inanca sahip olmasına karşın dini inancı baskın dini inançtan farklılaşan kişiler de dolaylı ayrımcılığa dair tespitten yararlanabilmelidir.¹⁵¹ Bu noktada mevcut ayrımcılığın gerçek anlamda ortadan kaldırılması, başka bir deyişle sadece ilgili kişi değil mensubu olduğu tüm grup için ortadan kaldırılması için bazı yapısal düzenlemeler gerekmektedir. Bu konuda yükümlülük yasama ve yürütme organının üzerindedir.¹⁵² Bu sebeple dolaylı ayrımcılık kavramının sonuçların eşitliğini sağlamaya çalışan bir anlayıştan çok bir kural, ölçüt ya da uygulamanın eşit sonuç vermesine yönelik bir amaç taşıdığı söylenebilir.¹⁵³ Yine dolaylı ayrımcılığın yasaklanması birey temelli bir eşitlik anlayışı ve grup temelli bir eşitlik anlayışının “melezleşmiş hali” olarak görülebilir.¹⁵⁴

Yukarıda belirtilen BM ve Avrupa Konseyi insan hakları denetim organlarının dolaylı ayrımcılıkla ilgili yaklaşımı kavramı ayrımcılık yasağının bir türü olarak kabul etmekle sınırlıdır ve içtihatlarında bu kavramın tanımı kapsamlı bir tanımı yapılmamıştır. İchtihatlarda göze çarpan diğer bir durum ise dolaylı ayrımcılıkla ilgili tutarlı bir yaklaşımın ortaya konulamamış olmasıdır. Aşağıda da görüleceği üzere bu konuda en gelişmiş ve kapsamlı yaklaşım AB hukuku dolayımında ortaya çıkmıştır. Dolaylı ayrımcılıkla ilgili yukarıda belirtilen tanımlar, unsurlar ve eleştiriler çerçevesinde kavramın en uygun tanımı 2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktiflerde yer alan tanım olarak gözükmektedir. Bu tanımı yukarıda getirilen eleştirileri dikkate alarak geliştirmek mümkündür. Bu nedenle dolaylı ayrımcılığı, görünüşte tarafsız olan bir kural, ölçüt veya uygulamanın, ucu açık olarak ifade edilen ayrımcılık temellerinden herhangi birine mensup kişi veya kişiler için, başka kişi veya kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir dezavantaj yarattığı veya yaratabilme ihtimalinin bulunduğu, söz konusu kural, ölçüt veya uygulamanın meşru bir nedeninin bulunmadığı, başka bir deyişle, makul ve nesnel bir nedeninin bulunmadığı ve öngörülen amaca ulaşmak için başvurulanyöntemlerin uygun, gerekli ve orantılı olmadığı durum olarak tanımlanması mümkündür. Elbette bu tanım tek

¹⁵¹ Craig, s. 86.

¹⁵² Loenen, s. 204-205.

¹⁵³ Howard, s. 235.

¹⁵⁴ Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, s. 305.

başına etkili bir korumanın sağlanması için yeterli olmayacaktır. Bu nedenle örneğin ispat yükünün yer değiştirmesi gibi bazı usuli yükümlülüklerin ayrıca düzenlenmesi ve dolaylı ayrımcılığın tespitinin ardından ortaya konulan büyük ölçüde yapısal bir sorun olan mevcut eşitsizliklerin giderilmesi için özel önlemlere dair yükümlülüklerin açıkça tanınması gerekmektedir.

III. Çoklu Temelde Ayrımcılık

A. Çoklu Temelde Ayrımcılık Kavramı

1. Genel Olarak Çoklu Temelde Ayrımcılık Kavramı

Ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerde yer alan ayrımcılık temelleri açıkça sayılmakta ve genellikle “başka statüler” benzeri ifadelerle yer verilerek mevcut ayrımcılık temellerinin sayılanlarla sınırlı olmadığı ifade edilmektedir. Ancak bu düzenlemelerde ayrımcılık temelleri açısından “tek temelli yaklaşım” (single-ground approach) benimsenmiştir.¹⁵⁵ Başka bir deyişle ayrımcılık temelleri tek tek belirtilmiş ve iki ayrımcılık temelinin bir araya geldiği durumlar göz ardı edilmiştir. Mevcut düzenlemelerde ayrımcılık temelleri teker teker sayılmış olmasına karşın ortaya çıkan ayrımcı muameleler bazen birden fazla ayrımcılık temelini içinde barındırabilmektedir.¹⁵⁶ Hatta bazı durumlarda ayrımcılık temelleri iç içe de geçebilmektedir. Örneğin bugün ayrımcılığın bir türü olarak değerlendirilebilecek Anti-semitizm söz konusu olduğunda ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılık ile

¹⁵⁵ Bu konu her ne kadar ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı başlıklı bölümle yakından ilintili olmasına karşın konu tekrara yol açmamak adına ve uluslararası literatürde adlandırıldığı şekliyle çoklu temelde ayrımcılık başlıklı bölümde incelenmiştir. Konunun ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı bölümünde, tek temelli yaklaşım-çok temelli yaklaşım şeklinde üçüncü bir sınıflandırma olarak da değerlendirilmesi mümkündür.

¹⁵⁶ Bu konuda Kanada’da Ontario İnsan Hakları Komisyonu’nun (Ontario Human Rights Commission) yayınladığı 2001 tarihli bir raporda, Komisyon’a 1997 ve 2000 yılları arasında ayrımcılıkla ilgili yapılan başvuruların %48’inin çoklu temelde ayrımcılık içerdiği belirtilmiştir. Bkz, Ontario Human Rights Commission, **An Intersectional Approach to Discrimination: Addressing Multiple Grounds in Human Rights Claims**, s. 11, http://www.ohrc.on.ca/en/resources/discussion_consultation/DissIntersectionalityFtns/pdf (erişim:01.04.2012)

din veya inanç temelinde ayrımcılık iç içe geçebilmektedir.¹⁵⁷ Bazı durumlarda ise ayrımcı muameleler birden fazla ayrımcılık temelini bir araya gelmesi ile mağdurlar üzerinde daha fazla olumsuz sonuç doğurabilmektedir.¹⁵⁸ Örneğin ırk veya etnik kökeni, nedeniyle ayrımcı muamelelere maruz kalan bir grubun üyesi olan bir kadının aynı zamanda kadın olmaktan kaynaklı cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğradığı durumlarda ikinci bir mağduriyet daha ortaya çıkabilmektedir. Yine bu konuda verilen bir başka örnekte bir siyah kadının başvurduğu bir işe alınmaması sonucunda doğrudan ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle yaptığı şikâyet söz konusu edilmektedir. İşveren söz konusu şikâyet ile ilgili olarak siyah olmayan kadınların veya siyah erkeklerin işe alındığını ve söz konusu siyah kadının ayrımcılığa uğramadığını belirtmiştir. İşveren böylecesiyahları veya kadınları dışlamadığını iddia etmektedir.Siyah kadının, bu iki özelliğinin bir araya gelmesi sonucunda, diğer bir deyişle çoklu temelde ayrımcılığa uğradığını kanıtlaması gerekmektedir. Bu noktada karşılaştırılma yapılacak kişinin siyah erkekler veya siyah olmayan kadınlar değil, siyah olmayan erkekler olması gerekmektedir. Ancak bu sonuç her iki temelde ayrımcılığın aynı anda oluştuğunun kabulü ile mümkündür. Yasal düzenlemeler etnik kimlik veya cinsiyet temelinde ayrı ayrı karşılaştırma yapılmasına izin vermektedir. Dolayısıyla çoklu temelde ayrımcılık (multiple ground discrimination) olgusu karşısında karşılaştırmanın yukarıda da belirtildiği gibi siyah olmayan bir erkek ile yapılması gerekmektedir.¹⁵⁹

¹⁵⁷ E. W. Vierdag, **The Concept of Discrimination in International Law**, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973, s. 129-130.

¹⁵⁸ Avrupa Birliği tarafından 2008 yılında yapılan bir araştırmada, görüşme yapılan etnik azınlıklar veya göçmenlerin dörtte biri, son 12 ay içerisinde, etnik veya göçmenlik kökeni, toplumsal cinsiyet, cinsel yönelim, yaş, din veya inanç, engellilik veya başka bir temeli içeren en az iki temelde ayrımcılığa uğradıklarını hissettiklerini ifade etmişlerdir. Anılan araştırmada ayrıca etnik azınlıklar veya göçmenler dışında kalan kişilerin, bu kişilerden daha az ayrımcılığa uğradıklarını hissettiklerini içermektedir. Ayrıca daha “görünür” olan azınlıkların, başka bir deyişle genel olarak nüfusun geri kalanından farklı görünen kişilerin, diğer azınlık gruplara göre daha fazla ayrımcılığa uğradıklarını hissettiklerini ortaya koymaktadır. Yine etnik azınlıklara mensup kadınların etnik köken ve cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğrama oranının aynı gruplara mensup erkeklerle göre ikikat daha fazla olduğu belirlenmiştir. Bkz, **Data in Focus Report, Multiple Discrimination**, EU-MIDIS, European Union Minorities and Discrimination Survey, European Union A.g.e.ncy for Fundamental Rights, 2010, s.4, http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/EU_MIDIS_DiF5-multiple-discrimination_EN.pdf (erişim:01.04.2012)

¹⁵⁹ Gay Moon, *Multiple Discrimination: The Need for Justice for the Whole Person*, **Roma Rights**, Journal of the European Roma Rights Centre, No. 2, Budapest, 2009, s. 7.

Bu örnek aşağıda görüleceği üzere çoklu temelde ayrımcılık altında yer alan kesişen ayrımcılığın bir örneğidir. Bu şekilde ortaya konulan örnekler sonucunda teorik olarak tüm ayrımcılık temellerinin aynı anda ortaya çıkabildiği ve ayrımcılığın değişik biçimlerinin söz konusu olabildiği kabul edilmiş olmaktadır. Çoklu temelde ayrımcılık hem doğrudan hem de dolaylı ayrımcılık şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Örneğin bir mesleğe kabulde yazılı bir sınav yapılması ve bunun yanında asgari bir boy uzunluğunun öngörülmesi ulusal veya etnik köken ve cinsiyet açısından dolaylı çoklu temelde ayrımcılık ortaya çıkarabilecektir. Bu tür çoklu temelde ayrımcılık da aşağıda görüleceği üzere “katma ayrımcılık” (additive discrimination) olarak adlandırılmaktadır.¹⁶⁰

Ayrımcılık yasağına dair geleneksel yaklaşım grup temelli bir ayrımcılık yaklaşımına odaklanmaktadır ve her grubun genel olarak tek bir kimliğe sahip olması varsayımına dayanmaktadır.¹⁶¹ Ancak herkesin içinde çok farklı özellikleri barındıran bir kimliği söz konusudur. Hiç bir kişinin tek bir özellikte tanımlanması mümkün değildir. Herkesin, örneğin, bir yaşı, toplumsal cinsiyeti, cinsel yönelimi ve bir etnik kimliği bulunmaktadır.¹⁶² Ayrımcılığın yalnızca bunlardan biri bağlamında değil birden fazlasının bir araya gelmesi ile ortaya çıkması mümkündür. Örneğin bir kadının, etnik kökeni nedeniyle bir azınlık gruba mensup olması, lezbiyen olması ve aynı zamanda engelli olması mümkündür. Kişi kendisini bunlardan birisiyle veya hepsini içerecek şekilde bir kimlikle tanımlayabilir. Çoklu temelde ayrımcılık kavramı kişinin kimliğinin çokluğunun kabulü anlamına gelmektedir.

Kimlikler bazı fiziksel özelliklere dayalı olabileceği gibi toplumsal ilişkiler içerisinde de ortaya çıkabilmektedir. Bir kadının hamileliğinin istihdamda ortaya çıkardığı dezavantaj biyolojik bir olgunun sonucu olduğu kadar aynı zamanda toplumsal ilişkilerin de bir sonucudur. Hamileliğin ve devamında anneliğin kadınlar için dezavantaj doğuran yönü toplumda çocuğun bakımının aile içerisinde kadının

¹⁶⁰ Janneke Gerards, *Discrimination Grounds, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Dagmar Schiek; Lisa Waddington; Mark Bell (ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007, s. 171.

¹⁶¹ Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, s. 74.

¹⁶² Sandra Fredman, *Double Trouble: Multiple Discrimination and EU Law*, *European Anti-Discrimination Law Review*, The European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, No. 2, October 2005, s. 13.

görevi olduğuna dair bakıştan kaynaklanmaktadır. Annelik sonucunda sorumluluğu artacak kadının işten ayrı kalacağı süre, kullanacağı emzirme izni gibi olgular kadına yönelik ayrımcılığın toplumsal yapı içerisinde ortaya çıkardığı ve biyolojik temeli olmayan sonuçlardır. Kadının toplumsal rolü kendisi açısından biyolojik dezavantajı daha katmerli hale getirmektedir. Bu durumda kadınların dezavantajlı durumunun yalnızca biyolojik olduğunu ve fiziksel özelliklerin bir sonucu olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu örnekten kalkarak etnik köken, engellilik gibi ayrımcılık temellerinin de toplumsal ilişkiler alanında inşa edildiği söylenebilir.

Ayrımcılık büyük ölçüde bazı tekil olaylarla birlikte düşünülen ve çoğunlukla kötü niyetle bağlantılandırılan bir kavramdır. Ancak yukarıda doğrudan ve dolaylı ayrımcılık konularında görüldüğü üzere ayrımcılığın ortaya çıkması kötü niyete endeksli değildir. Ayrımcılık iyi niyet veya kötü niyetten bağımsız olarak ortaya çıkabilmektedir. Ayrımcılığın ortaya çıkması tekil bir olayla gerçekleşmemektedir ve çoğunlukla toplumsal yaşam içerisinde, tarihsel ve toplumsal bağlamda gerçekleşmektedir. Dolayısıyla bu noktada “tekil olaylara odaklanan bir yaklaşım” (events-oriented approach) yerine dezavantajlı grupların dışlanmasına ve bağlı hale getirilmesini odağında tutan “sürecin kendisine odaklanan bir yaklaşım” (process-oriented approach) benimsenmesi önerilmektedir.¹⁶³ Ayrıca ayrımcı muamelelerin mağduru olan kişilerin bu mağduriyeti hayatlarında bir kez değil çok fazla biçimde ve sayıda yaşadığı göz önünde tutulduğunda sürece odaklanan bir yaklaşımın daha da önem kazandığı görülecektir.¹⁶⁴ Örneğin ırk veya etnik kökeni bakımından azınlık gruba mensup engelli birinin, bu durum makul uyumlaştırma yükümlülüğü açısından gündeme alınmadığı zaman etnik köken temelinde ayrımcılığa uğrayabilmektedir. Aynı kişi engellilik temelinde yine toplum tarafından ve hatta aynı ırk veya etnik kökene sahip kişiler tarafından da ayrımcılığa uğraması mümkündür. Dolayısıyla ayrımcılığın ortaya çıkardığı sonucun söz konusu grubun veya kişinin özelliklerine göre farklılaşacağını ve bu nedenle de ayrımcı muameleye yönelik ortaya konulacak tepkinin de farklılaşacağını kabul etmek gerekmektedir.

¹⁶³ Timo Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore**, Åbo Academy University, Institute for Human Rights, 2002, s. 5, <http://web.abo.fi/institut/imr/norfa/timo.pdf> (erişim:01.04.2012)

¹⁶⁴ a.g.e., s. 5.

Geçmişte ayrımcılık karşıtı hareketlerin büyük ölçüde tek temel üzerinden (örneğin ırkçılık karşıtı hareket, cinsiyetlerarası eşitlik hareketi) mücadele etmiştir. Bu hareketler büyük ölçüde diğer ayrımcılık mağduru gruplardan izole bir şekilde davranmıştır.¹⁶⁵ Bu nedenle ortaya çıkan yasal düzenlemelerin de aynı şekilde tek temelde ortaya çıkmıştır. Çoklu temelde ayrımcılığın göz ardı edilmesi sonucunda “tek eksenli çerçeve” (single-axis framework) adı da verilen bir yasal çerçeve ortaya çıkmıştır.¹⁶⁶ Günümüzde yukarıda belirtilen “tek temelli” anlayış yerine “çok temelli” (multi-ground approach) bir anlayışın benimsenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu yaklaşımın bir ifadesi olarak çoklu temelde ayrımcılık kavramı benimsenmiştir. Kavram “çoklu ayrımcılık” (multiple discrimination), “çifte ayrımcılık”¹⁶⁷ (double discrimination) veya “kesişen ayrımcılık”¹⁶⁸ (intersectional discrimination) olarak da anılabilmektedir ve bir kişinin birden çok temelde ayrımcılığa uğraması durumunu ifade etmektedir. Bu noktada öğretilerde çok farklı kullanımlar olabilmektedir. İnsan hakları hukukunda “çoklu ayrımcılık” (multiple discrimination) ifadesi kullanılırken, diğer disiplinler tarafından “kesişen ayrımcılık” (intersectional discrimination) ifadesi kullanılabilmektedir.¹⁶⁹ Belirtilen kavram içerisinde ayrıca üç farklı duruma işaret etmek için üç ayrı kavram daha kullanılmaktadır. Bu alt kavramlardan ikisi de aynı şekilde “çoklu ayrımcılık” veya “kesişen ayrımcılık” kavramlarıdır. Dolayısıyla herhangi bir kavram kargaşasına yol açmamak adına bu kapsama gündeme gelen tüm ayrımcılık biçimlerini kapsayacak şekilde ve bu ayrımcılık biçimlerinin birden fazla ayrımcılık temelini yer vermesi nedeniyle “çoklu temelde ayrımcılık” (multi-ground discrimination) ifadesinin kullanılması uygun görülmüştür.¹⁷⁰

¹⁶⁵ a.g.e., s. 19.

¹⁶⁶ Kimberlé Crenshaw, *Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, *Feminism and Politics*, Anne Pilips (ed.), Oxford Readings in Feminism, Oxford University Press, USA, 1998, s. 314. Söz konusu makale ilk defa 1989 yılında, University of Chicago Legal Forum adlı deride yayımlanmıştır. Alıntı yapılan makale 1989 tarihli makalenin tıpkı basımıdır.

¹⁶⁷ Aşağıda da görüleceği üzere KKAOKK “çifte ayrımcılık” (double discrimination) kavramını kullanmaktadır.

¹⁶⁸ Kesişen ayrımcılık kavramının ABD, Avustralya ve Kanada’da kullanıldığı belirtilmektedir. Bkz, **Tackling Multiple Discrimination: Practices, Policies and Laws**, European Commission, Italy, 2007, s. 19.

¹⁶⁹ Makkonen, s. 10.

¹⁷⁰ Timo Makkonen, Multiple, “Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore” adlı çalışmasında kavram kargaşasının çoklu

Kavramın bugüne kadar gündeme gelmemesinin bazı nedenleri vurgulanmıştır. Bu nedenler arasında ilk olarak kimlikle ilgili özcü bir yaklaşımın temel alınması belirtilmiştir. İkinci bir neden olarak ise grupları ve söz konusu grupların çıkarlarının tanımlanması noktasında grubun kendi iç dinamiklerinin belirleyici olması ifade edilmiştir. İlk neden kapsamında özcü yaklaşım kimliği tek boyutlu olarak gündeme getirmektedir. Modernist olarak tanımlanan bu yaklaşım kimliklerin değişmez ve deneyimlerden önce mevcut olduğu kabul edilmektedir.¹⁷¹ Bu yaklaşıma göre ortak bir kimliği paylaşan herkesin benzer deneyimler yaşamaktadır. Ancak bu şekilde bir varsayımın ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemelerde önemli bir sonuca yol açmaktadır. Bu sonuç ayrımcılık yasağına dair yapılacak genel düzenlemelerin söz konusu gruba mensup herkes için uygun kabul edilmesidir.¹⁷² Bu düşüncelere karşı olarak ise her bireyin cinsiyetinin, etnik kimliğinin, yaşının, sağlık durumu gibi sayısı belirsiz birçok özelliğinin olduğu ve bireyin bunlar arasında tek bir kimlikle tanımlanmasının veya tek bir kimliğe indirgenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bugün bir kişiyi tanımlayan kimlik birçok özelliği içinde barındıran, değişebilir ve kişinin yaşadığı deneyimler sonucu ortaya çıkan çoklu bir yapısı olduğu kabul edilmektedir.¹⁷³ Ayrıca ortak kimliğe sahip bir gruba mensup herkesin, cinsiyet, etnik köken, cinsel yönelim, yaş, engellilik vs. gibi özellikler açısından herhangi bir farklılık taşımadan benzer deneyimler yaşadığının da kabul edilmesi mümkün değildir.¹⁷⁴

Çoklu temelde ayrımcılığın yakın zamanda kadar kabul edilmeyen bir olgu olmasının diğer bir nedeni ise grupların ve grupların çıkarlarının dar bir çerçevede tanımlanmış olmasıdır. Bazı pratik ve siyasi nedenlerden ötürü gruplar hem kendileri tarafından hem kendisi dışındaki diğer kişi ve gruplar tarafından homojen olarak

temelde ayrımcılık ifadesi ile değil kesişen ayrımcılık ifadesi ile giderilebileceğini ve bu terimin birden çok temelde ayrımcılık olgusunu en iyi açıklayan terim olduğunu belirtmektedir (bkz, s. 12). Çoklu temelde ayrımcılığın üçüncü türü olan kesişen ayrımcılık açısından dar anlamda kesişen ayrımcılık (bkz, s. 13), tüm biçimlerini kapsayacak şekilde ise geniş anlamda kesişen ayrımcılık (bkz, s. 17) terimlerini kullanmaktadır. Ancak yine de ortaya kavram kargaşasının çıkabileceği öngörüsüyle üç alt kavramdan farklı bir kavram ve tüm kavramların ortak noktası olan birden fazla temelde ayrımcılık olgusunu yansıtabilecek çoklu temelde ayrımcılık ifadesi kullanılmıştır.

¹⁷¹ Makkonen, s. 18.

¹⁷² Sarah Hannett, *Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No. 1, Oxford University Press, 2003, s. 69-70.

¹⁷³ Makkonen, s. 18.

¹⁷⁴ Hannett, s. 69.

tanımlanmaktadır. Ancak her grup içerisinde belki de sonsuz bir çeşitlilik barındırmaktadır. Örneğin bir etnik grup içerisinde yer alan bireyler, cinsiyet, cinsel yönelim, yaş, engellilik, din veya inanç gibi belirsiz temelde farklı kişileri içinde barındırmaktadır. Dolayısıyla bir grubun çıkarının tanımlanması noktasında söz konusu çeşitlilik göz önünde tutulmamaktadır. Belirli bir grup içerisinde bu anlamda farklı talep dile getirilmesi genellikle olumlu karşılanmamaktadır. Aynı şekilde grubun dışında kalan kişiler veya gruplar da söz konusu grubu belirli bir kimlik çerçevesinde görme eğilimindedir. Bu durumun sonucu ise gruplar arasındaki farklılıkların göz önünde tutulması ve belki de abartılması ve grup içindeki çeşitliliğin yok sayılmasıdır.¹⁷⁵ Bir grubun içindeki çeşitliliğin yok sayılarak çıkarlarının savunulduğu iddiası o grup içindeki dezavantajlı kişilerin bir kez daha dışlanması anlamına gelmektedir. Bu durum dezavantajlı gruplar için de yer alan dezavantajlı durumda ki kişilerin iki kez mağdur edilmesi anlamına gelmektedir. Bu duruma örnek olarak feminist hareketin çoğunlukla kadınları ırk veya etnik kökeni farklı kadınların kendilerine özgü ihtiyaçlarını göz ardı ederek, içinde farklılıklar barındırmayan, tek bir toplumsal kategori olarak kabul etmesi veya ırkçılık karşıtı hareketin ırk veya etnik köken haricinde kişilerin cinsiyetini göz ardı etmesi verilmektedir.¹⁷⁶ Bu şekilde homojen bir grup tasavvuru, gruba mensup kişiler arasındaki bağlılık ve dayanışmayı güvence altına almak ve güçlendirmek ve grup adına konuşmak için meşruiyet yaratmaktadır.¹⁷⁷ Ancak mağdurun iç içe geçen birden fazla kimliğinin söz konusu ayrımcılıkta oynadığı rol tamamen göz ardı edilmektedir.¹⁷⁸

2. Çoklu Temelde Ayrımcılığın Farklı Biçimleri

a. Katma Ayrımcılık

¹⁷⁵ Makkonen, s. 21.

¹⁷⁶ Kimberlé Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, **Stanford Law Review**, Vol. 43, July 1991, s. 1243.

¹⁷⁷ Makkonen, s. 23.

¹⁷⁸ Hannett, s. 70.

Çoklu temelde ayrımcılık bir kişinin farklı alanlarda farklı temelde ayrımcılığa uğraması ile de gerçekleşebileceği gibi, bir kişinin bir olayda birden fazla temelde ayrımcılığa uğraması şeklinde veya bir kişinin hangi temelde farklı muamele görüldüğünün belirlenmesinin çok zor olduğu birden fazla temelde ayrımcılığa uğraması şeklinde gerçekleşebilir. İlk olarak ifade edilen durumda bir kişi birden fazla temelde ayrımcılığa uğramaktadır. Ancak söz konusu vakalar farklı zamanlarda gerçekleşmektedir ve her vakada tek temelde ayrımcılık gündeme gelmektedir. “Çoklu ayrımcılık” (multiple discrimination) veya “katma ayrımcılık”¹⁷⁹ (additive discrimination) olarak da adlandırılan bu türde, bir kişinin kimliğini oluşturan birden fazla özellik çerçevesinde farklı özellikler açısından farklı zamanlarda ayrımcılığa uğraması söz konusudur. Bu konuda verilen tipik örneklerden biri olarak, ortopedik engelli bir kadının çalışma yaşamında terfi etmesinin kadın olduğu gerekçesiyle izin verilmemesi ve bu kişinin bir kamu binasına erişiminin tekerlekli sandalyenin girişine uygun bir giriş sağlanmadığı için engellenmesi durumu verilebilir.¹⁸⁰ Katma ayrımcılığa dikkat çekilmesinin nedeni olarak bu tür ayrımcılıkta ayrımcılık mağdurlarının ayrımcı muamele ile karşılaşma sıklığı veya tehlikesinin diğer kişilere göre daha fazla olmasıdır. Örneğin engelli olan kişilerin, engelli olmayan kişilere göre daha fazla ayrımcılığa uğrarken bu olgu veya risk etnik kökeni farklı engelli kişiler için etnik kökeni farklı olmayan engelli kişilere göre daha da fazladır.¹⁸¹ Dolayısıyla farklı bir etnik gruba mensup olan engelli bir kişi, etnik kökeni farklı olmayan engelli birinden veya engelli olmayan ancak farklı etnik gruptan birinden daha fazla ayrımcılık riski altındadır ve bu nedenle farklı kimliklere sahip kişilerin ayrımcılığa karşı korunması noktasında her kimliğinin bir ölçüde dikkate alınması gerekmektedir. Çoklu temelde ayrımcılığın bu türünde ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı açısından açık uçlu bir düzenlemeye yer veren yasal düzenlemeler yeterli olabilecektir.¹⁸² Farklı olaylarda farklı temellerde ayrımcılık söz konusu olduğu için mevcut yasal düzenlemelerin bu olguya cevap vermesi mümkün gözükmemektedir.

b. Bileşik Ayrımcılık

¹⁷⁹ a.g.e., s. 68; Moon, *Multiple Discrimination*, s. 7; Gerards, *Discrimination Grounds*, s. 171.

¹⁸⁰ Makkonen, s. 10.

¹⁸¹ a.g.e., s. 13.

¹⁸² Fredman, *Double Trouble*, s. 17.

Çoklu temelde ayrımcılığın ikinci bir türü ise “bileşik ayrımcılık” (compound discrimination) olarak adlandırılmaktadır. Burada belirli bir vakada bir kişinin birden fazla ayrımcılık temelinde ayrımcılığa uğramasıdır. Çoklu ayrımcılıktan farklı olarak burada farklı zamanlarda değil aynı anda birden fazla temelde gerçekleşen ayrımcılık söz konusudur. Bu tür ayrımcılığa verilen tipik bir örnek ise istihdam piyasasının birden fazla temelde bölünmüş olmasıdır. Bazı işlerin yalnızca erkeklerce yapılabileceği düşünülürken, bazıları ise yalnızca göçmenlerce yürütülmektedir. Bileşik ayrımcılık yüzünden göçmen bir kadının iş bulma şansı istihdam piyasasındaki mevcut ayırım nedeniyle oldukça düşük olabilmektedir ve ancak göçmen kadınların çalışabileceğinin farzedildiği bazı sektörlerde yoğunlaşmaktadır.¹⁸³ Bu konuda bir başka örnek ise işe alım sürecinde işveren tarafından öngörülen yaş, deneyim, ülkenin resmi dilini iyi derecede konuşma gibi nedenlerden dolayı o ülkenin resmi dilini iyi derecede konuşamayan ve yaşı işverenin öngördüğü yaştan fazla olan bir kişinin işe alınmamasıdır.¹⁸⁴ Bu örnekte bir kişinin işe alınma şansı birden fazla temelde ayrımcılığa uğraması nedeniyle, yalnızca yaş veya yalnızca uyrukluk nedeniyle işe alınmayan kişilerden daha düşük olmaktadır ve birden fazla temelin üst üste gelmesiyle ayrımcılığa maruz kalmaktadır.

c. Kesişen Ayrımcılık

Çoklu temelde ayrımcılığın son türü ise “kesişen ayrımcılık” (intersectional discrimination) olarak da anılan türdür. Bu türde bir kişi kişisel kimliğinin bir parçası olan farklı temelerde aynı anda ayrımcılığa uğramaktadır. Ancak söz konusu ayrımcılık çoklu ayrımcılıkta olduğu gibi farklı zamanlarda değil aynı anda gerçekleşmektedir ve bileşik ayrımcılıkta olduğu gibi iki ayrı temelde değil iç içe geçmiş tek temelde gerçekleşmektedir. Burada bu temellerin ayrılması mümkün olamamaktadır. Irk veya etnik kökeni nedeniyle farklı muamele gören kadınların kimi zaman hem ırk veya etnik köken hem de cinsiyetleri nedeniyle ayrımcılığa

¹⁸³ Makkonen, s. 11.

¹⁸⁴ Moon, *Multiple Discrimination*, s. 7.

uğradıkları görülmektedir. Örneğin bir kişi hem siyah hem de kadın olduğu gerekçesiyle işe alınmamışsa kesişen ayrımcılık gerçekleşmiş olmaktadır. Aynı şekilde engelli bir kadın bazen engelli bir erkeğin veya engelli olmayan bir kadının karşılaşmadığı şekilde ayrımcılığa maruz kalabilmektedir. Bu konuda en trajik örneklerden biri bir dönem Çingene/Roman kadınlara yönelik uygulanan zorla kısırlaştırma uygulamalarıdır. Bu uygulamalarda kişinin etnik kökeni ve cinsiyeti nedeniyle farklı muamele görmesi söz konusudur ve farklı etnik kökene sahip kadınlar veya aynı etnik kökene sahip erkeklerin yüz yüze kalmadığı bir muamele söz konusudur.¹⁸⁵ Çoklu ayrımcılık ve bileşik ayrımcılıkta her ne kadar iki veya daha fazla temel bir araya gelse de bu temellerin ayrıştırılması mümkün olabilmektedir. Ancak kesişen ayrımcılıkta söz konusu temellerin ayrıştırılması mümkün değildir. Bu sebeple hukuken diğer ayrımcılık temellerinde sorun çıkmayabilirken kesişen ayrımcılıkta hukuk alanında önemli sorunlar gündeme gelebilmektedir.

Kesişen ayrımcılık kavramı oldukça yeni sayılabilecek bir kavramdır ve büyük ölçüde Kimberlé Crenshaw tarafından ortaya atılmış bir kavram olarak kabul edilmektedir.¹⁸⁶ Crenshaw, ırk ve cinsiyet temelli çalışmasında, siyah kadınların hayatlarında ırkçılık ve cinsiyetçiliğin kesişiminin oynadığı rolün, söz konusu deneyime yalnızca ırk veya cinsiyet boyutları ile bakıldığında bütünüyle kavranılmasının olanaksız olduğu vurgulamıştır.¹⁸⁷ Crenshaw, feminist hareketi siyah kadınların rengini, ırkçılık karşıtı hareketi ise kadınların toplumsal cinsiyet kimliğini reddettiği için eleştirmektedir.¹⁸⁸ Crenshaw, ayrımcılık vakalarında çoğunlukla dezavantajlı grubun en avantajlı üyelerine odaklanmanın grup içinde dezavantajlı durumda olanları iyice marjinalleştirdiğini ifade etmektedir. Yazara göre grup içinde avantajlı olan kişilere odaklanılması ile ırkçılık ve cinsiyetçiliğin etkilerini doğru analiz edilmesinin mümkün değildir. Yazar tek boyuta odaklanılmasının karmaşık bir olayın sadece bir yönünün ele alınması ile sonuçlanacağını belirtmiştir. Crenshaw kesişen ayrımcılık olgusunun ırkçılık ve cinsiyetçiliğin toplamından farklı bir olgu

¹⁸⁵ Makkonen, s. 11.

¹⁸⁶ Fredman, *Double Trouble*, s. 13; Makkonen, s. 11; Moon, *Multiple Discrimination*, s. 6; Elisabeth Holzleithner, *Mainstreaming Equality: Dis/Entangling Grounds of Discrimination*, **Transnational Law & Contemporary Problems**, Vol. 14, No. 3, The University of Iowa College of Law, 2005, s. 945.

¹⁸⁷ Crenshaw, *Mapping the Margins*, s. 1242.

¹⁸⁸ Crenshaw, *Demarginalising the Intersection of Race and Sex*, s. 315.

olduğuna işaret etmiştir.¹⁸⁹Yazar ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemelerin kapsamının oldukça sınırlı olduğunu, cinsiyet ve ırk ayrımcılığının ırk veya cinsiyet yönünden ilgili gruplara içinde yer alan kişilerden ayrıcalıklı olanların deneyimlerine göre, başka bir deyişle cinsiyet ayrımcılığının beyaz kadınların, ırk ayrımcılığının ise siyah erkeklerin deneyimlerine göre tanımlandığını ifade etmektedir.¹⁹⁰ Ayrıca grupların kendi içlerindeki çeşitliliğin görmezlikten gelinmesinin diğer gruplarla ilişkilerinde gerilimin artmasına yol açtığını da vurgulamıştır.¹⁹¹Fredman, bir kişinin normdan ne kadar farklı olursa, çoklu temelde ayrımcılıkla karşılaşma ihtimalinin o derece yüksek olduğu ve buna karşı ayrımcılığıya karşı korunması ihtimalinin de bir o kadar az olduğunu ifade etmektedir.¹⁹²

Bu şekilde bir yaklaşım kesişen ayrımcılığın mağdur açısından bir çarpan etkisi yarattığının da kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur. Crenshaw'un büyük ölçüde ırk veya etnik köken ve cinsiyet temellerinde gerçekleştirdiği çalışmasında ifade ettiği noktalar diğer ayrımcılık temelleri için de kabul edilebilir nitelikte gözükmektedir.¹⁹³ Bu yaklaşımla kesişen iki ayrımcılık temelinin her biri için ayrı ayrı yapılacak değerlendirmenin olayın kendine özgü durumunun ele alınmasını ve bir çözüme ulaşılmasını sağlamayacağı kabul edilmiş olmaktadır.

B. Çoklu Temelde Ayrımcılığın Hukuki Kaynakları

1. Çoklu Temelde Ayrımcılığın Normatif Kaynakları

Çoklu temelde ayrımcılığın hukuken tanınmasının uygulamada önemli sonuçları vardır. AB hukukunda verilen bir örnek takip edilirse, 2000/43/EC sayılı Direktif'te yalnızca ırk veya etnik köken temelinde, eğitimi de içeren çok sayıda alanda ayrımcılık yasaklanmıştır. Ancak AB hukukunda cinsiyet temelli olarak eğitim hakkı bağlamında ayrımcılığı yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla eğitim hakkına erişim noktasında etnik kökeni ve/veya cinsiyeti

¹⁸⁹ a.g.e., s. 315.

¹⁹⁰ a.g.e., s. 323-324.

¹⁹¹ Crenshaw, *Mapping the Margins*, s. 1242.

¹⁹² Fredman, *Double Trouble*, s. 14.

¹⁹³ Crenshaw, *Mapping the Margins*, dipnot 9.

nedeniyle ayrımcılığa uğradığını belirten bir kişi ile ilgili olarak AB hukuku çerçevesinde cinsiyet temelli düzenlemeler bağlamında çözüm bulunması mümkün olmayacaktır. Söz konusu mağdur ancak etnik kökeni nedeniyle 2000/43/EC sayılı Direktif'e dayanabilecektir.¹⁹⁴

Çoklu temelde ayrımcılık uluslararası hukukta giderek daha fazla yer bulmaktadır. Ancak Kavramın yakın zamana kadar normatif bir temeli ortaya çıkmamıştır. Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi, Başlangıç bölümünün “p” paragrafında, engellilerin, ırk, ten rengi, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da diğer görüş, ulusal, etnik veya sosyal köken, mülkiyet, doğum, yaş veya başka bir statü bakımından çoklu temelde veya daha ağırlaştırılmış bir ayrımcılığa maruz kaldığı ifade edilmiş, 6. maddede engelli kadınlar ile kız çocuklarının, 7. maddede ise engelli çocukların çok yönlü ayrımcılığa maruz kalmakta olduğunu ve bu sebeple tüm insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit koşullarda yararlanmalarını sağlamaya yönelik tedbirleri alınması gerektiği belirtilmiştir.¹⁹⁵ Görüldüğü gibi oldukça yeni tarih bir sözleşme olan EHS açıkça “çoklu temelde ayrımcılık” (multiple discrimination) kavramına yer vermiştir.

Bu sözleşmeden daha önce ise, uluslararası sözleşmelerde açık bir düzenleme mevcut değildir. Sözleşmelerin büyük bir kısmı ayrımcılık temelleri açısından açık uçlu yaklaşımı benimsemiştir. MSHS'nin 2. ve 26. maddelerinde ve AİHS'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağına dair düzenlemelerin ayrımcılık temelleri açısından açık uçlu yaklaşımı benimsediği yukarıda ifade edilmişti. Buna benzer şekilde açık uçlu yaklaşımın benimsenmesi çoklu temelde ayrımcılık olgusunun kabulüne izin vermektedir ve bu nedenle çoklu temelde ayrımcılıkla ilgili en uygun düzenleme biçimi olduğu da ifade edilmiştir.¹⁹⁶

AB hukuku kapsamında da çoklu temelde ayrımcılık kavramına doğrudan yer veren herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. AB hukukunda bazı ayrımcılık temellerinin zaman zaman örtüşebileceğini kabul etmekle ve ayrımcılığın kişi bakımından kapsamını giderek genişletmesine rağmen tek temele dayanan bir

¹⁹⁴ Bell, **Racism and Equality in the European Union**, s. 70.

¹⁹⁵ Michael Ashley Stein; Janet E. Lord, *Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, Oddny Mjöll Arnardottir; Gerard Quinn (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, s. 28.

¹⁹⁶ Hannett, s. 65.

ayrımcılık yasağı anlayışı benimsenmiştir. Bu sebeple ayrımcı muamele mağdurlarının tek ayrımcılık temelinde başvuruda bulunmaya zorlamaktadır.¹⁹⁷ Mevcut düzenlemelerin çoklu temelde ayrımcılık olgusuna cevap olarak yeterli olup olmadığı tartışmalıdır.¹⁹⁸

2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktifler farklı ayrımcılık temellerinin bir arada bulunarak ayrımcılığa yol açabileceğini kabul etmiştir. 2000/43/EC sayılı Direktif'in Başlangıç bölümünde, Avrupa Topluluğunun, ırk veya etnik kökene bakılmaksızın eşit muamele ilkesini uygularken, Avrupa Toplulukları Andlaşması'nın 3/2 maddesi uyarınca eşitsizlikleri ortadan kaldırmayı ve kadın-erkek eşitliğini geliştirmeyi amaçlaması gerektiği, zira kadınların sıklıkla çoklu ayrımcılık mağduru olduğu belirtilmiştir.¹⁹⁹ Fakat Direktif maddelerinde bu yönde bir ifadeye yer verilmemiştir. Direktif'te bu yönde açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da Başlangıç bölümünde yer alan ifadeler nedeniyle kavramın dolaylı olarak tanındığı söylenebilir. Direktifte bu şekilde bir ifadeye yer verilmesine karşın daha sonra yürürlüğe giren 2004/113/EC sayılı Direktif ve 2006/54/EC sayılı Direktif'te bu yönde bir ifadeye yer verilmemiştir.²⁰⁰ Direktiflerde yer alan üye devletlerin eşit muamele ilkesinin korunması için Direktiflerde yer alan hükümlerden daha lehte düzenlemeleri uygulamaya koyabileceklerine veya muhafaza edebileceklerine dair vurgu, Direktiflerin üye devletlerin çoklu ayrımcılığı hukuken tanımalarına engel olmadığını göstermektedir.²⁰¹ Bununla birlikte her iki Direktif'te yer alan çoklu temelde ayrımcılığa dair gönderme yalnızca cinsiyet temelinde ayrımcılık için söz konusudur ve diğer ayrımcılık temellerine dair herhangi bir vurgu yer almamaktadır.

AB hukukunda ayrımcılıkla ilgili Direktifler bilindiği gibi önce cinsiyet, ardından ırk veya etnik köken, daha sonra ise din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel

¹⁹⁷ Karon Monaghan, *Multiple and Intersectional Discrimination in EU Law*, **European Anti-Discrimination Law Review**, No: 13, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, December 2011, s. 20.

¹⁹⁸ Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, s. 311.

¹⁹⁹ 2000/43/EC sayılı Direktif, Başlangıç, para. 14. Aynı ifade 2000/78/EC sayılı Direktif'in Başlangıç bölümünün 3. paragrafında da yer almıştır.

²⁰⁰ Susanne Burri; Dagmar Schiek, *Multiple Discrimination in EU Law: Opportunities for Legal Responses to Intersectional Gender Discrimination?*, **European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality**, European Commission, 2009, s. 9.

²⁰¹ 2000/43/EC sayılı Direktif, madde 6 ve 2000/78/EC sayılı Direktif, madde 8.

yönelim temelinde ayrımcılıkla ilgili düzenlemelere yer vermiştir. Dolayısıyla her ne kadar ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı noktasında sınırlı bir yaklaşım benimsenmiş olsa da en azından sayılan temeller açısından çoklu temelde ayrımcılığın gündeme gelmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Bu konuda açık iki düzenleme 2000/78/EC sayılı Direktif'in din veya inanç temelinde ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelere yer verdiği 4. maddesinde ve yaşa dayalı ayrımcılıkla ilgili 6. maddesinde yer almıştır. Anılan maddelerde sırasıyla, din veya inanç temelinde ayrımcılık oluşturmayan farklı muameleler kapsamında kalan bir farklı muamelenin başka bir sebebe dayalı ayrımcılığı haklı kılmayacağı ve yaş ayrımcılığında ayrımcılık oluşturmayan farklı muameleler belirtilirken, söz konusu farklı muamelelerin cinsiyete dayalı ayrımcılıkla sonuçlanmaması kaydıyla, yaşa dayalı ayrımcılık oluşturmayacağı öngörülebileceği belirtilmiştir.

Direktiflerin konu bakımından kapsamı sınırlı olduğu için çoklu temelde ayrımcılığa dair getirilen sınırlı korumanın kapsamı daha da sınırlı hale gelmektedir. Direktiflerde kişi ve konu bakımından farklı düzenlemeler söz konusu olduğu ifade edilmişti. Bu noktada ırk veya etnik köken ile cinsiyet temellerinde çoklu temelde ayrımcılık söz konusu olduğunda konu bakımından getirilen korumanın kapsamı benzer olduğu için daha az sorun ortaya çıkabilecektir. Ancak din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim temelleri açısından yukarıda belirtilen temellere nazaran konu bakımından yalnızca istihdam alanında bir koruma getirildiği için daha fazla sorun ortaya çıkmaktadır.²⁰² Örneğin etnik kökeni ve cinsiyeti nedeniyle çoklu temelde ayrımcılığa uğrayan bir kadın açısından bir sorun yaşanmayabilecek iken, yaşlı bir kadın açısından konu bakımından farklı koruma öngörüldüğü için sorun yaşanabilecektir.²⁰³

Çoklu temelde ayrımcılığın iki türü olan birden fazla temelde aynı anda veya birden fazla temelde farklı zamanlarda ayrımcılığa uğrandığı durumda iki ayrı temel birbirinden ayrılabilirliği için yine daha az sorun ortaya çıkacaktır ve bir yere kadar koruma sağlanmış olacaktır. AB hukukunda çoklu temelde ayrımcılıkla ilgili sorun büyük ölçüde kesişen ayrımcılık açısından ortaya çıkmaktadır. AB hukukunda doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımlarında bir karşılaştırma yapılması

²⁰² Monaghan, s. 26.

²⁰³ Fredman, **Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties**, s. 86.

öngörülmüştür ve bu nedenle her ayrımcılık iddiasında bir karşılaştırma öznesi gündeme gelmektedir.²⁰⁴ Bu durum yukarıda da ifade edildiği gibi kesişen ayrımcılık vakalarında doğru karşılaştırma öznesinin tespitinde sorun çıkarmaktadır. Bu noktada doğrudan ayrımcılık açısından gündeme gelen varsayımsal bir karşılaştırma öznesinin kullanılabilirliği yaklaşımının kesişen ayrımcılık açısından da yararlı olacağı belirtilmektedir.²⁰⁵

AB hukukunda 2000/43/EC ve 2006/54/EC sayılı Direktifleri ile üye devletlere ırk veya etnik köken ve cinsiyet temellerinde eşitlik kurumu kurulması yükümlülüğü getirilmiştir. 2000/78/EC sayılı Direktif ile din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelik temelde benzer bir yükümlülük öngörülmemiştir. Ancak çoklu temelde ayrımcılık doğrultusunda eşitlik kurumlarının belirtilen tüm ayrımcılık temellerinde oluşturulması gerekmektedir. Aksi durumda AB hukukunda geçerli olan tüm temelleri içine alan birçok temelde ayrımcılık olgusu ile mücadele eksik kalacaktır. Benzer durum farklı temelerde ayrımcılık olgusu ile mücadele için oluşturulmuş eşitlik kurumları için de geçerlidir. Çoklu temelde ayrımcılık olgusu ile mücadele noktasında tek bir eşitlik kurumunun oluşturulması gerekmektedir.²⁰⁶

AB hukukunun çoklu temelde ayrımcılıkla ilgili yasal düzenleme yapma yükümlülüğü getirmemesine karşın üye devletlerden Almanya, Avusturya, İspanya, İtalya ve Romanya'nın yasal düzenlemeler içerisinde çoklu temelde ayrımcılığa yer vermiştir.²⁰⁷ Birleşik Krallık, Eşitlik Yasası'nın (Equality Act 2010) 14. maddesinde de doğrudan ayrımcılıkla sınırlı ve iki temeli içerecek şekilde, birleşik (combined) ayrımcılık, çifte özelliklere (dual characteristics) vurgu yaparak çoklu temelde ayrımcılığı yasaklamıştır.²⁰⁸ Düzenlemede AB hukukun ötesine geçilerek çoklu temelde ayrımcı muameleye uğrayan mağdurun hangi ayrımcılık temellerinde doğrudan ayrımcılığa uğradığını ortaya koymasının gerekmediği belirtilmiştir.²⁰⁹

²⁰⁴ Monaghan, s. 25.

²⁰⁵ a.g.e., s. 26.

²⁰⁶ a.g.e., s. 31.

²⁰⁷ Söz konusu durum 2009 yılı sonuna kadar geçerlidir. Örnekler için bkz, **Tackling Multiple Discrimination: Practices, Policies and Laws**, European Commission, Italy, 2007, s. 20 ve Burri; Schiek, s. 17. AB üyesi ülkelerde özellikle cinsiyet temeli içeren çoklu ayrımcılığa dair yasal çerçeve hakkında bilgi için bkz, a.g.e., s. 27-127.

²⁰⁸ Equality Act 2010, madde 14, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/14>(Erişim:01.04.2012)

²⁰⁹ Monaghan, s. 31.

Ancak bu konuda bugüne kadar çok fazla içtihadın bulunmadığı ve bu nedenle mevcut düzenlemelerin etkisinin henüz değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.²¹⁰

AB üyesi ülkeler haricinde Kanada İnsan Hakları Yasası'nın (Canada Human Rights Act) 3.1 maddesinde “ayrımcı bir uygulama, ayrımcılığın yasaklandığı bir veya daha fazla temele veya yasaklanan temellerin birleşmesinden kaynaklanan bir etkiye dayanan bir uygulamayı içerebilir.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.²¹¹ Güney Afrika'da ise Anayasanın 9/3 maddesinde devletin bir kişiye, doğrudan veya dolaylı olarak, toplumsal cinsiyet, cinsiyet, hamilelik, medeni hal, etnik veya toplumsal köken, renk, cinsel yönelim, yaş, engellilik, din, kanaat, inanç kültür, dil ve doğumu da içerecek şekilde, bir veya daha fazla temelde haksız biçimde ayrımcılık yapamayacağı ifade edilmiştir.²¹² Maddede yer alan “bir veya daha fazla temelde” ayrımcılık ifadesi dikkat çekicidir. Bu düzenlemenin sayılı ancak kapsayıcı bir ayrımcılık temelleri listesi öngördüğü, kesişen ayrımcılık için yeterli bir esnekliği beraberinde getirdiği ve bu yaklaşımın Güney Afrika Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsendiği belirtilmektedir.²¹³ Güney Afrika'da ayrıca, Eşitliğin Geliştirilmesi ve Haksız Muamelenin Önlenmesi Yasası'nın (Promotion of Equality and Prevention of Unfair Treatment Bill) 1. maddesinde yer alan tanımlarda ayrımcılık, “yasaklanan bir veya birden çok temelde herhangi bir kişiye doğrudan veya dolaylı olarak bir sorumluluk, yükümlülük veya dezavantaj getiren veya bir imtiyazdan, olanaktan veya avantajdan yararlanılmasını kısıtlayan, bir politikayı, kanunu, kuralı, uygulamayı, şartı veya durumu içeren her türlü fiil veya ihmal” olarak tanımlanmıştır.²¹⁴ Görüldüğü gibi her iki yasal düzenlemede de adı açıkça anılmasa da çoklu temelde ayrımcılık tanınmıştır. Ayrıca her iki yasal düzenlemenin de ayrımcılık yasağında kişi veya muamelelerde karşılaştırma yapılması yerine mevcut muamelenin etkilerine odaklanılarak, kişinin bireysel durumunun ve somut

²¹⁰ a.g.e., s. 30.

²¹¹ Canadian Human Rights Act, madde 3.1, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/h-6/> (erişim:01.04.2012)

²¹² Güney Afrika Anayasası, madde 9/3, <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#9> (erişim:01.04.2012)

²¹³ Monaghan, s. 29. Mahkemenin örnek bazı kararları için bkz, a.g.e., s. 29.

²¹⁴ Promotion of Equality and Prevention of Unfair Treatment Bill, madde 1, <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=71215> (erişim:01.04.2012)

vakada gündeme gelen farklı temellerde ayrımcılık olgusunun dikkate alındığı ifade edilmiştir.²¹⁵ Bu şekilde bir düzenlemenin çoklu temelde ayrımcılık açısından oldukça olumlu sonuç doğurabilecektir. Ancak bunun için farklı ayrımcılık temelleri açısından öngörülen farklı koruma düzeyinin eşitlenmesi gerekmektedir.²¹⁶

2. Çoklu Temelde Ayrımcılığın İçtihadı Kaynakları

Çoklu temelde ayrımcılık büyük ölçüde içtihatlar yoluyla tanınmış durumdadır. BM sisteminde ilk olarak IAOKS'nde çeşitli biçimlerde çoklu temelde ayrımcılık gündeme gelmiştir. IAOKK görece yakın zamanda çoklu temelde ayrımcılığa kararlarındayer vermeye başlamıştır.²¹⁷ IAOKK'nin 1995 yılında yayınladığı 19 No'lu Genel Tavsiye'de, pek çok kentte, kentin yapısının gruplar arasındaki gelir farklılıklarından etkilendiği ve kimi durumlarda ırk, renk, soy ve ulusal ya da etnik köken farklılıklarının buna katkıda bulunduğu ve kent sakinlerinin damgalanabildiği ve kişilerin ırksal nedenlerin diğer nedenlerle birleştiği bir tür ayrımcılığın mağduru olduğu belirtilmiştir.²¹⁸ IAOKK 25 No'lu Genel Tavsiye'de ise ırk ayrımcılığın toplumsal cinsiyet boyutuna dikkat çekmiştir. Komite, ırk ayrımcılığının kadınları ve erkekleri her zaman aynı ölçüde ve aynı biçimde etkilemediğini, ırk ayrımcılığının yalnızca ya da öncelikle kadınları etkilediği, ya da erkekleri etkilediğinden farklı bir biçimde ya da ölçüde kadınları etkilediği durumların mevcut olduğunu belirtmiştir. Komite kadın ve erkeklerin hem kamusal hem de özel alanda, farklı hayat deneyimine sahip olabileceklerinin açıkça tanınmadığı ve kabul edilmediği durumda, bu türden bir ayrımcılığın gözden kaçacağını vurgulamıştır. Komite bunun ardından çoklu temelde ayrımcılığın farklı biçimlerine dair örnekler vermiştir. Komite, ırk ayrımcılığının belirli biçimlerinin toplumsal cinsiyetleri nedeniyle özel olarak kadınlara yöneltilebileceğini, belirli bir

²¹⁵ European Network Against Racism, *Multiple Discrimination*, Fact Sheet 33, July 2007, s. 7, http://cms.horus.be/files/99935/MediaArchive/pdf/fs33_multiplerediscrimination_july2007_en.pdf (erişim:01.04.2012)

²¹⁶ Moon, *Multiple Discrimination*, s. 9.

²¹⁷ Vandenhoele, s. 42.

²¹⁸ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 19: Racial segregation and apartheid (Art. 3), 18.08.1995, A/50/18 (bundan sonra "IAOKK, 19 No'lu Genel Tavsiye" olarak anılacaktır), para. 3, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

ırksal ya da etnik gruba mensup kadınların gözüaltında ya da silahlı çatışma ortamında cinsel şiddete maruz kalması, yerli kadınların zorla kısırlaştırılması, kayıt dışı sektörde ya da yurtdışında istihdam edilen kadınların işverenler tarafından taciz edilmesini bu duruma örnek olarak vermiştir. Komite taraf devletlerce, ırk ayrımcılığının biçim ve görünümünü, ayrımcılığın ortaya çıktığı koşullarını, ayrımcılığın sonuçlarını ve mağdurların erişebileceği giderim ve şikâyet mekanizmalarını göz önünde tutarak ırk ve toplumsal cinsiyet arasındaki kesişim ya da ilişkinin analiz edilmesi gerektiği belirtmiştir.²¹⁹

IAOKK'nin çoklu temelde ayrımcılığa işaret ettiği bir başka belge ise 27 No'lu Genel Tavsiye'dir ve bu belgede de Roman/Çingene kadın ve kız çocuklarının dezavantajlı durumunun eğitim ile ilgili politikaların belirlenmesinde göz önünde tutulması ve bu noktada belirtilen kişilerin kültürel farklılıklar nedeniyle dezavantajlı durumda olduklarının da akıld tutulması gerektiği belirtilmiştir.²²⁰ Komite, 32 No'lu Genel Tavsiye'de ise ayrımcılığın temellerinin “kesişim” nosyonuyla birlikte uygulamada genişletildiği, örneğin toplumsal cinsiyet veya din gibi belirli bir temeldeki ayrımcılığın Sözleşme'nin 1. maddesinde belirtilen diğer temel ve temellerdeki ayrımcılıkla birlikte ortaya çıkması gibi durumları da içerdiği ifade edilmiştir.²²¹ Görüldüğü gibi Komite çoklu temelde ayrımcılık kavramını tanımlamamış olsa da içeriğine dair bazı olguları da içerecek şekilde kavramı açıkça kullanmıştır. Kavramın Komite tarafından ilk kez 2001 yılında kullanılmaya başlanmıştır.²²² Komite'nin bu şekilde bir yaklaşımının mevcudiyetine rağmen

²¹⁹ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 25: Gender related dimensions of racial discrimination), 20.03.2000, A/55/18, annex V (bundan sonra “IAOKK, 25 No'lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır), paras. 1 ve 5, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

²²⁰ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 27, Discrimination against Roma), 16.08.2000, A/55/18, annex V (bundan sonra “IAOKK, 27 No'lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır), paras. 22 ve 34, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (erişim:01.04.2012). IAOKS kapsamında gündeme gelen diğer çoklu ayrımcılık örnekleri için bkz, Patrick Thornberry, *Confronting Racial Discrimination: A CERD Perspective*, **Human Rights Law Review**, Vol. 5, No. 2, Oxford University Press, 2005, s. 265.

²²¹ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination, 24.09.2009, CERD/C/GC/32 (bundan sonra “IAOKK, 32 No'lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır), para. 7, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

²²² IAOKK, Nihai Tespitler, Uruguay, CERD/C/304/Add.78, para. 10. Komite'nin bu konuda başka nihai tespitleri için, bkz, Vandenhole, s. 42-43.

kavrama ara sıra yer verildiği ve yalnızca ırk ve cinsiyet temellerinde gündeme getirildiği, diğer ayrımcılık temellerinin göz ardı edildiği belirtilmektedir.²²³

KKAOKS kapsamında çoklu temelde ayrımcılık olgusu sıklıkla gündeme gelen bir konudur.²²⁴KKAOKK 18 No’lu Genel Tavsiye’de, Sözleşme’nin konusu çerçevesinde, taraf devletlere ait 60 periyodik raporun incelendiğini, bu raporlarda engelli kadınlarla ilgili çok az bilgi sunulduğunu gözlemlendiği ve özel yaşam koşulları dolayısıyla çifte ayrımcılığa maruz kalan engelli kadınların durumuyla ilgili kaydı duyduğunu belirtmiştir. Komite engelli kadınların hayatın her alanına katılımlarını sağlayacak özel tedbirlere vurgu yapmıştır.²²⁵ Görüldüğü gibi Komite “çifte ayrımcılık” (double discrimination) ifadesine yer vermiştir. Komite 24 No’lu Genel Tavsiye’de ise kadınlarla erkeklerin arasındaki biyolojik farklılıkların sağlık durumlarında da farklılıklara yol açtığı gibi, kadınlar arasında çeşitlilik gösteren toplumsal etmenlerinde aynı şekilde farklılıklara yol açabildiği belirtilmiştir. Komite bu nedenle, göçmen kadınlar, mülteciler, ülke içinde yerinden edilmiş kadınlar, kız çocukları ve yaşlı kadınlar, seks işçisi olarak çalışan kadınlar ve fiziksel veya zihinsel engelli kadınlar gibi dezavantajlı ve korunmasız gruplara mensup kadınların sağlık ihtiyacı ve sağlık haklarıyla özel olarak ilgilenilmesi gerektiği belirtilmiştir.²²⁶Anılan belgede Komite bir kez daha engelli kadınlara dikkat çekmiş ve her yaştaki engelli kadının, genel olarak sağlık hizmetlerine erişim konusunda fiziksel zorluklarla karşılaştığı, özellikle zihinsel engelli kadınların zorluklardan daha fazla etkilendiği belirtilmiş ve taraf devletlerin, sağlık hizmetlerinin engelli kadınların ihtiyaçlarına duyarlı ve insan haklarına ve onurlarına saygılı olmasını sağlamak için gereken tedbirleri almakla yükümlü olduğu vurgulanmıştır.²²⁷

²²³ Makkonen, s. 40, Komite’nin nihai tespitlerinde yer alan konuya dair örnekler için bkz, a.g.e., s. 41.

²²⁴ Örnekler için bkz, Vandenhoe, s. 77.

²²⁵ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, The General Recommendation No. 18, Disabled women, A/46/38, 1991, (Bundan sonra “KKAOKK, 18 No’lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır), <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (erişim:01.04.2012).

²²⁶ The Committee on the Elimination of Discrimination against Women, The General Recommendation No. 24, Article 12 - women and health, A/54/38/Rev.1, chapter I (Bundan sonra “KKAOKK, 18 No’lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır), para. 6, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

²²⁷ a.g.k., para. 25. Komite’nin genel tavsiyelerde veya nihai tespitlerde vurguladığı çoklu temelde ayrımcılıkla bağlantılı olabilecek başka konulara örnek olarak bkz, Makkonen, s. 43-44.

Komite'nin özel önlemlere dair yayınladığı 25 No'lu Genel Tavsiye'de ise belirli kadın gruplarının, kadın oldukları için ayrımcılığa maruz kalabilecekleri gibi, buna ek olarak, ırk, etnik ya da dini kimlikler, engellilik, yaş, sınıf, kast ya da diğer etmenlerden kaynaklı ayrımcılığın çeşitli biçimlerinden de sıkıntı çekebilecekleri belirtilmiştir. Komite'ye göre söz konusu ayrımcılık, bu gibi kadın gruplarını erkeklere kıyasla önemli ölçüde veya farklı bir şekilde ya da farklı yollar ile etkileyebilecektir. KKAOKK, taraf devletlerin, kadınlara karşı çoklu temelde gerçekleşen ayrımcılığın ve bu ayrımcılığın kadınlar üzerindeki bileşik olumsuz etkisinin önlenmesi için spesifik nitelikte geçici özel önlemler almak zorunda kalabileceklerini ifade etmiştir.²²⁸ Aynı belgede ayrıca geçici özel önlemlerin kırsal bölgede yaşayan kadınlar dâhil olmak, üzere gerekli durumda, çoklu temelde ayrımcılığa uğrayan kadınlara da yöneltilmesi gerektiği vurgulanmıştır.²²⁹

Komite'nin belirtilen kararları ve başka kararlarında konuya yer verilmesine karşın, cinsiyet ile birlikte büyük oranda ırk veya etnik köken temeline yer verildiği görülmektedir.²³⁰ Kavram Komite tarafından 2004 yılına kadar “çifte ayrımcılık” şeklinde kullanılmasına karşın anılan tarihten itibaren çoklu temelde ayrımcılık kavramı da kullanılmaya başlanmıştır. Komite'nin çoklu temelde ayrımcılıkla ilgili yaklaşımının istikrasız olduğu, kimi zaman gündeme gelmesi gereken durumlarda bu kavrama değinilmediği, bazen bazı gruplara mensup kadınların ayrımcılığa karşı özel olarak korunmasız olduğunun belirtilmesi ile yetinildiği söylenmektedir.²³¹

MSSH kapsamında çoklu temelde ayrımcılığa yer veren bir belge Komite'nin yayınladığı 28 No'lu Genel Yorum'dur. Anılan belgede, kadınların haklardan eşit biçimde yararlanamamasının gelenekler, tarih, kültür ve dini tutumlarla yakın ilişkisinin bulunduğuna dikkat çekilmiştir.²³² Aynı belgede kadınlara yönelik ayrımcılığın ırk, renk, dil, din, siyasi ya da diğer görüş, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi diğer temelerde ayrımcılıkla iç içe

²²⁸ KKAOKK, 25 No'lu Genel Tavsiye, para. 12.

²²⁹ a.g.k., para. 38.

²³⁰ Makkonen, s. 45.

²³¹ Vandenhoe, s. 77-78.

²³² Human Rights Committee, General Comment No. 28, Equality of rights between men and women (article 3), 29.03.2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10(Bundan sonra “İHK, 28 No'lu Genel Yorum” olarak anılacaktır), para. 5, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

geçebildiği ve devletlerin bu durumu göz önünde tutmaları gerektiği ifade edilmiştir.²³³ Ancak Komite çoklu temelde ayrımcılık ifadesine açıkça yer vermemiştir ve kavrama dolaylı olarak değinmiştir.²³⁴ Ayrıca bu ve başka belgelerin varlığına karşın çoklu temelde ayrımcılığın ortaya koyduğu potansiyelin kararlarda yansıtılmadığı, sadece belli ayrımcılık temelleri için konunun gündeme geldiği ve İHK'nin konuya yaklaşımının çok etkileyici olmadığı da ifade edilmiştir.²³⁵

Çoklu temelde ayrımcılık ESKHS bağlamında da gündeme gelmiş ve özellikle kadınların iki kere mağdur hale geldiği (doubly victimised) vurgulanmıştır. Engellilerle ilgili 5 No'lu Genel Yorum'da, engelli kişilerin bazen cinsiyeti olmayan insanlar olarak görülebildiği ve engelli kadınların maruz kaldığı çifte ayrımcılığın (double discrimination) çoğu zaman göz ardı edildiği belirtilmiştir. Komite, taraf devletleri ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili olarak engelli kadınların durumuna dikkat çekmiştir.²³⁶ Komite 6 No'lu Genel Yorum'da bu kez cinsiyet ve yaş temellerinde çoklu ayrımcılığa dikkat çekmiştir. Taraf devletlerin, kadınların hayatlarının tümünü ya da büyük bir bölümünü ailelerinin bakımı için harcadıklarını, yaşlılık aylığına hak kazanmalarına olanak sağlayacak ücretli bir faaliyetle iştilgal edemediklerini ve bu nedenlerle durumları oldukça sorunlu olan yaşlı kadınlar için özel bir önem verilmesi gerektiği vurgulanmıştır.²³⁷ Komite 16 No'lu Genel Yorum'da ise bu kez kadınların insan haklarının erkeklerle eşit olarak kullanılmasının çoğunlukla yadsındığı, pek çok kadının, cinsiyetin ırk, renk, dil, din, siyasal ya da diğer görüş, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da etnik kimlik, engel durumu, medeni hal, mültecilik, göçmenlik vb. gibi herhangi bir statü ile kesişmesi nedeniyle bileşik bir dezavantajlı olma durumuyla sonuçlanan başka ayrımcılık biçimlerine maruz kaldığı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi yukarıda belirtilen

²³³ a.g.k., para. 30. Komite'nin nihai tespitlerinde yer alan konuya dair örnekler için, bkz, Makkonen, s. 38-39.

²³⁴ Vandenhoele, s. 61.

²³⁵ Makkonen, s. 39.

²³⁶ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 5, Persons with disabilities, E/1995/22, 09.12.1994, (bundan sonra "ESKHK, 5 No'lu Genel Yorum" olarak anılacaktır), para. 19, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

²³⁷ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 6, The economic, social and cultural rights of older persons, 08.12.1995, E/1996/22 (bundan sonra "ESKHK, 6 No'lu Genel Yorum" olarak anılacaktır), para. 20, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

belgelerde çoklu temelde ayrımcılık bir olgu olarak tanınmış olmakla birlikte kavram açıkça ifade edilmemiştir.

ESKHK ayrımcılık yasağı ile ilgili yayınladığı 20 No’lu Genel Yorum’da ise kavramın adını açıkça anmıştır. Komite ayrımcılık nedenlerinin keşilebileceğini vurgulamış, “çoklu ayrımcılık” terimini kullanarak etnik ya da dinsel azınlığa mensup kadınları örnek olarak göstererek, bazı kişiler ya da kişi gruplarının ayrımcılığın yasaklandığı birden fazla temele dayalı olarak ayrımcılığa maruz kaldığını belirtmiştir. Komite, kümülatif bir ayrımcılığın bireyler üzerinde kendine özgü ve özel bir etkisi olduğunu, busebeple bu durumun özel olarak değerlendirilmesi ve çözüme kavuşturulması gerektiğini vurgulamıştır.²³⁸ Komite ayrıca örneğin engellilik ve cinsiyet gibi yasaklanan iki ayrımcılık nedeninin keşilmesinin mümkün olabileceğini ifade etmiştir.²³⁹

Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesinde ayrımcılığın kişi bakımından kapsamın noktasında açık uçlu bir şekilde ayrımcılık yasağına yer verildiği yukarıda ifade edilmişti. Bu düzenlemeye ek olarak Sözleşme’nin 23. maddesinde, engelli çocuklarla ilgili açık bir düzenleme yer almıştır ve engelli çocukların özel durumu göz önünde tutulmuştur. Çocuk Hakları Komitesi’nin çoklu temelde ayrımcılık olgusuna engelli kız çocukları ve genel olarak kız çocukları bakımından yer verdiği ifade edilmektedir.²⁴⁰

BM sisteminde yukarıda yer verilen uluslararası sözleşmeler ve sözleşme organlarının ilgili kararları doğrultusunda çoklu temelde ayrımcılık olgusunun büyük oranda kabul edildiği ortaya çıkmaktadır. Ancak kavramın yukarıda yer verilen tüm boyutlarıyla birlikte tanımlanması gerekmektedir. BM sisteminde kavramın henüz adı anılarak ve çerçevesi çizilerek tanımlandığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Ayrıca çoklu temelde ayrımcılık büyük ölçüde ırk veya etnik köken ile cinsiyet temelinde ayrımcılık açısından gündeme gelmektedir.²⁴¹ Buna rağmen belirtilen belgelerde sınırlı temelde olsa da verilen örnekler giderek çeşitlenmekte ve hayatın her alanında çoklu temelde ayrımcılık olgusunun varlığı tanınmaktadır.

²³⁸ ESKHK, 20 No’lu Genel Yorum, para. 17.

²³⁹ a.g.k., para. 27.

²⁴⁰ Vandenhole, s. 82. Örnek nihai tespitler için bkz, a.g.e., s. 82.

²⁴¹ Vandenhole, s. 85.

AB hukuku kapsamında ABAD'nın çoklu temelde ayrımcılığa dair bir içtihadı bulunmamaktadır. ABAD, örneğin cinsiyet ve yaş temeli ayrımcılığın iç içe geçtiği dört davada kesişen ayrımcılık gündeme gelebilecekken bu olguya değinmemiştir. Söz konusu davalardan ikisinde erkeklerin kadınlardan daha geç yaşta emekli olabilmesine dair düzenleme gündeme gelmiştir.²⁴² Diğer iki davada ise kamu sektöründe çalışan işçilerin belirli bir yaşa gelince kısmi zamanlı çalışmaya geçmesi ancak emeklilik yaşına gelince bu olanağın ortadan kalkması ve bu konuda emeklilik yaşının kadınlar için 60, erkekler için 65 olarak belirlendiği ve bu nedenle 60 yaşından sonra erkeklerin kısmi zamanlı çalışmaya geçebilmelerine karşın kadınların emeklilik yaşı nedeniyle mahrum kalmaları değerlendirilmiştir.²⁴³ Bu davaların yaş temelinde ayrımcılığa yer veren 2000/78/EC sayılı Direktif'in yürürlüğe girişi öncesinde sonuçlandığı için cinsiyet yanında yaş temelinin gündeme gelmediği belirtilmektedir.²⁴⁴ Ancak anılan tarihten sonra sonuçlanan başka bir davada Avrupa Komisyonu için çalışmaya başlayan bir kişinin daha önceki çalıştığı yerlerde emeklilikle ilgili kazanımlarını yeni işine aktarması noktasında yaş ve cinsiyet temelinde bazı düzenlemeler konu edilmiştir.²⁴⁵ Divan sözü edilen davada da yalnızca cinsiyet temelinde ayrımcılığa değinilmiş ve yaş temeli göz ardı edilmiştir.

ABAD açısından çoklu temelde ayrımcılığın gündeme gelebileceği bir dava ise 2008 yılında sonuçlanmıştır. Anılan davada engelli çocuğu nedeniyle çalışma şartlarında düzenleme talep eden bir kadının işten atılması ile ilgili olarak engellilik temelinde ayrımcılık yapıldığına karar verilmiştir. Aşağıda dolayısıyla ayrımcılık başlıklı bölümde yine üzerinde durulacak bu kararda, Divan tarafından çocukların bakımının toplumsal cinsiyet rolleri çerçevesinde kadınlarca üstlenilmesinden hareketle sadece cinsiyet temelinde veya hem cinsiyet hem de engellilik temelinde, diğer bir deyişle çoklu temelde ayrımcılık yapıldığına karar verilmesi mümkündür.

²⁴² ABAD, *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Case 146/77, Judgment of the Court of 13 June 1978; *M. H. Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, Case 152/84, Judgment of the Court of 26 February 1986.

²⁴³ ABAD, *Erika Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit*, Case C-77/02, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 September 2003; *Helga-Kutz-Bauer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, Case C-187/00, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 20 March 2003.

²⁴⁴ Burri; Schiek, s. 8.

²⁴⁵ ABAD, *Maria-Luise Lindorfer v. Council of the European Union*, Case C-227/04, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 11 September 2007.

Ancak Divan bu yönde hareket etmemiştir ve çoklu temelde ayrımcılık konusuna değinmemiştir.

AB hukukuna dair yukarıda belirtilenler ışığında, çoklu temelde ayrımcılığın cinsiyet ve ırk veya etnik köken temellerinde daha geniş kapsamda, din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim temellerinde, yalnızca istihdam ve meslek alanında, diğer bir deyişle daha dar kapsamda gündeme gelebilecektir.²⁴⁶ Bu sınırlı koruma nedeniyle örneğin bir etnik grubun yaşlı üyelerinin sağlık veya barınma konularında çoklu temelde ayrımcılığa uğradığını iddia etmesi mümkün gözükmemektedir. Bu durumda söz konusu kişi etnik kökeni nedeniyle 2000/43/EC sayılı Direktifi kapsamında ayrımcılığa uğradığını iddia etmesi mümkün olacaktır ancak aynı etnik grubun genç üyelerinin benzer muameleye maruz kalmadığı durumda söz konusu iddianın kabul edilmeyebileceği söylenebilir. Aynı durum 2000/43/EC ve 2000/54/EC sayılı Direktifler benzer kapsamlara sahip olduğu için yaşlı kadınlar için geçerli olmayabilecektir ve bu durumda çoklu temelde ayrımcılık tanınabilecektir.²⁴⁷ AB hukukunda bunun dışında etkili bir koruma getirilmemiştir ve altı ayrımcılık temelini kapsayan ve tüm alanları içeren tek bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Ayrıca tanımının yapılarak çoklu temelde ayrımcılığın da yasaklandığının açıkça ifade edilmesi gerekmektedir.²⁴⁸

C. Çoklu Temelde Ayrımcılık Kavramının Sınırları

Çoklu temelde ayrımcılığın tanınmasının bir dizi olumlu sonucu bulunmaktadır. Bunlardan ilki kavramla ayrımcılıkla ilgili olarak farklı ayrımcılık temellerinin birleşerek farklı şekillerde ortaya çıkması tanınmış olmaktadır. İkinci olarak ise bu şekilde güçlendirilmiş bir ayrımcılık anlayışı daha etkili politikaların kabul edilmesinin ve bu politikaların uygulanmasının yolunu açmaktadır. Çoklu temelde ayrımcılık olgusunun tanınması ile ırk ayrımcılığının kadınları ve erkekleri

²⁴⁶ Moon, *Multiple Discrimination*, s. 8.

²⁴⁷ Fredman, *Double Trouble*, s. 17.

²⁴⁸ Bu ve bunun dışında diğer öneriler için bkz., **Tackling Multiple Discrimination: Practices, Policies and Laws**, European Commission, Italy, 2007, s. 53.

farklı biçimde etkilediği veya cinsiyet ayrımcılığının ırk veya etnik kökeni farklı kişileri farklı biçimlerde etkilediği kabul edilmiş olmaktadır.²⁴⁹

Çoklu temelde ayrımcılık kavramının tanınmasının işlevli olduğu bir başka alan ise özel önlemlerdir. Genellikle dezavantajlı grubun görece daha avantajlı durumda olan üyelerinin faydalandığı için zaman zaman eleştirilerle karşılaşan özel önlem konusu açısından, özel önlemlerin grup içinde farklı özelliklere sahip kişilerin farklı ihtiyaçlarının göz önünde tutularak tasarlanması özel önlemlerle hedeflenen sonuca ulaşılması açısından oldukça önem taşımaktadır.²⁵⁰ Elbette tüm bu işlevlerin yerine getirilebilmesi için bu olgunun hukuken tanınması ve açıkça yasaklanması gerekmektedir.

Yukarıda ifade edilen insan hakları hukukuna dair düzenlemeler ışığında mevcut yasal çerçevenin çoklu temelde ayrımcılık için yeterli olup olmadığı değerlendirilmiştir. Bu noktada bir dizi sorun tespit edilmiştir. Tespit edilen ilk sorun bazı düzenlemelerde ayrımcılığın kişi bakımından kapsamının sınırlı olması nedeniyle koruma alanı dışında bırakılan temellerin de dâhil olduğu çoklu temelde ayrımcılığın koruma alanının dışında kalmasıdır. Bu durumda yargı organlarının ayrımcılık mağduru açısından en kapsamlı koruma öngören ayrımcılık temelini göz önünde tutarak karar vermesi mevcut olumsuzluğu bir ölçüde giderebilecektir.

Gündeme gelen ikinci konu ise ayrımcılığın konu bakımından kapsam ile ilgilidir. “Kompartmanlaştırma” (compartmentalisation) olarak da anılan²⁵¹ yaklaşım sonucunda farklı temellerde farklı yasal çerçeve ve koruma öngörülmesi olgusu çoklu temelde ayrımcılık açısından sorun yaratmaktadır. Ayrımcılık yasağına dair düzenlemelerin ayrımcılık temelleri açısından açık uçlu olmasının birden fazla ayrımcılık temelini söz konusu olduğu çoklu temelde ayrımcılığı da içermesi anlamına gelmektedir. Ancak bu durumun varlığına karşın mevcut hukuki çerçevenin bu konuda yeterli değildir. Bu noktada ayrımcılık temelleri açısından açık uçlu yaklaşımın benimsenmesine karşın farklı ayrımcılık temelleri açısından ayrımcılığın konu bakımından kapsamı değişebilmekte ve getirilen korumanın kapsamı da farklılaşabilmektedir. Bu nedenle çoklu temelde ayrımcılık için gündeme gelecek

²⁴⁹ Makkonen, s. 36.

²⁵⁰ Fredman, *Double Trouble*, s. 18.

²⁵¹ Burri; Schiek, s. 18.

temele göre farklı sonuç doğabilecektir. Dolayısıyla öncelikle çoklu temelde ayrımcılığın bir norm olarak tanınması ve tanımlanmasının ve çoklu temelde ayrımcılığa uğrayan kişilerin tek temelde ayrımcılığa uğrayan kişilere göre daha kapsamlı bir yasal korumadan yararlanmalarının sağlanması gerekmektedir.²⁵²

Çoklu temelde ayrımcılıkla ilgili dile getirilen bir diğer sorun ise ayrımcılık oluşturmeyen farklı muameleler ile ilgilidir. Farklı ayrımcılık temelleri için ayrımcılık oluşturmeyen farklı muameleler gündeme gelebilmektedir. Örneğin yaşlı ve engelli bir kişi açısından 2000/78/EC sayılı Direktif'te her iki temel için farklı kapsamlarda ayrımcılık oluşturmeyen farklı muameleler öngörülmüştür. Bu durumda çoklu ayrımcılık söz konusu olduğunda ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelelerin ayrı ayrı uygulanması mümkün olabilirken kesişen ayrımcılık açısından bu şekilde bir çözüm bulunması mümkün olamamaktadır.

Kavramla ilgili bir diğer sorun ise, üzerinden gelinmesi en zor sorun olarak da değerlendirilen, dolaylı ayrımcılığın ispatında da ortaya konulan bir karşılaştırma öznesinin varlığına dair sorundur.²⁵³ Normalde karşılaştırılabilirlik ölçütü tek temelde gerçekleşen ayrımcı muamelelerde bile büyük sorun yaratabiliyorken, bu durum çoklu temelde ayrımcılık söz konusu olduğunda daha da büyük bir sorun ortaya çıkarmaktadır. Etnik köken ve cinsiyetin iç içe geçtiği bir dolaylı ayrımcılık vakasında bu temellerden her birinin kendisi kapsamında karşılaştırıldığında dolaylı ayrımcılık ortaya konulamayabilecektir. Örneğin aynı etnik kökenden çok sayıda erkeğin varlığı veya farklı etnik kökenden çok sayıda kadının varlığı bu yönde bir iddiayı boşa çıkaracaktır. Bu şekilde bir durumda yukarıda ifade edildiği gibi karşılaştırma öznesi olarak farklı etnik kökenden gelen erkeklerin karşılaştırma öznesi olarak seçilmediği durumda çoklu temelde ayrımcılık yargısal denetimin kapsamından çıkabilecektir. Bu durum özellikle konu ile ilgili etnik köken ve cinsiyet temelinde ayrıştırılmış istatistiksel veriler mağdurun elinde olmadığı hallerde daha da zor hale gelmektedir.²⁵⁴

Belirtilen bu sorunların karşısında konuya açıklık getirmek ve bir farkındalık yaratmak amacıyla yasal düzenlemelerde ayrımcılığın kişi bakımından kapsamında

²⁵² Gerards, *Discrimination Grounds*, s. 172.

²⁵³ Burri; Schiek, s. 18.

²⁵⁴ Gerards, *Discrimination Grounds*, s. 173-174.

açık-uçlu bir yaklaşımın benimsenmesi, çoklu temelde ayrımcılığın tanımına yasal düzenlemelerde yer verilmesi, ayrımcılığın kişi ve konu bakımından kapsamının harmonize edilmesi gerekmektedir. Ayrıca genellikle sadece cinsiyet ve ırk veya etnik köken temelinde gündeme gelen eşitlik kurumu oluşturma yükümlülüğünün tüm ayrımcılık temelleri için ortaya konulması, çoklu temelde ayrımcılığa yönelik yargısal usullerin kullanıldığı durumda, ortaya çıkan farklı ayrımcılık temellerine göre ayrı ayrı değil tek bir çatı altında yapılabilmesi, çoklu temelde ayrımcılık olgusunun ayrımcılığa karşı kabul edilecek giderimlerde ağırlaştırıcı bir neden olarak düşünülmesi, ayrımcılık temelleri kapsamında tanınan ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelelerin benzer hale getirilmesi ve karşılaştırma öznesinin seçilmesinde esnek bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği önerilmektedir.²⁵⁵ Bu noktada AİHS'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı kapsamında kişi bakımından açık uçlu yaklaşımın benimsenmesi ve ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelelerle ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması bir model olarak kabul edilebilecektir. AİHM'nin ayrımcılık temellerine dair ortaya koyduğu esnek yaklaşım sonucunda da çoklu temelde ayrımcılık vakalarının karmaşık olmaktan çıkabileceği ifade edilmiştir.²⁵⁶

Yukarıda belirtilenler ışığında çoklu temelde ayrımcılığın tüm biçimlerinin yasalarda açıkça düzenlenmesi gerektiği görülmektedir. Bu amaçla yapılacak bir düzenlemenin haricinde ayrımcılığın kişi ve konu bakımından kapsamının geniş ve açık uçlu tutulması ve ayrımcılığa getirilecek korumanın tüm ayrımcılık temellerini kapsayacak biçimde sağlanması gerekmektedir. Bu noktada, ayrımcılığın ortaya konulması için karşılaştırma yapma zorunluluğunun ortadan kaldırılması ve maddi eşitliğe ve dezavantajın ortadan kaldırılmasına odaklanılması önerilmektedir.²⁵⁷ Çoklu temelde ayrımcılığa cevap niteliğinde kabul edilecek yasal düzenlemelerde bireylerin şikâyetlerine dayanan ve bu şikâyetlere reaksiyon

²⁵⁵ Fredman, **Discrimination Law**, s. 74-75, Burri; Schiek, s. 22-24; Hannett, s. 85; Mark Bell, **Extending EU Anti-Discrimination Law: Report of an ENAR**, Ad Hoc Expert Group on Anti-Discrimination Law, Brussels, 26 March 2008, s. 9, <http://www.enar-eu.org/Pa.g.e..asp?docid=15845&langue=EN> (erişim:01.04.2012)

²⁵⁶ Gerards, *Discrimination Grounds*, s. 175-176.

²⁵⁷ Monaghan, s. 32; Fredman, **Positive Rights and Positive Duties**, s. 81.

temelinde gündeme gelen koruma yerine²⁵⁸, çoklu temelde ayrımcılığın yapısal nedenlerinin mevcudiyetinden hareketle eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasına odaklanan ve pozitif edime dayalı politikaların ve yasal düzenlemeler benimsenmelidir. Grupların kendine özgü özellikleri yanında bu özelliklerin yol açtığı dezavantajlı durum ve eşitlik ilkesine bakış açısında da odaklanması gerekmektedir.²⁵⁹Yine grup temelli anlayış, karşılaştırma yapılması gerekliliği aşılarak, örneğin engelli yaşlı kişiler, etnik bir gruba mensup kadınlar gibi, alt grupların da varlığını tanınmalıdır.²⁶⁰

VI. Makul Uyumlaştırma Yapılmaması

A. Makul Uyumlaştırma Kavramı

1. Genel Olarak Makul Uyumlaştırma Kavramı

Uluslararası insan hakları hukukunda ayrımcılık yasağının güncel görünümlerinden biri de makul uyumlaştırma (reasonable accomodation) yapılmamasıdır.²⁶¹ Makul uyumlaştırma yükümlülüğü, işverenler, malları ve hizmetleri sunan kişiler ve kamu makamları gibi yükümlülük altında olan kişilerin, politikaları, uygulamaları ve binalar ve eklentilerinde, ilgili kişiler için söz konusu olan engellerin ortadan kaldırılması için makul adımları atarak gerekli ayarlamaları yapma yükümlülüğü anlamına gelmektedir.²⁶² Başka bir tanımla ise, farklı özelliklere

²⁵⁸ Bu yaklaşımın dezavantajları ile ilgili kısa bilgi için bkz, Fredman, **Positive Rights and Positive Duties**, s. 79.

²⁵⁹ a.g.e., s. 73.

²⁶⁰ a.g.e., s. 81.

²⁶¹ Kavramın Türkçe karşılığı olarak “makul uyarılma/düzenleme” (Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 98) veya “makul düzeyde önlemler” (Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, s. 143) ifadeleri de kullanılmaktadır. Çalışmada kişinin bireysel özelliklerinin göz önünde tutularak bir mekanın ya da uygulamanın o kişi ile uyumlu hale getirilmesi gerekliliğinden kaynaklı olarak “uyumlaştırma” kavramı tercih edilmiştir. Bu şekilde bir çeviriyi ilk kez kullanan çalışma için bkz, İdil Işıl Gül, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansımaları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.

²⁶² Anna Lawson, *the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and European Disability Law: A Catalyst for Cohesion?*, **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, European and Scandinavian Perspectives**, Oddny Mjöll Arnardottir; Gerard Quinn (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, s. 93.

sahip kişilerin insan hak ve özgürlüklerinden yararlanma bakımından fırsat eşitliğine sahip olmalarını sağlamak üzere, erişilebilirlik (accessibility) kurumun tamamlayan bir araçtır. Tanımda yer alan tamamlayıcılık ifadesi, makul uyumlaştırma ve erişilebilirlik kurumlarının birbirlerinin yerine geçemeyeceğini, birinin eksikliği halinde, diğerinin amaca ulaşmak için yeterli olamayacağını ifade etmektedir.²⁶³ Bu iki kavramdan yalnızca makul uyumlaştırma ayrımcılık yasağı kapsamında yer almaktadır ve bu sebeple çalışmada bu kavram üzerinde durulmuştur.

Makul uyumlaştırma kavramında yer alan “uyumlaştırma” kavramı yerine farklı ülkelerde “ayarlama” (adjustment), “adım” (steps) veya “uygun önlem” (appropriate measures) ifadeleri kullanılabilir. Ancak bu kavramlar makul uyumlaştırma kavramı ile aynı anlama gelmektedir.²⁶⁴ Makul uyumlaştırma kavramında yer alan “makul” ifadesi ölçülülük ilkesine bir gönderme yapmaktadır. “Uyumlaştırma” ifadesi ile ise, alınacak tedbirlerin ilgili kişinin bir mal veya hizmete ya da bir hakka erişimini etkili biçimde sağlaması anlamına gelmektedir. Uyumlaştırmanın etkili biçimde sağlanması, en iyi veya ideal çözümün bulunması anlamına gelmemektedir ve uyumlaştırmanın etkili ve uygulanabilir olması yeterlidir. Söz konusu uyumlaştırma bireysel temelde gündeme gelmektedir ve ilgili kişiye özgü özelliklerin dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu özellikler dikkate alınarak uyumlaştırmanın gerekip gerekmediği ve gündeme gelecek uyumlaştırmanın orantısız bir yük getirip getirmediği değerlendirilmektedir. Uyumlaştırmanın nasıl yapılacağı, örneğin konu istihdam ise, mevcut bir işin ve işyerinin ve ilgili kişinin kendine özgü durumunun değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle makul uyumlaştırmada her duruma özgü uygun tedbirlerin önceden belirlenmesi mümkün değildir. Yasalar bu konuda en fazla genel ilkeleri belirleyebilecek ve örnek niteliğinde bazı önlemlere yer verebilecektir.²⁶⁵ Bu noktada genel bir formülasyon ışığında içtihatlarla bu yükümlülüğün somutlaştırılması mümkün olabilecektir.²⁶⁶

²⁶³ Gül, s. 268.

²⁶⁴ Lisa Waddington; Anna Lawson, **Disability and Non-Discrimination Law in the European Union**, European Commission, Luxembourg, 2009, s. 26.

²⁶⁵ a.g.e., s. 25.

²⁶⁶ Lisa Waddington, *Reasonable Accommodation, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Dagmar Schiek; Lisa Waddington; Mark Bell (ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007, s. 671.

Ayrımcılık yasağı açısından, örneğin herhangi bir mal veya hizmete erişim noktasında, bir kişinin mensubu olduğu grubun özelliklerinin dikkate alınması farklı muamele olarak adlandırılmaktadır. Bu durumda bir kişinin etnik kökeni örneğin ulaşım araçlarına erişimi açısından ilgisiz bir durum olarak kabul edilmektedir. Bu yaklaşım yukarıda üzerinde durulan simetrik yaklaşımın bir sonucudur ve farklılıklar “olumlu” anlamda yok sayılmaktadır. Ancak özellikle engelliler söz konusu olduğunda, bir kişinin engelli olup olmaması bazı durumlarda belirleyici hale gelmektedir ve bu durum da beraberinde farklı muamele edilmesini gerektirmektedir. Eşitliğin sağlanması için asimetrik bir yaklaşım ve farklılıkların gözetilmesi öne çıkmaktadır. Bu nedenle makul uyumlaştırma yükümlülüğü maddi eşitlik anlayışının bir sonucudur.

2. Makul Uyumlaştırmanın Farklı Biçimleri

Makul uyumlaştırma yükümlülüğü iki biçimde ortaya çıkabilmektedir. İlk olarak, “reaktif” (reactive) makul uyumlaştırma adı verilebilecek yükümlülük söz konusudur ve burada yukarıda ifade edildiği gibi kişiye özgü bir durumun ortaya çıkması ile o kişiye uygun tedbirler alınmaktadır. Örneğin daha önce ortopedik engelli bir çocuğun öğrenim görmediği ve oldukça eski bir dönemde inşa edilmiş bir okula, ortopedik engelli bir öğrencinin gelmesi durumunda, reaktif makul uyumlaştırma yükümlülüğü gündeme gelecektir. Bu tarz bir uyumlaştırma her ne kadar kişiye özgü olsa da, uyumlaştırmanın ardından benzer engelliliğe sahip başka kişiler içinde sonuç doğurabilecektir ve dolayısıyla bu yönüyle aynı zamanda proaktif bir özellik barındırmaktadır. Aynı durum örneğin görme engellilere yönelik kabartma uyarılar için de söz konusu olabilecektir. Ancak bu tarz bir etkiye karşın yükümlülük büyük ölçüde tek bir kişiye veya kuruma yöneliktir.²⁶⁷ Reaktif makul uyumlaştırma için, tekerlekli sandalyeli kişilerin işyerlerine erişimi için düzenlemelerin yapılması, çalışma saatlerinin ayarlanması, ofiste kullanılan araçların ayarlanması, görevlerin çalışanlar arasında tekrar dağıtılması gibi örnekler verilebilir.

²⁶⁷ Waddington; Lawson, s. 52-53.

Makul uyumlaştırmanın ikinci bir türü ise “proaktif” (proactive) veya “ileriye dönük” (anticipatory) makul uyumlaştırmadır. Proaktif uyumlaştırma reaktif uyumlaştırmanın yerine almamakta ve tamamlayıcı nitelikte kabul edilmektedir. Bu noktada uyumlaştırma kişiye özgü olarak belirlenmiş değildir ve belirli özelliklere sahip kişilere, başka bir deyişle bir gruba yöneliktir. Bir kamu hizmetinin sunumunda, o hizmete işitme engellilerinde erişiminin söz konusu olacağı düşünülerek, işaret dilini bilen kişilerin istihdam edilmesi bu tarz bir uyumlaştırmaya örnek olarak verilebilir. Bu durumda bir hizmetin sunumundan sorumlu olan kişilerin düzenli aralıklarla sundukları hizmetin herkes tarafından erişilebilir olup olmadığını değerlendirmesi gerekecektir.²⁶⁸ Bu yaklaşımın dava yoluna konu olması reaktif yaklaşıma göre daha zordur. Bu nedenle bu yönde açık bir yükümlülüğün ve yükümlülüğün yerine getirilmediği durumda dava edilebilirliğinin açıkça öngörülmesi gerekmektedir. Söz konusu yükümlülük hem kamu sektörü hem de bazı sınırlar dâhilinde özel sektör için geçerli kılınmalıdır. Proaktif yükümlülükler aynı zamanda dolaylı ayrımcılık kavramı ile işlev noktasında ortaklaşmaktadır. Dolaylı ayrımcılıkta geçerli olan görünüşte tarafsız bir kural, ölçüt veya uygulamanın belli gruplar için dezavantaja yol açması durumunun ispatı proaktif makul uyumlaştırma yükümlülüğünün ispatından daha zordur. Bu nedenle proaktif uyumlaştırma dolaylı ayrımcılığa yol açan görünüşte tarafsız kural, ölçüt veya uygulamanın ortadan kaldırılmasını kolaylaştırmaktadır.

3. Makul Uyumlaştırmada Farklı Eğilimler

Makul uyumlaştırma yükümlülüğü ile ilgili düzenlemelerde iki eğilim göze çarpmaktadır. İlk eğilimde, örneğin, söz konusu durum istihdama erişim ile ilgili ise “makul” (reasonable) olanın belirlenmesinde şirketin büyüklüğü, uyumlaştırmanın ekonomik maliyeti, ilgili iş sözleşmesinin süresi gibi etmenler göz önünde tutulabilecektir. Bu eğilim uyumlaştırmanın ekonomik sonuçlarına odaklanmaktadır ve yükümlülüğün sınırını “orantısız yük” (disproportional burden) ölçütü ile

²⁶⁸ a.g.e., s. 53-54.

belirlemeye çalışmaktadır.²⁶⁹ Bu eğilimde makul uyumlaştırma yükümlülüğü altında olan kişiler yükümlülüğü yerine getirmemek için bazı gerekçeleri öne sürebileceklerdir. Bu gerekçeler makullük, orantısız yük ve istihdam alanı söz konusu olduğunda iş sağlığı ve güvenliği gibi noktaları içermektedir. Örneğin AB üyesi ülkelerde bu gerekçelerin birine, ikisine veya üçüne yer veren yasal düzenlemeler mevcuttur.²⁷⁰ Makul uyumlaştırma ile ilgili bir yasal düzenlemenin yükümlülüğü ortadan kaldıracak gerekçeleri mümkün olduğunca sınırlı tanımlaması ve kapsamalarının belirlenmesi daha uygun görülmektedir. Bu sayede eşitliği geliştirme amacını güden bir yükümlülükten bu amaçla ters düşecek şekilde kolaylıkla sıyrılmak mümkün olmayacaktır.

Makul uyumlaştırma ile ilgili ikinci bir eğilim ise, uyumlaştırmaya konu olan kişi veya grubun ihtiyaçlarının göz önünde tutulmasının “etkili” (effective) bir şekilde gerçekleştirilmesine odaklanmaktadır. “Makul” olan, uyumlaştırmaya ihtiyaç duyan kişinin bir hakka erişiminin veya istihdam alanında üstlenilen sorumluluğun yerine getirebilmesinin sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilmesi sonucu belirlenmektedir.²⁷¹ Bu noktada anahtar kavram “makul” değil “etkililik” olmaktadır.²⁷² Bu yaklaşımla yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediği, öncelikle etkili bir uyumlaştırma yapılmasının mümkün olup olmadığı, ardından ise söz konusu uyumlaştırmanın orantısız bir yük getirip getirmediği noktasında değerlendirilmektedir. İlk değerlendirmede, gündeme gelen uyumlaştırmanın elverişli (suitable) ve uygun (appropriate) olup olmadığı, örneğin bir engellinin somut bir işi yapmasını sağlayıp sağlamadığı ve uyumlaştırmanın gerekli olup olmadığı göz önünde tutulmaktadır. Görüldüğü gibi ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olarak kabul edilebilecek bu unsurlarla, ölçülülük ilkesi bağlamında bir değerlendirme yapıldığı söylenebilir. Bu iki soruya verilecek yanıtın olumlu olduğu durumda ise ikinci değerlendirmeye geçilmektedir.²⁷³ Bu şekilde ikili bir test ile ilk yaklaşımın tersine bir kişinin kendine özgü durumu ve bundan kaynaklanan bireysel

²⁶⁹ Waddington; Lawson, s. 27.

²⁷⁰ a.g.e., s. 28-29.

²⁷¹ a.g.e., s. 31.

²⁷² Örneğin 2003 tarihli Hollanda Kronik Hastalık veya Engellilik Temellerinde Eşit Muamele Yasası'nın (Act on Equal treatment on the Grounds of Disability or Chronic Illness) 2. maddesi bu şekilde bir yaklaşımı benimsemiştir. Bkz, Waddington, Reasonable Accommodation, s. 658.

²⁷³ Waddington; Lawson, s. 32.

hakkı ile makul uyumlaştırma yükümlülüğü altında olan kişinin ekonomik gücü arasında bir denge bulunmaya çalışılmaktadır. Bu eğilim yukarıda belirtilen ilk eğilimin ortaya çıkardığı sakıncaları giderebilecek ve makul uyumlaştırma yükümlülüğünün değerlendirilmesinde ayrımcılık yasağının etkili biçimde uygulanmasını güvence altına alabilecektir.

4. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Zamanı ve Biçimi

Makul uyumlaştırma yükümlülüğünün aşamalı mı yoksa derhal mi yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğu tartışılabilir. Ayrımcılık yasağı daha önce ifade edildiği gibi derhal yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Makul uyumlaştırmanın ayrımcılık yasağı kapsamında görüldüğü durumda aynı yaklaşımın makul uyumlaştırmaya da sirayet edeceği düşünülebilir. Ancak bu konuda yukarıda ifade edilen “orantısız yük” ölçütü dikkate alındığında yükümlülüğün aşamalı olarak gerçekleştirilmesi söz konusu olabilecektir.²⁷⁴ Ancak belli durumlarda yükümlülüğün ortadan kalkması gündeme geleceği için, yükümlülüğün ortaya çıktığı an, aynı zamanda uyumlaştırmanın gerçekleştirilebilirliğinin de kabul edildiği andır. Ayrıca uyumlaştırmanın büyük oranda kişiye özgü olduğu da düşünüldüğünde, ortaya çıkacak yükümlülüğün kimi zaman derhal yerine getirilmesi de gerekebilecektir. Dolayısıyla bu konuda net bir cevap verilmesi mümkün gözükmemektedir.

Makul uyumlaştırma yükümlülüğü farklı zamanlarda ortaya çıkabilmektedir. İstihdam alanından örnek vermek gerekirse, makul uyumlaştırma genellikle iş ilişkisinin sürdüğü sürece gündeme gelmektedir. Ancak aynı zamanda işe alım öncesinde ve işi ilişkisinin sona ermesinde makul uyumlaştırmanın gündeme gelmesi mümkündür. İşe alım sürecinde, iş ilanlarının sunumunda, işe alım sürecinde

²⁷⁴ Lawson, *A Catalyst for Cohesion?*, s. 104.

gerçekleştirilen sınavlarda veya mülakatlarda engellilere yönelik uyumlaştırma söz konusu olabilmektedir.²⁷⁵

Uyumlaştırmanın yalnızca buna ihtiyaç duyan kişi için değil o kişi ile bağlantılı bir başka kişi için de gerçekleştirilmesi gerekebilir. Örneğin ABAD'nın önüne gelen bir davada kendisi engelli olmayan ancak çocuğu engelli olan bir kadının, bu durum göz önünde tutularak iş saatlerinin yeniden ayarlanması talebi işveren tarafından reddedilmiştir.²⁷⁶ Böyle bir durumda aynı zamanda dolayısıyla ayrımcılık (discrimination by association) denilen olgu ve makul uyumlaştırmanın bağlantılı diğer kişiler için de öngörülmesi gündeme gelmektedir. Bu durum ayrımcılığın engellilik temelinde yasaklanmasının bir sonucudur. Başka bir deyişle kişinin engelli olup olmaması belirleyici değildir ve kişinin engellilik temelinde ayrımcılığa uğrayıp uğramadığı değerlendirilmektedir.

5. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğünün Unsurları

Makul uyumlaştırma yükümlülüğü belli unsurları içinde barındırmaktadır. Bu unsurlar çerçevesinde söz konusu yükümlülüğün mutlak bir yükümlülük olmadığı ve sınırlanabildiği ortaya çıkmaktadır. Ancak aşağıda belirtilen unsurlar ortaya konulduğu anda yükümlülüğün yerine getirilmemesi ayrımcılık olarak değerlendirilecektir. Öncelikle makul uyumlaştırma yükümlülüğü altında olan kişinin, buna ihtiyaç duyan kişinin durumu hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir. Bu noktada ilgili kişinin bu yönde bir bilgi sunması beklenmektedir. İkinci unsur ise, makul uyumlaştırmanın makul, diğer bir deyişle uyumlaştırmaya ihtiyaç duyan kişinin yürüteceği faaliyetle ilişkili olması gerekmektedir. Başka bir unsur ise, makul uyumlaştırma ihtiyacının, bu yükümlülük altında olan kişi bakımından aşırı bir yük getirmemesi veya imkânsız olmamasıdır. Son bir unsur ise makul uyumlaştırma yükümlülüğün yerine getirildiği durumda, bu durumun uyumlaştırmaya ihtiyaç duymayan üçüncü kişiler bakımından faaliyetlerin gerçekleştirilmesini önemli ölçüde güçleştirmemesidir. Makul uyumlaştırma

²⁷⁵ Waddington, *Reasonable Accommodation*, s. 672.

²⁷⁶ ABAD, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, Case C-303/06, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 July 2008.

yükümlülüğü altında olan kişinin devlet tarafından engellilere yönelik politikalar kapsamında desteklenip desteklenmediği de göz önünde tutmaktadır. Bu yönde kamusal kaynaklar mevcut ise yükümlülük altında olan kişinin “orantısız yük” savunmasına dayanması daha zor olacaktır.²⁷⁷

6. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğü ve Ayrımcılığın Yasaklandığı Temeller

Makul uyumlaştırma yükümlülüğü büyük oranda engellilerle ilgili ve istihdam alanında gündeme gelmektedir.²⁷⁸ Ancak bunun ötesine geçen, konu bakımından iletişim, binaların inşası, ulaşım, kamuya arz edilmiş mal ve hizmetler ve kamu makamları ile ilişkiler gibi alanları da kapsayan yasal düzenlemeler de söz konusudur.²⁷⁹ Engelliler açısından istihdamda gündeme gelen makul uyumlaştırma yükümlülüğünün bazı ölçütleri söz konusudur. Öncelikle engellilerin istihdama erişimde, belirli bir işe başvuru durumunda, makul bir uyumlaştırma yapıldığında o işin gerektirdiği niteliklere sahip olmaları gerekmektedir. Bir engelli kişinin söz konusu iş için yetkin, kabiliyetli ve elverişli olduğu durumda makul uyumlaştırma gerekliliği gündeme gelmeyecektir. Bu noktada doğrudan ayrımcılık olgusu gündeme gelebilecektir.

Makul uyumlaştırma yükümlülüğü ile engelliler mevcut kurallara veya koşullara uymaya zorlanmak yerine bunların engellilere yönelik olarak uyarlanması ve değiştirilmesi gündeme gelmektedir. Ayrımcılık temelleri büyük ölçüde ilgili gruba mensup kişilerin ortak bir özelliğini yansıtmaktadır. Ancak engellilik söz konusu olduğunda böyle bir şey mümkün değildir. Engelli olma hali engelsiz kişilere göre belirlenmiş bir özelliktir. Engelli kişiler, her ne kadar engelli olmak gibi ortak bir özelliğe sahip olsa da oldukça farklı biçimde engellilik halleri söz konusudur. Dolayısıyla engellilerin ayrımcılığa karşı korunması her engellinin kendine özgü durumunun göz önünde tutulmasını gerektirmektedir. Bu nedenle de engelliler söz konusu olduğunda her engelli için somut durumda uygulanacak yükümlülüğün o

²⁷⁷ Quinn, s. 268.

²⁷⁸ Örneğin, bkz, 2000/78/EC sayılı Direktif.

²⁷⁹ Örneğin, Eşit Fırsatlar için ve Engelli Kişilere Yönelik Ayrımcılığa Karşı 51/2003 sayılı Yasa (Law 51/2003 For Equal Opportunities and Against the Discrimination of Disabled Persons). Bkz, Waddington, Reasonable Accommodation, s. 676.

somut olay özelinde ortaya konulması gerekecektir. Bu sebeple makul uyumlaştırma yükümlülüğü her engellinin kendi özellikleri göz önünde tutularak belirlenecektir. Ancak belli özellikler açısından genel bazı düzenlemelerde gündeme gelebilecektir. Örneğin görme engelliler için sesli uyarılar, ortopedik engellilerin çeşitli mekânlara erişimi için rampa ve asansör yapılması bu kapsamda örneklerdir. Engelliler açısından makul uyumlaştırmanın engelli bir kişinin belirli bir etkinliğe katılımını sağlayacak kadar etkili, bir yer veya hizmete diğer kişilerle eşit biçimde kullanılmasını sağlaması ve bunu üçüncü bir kişinin yardımı olmaksızın bağımsız biçimde gerçekleştirmesini sağlayacak biçimde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.²⁸⁰

Ancak engelliler söz konusu olduğunda bireysel düzlemde gündeme gelen makul uyumlaştırma başka ayrımcılık temellerinde bir gruba özgü olarak da gündeme gelebilecektir. Örneğin bir işe alımla ilgili yapılacak sınavın bir din veya inanca mensup kişiler açısından sınavın yapıldığı tarihte o sınava inançları gereği katılmasının mümkün olmaması durumunda o din veya inanca mensup kişiler açısından sınav tarihinde değişikliğe gidilmesi gündeme gelecektir. Söz konusu değişikliğin yapılmaması, aynı zamanda görünüşte tarafsız gibi gözüken sınav tarihinin din veya inanç temelinde dolaylı olarak ayrımcılığa yol açması anlamına da gelebilecektir. Ancak burada ortaya çıkan yükümlülük din veya inanç temelinde ve bireysel değil, grup temelinde makul uyumlaştırma olarak nitelendirilebilecektir. Üstelik uyumlaştırmanın gerektirdiği yük orantısız olarak da değerlendirilemeyecektir ve makul kabul edilecektir. Başka bir örnekte doğum yapmış kadınların, yasalarda belirlenen doğum izninin ardından çocuğu ile ilgilenebilecek başka bir kişinin bulunmaması durumunda çocuğunu çalıştığı işyerine yakın bir kreşe bırakması veya gün içerisinde emzirmesi gerekebilmektedir. Bu durumda ilgili işyerinde bu şekilde bir düzenlemenin yapılmaması ve söz konusu olanakların kadın işçiye sağlanmaması makul uyumlaştırma yükümlülüğünün reddi olarak kabul edilebilecektir. Dolayısıyla bu sonuç cinsiyet temelinde ayrımcılık olarak nitelendirilebilecektir. Bu ve benzer başka örnekler makul uyumlaştırma yükümlülüğünün yalnızca engellilik temelinde değil diğer ayrımcılık temelleri açısından da gündeme gelebileceğini ortaya koymaktadır.

²⁸⁰ a.g.e., s. 673-674.

7. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğünde İspat Rejimi

Makul uyumlaştırma yükümlülüğü açısından ispat yükünün paylaşılması ilkesinin uygulaması diğer ayrımcılık türlerinden farklılaşmaktadır. Burada bu yükümlülüğün yerine getirilmediğini iddia eden kişinin öncelikle söz konusu iş için gerekli nitelikleri haiz olduğunu, işverenin kendisinin durumundan ve ihtiyaçlarından haberdar olduğunu ve gerekli uyumlaştırma sağlandığı durumda söz konusu işi güvenli bir şekilde yerine getirebileceğini ortaya koyması beklenmektedir. Bu belirtilen noktalar ortaya konulduğu takdirde ispat yükü yer değiştirebilecektir. Bu durumda örneğin işverenin söz konusu engelli kişinin iş için gerekli nitelikleri haiz olmadığını, engelli kişinin ihtiyaçlarından haberdar olmadığını, uyumlaştırma gerçekleştirilse dahi, engelli kişinin iş güvenliği ile ilgili hükümler çerçevesinde güvenli bir şekilde işi sürdürmesinin mümkün olmadığını ve nihayetinde söz konusu engelli kişiye uygun bir uyumlaştırmanın kendisi bakımından orantısız bir yük getirdiğini ortaya koyması gerekecektir. Bu noktalar ispatlandığı takdirde söz konusu engelli kişi bakımından işveren nezdinde bir yükümlülük ortaya çıkmayacak, diğer bir deyişle ayrımcılık yasağı ihlal edilmemiş olacaktır. Makul uyumlaştırmada ispat yükünün bu şekilde paylaşılması, uyumlaştırmaya ihtiyaç duyan kişinin kişisel özelliklerinin kendisinin daha iyi bilebileceği ve uyumlaştırmanın orantısız bir yük gerektirip gerektirmeyeceğini ise yükümlülük altında olan kişi tarafından daha iyi değerlendirilebileceği düşüncesi ile şekillenmiştir.²⁸¹

Bir kişinin söz konusu işin gerektirdiği niteliklere sahip olup olmadığı değerlendirilirken söz konusu işin temel işlevlerini yerine getirmek veya işle ilgili eğitimden geçmek için yetkin, muktedir ve müsait olup olmadığı değerlendirilecektir.²⁸² Makul uyumlaştırma yükümlülüğü bu anlamda bir işin temel olan ve olmayan işlevlerinin belirlenmesini gerektirmektedir. Makul uyumlaştırma, “temel işlev” kavramı ile bağlantılı bir kavramdır. Bir engellinin makul uyumlaştırma ile veya makul uyumlaştırma olmadan bir işin temel işlevlerini gerçekleştirebiliyorsa ayrımcılık yasağı ile ilgili kuralların korumasından

²⁸¹ a.g.e., s. 710.

²⁸² Bkz., 2002/78/EC sayılı Direktif, Başlangıç, para. 17.

yararlanabilecektir.²⁸³ Bu noktada bir işin temel işlevinin belirlenmesi gerekecektir. Bunun belirlenmesi şüphesiz işveren tarafından gerçekleştirilecektir. İşverenin bir iş için gerçekten gerekli olan ve olmayan nitelikleri ayrıntılı biçimde belirlemesi gerekecektir. Temel işlevlerin bir işverence engelli kişilerin söz konusu işe başvurmasını engelleyecek şekilde ya da bu şekilde bir sonuca yol açabilecek şekilde belirlenmesi dolaylı ayrımcılığa yol açabilecektir. Bu konuda yargısal veya yargısal benzeri organların önlerine gelecek uyuşmazlıklarda, sadece işverenin argümanlarına dayanmaksızın söz konusu işin gerektirdiği nitelikleri dikkatli biçimde belirlemesi gerekecektir. Aksi durumun ayrımcılık yasağının getirdiği korumayı etkisiz kılacağı ifade edilmektedir. Ayrıca bir işin gerektirdiği temel nitelikler dışında kalan niteliklerin başka bir işçiye kaydırılmasının ve böylelikle engelli biri için makul uyumlaştırmanın mümkün olduğu durumda, söz konusu adımın atılmamasının da makul uyumlaştırma yükümlülüğünün ihlali olduğu belirtilmektedir.²⁸⁴

8. Makul Uyumlaştırmanın Diğer Ayrımcılık Biçimlerinden Farkları

Makul uyumlaştırma yükümlülüğü yukarıda ifade edilen doğrudan-dolaylı ayrımcılık farklılığı çerçevesinde ortaya çıkan bir kavram değildir. Makul uyumlaştırma yükümlülüğü *sui generis* bir ayrımcılık türü olarak kabul edilmektedir.²⁸⁵ Ancak makul uyumlaştırma yükümlülüğün bazen doğrudan veya dolaylı ayrımcılık şeklinde de ortaya çıkabilmektedir.²⁸⁶ Makul uyumlaştırma kavramının doğrudan ayrımcılık kavramı ile ilişkisi farklı muamelenin ayrımcılık oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesinde gündeme gelen karşılaştırılabilirlik ve meşru neden ölçütlerinde ortaya çıkmaktadır.²⁸⁷ Doğrudan ayrımcılık kavramı muamelenin eşitliğine odaklanan bir kavramdır ve bir karşılaştırma yapılmasını gerektirmektedir. Ancak engelliler söz konusu olduğunda engelli bir ile engelsiz biri

²⁸³ Gerard Quinn; Shivaun Quinlivan, *Disability Discrimination: The Need to Amend the Employment Equality Act 1998 in Light of the EU Framework Directive on Employment, Equality in Diversity*, Cathryn Costello; Eilis Barry (ed.), Irish Centre for European Law, 2003, s. 219.

²⁸⁴ Quinn, s. 264.

²⁸⁵ Tobler, **Indirect Discrimination**, s. 59.

²⁸⁶ Ellis, s. 294.

²⁸⁷ Gül, s. 239.

arasında karşılaştırma yapılması mümkün değildir.²⁸⁸ Engelli kişilerin makul uyumlaştırma kapsamında gündeme gelebilecek kadınların hamilelik hali ile de karşılaştırılması mümkün değildir. Ancak bu noktada makul uyumlaştırma karşılaştırma yapılabilmesini sağlayabilmektedir.

İstihdam alanında bir örnekle açıklamak gerekirse, karşılaştırma, engelli olmayan kişi ile makul uyumlaştırma yapıldığı takdirde söz konusu işte sorumluluklarını yerine getirebilecek bir kişi arasında karşılaştırma yapılabilecektir. Bu durumda engelli kişinin engellilik hali nedeniyle işe alınmadığı ortaya konulmuş olacaktır. Engellilik temelinde doğrudan ayrımcılık gündeme geldiğinde makul uyumlaştırma kavramının bu şekilde devreye girmesinin doğrudan ayrımcılıkla ilgili iddiaların daha fazla başarılı olmasını sağlayabileceği ifade edilmektedir.²⁸⁹ Özellikle AB hukukunda doğrudan ayrımcılık oluşturan farklı muamelelerin haklı kılınmasının oldukça zor olması nedeniyle bazen makul uyumlaştırma yükümlülüğü yerine doğrudan ayrımcılık iddiasında bulunulduğu durumda, ayrımcılık mağduru kişinin başarı şansının artacağı belirtilmektedir.²⁹⁰

Dolaylı ayrımcılık ile ilgili olarak ise aynı şekilde uygun bir karşılaştırma öznesinin bulunması mümkün değildir. Ayrıca makul uyumlaştırma bireysel bir değerlendirme gerektirmektedir ve gruplar arasında bir karşılaştırma yapılması mümkün değildir. Yine de kavram dolaylı ayrımcılık kavramı ile birlikte değerlendirilebilmektedir. Örneğin Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, dolaylı ayrımcılıkla ilgili verdiği ilk karar olan *International Association Autism-Europe (IAAE) v. France* kararı makul uyumlaştırma yükümlülüğünün dolaylı ayrımcılık çerçevesinde de gündeme gelebileceğine dair bir sonuç ortaya koymaktadır.²⁹¹ Yine AB hukukunda 2000/78/EC sayılı Direktif'te engelliler söz konusu olduğunda, Direktif'in 5. maddesi bu konuda başlı başına ayrı bir yükümlülük öngörmüştür. Direktif bunun dışında işveren veya Direktif'in yükümlülük doğurduğu herhangi bir kişi veya kuruluşun, ulusal mevzuat uyarınca, söz konusu kural, ölçüt veya uygulamanın beraberinde getirdiği dezavantajları ortadan kaldırmak için makul

²⁸⁸ Quinn; Quinlivan, s. 234.

²⁸⁹ Waddington; Lawson, s. 49.

²⁹⁰ a.g.e., s. 49.

²⁹¹ Schiek, *Indirect Discrimination*, s. 346.

uyumlaştırma kapsamında tedbirler alınmaması da dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir.²⁹²

Bu durumda makul uyumlaştırma açısından hem kendine özgü bir ayrımcılık hem de dolaylı ayrımcılık oluşturduğu şeklinde bir ikilem ortaya çıkmaktadır. Bu noktada iki farklı sonuç ortaya çıkabilmektedir. İlk olarak makul uyumlaştırma yükümlülüğü kendine özgü bir ayrımcılık türü olarak kabul edilmiştir.²⁹³ Dolayısıyla, doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak gündeme gelen farklı muamelenin meşru bir amaçla haklı kılınmış olması ve söz konusu amaca ulaşmak için kullanılan araçların uygun ve gerekli olması durumunda ayrımcılık oluşmayacağına dair savunma geçerli olmayacaktır. Bu durumda bir işverenin makul uyumlaştırmanın unsurları bağlamında bir değerlendirme yapması gerekecektir. Bu değerlendirme engelli bir bireyin kendisine ait özelliklerine özgülenecektir ve dolaylı ayrımcılıkta olduğu gibi grup temelinde bir sonuç yaratmamaktadır.

İkinci olarak ise makul uyumlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolaylı ayrımcılık olarak nitelendirilmektedir. Dolaylı ayrımcılıkta gündeme gelen görünüşte tarafsız bir kural, ölçüt veya uygulama açısından bir muafiyet talep edilmemektedir ancak bunların mevcut bir kişiye uyarlanması talep edilmektedir.²⁹⁴ Görünüşte tarafsız bir kural, ölçüt veya uygulama, makul uyumlaştırma sağlanması kaydıyla korunabilmesi mümkündür ancak korunmayla beraber makul uyumlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmediği durumda dolaylı ayrımcılık oluşacaktır.²⁹⁵

Ellis'in bu konuda verdiği örnek bu sorunu daha anlaşılır kılmaktadır. Çok katlı bir işyerinde işyerinin farklı katlarında evrakların dağıtılması işinin yerine getirmek üzere bir kişinin işe alınması gündeme geldiğinde, görünüşte tarafsız gibi görünen bu talep, söz konusu bina ortopedik engelli biri için gerekli uyumlaştırmayı gerçekleştirmediği durumda dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirilebilecektir. Bu durumda işverenin evrakların dağıtılması için gerçek bir gerekliliğin mevcut olduğunu, evrakların dağıtılması için öngörülen usulün uygun bir yöntem olduğunu ve başka türlü bir yöntemin uygulanmasının mümkün olmadığını ortaya koyması gerekecektir. Makul uyumlaştırma yükümlülüğü kapsamında değerlendirildiği

²⁹²2000/78/EC sayılı Direktif, madde 2/2-b-ii.

²⁹³ Waddington, *Reasonable Accommodation*, s. 744.

²⁹⁴ Gül, s. 264.

²⁹⁵ a.g.e., s. 268.

durumda ise işe başvuran engelli kişinin engellilik durumuna uygun bir makul uyumlaştırma için alınacak önlemleri değerlendirip, bunun kendisine orantısız bir yük getireceğini ortaya koyması gerekecektir. Konuya dolaylı ayrımcılık bağlamında yaklaşılmaması halinde ise bu kez makul uyumlaştırmanın aksine, görünüşte tarafsız nitelikteki uygulamaya son verileceği için benzer engelliliğe sahip diğer kişilerin de söz konusu değişiklikten yararlanması mümkün olabilecektir.²⁹⁶ Bu şekilde bir yaklaşımın sonucu makul uyumlaştırmanın aynı zamanda dolaylı ayrımcılığa bir cevap haline gelmesidir. Makul uyumlaştırma yükümlülüğünün “orantısız yük” nedeniyle ortadan kalktığı bir durumda dolaylı ayrımcılık da ortadan kalkacaktır.²⁹⁷

Dolaylı ayrımcılık ve makul uyumlaştırma yükümlülüğü arasındaki bu ikilemin ortadan kaldırılması yönünde bir öneri getirilmiştir. Bu öneride, engelli bir kişinin ihtiyaçlarının, makul uyumlaştırma yükümlülüğü altında olan kişi açısından makul olmayan bir yük getirdiği durumlar haricinde, engellileri dezavantajlı duruma sokan bir dolaylı ayrımcılık vakasında bir kural, ölçüt ya da uygulamanın uygun ve gerekli kabul edilemeyeceği şeklinde bir düzenleme yapılması önerilmiştir.²⁹⁸

9. Makul Uyumlaştırma ve Özel Önlem Kavramlarının Farkları

Makul uyumlaştırma yükümlülüğü özel önlem kavramı ile de kimi noktalarda örtüşmektedir. Devletler eşit durumda olmayan kişilere eşitsizliği ortadan kaldırmak amacıyla farklı muamele yapabilirler ve bu muameleler mevcut eşitsizliği azaltmayı hedeflediği sürece, ayrımcılık sayılmamaktadır. Başka bir deyişle, eşitliğin sağlanmasının önündeki engellerin kaldırılması, alınacak kararlarda veya kabul edilecek hukuki düzenlemelerde ilgili kişilerin nasıl etkilenebileceklerini gözetilmesini gerektirir.

Makul uyumlaştırma kavramı özel önlemlerden çeşitli yönlerden farklılıklar taşımaktadır. Makul uyumlaştırmanın geçici özel önlemlerden farkı geçici değil sürekli, genel değil kişiye özel olmasıdır. Bir diğer farklılık ise özel önlemler dezavantajlı grup için öncelik tanınmasını beraberinde getirebilirken makul

²⁹⁶ Ellis, s. 294.

²⁹⁷ Quinn, s. 262.

²⁹⁸ Ellis, s. 295.

uyumlaştırma engelliler için engelli olmayan kişilere göre bir öncelik tanınması anlamına gelmemektedir. Makul uyumlaştırmanın amacı somut bir durumda eşitliğin sağlanmasıdır ve eşitsizliklerin giderilmesi veya eşitliğin hızlandırılması değildir ve bu nedenle de özel önlemlerden farklılaşmaktadır. Engellilere yönelik öngörülen özel önlemler makul uyumlaştırma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin engellilere yönelik öngörülen bir kotanın dolu olması nedeniyle engelli birinin işe başvurusunun reddedilmesi ayrımcılık oluşturabilecektir.²⁹⁹

Geçici özel önlemler eşitsizliğin ortadan kaldırılıncaya kadar dezavantajlı kabul edilen gruplara öncelik ya da ayrıcalık tanınması şeklinde gündeme gelebilmektedir. Bu durumda tanınan öncelik ve imtiyazlar makul uyumlaştırmada olduğu gibi sürekli değil geçici niteliktedir. Ayrıca geçici özel önlemler bir grubun bütünü için öngörülürken makul uyumlaştırma kişinin özelliklerine göre yapılır. Örneğin resmi dili konuşamayan kişiler için kamu hizmetlerinde tercüman hizmeti sağlanması veya ortopedik engelli birinin bir kamu hizmetine erişimi için rampa, asansör vs. gibi gerekli değişikliklerin yapılması bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Makul uyumlaştırma sürekli özel önlemlerden de bazı noktalarda farklılaşmaktadır. Makul uyumlaştırma bireye odaklanmasına rağmen sürekli özel önlemler büyük ölçüde grup temelli olarak gündeme gelmektedir.³⁰⁰ Ancak engellilere yönelik makul uyumlaştırma yükümlülüğü söz konusu olduğunda bu durum grup temelli olabilmesine rağmen bireysel temelde sürekli özel önlemleri de gündeme getirmektedir. Kişinin bireysel özelliklerinin bu noktada ön planda tutulması ve özel önlemlerin buna göre tasarlanması öne çıkmaktadır.

Özel önlem, yararlanan kişi bakımından bir farklı muameleyi gündeme getirmesine karşın makul uyumlaştırma yükümlülüğü ayrımcılık oluşturmayan bir farklı muamele değildir ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hali ayrımcılık oluşturmaktadır. Makul uyumlaştırma engelli olan ve olmayan kişiler arasında bir karşılaştırma yapılmaksızın farklı durumda olduklarını kabul ederek bu kişiler arasında farklı muamele yapılması yükümlülüğü öngörmektedir. Ancak özel önlemler açısından aynı durum geçerli değildir ve özel önlemler ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele olarak düşünülebilmektedir. İki kavram arasında başka

²⁹⁹ Quinn, s. 270.

³⁰⁰ De Vos, **Beyond Formal Equality**, s. 33.

bir farklılık ise amaç noktasında ortaya çıkmaktadır. Makul uyumlaştırmanın amacı engelli kişilerin engelsiz kişilere göre eksik temsilini azaltmak değil makul olduğu sürece engelli kişilerin topluma katılımının önündeki engellerin kaldırılmasıdır.

B. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğünün Hukuki Kaynakları

1. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğünün Normatif Kaynakları

Makul uyumlaştırma kavramının uluslararası hukukta normatif temeli çoklu temelde ayrımcılık açısından olduğu gibi, Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi ile ortaya çıkmıştır. EHS’nde ayrımcılık tanımlanırken ayrımcılığın diğer biçimleri ile birlikte makul uyumlaştırma yükümlülüğüne de yer verilmiştir. Kavram Sözleşme’nin 2. maddesinde tanımlar bölümünde “...engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeler...” şeklinde tanımlanmıştır. Sözleşme’nin 5/3 maddesinde taraf devletlerin eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul uyumlaştırmanın yapılması için gerekli tüm adımları atacaklarına yer verilmiştir. Bu düzenlemeler haricinde, adalete erişim ile ilgili 13. maddede, kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili 14. maddede, eğitim hakkı ile ilgili 24. maddede ve istihdamla ilgili 27. maddede makul uyumlaştırma yükümlülüğüne değinilmiştir.

Makul düzenlemelerin gerçekleştirilmemesi hali de engelliliğe dayalı ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir.³⁰¹ Bu durum özellikle daha önce hiçbir uluslararası sözleşmenin makul uyumlaştırma yükümlülüğüne yer vermediği düşünüldüğünde oldukça önemlidir.³⁰² Bu yaklaşımla makul uyumlaştırma şekli eşitlikteki simetrik yaklaşımın bir istisnası olarak değil maddi eşitlik açısından ayrımcılığın olmazsa olmaz bir unsuru olarak görülmüştür. Ayrıca makul uyumlaştırma tanımında yer alan “belirli bir durumda” ifadesi ile gerçek hayatta

³⁰¹ Aşağıda görüleceği üzere 2000/78/EC sayılı Direktif’te makul uyumlaştırma yükümlülüğünün sağlanmaması ayrımcılık olarak nitelendirilmemektedir.

³⁰² Makul uyumlaştırma kavramı bir uluslararası sözleşmede yer almamış olsa da ilk kez ESKHK tarafından 5 No’lu Genel Yorum’da tanınmıştır.

gerçek kişilerin durumlarının göz önünde tutulacağı ortaya koyulmuştur. Böylece makul uyumlaştırma bireysel olarak talep edilebilecek bir hak konumuna gelmiştir.³⁰³

Makul uyumlaştırma yükümlülüğünün Sözleşme'nin en önemli unsurunu oluşturmakla birlikte kaleme alınmış şekli haklı bazı eleştiriler ile karşılaşmıştır. Yükümlülüğün “ölçüsüz ve aşırı yük” getirmemesine dair yapılan vurgunun ikili bir test imkânı getirdiği ve bu durumun yükümlülüğün düzeyinin düşürülmesi ve hatta ortadan kalkmasına yol açabileceği ifade edilmiştir. Yükümlülüğün sınırına dair getirilen bu ölçütlerin, önemli yapısal değişiklikleri gerekli kılan engellilerin durumunun neredeyse tamamen göz ardı edilmesi ve “küçük” bazı uyumlaştırmalardan yararlanabilecek engelliler için sonuç doğurabileceği belirtilmiştir. Ayrıca kullanılan “yük” ifadesinin engellilerin hala toplum için bir yük olarak görüldüğünü gösterdiği belirtilmiştir.³⁰⁴

Bölgesel düzeyde AIHS'de makul uyumlaştırmaya dair bir düzenleme bulunmamaktadır. ASŞ ve (GG)ASŞ'nda de aynı şekilde makul uyumlaştırma yükümlülüğüne açıkça yer verilmemiştir. (GG)ASŞ'nın 15. maddesinde engellilerin toplum yaşamında bağımsız olma, toplumla bütünleşme ve toplum yaşamına katılma hakkı düzenlenmiştir. 1996 tarihli ve görece yeni sayılabilecek bu belgede engellilerin toplum yaşamına dâhil olmalarına odaklanılmıştır ve makul uyumlaştırma yükümlülüğüne açık bir vurgu yapılmamıştır. Ancak üstü kapalı olarak makul uyumlaştırma konusuna değinildiği söylenebilir.³⁰⁵ Özellikle maddenin ikinci fıkrasında, istihdam alanında, “olağan çalışma ortamı içinde işe almak ve orada çalıştırmak ve çalışma koşullarını engellilerin gereksinimlerine uyumlu hale getirmek yahut engelliliğin niteliğinden ötürü bunun mümkün olmaması halinde, engelliliğin derecesine uygun güvenli çalışma türü ihdas etmek ya da bu yönde düzenleme yapmak hususlarında işverenleri teşvik etmeye yönelik bütün önlemlerle engellilerin istihdam edilmelerini geliştirmeyi üstlenirler.” ve üçüncü fıkrasında yer alan “teknik mahiyetteki yardımlar dâhil olmak üzere, iletişim kurma ve hareket

³⁰³ Oddny Mjöll Arnardottir, *A Future of Multidimensional Disadvantage.g.e. Equality?*, **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, Oddny Mjöll Arnardottir; Gerard Quinn (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, s. 60.

³⁰⁴ Rosemary Kayess; Phillip French, *Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, **Human Rights Law Review**, Vol. 8, No. 1, Oxford University Press, 2008, s. 27.

³⁰⁵ a.g.e., s. 90.

etme önündeki engellerin aşılmasını amaçlayan ve ulaşımdan, binalardan yararlanmayı, kültürel faaliyetlere ve eğlenme/dinlenme etkinliklerine katılmayı mümkün kılan özel önlemler yoluyla, engellilerin toplumla tam olarak bütünleşmelerini ve toplum yaşamına katılımlarını geliştirmeyi, üstlenirler” ifadeleri ve bu yönde öngörülen yükümlülük bu görüşü desteklemektedir. (GG)ASS’nın 15. maddesinde yer alan bu düzenlemelerin zayıf şekilde kaleme alındığı, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi’nin genel tutumu gözetildiğinde ve hükmün ayrımcılığı yasaklayan E maddesi ile birlikte okuduğunda, uyumlaştırmanın sağlanmamasının ayrımcılık olarak nitelendirmesinin olası olduğu belirtilmektedir.³⁰⁶

AB hukukunda makul uyumlaştırma yükümlülüğü yalnızca engellilik temelinde ve istihdam alanında getirilmiştir.³⁰⁷ Ancak Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’nin aksine makul uyumlaştırma yükümlülüğünün haklı bir gerekçe olmaksızın yerine getirilmemesi ayrımcılık olarak tanımlanmamıştır. 2000/78/EC sayılı Direktif’in 2. maddesinde ayrımcılık biçimleri doğrudan, dolaylı, taciz ve ayrımcılık talimatı şeklinde belirtilirken, makul uyumlaştırma konusunun statüsü belirsiz bırakılmıştır. Direktif’in 5. maddesinde işverenler için işe alım sürecinde engelli adaylar veya iş ilişkisi sırasında engelli çalışanlar açısından makul uyumlaştırma sağlanması yükümlülüğü getirmiştir. Söz konusu düzenleme öncesinde AB üyesi yalnızca üç ülkede makul uyumlaştırma yükümlülüğünün mevcut olduğu ifade edilmektedir ve düzenleme bu anlamda oldukça önemlidir.³⁰⁸

Direktif’in 5. maddesinde, engelli kişilere yönelik olarak eşit muamele ilkesinin güvence altına alınması için, makul uyumlaştırma yükümlülüğünün getirildiği belirtilmiştir. Bu, işverenlerin belirli bir vakada ihtiyaç duyulduğunda, engelli bir kişinin istihdama erişimini, katılımını veya işte ilerlemesini ya da eğitimden geçmesini sağlamak için, işverene orantısız bir yük getirmediği müddetçe, uygun tedbirler alması anlamına gelmektedir. Bu yük, ilgili üye devletin engellilik politikası çerçevesinde var olan tedbirler tarafından yeterince telafi edildiğinde orantısız sayılmayacaktır. Belirtilenler ışığında AB hukukunda üçlü bir testin

³⁰⁶ Gül, s. 268.

³⁰⁷ AB hukukunda engellilik temelinde ayrımcılık yasağının gelişimi için bkz, Gerard Quinn, *Disability Discrimination Law in the European Union, Equality in an Enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives*, Helen Meenan (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

³⁰⁸ Waddington, *Reasonable Accommodation*, s. 629.

benimsendiği söylenebilir: İlk olarak uyumlaştırmanın mali veya başka türlü maliyeti, ikinci olarak, ilgili şirketin veya örgütlenmenin büyüklüğü ve mali kaynakları ve üçüncü olarak kamu kaynaklarından veya diğer herhangi bir yardımdan yararlanmanın mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir. Direktif'in Başlangıç bölümünün 20. paragrafında uyumlaştırma ile ilgili örnekler de verilmiştir. Örnek olarak “işyerini engellilik durumuna uyarlamak üzere, örneğin bina ve ekipmanların, çalışma saati düzenlerinin, görev dağılımının uyumlaştırılması veya eğitim ya da entegrasyona yönelik kaynakların sağlanması gibi etkili ve pratik nitelikte uygun tedbirler...” verilmiştir. Direktif istihdam alanında ayrımcılığın yasakladığı için verilen örnekler de istihdam alanına özgüdür.

Direktif'te “makul uyumlaştırma” yükümlülüğünde “makul” olanın tanımı yapılmamıştır. Ancak yukarıda belirtilen makul uyumlaştırmaya dair iki eğilimin birden benimsendiği, “makul” olanın, engelli kişilerin istihdamla ilgili etkinliklere katılımına izin verecek derecede etkili ve işveren için aşırı bir yük getirmeyecek şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.³⁰⁹ Makul uyumlaştırma yükümlülüğü çerçevesinde “uygun tedbirler” ifadesine yer verilmiştir. Bu durum yukarıda da ifade edildiği gibi engellilik halinin farklı engellilik biçimlerini içermesinin de bir sonucudur. Ancak yine de söz konusu düzenleme ile hangi önlemlerin uygun, hangisinin uygun olmadığını belirlenmesi mümkün değildir. Yukarıda belirtilen Direktif'in Başlangıç bölümünün 20. paragrafı, uygun tedbirler kapsamında, örneğin bina ve ekipmanların, çalışma saati düzenlerinin, görev dağılımının uyumlaştırılması veya eğitim ya da entegrasyona yönelik kaynakların sağlanması gibi etkili ve pratik nitelikte uygun tedbirlere yer vermiştir. Yine söz konusu düzenlemede orantılılık vurgusuna yer verilmiştir. Bu vurgunun da aynı şekilde her somut olayda ayrıca belirlenmesi gerekecektir. Direktif bu konuda Başlangıç bölümünün 21. paragrafında makul uyumlaştırma için alınacak tedbirlerin orantısız bir külfete yol açıp açmadığını tespitinde, özellikle yapılan mali giderler ve diğer masraflar, kuruluşun veya işyerinin ölçeği ve mali kaynakları veya kamu kaynakları ya da başka herhangi bir destek alma olasılığının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

³⁰⁹ a.g.e., s. 666.

2000/78/EC sayılı Direktif'in engelliler için makul uyumlaştırma yükümlülüğü getiren 2/b-ii maddesinde, “belli bir maluliyeti olan kişiler açısından, işveren veya bu Direktifin yükümlülük doğurduğu her hangi bir kişi ya da kuruluşun ulusal mevzuat uyarınca, söz konusu hüküm, ölçüt veya uygulamanın beraberinde getirdiği dezavantajları ortadan kaldırmak için Madde 5'te belirtilen ilkeler doğrultusunda uygun tedbirleri almak zorunda olması...” öngörülmüştür. Bu ifade ile kavramın dolaylı ayrımcılık ile ilişkisi ortaya konulmuştur. Düzenlemenin Direktif'te dolaylı ayrımcılık için gündeme gelen ancak engellik temelinde işleyebilecek ikinci bir meşru nedenolanağı olduğu ifade edilmiştir.³¹⁰ Bu düzenleme ile görünüşte tarafsız bir düzenleme, ölçüt veya uygulamanın, makul uyumlaştırma sağlanmak kaydıyla muhafaza edilmesi mümkündür. Söz konusu düzenleme, ölçüt veya uygulamanın muhafaza edildiği ancak makul uyumlaştırmanın yapılmadığı durumda dolaylı ayrımcılık oluşacaktır.

2000/78/EC sayılı Direktif, istisnai olarak bazı durumlarda ayrımcılık yasağının ihlal edilmiş sayılmayacağına yer vermiştir. Direktif'in 2/5 maddesine göre, Direktif, “...ulusal hukukun koyduğu ve demokratik bir toplumda, kamu güvenliği, kamu düzeninin muhafaza edilmesi ve ceza gerektiren suçların önlenmesi, sağlığın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan tedbirlere hanel getirmeyecektir.” Bu düzenlemenin Direktif'te öngörülen makul uyumlaştırma yükümlülüğünü bir ölçüde tehlikeye attığı belirtilmektedir.³¹¹ Maddede yer alan sınırlama nedenlerinin makul uyumlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmediği durumda birer savunma aracı olarak kullanılması mümkündür. Örneğin engelliler açısından, belirtilen sınırlama nedenlerinden “sağlığın korunması” ve “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” nedenleri bu amaçla başvurulabilecek nedenler olarak göze çarpmaktadır. Bu nedenle de söz konusu nedenlerin engellik temelinde çok dikkatli yorumlanması ve Direktif ile getirilen korumanın bu anlamda zafiyete uğratılmaması gerektiği vurgulanmaktadır.³¹²

2. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğünün İctihadi Kaynakları

³¹⁰ Quinn, s. 261.

³¹¹ Ellis, s. 293.

³¹² a.g.e., s. 293.

Makul uyumlaştırma kavramının büyük ölçüde Anglosakson hukukuna ait bir kavram olarak kabul edilmektedir ve kıta Avrupası hukukunda ve diğer hukuk sistemlerinde çok fazla rastlanılmadığı belirtilmektedir.³¹³ Kavram öncelikle ABD’de ve Kanada çıktığı ve bugün büyük oranda engellilik alanında gündeme gelmesine karşın öncelikle din veya inanç temelli ayrımcılıkla ilgili olarak ortaya çıkmıştır.³¹⁴ Kavram uluslararası insan hakları hukuku ve AB hukuku çerçevesinde kıta Avrupası hukuk sisteminin geçerli olduğu ülkelerde de yaygınlaşmaktadır. Anglosakson hukuk sistemi açısından bir örnek Kanada’dan verilebilir. Kanada Yüksek Mahkemesi, *Eltide v. British Columbia (Attorney General)* davasında sağlık hizmetlerine erişim noktasında işitme engelliler için işaret dili hizmetinin sunulmasına kamu kaynaklarının ayrılmasına dair bir talep değerlendirilmiştir. Mahkeme, davacıların hükümetten herhangi bir yardım beklemediklerini ve davanın toplumsal sorunlarla ilgili kamu kaynaklarının dağılımı ile ilgisinin bulunmadığını, aksine herkese açık olan hizmetlere eşit erişim talep ettiklerini belirtti. Mahkeme davalının bu yönde bir uyumlaştırmanın diğer kamu hizmetleri için de gerçekleştirildiği durumda devletin mali kaynaklarını aşırı derecede zorlayacağını delillerle ortaya koyamadığı gerekçesiyle davacıyı haklı bulmuştur. Mahkeme davacıların makul uyumlaştırma taleplerinin farazi temellere dayalı olarak reddedilmesinin engelsiz bir toplum hedefi kapsamında Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı’nın 15. maddesine aykırı bulmuştur.³¹⁵ Mahkeme’nin bu yorumu eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına yer veren 15. maddenin engellilerin özel ihtiyaçları noktasında uyumlaştırma yükümlülüğünün tanınması olarak kabul edilebilir. Mahkeme bu noktada devletin mali gücünü göz önünde tutmuş ve kamu kaynaklarının dağılımı, başka bir deyişle siyasetin alanına oldukça dikkatli bir biçimde müdahale etmiştir. Ayrıca dava da söz konusu olan kamu kaynağının kullanılma oranı görece oldukça düşüktür.³¹⁶ Bu da yukarıda da

³¹³ Holger Kallehaug, *General Themes Relevant to the Implementation of the UN Disability Convention into Domestic Law: Who is Responsible for the Implementation and How Should it be Performed?*, **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, Oddny Mjöll Arnardottir; Gerard Quinn (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, s. 210.

³¹⁴ Waddington, *Reasonable Accommodation*, s. 630.

³¹⁵ Kanada Yüksek Mahkemesi, *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 SCR 624, Karar tarihi: 09.10.1997, para. 92.

³¹⁶ Colm O’Cinneide, *Extracting Protection for the Rights of Persons with Disabilities from Human Rights Frameworks: Established Limits and New Possibilities*, **The UN Convention on the Rights of**

belirtildiği gibi makul uyumlaştırma yükümlülüğünün bir parçasıdır. Makul uyumlaştırmanın unsurları arasında yer alan uyumlaştırmanın üçüncü kişiler açısından faaliyetlerin gerçekleştirilmesini önemli ölçüde güçleştirmemesi ve uyumlaştırmanın makul olması için imkânsız olmaması gerekliliği çerçevesinde Mahkeme'nin yaklaşımın doğru olduğu kabul edilebilir.

Makul uyumlaştırma açısından BM sisteminde ilk belge ESKHS ile ilgili olarak yayınlanan 5 No'lu Genel Yorum ile gerçekleşmiştir.³¹⁷“Engelli Kişiler” başlıklı belge de engellilere yönelik ayrımcılık ekonomik, sosyal veya kültürel hakların tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını veya bunların kullanılmasını kaldırmak ya da zayıflatmak etkisini doğuran engellilik temelindeki herhangi bir farklılık gözetme, dışlama, kısıtlama veya öncelik tanıma ya da makul uyumlaştırmanın yapılmaması olarak tanımlanmıştır.³¹⁸Ayrımcılığın bu şekilde tanımlanmasına dair yaklaşım 2006 yılında kabul edilen EHS'nde de benimsenmiştir.³¹⁹

MSHS'nde de ayrımcılık yasağına dair düzenlemeler makul uyumlaştırma konusunda herhangi bir vurgu yapmamaktadır. İnsan Hakları Komitesi'nin de bu noktada yaklaşımı belirsizdir. Konuyla ilgili olabilecek bir kararda Komite, bacakları felçli olan bir mahkûmun kendisi için uygun olmayan bir hücrede ölüm bekleyişi olgusuna³²⁰ maruz kalmasını değerlendirmiştir. Komite kararında, engelli bir kişi için gerekli düzenlemelerin yapılmamış olmasının MSHS'nin “özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilerek davranılması” yükümlülüğünü öngören 10. maddesinin ihlali olarak yorumlamıştır.³²¹Her ne kadar kararda ayrımcılık yasağı bağlamında bir

Persons with Disabilities, European and Scandinavian Perspectives, Oddny Mjöll Arnardottir, Gerard Quinn (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, s. 176.

³¹⁷ ESKHK, 5 No'lu Genel Yorum, para. 15.

³¹⁸ a.g.k., para. 15.

³¹⁹ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında “Özel Önlemler”, “Geçici Özel Önlemler” ve “Pozitif Edim” ve “Destekleyici Edim”*, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Adalet Yay., Ankara, 2010, s. 221.

³²⁰ İHK kararlarında ölüm bekleyişi olgusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2002, s. 500-515.

³²¹ İHK, *Hamilton v. Jamaica*, Communication No. 616/1995, View, 28.07.1999, CCPR/C/66/D/616/1995, para. 8.2. Benzer başka bir karar için bkz, AİHM, *Price v. the United Kingdom*, Application No.33394/96, Judgment, 10.07.2001.

değerlendirme yapılmamış olsa da makul uyumlaştırma yükümlülüğüne dolaylı olarak değinilmiştir.³²²

Makul uyumlaştırma kavramı veya yükümlülüğü ile ilgili AİHS sisteminde de açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak AİHM bazı kararlarında bu yönde bir yaklaşımı üstü kapalı olarak ortaya koymuştur. AİHM, ilk olarak farklı durumda olmayan kişilere farklı muamele yapılmaması ile ilgili olarak konuya yaklaşmıştır. AİHM, bir kişinin dini inancı nedeniyle diğer kişilerden farklılaşmasının, diğer bir deyişle farklı bir durumda olmasının dikkate alınmaması ve diğer kişilerle aynı muameleye maruz kalmasını, Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı bulmuştur.³²³ Mahkeme'nin oldukça önemli olan bu kararının makul uyumlaştırma kavramının AİHS sistemine dâhil olması için önemli bir olanak yarattığı ancak bugüne kadar bu olanağın kullanılmadığı ifade edilmiştir.³²⁴ Bu kapsamda başka bir önemli adım ise Roman/Çingene çocukların farklı bir eğitime tabi tutulmalarının değerlendirildiği başka bir davada, dolaylı ayrımcılık bağlamında ortaya çıkmıştır.³²⁵

Makul uyumlaştırma ile ilgili AİHM'de görülen bir dava din veya inanç temelinde ayrımcılıkla ilgilidir. Davada başvuru işvereninden izin almaksızın işi gelmemiş ve buna gerekçe olarak Anayasa'da ve ilgili kanunlarda Müslümanlara tanınmış olan dini bayramlarda izin hakkını gerekçe göstermiştir. İşe gelmediği gerekçesiyle kendisine disiplin cezası verilen başvuru yargı organlarına başvurmuş ancak yerel mahkeme başvurusunun Müslüman olduğunu kanıtlayamadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. AİHM'de başvurucudan bu yönde bir kanıtlanma beklenmesinin AİHS'nin 9. ve 14. maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme Müslüman olan bir kişinin, Müslümanlara tanınan bir ayrıcalık veya istisnadan yararlanmayı talep ettiği durumda ve bu kişinin bu yönde bir inanca sahip olup olmadığı konusunda şüphe bulunduğu halde, söz konusu kişiden Müslüman olduğunun ispatlamasının beklenmesini makul bulmuştur.³²⁶ Mahkeme'nin bu

³²² Anna Lawson, *the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?*, **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, Syracuse University College of Law, Vol. 34, No. 2, New York, Spring 2007, s. 579.

³²³ AİHM, *Thlimmenos v. Greece*, Application No.34369/97, Judgment, 06.04.2000.

³²⁴ Lawson, *A Catalyst for Cohesion?*, s. 95.

³²⁵ AİHM, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007.

³²⁶ AİHM, *Kosteski v. Former Yugoslav Republic Macedonia*, Application No.55170/00, Judgment, 13.04.2006, para. 42.

kararında makul uyumlaştırma yükümlülüğü açıkça dile getirilmemiştir ve başvuru tarafından da bu yönde bir talepte bulunulmamıştır. Ancak dini bayramlarda kişilerin izne ayrılmasına yönelik tanınan istisnanın makul uyumlaştırma olarak yorumlanması mümkündür. AİHS bağlamında belirtilen davaların sonuçlanmasının ardından bugüne kadar makul uyumlaştırma konusunda yeni bir adım atılmış değildir.

AİHS kapsamında 14. maddede yer alan ayrımcılık yasağı ile ilgili olmamasına karşın engellilik temelinde bir dizi dava sonuçlanmıştır ve bunlar AİHS'nde, 3. maddede düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağı, 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkı, 8. maddede düzenlenen özel hayata ve aile yaşamına saygı hakkı gibi başka bir dizi maddesi ile ilgilidir.³²⁷ AİHS'nin 3. maddesi kapsamında gündeme gelen bir başvuruda, AİHM, engelli olan başvuru sahibinin farklılık oluşturan bu durumunun gözetilmemesi nedeniyle, gözetim altında tutulduğu süre içerisinde maruz kaldığı muamelenin kötü muamele oluşturacağı belirtilmiştir.³²⁸ Bu karar makul uyumlaştırma kavramına açıkça yer verilmese dahi, bu yükümlülüğün devletlerin engellilere yönelik insan hakları ihlallerini önlemeye yönelik pozitif yükümlülüklerinin bir parçası olduğunu ortaya koyması nedeniyle son derece önemlidir.³²⁹ Bu karar dışında çok sayıda davada makul uyumlaştırma konusu gündeme gelmiştir ve AİHM bu konuya daima dolaylı olarak değinerek çekimser yaklaşmıştır.³³⁰

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi de önüne gelen toplu şikâyet başvuruları kapsamında ve ilgili başvurunun özellikleri çerçevesinde makul uyumlaştırma yükümlülüğünü tanımıştır. Komite bir kararında, Romanların/Çingenerin barınma hakkı ile ilgili yapılan başvuruda, eşit muamelenin taraf devletin Romanların/Çingenerin barınma haklarını güvence altına almak ve korunmasız bir grup olarak evsiz kalmalarını önlemek için belirli özelliklerini göz önünde tutulmasını gerektirdiği ifade edilmiştir. Komite ayrıca ayrımcılık yasağının dolaylı ayrımcılığı da içerdiğini, Romanların/Çingenerin farklı durumlarının göz önünde tutulmamasının veya onların barınma koşullarının geliştirilmesini amaçlayan özel

³²⁷ Lawson, *A Catalyst for Cohesion?*, s. 95.

³²⁸ AİHM, *Price v. the United Kingdom*, Application No.33394/96, Judgment, 10.07.2001

³²⁹ Gül, s. 58.

³³⁰ Bu davalarla ilgili bilgi için bkz, Lawson, *A Catalyst for Cohesion?*, s. 97-102.

önlemlerin alınmamasının ayrımcılık yasağının ihlali anlamına geleceğini belirtmiştir.³³¹ Görüldüğü gibi Komite makul uyumlaştırma kavramına açıkça değinmemesine karşın, dolaylı ayrımcılık kavramı ile bağlantılı şekilde, etnik köken temelinde de makul uyumlaştırma yükümlülüğün gündeme gelebileceğini kabul etmiş durumdadır. Komite makul uyumlaştırmanın en çok gündeme geldiği engellilerle ilgili de kararlar vermiştir. Komite, engelli çocukların kaynaştırılmalı eğitim kapsamında genel nitelikteki okullarda eğitim görmelerinin sağlanması noktasında, engelli çocukların kendilerine özgü ihtiyaçlarının göz önünde tutularak gerekli ayarlanmaların yapılması ve özel eğitimin istisna olarak görülmesi gerektiğini belirtmiştir.³³² Komite toplu şikâyet başvuruları dışında taraf devletlerin sundukları raporlara dair değerlendirmelerin de istihdamda engellilere yönelik olarak işverenlerin makul uyumlaştırma yükümlülüğünü tanıdığıdır.³³³

AB hukuku çerçevesinde yukarıda ortaya konulan noktalardan bazıları ABAD tarafından önüne gelen davalarda değerlendirilmiştir. Söz konusu davalar makul uyumlaştırma yükümlülüğünün kişi bakımından kapsamının belirlenmesi noktasında önemli sonuçlara yol açan kararlardır. ABAD bir davada engellilik halini tanımlamıştır. Davada uzun süreli hastalığı nedeniyle “sağlık bakımından çalışamayacak durumda” olduğu kabul edilen ve işine son verilen davacının durumu engellilik olarak değerlendirilmemiştir. Divan engellilik halini, fiziksel, zihinsel veya psikolojik bir özürllükten kaynaklanan ve kişinin profesyonel yaşama katılımını engelleyen sınırlama olarak tanımlamıştır. ABAD hastalık ile engelliliğin farklı kavramlar olduğunu vurgulamış ve bu sınırlamanın engellilik olarak değerlendirilmesi için uzunca bir süre devamını aramıştır.³³⁴ Divan’ın engelli olma halini bu şekilde belirlemesi ve uzun süreli hastalık halini engellilik kapsamında değerlendirmemesi,³³⁵ o kişi açısından makul uyumlaştırma yükümlülüğünün ortaya çıkması noktasında önem taşımaktadır. ABAD’nın diğer kararı ise yukarıda da yer

³³¹ ASHK, *European Roma Rights Center (ERRC) v. Italy*, Complaint No. 27/2004, Decision, 21.12.2005, para. 21 ve 46. Benzer şekilde bkz, ASHK, *European Roma Rights Center (ERRC) v. Bulgaria*, Complaint No. 31/2005, Decision, 30.11.2006, para. 41-42.

³³² ASHK, *Mental Disability Advocacy Center (MDAC) v. Bulgaria*, Complaint No. 41/2007, Decision, 10.06.2008, para. 35.

³³³ Örneğin, ASHK, *Sonuçlar XVI-2*, Vol. 2, Malta, s. 503.

³³⁴ ABAD, *Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, Case C-13/05, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 11 July 2006, paras. 43-45.

³³⁵ Bu yaklaşıma yönelik eleştiriler için bkz, Waddington; Lawson, s. 15-16.

verilen *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law* adlı karardır ve bu kararla makul uyumlaştırma yükümlülüğünün engelli olmayan ancak engelli biri ile yakından bağlantısı bulunan başka bir kişi için de gündeme gelmesi mümkün olmuştur.³³⁶

V.Ayrımcılık Yasağının Diğer Biçimleri

A.Dolayısıyla Ayrımcılık

1. Dolayısıyla Ayrımcılık Kavramı

Geçmişte ayrımcılık kapsamında değerlendirilmeyen birçok farklı ayrımcılık biçimi günümüzde ayrımcılık olarak değerlendirilmektedir. Bunlardan birisi de bağlantılı yoluyla ayrımcılık adı verilen (discrimination by association) ve dolayısıyla ayrımcılık olarak adlandırdığımız ayrımcılık türüdür. Dolayısıyla ayrımcılık, bir kişinin bir özelliği ile ilgili olarak o kişi ile bağlantılı bir başka kişinin ayrımcılığa uğraması şeklinde tanımlanabilir.³³⁷ Bu kavram aslında ayrımcılığın kişi bakımından kapsamının genişlemesi anlamına gelmektedir. Kişi kendisinin herhangi bir gruba mensup olması nedeniyle değil, yakın ilişkisinin olduğu bir başkasının bir özelliği nedeniyle ayrımcılığa uğramaktadır. Bu durum bir kişinin, bir başka kişinin bir özelliği temelinde, o kişi ile yakın ilişkisi olduğuna dair yanlış varsayım dolayısıyla farklı muamele ile karşılaşması durumunda da gündeme gelmektedir. Bu nedenle dolayısıyla ayrımcılık aynı doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi varsayım sonucu da ortaya çıkabilmektedir.

Ayrımcılığın en temel örneği doğrudan ayrımcılıktır. Genellikle hukuka aykırı bir doğrudan ayrımcı muamele, bir kişinin, diğer bir kişiye, benzer konumda olan diğer bir kişiye göre farklı muamele etmesiyle ortaya çıkmaktadır. Diğer bir önemli ayrımcılık türü olan dolaylı ayrımcılık da ise, herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan, ancak bazı kişi ve gruplar üzerinde diğerlerinden farklı olarak veya diğer gruplardan daha fazla olumsuz etkiler yaratan kurallar, ölçütler

³³⁶ ABAD, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, Case C-303/06, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 July 2008.

³³⁷ Gerards, *Discrimination Grounds*, s. 169.

veya uygulamalar söz konusudur. Dolayısıyla ayrımcılıkta ise ayrımcı muamelelerde ise yine doğrudan bir ayrımcılık söz konusudur ancak, burada kişi kendisi ile ilgili bir temelde değil, yakın ilişkide olduğu bir başka kişinin bir özelliği nedeniyle ayrımcılığa uğramaktadır.³³⁸ Bu duruma siyah biri ile evli beyaz birinin çalıştığı işyerinde siyah biri ile evli olmaktan kaynaklı olarak ayrımcılığa uğraması; engelli bir çocuğu olduğu ve bu nedenle komşuların rahatsız olabileceği gerekçesiyle engelli çocuğu olan kişiye bir evin kiralanmaması veya bir kişiye cinsel yönelimi nedeniyle bir restoranda servis yapılmamasına dair talimat verilmesine rağmen bu kişiye servis yapması nedeniyle bir kişinin işten çıkarılması örnek olarak verilebilir. Burada da doğrudan ve ırk, engellilik veya cinsel yönelim temelinde bir ayrımcı muamele söz konusudur. Ancak ayrımcılık kişinin kendisine ait bir özellik nedeniyle değil bir başkası ile olan ilgisi nedeniyle gerçekleşmektedir.

2. Dolayısıyla Ayrımcılık Kavramının Hukuki Kaynakları

Dolayısıyla ayrımcılık kavramına yer veren bir uluslararası sözleşme bulunmamaktadır. Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nin 5/2 maddesinde “Taraf Devletler engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklar ve engellilerin herhangi bir nedene dayalı ayrımcılığa karşı eşit ve etkin bir şekilde korunmasını güvence altına alır.” ifadelerine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi ilk cümlede “engellilere yönelik” değil “engelliliğe dayalı” ifadesine yer verilmiştir. Bu sebeple kişinin engellilik temelinde ayrımcılığa uğraması için engelli olması zorunluluğu bulunmamaktadır.³³⁹ Genel olarak tüm uluslararası sözleşmelerde benzer yaklaşım sergilenmiş ve ayrımcılık bir kişinin bir özelliğine yönelik olarak değil belirli bir temelde yasaklanmıştır. Bu şekilde bir yaklaşım eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı arasındaki bazı farklardan kaynaklanmaktadır.

Dolayısıyla ayrımcılık kavramı hukukten büyük ölçüde ABAD'nin 2008 yılında sonuçlandırdığı *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law* davası ile kabul

³³⁸ Dolayısıyla ayrımcılık kavramının özellikle dolaylı ayrımcılık kavramından farkı için bkz, Tobler, **Limits and Potential**, s. 51.

³³⁹ Stein; Lord, s. 28.

edilmiştir.³⁴⁰ Bu davada kendisi engelli olmayan ancak engelli bir oğlu olan bir çalışanın çocuğuna bakabilmek için daha esnek çalışma saatleri talep etmesine karşın, taciz edilmesi ve işten ayrılmaya zorlanması söz konusudur. Davacı doğum izninin ardından işe döndüğünde engelli çocuğu olmayan diğer çalışanların aksine işyerinde eski bölümüne değil farklı bir bölüme yerleştirilmiştir. Ayrıca çalışma saatlerinde de diğer engelli çocuğu olmayan çalışanların sahip olduğu esnekliği kullanmasına izin verilmemiştir. Yine davacı tarafından çocuğuna bakmak için izin istediğinde engelli çocuğu olmayan çalışanlara tanınan olanağın tersine izin verilmemiş ve kendisi ve çocuğu ile ilgili hakaret içeren ve kötuleyici ifadelerle karşılaşmıştır. Davacı oğlu dolayısıyla bazen işe geç gelmek durumunda kaldığında engelli çocuğu olmayan çalışanların tersine işe geç gelmeye devam ettiği sürece iş sözleşmesinin feshedileceği belirtilmiştir. Davacı bu konuda kötü muamele gördüğüne dair şikâyetlerini iletmış olmasına karşın şikâyeti düzgün biçimde incelenmemiş ve kendisini şikâyetini geri çekmek zorunda hissetmiştir. Divan, ayrımcılığa karşı öngörülen hukuki düzenlemelerin amacı doğrultusunda etkili olabilmesinin ancak taciz ve bir kişinin bir özelliği ile ilgili olarak o kişi ile bağlantılı bir başka kişinin ayrımcılığa uğraması durumlarında da uygulanabilir olması ile mümkün olduğunu belirtmiştir. ABAD'nın bu içtihadı ile ayrımcılığın engelli kişilere yönelik olarak değil, engelliğe dayalı olarak yasaklandığı ortaya çıkmaktadır ve bu yaklaşım yukarıda ifade edilen ayrımcılığın kişi bakımından kapsamından benimsenen iki yönlü yaklaşımın kısmen benimsendiği anlamına gelmektedir.

B. Taciz

1. Taciz Kavramı

Günümüzde taciz ayrımcılığın özel bir biçimi olarak kabul edilmektedir.³⁴¹ Taciz ile ilgili düzenlemelerde güncel yaklaşım, tacizi, ayrımcılığın bir biçimi olması yanında, daha geniş bir perspektife yerleştirmekte ve tacizi buna maruz kalan kişinin

³⁴⁰ ABAD, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*, Case C-303/06, udgment of the Court (Grand Chamber) of 17 July 2008.

³⁴¹ Çalışmada “taciz” kelimesi, geniş anlamıyla tacizi değil, dar anlamıyla ayrımcılığın güncel bir görünümü olarak kabul edilen taciz olgusunu ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır.

kişisel onurunun ihlali olarak yorumlamaktadır. Taciz de ayrımcılık gibi insan onurunu ihlal eden bir davranış biçimidir. Ayrımcılığın bir biçimi olarak taciz yalnızca daha olumsuz bir muamele değil, aynı zamanda insanın benliğine yönelik bir saldırdır.³⁴²Taciz, ırk, uyrukluk, renk, din veya inanç, siyasi görüş, sendika üyeliği, engellilik, yaş, sağlık durumu gibi nedenlerle ortaya çıkabilmektedir ve tacize farklı özelliklere sahip, azınlıkta olan ve kurumsal güce sahip olmayan kişilere yönelik olarak işyerlerinde ve hayatın her alanında rastlanabilmektedir.³⁴³

Taciz, ayrımcılık temellerinden biri ile birlikte gerçekleşebilmektedir. Taciz doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkta olduğu gibi doğrudan bir davranışla ya da aynı etki doğuracak dolaylı bir davranışla gerçekleşebilir. Taciz, hiyerarşik olarak, başka bir deyişle dikey biçimde; eşit konumda bulunan kişiler arasında yatay biçimde veya bir ortamdan dolayı ortaya çıkabilir. Ayrıca taciz için belirli bir biçim söz konusu değildir. Sözlü, yazılı, resim ile veya benzer nitelikteki diğer materyallerle bu şekilde bir sonuca yol açılabilmesi mümkündür.

Taciz ile ilgili konular genellikle işyerlerinde söz konusu olmaktadır ve görünüşle, kıyafetle veya kişinin özellikleri ile ilgili alay, utandırıcı ya da hoş karşılanmayan şakalar veya yorumlar, mağduru ayrı tutma amaçlı düşmanca hareketler, istenmeyen fiziksel temas, cinsel amaçlı talepler ve fiziksel saldırı vs. fiillerden oluşabilmektedir. İşyerleri dışında ise öğretmen veya doktor gibi taciz edilen kişi ile bir iş, hizmet veya profesyonel ilişki içerisinde olan kişi tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Yine benzer olarak polis veya diğer yetkililerce ırkçı, cinsellik veya engellilik ile ilgili istismar veya haksız müdahale gibi davranışlarda taciz olarak değerlendirilmektedir.

2. Taciz Kavramının Unsurları

Tacizin ayrımcılık olarak değerlendirilebilmesi için bir dizi unsurun yan yana gelmesi gerekmektedir. Öncelikle tacize maruz kalan kişi tarafından istenilmeyen bir

³⁴²Ivana Bacik, *Harassment, Equality in Diversity: The New Equality Directives*, Cathryn Costello; Eilis Barry (ed.), Irish Centre for European Law, 2003, s. 171. Taciz ile ilgili olmamakla birlikte cinsel saldırıyı insan onuruna aykırı bir davranış olarak gören bir AİHM kararı için bkz, AİHM, *C.R. v. the United Kingdom*, Application No. 20190/92, Judgment, 22.11.1995, para. 42.

³⁴³ Kadriye Bakırcı, *İşyerinde Cinsel Taciz*, Yasa Yay. İstanbul, 2000, s. 19.

davranış söz konusu olmalıdır. İkinci olarak istenmeyen bir davranışın ayrımcılık temellerinden biri ile bağlantılı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Üçüncü olarak ise söz konusu davranışın bir kişinin onurunu zedeleyecek ve gözdağı verecek, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratacak nitelikte olması gerekmektedir. Son olarak ise belirtilen nitelikteki bir davranışın, belirtilen amaçla veya böyle bir amaç olmasa dahi bu şekilde etki doğuracak biçimde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu son unsurdan aynı dolaylı ayrımcılıkta olduğu gibi bir ayrımcılık amacının veya saikinin olmasının aranmadığı ve bu şekilde bir etki doğurmasının yeterli olduğu ortaya çıkmaktadır.

3. Tacizin Ayrımcılığın Diğer Biçimlerinden Farkları

Ayrımcılığın bir biçimi olan taciz, ayrımcılık yasağının geleneksel görünüşlerinden bazı noktalarda ayrılmaktadır. Daha önce üzerinde durulan doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları bir karşılaştırma yapılmasını gerekli kılarken ayrımcılığın bir biçimi olarak taciz kavramı açısından bir karşılaştırma yapılması gerekmemektedir. Ayrımcılığın tanımında önemli bir yer işgal eden karşılaştırılabilirlik unsuru gerek gerçek, gerek varsayımsal bir karşılaştırma noktasında taciz açısından söz konusu değildir. Hatta taciz olarak nitelendirilen davranışın somut bir mağdura yönelik olması da gerekmemektedir. Örneğin bir işyerinde cinsel yönelimi farklı kişilere yönelik genel nitelikte kullanılan aşağılayıcı ifadeler, o işyerinde çalışan cinsel yönelimi farklı olduğu bilinen kişilere yönelik taciz olarak kabul edilebilecektir.³⁴⁴ Bu noktada tacizin sonuçları ayrımcı etki doğurabilmektedir ve bu nedenle ayrımcılık kapsamında düşünülmektedir. Bu nedenle tacizin, makul uyumlaştırma yükümlülüğünde olduğu gibi ayrımcılığın *sui generis* bir türü olarak kabul edilmesi mümkündür.³⁴⁵

Tacizi doğrudan ve dolaylı ayrımcılıktan farklı kılan ikinci durum ise ispat yükü ile ilgilidir. Tacizde doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkta olduğu gibi kural olarak bir karşılaştırma yapılması gerekmemektedir. Bu nedenle tacizin ispatı bir karşılaştırmayı gereksiz kılmaktadır. Ayrımcılık yasağında ayrımcı muamelenin

³⁴⁴ Ellis, s. 239-240.

³⁴⁵ Tobler, **Limits and Potential**, s. 23.

ispatı ile ilgili olarak gündeme gelen ispat yükünün paylaşılmasına dair uygulama taciz söz konusu olduğunda aynı şekilde uygulanamamaktadır. Dolayısıyla tacizin kanıtlanması ayrımcılığın kanıtlanmasından daha zor gözükmektedir. Ayrımcılığın geleneksel biçimlerinde aleyhe etki doğuran farklı muamelenin ve illiyet bağının ortaya konulması yeterli olabileceken, yukarıda yer verilen tanımın unsurları ışığında, istenmeyen davranışın mevcudiyetinin ve söz konusu davranışın bir kişinin onurunu zedelemek ve gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratmak amacı ve etkisi doğurduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Söz konusu davranışların aleyhe etkisinin veya doğurduğu zararın da ayrıca ortaya konulması gerekmektedir.

Taciz kavramı ile ilgili bir başka kavram, “işyerinde psikolojik taciz” (mobbing)³⁴⁶ kavramıdır. Taciz ile ayrımcılık zaman zaman örtüşebilmektedir. Mobbing, “işyerinde duygusal taciz ya da bireyi işyerinden ihraç etme amacıyla uygulanan psikolojik baskılar” olarak tanımlanmıştır.³⁴⁷ Mobbing oluşturan ve bu kavramlar için örnek olarak gösterilen davranışlar arasında ayrımcılık da yer almaktadır.³⁴⁸ Ayrımcılığın yasaklandığı bir temelle bağlantılı olarak gerçekleştiği durumda, aynı zamanda ayrımcılığın bir biçimi olan taciz de ortaya çıkabilecektir. Mobbing kavramı, özellikle toplu şekilde gerçekleştirilen bir taciz biçimi olarak kabul edilmektedir.³⁴⁹

4. Tacizin Hukuki Kaynakları

Taciz ayrımcılığın bir biçimi olarak ilk kez 1970 yıllarda ABD’de, yargı organları tarafından 1964 tarihli Medeni Haklar Yasası’nın VII. başlığı altında ve ırk

³⁴⁶ Türkçe’de “mobbing” kavramı giderek daha yaygın kullanılmaya başladığı için çalışmanın daha anlaşılabilir olması kaygısıyla kavramın İngilizce karşılığı kullanılmıştır.

³⁴⁷ Pınar Tınaz, **İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)**, Beta Yay. İstanbul, 2006, s. 10.

³⁴⁸ Hediye Ergin, *Oldukça Eski, Fakat Yeni Bir Olgu: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Cilt 1, Beta Yay. İstanbul, 2010, s. 248.

³⁴⁹ Vittorio Di Martino; Helge Hoel; Cary L. Cooper, **Preventing Violence and Harassment in the Workplace**, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2003, s. 4-6.

ayrımcılığı bağlamında kabul edilmiştir.³⁵⁰ Taciz ile ilgili olarak uluslararası hukukta az sayıdaki örnekten biri IAOKS kapsamında gündeme gelmiştir. IAOKS kapsamında kurulan IAOKK tarafından karara bağlanan bir bireysel şikâyetbaşvurusu, bir spor sahasının girişine, takma adı “Nigger” (İngilizcede siyahları aşağılamak amacıyla kullanılan bir kelime) olan bir kişinin anısına bu sözcüğün yazılmış olmasına ilişkindir. Başvurucu, bunun siyahları nitelendirmek için kullanılabilir en saldırgan ve aşağılayıcı sözcük olduğu iddiasıyla Komite’ye başvurmuştur. Komite söz konusu durumu açıkça taciz olarak nitelendirmemekle birlikte taraf devlete söz konusu yazının kaldırılması için gerekli tedbirleri almasını tavsiye etmiştir.³⁵¹

Avrupa Konseyi bağlamında AİHS’nde ayrımcılığın tanımının yapılmadığı gibi bugün ayrımcılığın güncel biçimleri arasında yer alan taciz kavramına dair de bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konu zaman içerisinde AİHM’nin kararları ile gündeme gelmiştir. Tacizin işkence ve kötü muamele yasağı veya özel hayat ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında gündeme gelebileceği belirtilmektedir.³⁵²

Taciz kavramı en kapsamlı olarak ilk defa AB hukukunda düzenlenmiştir.³⁵³ Taciz kavramı ilk kez 2000/43/EC sayılı Direktif ile tanımlanmıştır. Direktif’in 2/3 maddesinde, “bir kişinin onurunu zedelemek ve gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü ya da saldırgan bir ortam yaratmak amacı veya etkisiyle ırk veya etnik kökenle bağlantılı olarak istenmeyen bir davranış” olarak tanımlanmıştır.³⁵⁴ Bu tanım oldukça geniş bir tanımdır ve tacizin ortaya konulması için bir karşılaştırma yapılmasını gerektirmemektedir.³⁵⁵ Bu şekilde geniş bir tanımlama ile birlikte ABAD’nın bu konuda vereceği kararlarla taciz kavramının içeriğinin gelişebileceği ve “onurunu zedelemek” şeklinde kullanılan ifadenin taciz

³⁵⁰ McColgan, s. 486. Bu konuda örnek davalar için bkz, a.g.e., s. 491 vd. Jane Aeberhard-Hodges, *Sexual Harassment in Employment: Recent Judicial and Arbitral Trends*, **International Labour Review**, Vol. 135, No. 5, ILO, 1996, s. 509 vd.

³⁵¹ IAOKK, *Stephen Hagan v. Australia*, Communication No. 26/2002, Opinion, 20.03.2003, CERD/C/62/D/26/2002.

³⁵² **Handbook on European Non-discrimination Law**, European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2011, s. 34.

³⁵³ AB hukukunda taciz kavramının ortaya çıkışı ve düzenleniş biçimleri ilgili olarak bkz, McColgan, s. 512 vd.

³⁵⁴ Aynı tanım, 2000/78/EC sayılı Direktif’in 2/3 maddesinde ve 2002/73/EC sayılı Direktif’in 2. maddesinde, 2004/113/EC sayılı Direktif’in 2. maddesinde ve 2006/54/EC sayılı Direktif’in 2/1 maddesinde yer almıştır.

³⁵⁵ McColgan, s. 548.

kavramının gelişim açısından olumlu bir potansiyel ortaya koyduğu ifade edilmektedir.³⁵⁶

2000/43/EC sayılı Direktif'in de tanımın ardından taciz kavramının üye devletlerin ulusal hukuk ve uygulamaları uyarınca tanımlanabileceği belirtilmiştir. Söz konusu ifadenin üye devletler için bir *carte blanche* (açık kart) olarak yorumlanabileceği belirtilmiş ancak Direktif'te yer alan tanımın iç hukuk için asgari eşiği ifade ettiği ve Üye Devletlerin bu eşiğin altına düşmemekle beraber üstüne çıkmalarının ve takdir yetkileri kapsamında ayrımcılığın yasağının daha etkili korunması amacıyla daha geniş bir tanım benimseyebilecekleri ifade edilmiştir.³⁵⁷ Belirtmek gerekir ki, cinsiyet temelinde ayrımcılıkla ilgili 2006/54/EC sayılı Direktif, 2000/43/EC sayılı Direktif'in aksine tacizin üye devletlerce iç hukuktaki düzenlemeler ve uygulamalara göre tanımlanabileceğine yer vermemiştir. Bu nedenle cinsiyet temelinde ayrımcılık oluşturan taciz ve cinsel taciz kavramlarının diğer ayrımcılık temellerinde taciz kavramlarından daha etkili biçimde düzenlendiği görülmektedir.³⁵⁸ Bu şekilde bir yaklaşım cinsiyet temelinde taciz ve cinsel taciz açısından üye devletlerin takdir yetkisinin daha dar, diğer ayrımcılık temellerinde ise daha geniş olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu eleştiriye rağmen, Direktiflerde yer alan taciz tanımı ile taciz, kategorik olarak ayrımcılık kabul edilmiştir ve daha olumsuz bir muamele görülmesine endeksli bir ayrımcılık tanımı dışında bırakılmıştır.³⁵⁹ Bugün AB hukukunda ayrımcılığın yasaklandığı tüm temellerde taciz de yasaklanmış ve ayrımcılığın bir türü kabul edilmiş durumdadır. Ancak bu konuda ABAD'nın henüz bir kararı olmadığı için söz konusu düzenlemenin uygulamada ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı henüz belirsizdir.³⁶⁰

2000/78/EC sayılı Direktif'in taciz ile ilgili düzenlemeleri belli noktalarda eleştirilmektedir. İlk olarak taciz fiilini gerçekleştiren kişinin kim olabileceği Direktif'te belirtilmemiştir.³⁶¹ İkinci olarak geniş kapsamlı tanımın yargı organlarının taciz olayının gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verilirken subjektif ve objektif

³⁵⁶ Bacik, s. 169.

³⁵⁷ Ellis, s. 240.

³⁵⁸ Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, s. 297.

³⁵⁹ Schiek, *Indirect Discrimination*, s. 480.

³⁶⁰ Ellis, s. 239.

³⁶¹ Bell, s. 75.

standartları içermediği ifade edilmiştir. Üçüncü olarak ise yukarıda da ifade edildiği üzere, taciz olaylarının gerçekleşmemesi için alınması gereken tedbirlere dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Son olarak ise tacizin tanımının üye devletlerin iç hukukuna ve uygulamalarına göre tanımlanacağına dair ifadenin çok farklı tanımların ortaya çıkarabileceği vurgulanmıştır.³⁶²

AB Direktiflerinde yer alan bu tanımlamalar ile istenmeyen davranışın onur kırıcı etki doğuracak şekilde veya bu amaçla yapılması öngörülmüştür. Bu durumda amacın taciz etmek olmadığı hallerde dahi sonuç itibariyle bir davranış bu şekilde bir etki doğuruyorsa yine tacizin ortaya çıkacaktır. Onur kırıcı davranışın nasıl belirleneceği bir takım sorunlara yol açabilecek gibi görünse de bu durum her somut olayda tarafların ve olayın özellikleri bağlamında değerlendirilmektedir. Ancak AB hukukunda taciz konusunda esnek bir yaklaşımın benimsenmiştir. Tacizin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında, mağdurun bu konudaki algısı öne çıkmaktadır. Ayrıca mağdurun tacizin etkilerini fiilen hissetmediği durumda dahi, mağdurun söz konusu davranışın hedefi olması tacizin ortaya çıkması için yeterli görülmektedir.³⁶³

C. Cinsel Taciz

1. Cinsel Taciz Kavramı

Günümüzde cinsel taciz ayrımcılığın farklı biçimlerinden biri olarak değerlendirilmektedir. Cinsel taciz hukuki açıdan kişilik haklarının ihlali, istihdam alanında elverişli koşullarda çalışma hakkının ihlali veya çalışma özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir.³⁶⁴ Taciz kavramı ayrımcılığın yasaklandığı diğer temeller gibi aynı zamanda toplumsal cinsiyet açısından da gündeme gelebilmektedir. Cinsel taciz kavramı ise yalnızca toplumsal cinsiyet temelli bir bağlamda gündeme gelmiş durumdadır. Böylelikle cinsel taciz kavramı ile toplumsal cinsiyet temelinde taciz kavramları ayrı ayrı tanımlanmıştır. Çalışma bakımından

³⁶² Quinn; Quinlivan, s. 236; Bell, s. 75.

³⁶³ **Handbook on European Non-discrimination Law**, s. 32.

³⁶⁴ Bakırcı, **İşyerinde Cinsel Taciz**, s. 32-33.

diğer önemli bir yönü ise cinsel tacizin toplumsal cinsiyet ayrımcılığı olarak görülmesidir. Cinsel tacizin bir cinsiyet grubundakilerin ve genellikle kadınların kişilik haklarını, insan hak ve özgürlüklerinin ihlal ettiği, daha elverişsiz koşullarda yaşamaya zorladığı ve bir cinsiyet grubundaki kişileri diğer gruba göre daha dezavantajlı hale getirdiği için cinsiyet ayrımcılığı oluşturacağı ifade edilmiştir.³⁶⁵ Bu noktada cinsel yönelimi nedeniyle cinsel tacize uğrayan bir kişi bakımından da cinsel tacizin cinsel yönelim ayrımcılığı olarak değerlendirilmesi mümkündür.

2. Cinsel Tacizin Farklı Biçimleri

Cinsel tacizin cinsel rüşvet/gözdağı (*quid pro quo*) ve düşmanca ortam (hostile environment) yaratan taciz olarak iki biçimde ortaya çıktığı belirtilmektedir.³⁶⁶ Cinsel rüşvet/gözdağı, işveren veya amir konumundaki bir kişinin yetki veya otoritesini kullanarak astı konumundaki bir işçinin, işini veya işiyle ilgili bazı kazanımları elde etmesini veya elde tutmasını, cinsel talepleri kabul etmesi koşuluna bağlaması veya bu taleplere boyun eğmeyen bir işçinin zarara uğratılması olarak tanımlanabilir. Bu tür taciz, cinsel tacizin cinsiyete yönelik ayrımcılık olarak kabul edildiği ilk türü olarak kabul edilmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi işveren veya amir konumundaki kişilerce gerçekleştirilmeyen ve cinsel rüşvet/gözdağı oluşturmayan davranışlar ise düşmanca ortam yaratan cinsel taciz olarak yorumlanmıştır. Böylece meslektaşlar arasında gerçekleştirilen cinsel taciz ilk değil, ikinci tür kapsamında değerlendirilmektedir. Bu tür taciz de bir pazarlığın söz konusu olmadığı, maddi bir zararın doğumunu gerektirmediği ve genellikle tek bir olaydan değil bir dizi olaydan meydana geldiği ve sadece istenmeyen cinsel yaklaşımlar değil daha farklı biçimlerde ortaya çıkabildiği ifade edilmiştir. Ancak belirtilen farklılıklara karşın iki tür cinsel tacizin çoğu zaman içiçe geçtiği ve somut olayda ayrılmasının zor olduğu da vurgulanmıştır.³⁶⁷

Taciz ayrımcılığın *sui generis* bir türü olmakla birlikte doğrudan ayrımcılığın bir biçimi olan dolayısıyla ayrımcılıkta olduğu gibi bir kişinin varsayılan bir

³⁶⁵ a.g.e., s. 34.

³⁶⁶ Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, s. 100; Bakırcı, **İşyerinde Cinsel Taciz**, s. 91.

³⁶⁷ a.g.e., s. 91-94.

özelliğine veya bir kişi ile bağlantılı olmaktan kaynaklı dayalı olarak gerçekleşebilmektedir. Yukarıda üzerinde ayrıntılı olarak durulan ABAD içtihadında olduğu gibi bir kişi kendisi ile ilgili olmayan ayrımcılığın yasaklandığı bir temelde, bu özelliklerden birine sahip başka bir kişi ile bağlantılı olarak ayrımcılığa uğrayabilmektedir. Örneğin engelli olmamasına rağmen çocuğunun engelli olması sebebiyle cinsel tacize maruz kalan bir kadın işçinin durumunda, yukarıda dolayısıyla ayrımcılık için belirtilen durum aynen geçerli olabilmektedir.³⁶⁸ Bu durumda elbette cinsel taciz için geçerli olan ispat kuralları yine aynı şekilde geçerli olabilmektedir.

3. Cinsel Tacizin Hukuki Kaynakları

Uluslararası sözleşmeler konuya ilişkin açık bir düzenleme içermemektedir. Ancak bu durum devletlerin cinsel tacizi yasaklama yükümlülüğü bulunmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Her şeyden önce, devletlerin kişilerin maddi ve manevi varlığına yönelik her türlü tecavüzü önleme yükümlülükleri bulunmaktadır. Cinsel taciz kavramı uluslararası hukukta ilk kez 111 No'lu ILO Sözleşmesi bağlamında gündeme gelmiştir. 1958 tarihli bu Sözleşme'de cinsel taciz ifadesine açıkça yer verilmemişse de ILO 1988 yılında cinsel tacizi cinsiyet temelli ayrımcılığın bir biçimi olarak kabul etmiştir. ILO bir kişiye giyimi, fiziği, yaşı, aile durumu gibi konularla ilgili olarak yöneltilen, sataşma, söz, şaka, ima ve uygunsuz yorumlar, onur kırıcı, aşağılayıcı veya üstünlük taşıyıcı tutumlar, tehditle veya tehdit içermeyecek şekilde açık veya üstü kapalı davet ya da talepler, cinsel nitelikli hareketler, dokunma, çimdikleme veya diğer fiziksel temas içeren hareketlerin cinsel taciz oluşturabileceğini belirtmiştir. Cinsel taciz kapsamına giren hareketlerin, işe alma sürecinde bir ölçüt olarak algılandığı veya öyle olduğu ya da işe alım sürecinde kararları etkilediği veya cinsel taciz olarak yorumlanabilecek hareketlere maruz

³⁶⁸ ABAD, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, Case C-303/06, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 July 2008, paras. 58-60.

kalan kişileri aşağıladığı, küçük düşürdüğü ya da sindirdiği durumda cinsel tacizin oluşacağı belirtilmiştir.³⁶⁹

111 No’lu ILO Sözleşmesi gibi KKAOKS de cinsel taciz kavramına açıkça yer vermemiştir. Bu konuda ilk adım 1989 yılında KKAOKK’nin yayınladığı 12 No’lu Genel Tavsiye ile atılmıştır. Komite, taraf devletlerin Komite’ye sundukları periyodik raporlara, “Kadınların günlük hayatta karşılaştıkları her türden şiddet vakasına karşı (cinselliğe dayalı şiddet, aile içi istismar, işyerinde cinsel taciz, vb.) kadınları korumaya yönelik yürürlükteki mevzuat; bu şiddeti ortadan kaldırmak amacıyla alınan diğer tedbirler; saldırı veya istismar mağduru kadınlara yönelik mevcut destek hizmetleri; kadınlara yönelik her türden şiddet vakasına ve bu şiddet mağduru kadınlara ilişkin istatistik veriler aşağıdaki bilgileri” dâhil etmelerini tavsiye etmiştir.³⁷⁰

Komite 1992 yılındayayınladığı kadına yönelik şiddet konulu 19 No’lu Genel Tavsiye’de öncelikle Sözleşme’nin 1. maddesinde tanımlanan kadına yönelik ayrımcılığın, cinsiyete dayalı şiddeti, diğer bir deyişle bir kadının sırf kadın olması nedeniyle maruz kaldığı veya kadınları artan oranlarda etkileyen şiddeti de içerdiğini ve bu şiddetin, kadına fiziksel, zihinsel ya da cinsel yönden zarar veya acıya neden olan davranışları, bu davranışlara ilişkin tehditleri, zorlamayı ve özgürlüklerin kaybedilmesine neden olan diğer davranışları kapsadığı ifade edilmiştir.³⁷¹ Komite’ye göre “cinsel taciz, fiziksel temas ve teklif gibi istenmeyen cinsel içerikli davranışları, cinsel içerikli söz ve imaları, pornografik gösterilerde bulunmayı ve sözlü veya fiziksel cinsel talepleri içermektedir. Bu davranış küçük düşürücü olabildiği gibi, sağlık ve güvenlik sorunları da oluşturabilmektedir. Bir kadının tacize karşı koyması durumunun, kadının işe alım ve terfii de dâhil olmak üzere istihdam durumunu

³⁶⁹ **Equality in Employment and Occupation**, General Survey of the Reports on the Discrimination (Employment and Occupation) Convention (No. 111) and Recommendation (No. 111), 1958, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, Geneva, 1988, s. 43, para. 45.

³⁷⁰ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, The General Recommendation No. 12, Violence against women, 1989, A/44/38(bundan sonra “KKAOKK, 12 No’lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır),

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

³⁷¹ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, The General Recommendation No. 19, Violence against women, 1992, A/47/38 (bundan sonra “KKAOKK, 19 No’lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır), para. 6, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

tehlikeye sokacağı ya da düşmanca bir çalışma ortamı yaratacağına inanması için inandırıcı nedenler olduğu durumlarda ayrımcıdır.”³⁷² Komite 19 No’lu Genel Tavsiye’de cinsel taciz bağlamında, taraf devletlercecinsiyete dayalı her türlü şiddetle, kamusal veya özel yaşamda mücadele edilmesini ve bu amaçla uygun tedbirlerin alınmasını; taraf devletlerin raporlarına, kadınları cinsel tacize ve işyerinde gerçekleşen diğer şiddet biçimlerine karşı koruyan önlemlerle ilgili bilgileri dâhil etmelerini; taraf devletlerin, kadınları, cinsel saldırı ve işyerinde cinsel taciz gibi her türden şiddetten korumaya yönelik, cezai yaptırımlar, başvuru yolları ve telafi edici hükümleri içeren etkili yasal tedbirler dâhil olmak üzere, kadınları cinsiyete dayalı şiddetten korumaya yönelik tüm gerekli yasal ve diğer tedbirlerin almalarını tavsiye etmiştir.³⁷³

Cinsel taciz kavramı AB hukukunda ise ilk defa, 2002/73/EC sayılı Direktif ile tanımlanmıştır. Söz konusu tanıma göre cinsel taciz, bir kişinin onurunu zedelemek ve gözdağı veren, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratmak amacı ve etkisiyle ve kişinin isteği dışında gerçekleşen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli davranış”tır.³⁷⁴ Söz konusu tanımlamaya göre cinsel tacizin, tacizde olduğu gibi üç temel unsurunun bulunduğu görülmektedir. Öncelikle cinsel tacize maruz kalan kişi tarafından istenilmeyen sözlü olan veya olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli bir davranışın söz konusu olması gerekmektedir. İkinci olarak bu davranışın bir kişinin onurunu zedeleyecek ve gözdağı verecek, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratacak nitelikte olması gerekmektedir. Son olarak belirtilen nitelikteki bir davranışın, belirtilen amaçla veya böyle bir amaç olmasa dahi bu şekilde etki doğuracak biçimde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Cinsel tacizde de, dolaylı ayrımcılıkta olduğu gibi bir ayrımcılık amacının veya saikinin olması aranmamaktadır ve bir davranışın bu şekilde bir etki doğurması yeterlidir.

2002/73/EC sayılı Direktif’te, Direktif’in tanımladığı şekliyle taciz ve cinsel tacizin cinsiyet temelinde ayrımcılık kabul edileceğini ve yasaklandığını belirtmiştir. Direktif’te, 2000/43/EC sayılı Direktif’ten farklı olarak, bir kişinin bu yönde bir

³⁷² a.g.k., paras. 17-18.

³⁷³ a.g.k., para. 24.

³⁷⁴ Aynı tanım 2004/113/EC sayılı Direktif’in 2. maddesinde ve 2006/54/EC sayılı Direktif’in 2/1 maddesinde de yer almıştır.

davranışı reddetmesi veya davranışla ilgili bir başvuruda bulunması halinde, bu davranışların o kişiyi etkileyecek kararların alınmasında temel alınamayacağına yer verilmiştir. Yukarıda ifade edilen rüşvet/gözdağı (quid pro quo) cinsel taciz ve düşmanca ortam yaratan cinsel taciz biçimlerinin ikisi de Direktif'te yer alan cinsel taciz tanımında yer almıştır. Bu düzenleme ile aşağıda üzerinde durulacak olan mağdurlaştırma cinsel taciz bağlamında yasaklanmıştır. Söz konusu düzenleme AB hukukunda diğer direktiflerde bulunmamaktadır. Bu sebeple bu durumun diğer temellerde ayrımcılık için de geçerli kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.³⁷⁵

Taciz ve cinsel taciz ile ilgili olarak AB Direktiflerinde yer alan düzenlemeler büyük ölçüde söz konusu davranışların ortaya çıkmasının ardından gündeme gelmektedir. Taciz ve cinsel taciz açısından bu davranışların ortaya çıkmasını engelleyecek düzenlemeler de aynı derecede önemlidir. Bu noktada etkili yaptırımların belirlenmesi, mağdurlara giderim sağlanması, benzer davranışların yeniden yaşanmasının önlenmesi gibi adımlar gündeme gelmektedir. 2002/73/EC sayılı Direktif bu konuda yine diğer Direktiflerde yer almayan bir düzenlemeye yer vermiştir. Direktif'in 2. maddesinde üye devletlerin, kendi iç hukuklarına, toplu sözleşmelere ve uygulamalara uygun olarak, işverenlerin ve mesleki eğitime erişimden sorumlu olan kişilerin, özellikle taciz ve cinsel taciz olmak üzere, cinsiyet temelinde ayrımcılığın her biçimini önleyecek önlemleri almaları konusunda teşvik edeceğine yer verilmiştir. Şüphesiz düzenleme yalnızca teşvik edilmesine yer verdiği için etkili değildir.³⁷⁶

D. Ayrımcılık Talimatı

1. Ayrımcılık Talimatı Kavramı

Ayrımcılık yasağının güncel biçimlerinden biri de ayrımcılık talimatıdır (instruction to discriminate). Kavram doğrudan ayrımcılık anlamına gelmemekle birlikte ayrımcılık yasağı ile ilgili bir kavram olarak kabul edilmektedir. Ayrımcılık talimatının yasaklanması, gelecekte ayrımcılığa yol açabilecek bir fiilin öncülünün

³⁷⁵ Ellis, s. 240.

³⁷⁶ a.g.e., s. 241.

yasaklanması anlamına gelmektedir. Ayrımcılık yasağı genel olarak, ayrımcı muameleden sorumlu olan kişilerin sorumluluğu ile ilgili iken, ayrımcılık talimatı ayrımcı muameleyi doğrudan gerçekleştiren kişileri değil ancak ayrımcı muamele açısından müşterek fail olarak kabul edilebilecek kişilerin sorumluluğu ile ilgilidir. Bu açıdan ayrımcı muamelede “üçüncü taraf” olarak kabul edilebilecek kişilerin sorumluluğunu gündeme getirmektedir.³⁷⁷

Ayrımcılık talimatı kavramı kapsamında bir dizi soru akla gelebilmektedir. Öncelikle gündeme gelen soru “talimat”ın tanımıdır. İkinci bir soru ise ayrımcılık talimatını kimlerin verebileceğidir. Son soru ise doğrudan veya dolaylı ayrımcılıkta olduğu gibi ayrımcılık talimatının da haklı kılınıp kılınamayacağıdır. Ayrımcılık talimatında, ayrımcılık yapılması yönünde talimat veren kişi “özne”, bu yönde bir talimat sonucu ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi “nesne” ve ayrımcılığa uğrayan kişi “mağdur” durumundadır. Bu ilişkide talimatı alan kişinin söz konusu talimatı yerine getirmediği ve bu nedenle örneğin işine son verildiği durumda yukarıda dolayısıyla ayrımcılık başlığı altında incelenen durum söz konusu olabilecektir. Hatta ayrımcılığın herhangi bir temelde yasaklandığı durumda mağdurun söz konusu özelliğe sahip olması gerekmemektedir ve yasaklanmış bir temelde, kendisi o özelliğe sahip olmamasına rağmen farklı muameleye uğraması nedeniyle doğrudan ayrımcılık da gündeme gelebilecektir.

Bu noktada baskı ile talimat arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Ayrımcılık talimatında talimat veren kişi ile talimata maruz kalan kişi arasında, bir ast-üst ilişkisi, örneğin, bir iş ilişkisi ya da hatır ilişkisi olarak adlandırabileceğimiz türden bir bağ bulunması gerekip gerekmediği sorusu önemli sonuçlara yol açmaktadır. Bu kişilerin arasında herhangi bir bağ bulunmadığı durumda ortada bir talimattan bahsetmek mümkün olmamaktadır. Böyle bir durumda talimata nazaran ortada bir baskının bulunduğu söylenebilir. Ayrımcılık talimatı olgusunun dar anlamda, başka bir deyişle yalnızca bir bağın bulunduğu durumla sınırlı olarak düzenlenmesi, bahsedilen olguya karşı hukukun etkili olma olanağını azaltmaktadır. Kavramın geniş anlamda, yalnızca mevcut bir bağ değil, bağlamına göre bir baskı

³⁷⁷ Tufyal Choudry, *Instructions to Discriminate and Victimisation, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Dagmar Schiek; Lisa Waddington; Mark Bell (ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007, s. 561.

biçiminde de ortaya çıkabileceğinin kabulü ile daha etkili bir koruma ortaya çıkabilecektir. Örneğin Roman/Çingene çocuklarında eğitim gördüğü bir okulda, başka bir etnik gruba mensup kişilerin, çocuklarının söz konusu çocuklarla aynı okulda eğitim görmelerini istemedikleri ve bu nedenle okul yönetimi tarafından bu yönde gerekli önlemlerin alınması, aksi takdirde çocuklarının kaydını sildirecekleri ve okula bağlıta bulunmayacaklarına dair bir “tehdit” sonucunda, bu kişiler ile okul yönetimi arasında herhangi bir ast-üst ilişkisi olmamasına karşın ayrımcılık yapılması yönünde bir talep söz konusudur. Bu ilişkinin ayrımcılık talimatı kavramının dar anlamı doğrultusunda kavramın dışında bırakılması ile ayrımcılık yasağına karşı örnek bağlamında etkili bir koruma ortaya konulamayabilecektir. Ancak tersi durumda benzer baskıların da ayrımcılık talimatı kapsamında düşünülmesi etkili bir koruma sağlanması anlamına gelecektir. Bu nedenle ayrımcılık talimatı açısından “talimat” yerine “yardım”, “teşvik”, “yönlendirme”, “sebebiyet verme” ve “tahrik” gibi hareketlerin de tanım kapsamında yer alması uygun olacaktır.³⁷⁸

2. Ayrımcılık Talimatının Diğer Hukuki Kavramlarla İlişkisi

Daha önce taciz konusunda da belirtildiği gibi doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları bir karşılaştırma yapılmasını gerekli kılarken ayrımcılığın özel bir görünümü olan ayrımcılık talimatı kavramı açısından bir karşılaştırma yapılması gerekmemektedir. Bu noktada ayrımcılık talimatı nedeniyle ortaya ayrımcı bir muamele çıkmaktadır ve bu nedenle ayrımcılık kapsamında düşünülmektedir. Bu nedenle ayrımcılığın yine *sui generis* bir türü olarak kabul edilmesi mümkündür.³⁷⁹

Ayrımcılık talimatı kapsamında üç farklı biçimde yasal düzenleme gündeme gelebilmektedir. Bunlar, ayrımcılığa tahrik olarak değerlendirilebilecek, bir suçun işlenmesine tahrik fiili, ceza hukuku kapsamında iştirak kurumu ve son olarak ayrımcılık yasağının bir türü olarak ayrımcılık talimatı olarak

³⁷⁸ Söz konusu ifadeler 1998 tarihli, The Northern Ireland Fair Employment and Treatment Order, madde 35’te yer almaktadır. Bkz, <http://www.legislation.gov.uk/nisi/1998/3162/contents/made> (erişim:01.04.2012). Ayrıca bkz, Choudry, *Instructions to Discriminate and Victimisation*, s. 586.

³⁷⁹ Tobler, **Limits and Potential**, s. 23.

düzenlenmesidir.³⁸⁰ Ayrımcılık talimatı ceza hukuku kapsamında düzenlenebilmektedir. Bu bağlamda ilk olarak ayrımcılık suçu veya ilgili bir suçu oluşturan fiilin işlenmesine tahrik gündeme gelebilmektedir. Bu noktada ayrımcılık yasağının günümüzde kazandığı geniş anlam çerçevesinde oldukça fazla sayıda hareketin suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu noktada ceza hukuku hâlihazırda büyük ölçüde ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılığa tahrik fiillerini suç olarak düzenlenmiş durumdadır. Ayrıca bu yönde ortaya çıkan düzenlemeler ayrımcılığa tahrik fiilini, söz konusu fiilin kamuoyuna yönelik aleni bir şekilde yapılması ile sınırlamıştır. Bu sebeple kamuya açık olmayan bu yönde fiiller, başka bir deyişle bireyler arasında gerçekleşen fiillerde suç oluşmamaktadır.³⁸¹ Örneğin bir işverenin sahibi olduğu restoranda çalıştırdığı bir işçinin Çingene/Romanlara servis yapmaması yönündeki talimatı kamuya açık, aleni bir biçimde gerçekleşmediği için belirtilen ceza hukuku düzenlemelerinin kapsamı dışında kalacaktır. (Ör. TCK, 216. madde)

Ayrımcılık talimatının ceza hukuku kapsamında gündeme gelebildiği diğer bir durum ise, ceza hukukundaki iştirak kurumudur. Ayrımcılık oluşturan bir fiilin suç olarak düzenlenmesi durumunda, iştirake dair genel hükümler gündeme gelebilecektir. Bu noktada ayrımcılık yapılmasına dair talimat veren kişiler suçu azmettiren kişi sıfatıyla asli fail olarak sorumlu tutulabilecektir. Ancak bu noktada ayrımcılık oluşturan fiilin işlenmesi veya teşebbüs halinde kalması gerekmektedir. Dolayısıyla ayrımcı muamele ortaya çıkmadan önce ayrımcılık talimatının başlı başına suç oluşturmaması mümkün olmamaktadır.³⁸² Ceza hukuku alanında ayrımcılık talimatının bu açıdan başlı başına bir suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Aksi durumda iştirake dair düzenlemelerin etkili olmasını beklemek mümkün değildir.

Ayrımcılık talimatı ile ilgili bir başka düzenleme alanı iş hukukudur. İstihdam ilişkisi çerçevesinde bir işveren tarafından müşterilere veya diğer işçilere ayrımcılık yapılması yönünde talimat verilmesi durumunda, söz konusu işçi ve işverenin sorumluluğu gündeme gelmektedir. İşçinin işverenin talimatlarına uyma borcu açısından ortaya ikili bir durum çıkmaktadır. Ayrımcılık talimatının ceza hukuku

³⁸⁰ Bu sınıflandırma için bkz, a.g.e..

³⁸¹ a.g.e., s. 569.

³⁸² a.g.e., s. 575.

açısından yasaklandığı durumda ortada bir suç olacağı için sorumluluğun tespiti nispeten daha kolay olmaktadır. Bu durumda yukarıda olduğu gibi bir suç işlemeye yardım veya suça iştirak söz konusu olacaktır. Ancak suç oluşturmeyen durumlar bakımından ve özel hukuk sorumluluğu açısından işverenin işçinin davranışlarından dolayı sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Ayrımcılık talimatı ile ilgili son düzenleme biçimi ayrımcılık yasağı çerçevesinde kabul edilecek özel bir yasa bünyesinde yapılabilecek düzenlemelerdir. Ayrımcılık talimatı bir kişiye ayrımcılık yapılması için üçüncü bir kişi tarafından bir talimat verilmesi anlamına gelmektedir.

Ayrımcılık talimatı ile ilişkili bulunan bir kavram nefret söylemi (hate speech) kavramıdır. Nefret söylemi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 1997 tarihli ve R (97) 20 sayılı tavsiye kararında tanımlandığı şekliyle “yabancı düşmanlığı, ırkçı nefret, anti-semitizm ve hoşgörüsüzlük temelli diğer nefret biçimlerini yayan, teşvik eden, savunan ya da haklı gösteren her tür ifade biçimi” olarak kabul edilmektedir.³⁸³ Belirtilen bu tanımın genel olarak ırk veya etnik kökene dayalı nefret ya da yabancı düşmanlığı veya anti-semitizm merkezli olduğu görülecektir. Bu tanımların bu çerçevede yapılmış olması nefret söyleminin sadece bu çerçevede anlaşılmasına yol açabilir. Ancak ayrımcılığın artık geçmişte gündeme gelmeyen birçok temelde gündeme gelebildiği görülüyor. Bu nedenle nefret söyleminin de verili çerçeve dışında başta din veya inanç, cinsiyet, yaş ve engellilik gibi birçok alanda gündeme gelebilmesi mümkündür. AİHM de nefret söylemini belirtilen tavsiye kararı doğrultusunda demokratik bir toplumda hoşgörüsüzlüğe tahrik eden, hoşgörüsüzlüğü yayan, savunan veya mazur gösteren her türlü ifade olarak tanımlamaktadır.³⁸⁴

Konu ile ilgili uluslararası sözleşmeler açısından ilk önemli düzenleme IAOKS'nin 4. maddesinde yer almıştır. Anılan maddeye göre, taraf devletler, “bir ırkın yahut bir renge ya da etnik kökene mensup bireyler grubunun üstün olduğu fikirlerine ya da teorilerine dayanan yahut herhangi bir biçimdeki ırkçı nefreti ve

³⁸³ Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Members States on “Hate Speech”

https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage._e.=568168&SecMode=1&DocId=582600&Usa.g.e.=2 (erişim:01.04.2012)

³⁸⁴ AİHM, *Gündüz v. Turkey*, Application No.35071/97, Judgment, 14.06.2004, para. 40.

ayrımcılığı haklı çıkarmaya ya da yüceltmeye teşebbüs eden bütün propaganda ve tüm örgütleri kınarlar ve bu tür ayrımcılık eylemlerini ya da ayrımcılığın kışkırtılmasını ortadan kaldırmak üzere kurgulana ivedi ve pozitif önlemler almayı taahhüt ederler.” Bu önlemlerden bazıları madde metninde sıralanmıştır. Bu önlemler arasında “İrksal üstünlüğe ya da nefrete dayanan fikirlerin her türlü yayılmasının ve ırk ayrımcılığı kışkırtmasını ve bunun yanı sıra herhangi bir ırka ya da başka bir renge yahut etnik kökene mensup bireyler grubuna karşı her türlü şiddet eylemlerini yahut bu tür eylemlerin kışkırtılmasını ve ayrıca ırkçı faaliyetlerin finanse edilmesi dâhil olmak üzere bu eylemlere herhangi bir yardımda bulunmayı kanunla cezası öngörülen bir suç olarak ilan edeceklerdir”. Ayrıca “ırk ayrımcılığını destekleyen ve ırk ayrımcılığına kışkırtan örgütleri ve ayrıca buna yönelik örgütlü ve diğer tüm propaganda faaliyetlerini yasa dışı ilan edecek ve yasaklayacaklardır ve bu tür örgütlere yahut faaliyetlere katılmayı kanunla cezası öngörülen bir suç olarak kabul edeceklerdir.” ve “ulusal yahut yerel kamu makamlarının yahut kurumlarının ırk ayrımcılığını teşvik etmesine yahut kışkırtmasına izin vermeyeceklerdir.”

IAOKK, Sözleşme'nin 4. maddesinde yer alan bu yükümlülüklerin zorunlu nitelikte olduklarını, belirtilen kapsamda yasal düzenlemelerin kabul edilmesi ve etkili bir şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir.³⁸⁵ IAOKS'nde yer alan düzenleme ayrımcılık talimatı ve nefret söylemi konularının ikisine birden yer vermektedir. Bu kapsamda ırk ayrımcılığına tahrikin ceza hukukunca suç olarak düzenlenmesi ve yaptırıma tabi tutulması gerekmektedir.

Bir diğer düzenleme ise MSHS'nin 20. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre“Her türlü savaş propagandası yasa ile yasaklanacaktır. Ayrımcılığı, düşmanlığı yahut şiddeti kışkırtan herhangi bir ulusal, ırksal ya da dinsel nefret savunuculuğu yasayla yasaklanacaktır.” Sözleşme'nin 20. maddesi nedeniyle devletlerin yasal düzeyde adım atması ve maddede belirtilen fiilleri etkili bir şekilde yasaklaması gerekmektedir. İHK, 20. maddede yasaklanan ulusal, ırksal veya dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık veya şiddete tahrik şeklinin alacak biçimde savunulmasının yasalarla yasaklanmasının, Sözleşme'nin 19. maddesinde yer alan ifade

³⁸⁵ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 15, Organized violence based on ethnic origin (Art. 4), 23.03.1993, A/48/18(bundan sonra “IAOKK, 15 No'lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır), para. 2, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

özgürlüğünün kullanılmasının görev ve sorumluluklar içerdiği düşünüldüğünde ifade özgürlüğü ile tam bir uyum içerisinde olduğunu belirtmiştir.³⁸⁶

Nefret söylemi çerçevesinde ECRI'nin standartları da yol gösterici niteliktedir. ECRI'nin 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi'nde nefret söylemi ile ilgili tavsiyeler de yer almıştır. Ayrımcılığın, nefretin ya da şiddete yönelik kışkırtmanın, hakaretin, aşağılamanın, tehdidin; bir grup insanı ırkçı bir amaçla; ırk, renk, dil, din, milliyet, milli veya etnik köken gibi temellerden dolayı aşağılayan, kötüleyen veya üstün sayan bir ideolojinin kamusal ifadesinin; insanlığa karşı suçları, savaş suçlarını ya da soykırımı ırkçı bir amaçla kamusal olarak reddetmenin, haklılaştırmanın, önemsizleştirilmenin ya da affetmenin; belirtilen bu konulardaki yazılı, görsel ya da diğer türlü materyalin ırkçı bir amaçla kamusal olarak dağıtılmasının, yaygınlaştırılmasının veya dağıtılmasının ve yaygınlaştırılmak amacı ile depolanmasının; ırkçılığı destekleyen bir grubun kurulmasının ya da liderliğinin; bu tür bir grubun desteklenmesinin; yukarıda sayılan fiillere iştirak amacı ile söz konusu grubun aktivitelerine katılmanın suç olarak düzenlenmesi tavsiye edilmiştir.

Yukarıda nefret söylemi ile ilgili belirtilen düzenlemeler, bu konuda ceza hukuku alanında adım atılmasını, nefret söyleminin kasten işlenebilen bir suç olarak düzenlenmesini gerektirmektedir. Ayrımcılık talimatında, ayrımcılık saiki ile hareket eden bir kişi yerine başkası farklı muameleye yol açmaktadır. Bu kavramda ceza hukukunda geçerli olan azmettirme kavramına benzer bir durum söz konusudur. Ayrımcılık talimatı ayrımcılık ile doğrudan ilgisi bulunmayan ancak bağlantılı bir kavram olan nefret suçları ve nefret söylemi kavramları ile bazı noktalarda benzeşmektedir. Bazı taciz veya ayrımcılığa tahrik fiilleri, ceza hukukunda suç olarak düzenlendikleri durumda nefret suçu haline gelebilecektir.

3. Ayrımcılık Talimatının Hukuki Kaynakları

Kısaca ayrımcılığın yasaklandığı temellerden birine dayalı olarak kişilere yönelik ayrımcılık yapılması talimatı olarak tanımlanabilecek bu konunun

³⁸⁶ Human Rights Committee, General Comment No. 11, Prohibition of propaganda for war and inciting national, racial or religious hatred (Art. 20), A/38/40 (1983) Annex VI, 29.07.1983(bundan sonra "İHK, 11 No'lu Genel Yorum" olarak anılacaktır), para. 2, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

uluslararası hukukta bir tanımı bulunmamaktadır. Ayrımcılık talimatı kavramı ilk kez AB hukukunda açıkça düzenlenmiştir. 2000/43/EC sayılı Direktif'in 2. maddesinin 4. fıkrası ile ırk veya etnik kökene dayalı olarak kişilere yönelik ayrımcılık yapılması talimatı yasaklanmıştır ve ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir.³⁸⁷ Söz konusu türde bir düzenlemenin ayrımcı muamelelere karşı herhangi bir değer taşıması için, düzenlemenin yalnızca emir gibi yerine getirmesi mecburi nitelikte talimatlar ile sınırlandırılmaması gerekmektedir. Tanım ayrımcılığın yasaklandığı temellerden birine bağlı olarak bireylerin aleyhine muamele edilmesi yönünde ifade edilmiş bir tercihin veya bu yönde bir teşvikin olduğu durumları da kapsmalıdır.³⁸⁸ AB hukukunda ayrımcılık talimatı ilgili Direktifin kişi ve konu bakımından kapsamı çerçevesinde yasaklanmıştır. Bu sebeple istihdam alanında tüm ayrımcılık temelleri açısından yasaklanmışken, diğer alanlarda ırk veya etnik köken ya da cinsiyet temelinde yasaklanmış durumdadır. Ayrımcılık talimatı kavramı, AB hukukunda ayrımcılığın bir türü olarak kabul edilmesine rağmen, doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkta olduğu gibi bir tanımı yapılmamıştır. Bu nedenle, kavram bir açıklık taşımadığı için yargısal organların içtihatları ile somutlaşabilecektir.

E. Mağdurlaştırma

1. Mağdurlaştırma Kavramı

Mağdurlaştırma (victimisation) kavramının ayrımcılık yasağının bir görünümü olup olmadığı tartışmalı bir konudur.³⁸⁹ Mağdurlaştırma, bir kişinin ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle yaptığı şikâyet sonucunda kötü davranışla karşılaşması veya farklı muamele görmesi ya da bir kişinin ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle bir şikâyette bulunan kişiyi desteklemesi sonucunda benzer muamelelerle karşılaşması olarak tanımlanabilir. Mağdurlaştırma kavramı ayrımcılık talimatının aksine ayrımcı muamele gerçekleşmeden önce değil sonra devreye

³⁸⁷ Ayrımcılık talimatı aynı şekilde, 2000/78/EC sayılı Direktif'in 2/4 maddesinde ve 2002/73/EC sayılı Direktif'in 2/4 maddesinde, 2004/113/EC sayılı Direktif'in 4/4 maddesinde ve 2006/54/EC sayılı Direktif'in 2/2 maddesinde de yer almıştır.

³⁸⁸ **Handbook on European Non-discrimination Law**, s. 33.

³⁸⁹ Örneğin bu kavrama açıkça yer veren AB Direktiflerinde ayrımcılık talimatı ayrımcılığın bir biçimi olarak kabul edilmesine rağmen mağdurlaştırma benzer şekilde değerlendirilmemiştir.

girmektedir.³⁹⁰ Bu açıdan mağdurlaştırmanın kabulü için bir şikâyette bulunulması veya yargısal usullere başvurulması gerekmektedir.

Ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda mağdurlaştırmanın da aynı şekilde yasaklanması gerekmektedir. Mağdurlaştırmanın ayrımcılık yasağı kapsamında görülmemesi kavramın önemini azaltmamaktadır. Ancak kavramın ayrımcılığın bir biçimi olarak kabul edilmesi ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak gündeme gelen ispat yükünün paylaşılması gibi olanakların mağdurlaştırma için de söz konusu olmasına yol açacaktır. Çalışmada mağdurlaştırma ayrımcı muamele nedeniyle karşılaşılan fiiller açısından gündeme geldiği için ayrımcılık yasağının güncel bir biçimi olarak kabul edilmiştir.

Mağdurlaştırmanın yasaklanmasının ayrımcılık yasağına dair hukuki düzenlemelerin bütünlüğünün korunması ve etkililiğinin sürdürülmesi açısından oldukça önemlidir. Bu yönde düzenlemelerin mevcut olmadığı durumlarda, kişilerin olumsuz tepki görmemek veya olumsuz yönde sonuçlarla karşılaşmamak için, ayrımcılık yasağına dair şikâyette bulunma, delil sağlama, tanıklık yapma veya bu yönde bir şikâyet yapan bir kişiye herhangi bir biçimde destek olma noktasında daha isteksiz olabilecektir.³⁹¹

Mağdurlaştırmaya taciz veya eşit muamele ilkesinin ihlalini oluşturan başka bir nedenden dolayı şikâyet eden bir çalışanın işveren tarafından işten çıkarılması veya terfiinin engellenmesi örnek olarak verilebilir. Genellikle bu şekilde yapılan şikâyetler sonucunda şikâyeti gerçekleştiren kişi karşılık olarak bazı davranışlarla karşılaşabilmektedir. Özellikle öğrenci-öğretmen, işçi-işveren ilişkisi gibi halen sürmekte olan ilişkiler içerisinde ayrımcılığa dair bir şikâyette bulunulduğu veya yargısal usullere başvurulduğu durumda mevcut ilişki içerisinde mağdurlar ayrımcılığı gerçekleştiren kişiye nazaran daha dezavantajlı durumda olabilmektedir. Bu nedenle mağdurlaştırmaya dair korumanın mutlaka etkili bir şekilde sağlanması gerekmektedir. Ayrıca ayrımcılık mağdurlarının toplum içerisinde büyük oranda dezavantajlı gruplara mensup olduğu düşünüldüğünde, mevcut güç dengesizliğinin giderilmesi noktasında mağdurlara daha fazla koruma sağlanması öne çıkmaktadır.

³⁹⁰ a.g.e., s. 561.

³⁹¹ Choudry, *Instructions to Discriminate and Victimisation*, s. 603.

Bu koruma ayrımcılığın kişi ve konu bakımından kapsamı çerçevesinde mümkün olduğunca geniş bir kapsama sahip olmalıdır. Örneğin mağdurlaştırmaya dair koruma yalnızca şikâyetle bulunma veya yargısal usullere başvurma ile sınırlı olarak ve dar bir kapsamda değil, geniş bir kapsamda, diğer bir deyişle ayrımcı muamelenin tarafları dışında üçüncü kişilerinde bazı fiillerini içerecek şekilde sağlanmalıdır. Bu noktada tanıklık, yargısal usullerde destek olma, delil sağlama, bilgi verme, danışmanlık yapma gibi hareketler kapsam dâhilinde olmalıdır.³⁹² Ayrıca üçüncü kişiler ile ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi arasında herhangi bir istihdam ilişkisi vb. bağ aranmamalıdır. Örneğin bu noktada sendikalar, STK'lar, barolar vb. diğer kurum ve kuruluşların da söz konusu düzenlemelerden yararlanması sağlanmalıdır.

Kapsamın genişliğine dair bir başka konu ise şikâyet veya yargısal usuller kavramlarının da geniş anlaşılmasıdır. Bu noktada idari başvurular, ombudsmanlık vb. kurumlara yapılan başvurular veya yargısal usullere başvurma gibi herhangi bir yargısal veya yargısal benzeri başvuru söz konusu korumanın harekete geçmesi için yeterli kabul edilmelidir.³⁹³ Yine mağdurlaştırmaya dair koruma ayrımcılığın tüm görünümleri için söz konusu olmalıdır. Bu noktada ayrımcılık yasağının kapsamının genişliği de ayrıca önem kazanmaktadır. Örneğin yalnızca doğrudan ayrımcılığın ve dolayısıyla bu konuda mağdurlaştırmanın yasaklanması ayrımcılık yasağını daha etkisiz kılacaktır.

2. Mağdurlaştırmanın Hukuki Kaynakları

Mağdurlaştırmanın uluslararası hukukta bir tanımı bulunmamaktadır. Kavram büyük ölçüde AB hukuku ile birlikte gündeme gelmiştir. Mağdurlaştırma AB hukukunda ilk olarak 76/207/EEC sayılı Direktif'in 7. maddesi ile düzenlenmiştir. Söz konusu maddede bu durum "Üye Devletler, işçileri işyeri içindeki bir şikâyete veya muamele eşitliğine uyulmasını amaçlayan bir adli kovuşturmaya veya tepki olarak işverenler tarafından işlerine son verilmesine karşı koyacak gerekli tedbirleri

³⁹² a.g.e., s. 613.

³⁹³ a.g.e., s. 614.

alırlar.” şeklinde ifade edilmiştir.³⁹⁴ Görüldüğü gibi söz konusu düzenleme yalnızca işe son verme durumları için geçerlidir.

2000/43/EC, 2000/78/EC ve 2006/54/EC sayılı Direktifler, mağdurlaştırma ile ilgili olarak sırasıyla 9, 11 ve 24. maddelerde, Üye Devletlerin; eşit muamele ilkesine uyulmasını amaçlayan şikâyet veya davalara tepki sonucu bireyleri, olumsuz bir muameleye maruz kalmaktan veya olumsuz bir sonuca uğramaktan koruyacak gerekli önlemlere iç hukuklarında yer verecekleri ifade edilmiştir. Burada sadece ayrımcılığa uğrayan kişinin değil, ayrımcılık yapıldığına dair yapılan şikâyet ile ilgili kendisi mağdur olmasa bile, delil sağlayan, tanıklık yapan vs. kişilerinde mağdurlaştırmadan korunması yükümlülüğü söz konusudur. Bu yükümlülük yukarıda ifade edilen 76/207/EEC sayılı Direktif gibi yalnızca işe son verme halleri için değil, herhangi bir olumsuz muameleyi de yasaklamaktadır ve koruma alanını bu açıdan oldukça genişletmiştir. Belirtilen düzenlemeler yalnızca işçileri değil, işçi temsilcilerini ve 2000/43/EC sayılı Direktif özelinde tüm bireyleri kapsamaktadır.

AB hukukunda mağdurlaştırma yasağı yalnızca iş ilişkisi sürecinde değil, iş ilişkisinin sona ermesi durumunda da koruma sağlamaktadır. Örneğin bu konuda ABAD'nın bir içtihadında, daha önce hamilelik nedeniyle ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle işverene dava açan ve işverenle daha sonra anlaşmaya varan mağdur, işten ayrılmasının ardından işverenin kendisine referans sağlamaması nedeniyle yeniden iş bulmakta zorluk çekmiştir. Mağdur, işverenin bu davranışının daha önce yaşadıkları hukuki uyuşmazlıkla ilgili olduğunu belirtmesine karşın yerel mahkeme iş ilişkisinin sona ermesi nedeniyle mağdurlaştırmanın gerçekleşmediğine karar vermiştir. ABAD ise 76/207/EEC sayılı Direktif'in 7. maddesinde getirilen mağdurlaştırmaya dair düzenlemenin etkili olabilmesi için mağdurlaştırmanın sadece iş ilişkisi sırasında değil sona erdirilmesinin ardından da koruma sağlaması gerektiği ifade etmiştir.³⁹⁵

³⁹⁴ Benzer düzenleme, Erkekler ve Kadınlar Arasında Mesleki Sosyal Güvenlik Rejimlerinde Eşit Muamele İlkesinin Uygulamaya Konulmasına Dair 24 Temmuz 1986 tarihli ve 86/378/EEC sayılı Konsey Direktifi'nin (Council Directive 86/378/EEC of 24 July 1986 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes) 11. maddesinde de yer almıştır. Bkz,

<http://eur->

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1986:225:0040:0042:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1986:225:0040:0042:EN:PDF)(erişim:01.04.2012)

³⁹⁵ ABAD, *Belinda Jane Coote v. Granada Hospitality Ltd.*, Case C-185/97, Judgment of the Court of 22 September 1998, para. 27.

Görüldüğü gibi mağdurlaştırmanın yasaklandığı alanlarda ortaya çıkabilecek farklı durumlar göz önüne alınarak mağdurlaştırmanın geniş bir çerçevede yasaklanması gerekmektedir. Bu noktada amaç ayrımcılık yasağına dair hukuki düzenlemelerin işlevini yerine getirmesinin sağlanması ve kişileri hukuki yollara başvurma noktasında teşvik etmek olduğu için bu amaca uygun düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Yasaların ayrımcılık yasağına karşı tek başına etkili olması mümkün olmamakla birlikte daha fazla etkili hale getirmek için mağdurlaştırma açık biçimde ve geniş bir alanda yasaklanmalıdır.

VI. Ayrımcılık Oluşturmayan Farklı Muameleler

A.Ayrımcılık Oluşturmayan Farklı Muameleler Kavramı

Her türlü farklı muamele ayrımcılık oluşturmamaktadır ve belli şartlar altında kişiler arasında farklı muameleye izin verilebilmektedir. Yukarıda belirtilen ayrımcılık tanımı doğrultusunda makul ve nesnel bir nedenin mevcut olduğu durumlarda farklı muamele ayrımcılık oluşturmayabilecektir. Dolayısıyla farklı muamelenin haklı veya haksız olarak nasıl kabul edileceği sorusu gündeme gelmektedir. Bu noktada her somut olayda makul ve nesnel bir nedenin varlığı araştırılabileceği gibi hukuki düzenlemelerle bazı durumlar kategorik olarak ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele haline getirilebilmektedir.

Yukarıda maddi eşitlik başlığı altında görüleceği üzere, ayrımcılık yasağı sadece kişilere eşit muamele yapılmasını değil bazı durumlarda farklı muamele yapılmasını öngörmektedir. Ayrıca örneğin engellilere yönelik makul uyumlaştırma gibi yükümlülükler farklı muameleyi bir zorunluluk haline getirmektedir. Bu sebeple farklı muameleye izin verilen haller istisnai olarak sayılmıştır ve sınırlı sayıda öngörülmüştür. Hukuken tanınan ayrımcılıkoluşturmayan farklı muameleler ile farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmasını engelleyen ölçütler arasında bir farklılık söz konusudur. Bu farklılık ilkinin hukuki düzenlemelerde sayılanlarla sınırlı olması, ikincisinin ise *a priori* olarak sınırlanmamış olmasıdır.

Ayrımcılık oluşturmeyan farklı muameleler özellikle diğer insan hakları ile bir çatışmanın ortaya çıktığı durumlarda gündeme gelebilmektedir. Bu konuda ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi hak ve özgürlüklerle birlikte ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Örneğin mülkiyet hakkı, hakkın sahibine mülkünü kullanma, kiralama ve tasarrufta bulunma gibi yetkiler verirken, ayrımcılık yasağı ile birlikte mülkiyet hakkının kullanımına müdahale edilebilmektedir. Bir mülk sahibinin mülkünün kiralarken kiracının belirlenmesinde ayrımcılığın yasaklandığı temellerden birine dayalı olarak mülkü kiralamaktan kaçınması ayrımcılık yasağının ihlalinin oluşturabilecektir. Bu durumda ayrımcılık oluşturmeyan farklı muamelelerin belirlenmesinde diğer insan haklarının göz önünde bulunması gerekmektedir.

Bu yaklaşım insan hak ve özgürlüklerinin temel amacı olan insan onuruna saygı gösterilmesi ve insan onurunun korunması ile uyumlu bir sonuca ulaşılmasını hedeflemektedir. Dolayısıyla ayrımcılık yasağı bir anlamda insan hak ve özgürlüklerinin sınırlama nedeni haline gelmiştir. Başka bir deyişle ise ayrımcılık oluşturmeyan farklı muameleler diğer insan hakları ile uyumlu bir şekilde tanınmalıdır. Şüphesiz bu konuda yapılacak bir formülasyonun çeşitlilik gösteren insan hak ve özgürlükleri açısından her durumda uygulanması mümkün olmayacaktır. Ancak somut durumda, o somut duruma özgü koşullarında göz önünde tutulması ile birlikte değerlendirme yapılması ayrımcılık yasağının hayata geçirilmesi açısından oldukça önemlidir.

Ayrımcılık oluşturmeyan farklı muamelelerin istisnai olarak tanınması, diğer bir deyişle kapsamının mümkün olduğunca dar tutulması gerekmektedir. Bu noktada genel nitelikte ayrımcılık oluşturmeyan farklı muameleler yerine her ayrımcılığın kişi veya konu bakımından kapsamı açısından daha somut, örneğin bir ayrımcılık temeline dair sıklıkla gündeme gelebilecek bazı muamelelere yer verilmesi daha uygun olacaktır. Elbette bu, dar çerçeve içerisinde dahi ayrımcılığın ortaya çıkışındaki çeşitlilik sebebiyle her durumu kapsayan bir istisnatanınması anlamına gelmemektedir. Bu nedenle ayrımcılık oluşturmeyan farklı muamelelerin somutlaştırılmakla beraber mümkün olduğunca esnek biçimde ifade edilmesi gerekmektedir.

Ayrımcılık oluşturmeyan açık bir düzenleme yapılmış olsa da izin verilen ayrımcılık oluşturmeyan farklı muamele ayrımcılık yasağı kapsamında denetime tabidir. İstisnalar ayrımcılık yasağı gibi önemli bir insan hakkına getirildiği için mümkün olduğunca dar yorumlanması gerekmektedir. Yasal düzenlemelerde yer verilen ayrımcılık oluşturmeyan farklı muameleler açık biçimde tanımlanmalı ve yorum yoluyla genişletilmesi ve örneğin başka ayrımcılık temelleri için de geçerli kabul edilmemelidir.³⁹⁶

B. Ayrımcılık Oluşturmeyan Farklı Muamele Kavramının Hukuki Kaynakları

Ayrımcılık oluşturmeyan farklı muamelelere uluslararası sözleşmelerde sıklıkla yer verilmektedir. Bu konuda bazı sözleşmeler açıkça bazı muamelelere yer verirken, bazıları ise ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğine dair değerlendirme yaparken somut olay bazında ayrımcılık oluşturmeyan farklı muameleleri değerlendirmektedir. Sözleşme metninde açıkça ayrımcılık oluşturmeyan farklı muamelelere yer veren ilk düzenleme 111 No'lu ILO Sözleşmesi'dir. Bir diğer sözleşme olan MSHS'nde, örneğin 6. maddesinde ölüm cezasının 18 yaşın altındaki kimseler tarafından işlenen suçlar için verilemeyeceği ve hamile kadınların idam cezalarının yerine getirilemeyeceğine yer verilmiştir. Dolayısıyla yaş bakımından ve cinsiyet bakımından öngörülen ve meşru kabul edilen farklı muameleler söz konusudur. Benzer şekilde MSHS'nin 10/2 maddesinde küçük sanıkların yetişkin olanlardan ayrı tutulacağı ve durumlarının karara bağlanması için mümkün olan en kısa sürede mahkeme önüne çıkartılacakları düzenlenmiştir. Burada da yine yaş açısından ayrımcılık oluşturmeyan bir farklı muamele öngörülmüştür. Yine MSHS'nin 25. maddesinde tanınan kamu yönetimine katılma, kamu hizmetlerine girme, seçme ve seçilme hakları sadece vatandaşlara tanınmıştır. Burada ise vatandaş olanlar ve olmayanlar arasında bir ayrıma gidilmiştir.

³⁹⁶ ABAD, *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Case 222/84, Judgment of the Court of 15 May 1986, para. 27.

111 No'lu ILO üç tane ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamele tanınmıştır. Sözleşme'nin 1/2 maddesine göre“Belirli bir iş bağlamında o işin mahiyetinden kaynaklanan herhangi bir farklılık gözetme, dışlama veya öncelik tanımının ayrımcılık olarak mütalaa edilmeyecektir”. Bu maddede herhangi bir işle ilgili olarak kişinin ehliyet ve liyakatinin dikkate alınacağı ifade edilmiş olmaktadır.³⁹⁷ Bir ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamele Sözleşme'nin 4. maddesinde yer almıştır. Maddede “Devletin güvenliğine hanel getiren faaliyetlerden ötürü haklı görülebilir nedenlerle zanlı bulunan ya da bu faaliyetlere girişen bir kişi hakkında alınan önlemler, ilgili kişinin ulusal uygulamaya göre kurulmuş olan yetkili bir mercie başvurma hakkının öngörölmüş olması kaydıyla, ayrımcılık olarak mütalaa edilmeyecektir.” Sözleşme'de yer alan son ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamele ise özel önlemlerle ilgilidir. Sözleşme'nin 5/1 maddesine göre“Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından kabul edilmiş diğler Sözleşmelerde ya da Tavsiye Kararlarında öngörölmüş bulunan özel koruma yahut yardım önlemleri ayrımcılık olarak mütalaa edilmeyecektir.”Maddenin ikinci fıkrasına göre ise “Herhangi bir Üye, varsa temsilci niteliğini haiz işveren ve işçi örgütleriyle istişarede bulunduktan sonra, cinsiyet, yaş, engellilik, aile sorumlulukları ya da sosyal yahut kültürel statüleri gibi nedenlerle, özel şekilde korunma ya da yardımı gereksindikleri genel olarak kabul edilmiş bulunan kişilerin özel gereksinimlerini karşılamak üzere kurgulanmış diğler özel önlemlerin ayrımcılık olarak mütalaa edilmeyeceğini belirleyebilir.”Göröldüğü gibimaddede özel önlemlerin ayrımcılık oluşturmayacağına karar verilebileceği belirtilmiştir.

AB hukukunda Direktiflerde, ayrımcılığın yasaklandığı tüm temellerde, gerçek ve belirleyici mesleki gereklilik ve özel önlemler; din veya inanç temelinde, dini kuruluşlar; engellilik ve yaş temelinde, silahlı kuvvetler; cinsel yönelim temelinde aile yardımları; engellilik temelinde, iş sağlığı ve güvenliği; yaş temelinde emeklilik yaşı veya işe alım yaşı ve engellilik, yaş, cinsel yönelim ve din veya inanç temelinde, kamu güvenliği, kamu düzeni, suçlar, sağlığın korunması, başkalarının hak ve özgürlükleri gibi bir dizi ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamele öngörölmüştür.

³⁹⁷ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 234.

Bu Direktifler arasından 2000/78/EC sayılı Direktif'te, diğer Direktiflerde yer almayan başka ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelelerde öngörülmüştür. Direktif'in 4/1 maddesinde, ırk veya etnik köken, din veya inanç, yaş, engellilik ve cinsel yönelim gibi nedenlerden herhangi birisiyle ilgili bir özelliği esas alan bir farklı muamelenin, eğer ilgili iş faaliyetlerinin ya da bunların gerçekleştirildiği bağlamın niteliği dolayısıyla söz konusu özellik gerçek ve belirleyici bir mesleki gereklilik teşkil ediyorsa, amacın meşru ve şartın da orantılı olması kaydıyla, ayrımcılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Bu duruma örnek olarak itfaiye memurluğu gibi bir görevde çalışacak kişilerin engellilik durumunun olmamasına dair koşul ya da Nelson Mandela ile ilgili çekilecek bir filmde o rol için sadece siyahların başvurabileceğine dair bir ilan verilebilir. Ancak burada izin verilen farklı muamele başka bir temelde farklı muamele yapılarak ayrımcılık oluşturulmasına izin vermemektedir. Mesleğin veya işin gerektirdiği koşullar haricinde, örneğin yukarıda belirtilen örneklerde kişinin eşcinsel olmaması gerektiğine dair bir ilan ayrımcılık oluşturacaktır.

2000/78/EC sayılı Direktif'in 4/2 maddesinde, mevcut yasal hükümler ve uygulamaların dini kuruluşlar söz konusu olduğunda üye devletlerce korunabileceğine yer verilmiştir. Burada örneğin, bir camide görev yapmak üzere işe alınacak kişinin başka bir dine mensup olması nedeniyle tercih edilmemesi bu düzenleme bağlamında ayrımcılık oluşturmaz. Direktif'te bir diğer ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamele yaş ile ilgilidir ve ülkelerin emek piyasası politikaları gibi nesnel ve meşru bir amaç içeriyorsa ve öngörülen bu amaç için başvurulan yöntem orantılı ve gerekli ise yaş temelli olarak farklı muamele yapılabilir. Bu konuya örnek olarak, emeklilik yaşı ile ilgili getirilen zorunlu emeklilik yaşı düzenlemesi verilebilir. Son olarak ise makul uyumlaştırma ve özel önlemler de ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamele kapsamında değerlendirilebilir.³⁹⁸ Aşağıda ayrımcılık oluşturmeyen farklı muameleler kapsamında bazı öne çıkan konular üzerinde durulacaktır.

C. Ayrımcılık Oluşturmeyen Farklı Muamele Örnekleri

³⁹⁸ Ancak bu konular üzerinde çalışma içerisinde ayrıntılı şekilde durulduğu için burada ayrıca değerlendirilmemiştir.

1. Gerçek ve Belirleyici Mesleki Gereklilikler

a. Gerçek ve Belirleyici Mesleki Gereklilikler Kavramı

Ayrımcılık oluşturmayan farklı muameleler arasında gerçek ve belirleyici mesleki gereklilikler de yer almaktadır. Mesleki gereklilikler normalde yasaklanmış olan bir farklı muamelenin hukuka uygun bir mesleki faaliyetin devamının sağlanması açısından meşru kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Mesleki gerekliliklere dayalı ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelerin tanınması bir zorunluluk değil bir tercihtir. Yine mesleki gereklilikler yalnızca ayrımcılık temellerine dayalı olarak belirlenemez ve bu noktada bir ayrımcılık temeli ile ancak ilgi kurulabilir. Başka bir deyişle bir ayrımcılık temelinin bir meslek için başlı başına bir ölçüt olarak belirlenmesi mümkün değildir ve ancak bir meslek için ortaya konulan ölçütleri etkileyebilmesi mümkündür.

Mesleki gereklilikler kavramı dinamik bir kavramdır ve zaman içerisinde farklı içeriğe bürünebilmektedir. Örneğin eskiden bazı işler yalnızca erkeklerin yapabileceği işler olarak sınıflandırılabilirken günümüzde bu konuda neredeyse hiç bir ayrıma gidilmemektedir. Aynı durum yalnızca kadınlara açık olan meslekler için de söz konusu olabilmektedir. Örneğin ABAD 1983 yılında ebelik mesleğinde kişisel hassasiyetlerin hasta ve ebe arasında önemli bir rol oynayabileceğini belirtmiştir.³⁹⁹ Bugün için böyle bir yaklaşımın kabul görmesi mümkün değildir.

Mesleki gereklilikler, iki şekilde, bir mesleğin doğası gereği veya gerçekleştirdiği bağlam dolayısıyla gündeme gelebilecektir. Bu noktada bir meslek için kategorik olarak yasaklanmış ayrımcılık temelleri ile ilgili olabilecek gereklilikler öngörülmesi de mümkün değildir. Mesleki gerekliliklerin her somut durum ve kişi için ayrı ayrı belirlenmesi gerekmektedir. Ayrımcılık yasağı ile ilgili gündeme gelen ölçülülük ilkesi bu aşamada da gündeme gelmektedir. Dolayısıyla öngörülen amacı gerçekleştirilmesi için uygun ve gerekli nitelikler belirlenmelidir.⁴⁰⁰

³⁹⁹ ABAD, *Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Case 165/82, Judgment of the Court of 8 November 1983, para. 20.

⁴⁰⁰ a.g.k., para. 38.

Mesleki gereklilikler söz konusu meslek ile ilgili olarak o mesleğin gerektirdiği nitelikler dâhilinde kaldığı sürece ayrımcılık oluşturmayacaktır. Bu noktada söz konusu ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelenin sınırlarının belirlenebilmesi için ortaya konulan bir niteliğin gerçekten mahiyeti icabı o meslek için geçerli olduğunun ortaya konulması ve nitelik olarak belirtilen şeyin ayrımcılık temellerinden birini doğrudan veya dolaylı olarak içermemesi gerekmektedir. Bir mesleki gereklilik ancak belirli bir meslek için ortaya konulabilir ve bir meslek çerçevesinde tüm işler için veya bütünüyle bir sektör için öngörülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla örneğin bir maden şirketinin, söz konusu sektörde yalnızca engeli bulunmayan kişileri çalıştırmak istemesi durumunda bunu bir mesleki gereklilik olarak öne sürmesi mümkün değildir. Her şirkette olduğu gibi bir maden şirketinde de başta idari bölümler olmak üzere doğrudan madenlerin çıkarıldığı saha çalışmaları haricinde birçok pozisyon olması muhtemeldir.

b. Gerçek ve Belirleyici Mesleki Gerekliliklerin Hukuki Kaynakları

(1)Gerçek ve Belirleyici Mesleki Gerekliliklerin Normatif Kaynakları

Gerçek ve belirleyici mesleki gereklilikler konusunda uluslararası hukukta açık düzenlemeler ilk olarak 111 No'lu ILO Sözleşmesi'nde yer almıştır. 111 No'lu ILO Sözleşmesi'nde yer alan ayrımcılık oluşturmayan farklı muameleler yukarıda belirtilmişti. Sözleşme'nin 1/2 maddesinde“belirli bir iş bağlamında o işin mahiyetinden kaynaklanan herhangi bir farklılık gözetme, dışlama ya da öncelik tanıma”nın ayrımcılık olarak değerlendirilmeyeceği ifade edilmiştir.⁴⁰¹ Sözleşme'de söz konusu ayrımcılık oluşturmayan farklı muameleyi ifade etmek için “mahiyetinden kaynaklanan bir gereklilik” (inherent requirement) ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelenin oldukça dar yorumlanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Belirli bir iş için gerekli niteliklerin tespiti aşamasında her ne kadar hangi niteliklerin ayrımcılığa yol açacağı

⁴⁰¹ 111 No'lu ILO Sözleşmesi'nin 1/2 maddesi hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz, Henrik Karl Nielsen, *Discrimination and Lawful Distinction in Employment: the Approach by the ILO*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 14, No. 4, The Hague, 1996.

belirlenmesi zor olsa da, iyi niyetle öngörülen bazı niteliklerin, bazı özelliklere sahip gruplara mensup kişileri istihdamın dışında bırakabilecektir.⁴⁰² Mesleki gereklilikler edayanılırken ilgili iş için bir gerekliliğin mevcut olması ve bu noktada ölçülülük ilkesinin de göz önünde tutulmaması gerekmektedir. Ayrıca mesleki gereklilik somut bir iş ve kişi özelinde değerlendirilmelidir.⁴⁰³

Mesleki gerekliliklerin tespitinde devletlerin takdir yetkisi söz konusudur. Devletlere tanınan bu takdir yetkisinin kapsamının ILO denetim organları tarafından açıklığa kavuşturulmamış olması eleştirilmiştir.⁴⁰⁴ Bu noktada belirli bir işin ve bu iş için öngörülecek niteliklerin dikkatli bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Belirli olarak tanımlanmış bir iş veya bir iş kapsamındaki sorumluluk için genel nitelikte niteliklerin öngörülmesi yerine mümkün olduğunca söz konusu somut duruma odaklanmış ölçütlerin tasarlanması gerekmektedir.

AB hukukunda ayrımcılık yasağı ile ilgili Direktifler, 2004/113/EC sayılı Direktif haricinde, gerçek ve belirleyici mesleki gereklilik durumunu ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele olarak kabul etmiştir. Bu konuda ilk düzenleme 76/207/EEC sayılı Direktif'in 2/2 maddesinde yer almıştır. Anılan düzenlemede "Direktif Üye Devletlerin belirli mesleki faaliyetleri ve uygun olan hallerde, bu meslekleri kazandıracak eğitimi, bu işlerin doğası veya gerçekleştirildikleri ortam gereği işçinin cinsiyetinin belirleyici faktör olması durumlarında, uygulama alanından hariç tutma haklarına hanel getirmez" şeklinde ifade edilmiştir. Bu düzenleme daha sonra 2002/73/EC sayılı Direktif'in 2/6 maddesi ile değiştirilmiştir. Düzenlemenin yeni hali "İstihdama yönelik eğitimi de içine alan istihdama erişim hususunda, şayet söz konusu mesleki faaliyetin tabiatı icap ettiriyor, icra edildiği ortamda, cinsiyete dayalı bir özellik, gerçek ve belirleyici bir mesleki gereksinim teşkil ediyor, düzenlemenin amacı meşru ve gereksinim de orantılı ise, üye devletler cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağı yönünde düzenlemelere gidebilirler." şeklindedir. Bu şekilde bir düzenleme ile eskisinin aksine mesleki gerekliliklerin genel olarak değil, yalnızca istihdama ve mesleki

⁴⁰² **Equality in Employment and Occupation**, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, Geneva, 1996, s. 39.

⁴⁰³ Nielsen, s. 415.

⁴⁰⁴ a.g.e., s. 415.

eğitime erişim noktasında ve belirli mesleki etkinlikler için söz konusu olabilecektir. Mesleki faaliyetlerin yerine getirildiği bağlam da dikkate alınacaktır. Mesleki gerekliliklerin artık gerçek ve belirleyici nitelikte olması beklenmektedir. Ayrıca bu yönde bir amacın meşru ve ölçülülük ilkesine uygun olması beklenmektedir. Başka bir deyişle ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelenin öngörülen amacı gerçekleştirme için uygun ve gerekli olması gerekmektedir. Bu şekilde bir yaklaşım ile mesleki gereklilikler belli meslekler için kategorik olarak değil, bağlamı ve özellikleri değerlendirilerek tayin edilecektir.

76/207/EEC sayılı Direktif'te yer alan bir başka önemli düzenleme 9/2 maddesinde yer almaktadır ve üye devletlerin toplumsal gelişme ışığında mesleki gerekliliklere dair ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelenin halen gerekli olup olmadığını periyodik olarak değerlendirecekleri ve Avrupa Komisyonu'na bilgi sunacakları düzenlenmiştir. Bu düzenleme 2002/73/EC sayılı Direktif'te değişikliğe uğramamıştır ve 2006/54/EC sayılı Direktif'in 31/3 maddesi ile sekiz yılda bir rapor sunma yükümlülüğü şeklinde değerştirilmiştir.

AB hukukunda cinsiyet temelinde ayrımcılık haricinde ırk veya etnik köken, din veya inanç, yaş, engellilik ve cinsel yönelim temellerinde de bazı mesleki gereklilikler gündeme gelmiştir.2000/43/EC sayılı Direktif'in 4. maddesinde ve 2000/78/EC sayılı Direktif'in 4/1 maddesinde, ırk veya etnik köken, din veya inanç, yaş, engellilik ve cinsel yönelim gibi nedenlerden herhangi birisiyle ilgili bir özelliği esas alan bir farklı muamelenin, söz konusu olan belirli mesleki faaliyetlerin veya bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği bağlamın niteliği sebebiyle, böyle bir özelliğin gerçek ve belirleyici bir mesleki gereklilik oluşturduğu hallerde, amacın meşru ve şartın da orantılı olması kaydıyla, ayrımcılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Bu şekilde öngörülecek ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelerin dar yorumlanması gerektiği de belirtilmiştir. AB hukukunda korunan ayrımcılık temelleri ilgili bir özelliğin gerçek ve belirleyici bir mesleki şart oluşturduğu hallerde, güdülen amaç meşru olduğunda ve aranan şart orantılı nitelik taşıdığında, bir muamele farklılığı çok sınırlı koşullar altında haklı görülebilecektir.⁴⁰⁵ 2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktiflerde 2002/73/EC sayılı Direktif'ten farklı olarak periyodik

⁴⁰⁵ 2000/43/EC sayılı Direktif, Başlangıç, para. 18; 2000/78/EC sayılı Direktif, Başlangıç, para. 23.

değerlendirme yükümlülüğü öngörülmemiştir. Ancak bu Direktiflerde uygulamaya ilişkin beş yılda bir rapor sunma yükümlülüğü getirilmiştir.

AB düzenlemelerinde 111 No’lu ILO Sözleşmesi’nde yer alan “mahiyetinden kaynaklanan bir gereklilik” (inherent requirement) ifadesi yerine “gerçek ve belirleyici mesleki gereklilik” (genuine and determining occupational requirement) ifadesine yer verilmiştir. Her ne kadar bu ifadeler farklı gibi gözükse de benzer anlam taşıdıkları söylenebilir. 2000/78/EC sayılı Direktif’in 4. maddesinde mesleki gereklilikler kapsamında, din veya inanç temelinde bir başka ayrımcılık oluşturmayan farklı muameleye daha yer verilmiştir. Anılan düzenlemeye göre üye devletler, kiliseler ve değerler sistemi dine veya inanca dayanan diğer kamu kurumları veya özel kuruluşlar bünyesindeki mesleki faaliyetler açısından, kişinin dinine veya inancına dayalı bir muamele farklılığının, bu faaliyetlerin veya bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği bağlamın niteliği sebebiyle kişinin dininin veya inancının söz konusu kuruluşun değerler sistemi bakımından gerçek, meşru ve haklı bir mesleki şart oluşturduğu hallerde ayrımcılık teşkil etmeyeceğini öngörebileceklerdir.

2000/78/EC sayılı Direktif kapsamında gerçek ve belirleyici mesleki gereklilikler konusu ile bağlantılı gündeme gelebilecek başka bir konu engellilere yönelik ayrımcılıktır. Bu konuda dikkatli bir denetim gerçekleştirilmediği takdirde ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelenin engellilerin dışlanması için rahatlıkla kullanılabilmesi mümkündür. Bu noktada mesleki gerekliliğin belirlenmesinde makul uyumlaştırma yükümlülüğünde gündeme gelen bir işin temel işlevleri ölçütünün gündeme gelebilecektir. Başka bir deyişle bir işin gerektirdiği niteliklerin dikkatli bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Bunun ardından somut iş için makul uyumlaştırma yükümlülüğünün geçerli olup olmadığının da ayrıca belirlenmesi söz konusudur.⁴⁰⁶ Bu şekilde bir yaklaşım gerçek ve belirleyici mesleki gereklilik şeklinde ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelenin engelliler aleyhine kötüye kullanılmasının önüne geçebilecektir.

2000/78/EC sayılı Direktif’in Başlangıç bölümünün 18. maddesinde ise başka bir ayrımcılık oluşturmayan farklı muameleye daha yer verilmiştir ve “silahlı

⁴⁰⁶ Quinn, s. 273.

kuvvetlerin ve polis, hapishane veya acil durum hizmetlerinin, bu hizmetlerin işletme kapasitesinin korunmasına yönelik meşru amaca ilişkin olarak gerçekleştirilmesi istenebilecek çeşitli işlevleri yerine getirmek için gerekli olan yeterliliğe sahip olmayan kişilerin işe alınmasını veya istihdam edilmeye devam edilmesini gerektirmediği” belirtilmiştir. Yine Direktif’in 3/4 maddesinde ayrıca Üye Devletlerin, Direktif’in engellilik veya yaşa dayalı ayrımcılıkla ilgili olduğu kadarıyla, silahlı kuvvetler açısından geçerli olmayacağını öngörebileceklerine yer verilmiştir. Bu düzenlemenin amacı, Direktif’in Başlangıç bölümünün 19. paragrafında silahlı kuvvetlerinin mücadele etkinliğini güvence altına almayı sürdürmek olarak ifade edilmiştir. Ayrıca, bu amaçla Direktif’in engellilik ve yaş ile ilgili hükümlerinin silahlı kuvvetlerin tümü veya bir kısmı açısından uygulamamasının tercihine izin verdiği ve böyle bir tercihte bulunduğu zaman Üye Devletlerin söz konusu ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelenin kapsamını tanımlamak durumunda olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu şekilde somutlaştırılmaya çalışılmış olsa da söz konusu ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelenin silahlı kuvvetlerin muharip olmayan unsurları bağlamında da engellilerin veya yaşlıların dışlanmasına yol açabilecektir.⁴⁰⁷

Bu noktada iki soru gündeme gelmektedir. İlki gerekli olan yeterliliğe sahip olmayan kişilerin nasıl belirleneceğidir. Burada engellilere ve yaşlılara yönelik olumsuz kalıpyargılar rol oynayabilecektir. İkinci olarak ise engelliler için geçerli olan makul uyumlaştırma yükümlülüğünün söz konusu ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele ile nasıl uyumlaştırılacağıdır.⁴⁰⁸ Silahlı kuvvetlerin de bir bütün olarak aynı niteliklere sahip kişileri gerektirmemesi göz önünde tutulduğunda silahlı kuvvetler bünyesinde de engellilere yönelik makul uyumlaştırma yükümlülüğünün geçerli olduğu ve ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelerin yine mevcut pozisyonun gerektirdiği nitelikler çerçevesinde tayin edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla burada da ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelenin dar yorumlanması gerekmektedir. 2006/54/EC sayılı Direktif’te belirleyici mesleki gereklilikler kapsamında ayrımcılık oluşturmayan farklı muameleye yer verilmiş olmasına karşın

⁴⁰⁷ Ellis, s. 292.

⁴⁰⁸ Gwyneth Pitt, *Genuine Occupational Requirement*, Academy of European Law, Trier, 27-28 April 2009, s. 7, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/05_Occupational_requirements/2009_Pitt_EN.pdf (erişim:01.04.2012)

silahlı kuvvetlere dair cinsiyetle ilgili bir ayrımcılık oluşturmeyen farklı muameleye yer verilmemiştir.

(2)Gerçek ve Belirleyici Mesleki Gerekliliklerin İctihadi Kaynakları

Mesleki gereklilikler konusunda uluslararası insan hakları hukuku bağlamında bir içtihat göze çarpmamaktadır. Mesleki gereklilikler konusu ABAD tarafından önüne gelen davalarda değerlendirilmiştir.⁴⁰⁹ ABAD öncelikle mesleki gereklilikler noktasında üye devletlerin takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmiş ancak bu konuda getirilebilecek ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelelerin dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Divan burada ölçülülük ilkesinin topluluk hukukunun genel ilkeleri arasında yer aldığı ve bu ilkenin göz önünde tutulması gerektiği vurgulanmıştır.⁴¹⁰ ABAD bir davada, komando birliğinde aşçılık yapan bir kadının işine, askeri giderlerin azaltılması ve bu nedenle her personelin aynı zamanda muharip görevlerde çalışma zorunluluğu getirilmesi gerekçesiyle son verilmiştir. Divan, komando birliklerinin görev tanımı nedeniyle, küçük ve uzmanlaşmış bir kuvvet olduğu ve bu sebeple söz konusu kuralın gerekli olduğuna hükmetmiştir.⁴¹¹

ABAD’nda görülen başka bir davada ise, elektrik mühendisi olarak çalışmak için silahlı kuvvetlere başvuran bir kadının, silahlı kuvvetlerde kadınların yalnızca sağlık ve müzikle ilgili işlerde çalışabilmelerinin mümkün olduğu gerekçesiyle izin verilmemesi söz konusudur. Yürürlükteki hukuka göre kadınların silah kullanmayı içeren askeri görevlere alınması mümkün değildir. ABAD, bu şekilde bir dışlamanın öncelikle çok kapsamlı olduğunu belirtti. Divan bu konuda kadınların dışlanmasına yol açacak düzenlemelerin her pozisyona göre ayrı ayrı gerekçelendirilmesi gerektiğini, kadınların başvurabilecekleri işlerde dahi silahlı eğitimin öngörüldüğünü ve sonuç olarak orantısız olduğuna karar verdi. ABAD ayrıca, kadınlar söz konusu olduğunda hamilelik gibi bazı etmenler dışında kadınların korunmaya çalışılmasını

⁴⁰⁹ ABAD’ın bugüne kadar bu konuda önüne gelen davalar cinsiyet temelinde ayrımcılıkla ilgilidir. Bu nedenle çalışmada yalnızca bu temelde dava örneklerine yer verilmiştir.

⁴¹⁰ ABAD, *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Case 222/84, Judgment of the Court of 15 May 1986, paras. 36-38.

⁴¹¹ ABAD, *Angela Maria Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence*, Case C-273/97, Judgment of the Court of 26 October 1999, paras. 30-32.

ayrımcılık olarak değerlendirdi.⁴¹² Divan başka bir davada ise Almanya’da zorunlu askerlik hizmetinin yalnızca erkekler için öngörülmesi konusunu değerlendirmiştir. Davadazorunlu askerlik hizmeti, nedeni ile erkeklerin bir mesleği yerine getirmesinin engellendiği ve bu nedenle istihdama daha geç katılmak durumunda kaldığı iddia edilmiştir. Divan zorunlu askerlik hizmetinin mevcudiyetinin değerlendirme konusu edilemeyeceğini ifade etmiş ve üye devletler için erkekler için dezavantajlı olan bu durumun kadınlar için de öngörülmesi yönünde bir yükümlülüğün söz konusu olamayacağını belirtmiştir.⁴¹³

ABAD’nın silahlı kuvvetlerle ilgili bu içtihatları değerlendirildiğinde, silahlı kuvvetlerde kadınlar için topyekûn bir yasağın öngörülemeyeceği, mesleki gerekliliklerin görev yapılan pozisyonun kendine özgü gerektirdiği şartlar çerçevesinde ayrı ayrı ve ölçülülük ilkesi dâhilinde belirlenmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu noktada toplumsal cinsiyet rollerine dair bakış çerçevesinde her somut iş veya meslek için öngörülecek gerekliliklerinde gözden geçirilmesi gerekmektedir. Nitekim 2006/54/EC sayılı Direktif’in 31/3 maddesinde üye devletlerin belirleyici mesleki gereklilikler konusunda toplumsal gelişmeler ışığında mesleki gerekliliklerin devamını haklı kılacak olguların halen devam edip etmediğini periyodik olarak değerlendirmeleri ve Avrupa Komisyonu’na bilgi sunmaları istenmiştir. Böylece toplumsal cinsiyet eşitliği geliştikçe mesleki gerekliliklerin gerçekten hala gereklilik olup olmadığı gözden geçirilecektir.

ABAD, çeşitli davalarda mesleki gerekliliklerle ilgili bazı örnekler ortaya koymuştur. Divan bir davada, kişiler için belirli özellikleri gerektirebilen sanatsal işler, örneğin, belirli bir zevke uygun olmak üzere bir kadın şarkıcının, belirli bir rolü oynamak için genç bir aktörün, dans etmek için engelsiz bir kişinin veya belli tiplerde moda mankenliği için erkekler veya kadınların talep edilmesi gibi konular mesleki gerekliliklere örnek gösterilmiştir.⁴¹⁴ Ancak burada izin verilen farklı muamele başka bir temelde farklı muamele yapılarak ayrımcılık oluşturulmasına izin vermemektedir. Mesleğin veya işin gerektirdiği koşullar haricinde, örneğin yukarıda belirtilen

⁴¹² ABAD, *Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*, Case C-285/98, Judgment of the Court of 11 January 2000, paras. 28-30.

⁴¹³ ABAD, *Alexander Dory v. Bundesrepublik Deutschland*, Case C-186/01, Judgment of the Court of 11 March 2003, paras. 35, 41, 42.

⁴¹⁴ ABAD, *Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany*, Case 248/83, Judgment of the Court of 21 May 1985, para. 34.

örneklerde kişinin eşcinsel olmaması gerektiğine dair bir ilan ayrımcılık oluşturacaktır. ABAD'na göre mesleki gereklilikler noktasında şeffaflık ilkesi benimsenmelidir ve bu sayede mesleki gerekliliklerin denetimi mümkün olmalıdır.⁴¹⁵

ABAD başka bir davada, erkeklerin tutulduğu hapisanelerde erkeklerin, kadınların tutulduğu hapisanelerde kadınların çalıştırılmasını büyük oranda hukuka uygun bulmuştur. Ancak Divan, belirli bir cinsiyetten olmanın önem taşıdığı faaliyetleri ilgilendiren kadrolar açısından bu yaklaşımı benimsemiştir. ABAD, hangi faaliyetlerin hangi cinsiyet açısından ayrıldığına şeffaf bir şekilde belirlenmesi gerektiğini ve bu konuda genellemelerin yeterli olmayacağını ifade etmiştir.⁴¹⁶ Yine başka bir davada ise, hamile bir kadının, çocuğunun zarar görebileceği ve ameliyatlarda uzun süreli çalışma gerektirdiği gerekçesiyle hemşire kadrosuna atanmaması, kadronun sürekli nitelikte olması ve doğumun ardından söz konusu kişinin çalışmasının mümkün olduğu gerekçesiyle işe almamanın orantısız olduğuna karar verilmiştir. Divan, hamilelik durumunun belirli kısıtlamalar öngörülmesi için makul kabul ederken, bu durumun istihdamdan bütünüyle dışlanma anlamına gelmemesi gerektiğini vurgulamıştır.⁴¹⁷

AB hukuku ve ABAD kararlarına bakıldığında mesleki gereklilikler konusunda, söz konusu gerekliliklerin “gerçek” ve “belirleyici” nitelikte olması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu gerekliliklerin dar yorumlanması, belirli mesleki faaliyetlere özgülenmesi ve her somut durum için ayrı bir değerlendirme yapılması beklenmektedir. Bu kapsamda ayrıca ölçülülük şeffaflık ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir. Yine bu konu kapsamında mesleki gereklilik kapsamında öngörülen ayrımcılık oluşturmamanın farklı muamelelerin, toplumsal gelişim ile bağlantılı biçimde periyodik olarak gözden geçirilmesi yükümlülüğü söz konusudur. Belirli meslekler bakımından ise, örneğin askerlik gibi, kategorik bir dışlama yerine mevcut pozisyonun gerektirdiği ölçütlerin belirlenerek bir ayrımcılığa yol açılmaması önem taşımaktadır.

⁴¹⁵ Pitt, s. 7.

⁴¹⁶ ABAD, *Commission of the European Communities v. French Republic*, Case 318/86, Judgment of the Court of 30 June 1988, para. 24-28.

⁴¹⁷ ABAD, *Silke-Karin Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern*, Case C-207/98, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 3 February 2000, paras. 24-30.

2. Dini Kuruluşlarla İlgili Ayrımcılık Oluşturmayan Farklı Muameleler

Ayrımcılık yasağı açısından hukuki düzenlemelerde yer alan ayrımcılık oluşturmaya farklı muamelelerden biri de dini kuruluşlarla ilgilidir. Dini kuruluşların belli koşullar çerçevesinde farklı muamele yapmalarına izin verilmiştir. Şüphesiz bu durum din ve vicdan özgürlüğü ve özel hayatın gizliliğine saygı hakkı ile ayrımcılık yasağı arasında bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Bu konuda izin verilen ayrımcılık oluşturmaya farklı muameleler her ne kadar bir denge kurulması amacıyla yönelik olsa da büyük ölçüde dini kuruluşlar lehine gözükmektedir.

Bu noktada gündeme gelen konulardan biri ise din ve vicdan özgürlüğünün ilk boyutu olan ve *forum internum* olarak ifade edilen din veya inancı açıklamama ya da açıklamaya zorlanmama özgürlüğüdür. Dini kuruluşlara ayrımcılık yasağı açısından bir ayrımcılık oluşturmaya farklı muamele tanındığı durumda, örneğin bir dini kuruluş tarafından işletilen bir eğitim kurumuna başvuracak kişi açısından, bu kişinin din veya inancı da belirleyici hale gelmektedir ve ilgili kişinin din veya inancını açıklaması beklenmektedir. Dolayısıyla izin verilen bu ayrımcılık oluşturmaya farklı muamele din veya vicdan özgürlüğünün sınırlanamaz kabul edilen bu alanına da bir müdahale niteliğindedir. Benzer durum cinsel yönelim nedeniyle dini bir kuruluşta çalışma talebi reddedilen kişi açısından da geçerlidir. Bu durumda da kişinin cinsel yönelimini açıklamaya zorlanması ile özel hayatının gizliliği hakkı ihlal edilmiş olmaktadır.⁴¹⁸ Verilen bu örnekler ışığında diğer tüm ayrımcılık oluşturmaya farklı muameleler gibi dini kuruluşlara tanınan ayrımcılık oluşturmaya farklı muamelenin de mümkün olduğunca dar yorumlanması gerekmektedir.

Bu konuda uluslararası hukukta bir düzenleme göze çarpmamaktadır. Kavrama yer verilen AB hukukunda ise, dini kuruluşlarda çalışma konusunda ayrımcılık oluşturmaya farklı muamele yalnızca 2000/78/EC sayılı Direktif'te yer almıştır. Direktif'in 4/2 maddesinde, Üye Devletlerin, kiliseler ve değerler sistemi dine veya inanca dayanan diğer kamu kurumları veya özel kuruluşlar bünyesindeki

⁴¹⁸ Pitt, s. 9-10.

mesleki faaliyetler açısından, kişinin dinine veya inancına dayalı bir muamele farklılığının, bu faaliyetlerin veya bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği bağlamın niteliği sebebiyle kişinin dininin veya inancının söz konusu kuruluşun değerler sistemi bakımından gerçek, meşru ve haklı bir mesleki şart oluşturduğu hallerde ayrımcılık teşkil etmeyeceğini öngörebileceklerine yer verilmiştir. Maddede ayrıca Direktif'in kabul edildiği tarihte yürürlükte olan ulusal mevzuatın muhafaza edebileceği veya Direktif'in kabul edildiği tarihte mevcut olan ulusal uygulamaları da içine alacak şekilde gelecekte bu yönde bir mevzuat çıkartılabileceği belirtilmiştir. Maddede ayrıca bu muamele farklılığının Üye Devletlerin anayasal hüküm ve ilkeleri ve Topluluk hukukunun genel ilkeleri dikkate alınarak uygulanacağı ve başka bir sebebe dayalı ayrımcılığı haklı kılmayacağı vurgulanmıştır. Bu konuda son olarak Direktif'in kiliselerin ve değerler sistemi dine veya inanca dayalı olan diğer kamu kurumlarının veya özel kuruluşların, ulusal anayasalara ve yasalara uygun biçimde, bu kuruluşların kendileri için çalışan kişilerin iyi niyetle ve kuruluşun değerler sistemine sadakat içerisinde hareket etmelerini şart koşma hakkına hanel getirmeyeceği de ifade edilmiştir. Bu son durumda söz konusu sadakat sergilenmediği takdirde kişinin işine son verilebilecektir. Şüphesiz bu noktada da bu kez kişinin bireysel olarak din ve vicdan özgürlüğü ile dini kuruluşun din ve vicdan özgürlüğü arasında bir çatışma ortaya çıkacaktır. Bu ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelede yer verilen kavramların içeriğinin belirlenmesini kolay değildir. Madde metninde yer alan "kiliselerin ve değerler sistemi dine veya inanca dayalı olan diğer kamu kurumlarının veya özel kuruluşlar" ifadesinin içeriği ABAD içtihatları ile somutlaştırılabilecektir.⁴¹⁹

Direktif'in 4/1 maddesinde ayrımcılığın yasaklandığı temellerde belirli mesleki faaliyetlerin veya bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği bağlamın niteliği sebebiyle güdülen amaç meşru olduğunda ve aranan şart orantılı nitelik taşıdığında, bir muamele farklılığı ayrımcılık olarak kabul edilmeyeceği ifade edilmişti. Ancak 2. fıkrada genel değil özel nitelikte bir ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelede yer verilmiştir ve bu ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele yalnızca kiliselerin ve değerler sistemi dine veya inanca dayalı olan diğer kamu kurumlarının veya özel

⁴¹⁹ a.g.e., s. 283.

kuruluşlar için tanınmıştır. Dolayısıyla ayrımcılığın yasaklandığı tüm temelerde değil yalnızca din veya inanç temelinde tanınmıştır. Bir diğer farklılık ise mesleki gerekliliğin gerçek olmasının yeterli olması ve belirleyici nitelikte olmasının gerekmemesidir. İki düzenlemenin ortak noktası ise ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelenin belirli mesleki faaliyetlerin veya bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği bağlamın niteliği sebebiyle tanınmış olmasıdır.

2000/78/EC sayılı Direktif'te yer verilen bu ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamele uzlaştırılması oldukça zor olan eşit muamele ilkesi ile din ve vicdan özgürlüğünün kesiştiği bir alanda ortaya çıkmaktadır. Düzenleme belirtilen çatışma alanı nedeniyle oldukça ayrıntılı biçimde kaleme alınmıştır.⁴²⁰ Bu noktada en çok cinsel yönelim konusu gündeme gelmiştir. Ancak buna rağmen düzenlemede bu yönde açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu nedenle dini kuruluşlarda bir kişinin cinsel yönelimi nedeniyle çalıştırılmaması durumunun ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamele kapsamında yer verilmediği belirtilmiştir.⁴²¹

Ayrımcılık oluşturmeyen bu farklı muamelede dini kuruluşların kilit pozisyonlara aynı dini inancıya sahip ve uygun gördükleri kişileri yerleştirme olanağı getirmektedir. Ancak bu durumun gerçek ve belirleyici mesleki gereklilik olarak ifade edilen ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamele ile de sağlanabileceği haklı olarak belirtilmiştir.⁴²² Direktif'in 4/1 maddesinde yer alan gerçek ve belirleyici mesleki gereklilik söz konusu iş veya meslek ile kişiye ait özellik arasında daha sıkı bir denetim ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu kişiye ait özelliğin, gerçek ve belirleyici mesleki bir gereklilik olması, amacın meşru olması ve orantılı olması gerekmektedir. Ancak dini kuruluşlar için öngörülen ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelede ise din veya inanışın tek başına gerçek, meşru ve haklı kılınabilir bir gereklilik ortaya çıkarması yeterli olacaktır. Bu durum 4/1 maddesinde yer verilen "belirleyici" ifadesine, yerine ikinci fıkrada yer verilmemesinin bir sonucudur. Dolayısıyla dini kuruluşlar için öngörülen ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelede gerçek ve belirleyici mesleki gereklilikten daha gevşek bir koruma ortaya

⁴²⁰ Ellis, s. 283; Bell, **Anti-discrimination Law and the European Union**, s. 117.

⁴²¹ Bell, **Anti-discrimination Law and the European Union**, s. 118.

⁴²² Ellis, s. 283.

çıkabilecektir.⁴²³ Ancak ikinci fıkrada yer alan ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamele yalnızca din veya inanç temelinde ortaya konulmuştur ve kapsamı din veya inanç, engellilik, cinsel yönelim ve yaş temelinde ayrımcılık oluşturmeyen farklı muameleye yer veren ilk fıkra ile karşılaştırıldığında da oldukça dardır. Bu durumun bir sonucu olarak cinsel yönelim nedeniyle dini kuruluş için önemli bir pozisyonda bir kişi çalıştırmak istemeyen bir dini kuruluşun ikinci fıkrada yer alan ayrımcılık oluşturmeyen farklı muameleyle değil, gerçek ve belirleyici mesleki gerekliliğe dayanması mümkün olabilecektir. Söz konusu pozisyonun çok önemli görülmediği noktada ise bu kez fıkrada sadakate yönelik yapılan vurgu nedeniyle cinsel yönelimi farklı olan kişi bu nedenle değil ancak aynı din veya inanca mensup olmadığı gerekçesiyle yine söz konusu işe alınmayabilecektir.⁴²⁴

3.Kamu Güvenliği, Kamu Düzeninin Muhafaza Edilmesi ve Ceza Gerektiren Suçların Önlenmesi, Sağlık ve Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması ile İlgili Ayrımcılık Oluşturmeyen Farklı Muameleler

Uluslararası hukukta 111 No’lu ILO Sözleşmesi’nde yukarıda belirtilen mesleki gereklilik haricinde iki ayrımcılık oluşturmeyen farklı muameleyle daha yer verilmektedir. Bir diğer ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamele Sözleşme’nin 4. maddesinde yer almıştır ve “devletin güvenliğine hanel getiren faaliyetlerden ötürü haklı görülebilir nedenlerle zanlı bulunan ya da bu faaliyetlere giren bir kişi hakkında alınan önlemler, ilgili kişinin ulusal uygulamaya göre kurulmuş yetkili bir mercie başvurma hakkının öngörülmüş olması kaydıyla, ayrımcılık olarak mütalaa edilmeyecektir”. Burada “haklı neden” ifadesine yer verilmiş ve “yetkili bir mercie başvuru hakkının” tanınmış olması söz konusu ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelenin keyfilikinin engellenmesini sağlamaya yöneliktir.⁴²⁵ “Haklı sebep” ifadesi maddi nitelikte bir güvenceyi işaret ederken “yetkili bir mercie başvuru hakkı” usuli bir güvence anlamına gelmektedir. Usuli güvence kapsamında

⁴²³ a.g.e., s. 284.

⁴²⁴ a.g.e., s. 284.

⁴²⁵ a.g.e., s. 234.

başvurulabilecek “yetkili makamın” idareden veya hükümetten bağımsız ve bağımsız ve tarafsız bir makam olması gerekmektedir. Söz konusu makamın ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelenin uygulandığı kişi hakkında neden bu yönde bir karar alındığının incelemeye yetkili olması ve ayrımcılık mağduru olduğunu iddia eden kişinin iddiasını bütünüyle ortaya koymasına olanak tanınmalıdır. Belirtilen ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelenin tanınabilmesi için hem maddi hem usuli güvencenin aynı anda sağlanması gerekmektedir.⁴²⁶

Bu ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelenin de işin mahiyetinden kaynaklanan gereklilikler gibi oldukça dar yorumlanması beklenmektedir. Bu noktada kuvvetli şüphenin veya bir yargı organının bu yönde bir kararının mevcut olması ve yalnızca belirli bir grubun ya da topluluğun üyesi olmakla farklı muamelenin haklı kılınamamasıdır. İfade özgürlüğü ya da din veya vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek eylemlerin devletin güvenliğine hanel getirecek eylem olarak sınıflandırılması mümkün değildir. Bu kapsamda değerlendirilen eylemlerin kişinin işi, görevi veya mesleğini ne derece etkilediğinin de göz önünde tutulması gerekmektedir.⁴²⁷ Sözleşme oldukça eski tarihli ve soğuk savaş döneminin ürünü olduğu için “devletin güvenliğine hanel getiren faaliyet” gibi muğlak bir ibarenin günümüzde bir ölçüt olarak kullanılabilmesi kanımızca mümkün gözükmemektedir.

Bu kapsamda değerlendirilebilecek bir başka ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamele AB hukukunda 2000/78/EC sayılı Direktif ile öngörülmüştür. Direktif’in 2/5 maddesinde, Direktif’in, iç hukukta yer verilen, demokratik bir toplumda, kamu güvenliği, kamu düzeninin muhafaza edilmesi ve ceza gerektiren suçların önlenmesi, sağlığın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan tedbirlere hanel getirmeyeceği ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemenin genel hatlarıyla AİHS’nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin 2. fıkralarında yer verilen sınırlama rejimine dayanmaktadır ve uygulamada yorumlanırken AİHM’nin söz konusu maddelerle

⁴²⁶ **Equality in Employment and Occupation**, General Survey of the Reports on the Discrimination (Employment and Occupation) Convention (No. 111) and Recommendation (No. 111), 1958, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, Geneva, 1988, s. 150-151.

⁴²⁷ a.g.e., s. 40-41.

ilgili içtihadının göz önünde tutulması gerekmektedir.⁴²⁸ Direktif’te bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmesi “rahatsızlık verici”ve özellikle demokratik toplumun neden ayrımcı muameleler gerektirdiği sorusu ile anlaşılmaz bulunmuştur.⁴²⁹ Direktif’in kalem alınma tarzının çok geniş yoruma açık olduğu ve söz konusu ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelenin yargı organlarının dikkatli bir şekilde yorumlaması gerektiği vurgulanmıştır.⁴³⁰

4. Yaş İle İlgili Ayrımcılık Oluşturmeyen Farklı Muameleler

Bir diğer ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamele yaş ile ilgili olabilmektedir ve ülkelerin emek piyasası politikaları gibi nesnel ve meşru bir amaç içeriyorsa ve öngörülen bu amaç için başvuru yöntemleri orantılı ve gerekli ise yaş temelli olarak farklı muamele yapılabilir. Bu konuya örnek olarak, emeklilik yaşı ile ilgili getirilen zorunlu emeklilik yaşı düzenlemesi verilebilir. Uluslararası insan hakları hukukunda bu konu ile ilgili bir düzenleme yer almamaktadır. AB hukukunda ise yalnızca 2000/78/EC sayılı Direktif’te yaş konusunda ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelelere yer verilmiştir. AB hukukunda cinsiyet ya da ırk veya etnik köken temelinde bu yönde bir ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamele öngörülmemiştir.

2000/78/EC sayılı Direktif’te söz konusu düzenleme “yaşa dayalı muamele farklılıklarının haklılığı” başlığını taşımaktadır. AB hukukunda doğrudan ayrımcılığı haklı kılabilecek bir nedene izin verilmemiştir. Buna rağmen yaş temelli doğrudan ayrımcılık bu konuda genel kuraldan ayrılmıştır ve haklı kılınması mümkündür. Bu noktada dolaylı ayrımcılık için öngörülen ölçütler doğrudan ayrımcılık için uygulanmak üzere gündeme gelmektedir.

2000/78/EC sayılı Direktif’in 6. maddesinde iki ayrı ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelelere yer verilmiştir. Maddede ilk olarak üye devletlerin, iç hukukları bağlamında, meşru bir istihdam politikası, işgücü piyasası ve meslek içi eğitim hedefleri dâhil olmak üzere, meşru bir amaçla, nesnel ve makul bir nedeni bulunmak ve bu amaca ulaşmak için başvuru yöntemlerinin uygun ve gerekli olması kaydıyla

⁴²⁸ Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, s. 302.

⁴²⁹ a.g.e., s. 302.

⁴³⁰ Ellis, s. 291.

yaşa dayalı muamele farklılıklarının ayrımcılık oluşturmayacağını öngörebilecekleri düzenlenmiştir. Maddede gençlerin, yaşlı çalışanların ve bakım sorumluluğu taşıyan kişilerin mesleki entegrasyonunu artırmak veya korunmalarını güvence altına almak amacıyla, işten çıkarma ve ücret koşulları da dâhil olmak üzere, istihdama erişim ve mesleki eğitim, istihdam ve meslek için özel koşulların oluşturulması; istihdam veya istihdamla bağlantılı çeşitli avantajlara erişim bakımından yaş, profesyonel tecrübe veya hizmette kıdem ile ilgili asgari şartların belirlenmesi; söz konusu göreve ilişkin eğitim şartlarına veya emeklilikten önce makul bir süre istihdam edilme gerekliliğine bağlı olarak işe alım için azami bir yaş belirlenmesi, örnek niteliğinde belirtilen ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelerdir. Maddenin ilk fıkrası orantılı olmak şartıyla, “meşru istihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim hedeflerine” yönelik yaş temelinde farklı muamelelere izin verilmektedir. Ayrıca sayılan örnekler sayılı değildir ve genişletilmesi mümkündür.⁴³¹

Direktif’in 6. maddesinde ikinci olarak ise, emeklilik veya maluliyet tazminatı almak için kabul edilmek veya buna hak kazanmak için mesleki sosyal güvenlik programları bakımından yaş sınırları belirlenmesinin; bu programlar kapsamında, çalışanlar veya çalışan grup ya da kategorileri bakımından farklı yaşlar belirlenmesi de dâhil olmak üzere ve bu tür programlar bağlamında sigorta hesaplamalarında yaş ölçütlerinin kullanılmasının; cinsiyete dayalı ayrımcılıkla sonuçlanmaması kaydıyla, yaşa dayalı ayrımcılık oluşturmayacağını öngörülebileceği ifade edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında birinci fıkranın aksine orantılı olma şartı aranmaksızın, mesleki sosyal güvenlik programlarına erişim ve bu programlar kapsamındaki haklar bakımından yaş temelinde farklı muamelelere izin verilmektedir.⁴³²

6/2 maddesinin 6/1 maddesinden farkı cinsiyet temeline gönderme yapmasıdır. İstihdama erişimde yaşa dair sınırlamalar öngörülmesi toplumsal cinsiyet rolleri nedeniyle aile içinde sorumluluklar üstlenmek durumunda kalan kadınları istihdam dışında daha fazla zaman geçirmek zorunda bırakmaktadır ve dolayısıyla dolaylı ayrımcılığa yol açabilmektedir. Bu nedenle ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelenin cinsiyet ayrımcılığına yol açmayacak şekilde uygulanmasına dair

⁴³¹ Handbook on European Non-discrimination Law, s. 51.

⁴³² a.g.e., s. 51.

düzenleme olumlu karşılanmaktadır. Hatta söz konusu ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelenin genişletici bir yorumla, yargı organları tarafından, “bakım sorumluluğu taşıyan kişilere” dair yapılan vurgu nedeniyle cinsiyet temelinde de uygulanabileceği ifade edilmiştir.⁴³³

Görüldüğü gibi AB hukukunda en geniş ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele yaş temelinde tanınmıştır. Bu şekilde bir yaklaşım ayrımcılık yasağının ticari çıkarlar uğruna kurban edildiği şeklinde yorumlanmıştır.⁴³⁴ Yaş ile ilgili ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelere dair davalar ABAD önüne de gelmiştir. Bir davada zorunlu emeklilik yaşı uygulaması değerlendirilmiştir. Söz konusu uygulamanın nesnel olarak haklı bir nedene dayalı olup olmadığı araştırılmıştır. Divan, bir kişinin 65 yaşına geldiği için zorunlu olarak emekli edilmesi uygulamasını işsizliğin azaltılmasını hedeflediği, geçici nitelikte uygulandığı ve bu uygulamanın sendikalar ve işveren kuruluşlarının birlikte benimsediğini ifade etti. Divan söz konusu düzenlemenin istihdam politikasıyla tutarlı ve toplu sözleşmede belirtilen hedefler ile bağlantılı olma şeklinde açıkça ifade edilmiş bir gerekliliğe dayandığını ve toplu sözleşmedeki zorunlu emeklilik maddesinin istihdamı artırma yolunda faydalı olacağını ifade edildiğini belirtti. ABAD geçici düzenlemenin, özellikle işsizliğe engel olmak amacıyla öngörülmesi ve ulusal işgücü piyasasını tanzim etmeye yönelik olması dolayısıyla meşru olduğuna karar verdi. Divan üye devletlerin sosyal politika ve istihdam politikası alanında geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını, ilgili işçilerin makul bir seviyede emekli maaşı alabildiklerini, davacıyı ilgilendiren zorunlu emekliliğe dair geçici düzenlemenin ve toplu iş sözleşmesinin nesnel olarak haklı bir nedene dayandırıldığına ve böylece ayrımcılık oluşturmadığına karar verdi.⁴³⁵ Söz konusu davada yaş temelinde doğrudan ayrımcılık olarak kabul edilebilecek bir farklı muamele yapılmış ancak bu hukuka uygun bulunmuştur. İlgili düzenlemeler ve ABAD’nın bu kararı zorunlu emeklilik yaşı uygulamasının hukuka uygun olarak kabul edildiği anlamına gelmektedir.

Başka bir davada ise, bir üniversitede daha önce çırak olarak çalışan davacı, daha sonra kendisine üniversite tarafından teklif edilen 3 aylık bir işte çalışmaya

⁴³³ Ellis, s. 296.

⁴³⁴ a.g.e., s. 296.

⁴³⁵ ABAD, *Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*, Case C-411/05, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16 October 2007

devam etmiştir. Avusturya’da yürürlükte olan bir düzenleme 18 yaşına gelmeden önceki çalışma tecrübesinin ücret tespitinde dikkate alınmamasını öngörmektedir. Davacı ile birlikte bir meslektaşı çıraklıkta aynı sürelerle çalışmış olmalarına karşın, söz konusu kişi kendisinden 22 ay büyük olduğu için ücreti belirlenirken aleyhine bir farklılık ortaya çıkmıştır. Bu durumda söz konusu kural 18 yaşından sonra iş veya mesleğinde tecrübe edinen kişileri daha avantajlı hale getirmektedir. Divan, mesleki eğitim almış olan kişilere kıyasla, genel orta öğretimden geçmiş olan kişilerin dezavantajlı bir duruma sokulmaması ve çıraklıkları daha maliyetli hale getirmekten kaçınmak ve böylece çıraklık eğitimi almış olan gençlerin işgücü piyasasına girmesini kolaylaştırma gibi amaçların meşru olduğunu ve bu konuda Üye Devletlerin takdir yetkisinin daha geniş olduğunu ifade etmiştir. Divan ancak düzenlemenin genç işçileri orantısız biçimde etkilediğini belirterek yaş temelinde ayrımcılık yapıldığına karar vermiştir.⁴³⁶

ABAD başka bir davada ise bu kez istihdama erişimde yaşa dair bir üst sınır öngörülmesini değerlendirmiştir. Söz konusu davada, itfaiye teşkilatına alınma da 30 yaşını aşmamış olma şartı değerlendirilmiştir. Alman Hükümeti tarafından itfaiyecilik mesleğinin bazı durumlarda yalnızca genç kişiler tarafından yerine getirilebilecek fiziksel güç gerektirmesi, araştırmalarda 45-50 yaşına gelmiş kişilerin belirtilen görevleri yerine getirmesinin mümkün olmadığı ve yaşa dair düzenlemenin, kişilerin uzunca bir süre belirtilen görevleri yerine getirebilmesi için konulduğunu belirtmiştir. ABAD itfaiye teşkilatının operasyonel kapasitesinin ve uygun biçimde işlevini yerine getirmesinin güvence altına alınması amacının meşru olduğunu ve bu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli araçlara başvurulduğunu belirtmiştir.⁴³⁷

2000/78/EC sayılı Direktif’te yaş ile ilgili yer verilen ayrımcılık oluşturmaman farklı muameleler dolayısıyla, AB hukukunda ayrımcılık temelleri içinde ırk veya etnik kökenle ilgili düzenlemelerin en yukarıda, yaş ile ilgili düzenlemelerin ise en aşağıda yer aldığı belirtilmektedir.⁴³⁸ ABAD’nın yukarıda yer verilen içtihatları da bu görüşü doğrulamaktadır. ABAD kararlarına göre yaş ile ilgili ayrımcılık

⁴³⁶ ABAD, *David Hütter v. Technische Universität Graz*, Case C-88/08, Judgment of the Court (Third Chamber) of 18 June 2009.

⁴³⁷ ABAD, *Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main*, Case C-229/08, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 January 2010.

⁴³⁸ Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, s. 290.

oluşturmayan farklı muameleler söz konusu olduğunda üye devletlerin takdir yetkisi oldukça geniştir. Yaş temelinde ayrımcılığın “işsizlik” gibi nedenlerle meşru kabul edilebilmesi oldukça kolay gözükmektedir.

5. Vatandaşlık ile İlgili Ayrımcılık Oluşturmayan Farklı Muameleler

Vatandaşlık ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı içerisinde yer alabilen ve ayrımcılığın yasaklandığı temellerden biridir. Ancak kimi durumlarda ayrımcılık yasağın açısından ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelerden biri olarak da düzenlenebilmektedir. Ayrımcılık yasağının sağladığı korumadan yararlanacak kişilerin buldukları ülkenin vatandaşı olup olmadıkları sorusunun cevabı korumanın kapsamını belirleyebilmektedir. Vatandaşlık, 2011 yılı itibari ile henüz Türkiye’nin taraf olmadığı Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’nin 2/a. maddesine göre bir gerçek kişi ile bir devlet arasındaki hukuki bağıdır ve kişinin etnik kökenine işaret etmemektedir.⁴³⁹

Uluslararası hukukta vatandaş-yabancı ayrımının yapıldığı bir dizi düzenleme mevcuttur. Örneğin AİHS’nin 16. maddesinde yabancıların siyasi etkinliklerinin kısıtlanabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda Sözleşme’nin ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ve ayrımcılık yasağına yer veren hükümlerinin yabancıların siyasi etkinliklerinin sınırlandırılmasına engel oluşturmayacağı belirtilmiştir. Yine MSHS’nin 25. maddesinde tanınan kamu yönetimine katılma, kamu hizmetlerine girme, seçme ve seçilme hakları sadece vatandaşlara tanınmıştır.

Görüldüğü gibi insan haklarında vatandaş olanlar ve olmayanlar arasında bir ayrıma gidilebilmektedir. Elbette bu yaklaşım günümüzde aşılıp çalışılmaktadır. Yabancıların kategorik olarak bazı haklardan yararlanmalarına izin verilmemesi ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelebilecektir. Bu noktada diğer tüm ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelerde olduğu gibi meşru bir nedenin veya makul ve nesnel bir gerekçenin mevcut olması ve ölçülülük ilkesine uyulması gerekmektedir.

⁴³⁹ Vatandaşlığa Dair Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi (European Convention on Nationality), <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/166.doc> (erişim:01.04.2012). Sözleşme ile ilgili bilgi için bkz, Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 1215-1219. Ayrıca bkz, ECRI, 7 No’lu Genel Politika Tavsiyesi, Açıklayıcı Not, para. 6.

Günümüzde insan haklarının sağladığı koruma sadece vatandaşlara özgülenmiş değildir. Örneğin IAOKS’nde ayrımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşım benimsenmiştir. Ayrıca Sözleşme’nin 1/2 maddesine göre “Bu Sözleşme, bu Sözleşmeye Taraf bir Devletin vatandaşlar ile vatandaş olmayanlar arasında yapılan farklılık, dışlama, kısıtlama yahut öncelik tanımahallerine uygulanmayacaktır.”. Maddede üçüncü fıkrada “Bu Sözleşmedeki hiçbir hüküm, Taraf Devletlerin milliyete, vatandaşlığa yahut vatandaşlığa kabule ilişkin mevzuat hükümlerini, bu hükümlerin belli bir milliyete karşı ayrımcılık yapmaması kaydıyla, herhangi bir şekilde etkiliyor olarak yorumlanamaz” ifadelerine yer verilmiş. Görüldüğü gibi vatandaşlık temelinde bir ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele imkânı tanınmıştır. Ancak IAOKK bu ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele nin kapsamını zaman içerisinde oldukça daraltmıştır.⁴⁴⁰ Komite, 30 No’lu Genel Tavsiye’de bu ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele ile temel ayrımcılık yasağının göz ardı edilmemesi ve EİHB, MSHS ve ESKHS’nde tanınan haklardan hiçbir şekilde ayrı tutularak yorumlanmaması gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁴¹

AİHS’nin 1. maddesinde her taraf devletin kendi yargı yetki alanında bulunan kişilere AİHS’nde yer verilen hak ve özgürlükleri tanımakla yükümlü tutulmuştur. Şüphesiz bu durum bazı hallerde vatandaş olanlar ve olmayanlar arasında fark gözetilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Ancak kategorik olarak haklar ve özgürlükler bu noktada bir ayırım yapılmaksızın herkese tanınmış durumdadır. AİHM istikrarlı biçimde bu yaklaşımı benimsediğini ortaya koymuştur. Ayrıca, AİHS’ye taraf olan başka bir devletin vatandaşı⁴⁴² veya olmayan bir devletin vatandaşı⁴⁴³ söz konusu olduğunda vatandaş olan veya olmayan ayırımı yapılmamıştır.

ASS ve (GG)ASS’nin denetim organı olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi belli grupların bazı haklardan diğer vatandaşların yararlandığı ölçüde

⁴⁴⁰ Vandenhole, s. 111.

⁴⁴¹ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 32, Discrimination Against Non-Citizens, 01.10.2004, CERD/C/GC/30 (bundan sonra “IAOKK, 30 No’lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır), para. 2, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

⁴⁴² AİHM, *Piermont v. France*, Application No.15773/89, Judgment, 27.04.1995; *Darby v. Sweden*, Application No.11581/75, Judgment, 23.10.1990.

⁴⁴³ AİHM, *Moustaquim v. Belgium*, Application No.12313/86, Judgment, 18.02.1991; *Koua Poirrez v. France*, Application No.40892/98, Judgment, 30.09.2003; *Anakomba Yula v. Belgium*, Application No.45413/07, Judgment, 10.03.2009; *Andrejeva v. Latvia*, Application No.55707/00, Judgment, 18.02.2009.

yararlanamaması durumunda (GG)ASŞ'nın ayrımcılık yasağına yer veren E maddesinin ihlal edileceğini belirtmiştir.⁴⁴⁴ Komite bir kararında barınma hakkı ile ilgili olarak, (GG)ASŞ'nda yer alan hakların barınma hakkı da dâhil olmak üzere herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınması gerektiğini ve bu anlamda devlet tarafından sunulan barınma hizmetlerine erişimin vatandaşlara sağlanan koşullarla aynı koşullarda göçmenlere de sağlanması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁴⁵

Vatandaşlık konusu AB hukukunda oldukça önemli bir yer tutmaktadır. AB hukukunda vatandaşlık temelli ayrımcılık, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın 18. maddesinde genel olarak, 45 ile 62. maddeleri arasında çalışanların serbest dolaşımı, girişim özgürlüğü, hizmetlerin serbest dolaşımı gibi konular çerçevesinde gündeme gelmektedir. AB hukukunda vatandaşlık konusu Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın 19. maddesinde yer alan cinsiyet, ırk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim temellerinden ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Andlaşma'nın 18. maddesinde, kurucu andlaşmaların uygulanması kapsamında, bu andlaşmalarda yer alan hükümlere halel getirmeksizin, vatandaşlık temelinde her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır ve Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu'nun bu konuda düzenleme yapabilecekleri ifade edilmiştir. Şüphesiz bu düzenlemede yasaklanan durum AB üye devletlerinin vatandaşları arasında vatandaşlık temelinde ayrımcılıktır. AB üyesi olmayan devletlerin vatandaşları açısından söz konusu yasak geçerli değildir. Dolayısıyla bir üye devlet vatandaşı, başka bir üye devlette ayrımcılık yasağı hükümlerine dayanabilecekken, üçüncü ülke vatandaşının bu şekilde bir iddia öne sürmesi mümkün olmayacaktır.

AB hukukunda vatandaşlık ile ilgili önemli bir düzenleme 2000/43/EC sayılı Direktif'te yer almaktadır. Direktif'in 3/2 maddesinde, Direktif'in vatandaşlığa dayalı muamele farklılığını kapsamadığı ve üçüncü ülke vatandaşlarının veya vatansız kişilerin üye devletlerin topraklarına girmeleri ve orada ikamet etmeleri ve

⁴⁴⁴ Örneğin bkz, ASHK, *International Association Autism-Europe (IAAE) v. France*, Complaint No. 13/2002, Decision, 07.11.2003; *European Roma Rights Center (ERRC) v. Italy*, Complaint No. 27/2004, Decision, 21.12.2005; *European Roma Rights Center (ERRC) v. Bulgaria*, Complaint No. 46/2007, Decision, 03.12.2008.

⁴⁴⁵ ASHK, *European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA) v. France*, Complaint No. 39/2006, Decision, 04.08.2008, para. 159.

bahsi geçen üçüncü ülke vatandaşlarının veya vatansız kişilerin hukuki statüsünden kaynaklanan, örneğin istihdama ve mesleğe erişim gibi, herhangi bir muamele ile ilgili düzenleme ve koşullara hanel getirmediği belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme ile Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın 18. maddesinde yer alan düzenlemenin etrafından dolaşılması engellenmiştir. Böylece üçüncü ülke vatandaşı olarak ifade edilen AB üyesi olmayan ülkelerin vatandaşlarının ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamına girmesi engellenmiştir.⁴⁴⁶

Elbette bu durum ayrımcılığın vatandaşlık temelinde gerçekleştiği durumlarla sınırlıdır ve ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılığa karşı koruma hala geçerlidir. Nitekim bu durum 2000/43/EC sayılı Direktif'in Başlangıç bölümünün 13. paragrafında, Direktif'in kapsadığı alanlara ilişkin olarak ırk veya etnik kökene dayalı her türlü doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın Topluluk içerisinde yasaklandığı ve bu yasağın üçüncü ülke vatandaşları açısından da geçerli olduğu belirtilmiştir.⁴⁴⁷ Ayrıca üçüncü ülke vatandaşları, Uzun Süre İkamet Eden Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Statüsüne Dair 2003/109/EC sayılı ve 25 Kasım 2003 tarihli Konsey Direktifi'nin hükümlerine göre, bazı şartları yerine getirdikleri durumda ayrımcılık yasağı ile ilgili Direktiflerin kapsamına giren konularda öngörülen korumadan yararlanabilecektir.⁴⁴⁸

VII. Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Maddi Hukuk Düzenlemeleri

A. Doğrudan-Dolaylı Ayrımcılık

Türk hukukunda doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın tanımına yer veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Doğrudan ayrımcılık kapsamında değerlendirilebilecek

⁴⁴⁶ Ellis, s. 289.

⁴⁴⁷ 2000/43/EC sayılı Direktif için düzenlemeler, 200/78/EC sayılı Direktif'in 3/2 maddesinde ve Başlangıç bölümünün 12. paragrafında da yer almıştır. 2002/73/EC sayılı Direktif, 2004/113/EC sayılı Direktif ve 2006/54/EC sayılı Direktif vatandaşlığa dair bu şekilde bir istisnaya yer verilmemiştir.

⁴⁴⁸ Uzun Süre İkamet Eden Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Statüsüne Dair 2003/109/EC sayılı ve 25 Kasım 2003 tarihli Konsey Direktifi (Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:016:0044:0053:EN:PDF> (erişim:01.04.2012)

ayrımcılık yasağına dair çok sayıda düzenleme Anayasa ve farklı kanunlarda yer almıştır. Örneğin Anayasa'nın 70. maddesi “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.” şeklinde bir düzenleme ile kamu hizmetine girme açısından doğrudan ayrımcılığı yasaklamıştır. Doğrudan ayrımcılığın, ayrımcılığın asli görünümü olması, bugüne kadar kanun önünde eşitlik ilkesinin doğrudan ayrımcılığı yasakladığı konusunda şüphe bulunmaması ve gerek uluslararası denetim organlarının, gerekse ulusal mahkemelerin doğrudan ayrımcılığın hangi hallerde söz konusu olduğuna ilişkin olarak önemli ölçüde içtihat geliştirmiş olmaları, doğrudan ayrımcılığın açıkça anılarak yasaklanması, hatta tanımlanması zorunluluğunu bir ölçüde azaltmaktadır.⁴⁴⁹ Dolaylı ayrımcılık kavramı açısından ise aynı rahatlıkla bu söylenememektedir. Görece yeni bir kavram olan ve Türk hukukunda henüz yerleşmemiş olan dolaylı ayrımcılık kavramının mümkün olduğunca ayrıntılı tanımlanması gerekmektedir.⁴⁵⁰

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarına yer veren tek düzenleme ise İş Kanunu'nun 5/3 maddesidir. Maddede “...İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz...” ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi yalnızca cinsiyet ve hamilelik temelinde dolaylı ayrımcılık yasaklanmıştır. Bu şekilde bir yaklaşım ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı noktasında benimsenen açık uçlu yaklaşım ile çelişki oluşturmaktadır. Türk hukukunda doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımlarının yapılmamış olmasına karşın AB hukukunda ortaya çıkan tanımların esas alınmaması için hiçbir neden yoktur.⁴⁵¹ Tanımlara dair mevcut eksikliğe karşın bu aşamada İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.” ifadesinin hem doğrudan hem dolaylı ayrımcılığı kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği ifade

⁴⁴⁹ Gül, s. 303.

⁴⁵⁰ a.g.e., s. 303.

⁴⁵¹ A. Can Tuncay, *Çalışma İlişkilerinde Irk veya Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık*, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 1, Beta Yay. İstanbul, 2011, s. 757.

edilmiştir.⁴⁵²Nitekim Yargıtay da kararlarında doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarının tanımlanmamakla birlikte AB'nin 2000/43/EC, 2000/78/EC, 2002/73/EC ve 2006/54/EC sayılı Direktiflerinde yer alan doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımlarının ölçüt olarak kullanılabileceğini ifade etmiştir.⁴⁵³Ancak buna rağmen yukarıda AB hukuku kapsamında belirtilen dolaylı ayrımcılık tanımı ile uyumlu olacak şekilde bir tanıma yasalarda açıkça yer verilmesi uygun gözükmemektedir.

Dolaylı ayrımcılığa dolaylı biçimde yer veren bir diğer yasal düzenleme Özürlüler Kanunu'nun 14. maddesinde yer almıştır. Maddenin ikinci fıkrasında “Çalışan özürlülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özrüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz.” ifadesine yer verilmiştir. Bu cümlede yer alan “sonuç doğuracak şekilde” ifadesi uluslararası hukuk düzenlemelerinde yapılan “etki” ifadesine benzemektedir. Bu nedenle söz konusu ifadenin engellilere yönelik dolaylı ayrımcılığı yasakladığı şeklinde yorumlanmıştır.⁴⁵⁴

Dolaylı ayrımcılığın ortaya konulmasında yukarıda da ifade edildiği gibi istatistikler önemli rol oynayabilmektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) istatistiklerin delil olarak kullanılmayacağına dair bir düzenleme yer almamaktadır. Bazı ayrımcılık oluşturmeyen farklı muamelelerin varlığına karşın iddiaların ispatında bu yönde bir yasak bulunmamaktadır. Ancak bu yönde bir yasağın bulunmamasının dolaylı ayrımcılık iddiaları açısından yeterli kabul edilmesi mümkün değildir. Dolaylı ayrımcılığın tanımının açıkça yapılması ile beraber dolaylı ayrımcılığın kendisine özgü özelliklerinin göz önünde tutulması ve istatistikler yönünden açık vurgu yapılması gerekmektedir.

B. Çoklu Temelde Ayrımcılık

⁴⁵² Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, s. 241.

⁴⁵³ Yargıtay 9. HD, E. 2007/41015, K. 2008/17093, K.t. 23.06.2008; Yargıtay 9. HD, E. 2010/42692, K. 2010/32223, K.t. 08.11.2010.

⁴⁵⁴ Gül, s. 304.

Ayrımcılığın birden fazla temelde gerçekleştiği çoklu temelde ayrımcılığa dair bir tanım ya da düzenleme de Türk hukukunda yer almamaktadır. Ancak yukarıda görüldüğü gibi ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı noktasında açık uçlu düzenlemeler söz konusudur. Bu durum çoklu temelde ayrımcılık açısından bir olanak ortaya çıkarmasına rağmen çoklu temelde ayrımcılığın tanımı ile birlikte açık biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrımcılık yasağı için günümüzde olmazsa olmaz bir gereklilik olan ve başta cinsiyet, engellilik vb. temellerde yaşanan çoklu temelde ayrımcılık vakaları ile etkin mücadele noktasında ayrımcılık yasağının kişi ve konu bakımından kapsamı düzenleme yapılmalıdır.⁴⁵⁵

C. Makul Uyumlaştırma Yükümlülüğü

Türk hukukunda makul uyumlaştırma yükümlülüğü yalnızca engellilik temelinde gündeme gelmiştir. Özürlüler Kanunu'nun 14/3 maddesinde “Çalışan veya iş başvurusunda bulunan özürsüzlülerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve işyerinde fiziksel düzenlemelerin bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işyerleri tarafından yapılması zorunludur.” yükümlülüğüne yer verilmiştir. Bu düzenleme ışığında makul uyumlaştırmanın kısmen öngörüldüğü ancak bunun ucu açık bir yükümlülük olarak, diğer bir deyişle herhangi bir yaptırıma bağlanmaksızın düzenlendiği görülmektedir. Ayrıca düzenleme makul uyumlaştırma kavramını açıkça kullanmamış ve tanımlamamıştır.

Düzenleme ile ilgili bir dizi eleştiri dile getirilmiştir. İlk olarak makul uyumlaştırmanın yalnızca işe alım sürecini kapsadığı ve bu nedenle mesleki eğitime giriş ve bu eğitimin devamı süreçlerini de kapsar hale getirilmesi gerektiği aksi takdirde kişilerin iş ve meslek edinmeleri olanakları önemli ölçüde sınırlanmış olacaktır. Başka bir eleştiri makul uyumlaştırma yükümlülüğünün kime ait olduğu noktasındadır. Kanun'da yer alan “bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işyerleri tarafından yapılması zorunludur” ifadesi ile Kanun'da, hangi kurum, kuruluş ve işyerlerinin görev, yetki ve sorumluluk altında

⁴⁵⁵ KKAOKS, Nihai Tespitler, Türkiye, 6. Rapor, para. 11.

olduğu belirtilmediği haklı olarak ifade edilmiştir.⁴⁵⁶ Başka bir eleştiri ise yükümlülüğün kapsamına dair olarak dile getirilmiştir. Engellilerin ihtiyaç duyduğu uyumlaştırmaların tür ve maliyet bakımından sonsuz bir çeşitlilik göstermesinden kaynaklı olarak kanun koyucunun daha somut ölçütler içeren bir düzenleme yapması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca AB hukukunda olduğu gibi işverenlere yönelik devlet desteğine dair bir vurgunun eksikliği ve yükümlülüğün tümüyle işverenlerin üzerine bırakılmasının yükümlülüğün etkisi azaltacağı belirtilmiştir. Ancak en temel sorun olarak yukarıda da ifade edildiği gibi yaptırım eksikliğine dikkat çekilmiştir. Bu konuda tek yaptırımın işçinin iş sözleşmesinin feshi olabileceği ve o durumda da bu yaptırımın makul uyumlaştırma kavramı ile tamamen zıt bir sonuç ortaya çıkaracağı ifade edilmiştir.⁴⁵⁷

Son olarak, kanımızca makul uyumlaştırma engellinin kendisi ile sınırlı da olmamalıdır. Özellikle bakmakla yükümlü oldukları engelli kişiler bulunan işçilerin, bu yükümlülüklerini yerine getirmelerini kolaylaştırıcı tedbirlerin alınması, sadece çalışan engelliler bakımından değil, engelli yakını bulunan kimseler bakımından da fırsat eşitliği sağlanması için önemlidir. Bu husus, kamu çalışanları bakımından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile atamalarla sınırlı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu Kanuna dayanılarak çıkartılan Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmelik'te 13. maddede, devlet memurunun “kendisi veya kanunen bakmakla yükümlü olduğu kimselerden birinin bulunduğu yerde kalmasının sağlık durumunu tehlikeye koyacağı”nı belgelendirmesi halinde, atanmalarına ilişkin kararda bu hususun gözetileceğini öngörmektedir.⁴⁵⁸

Özürlüler Kanunu'nda makul uyumlaştırma kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer düzenleme ise 15. maddede eğitim alanıyla ilgilidir. 15. maddenin ilk fıkrası “...Özürlü çocuklara, gençlere ve yetişkinlere, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, bütünleştirilmiş ortamlarda ve özürlü olmayanlarla eşit eğitim imkânı sağlanır.” ifadesine yer vermiştir. Bu düzenlemenin engelli kişilerin farklılıklarının gözetilerek makul uyumlaştırma yapılmamasının ayrımcılık oluşturacağı anlamına

⁴⁵⁶ a.g.e., s. 309-311.

⁴⁵⁷ Uyumlaştırmanın hangi hallerde bir yükümlülük teşkil etmesi gerektiği konusunda, önceki bölümde gerekli değerlendirmeler yapıldığından, burada bu husus tekrarlanmayacaktır.

⁴⁵⁸ Yönetmelik metni için, bkz, 25 Haziran 1983 tarih ve 18088 sayılı RG.

gelmektedir.⁴⁵⁹ Belirtilen bu düzenlemelerin kapsadıkları alan itibariyle makul uyumlaştırma kurumunun potansiyelini sınırlamaktadır ve insan hak ve özgürlüklerinden yararlanma noktasında ayrımcılığın kişi ve konu bakımından kapsamının dikkate alınması gerekmektedir.⁴⁶⁰ Bu düzenleme makul uyumlaştırmanın istihdam alanı dışında yegâne düzenlemedir ve eğitim alanında da belirli bir yükümlülük getirmiştir.

Kamu görevlileri açısından Devlet Memurları Kanunu'nun 53. maddesi engelli personel çalıştırma yükümlülüğü öngörmüştür. Maddeye göre “Kurum ve kuruluşlar bu Kanuna göre çalıştırdıkları personele ait kadrolarda % 3 oranında özürli çalıştırmak zorundadır.” Bu oranın hesaplanmasında ilgili kurum veya kuruluşun (yurtdışı teşkilat hariç) toplam dolu kadro sayısının dikkate alınacağı belirtilmiştir. Aynı maddede ayrıca engellilerin görevlerini yürütmelerinde yardımcı araç ve gereçlerin kurumlarınca temin edileceğine yer verilmiştir.

Devlet Memurları Kanunu'nda bir diğer düzenleme ise günlük çalışma saatleri konusundadır. Kanunun 100. maddesinde “Günlük çalışmanın başlama ve bitme saatleri ile öğle dinlenme süresi, bölgelerin ve hizmetin özelliklerine göre merkezde Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca, illerde valiler tarafından tespit olunur.” ifadesine yer verildikten sonra, “özürlüler için; özür durumu, hizmet gerekleri, iklim ve ulaşım şartları göz önünde bulundurulmak suretiyle günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile öğle dinlenme süreleri merkezde üst yönetici, taşrada mülki amirlerce farklı belirlenebilir.” düzenlemesi getirilmiştir. Böylece engelliler için engellilik durumuna göre farklı çalışma saatleri tespit edilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Ancak bu durumda açık bir yükümlülük öngörmemiş ve idareye bir takdir yetkisi bırakılmıştır. Ayrıca bu uygulama yalnızca engelli kişinin kendisi için geçerli olabilecektir ve engelli olmamakla birlikte engelli bir kişiye bakmakla yükümlü olan kişilere bu yönde bir uyumlaştırma olanağı getirilmemiştir. Belirtilen makul uyumlaştırma ile ilgili tüm bu düzenlemelerin ihlali kanunlarca makul uyumlaştırma yükümlülüğünün ihlali ve başka bir deyişle ayrımcılık yasağının ihlali olarak görülmemektedir.

⁴⁵⁹ Gül, s. 270.

⁴⁶⁰ a.g.e., s. 270.

Yukarıda engellilerle ilgili belirtilen makul uyumlaştırma yükümlülüğü dışında Türk hukukunda din veya inanç temelinde de sınırlı da olsa bir makul uyumlaştırmanın gündeme geldiği söylenebilir. İş Kanunu'nun işçilerin ara dinlenmelerini düzenleyen 68. maddesine göre “Günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında o yerin gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanmak suretiyle işçilere... ara dinlenmesi verilir... Ancak bu süreler, iklim, mevsim, o yerdeki gelenekler ve işin niteliği göz önünde tutularak sözleşmeler ile aralı olarak kullanılabilir. Dinlenmeler bir işyerinde işçilere aynı veya değişik saatlerde kullanılabilir...” Bu hükümde yer alan “gelenekler” ifadesinin din veya inançları kapsayacak şekilde yorumlanması durumunda ara dinlenmelerinin bir din veya inancın gerektirdiği bazı ibadetlere göre düzenlenmesi mümkün olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki bu uyumlaştırma bir yükümlülük değil bir izin biçiminde ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla yukarıda belirtildiği gibi makul uyumlaştırmanın yapılmaması ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelmeyecektir.

Yüksek yargı organlarının kararlarında makul uyumlaştırma kavramına doğrudan veya dolaylı yer veren bir karara erişim mümkün olmamıştır. Yargıtay, makul uyumlaştırma yükümlülüğüne doğrudan gönderme yapmasa da engelliler açısından engelliliğin çalışma şartlarında göz önünde tutulması gerektiğini bir kararında ortaya koymuştur. Yargıtay, engelli işçi kontenjanında çalışan ve işe giriş sırasında %45 oranında engelli olduğu bilinen işçinin masa başı bir iş yerine sekiz saat ayakta kalacak şekilde çalıştırılması ve bunun sonucunda performans yetersizliği gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshedilmesini değerlendirmiştir. Yargıtay, engelli kişinin kendi özel durumuna göre performans değerlendirmesi yapılması gerektiğini ve aksi durumda sözleşmenin feshinin geçersiz olacağına hükmetmiştir.⁴⁶¹

Ayrımcılığın diğer bir güncel biçimi olan makul uyumlaştırmaya dair olarak Türk hukukunda sınırlı bir alanda düzenleme söz konusudur. Makul uyumlaştırma kavramında yer alan makullüğün ve uyumlaştırmanın ölçütüne dair yol gösterici herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk hukukunda makul uyumlaştırma yükümlülüğüne yalnızca istihdam alanında yer verilmiştir. Bu düzenlemeler ise büyük oranda engellilik ve çok sınırlı olarak din veya inanç temelinde makul

⁴⁶¹ Yargıtay 9. HD, E. 2004/23961, K. 2005/14007, K.t. 21.04.2005.

uyumlaştırma olarak anılabilecek düzenlemelerdir. Bu nedenle gerekli olduğu durumda, başta engellilik ve din veya inanç temellerinde olmak üzere, tüm ayrımcılık temelleri için makul uyumlaştırma yükümlülüğü getirilmesi, yükümlülüğün hayata geçirilmesi noktasında gündeme gelecek ölçütlerin açıkça belirlenmesi ve bu noktada özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri için destekleyici nitelikte kamu kaynaklarının ayrılmasına dair yasal düzenlemeler yapılması gerekliliği göze çarpmaktadır.

D. Taciz

Türk hukukunda taciz kavramının tanımına yer veren herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır ve taciz açıkça yasaklanmamıştır. Taciz hakaret niteliğinde ortaya çıkarsa TCK'nun 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçu gündeme gelebilecektir. Ancak hakaret niteliği olmadığı sürece Türk hukukunda taciz ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Özel hukuk alanında ise genel hükümlere yollama yapılarak, tacizin haksız fiil olarak değerlendirilebilmesi ve tazminata konu edilmesi teorik olarak mümkün gözükmektedir.

Taciz kapsamında değerlendirilebilecek “psikolojik taciz” (mobbing) konusunda ise, açık tek düzenleme,istihdamla ilgili olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde yer almaktadır. Burada işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında işverenin işçiyi psikolojik tacize karşı koruma yükümlülüğü de söz konusudur.İşyerinde psikolojik taciz gerçekleştiğinde mağdurların iş sözleşmesini anlaşılarak feshetmek, ayrımcılık nedeniyle tazminat talep etmek, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmek,⁴⁶² işveren tarafından tek taraflı gerçekleştirilen feshin geçersizliğini talep etmek ve tazminat talep etmek gibi başvurabileceği olanaklar söz konusudur.⁴⁶³

İş Kanunu'nun ayrımcılık yasağını düzenleyen 5. maddesine, işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini fesih hakkını düzenleyen 24. maddesine ve işverenin haklı nedenle iş sözleşmesini fesih hakkını düzenleyen 25. maddesine psikolojik tacizin

⁴⁶² Yargıtay 9. HD, E. 2008/3122, K. 2008/4922, K.t. 14.03.2008.

⁴⁶³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, Ergin, s. 249; Fuat Bayram, *Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt 4, Sayı: 14, İstanbul, 2007, s. 564 vd.

eklenmesi önerilmiştir.⁴⁶⁴ Ayrıca İş Kanunu'nun 77. maddesi işverenler bakımından iş sağlığı ve güvenliği kapsamında gündeme gelen yükümlülüklerin işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığını içermesinden hareketle işyerinde psikolojik tacizi de kapsadığı ifade edilmiştir.⁴⁶⁵ Bu noktada bir açıklık olmadığı için İş Kanunu'nun 77. maddesine işyerinde psikolojik tacizin de eklenmesi önerilmiştir.⁴⁶⁶ Türk hukukunda işyerinde psikolojik taciz ile ilgili olarak kapsamlı yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.

İşyerinde psikolojik taciz yanında taciz konusunda genel nitelikli, tacizin ayrımcılık temellerinden biri kapsamında ortaya çıktığı durumda taciz ve dolayısıyla tacizin ayrımcılığın bir türü olduğundan hareketle ayrımcılık oluşturacağına dair açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu noktada AB hukukunda ortaya çıkan taciz tanımı kapsamı nedeniyle yol gösterici niteliktedir. Yapılacak düzenlemelerin kişi konu bakımından kapsamı noktasında açık uçlu bir yaklaşımın benimsenmesi gerekmektedir. Türk hukukunda işyerinde psikolojik taciz ve genel olarak taciz vakalarında ispat yükünün paylaşılmasına dair bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu tür davranışların ispatının da ayrımcılıkla ilgili ispat yükünün paylaşılması hükümlerine tabi kılınması gerekmektedir.⁴⁶⁷

E. Cinsel Taciz

Cinsel tacizle ilgili tanıma yer veren 2002/73/EC sayılı Direktif'te cinsel tacizin tanımlanmasını, önleyici tedbirler alınması, cinsel taciz vakaları ile ilgili yargısal ve idari usullerin öngörülmesi ve cinsel taciz mağdurlarının zararlarının giderimi ön planda tutulmuştur. Ayrıca cinsel taciz açıkça ayrımcılığın bir biçimi olarak tanınmıştır. Türk hukukunda cinsel tacizin bir tanımı yapılmamış ve cinsel taciz cinsiyet temelinde ayrımcılığın bir biçimi olarak nitelendirilmemiştir. Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin bu kapsamda yorumlanarak cinsel tacizin eşitlik ilkesine aykırılık olarak yorumlanabileceği söylenebilirse de bu konuda da açık bir yasal düzenleme yapılması gerekecektir.

⁴⁶⁴ Güzel; Ertan, s. 549.

⁴⁶⁵ Ergin, s. 249.

⁴⁶⁶ Güzel; Ertan, s. 549.

⁴⁶⁷ Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, s. 130.

Tanım ve yaklaşım konusunda belirtilen eksikliğe rağmen, Türk hukukunda tacizle karşılaştırıldığında cinsel taciz ile ilgili bir dizi düzenleme göze çarpmaktadır. Bu konuda ilk olarak ceza hukuku alanında düzenleme söz konusudur. Ceza hukuku alanında cinsel tacizle ilgili ilk düzenleme TCK'nun 105. maddesinde yer almıştır. Maddeye göre, “Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükümlenir. Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.”

TCK'nda yer alan cinsel taciz suçu fiziksel temas şeklinde düzenlenmemiştir. Kanunun gerekçesinde cinsel taciz için “mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlar” şeklinde bir tanım yer almıştır. Fiziksel temasın söz konusu olduğu durumda 102. maddede yer alan “Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” ve 103. maddede yer alan “Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklindeki düzenlemeler gündeme gelecektir.⁴⁶⁸

İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde cinsel taciz iş sözleşmesinin feshinde haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Cinsel taciz nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde söz konusu fiil hakkında TCK'nun 105. maddesi kapsamında bir soruşturma veya kovuşturma açılıp açılmaması ya da bu suçtan beraat veya mahkûmiyet önemli değildir.⁴⁶⁹ İş Kanunu işveren veya işveren vekilinin işçiye yönelik cinsel tacizini işyeri ile sınırlı görmezken, diğer işçilerin veya üçüncü kişilerin cinsel tacizini ise işyeri ile sınırlamıştır. Bu düzenleme üçüncü kişiler açısından değil ancak işçiler bakımından sınırlı koruma getirdiği için eleştiri ile karşılaşmıştır.⁴⁷⁰ İş Kanunu'nun

⁴⁶⁸ Mehmet Emin Artuk, *Cinsel Taciz Suçu (TCK. m.105)*, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 30.

⁴⁶⁹ Gülmez, *İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Belediye-İş Sendikası Yay.*, Ankara, 2009, s. 624.

⁴⁷⁰ a.g.e., s. 626.

ayrımcılık yasağını düzenleyen 5. maddesinin ayrımcılık olarak değerlendirilebilecek cinsel taciz noktasında gündeme gelmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak maddede bu noktada açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir.⁴⁷¹ AB hukukunda yer alan ve yukarıda belirtilen bir tanımın madde metnine eklenmesi olumlu olacaktır.

Bu noktada İş Kanunu'nun 5. maddesine cinsel tacizin ayrımcılığın bir türü olduğunun açıkça belirtilmesi ve ayrımcılık tazminatının kapsamını cinsel tacizi içerecek biçimde genişletilmesi gerekmektedir. Ayrıca ayrımcılık yasağında gündeme gelen ispat yükünün paylaşılmasına dair olanağın cinsel taciz için de öngörülmesi gerekmektedir.⁴⁷²

F. Ayrımcılık Talimatı

Türk hukukunda ayrımcılık talimatına dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ceza hukuku alanında ayrımcılık talimatı bağlamında bir dizi düzenlemenin gündeme gelmesi mümkündür. Bu konuda ilk düzenleme, TCK'nun 37. maddesinde yer alan faillğe dair düzenlemedir. Kanun'da suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişinin de fail olarak sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Dolaylı faillik olarak adlandırılan bu durumda dolaylı fail suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişi ile onun davranışı üzerinde hâkimiyet kuran ve arka planda duran kişidir. Dolaylı fail suçu kendisi işlemiş gibi sorumlu olacaktır.⁴⁷³

TCK'nda diğer bir düzenleme ise azmettirme ile ilgili 38. maddedir ve başkasını suç işlemeye azmettiren kişinin işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir. Bu iki düzenlemeden ilkinde failin suça yönelttiği kişi özgür iradesiyle hareket etmemekte ve araç konumundadır. Azmettirme halinde ise özgür iradesiyle hareket eden bir başkasını suç işlemeye yöneltmekte ve yönlendirmektedir. Araç olarak kullanılan kişi suç işlediğinin bilmemekte, azmettirilen kişi ise suçu azmettiren kişi adına işlediğinin bilincindedir.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ Güzel; Ertan, s. 549.

⁴⁷² Özdemir, s. 152.

⁴⁷³ Nur Centel; Hamide Zafer; Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yay., İstanbul, 2008, s. 511; Mehmet Emin Artuk; Ahmet Gökçen; A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 773-774.

⁴⁷⁴ Centel; Zafer; Çakmut, s. 512; Artuk; Gökçen; Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 782.

Azmettirme suç işleyen kişinin, azmettiren kişinin yönlendirmesi gerçekleşmeseydi suçu işlemeyecek olması halinde söz konusu olmaktadır. Azmettirilen kişinin zaten suç işleme niyetinde olduğu durumda bu kişinin niyetini destekleyen ve güçlendiren hareketler azmettirme değil TCK'nun 39. maddesinde düzenlenen suç işleme kararını güçlendirme veya suça teşvik gündeme gelecektir.⁴⁷⁵ Dolayısıyla TCK'nda ayrımcılıkla ilgili olarak düzenlenmiş olan ayrımcılık suçunu ve cinsel tacizi suçunun işlenmesi için bir kişiyi araç olarak kullanan veya azmettiren kişinin o suçtan dolayı sorumlu tutulması mümkündür.

Ayrımcılık talimatı ile ilgili bir diğer düzenleme Anayasa'da ve Devlet Memurları Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 137. maddesine göre "Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz..." Benzer düzenleme Devlet Memurları Kanunu'nun 10. maddesinde de yer almıştır. Ayrımcılık yapılması yönündeki bir talimatın "kanunsuz emir" olarak yorumlanması mümkündür. Ayrımcılık talimatı şeklinde bir emir alan kamu görevlisinin söz konusu emir hukuka aykırılık içeriyorsa yerine getirmekten kaçınabilir veya belirtilen şartlar yerine geldiğinde yerine getirse bile sorumlu tutulamaz. Bu durumda emri veren kişi ayrımcılık yasağını ihlal etmekten sorumlu olacaktır. Ancak ayrımcılık talimatının aynı zamanda bir suç oluşturduğu durumda bu emri yerine getiren kamu görevlisinin de cezai sorumluluğu gündeme gelecektir ve talimatı veren kişi ile birlikte yargılanabilecektir.

Belirtilen genel nitelikteki bu düzenlemeler haricinde diğer hukuk dallarında ayrımcılık talimatı bakımından uygulanacak başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Yukarıda ayrımcılık talimatı açısından açık düzenlemelere yer veren AB hukuku örnek alınarak yasal düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Yapılacak bu yasal düzenlemelerde ayrımcılık talimatının açık tanımı ile birlikte ayrımcılığın bir biçimi

⁴⁷⁵ Centel; Zafer; Çakmut, s. 513.

olduğunun belirtilmesi ve ayrımcılık yasağının kişi ve konu bakımından kapsamı noktasında açık-uçlu bir yaklaşımla yasal düzenlemeye konu olması gerekmektedir. Yine bu düzenlemelerde ispat yükünün paylaşılmasına yönelik bir düzenlemenin mevcudiyeti çok önemlidir.

G. Mağdurlaştırma

Türk hukukunda mağdurlaştırma ile ilgili tek düzenleme İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ayrımcılığın kişi ve konu bakımından kapsamı açısından oldukça dar bir alanda düzenleme gerçekleştirilmiştir. İş Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasının c bendinde "Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak." ifadesine yer verilmiş ve bu durumun fesih için geçerli sebep oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin işçinin işveren aleyhine tanıklık yapmasını da kapsadığı ifade edilmiştir.⁴⁷⁶ Ancak İş Kanunu'nun bu maddesi iş güvencesi kapsamındaki işçiler, diğer bir deyişle 30 veya daha fazla kişi çalıştıran bir işyerinde belirsiz iş sözleşmesi ile altı aydan fazla bir süredir çalışan işçileri kapsamaktadır. Dolayısıyla iş güvencesi kapsamında olmayan işçileri mağdurlaştırmaya karşı koruyan bir düzenleme de söz konusu değildir. Bu sınırlı düzenlemeler yanında öncelikle tüm işçileri kapsayacak şekilde iş hukuku açısından ve aynı zamanda ayrımcılık mağdurlarını hukukun tüm alanlarında koruyacak yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.

Yapılacak yasal düzenlemelerde mağdurlaştırmanın ayrımcılığın bir biçimi olarak tanınması, kapsamlı bir tanımının yapılması, idari, yargısal veya yargısal benzeri tüm usulleri kapsaması mağdurlaştırmaya uğrayan kişi ile ayrımcı muameleden sorumlu kişi arasında bir bağın varlığının aranmaması, ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak gündeme gelen ispat yükünün paylaşılması olanağının mağdurlaştırma için de sağlanması, ayrımcılık yasağının kişi ve konu bakımından kapsamı çerçevesinde mümkün olduğunca geniş bir kapsama sahip olması gerekmektedir.

⁴⁷⁶ Ergin, s. 260.

H.Ayrımcılık Oluşturmayan Farklı Muameleler

Türk hukukunda ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelere dair açık bir yasal düzenleme göze çarpmamaktadır. Öncelikle istihdam alanına bakılırsa kamu görevlileri ile ilgili bazı düzenlemeler bulunmaktadır. 1961 Anayasası'nın 58. maddesi "Hizmete alınmada, ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." ve 1982 Anayasası'nın 70. maddesi "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." ibaresine yer vermiştir. Dolayısıyla kamu hizmetine girmede yalnızca görevin gerektirdiği nitelikler göz önünde tutulacaktır ve bu noktada herhangi bir ayrımcılık temeline yer verilmemiş olsa da ayrımcılık yasaklanmış durumdadır.

Anayasa Mahkemesi oldukça eski tarihli bir kararında "Kadınların memur ve müstahdem olmaları caizdir. Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tespit olunur" şeklindeki bir yasal düzenlemeyi ayrımcılık olarak değerlendirmemiştir.⁴⁷⁷ Mahkeme söz konusu düzenlemenin 1961 Anayasası'nın eşitlik ilkesine yer veren 12. maddesi ve kamu hizmetine girme hakkına yer veren 58. maddesine aykırı bulmamıştır. Düzenleme de yer alan "Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tespit olunur" ifadesi Anayasa Mahkemesi'ne göre "ilk bakışta eşitlik prensibine aykırı gibi görünürse de kadınların vücut yapıları ve işlerin niteliği bakımından bazı kamu hizmetlerine alınmamaları, bu prensibi zedeleyecek nitelikte değildir. Kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi gerektiğinden kadınların vücut yapılarının elverişli olmadığı hizmetlerin her vekâletin memurlarına ait kanunlarda gösterilmesinin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunma[maktadır]". Görüldüğü gibi Mahkeme eski tarihli bir kararında ayrımcılık oluşturmayan farklı muameleler noktasında oldukça geniş bir takdir yetkisi bırakmıştır. Mahkeme'nin bu kararı ile bir işin nitelikleri çerçevesinde bir ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele rejimi değil biyolojik özelliklere ve cinsiyete temelli bir ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele rejiminin yolu açılmıştır.

⁴⁷⁷ AYM, E. 1987/24, K. 1987/32, K.t. 24.11.1987.

Mahkeme'nin bir başka kararında ise hâkimlerin bir yabancı ile evlenmelerine dair getirilen yasak değerlendirilmiştir. Mahkeme, "...açık bir gerekçeye rastlanmamakla birlikte söz konusu hükmün, günün siyasal ve ahlaki değer yargılarının etkisiyle yasalarda yer aldığı ve özellikle devlet sırlarının korunması kaygısından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Oysa yabancı ile evli olmamanın hâkim adaylığı görevinin gerektirdiği nitelik sayılması olanaksızdır..." ifadesi ile söz konusu hükmü 1961 Anayasası'nın 12. ve 58. maddesine aykırı bulmuştur.⁴⁷⁸ Bu kararlar ışığında en azından kamu görevlileri açısından işe alınma sürecinde belirli ayrımcılık temelleri açısından ayrımcılık oluşturmayan farklı muameleler tanındığı durumda bu ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelerin görevin gereklerine uygun olması beklenmektedir. Ancak düzenlemenin konusu yalnızca kamu görevlileri ile ilgili olduğu için benzer bir düzenlemenin tüm çalışma biçimlerini kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Devlet Memurları Kanunu, 48. maddesinde, her görevin gerektirdiği nitelikleri belirlemiştir ve kanun kapsamı dışında kalanlar içinde özel yasalarıyla veya yönetmelikleriyle belirleneceğini öngörmüştür. Kanunun 48. maddesinde devlet memurluğuna alınmanın genel şartları sayılmış, özel şartlar olarak ise, hizmet göreceği sınıf için yasada belirtilen öğretim ve eğitim kurumlarından birinden diploma almış olmak ve kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan şartları taşımak olarak açıklanmıştır. Danıştay da, Anayasa'nın 70. maddesi ile ilgili olarak, "...Anayasanın 70. maddesinde öngörülen 'görevin gerektirdiği niteliklerin' hiç kuşkusuz subjektif değerlendirmelerle değil, objektif, genel ve gayri şahsi nitelikteki kurallarla belirlenmesi gerekir..." şeklinde yaklaşımını ortaya koymuştur. Danıştay'a göre atama işleminde yetkili makamın belirtilen şartlara uygun olmayan başka kurallar öngörmesi halinde takdir yetkisinin sınırsız hale gelebilecektir ve "...Böylesine subjektif değer yargılarına bağlı olarak kullanılacak takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi muhtemel olduğu gibi, böyle bir uygulama Anayasa'da ifade edilen 'kanun önünde eşitlik' ilkesinin ve 'kamu hizmetine girme hakkının' ihlali niteliğini taşır..."⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ AYM, E. 1979/19, K. 1979/39, K.t. 09.10.1979.

⁴⁷⁹ Danıştay 5. Daire, E. 2001/5253, K. 2003/796, K.t. 13.03.2003

Başka bir Danıştay kararında ise itfaiye memurluğuna alınmak için başvuru yapan ancak 27 yaşını geçtiği için başvurusu kabul edilmeyen bir kişinin durumu değerlendirilmiştir. Danıştay yaş temelinde ayrımcılık olarak değerlendirilebilecek bu davada, ayrımcılık yasağı ile ilgili bir değerlendirme yapmamıştır. Danıştay, “...657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda memuriyete girişte aranacak yaş koşulu sadece genel olarak alt sınır şeklinde belirlenmiş olup, idarelerin yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetin özellikleri ve niteliğini dikkate alarak yaş konusunda üst sınır belirlemeleri mümkün olduğundan ve 657 sayılı Kanunda bu konuda aksine bir hüküm de bulunmadığından, olayda dava konusu yönetmelik hükmü ile itfaiye hizmetinin önemi göz önünde bulundurulmak suretiyle itfaiye eri olarak atanacaklar için yaş sınırı getirilerek 27 yanından gün almamış olma şartının öngörülmesinde kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık görülmemiştir.” ifadesi ile söz konusu düzenlemeyi hukuka uygun bulmuştur.⁴⁸⁰ Ancak yukarıda belirtilen hususlar ışığında söz konusu düzenlemenin yine genel nitelikte bir düzenleme olduğu ortadadır ve Danıştay’ın yukarıda belirtilen bir önceki kararı ile çeliştiği görülmektedir. Davada bir hizmetin gerektirdiği bir yaş koşulu getirilip getirilmediği belirsiz kalmıştır.

Kanunlar düzeyinde güdüme gelebilecek birdiğer düzenleme İş Kanunu’nun 5. maddesinde yer alan “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz...” şeklindeki düzenlemedir. Burada görüldüğü gibi mesleki gerekliliklere yönelik açık bir gönderme bulunmaktadır. Ancak bu gönderme “gerçek ve belirleyici mesleki gereklilik” yerine “işin niteliğine ilişkin zorunlu sebepler” şeklinde yapılmıştır. Bu farklılığın yargısal organlarının kararlarında benzer bir yorumla giderilmesi mümkün gözükse de bu yönde açık bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Ayrımcılık oluşturmayan farklı muameleler ile ilgili bir dizi düzenleme İş Kanunu’nun çeşitli maddelerinde yer almaktadır. Kanunun 30/7 maddesinde engellilik hali ile ilgili “Yer altı ve su altı işlerinde özürü işçi çalıştırılmaz...” denilerek bir ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele öngörülmüştür. Kanun’da, yaş

⁴⁸⁰ Danıştay 10. Daire, E. 2005/5972, K. 2007/2493, K.t. 18.05.2007.

temelinde, 71. maddesinde çocuk ve genç işçilerle ilgili bir dizi düzenleme yer almış, 72. maddesinde “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır...” ve 73. maddesinde “Sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır...” hükmü getirilmiş ve “Onaltı yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz” düzenlemesi yapılmıştır. Dini kuruluşlar, silahlı kuvvetler gibi alanlarda açık ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelere yer verilmemiştir. Bu nedenle yukarıda ifade edilen ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele örneklerinden uygun görünenler açısından da yine açık yasal düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

Türk hukukunda ayrımcılık oluşturmayan farklı muameleler oldukça dar kapsamda düzenlenmiştir. Bu ilk bakışta olumlu bir durum gibi gözüke de bu tür muamelelerin açık biçimde yasalarca tanınması ayrımcılık yasağının etkili biçimde korunması için oldukça önemlidir. Yapılacak düzenlemelerde ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelerin istisnai ve sınırlı sayıda tanınması gerekmektedir. Bu noktada genel ve soyut nitelikte düzenlemeler yerine konunun hangi alanlarda ve kişiler için gündeme gelebileceğinin somut biçimde düzenlenmesi daha uygun olacaktır.

BÖLÜM 6.YASAMA ORGANININ AYRIMCILIK YASAĞININ ETKİLİ HALE GETİRİLMESİ BAĞLAMINDA DESTEKLEYİCİ HUKUKİ KURUMLARA DAİR YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. Özel Önlemler

A.Özel Önlemler Kavramı

Ayrımcılığın tek başına yasaklanması eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi ve eşitliğin fiilen sağlanması açısından gerçek bir çözüm olmaktan uzaktır. Özellikle hukuk alanında temel yaklaşım mağdurların bireysel olarak hukuki usullere başvurarak mağduriyetinin giderilmesini talep etmesidir. Ancak geleneksel kabul edilebilecek bu çözüm, şekli eşitlik anlayışı doğrultusunda ayrımcılığın yapısal dinamiklerini, eşitsizliğin ve mağdurların dezavantajlı durumunun göz ardı edilmesi ve ayrımcılıkla mücadelenin mağdurlar tarafından yerine getirilmesi anlamını da taşımaktadır. Bir kişinin ırk veya etnik kökeni, yaşı, cinsiyeti vs. gibi özelliklerinden ötürü farklı muamele ile karşılaştığı durumlarda bu kişinin bu özelliklerinden kaynaklanan dezavantajlarının ortadan kaldırılmasına yönelik özel önlemler alınması gerekmektedir.¹Bu tür önlemler ayrımcılıkla mücadelede mağdurların yanında aynı zamanda hem devletin hem de özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin sorumluluk üstlenmesi sonucu doğuracaktır.

Özel önlemler sadece ortaya çıkan ayrımcı nitelikteki farklı muamelelere değil, ayrımcılığın nedenleri ve sonuçlarına da odaklanarak ayrımcılığın önlenmesini de hedeflemektedir. Özel önlemler sonucunda olağan durumda ayrımcılık kapsamında değerlendirilen “öncelik tanıma ya da tercihte bulunma” (preference) ayrımcılık olarak değerlendirilmemektedir. Özel önlemlerin eşit muamele ilkesinden bir sapma olmakla amacının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

¹ Özel önlemleri haklı gösterme noktasında çeşitli argümanlar ortaya konulmaktadır. Ancak bu çalışmada konuya hukuki boyutu açısından yaklaşmaktadır ve bu nedenle bu argümanlar üzerinde durulmayacaktır. Argümanların kısa bir özeti için bkz, Marc Bossuyt, **The Concept and Practice of Affirmative Action**, Final Report submitted by Mr. Marc Bossuyt, Special Rapporteur, in accordance with Sub-Commission resolution 1998/5, s. 5-9, [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/0aaa7775daf0bcebc1256c0c0031c5bd/\\$FILE/G0214014.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/0aaa7775daf0bcebc1256c0c0031c5bd/$FILE/G0214014.doc) (erişim:01.04.2012)

Kavramın hukuken bir tanımının olmaması bir yana, farklı hukuk düzenlerinde farklı kapsamlara sahip olan, farklı adlandırmalar söz konusudur. Özel önlemler ifadesi uluslararası hukukta ve öğretilerde farklı isimlendirmelerle anılabilmektedir ve bu açıdan bir kavram karmaşasının varlığından söz edilebilir. Özel önlem (special measures) ifadesi yerine zaman zaman, “pozitif ayrımcılık” (positive discrimination), tersine ayrımcılık (reverse discrimination), “olumlu eylem” (positive action), “olumlu önlem” (positive measures), “destekleyici edim” (affirmative action) ifadeleri kullanılabilmektedir.² Ancak tüm bu kavramlar her zaman aynı şeyi ifade etmek için kullanılmamaktadır. Aşağıda üzerinde durulacağı üzere uluslararası insan hakları hukukunda “özel önlemler” ifadesi ile ABD veya Kanada hukukunda kullanılan “destekleyici edim” ifadesi veya AB hukukunda kullanılan “olumlu eylem” ifadeleri farklı yükümlülükleri barındıracak biçimde kullanılabilmektedir. Ancak bu çalışmada insan hakları hukukuna odaklanıldığı için “özel önlemler” ifadesi kullanılmaktadır. Bu durumun altında yatan nedenlerden ilki çalışmada yer alan insan hakları sözleşmelerine Türkiye’nin de taraf olmuş olmasıdır. İkinci bir neden ise uluslararası insan hakları hukukunda özel önlemlerin kapsamının diğer terimlerin geçerli olduğu hukuk sistemlerine göre daha geniş bir çerçeveyi içermesidir. Belirtilen kavramların birbirinin yerine kullanılması kendilerine ait farklı arka planlarının olması gerekçesiyle olumlu karşılanmamaktadır.³ Çalışmada insan haklarında bugün kullanılan terminoloji ile de uyum sağlanması noktasında yukarıda belirtilen tüm kavramlar yerine bir şemsiye kavram niteliğinde olan özel önlemler kavramı kullanılacaktır.

Türkiye’de kavramın en yaygın kullanım biçimi “pozitif ayrımcılık” ifadesidir. Ancak öğretilerde ve uygulamada bu şekilde bir kullanım haklı olarak eleştiri ile karşılaşmaktadır. Öğretilerde bu şekilde bir kullanımın *contradictio in terminis* (kendi içinde çelişik) niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Pozitif ayrımcılık teriminde bir farklılık gözetmenin keyfi olmadığı ve meşru ve haklı bir nedene dayandığı için ayrımcılık olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı

² Mehmet Semih Gemalmaz, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında “Özel Önlemler”, “Geçici Özel Önlemler” ve “Pozitif Edim” ve “Destekleyici Edim”*, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Adalet Yay., Ankara, 2010, s. 132.

³ Mark De Vos, *Beyond Formal Equality-Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Belgium, 2007, s. 12.

vurgulanmıştır.⁴ Ayrıca bu şekilde bir kullanım anlam sapmasına yol açabilecek niteliktedir ve ifadenin kullanıldığı KKAOKS'nin 4. maddesinin lafzı ile de bağdaşmayacaktır. Ayrımcılık *per se* olarak hukuka ve insan haklarına aykırıdır ve bu nedenle “olumlu” veya “tersine” olarak ifade edilmesi mümkün değildir.⁵ Benzer tartışma sonucunda IAOKK tarafından yakın zamanda 32 No’lu Genel Tavsiye yayınlanmıştır. Anılan belgede uluslararası insan hakları standartları açısından “pozitif ayrımcılık” ifadesinin *contradictio in terminis* niteliğinde olduğu ve bu nedenle kullanılmasından kaçınılması gerektiği ifade edilmiştir.⁶

Özel önlemlerin uluslararası hukukta herhangi bir hukuki tanımı bulunmamaktadır. Özel önlemleri, toplumsal veya ekonomik olarak dezavantajlı veya geçmişte ya da bugün ayrımcılığın veya dezavantajların sonuçları ile yüzleşen grupların üyelerine tam ve etkili bir eşitliğin hayata geçirilmesi amacıyla yönelik orantılı önlemler olarak tanımlanması mümkündür.⁷ Kavram destekleyici edim (affirmative action) olarak kullanıldığında ise, eşitliği etkili biçimde gerçekleştirilmesi için, geçici nitelikte, özel olarak bir hedef grubun üyelerinin toplumsal yaşamın farklı veçhelerinde durumlarının düzeltilmesini amaçlayan bir dizi önlem olarak tanımlanmaktadır.⁸ Özel önlemler yasal düzeyde kabul edilebileceği gibi yasal düzey yanında politika, etkinlik, inisiyatif, strateji vs. gibi farklı adlarla da gündeme gelebilmektedir. Ancak çalışmanın konusu kapsamında sadece yasal düzeyde gündeme gelen özel önlemler üzerinde durulacaktır.

Uluslararası hukukta özel önlemlerin amacı “fili eşitliği hızlandırmak”⁹, “ayrımcılığa neden olan eylemlerin gerçekleşmesine yardımcı olan koşulların ortadan kaldırılması”¹⁰ veya “insan haklarından ve temel özgürlüklerden eşit şekilde yararlanmalarını sağlamak amacıyla, özel bir korumaya ihtiyaç duyan belli ırk veya

⁴ Bossuyt, **The Concept and Practice of Affirmative Action**, para. 5.

⁵ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 137.

⁶ IAOKK, 32 No’lu Genel Tavsiye, para. 3.

⁷ **International Perspectives on Positive Action Measures: A Comparative Analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa**, European Commission, Luxembourg, 2009, s. 10.

⁸ Bossuyt, **The Concept and Practice of Affirmative Action**, para. 6.

⁹ KKAOKS, madde 4/1.

¹⁰ Human Rights Committee, General Comment No. 18, Non-discrimination, A/45/40, 09.11.1989, para. 10, (Bundan sonra “İHK, 18 No’lu Genel Yorum” olarak anılacaktır) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

etnik grupların veya bireylerin uygun gelişimini temin”¹¹ olarak belirtilmiştir. Bu amaçlar yanında özel önlemlerin eşitsizliğin söz konusu olmadığı belirli durumlarda çeşitliliğin sağlanması veya sürdürülmesi için de gündeme gelebileceği ifade edilmektedir.¹²Özel önlemler geçmişe yönelik olarak giderim amacıyla dışlanan gruplara mensup kişilere geçmişteki ayrımcı uygulamaların mirası üzerinde gündeme gelebilmektedir. Ayrıca geçmiş yanında bugüne odaklanılmakta ve fiili eşitliğin sağlanması için gerçekleri göz ardı eden şekli eşitlik anlayışı yerine farklılıklar göz önünde tutulmaktadır. Özel önlemler ayrıca geleceğe yönelik olarak da işlevli olabilmekte ve farklılıklara saygıyı ve çeşitliliğin geliştirilmesine hizmet edebilmektedir.¹³

Özel önlemler kavramında “özel” ifadesi ayrımcılığa maruz kalan gruplara yönelik fiili veya maddi eşitlik hedefine somut olarak ulaşılmasını hızlandırmaya ve kolaylaştırmaya yarayan önlemlere işaret etmektedir.Diğer bir deyişle önlemler “özel” bir hedefe hizmet etmek amacıyla Özel önlemler kavramında yer alan “önlem” ifadesi ile ise, sosyal hizmet veya destek programı, kaynakların tahsisi, öncelikli muamele, hedef odaklı istihdam, görevlendirme ve terfi, süre bazında sayısal hedefler ve kota sistemleri gibi yasama ve yürütmeye ilişkin idari ve başka düzenleyici araçları, politika ve uygulamaları içermektedir.¹⁴ Özel önlemler fiili (de facto) eşitliğin sağlanmasının hızlandırılmasına yöneliktir.

Geçmişten bugüne özel önlemler açısından yürüyen bir tartışma söz konusudur ve bu tür önlemler yoğun itirazla karşılaşılabilmektedir. Özel önlemler belirli bir durumda eksik temsil edildiği düşünülen gruba yönelik toplumsal

¹¹ IAOKS, madde 1/4.

¹² Olivier De Schutter, *Positive Action, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Dagmar Schiek; Lisa Waddington; Mark Bell (ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007, s. 759.

¹³ De Schutter, *Positive Action*, s. 780.

¹⁴ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, The General Recommendation No. 25, article 4 paragraph 1 - Temporary special measures, 05.03.1988, CEDAW/C/2004/I/WP.1) bundan sonra “KKAOKK, 25 No’lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır), paras. 21-22, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (erişim:01.04.2012);

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination, 24.09.2009, CERD/C/GC/32 (bundan sonra “IAOKK, 32 No’lu Genel Tavsiye” olarak anılacaktır), para. 13, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

mühendislik olarak da nitelendirilmektedir.¹⁵Özel önlemler öğretilde “eşitleştirme ödevi” olarak da ifade edilen bir yükümlülüğün sonucudur.¹⁶Özel önlemler, statik ve bireysel şekli eşitlik modeli yerine dinamik, sonuç odaklı bir yaklaşımın sonucudur.¹⁷

Ayrımcılık yasağının güncel tanımı sadece negatif (olumsuz) anlamda ayrımcılığın yasaklanmasını değil ayrımcılığa karşı pozitif (olumlu) anlamda korunmayı da içermektedir. Olumlu yükümlükler geleneksel olarak ayrımcı muameleye maruz kalan belli grupların özellikle korunmasını gerektirir. Özel önlemler sayesinde, örneğin, bazı etnik gruplara mensup kişiler eğitim eksikliklerinden kaynaklı olarak iş bulma sorunu yaşamaları karşısında bu kişilere özel eğitim verilerek bu dezavantajları giderilmeye çalışılır. Ayrımcılık yasağı ile ilgili ilk düzenlemelerde eşitliğin sağlanması için hukuki engellerin kaldırılması anlayışı ön planda olurken günümüzde, özellikle de IAOKS ve KKAOKS'nin getirdiği düzenlemeler ile “eşitleştirme” yükümlülüğünün de aynı derecede önem kazandığı söylenebilir.¹⁸

Özel önlemlerin ilgili gündeme gelen başka bir konu, bu tür önlemlerin dezavantajlı gruplar dışında kalan ve avantajlı kabul edilen gruplar üzerindeki etkisidir. Özel önlemler bir grup için söz konusu olan mevcut dezavantajlı durumun ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır. Ancak burada gündeme gelecek önlem avantajlı kabul edilen grup için olumsuz bir durum ortaya koyabileceği gibi söz konusu grup açısından herhangi bir değişiklik ortaya çıkarmayabilir. Örneğin bir okulda ortopedik engelli öğrencilere yönelik bir rampa inşa edilmesi durumunda, söz konusu özel önlem engelli olmayan kişileri için olumsuz bir durum veya zarar ortaya çıkarmamaktadır. Ancak istihdamda kadın işçilerin sayısının artırılması için belirli sektörlerde asgari bir kota öngörülmesi durumunda erkek işçilerin uzun vadede bu düzenlemeden olumsuz etkilenmeleri söz konusu olacaktır. Bu durum mevcut işsizlik rakamları içerisinde erkek işsizlerin sayısının artması anlamına gelecektir. Fakat olumsuz bir etki veya sonuç doğursun veya doğurmasın, özel önlemlerin amacı

¹⁵ De Vos, s. 31.

¹⁶ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş** (bundan sonra “Gemalmaz, **Genel Teori**” olarak anılacaktır), Legal Yay., İstanbul, 2010, s. 106; Matthew Craven, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a Perspective on its Development**, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 158.

¹⁷ De Vos, **Beyond Formal Equality**, s. 11.

¹⁸ Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 110.

avantajlı durumda bulunan grubun zarara uğraması veya bu grup için olumsuz sonuçlar doğurması değildir. Özel önlemler ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak yukarıda da ifade edilen “aşağıya doğru eşitleme” (equalizing down) anlayışının reddi doğrultusunda gündeme gelmektedir ve amaç eşitsizliğin yukarıya doğru giderilmesinin sağlanmasıdır.

Özel önlemlerle ilgili başka bir konu ise özel önlemlerin dezavantajlı grup üzerinde doğurduğu etkidir. Bazı özel önlemler, bu yönde bir amaç olmamasına karşın, kendine özgü bazı özelliklere sahip olan grupların asimilasyonu ile sonuçlanabilmektedir. Özel önlemlere dair aşağıda da üzerinde durulacak yükümlülükler herhangi bir kültürel kimliğin korunması yükümlülüğünün içermemektedir. Ancak bu şekilde bir yükümlülüğün açıkça kabul edilmemiş olmasına rağmen özel önlemlerle ilgili yükümlülüklerle birlikte değerlendirildiğinde bu yönde bir özenin ortaya konulması önem kazanmaktadır. Dezavantajlı bir grubun topluma entegrasyonu o grubun sahip olduğu insan hakları düşüncesi ile uyumlu kültürel özelliklerinin korunması anlayışı ile birlikte sağlanmalıdır. Örneğin resmi dili daha yaygın konuşulmasına dair bir eğitim politikasının ve bu yönde farklı dilsel gruplar için öngörülen özel önlemlerin ayrımcılık yasağının ihlaline yol açıp açmadığı sorusu gündeme gelecektir. Elbette farklı dilsel grupların buldukları ülkenin resmi dilini öğrenmemeleri durumunda da toplumsal yaşamdan dışlanarak ayrımcılık mağduru olmaları mümkündür. Dolayısıyla burada hem resmi dilin öğretileceği hem de kültürel kimliğin korunacağı bir özel önlemler dizgesi hayata geçirilmelidir.

B. Özel Önlemler ile Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı İlişkisi

Özel önlemler, şekli eşitlik ile maddi eşitlik anlayışlarından hangisinin benimsendiğini ortaya koyan bir turnusol kâğıdı olarak kabul edilebilir. Şekli eşitlik anlayışı özel önlemler konusunda, en fazla bu özel önlemlere izin veren ve bu tarz önlemleri ayrımcılık oluşturan farklı muamele olarak kabul etmeyen bir yönelimi benimsemiştir. Ancak maddi eşitlik anlayışı özel önlemlere hem izin vermekte hem de özel önlemlerin gerekliliğini kabul etmektedir ve yapısal eşitsizliklerin

giderilmesinde önem atfetmektedir.¹⁹ Ancak özel önlemler her ne kadar maddi eşitlik anlayışının bir gereği olarak ifade edilse de yukarıda şekli eşitlik anlayışında geçerli olan “evrensel” bakış açısı doğrultusunda, örneğin kadın erkek eşitliği açısından, kadınlarla erkekleri “aynılaştırma” şeklinde bir bakış açısını da yansıttığı yönünde eleştiriler getirilmektedir.²⁰ Özel önlemler konusu hukuki düzenlemeler açısından dolaylı ayrımcılık kavramı ile birlikte maddi eşitlik anlayışının benimsenip benimsenmediğini ortaya koyan bir araç kabul edilmektedir.²¹

Özel önlemlerin kabulünde, eşitlik ilkesi açısından fırsat eşitliği veya sonuçların eşitliği ikiliği noktasında da bir ayrışma ortaya çıkmaktadır. Bu iki anlayıştan hangisinin benimsendiği özel önlemlerin kapsamı ve hedeflerini belirlemektedir. Fırsat eşitliğinin özel önlemlere dair yaklaşımı kişilerin yeteneklerinin artırılması ve o kişi ile ilgili karar alma süreçlerinde herhangi bir ayrımcılık temeline dayalı olarak karar alınmasının önüne geçilmesi ile sınırlı olmaktadır. Sonuçların eşitliği anlayışı ile ise yukarıda ifade edilen karar alma süreçlerinin sonuçlarına odaklanarak görece dezavantajlı grubun durumunun iyileştirilmesini amaçlamaktadır. Böylece fırsat eşitliğinin tersine mevcut olan eşitsizliklerin nedeninin toplumda sürmekte olan yapısal nitelikteki ayrımcılık olduğu kabul edilmektedir.²² Fırsat eşitliği kapsamında öngörülen özel önlemler çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. Öncelikle dezavantajlı gruplara barınma, besin, eğitim, danışma gibi konularda özel bir yarar sağlanması gündeme gelebilmektedir. Bu şekilde bir yaklaşım büyük ölçüde ayrımcılık yasağı kapsamında değil yoksulluk, yaşlılık, hastalık gibi durumlarda ve dağıtıcı adalet yaklaşımı çerçevesinde sağlanmaktadır. Aslında özel önlem niteliğinde kabul edilebilecek bu tür düzenlemeler fırsat eşitliği çerçevesinde neredeyse hiç bir itirazla karşılanmamaktadır.²³

Sonuçların eşitliğini gözeten özel önlemler ise tartışma yaratabilmektedir. Bu konuda en çok gündeme gelen özel önlem biçimi ise daha çok istihdam ve eğitimde

¹⁹ Sandra Fredman, *Providing Equality: Substantive Equality and The Positive Duty to Provide*, **South African Journal on Human Rights**, Vol. 21, Part 2, Centre for Applied Legal Studies, Cape Town, 2005, s. 166-169.

²⁰ Bu eleştiriler için bkz, Gemalmaz, *Özel Önlemler*, 140.

²¹ Sandra Fredman, **Discrimination Law**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, s. 115.

²² Bossuyt, **The Concept and Practice of Affirmative Action**, s. 8.

²³ Craven, s. 186.

gündeme gelen kota uygulamalarıdır. Ancak burada genellikle fırsat eşitliği anlayışı çerçevesinde gündeme gelen özel önlemlerin daha sonra siyasi veya toplumsal nedenlerle genişletildiğini belirtmek gerekir.²⁴ Dolayısıyla her iki anlayışının somut ihtiyaca göre aynı anda, farklı düzeylerde gündeme gelmesi mümkündür.

Özel önlemler aynı zamanda dolaylı ayrımcılık da oluşturabilmektedir. Bu noktada hukuken kabul edilen bir özel önlemin başka gruplar açısından dolaylı ayrımcılığa yol açması mümkün olabilmektedir. Görünüşte tarafsız olan bir özel önlem sonuçları itibarıyla ayrımcı nitelikte olabilmektedir. ABAD bir davada kamu hizmetine alımda zorunlu askerlik veya onun yerine öngörülen sivil hizmeti yerine getiren kişilere öncelik tanınmasına dair yasal düzenlemeyi değerlendirmiştir. Divan söz konusu kadınların askerlik yapmasına dair bir yükümlülüğün mevcut olmaması nedeniyle yasal düzenlemenin dolaylı biçimde cinsiyet temelinde farklı muamele içerdiğine karar vermiştir. Ancak Divan söz konusu özel önlemin sınırlı bir süre için öngörülmüş olması, erkeklerin askerlik yükümlülüğü nedeniyle erkeklerin eğitimlerine ara vermek durumunda kalması nedeniyle ayrımcılık oluşturmadığına hükmetmiştir.²⁵ Dolayısıyla alınan bir özel önlem dolaylı ayrımcılığa yol açabilecek nitelikte bir farklı muamele ortaya koysa dahi alınan önlemin makul, nesnel ve ölçülü görülebilmesi, başka bir deyişle haklı kılınması mümkündür.

C. Özel Önlem Yöntemlerinden Örnekler

Özel önlemler dezavantajlı belirli bir gruba yönelik öncelik tanıma ya da tercihli muamele olarak veya başka biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. Bu noktada bireyler bir gruba mensup bireyler olarak sınıflandırabilmekte veya buna gerek olmayabilmektedir.²⁶ Tercihli muamele gerektirmeyen özel önlem biçimleri de söz konusudur. İstihdam alanında bir dizi örnekle konu açıklanmaya çalışılmıştır. İlk örnek, “izleme” (monitoring) olarak adlandırılan, işyerlerinde çalışan kişilerle ilgili bilgi sunma yükümlülüğü getirilmesi ve böylece hangi gruplar açısından eksik temsil olgusunun ortaya çıktığının tespitini içermektedir. Bu yöntemde işverenler için eksik

²⁴ Bossuyt, *The Concept and Practice of Affirmative Action*, para. 38.

²⁵ ABAD, *Julia Schnorbus v Land Hessen*, Case C-79/99, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 7 December 2000, para. 46.

²⁶ Bu yönde açıklayıcı bir tablo için bkz, De Schutter, *Positive Action*, s. 762.

temsil ile ilgili somut hedefler belirlemeleri ve bu hedefe ulaşılması için hangi önlemlerin alınması gerektiğini içeren bilginin sunulması söz konusudur ve işverenler bunun için teşvik edilmektedir. Bu yöntemde tercihli muamelelerin gündeme gelme zorunluluğu bulunmamaktadır ve yasal düzenlemeler bu noktada bir yükümlülük öngörebilir veya öngörmeyebilir. Ancak yükümlülük öngörüldüğü durumda dahi bu yükümlülük eksik temsil olgusunun söz konusu olduğu gruba mensup kişilerin bu yönde subjektif talep yetkisi bulunduğu anlamına gelmemektedir.²⁷

Tercihli muamele gerektirmeyen bir diğer özel önlem yöntemi ise, bir iş için gündeme gelen “niteliklerin veyaliyakatin yeniden tanımlanmasıdır” (redefining merit). Bu yöntemde maddi eşitliğin sağlanması ile birlikte çeşitlilik de geliştirilmeye çalışılmaktadır. Dezavantajlı veya eksik temsil olgusunun geçerli olduğu gruplar açısından başvurulabilen bu yöntemde, iş için gerekli nitelikler, belirtilen grupların işgücüne katılımını artırmak için onların özellikleri ya da ihtiyaçlarını göz önündetutarak belirlenebilmektedir.²⁸

Başka bir yöntemde ise eksik temsil edilen bir gruba mensup kişilerin belirli bir işe başvurma yönünde teşviki gündeme gelmektedir. Dezavantajlı veya eksik temsil edilen gruplara yönelik çağrı (outreaching) olarak adlandırılan bu yöntemde örneğin bir iş ilanının belirli bir dezavantajlı gruba mensup kişilerin yoğun yaşadığı yerde duyurulması veya işverenin iş ilanında dezavantajlı gruba mensup kişilerin söz konusu işe başvurmalarını açıkça istediğini belirten ifadelerin yer alması bu duruma örnektir.²⁹ Burada da bir önceki yöntemde olduğu gibi işyerinde çeşitliliğin artırılması da gündeme gelmektedir. Ancak bu yöntemde de tercihli muamele gündeme gelmemekte ve önemsiz olmamakla birlikte, yalnızca dezavantajlı ve eksik temsil edilen gruplara mensup kişilerin işe başvuru yapmaları teşvik edilmektedir. Bu sebeple özel önlem olarak değerlendirilmemesi yönünde görüşler de mevcuttur. Bu yöntemde bir iş için öngörülen nitelikler veya liyakat konusunda herhangi bir değişikliğe gidilmemektedir.³⁰

²⁷ a.g.e., s. 763-771.

²⁸ a.g.e., s. 771.

²⁹ a.g.e., s. 763-772.

³⁰ a.g.e., s. 773.

Tercihli muamele öngören özel önlemler de çeşitli biçimlerde kabul edilebilmektedir. İlk gündeme gelen yöntem aynı niteliklere sahip, dezavantajlı veya eksik temsil edilen bir gruba mensup bir kişi ile avantajlı gruba mensup kişinin aynı işe başvurduğu durumda, eksik temsil edilen gruba mensup kişiye öncelik verilmesidir. Burada ilgili iş için öngörülen nitelikler veya liyakat konusunda bir istisnaya yer verilmemektedir. Ayrıca bir kota belirleme yükümlülüğü de söz konusu değildir. İşveren tarafındaki gerektirdiği nitelikler noktasında bir farklılık yapılmamakta ve yalnızca ek bir ölçüt ile dezavantajlı gruba mensup olup olmamak işe alım sürecinde değerlendirme kapsamında tutulmaktadır. Bu koşullar gerçekleştiğinde mutlak ve başka koşul gerektirmeyecek biçimde bir yükümlülük öngörülebileceği gibi, değerlendirmeye tabi tutulacak avantajlı gruba mensup kişiye diğer gruba öncelik tanınsa bile kendisine özel kişisel başka durumların da değerlendirmede göz önünde tutulabileceğine dair bir yaklaşımın da benimsenmesi mümkündür.³¹ Aşağıda görüleceği üzere ilk yaklaşım ABAD tarafından geçmişte olumsuz karşılanmışsa da³² ancak ikinci yaklaşıma olumlu yaklaşmıştır.³³

Özel önlemlerde tercihli muamelenin bir başka biçimi ise kota öngörülmesidir. Kota uygulaması bir önceki yöntemin aksine dezavantajlı veya eksik temsil edilen gruba mensup kişinin diğer kişi ile aynı niteliklere sahip olmasını gerektirmeyebilmektedir. Bu yaklaşım uygulamada belirli bir sektörde belirli bir oranın dezavantajlı veya eksik temsil edilen gruplara ayrılması biçiminde olabileceği gibi, dezavantajlı bir grubun tüm nüfus içerisindeki oranı ölçüsünde de belirlenmesi mümkündür. Kota uygulamasının işin gerektirdiği niteliklere ve liyakate dayalı olarak belirlendiği durumda, nitelik ve liyakate göre önünde tutulmayıp yalnızca nüfus içindeki orana göre belirlenmesine göre daha az eleştiri ile karşılaştığı ifade edilmektedir.³⁴

³¹ a.g.e., s. 775-776.

³² ABAD, *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, Case C-450/93, Judgment of the Court of 17 October 1995.

³³ ABAD, *Hellmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*, Case C-409/95, Judgment of the Court of 11 November 1997.

³⁴ De Schutter, *Positive Action*, s. 775-777.

D. Geçici Özel Önlemler

1. Geçici Özel Önlemler Kavramı ve Unsurları

Geçici özel önlemler, özel önlemlerin altında değerlendirilebilecek bir alt kategori olarak kabul edilebilir. Kavramın “belli bir grubu hedefleyen ve tarihsel arkaplanı da bulunarak verili zaman, mekân ve koşullar içinde bireylerin anlayış, eğilim ve davranışları ile resmi ve özel her düzeydeki birim, yapı ve kurumlardan neşet eden eşitsizlik ve ayrımcılığı önce engellemeyi ve ardından da ortadan kaldırmayı amaçlayan, özel olarak tasarlanmış ve denetim ve izleme dâhil uygulama araç ve teknikleriyle tamamlanmış önlemler bütünü” olarak tanımlanması mümkündür.³⁵ Geçici özel önlemler öngörüldükleri amaç gerçekleşmediği sürece ayrımcılık olarak nitelendirilmemektedir.³⁶

Tarihsel kökenleri olan mevcut eşitsizliklerin fırsat eşitliği ile ortadan kaldırılamayacağına dair düşüncenin giderek hâkim olması ile bu şekilde geçici özel önlemlerin meşruiyeti yaygın kabul görmeye başlamıştır. Ancak ayrımcılık yasağı kapsamında geçici özel önlemler öngörülmesi eleştiri ile de karşılaşmaktadır. Eşit durumda olmayanlar arasında eşitliğin sağlanması için öngörülen bu önlemlerde yine eşit olmayan bir muamele söz konusudur ancak bu muamele meşru kabul edilmektedir. Ancak burada sorun geçici özel önlemlerin kabul edileceği kişi grubu ile ilgilidir. Burada bazı kişi grupları için olumlu nitelikte bazı adımlar atılırken diğer kişi grupları için atılmayabilmektedir. Ortaya çıkan soru geçici özel önlemlerin kabul edilmesi durumunda ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmeyeceğidir. Örneğin tarihsel nedenlerle ırksal farklılıkların mevcut olduğu bir ülkede eğitim hakkına erişim noktasında oldukça geride olan bir gruba kota uygulamasının benimsendiği noktada ortaya çıkan uluslararası göç olgusu sonucunda o ülkede farklı bir etnik grubun da aynı şekilde eğitim hakkına erişemediği bir durumda bu yeni grup diğer etnik gruba sağlanan kota uygulamasından yararlanamayabilecektir. Bu durumun ayrımcılık sayılıp sayılmayacağı bugün için net bir şekilde cevaplanmamış

³⁵ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 139.

³⁶ B. G. Ramcharan, *Equality and Nondiscrimination, the International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights*, Louis Henkin (ed.), Columbia University Press, New York, 1981, s. 259-261.

durumdadır. Ancak bir grubun ayrımcılık sonucu bir hakka erişiminin diğer gruplarla açıkça farklı düzeylerde gerçekleştiği bir durumda geçici özel önlemlerin diğer gruplar için de söz konusu olması gerektiği belirtilebilir.

Geçici özel önlemlerin konu bakımından kapsamı sınırdır. KKAOKK'ne göre söz konusu önlemler, yasal, idari ve diğer düzenleyici işlemler, politikalar, uygulamalar gibi geniş bir yelpazedeki önlemleri içermektedir ve bu noktada, örnek mahiyetinde olmak üzere, destek programları, özel kaynakların ve tahsisatın ayrılması, tercihli muamele, istihdamda ve meslekte ilerlemede hedef kitlesinin belirlenmesi, kota sistemleri, zaman bakımından çerçeveli olarak sayısal belirleme gibi önlemler sayılmıştır.³⁷ Komite, özel önlemler açısından konu bakımından bir belirleme yapmamıştır ve tüm insan hakları açısından bu yönde bir yükümlülük getirmiştir.³⁸ Dolayısıyla günümüzde özel önlemlerin yalnızca karar alma organlarında eşit temsil ile sınırlı düşünülmemesi ve hayatın her alanında ve tüm insan hakları açısından tanınması gerekmektedir. KKAOKK'nin 5 No'lu Genel Tavsiyesi'nde özel önlemlere örnek olarak tercihli muamele veya kota sistemleri verilirken, yukarıda ifade edilen 25 No'lu Genel Tavsiye'de çok daha fazla sayıda örneğe yer verilmiştir ve bu durum özel önlemlerin zaman içerisinde giderek çeşitlendiğini ve hayatın her alanında giderek daha fazla gündeme geldiğinin de ortaya koyar niteliktedir.

Özel önlemler kavramı çeşitli unsurları bünyesinde barındırmaktadır. Prof. Dr. Mehmet Semih Gemalmaz'ın sınıflandırması takip edilecek olursa öncelikle ilk unsur, amaç unsurudur ve bir önkoşul niteliğinde fiili eşitliğin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu amaç sayesinde geçici özel önlemlerin meşruluğu kabul edilmiş olmaktadır. İkinci unsur olarak fiili eşitliğin sağlanması için uzun bir süreyi gerektiren genel önlemler haricinde olanaklar çerçevesinde sürecin hızlandırılması gerekmektedir. Bu noktada KKAOKS'nin 4. maddesinde yer alan "hızlandırma" (accelerating) teriminden hareketle ikinci unsur olarak fiili eşitliğin gerçekleştirilmesinin hızlandırılması öne çıkmaktadır. Üçüncü unsur olarak ise, geçici özel önlemlerin geçiciliği değerlendirilmektedir. Bu tür önlemlerin mutlak, sonsuz süreli ve eşitsizliği sürdürücü nitelikte olmaması gerekmektedir. Özel

³⁷ KKAOKK, 25 No'lu Genel Tavsiye, para. 22.

³⁸ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 149. KKAOKK, 25 No'lu Genel Tavsiye, para. 24.

önlemler kural olarak daimilik/süreklilik arz etmez ve süre bakımından geçiciliği genel bir kuraldır. Özel önlemlerin gerekliliğini ortaya koyan koşulların ortadan kalktığı ve bu tür önlemlerle öngörülen amaca ulaşıldığı takdirde bu tür önlemlere son verilmesi gerekmektedir. Aksi durumun “eşitleştirici” olma vasfından uzaklaşacağı ve başka bir eşitsizliğin kaynağı hale geleceği ifade edilmektedir.³⁹ Dördüncü unsur ise geçici özel önlemlerin başvurulacağı konularla ilgilidir. Bu tür önlemlerin ortaya çıkmış, somut eşitsizlikler için öngörülmesi gerekmektedir. Beşinci bir unsur ise geçici olma niteliğinden ötürü söz konusu önlemlerin fırsat eşitliğini sağlamayı hedeflediğinden hareketle ne zaman sonlandırılacağına belli olmasıdır. Başla bir deyişle geçici özel önlem alınmasını gerektiren durum ortadan kalktığı anda söz konusu önlemlere de son verilmesi gerekmektedir. Altıncı bir unsur ise önlemlerin “özel” niteliğidir. Bu önlemler “spesifik bir amaca hizmet etmek üzere kurgulanmış önlemler” şeklinde tarif edilmektedir. Bu durumda geçici “özel” önlemlerin kişi, konu ve biçim bakımından bir dizi bağlamla birlikte kurgulanması gerektiği ortaya çıkmaktadır ve öngörülen amaç için ayrıca elverişli olması beklenmektedir.⁴⁰

2. Geçici Özel Önlemlerin Normatif ve İçtihadi Kaynakları

Uluslararası sözleşmeler ve AB Direktifleri geçici özel önlemler konusunda bir dizi düzenlemeye yer vermektedir ve bu önlemleri ayrımcılık yasağının bir ihlali olarak değerlendirmemektedir. Aşağıda belirtilen normatif düzenlemeler ve içtihatlar özel önlemlerden yararlanamayan kişiler açısından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinin ileri sürülmesi mümkün olmadığını ortaya koymaktadır.

111 No’lu ILO Sözleşmesi’nin 5. maddesinde de özel önlemlere dair düzenleme yer almıştır. Sözleşme bu şekilde uluslararası hukukta “özel önlemler” ifadesine yer veren ayrımcılıkla ilgili ilk uluslararası sözleşme niteliğindedir.⁴¹ Sözleşme’nin 5/1 maddesinde “Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından kabul edilmiş diğer Sözleşmelerde ya da Tavsiye Kararlarında öngörülmüş bulunan özel koruma

³⁹ Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 110.

⁴⁰ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 141-143.

⁴¹ Bossuyt, **The Concept and Practice of Affirmative Action**, para. 55.

yahut yardım önlemleri ayrımcılık olarak mütalaa edilmeyecektir.” Maddenin ikinci fıkrasında ise “Herhangi bir Üye, varsa temsilci niteliğini haiz işveren ve işçi örgütleriyle istişarede bulunduktan sonra, cinsiyet, yaş, engellilik, aile sorumlulukları ya da sosyal yahut kültürel statüleri gibi nedenlerle, özel şekilde korunma ya da yardımı gereksindikleri genel olarak kabul edilmiş bulunan kişilerin özel gereksinimlerini karşılamak üzere kurgulanmış diğer özel önlemlerin ayrımcılık olarak mütalaa edilmeyeceğini belirleyebilir.” ifadesi yer almıştır. Dikkat edileceği gibi Sözleşme’de ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamı açısından sınırlı bir yaklaşım benimsenmiş olsa da özel önlemler noktasında sayılan temeller örnek niteliğindedir ve çoğaltılması mümkündür.

Oldukça eski tarihli bu Sözleşme’de söz konusu önlemlerin geçici veya sürekli olup olmadığı belli değildir. Ancak madde metninde yer verilen ayrımcılık temellerinden bazıları (cinsiyet, yaş, engellilik) göz önünde tutulduğunda özel önlemlerin sürekli nitelikte de olduğu söylenebilir. Madde metninde yer alan diğer ayrımcılık temelleri (aile sorumluluğu, sosyal veya kültürel statü) açısından ise özel önlemlerin geçici nitelikte kabul edilmesi mümkündür. Bu noktada örneğin kadınlar açısından annelik gibi durumların 5/1 maddesine göre korunması ön plandadır ve bu açıdan öngörülecek özel önlemlerin sürekli nitelikte olduğu söylenebilir. Benzer durum madde metninde sayılan engelliler için de geçerlidir. Maddenin ikinci fıkrası açısından ise geçmişten bu yana süregelen ayrımcı uygulamaların ortadan kaldırılması açısından örneğin kadınlara yönelik geçici nitelikte özel önlemler gündeme gelebilecektir.⁴²

111 No’lu ILO Sözleşmesi’nde yer alan özel önlemlere dair bu düzenlemede özel önlemlerin ihtiyaç duyulan korumanın kapsamı ve mahiyeti veya mevcut ayrımcılık ile orantılı olması gerektiği belirtilmiştir. Maddede ifade edildiği gibi işçi ve işveren kuruluşlarına önceden danışılmış olması söz konusu özel önlemlerin itirazla karşılaşmasını engelleyeceği ve bu anlamda uygulamaya daha rahat geçirilebileceği ifade edilmiştir.⁴³ Özel önlemlerin bir kez kabul edildikten sonra halen gerekli olup olmadıkları veya etkili olup olmadıklarının ortaya konulması

⁴² **Equality in Employment and Occupation**, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, Geneva, 1996, s. 43-44.

⁴³ a.g.e., s. 43.

amacıyla düzenli aralıklarla gözden geçirilmesi gerektiği de ayrıca vurgulanmıştır.⁴⁴ Bu şekilde Sözleşme’de yer alan özel önlemlerin geçici niteliği de kabul edilmiş olmaktadır.

IAOKS’nin 1/4 maddesinde “Belli ırksal ya da etnik grupların yahut bireylerin insan haklarından ve temel özgürlüklerden eşit şekilde yararlanmalarını yahut bunları kullanmalarını temin etmek için gerekebilecek olup, böyle bir korumaya ihtiyaç duyan bu tür grupların ya da bireylerin münhasıran yeterli şekilde gelişmelerini sağlama amacıyla alınmış olan özel önlemler, ancak, bu tür önlemlerin sonuç olarak farklı ırksal gruplar için ayrı hakların muhafazasına yol açmaması ve öngörülen amaçlara ulaşıldıktan sonra bunların sürdürülmeyecek olması kaydıyla, ırksal ayrımcılık sayılmayacaktır” ifadesine yer verilmiştir. Böylece avantajlı durumda olan ortak bir ırk veya etnik kökene sahip grubun aleyhine etki doğuracak özel önlemlerin ayrımcılık teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir.⁴⁵ Söz konusu düzenleme özel önlemlere izin verici niteliktedir.

Sözleşme’nin 2/2 maddesine göre ise “Taraf Devletler, koşullar gerektirdiğinde, insan haklarından ve temel özgürlüklerden tam ve eşit olarak yararlanmalarını güvence altına almak amacıyla, belli ırksal grupların ya da bu gruplara mensup bireylerin uygun şekilde gelişmelerini ve korunmalarını temin etmek için, sosyal, ekonomik, kültürel ve diğer alanlarda özel ve somut önlemleri alacaklardır. Bu önlemler, alındıklarında söz konusu amaçlara ulaşıldıktan sonra, hiçbir şekilde farklı ırk grupları için eşit olmayan ya da ayrı hakların muhafazası şeklinde bir sonuca yol açmayacaktır.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Bu şekilde iki ayrı düzenlemenin öngörülmesinin nedeni olarak öğretide ilk maddedeki düzenlemenin ayrımcılığın tanımına ve ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelere işaret ederken ikinci maddedeki düzenlemenin özel önlemler ile ilgili bir yükümlülük amacıyla kaleme alınması gösterilmiştir.⁴⁶

Sözleşme’nin 2/2 maddesinde özel anlamlar açısından bir zaman sınırı öngörülmüştür. Bu sınır özel önlemlerin alınış amaçlarının gerçekleşmesi olarak

⁴⁴ a.g.e., s. 43.

⁴⁵ Meron, s. 36.

⁴⁶ a.g.e., s. 37.

ifade edilmiştir ve bu nedenle de özel önlemlerin geçiciliğini ortaya koymaktadır.⁴⁷ Sözleşme ile ortaya konulan özel önlem yükümlülüğü büyük ölçüde geçici niteliktedir. Sözleşme'nin yukarıda belirtilen maddelerinde yer alan özel önlemlere dair yükümlülük doğrultusunda Sözleşme'nin açıkça belirtmiş olmamasına rağmen sonuçların eşitliği anlayışını benimsediğini ortaya koyduğu ifade edilmiştir.⁴⁸

Konu ile ilgili IAOKK, yayınlamış olduğu 32 No'lu Genel Tavsiye'de olumlu önlemlerin anlamı ve kapsamı üzerinde durmuştur.⁴⁹ Bu belge, özel önlemlerle ilgili göze çarpan kafa karışıklıklarının giderilmesi amacıyla yayınlanmıştır. Belgede IAOKS ile getirilen yükümlülüklerin hayata geçirilmesi ve dezavantajlı grupların insan haklarından ve temel özgürlüklerden eşit ve bütünüyle yararlanmalarının sağlanması amacıyla yasaları, politikaları ve uygulamaları içeren geçici özel önlemlerin kabul edilebileceği belirtilmiştir. Komite, özel önlemlerin, ortadan kaldırılması amaçlanan eşitsizliğin giderildiği durumda, başka bir deyişle başarıya ulaştığı takdirde uygulamadan kaldırılması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁰ Komite aldığı kararlarda özel önlem kavramı ile birlikte yerine sıklıkla yukarıda bahsedilen farklı kullanımlardan “destekleyici edim” (affirmative action), “destekleyici önlem” (affirmative measures), kavramına yer vermektedir.⁵¹

KKAOKS'nde geçici özel önlemlere 4/1 maddesinde değinilmiştir. Fıkıradaki “Erkekler ve kadınlar arasındaki eşitliğin gerçekleşmesini fiili olarak hızlandırmak amacıyla Taraf Devletlerce geçici özel önlemler alınması, bu Sözleşmede tanımlanan şekliyle ayrımcılık olarak mütalaa edilmeyecektir; ancak bunlar hiçbir şekilde eşitsizlikçi ya da ayrı standartların sürdürülmesi şeklinde bir sonucu doğurmayacaktır; fırsat ve muamele eşitliği hedefleri gerçekleştirildiği zaman bu önlemlere son verilecektir.” ifadelerine yer verilmiştir. KKAOKK, “özel önlem” ifadesi yerine zaman zaman farklı kavramlar kullansa da özel önlemler üzerine yayınlanan 25 No'lu Genel Tavsiye ile birlikte özel önlem kavramı kullanılmıştır.⁵²

⁴⁷ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 159.

⁴⁸ Meron, s. 12.

⁴⁹ IAOKK'nin özel önlemlere yer verdiği 27 No'lu ve 29 No'lu Genel Tavsiyelerle ilgili açıklama için bkz, Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 168-169.

⁵⁰ IAOKK, 32 No'lu Genel Tavsiye.

⁵¹ Örnekler için bkz, Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 175; Wouter Vandenhoe, **Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies**, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2005, s. 208.

⁵² Vandenhoe, s. 262.

Sözleşme metnindeki bu açık düzenleme haricinde 5 No’lu ve 25 No’lu Genel Tavsiyeler başlı başına bu kavramla ilgili olarak yayınlanmıştır.⁵³ Oldukça eski ve kısa bir metin olan 5 No’lu Genel Tavsiye’de kısaca, Taraf Devletlerin kadınların eğitim, ekonomi, siyaset ve işgücü piyasasına katılımını geliştirmek üzere pozitif eylem, tercihli muamele ya da kota sistemi gibi geçici özel önlemleri daha çok kullanmaları tavsiye etmiştir. Burada ifade edilen özel önlem biçimleri örnek niteliğinde sayılmıştır.⁵⁴ 25 No’lu Genel Tavsiye ise oldukça ayrıntılı ve güncel yaklaşımları ortaya koyan bir belgedir. KKAOKK’ne göre, “...Sözleşme, diğer ulusal ve uluslararası mevzuatta yer verilen ayrımcılık kavramının ötesine geçmektedir. Zira onlar her iki cinsiyete yönelik olarak ayrımcılığı yasaklamaktadır. Oysa Sözleşme, kadınların, salt kadın olmalarından ötürü değişik biçimlerdeki ayrımcılıktan muzdarip olduklarını ve bu durumun devam ettiğini belirterek, kadınlara karşı ayrımcılık üzerinde odaklaşmaktadır.”⁵⁵ KKAOKS, bu açıdan ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamı noktasında çift yönlü değil tek yönlü yaklaşımı benimsemiştir. Komite geçici özel önlemleri ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele olarak görmemektedir ve fiili veya maddi eşitliğin gerçekleştirilmesi için bir araç olarak değerlendirmektedir.⁵⁶

25 No’lu Genel Tavsiye’nin bir diğer önemli yönü ise çalışmada iki farklı başlık altında incelenen geçici ve sürekli özel önlem kavramlarının farklılığının ortaya konulmasıdır. Komite, Sözleşme’nin 4. maddesinin iki fıkrasının bu anlamda farklılaştığını ve farklı anlamlara geldiğini açıkça vurgulamıştır. Komite’ye göre ilk fıkrada söz konusu olan kadın ve erkek arasındaki fiili eşitliğin gerçekleştirilmesi, ayrımcılığın geçmişte ve bugün ortaya çıkardığı olumsuz etkilerin giderilmesi ve bu yönde sürecin hızlandırılması öngörülmüştür ve bu nedenle öngörülecek önlemlerde geçici niteliktedir. Ancak ikinci fıkrada yer alan yükümlülük kadın ve erkek arasındaki biyolojik farklılığa gönderme yaparak, aynı değil farklı muamele yapılmasını öngörmektedir ve bu nedenle geçici değil sürekli niteliktedir.⁵⁷

⁵³ Komite’nin belli haklara ilişkin olarak 8 No’lu Genel Tavsiye’de ve 23 No’lu Genel Tavsiye’de de özel önlemler konusuna değinmiştir. Bu konu için bkz, Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 150-153.

⁵⁴ a.g.e., s. 145.

⁵⁵ KKAOKK, 25 No’lu Genel Tavsiye, para. 5. Paragrafın Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 145.

⁵⁶ a.g.k., para. 14.

⁵⁷ a.g.k., para. 15-16.

ESKHS ayrımcılık yasağına yer vermiş olsa da açık bir şekilde geçici özel önlemler konusunda bir düzenleme getirmemiştir. Ayrıca ESKHK'nin özel önlemlere dair bir tanımı da bulunmamaktadır.⁵⁸ Komite'nin bu konuda yaklaşımı ESKHK'nin yayınladığı genel yorumlar ile ortaya konulmuştur. Komite 5 No'lu Genel Yorum'da engelliler gibi dezavantajlı bir grubun karşılaşıcağı yapısal dezavantajların önlenmesi için olumlu eyleme başvurulmasını gerektireceğini ve toplumda herkesin tam katılım ve eşitliğini sağlama hedefinin başarıya ulaşması için engelli kişilere uygun bir şekilde öncelik tanınması yükümlülüğünün söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Komite, bu amaca ulaşılması için kaçınılmaz biçimde ek kaynakların yaratılmasının ve geniş kapsamlı özel olarak biçimlendirilmiş önlemlerin alınması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁹ Görüldüğü gibi her ne kadar özel önlemler tanımlanmamış ve bunlara sadece değinilmiş olsa da kavram olarak “olumlu eylem” (positive action) ve “tercihli muamele” (preferential treatment) kavramları kullanılmıştır. Ancak içerik açısından özel önlemlerin kastedildiği açıktır.⁶⁰

ESKHK tarafından özel önlemler ifadesine ilk kez 13 No'lu Genel Yorum'da yer verilmiştir.⁶¹ Anılan belgede kadın ve erkekler ile dezavantajlı grupların fiili olarak eşitliğinin sağlanması amacıyla geçici özel önlemlerin alınması, söz konusu önlemler farklı gruplar için farklı ya da eşitsiz standartların oluşması ve sürmesine yol açmadığı ve amaçlanan hedeflere ulaşıldıktan sonra tedbirler sürdürülmediği sürece ayrımcılık yasağının ihlali olarak görülmemiştir. Dolayısıyla özel önlemlerin geçiciliği benimsenmiş ve ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele olarak değerlendirilmiştir.⁶²

ESKHK, 16 No'lu Genel Yorum'da ise eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının, gerçek eşitliği güvence altına almak açısından her zaman tek başlarına yeterli olmadığını, dezavantajlı veya toplum dışına itilmiş kişi veya grupların diğer kişi ve

⁵⁸ Sepulveda, s. 386.

⁵⁹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 5, Persons with disabilities, E/1995/22, 09.12.1994, (bundan sonra “ESKHK, 5 No'lu Genel Yorum” olarak anılacaktır), para. 9, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

⁶⁰ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 220.

⁶¹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 13, Article 13: The right to education, 08.12.1999, E/C.12/1999/10(bundan sonra “ESKHK, 13 No'lu Genel Yorum” olarak anılacaktır), para. 32, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

⁶² Sepulveda, s. 387.

gruplarla aynı maddi düzeye getirilebilmeleri için kimi zaman geçici özel önlemlerin alınmasının gerektiği belirtmiştir. Komite, geçici özel önlemlerin yalnızca hukuki veya şekli eşitliğin sağlanmasını değil, erkeklerle kadınlar arasında fiili veya maddi eşitliğin sağlanmasını da amaçladığını vurgulamıştır. Komite, eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi için taraf devletlerin bazen kadınlar lehine ve ayrımcılığın sürmesine neden olan koşulların hafifletilmesi veya engellenmesi için birtakım önlemler alması gerekeceğini, ilgili önlemlerin fiili ayrımcılığın tazmin edilebilmesi için gerekli olduğu ve fiili eşitliğe ulaşıldığında son verildiği takdirde meşru olacağı ifade edilmiştir. Komite ayrıca, özel önlemler için istisnalarında söz konusu olabileceğini, örneğin özel gerekçeleri olduğu takdirde erkek bir aday kişinin lehine değişebileceğini ve özel önlemlerin aday kişilere ilişkin tüm ölçütlerin göz önünde bulundurularak, nesnel bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğini ve bu durumun ölçülülük ilkesinin de bir gereği olduğunu vurgulanmıştır.⁶³

ESKHK tarafından özel önlemlere değinilen ve daha kapsamlı bir başka belge 20 No'lu Genel Yorum'dur. Anılan belgede ayrımcılığın fiilen ortadan kaldırılabilmesi için, bireylere benzer durumlarda yapılan şekli muamelelerin karşılaştırılmasından ziyade, tarihi ya da süregiden önyargılardan muzdarip grupların durumunun gerektiği gibi dikkate alınması ve taraf devletlerin maddi veya fiili ayrımcılığa yol açan ya da bu tür ayrımcılığın sürmesini sağlayan koşulları ve tutumları önlemek, azaltmak ve ortadan kaldırmak için gereken tedbirleri derhal alması gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁴ Bu noktada dikkat çekici olan başka bir konu önlem alma yükümlülüğünün derhal hayata geçirilmesi gereken bir yükümlülük olmasıdır. Aslında sadece özel önlemler alanında değil genel olarak ayrımcılık yasağında gündeme gelen yükümlülüklerin derhal hayata geçirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu yaklaşım daha önce başka bir dizi Genel Yorum'da da

⁶³Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 16, The equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights (art.3), 11.08.2005, E/C.12/2005/4 (bundan sonra "ESKHK, 16 No'lu Genel Yorum" olarak anılacaktır), para. 15, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

⁶⁴Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 20, Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2), 02.07.2009, E/C.12/GC/20 (bundan sonra "ESKHK, 20 No'lu Genel Yorum" olarak anılacaktır), para. 8, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012).

sergilenmiştir.⁶⁵ Şüphesiz ekonomik ve sosyal hakların ayrımcılık yapılmaksızın hayata geçirilmesi yükümlülüğü belirli bir süreyi gerektirebilecektir. Bu sebeple derhal hayata geçirme yükümlülüğünün ayrımcı uygulamalara son vermek ve herkese ayrımcılık yapılmaksızın muamele edilmesi gibi yükümlülükleri kapsadığı kabul edilmektedir. Ancak bunun yanında fiili ayrımcılığın ortadan kaldırılması noktasında önlem almaya başlanması ve mümkün olduğunca hızlı şekilde hayata geçirilmesi de gerekmektedir.⁶⁶

Komite bazı durumlarda, bu yükümlülük çerçevesinde özel önlemlere başvurma yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır. Komite özel önlemlerin, makul, nesnel ve orantılı oldukları sürece fiili ayrımcılıkla mücadelede meşru birer araç niteliğinde olduğunu ve eşitliğin sürdürülebilir olarak sağlandığı durumda son bulacaklarını belirtmiştir.⁶⁷ Görüldüğü gibi Komite'nin kullandığı "sürdürülebilir olma" ölçütü bu noktada özel önlemlerin geçiciliğine işaret etmektedir.⁶⁸ Komite'nin öngördüğü özel önlem yükümlülüğünde taraf devletlerin takdir yetkisi gündeme gelmektedir. Komite'ye göre özel önlemlerin niteliği, süresi ve uygulanması, söz konusu soruna ve bağlama göre özel olarak tasarlanmalı ve gerektiğinde şartlara göre değiştirilmelidir.⁶⁹

MSHS metninde özel önlemlere dair bir düzenleme yer almamıştır. MSHS bakımından özel önlemler Sözleşme'nin denetim organı olan İHK'nin genel yorumları, nihai tespitleri veya bireysel şikâyet başvuruları hakkında verdiği kararlarla ortaya çıkmıştır. MSHS'nin 26. maddesi kapsamında geçici özel önlemler de gündeme gelmektedir. Hazırlık çalışmaları sırasında maddenin olumsuz anlamda ayrımcılığı yasakladığı ifade edilmiştir.⁷⁰ İHK, ayrımcılığı yasaklarken mevcut ayrımcılığın önlenmesine yönelik olarak gerçekten gerekli olduğu durumlarda özel

⁶⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 3, The nature of States parties obligations (art. 2, para. 1 of the Covenant), 14.12.1990, E/1991/23, para. 1; General Comment No. 11, Plans of action for primary education (article 14 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 10.05.1999, E/C.12/1999/4, para. 10; General Comment No. 13, Article 13: The right to education, 08.12.1999, E/C.12/1999/10, paras. 31, 43; General Comment No. 14, Article 12: The right to the highest attainable standard of health, 11.08.2000, E/C.12/2000/4, para. 30, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

⁶⁶ Sepulveda, s. 396-397.

⁶⁷ ESKHK, 20 No'lu Genel Yorum, para. 9.

⁶⁸ Gemalmaz, *Genel Teori*, s. 110.

⁶⁹ ESKHK, 16 No'lu Genel Yorum, para. 36.

⁷⁰ Ramcharan, s. 260.

önlemleri meşru kabul etmekte ve Sözleşme'nin ihlali olarak görmemektedir. Komite 18 No'lu Genel Yorum'da,⁷¹“Eşitlik ilkesi bazı hallerde Taraf Devletlerin, Sözleşme tarafından yasaklanan ayrımcılığa yol açan ya da bunların yapılmasına yardımcı olan koşulları bertaraf edilmesi ya da ortadan kaldırılması amacıyla destekleyici edimde bulunmalarını gerektirir...Bu tür bir edimligili halk kesimine belli bir sireyle, nüfusun geri kalan kesimiyle mukayese edildiğinde, spesifik hususlarda tercihli muamele yapılması şeklindeolabilir. Şu kadar ki, böyle bir edim, ayrımcılığı bilfiil ıslah etmek için gerekli olduğu sürece, Sözleşme çerçevesindemeşru addedilen bir farklılık öngörme teşkil eder.”ifadelerini kullanmıştır.⁷²

Burada belirtilebilecek önemli bir nokta söz konusu özel önlemin geçici niteliğidir. Komite bir kararında geçmişte azınlıkta kalan bir gruba yönelik olarak devlet tarafından sağlanmış olan ve diğer gruplara sağlanmayan yardımın bu grubun azınlıkta olma durumu ortadan kalktıktan sonra sürdürülmesinin makul ve nesnel kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.⁷³ Buradan da anlaşılabilceği gibi özel önlemler söz konusu olduğunda Komite tarafından başvuru makul ve nesnel olma ölçütü yine gündeme gelmektedir. Yine belirtmek gerekir ki Komite her ne kadar özel önlemleri yasaklamamışsa da önüne gelen başvurularda bu şekilde önlemlerin gerekip gerekmediği ve gerekiyorsa hangi oranda gerektiğine dair değerlendirme de bulunmamaktadır.⁷⁴

Avrupa Konseyi çerçevesinde de geçici özel önlemler konusu gündeme gelmiştir. AIHS'nin 14. maddesi sadece eşit durumdakilere eşit muamele anlamında şekli eşitsizlik anlamında değil, eşitsizlikle orantılı olarak eşitsiz durumdakilere eşitsiz muameleyi, başka bir deyişle maddi eşitlik anlamında da koruma sağlamaktadır.⁷⁵ Eşitsiz bir durumu ortadan kaldırmak amacıyla gerçekleştirilen

⁷¹ İHK'nın özel önlemler konusuna yer verdiği, 3 No'lu, 4 No'lu, 25 No'lu ve 28 No'lu Genel Yorumları hakkında bilgi için bkz, Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 185-193.

⁷² İHK, 18 No'lu Genel Yorum, para. 10. Paragrafın Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 188.

⁷³ İHK, *Waldman v. Canada*, Communication No. 694/1996, View, 05.11.1999, CCPR/C/67/D/694/1996, paras. 10.4, 10.5, 10.6.

⁷⁴ Martin Scheinin, *Experiences of the Application of Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Non-Discrimination: A Human Right, Seminar to Mark the Entry into Force of Protocol No. 12*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, s. 17.

⁷⁵ Oddny Mjöll Arnadottir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003, s. 32.

farklı muameleler AİHS'nin 14. maddesinin koruması altındadır.⁷⁶ AİHM bir hükümde kadınların ekonomik olarak dezavantajlı durumunun göz önünde tutulması sonucu kadınlara erkeklere göre daha düşük bir emeklilik yaşı benimsenmesini 14. maddeye uygun bulmuştur. Mahkeme bu şekilde kabul edilen özel önlemlerin ancak fiili eşitsizliğin ortadan kaldırılması amacı doğrultusunda izin verilebileceğini ve bu amacın gerçekleşmesi ve mevcut ihtiyacın ortadan kalkması durumunda söz konusu özel önleme son verilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁷ Benzer bir yaklaşım eşini kaybeden erkek ve kadınlar arasında farklı sosyal güvenlik ödemeleri için de benimsenmiştir.⁷⁸

Mahkeme taraf devletler bakımından farklı gruplar arasında “fiili eşitsizliklerin” giderilmesini yasaklamamıştır. Hatta bazı durumlarda bu eşitsizliklerin farklı muamele ile giderilmesi teşebbüsünde makul ve nesnel bir nedenin yokluğu 14. maddenin ihlali anlamına gelebilmektedir.⁷⁹ Mahkeme, özellikle ırk ayrımcılığı konusunda 14. maddenin fiili eşitsizliklerin giderilmesi noktasında çaba gösterme yükümlülüğü getirdiğini ve bu noktada gerekirse eşitsizliği ortadan kaldırma noktasında farklı muamele öngörülebileceğini kabul etmiştir.⁸⁰

AB hukukunda geçici özel önlemler konusu Avrupa Toplulukları Andlaşması ve bir dizi Konsey Direktifi ile düzenlenmiştir ve ABAD kararları ile somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Ancak AB hukukunda “özel önlemler” terimi yerine “olumlu eylem” (positive action) terimi kullanılmaktadır.⁸¹ Bu konuda andlaşmalar

⁷⁶ P. Van Dijk; G.J.H. Van Hoof; Arjen Van Rijn; Leo Zwaak (ed.), **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, s. 1035; David Harris; Michael O'Boyle; Colin Warbrick, **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2009, s. 611.

⁷⁷ AİHM, *Stec and Others v. the United Kingdom*, Application Nos. 65731/01 and 65900/01, Judgment, 12.04.2006, para. 66.

⁷⁸ AİHM, *Runkee ve White v. the United Kingdom*, Application No. 42949/98 and 53134/99, Judgment, 10.05.2007, para. 35.

⁷⁹ AİHM, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007, para. 175; *Case 'Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium'*, Application Nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment, 23.07.1968, para. 10; *Thlimmenos v. Greece*, Application No.34369/97, Judgment, 06.04.2000, para. 44; *Orsus and Others v. Croatia*, Application No.15766/03, Judgment, 16.03.2010, para. 149; *Stec and Others v. the United Kingdom*, Application No.33985/96, Judgment, 12.04.2006, para. 51.

⁸⁰ AİHM, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007, paras. 175-176.

⁸¹ Mark Bell, **Racism and Equality in the European Union**, Oxford University Press, UK, 2008, s. 34. Buna rağmen terim ilk defa bu şekliyle 2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktiflerde kullanılmıştır.

düzeyinde kabul edilen ilk ve son düzenleme cinsiyet temelli ayrımcılık alanındadır ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın 157. maddesinde (eski Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma, madde 141) yer almaktadır. Maddenin dördüncü fıkrasında “Çalışma yaşamında erkekler ve kadınlar arasında uygulamada tam eşitliği temin etmek amacıyla, muamelede eşitlik ilkesi, herhangi bir Üye Devleti, mesleki bir faaliyeti yerine getirmede cinsiyet bakımından temsil edilmeyenler için bunu daha kolay hale getirmek yahut mesleki kariyerdeki dezavantajları engellemek yahut tazmin etmek üzere sipesifik avantajlar sağlayan önlemleri muhafaza etmeye yahut kabul etmeye engel teşkil etmeyecektir.”⁸² Görüldüğü gibi özel önlemler adıyla ifade edilmese de cinsiyet temelinde özel önlemlere gönderme yapılmıştır.⁸³

Maddenin önemli bir yönü doğrudan “spesifik avantajlara” gönderme yapmasıdır. Bu şekilde bir ifade kullanılarak aşağıda görüleceği üzere 76/207/EEC sayılı Direktif’te yer alan “spesifik önlemler” ifadesinde daha ileri bir kapsamın öngörüldüğü söylenebilir. Bu şekilde bir yaklaşım ile özel önlemlerde yukarıda belirtilen fırsat eşitliği anlayışının aşıldığı ve sonuçların eşitliği anlayışının benimsendiği ifade edilebilir. Ancak ABAD’nın kararlarında sergilediği yaklaşım söz konusu düzenlemenin ardından değişmemiştir ve 157. madde düzenlemesi uygulamada bir farklılık yaratmamıştır. Madde metninde yer alan özel önlemlere engel oluşturmayacağına dair ifadelerin dair benzer bir düzenleme kapsamı sadece istihdam değil tüm alanları kapsayacak şekilde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 23. maddesinde de yer almıştır.⁸⁴

AB hukukunda andlaşmalar haricinde direktifler düzeyinde de bazı önemli düzenlemeler söz konusudur. Özel önlemler alanında ilk düzenleme 76/207/EEC sayılı Direktif’te yer almıştır ve Direktif’in 2/3 maddesinde “Bu Direktifin, özellikle hamilelik ve loğusalık olmak üzere, kadınların korunmasına ilişkin hükümlerine hanel getirmeyeceği” ifade edilmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise “kadınların fırsatlara sahip olmasını etkileyen mevcut eşitsizliklerin kaldırılması

⁸² Maddenin Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 280.

⁸³ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 280-281.

⁸⁴ a.g.e., s. 282.

suretiyle, erkekler ve kadınlar bakımından da fırsat eşitliğini geliştiren önlemlere halel getirmeyecektir.”⁸⁵

ABAD özel önlemlerle ilgili birdavada, bu düzenlemenin görünüşte ayrımcı nitelikte olan ancak toplumsal hayatta ortaya çıkan eşitsizliğin güncel örneklerini azaltmak ya da ortadan kaldırma amacını taşıyan önlemlere izin veren nitelikte olduğunu belirtmiştir.⁸⁶ Divan bu davada istihdamda kadınlara yönelik genel nitelikte özel önlemler yerine belirli alanlarda mevcut olan eşitsizliklere yönelik özel önlemlere izin vermiştir.⁸⁷ Görüldüğü söz konusu düzenlemeler eşit muamele ilkesinin bir istisnası gibi düzenlenmiştir.⁸⁸ 76/207/EEC sayılı Direktif’te yer alan düzenleme daha sonra 2002 yılında⁸⁹ ve 2006⁹⁰ yılında değiştirilmiş ve Avrupa Toplulukları Andlaşması’nın 157. maddesi (eski ATA madde 141) ile uyumlu hale getirilmiştir.

Benzer yaklaşım daha sonraki tarihli Sosyal Güvenlikle İlgili Hususlarda Erkekler ve Kadınlar Bakımından Eşit Muamele İlkesinin Aşamalı Olarak Geliştirilerek Uygulanması Hakkında 19 Aralık 1978 tarihli ve 79/7/EEC sayılı Konsey Direktifi⁹¹ ve Tarım Dâhil, Kendisi İşveren Sıfatıyla Bir Faaliyetle İstihgal Eden Erkekler ve Kadınlar Arasında Eşit Muamele İlkesinin Uygulanması ve Kendisi İşveren Olan Kadınların Hamilelik ve Loğusalıkta Korunması Hakkında Konsey Direktifi’nde⁹² de sergilenmiştir. AB hukukunda bu konuda en önemli

⁸⁵

⁸⁶ ABAD, *Commission of the European Communities v. French Republic*, Case 312/86, Judgment of the Court of 25 October 1988, para. 15.

⁸⁷ Evelyn Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, New York, 2005, s. 298.

⁸⁸ De Vos, *Beyond Formal Equality*, s. 18.

⁸⁹ 2002/73/EC sayılı Direktif, madde 2/8.

⁹⁰ 2006/54/EC sayılı Direktif, madde 3.

⁹¹ Sosyal Güvenlikle İlgili Hususlarda Erkekler ve Kadınlar Bakımından Eşit Muamele İlkesinin Aşamalı Olarak Geliştirilerek Uygulanması Hakkında 19 Aralık 1978 tarihli ve 79/7/EEC sayılı Konsey Direktifi (Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security), <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31979L0007:EN:HTML> (erişim:01.04.2012)

⁹² Tarım Dâhil, Kendisi İşveren Sıfatıyla Bir Faaliyetle İstihgal Eden Erkekler ve Kadınlar Arasında Eşit Muamele İlkesinin Uygulanması ve Kendisi İşveren Olan Kadınların Hamilelik ve Loğusalıkta Korunması Hakkında Konsey Direktifi (Council Directive 86/613/EEC of 11 December 1986 on the application of the principle of equal treatment between men and women enga.g.e.d in an activity, including agriculture, in a self-employed capacity, and on the protection of self-employed women during pregnancy and motherhood), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31986L0613:EN:HTML> (erişim:01.04.2012)

düzenlemelerden biri 2000/43/EC sayılı Direktif'te yer yer almıştır. Direktif'in 5. maddesi “olumlu eylem” başlığı altında geçici özel önlemlere yer vermektedir. Maddede eşit muamele ilkesinin, uygulamada tam eşitlik sağlanması maksadıyla, herhangi bir üye devletin ırk veya etnik kökenle bağlantılı dezavantajları önlemek veya gidermek için aldığı özel önlemleri muhafaza etmesini veya böyle önlemler almasını engellemeyeceği belirtilmiştir.⁹³

2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktifler ATA'nın 157. maddesindeki meslek vurgusu ve ücret ayrımcılığı yanında daha geniş bir kapsama sahiptir ve sadece cinsiyet değil birçok ayrımcılık temelinde dezavantajın önlenmesi veya tazmin edilmesini düzenlemiştir. Bu Direktiflerin bir diğer önemli yönü ise ATA'nın 157. maddesinde sadece istihdam alanında ve o da kısıtlı şartlarda geçici nitelikte özel önleme izin verilirken, ayrımcılığın konu bakımından kapsamının oldukça geniş olduğu Direktifler'de bu şekilde bir kısıtlamanın uygulanmasının mümkün olmamasıdır. Ancak Direktifler ilgili bu olumlu yöne rağmen, Direktiflerde özel önlemlere dair hükmün kaleme alınışı geçmişte cinsiyet ayrımcılığı ile ilgili hükümlerde yer alan “özel avantaj sağlanması” ifadesi yerine “özel önlemlerin kabul edilmesi veya sürdürülmesi” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade ile 2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktiflerde özel önlemler konusunda daha sınırlı bir yaklaşımın benimsediği söylenebilir.⁹⁴ Bu sınırlı yaklaşım özel önlemlerin meşru kabul edilmesi ve şekli eşitlik anlayışının esnetilmesini içermektedir.⁹⁵ Ancak mevcut düzenlemenin geçmiş düzenlemelerin aksine “uygulamada tam eşitlik sağlanması amacıyla” ifadesine yer verdiği için fırsat eşitliğinden çok sonuçlarda eşitlik anlayışının benimsendiği şeklinde de yorumlanabilmektedir.⁹⁶

Bu düzenlemelerde de büyük ölçüde önceki düzenlemeler gibi eşit muamele ilkesinin bir istisnası ve bir zorunluluk değil bir izin verme söz konusudur. Bu yaklaşım geçmişten bu yana cinsiyet temelinde ayrımcılıkla ilgili sürdürülen yaklaşımla benzerlik taşımaktadır. Özel önlemlerle ilgili yükümlülük mevcut değildir ve özel önlemlerin hukuki kaynağı AB üyesi devletlerin iç hukuklarıdır. Direktifler

⁹³ Bu düzenlemenin benzerleri, 2000/78/EC sayılı Direktif'in 7. maddesinde, 2004/113/EC sayılı Direktif'in 6. maddesinde ve 2006/54/EC sayılı Direktif'te de yer almıştır.

⁹⁴ Ellis, s. 312.

⁹⁵ Bell, **Racism and Equality in the European Union**, s. 69.

⁹⁶ Dagmar Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, **European Law Journal**, Vol. 8, No. 2, Blackwell Publishing, Oxford, 2002, s. 299.

ancak iç hukukta olası özel önlemlere izin veren mahiyettedir. Ancak kişi bakımından kapsam geniş olarak kabul edilmiştir ve AB hukukunda özel önlemler ile ilgili olarak hem kamu makamları hem de özel hukuk kişileri açısından özel önlemlere izin verilmiştir.⁹⁷

AB hukukunda yukarıda belirtilen özel önlemlerle ilgili düzenlemeler ABAD tarafından önüne gelen davalarda yorumlanmıştır. Divan, özel önlemlerin cinsiyetler arasında uygun olmayan bir dengesizliği ortadan kaldırma amacı gütmesi gerektiği fikrindedir. ABAD dengesizliğin nedeni ile doğrudan ilgilenmemektedir ve onun yerine toplumsal tutum, davranış veya yapılardan kaynaklanan kadınlara yönelik önyargının etkilerine vurgu yapmakla yetinmektedir. Kararlarında dengesizliğin boyutunun ne olmasına gerektiğine dair somut bir ölçüt yoktur. Divan'ın kararlarından özel önlemlerin amacının istihdam ve kariyere erişimde kadınların için geçerli olan fırsat eşitsizliğinin ortadan kaldırılması ve temsil edilmeyen cinsiyetin emek piyasasında rekabet edebilir hale getirilmesi ve eşit temelde bir kariyer sağlanması hedeflenmektedir. Bu şekilde ortaya konulacak özel önlemlerin söz konusu amacı gerçekleştirmeye nesnel biçimde hizmet etmesi ve nesnel ve şeffaf ölçütlere dayanması gerekmektedir.⁹⁸ ABAD ayrımcılık yasağı ile ilgili değerlendirmede kullanılan ölçülülük testini özel önlemler söz konusu olduğunda da uygulamaktadır ve bu ilkeye uygun olarak, amaca uygun ve amaca ulaşmak için gerekli önlemlerin alınmasını ve bu önlemler alınırken eşit muamele ilkesinden mümkün olduğunca uzaklaşılması gerekmektedir.⁹⁹

Sonuç olarak ABAD'nın, geçmişe yönelik telafi edici nitelikte bir giderim yerine büyük ölçüde fırsat eşitliğini ön planda tutan bir yaklaşım geliştirdiği söylenebilir.¹⁰⁰ ABAD'nın konu ile ilgili kararları cinsiyet temelli ayrımcılıkla ilgilidir. AB hukukunda ayrımcılık yasağının kapsamı ırk veya etnik köken, cinsel yönelim, engellilik, yaş, din veya inanç temellerini de içerecek şekilde genişlemiştir. Ancak bu temellerde ayrımcılıkla ilgili henüz özel önlemlerle ilgili bir içtihat ortaya

⁹⁷ ABAD, *H. Lommers v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Case C-476/99, Judgment of the Court of 19 March 2002.

⁹⁸ De Vos, **Beyond Formal Equality**, s. 24.

⁹⁹ a.g.e., s. 25.

¹⁰⁰ Miguel Poiars Maduro, *The European Court of Justice and Anti-Discrimination Law*, **European Anti-Discrimination Law Review**, No: 2, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, 2005, s. 25.

çıkamıştır. Bu sebeple ABAD'nın geçmişteki yaklaşımının büyük ölçüde sürdüreceği öngörüsünde bulunmaktadır.¹⁰¹Bu düşünce özellikle istihdam alanında, 2000/78/EC sayılı Direktifi'nde yer alan bazı düzenlemelerden hareket etmektedir. Direktif'in 7/2 maddesinde yer alan engelliler ile ilgili olarak eşit muamele ilkesinin engelli kişilerin çalışma ortamına katılımının geliştirilmesine veya bunun korunmasına yönelik düzenlemeleri ya da olanakları yaratmayı veya bunları muhafaza etmeyi amaçlayan tedbirlere hâle getirmeyeceği düzenlemesi ve 15/1 maddesinde yer alan Kuzey İrlanda'da polis hizmetlerinde Katolik mezhebine mensup kişilerin katılımını artırmak için öngörülen kota düzenlemesi ile ilgili kabul edilen, "...temel dini topluluklardan birinin düşük seviyede temsili meselesini çözme çabasıyla, destek personeli de dâhil olmak üzere bu hizmetler için işe alımlardaki muamele farklılıkları, ulusal mevzuat tarafından açıkça izin verilmiş olduğu müddetçe ayrımcılık oluşturmaz." düzenlemesinin kota benzeri düzenlemeleri özel önlemler açısından istisna niteliğindediğini ortaya koymaktadır. Bu yorum büyük ölçüde 2000/78/EC sayılı Direktifi açısından geçerli olduğu ve ayrımcılığın konu bakımından kapsamının daha geniş olan 2000/43/EC sayılı Direktif'te bu yönde istisnalara yer verilmediği için farklı bir yaklaşım benimsenebileceği belirtilmiştir.¹⁰²Benzer şekilde 1976 tarihli Direktif'te "eşit fırsat" terimine yer verilmesine rağmen, yeni Direktiflerde "uygulamada tam eşitlik sağlanması amacıyla" ifadesine yer verilmesiyle fırsat eşitliği yerine sonuçlarda eşitlik anlayışının benimsendiği ifade edilmiştir.¹⁰³Başka bir yorum ise, ABAD'nın geçmiş dönemde konu ile ilgili verdiği kararların 1976 tarihli Direktif'te yer alan düzenleme ile ilgili olduğu ve ATA'nın 157. maddesi ve yeni tarihli Direktifler ışığında Divan'ın özel önlemlere bakışının değişebileceği yönündedir.¹⁰⁴ AB'nin özel önlemler konusundaki çekingenliğinin büyük ölçüde ABAD'nın kararlarında da karşılık bulunduğu ifade edilmektedir.¹⁰⁵

¹⁰¹ De Vos, **Beyond Formal Equality**, s. 31.

¹⁰² Erica Antoinette Maria Howard, **The Road to Equality: Developing the Protection Against Discrimination on Racial or Ethnic Grounds within the European Union**, Thesis submitted to the Department of Law, Quenn Mary, Univesity of London for the Degree of Doctor of Philosophy, London, 2007, s. 239.

¹⁰³ Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, s. 299.

¹⁰⁴ Maduro, s. 26.

¹⁰⁵ Bell, **Racism and Equality in the European Union**, s. 35.

AB hukuku çerçevesinde özel önlemlerle ilgili son olarak bahsedilebilecek konu,2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktiflerin, sırasıyla 6. ve 8. maddelerinde yer alan düzenlemelerdir. “Asgari Şartlar” başlıklı maddelerde AB’ye üye devletlerin eşit muamele ilkesinin korunması için Direktiflerde yer alan hükümlerden daha lehte düzenlemeleri uygulamaya koyabileceği veya muhafaza edebileceği ifade edilmiştir. Yine maddelerde Direktiflerin uygulanmasının, hiçbir hal ve şartta, Direktiflerin kapsamına giren alanlarda AB’ye üye devletler tarafından hâlihazırda tanınan ayrımcılığa karşı koruma seviyesinde bir azalmaya gidilmesi için zemin oluşturmayacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemelerle, Direktiflerin ayrımcılığa dair sağladığı korumanın ancak asgari düzeyde bir koruma kabul edilebileceği ve üye devletlerin bu düzeyin üstüne çıkabileceği ve bu asgari düzeyi bahane ederek geçmişte daha üst düzeydesağladığı korumanın düzeyini azaltamayacağı vurgulanmış olmaktadır. Bu durumda gündeme gelen bir soru özel önlemlere dair düzenlemelerin ayrımcılık yasağı açısından daha lehte kabul edilerek ABAD’nın ortaya koyduğu sınırlı yaklaşımın üye devletler tarafından aşıp aşılamayacağıdır. Bu soruya dar bir bakış açısı ile cevap verildiğinde özel önlemlerin eşitlik ilkesinin bir istisnası olarak değerlendirildiği için ayrımcılık yasağı açısından daha lehe bir koruma sağlayan hükümler olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Konuya daha geniş bir bakış açısı ile yaklaşıldığında ise öze önlemlerin fiili eşitliği sağlamayı amaçladığından hareketle ayrımcılık yasağının istisnası olarak görülemez ve bu anlamda daha lehe bir düzenleme olarak kabul edilmesi mümkündür.¹⁰⁶Özel önlemler açısından ikinci yaklaşımın benimsenmesi daha uygun olacaktır. BöyleceABAD’nın sınırlı yaklaşımı yerine ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik daha geniş ve gelişmiş özel önlemlerin uygulamaya geçirilmesi önünde hukuki bir engel bulunmadığı kabul edilmiş olacaktır. Şüphesiz bu konuda gelecekte ABAD’nın Direktifler kapsamında vereceği kararlar yol gösterici olacaktır.

Yukarıda ifade edilen noktalar ışığında AB hukukunda özel önlemlerin geçici özel önlem niteliğinde öngörüldüğü, eşit muamele ilkesinin bir istisnası olarak değerlendirildiği, özel önlemlerin meşru bir amacının olması, gerekli olması ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği, grup temelinde dezavantajlar göz önünde

¹⁰⁶ Cathryn Costello, *Positive Action, Equality in Diversity: The New Equality Directives*, Cathryn Costello; Eilis Barry (ed.), Irish Centre for European Law, 2003, s. 198-199.

tutulmasına karşın önlemlerin bireysel düzlemde kabul edilmesi gerektiği, özel önlemler için nesnel ölçütlerin belirlenmesi ve şeffaf bir usulün izlenmesi gerektiği, şartsız ve otomatik nitelikte kota benzeri uygulamaların kabul edilemez olduğu söylenebilir.¹⁰⁷ AB hukukunda özel önlemlerle ilgili yer alan düzenlemelerin belirli sınırlar içerisinde üye devletlere bir politika seçeneği sunduğu ve üye devletlerin bu noktada takdir yetkilerini kullanabilecekleri belirtilebilir.¹⁰⁸

E. Sürekli Özel Önlemler

Özel önlemler açısından gündeme gelen bir diğer kategori geçici nitelikte olmayan ve bazı durumlarda süreklilik taşıyan özel önlemlerdir. Geçici önlemler ifadesi öğretide yaygın biçimde kullanılmakla birlikte sürekli özel önlemler ifadesi yerine KKAOKS'nin 4. maddesinin 2. fıkrası doğrultusunda sadece “özel önlemler” ifadesi kullanılabilir.¹⁰⁹ Ancak bu çalışmada her iki özel önlem yükümlülüğünün niteliğinin farklı olması nedeniyle ve kavramların daha kolay ayrıştırılması amacıyla “sürekli özel önlem” ifadesi kullanılması tercih edilmiştir. Sürekli özel önlemler süreli nitelikte değildir ve çoğunlukla bireysel temelde gündeme gelmektedir. Sürekli özel önlemler farklılıkların gözetilmesi yükümlülüğü çerçevesinde maddi eşitlik anlayışının bir sonucudur.

KKAOKS, diğer BM sözleşmelerinin aksine normatif düzeyde sürekli önlemlere yer vermektedir. Sözleşme'nin 4/2 maddesinde geçici özel önlemler yanında sürekli nitelikte özel önlemlere de yer verilmiştir. KKAOKK'nin yayınladığı 25 No'lu Genel Tavsiye'de geçici ve sürekli özel önlem kavramlarının farklılığı ortaya konulmuştur. Komite, Komite'ye göre ilk fıkrada söz konusu olan kadın ve erkek arasındaki fiili eşitliğin gerçekleştirilmesi, ayrımcılığın geçmişte ve bugün ortaya çıkardığı olumsuz etkilerin giderilmesi ve bu yönde sürecin hızlandırılması öngörülmüştür ve bu nedenle öngörülecek önlemlerde geçici niteliktedir. Ancak ikinci fıkrada yer alan yükümlülük kadın ve erkek arasındaki biyolojik farklılığa gönderme yaparak, aynı değil farklı muamele yapılmasını öngörmektedir ve bu

¹⁰⁷ De Vos, **Beyond Formal Equality**, s. 31.

¹⁰⁸ a.g.e., s. 38. AB üyesi devletlerde özel önlemlere dair örnekler için bkz, a.g.e., s. 38 v.d.

¹⁰⁹ Örneğin, Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 106.

nedenle geçici değil sürekli niteliktedir.¹¹⁰ İlk fıkrada yer alan geçicilik unsuru, zamansal açıdan bu önlemleri gerekliliğini ortaya çıkaran şartların ortadan kalkması ile özel önlemlerin uygulamadan kaldırılması zorunluluğunu ifade etmektedir. İkinci fıkrada yer alan düzenleme kadının biyolojik olarak erkeklerden bir farklılığına, anneliğe bir gönderme yapmaktadır ve bu durum sadece kadınlara özgü olduğu için geçici değil sürekli nitelikte özel önlemler alınmasını gerektirmektedir. Bu nedenle ikinci fıkrada yer alan özel önlem yükümlülüğünü sürekli nitelikte kabul edilmesi gerekmektedir.¹¹¹ Komite, sürekli nitelikte özel önlemlerin, en azından bilimsel ve teknolojik bilgiler ışığında yeniden gözden geçirilmelerine gerek görülene dek daimi önlemler olarak kalacağını vurgulamıştır.¹¹²

Öğretide 4/2 maddesinde öngörülen düzenleme “koruyucu” (protective) nitelikte, 4/1 maddesinde yer alan düzenleme ise fiili eşitliği hedeflemektedir. İlk fıkra düzenlemesinin kadın ve erkek arasındaki fiili eşitliği hızlandırma amacı, eşit olmayan veya ayrı standartların sürdürülmesini talep etmediği ve fırsat eşitliği ile eşit muamelenin sağlanması ile yürürlükten kaldırılacağına yer verdiği için geçici özel önlem niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bu noktada fiili eşitliğin hızlandırılması ile devletlerin sadece kendi ayrımcı uygulamalarını ortadan kaldırması değil özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin hayatın her alanındaki ayrımcı uygulamalarını da ortadan kaldırması beklenmektedir. Özel önlemlerin öngörülmesine dair süre ise işlevsel bir yaklaşımla öngörülen amaca ulaşıldığı ana kadar geçen bir süreyi kapsayacaktır ve bu süre oldukça uzun bir zamanı içerebilecektir. Ancak böyle bir durumda özel önlemlerin haklı kılacak gerekçelerin nesnel bir şekilde ortaya konulması ve düzenli aralıklarla ihtiyacın ortadan kalkıp kalkmadığının gözden geçirilmesi beklenmektedir.¹¹³

ESKHK yukarıda ifade edilen geçici özel önlemler haricinde bazı önlemler açısından ise geçicilik değil süreklilik anlayışını benimsemiştir. Komite özel önlemler açısından önemli bir katkı yapmış ve sürekli nitelikte özel önlemlerinde gündeme gelebileceğini açıkça vurgulamış.¹¹⁴ Söz konusu özel önlemlerin ESKHŞ için de

¹¹⁰ KKAOKK, 25 No’lu Genel Tavsiye, para. 15-16.

¹¹¹ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 131.

¹¹² KKAOKK, 25 No’lu Genel Tavsiye, para. 16.

¹¹³ De Vos, *Beyond Formal Equality*, s. 56.

¹¹⁴ Gemalmaz, *Genel Teori*, s. 110.

koruyucu nitelikte olduğu ve süresiz olarak hayata geçirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.¹¹⁵ ESKHK, 20 No’lu Genel Yorum’da Komite’ye göre, dilsel azınlıklara çeviri hizmetlerinin sağlanması ya da işitmeengelli kişilere sağlık hizmetlerinin sunulduğu tesislere erişim açısından makul uyumlaştırma sağlanması örneklerinde olduğu gibi, bu tür özel önlemlerin sürekli olmasını gerektiren istisnai durumlar da mevcuttur.¹¹⁶

Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi’nin 5/4 maddesinde özen önlemlerle ilgili olarak “Engelli kişiler bakımından de facto eşitliği hızlandırmak yahut bunu gerçekleştirmek için gerekli olan özel önlemler, işbu Sözleşme çerçevesinde ayrımcı olarak mütalaa edilmeyecektir.” ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi oldukça yakın tarihli bu Sözleşme’de “özel önlem” (special measures) ifadesine yer verilmesine rağmen bu önlemlerin geçici veya sürekli olup olmadığına değinilmemiştir. Ancak engellilik halinin yukarıda kadınlar için söz konusu olan erkeklerden biyolojik anlamda farklılık gibi çoğu zaman sürekli bir farklılık olduğu düşünüldüğünde söz konusu düzenlemenin geçici değil sürekli nitelikte olduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca madde metninde yer alan ifadelerin IAOKS’nin 1/4 maddesi ve KKAOKS’nin 4/1 maddesi ile aynı düzenlendiği, ancak bu Sözleşmelerde yer alan önlemlerin amacına ulaşması halinde sonlandırılmalarına dair vurguya yer vermemiştir. Dolayısıyla engellik bağlamında özel önlemlerin farklılaşabileceği ve aynı zamanda süreklilik taşıyabileceği üstü kapalı olarak kabul edilmiştir.

Avrupa Konseyi bağlamında kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı’nda ayrımcılık yasağına yer verilmediği için özel önlemlerle ilgili bir düzenleme de yer almamıştır. Bu konuda ilk düzenleme 1988 tarihli Avrupa Sosyal Şartına Ek Protokol’dür.¹¹⁷ Protokol’ün 1. maddesi cinsiyet temelinde ayrımcılık yapılmaksızın istihdam ve mesleğe ilişkin konularda eşit fırsatlara ve eşit muamele görme hakkına yer vermiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, “Özellikle hamilelik, loğusalık ve emzirme

¹¹⁵ Sepulveda, s. 404.

¹¹⁶ ESKHK, 20 No’lu Genel Yorum, para. 9.

¹¹⁷ Avrupa Sosyal Şartına Ek Protokol (Additional Protocol to the European Social Charter) 05.05.1988’de kabul edilmiş ve 04.09.1992’de yürürlüğe girmiştir. Türkiye 01.05.2012 itibariyle henüz bu Protokol’ü imzalamış veya onaylamış değildir. Protokol’ün Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, **Belgeler/Cilt I**, s. 325-336. Protokol’ün İngilizce metni için bkz, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/128.htm> (erişim:01.04.2012)

dönemleribakımından olmak üzere, kadınların korunmasına ilişkin hükümler, işbu Madde paragraf 1’de anılan şekliyle ayrımcılık sayılmayacaktır.” Burada görüldüğü gibi özel önlemler ifadesine yer verilmemiştir. Öğretide bu düzenleme, kurgusu ve anlamından ötürü özel önlem olarak değerlendirilmiştir.¹¹⁸ Bu noktada gündeme düzenlemenin geçici mi yoksa sürekli mi nitelikte olduğu sorusu gelmektedir. Maddenin kadınlara yönelik bir düzenleme öngörmesi, KKAOKS’nin 4/2 maddesinde olduğu gibi anneliğe dair bir gönderme yapması nedeniyle geçici değil, sürekli nitelikte özel önlemler öngördüğü söylenebilir.¹¹⁹ Aynı düzenleme daha sonra (GG)ASŞ’nın 20. maddesinde de yer almıştır. Dolayısıyla yukarıda ifade edilenler (GG)ASŞ için de geçerlidir. Bu doğrultuda (GG)ASŞ’na taraf olmuş olan Türkiye bakımından da yükümlülük doğurmaktadır.

F. Özel Önlemlere Başvurma Yükümlülüğü

1. Özel Önlem Yükümlülüğünün Kapsamı

a. Özel Önlemlerin Konu Bakımından Kapsamı

Özel önlemlerin kapsamı açısından gündeme gelen ilk konu bu tür önlemlerde önlemlerin geçerli olduğu alan bakımından kapsamıdır. Özel önlemler insan hakları hukukunda yükümlülükler açısından genel olarak kabul edilen sınıflandırmalardan olumlu yükümlülüklerin bir parçasını oluşturmaktadır. Özel önlemler ile bu çerçevede gerek kamu makamları gerekse özel hukuk kişileri için yükümlülükler getirilmektedir.¹²⁰ Söz konusu yükümlülük geçmişten bu yana süregelen ayrımcı uygulamaların tazmini içerebileceği gibi, ileriye yönelik bir dizi önlemi de içerebilecektir.¹²¹ Toplumsal yaşamda geçmişte geçerli olan insan haklarının dikey etkisinin ağırlıklı olduğuna dair yaklaşımı günümüzde geçerli kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Bugün ayrımcılık hayatın her alanında ve her

¹¹⁸ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 260.

¹¹⁹ a.g.e., s. 261.

¹²⁰ Bossuyt, *The Concept and Practice of Affirmative Action*, para. 7.

¹²¹ De Vos, *Beyond Formal Equality*, s. 12.

türlü ilişkide ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple etkili bir koruma özel önlemler söz konusu olduğunda geniş kapsamlı olarak gündeme gelmektedir.

b. Özel Önlemlerin Kişi Bakımından Kapsamı

Özel önlemlerin kapsamı ilgili ilgili gündeme gelen ikinci bir konu, bu tür önlemlerin kişi bakımından kapsamıdır. Özel önlemler dezavantajlı olduğu kabul edilen, ortak bir özelliği olan ve belirli bir gruba mensup kişiler için öngörülmektedir. Günümüzde özel önlemler kavramı büyük ölçüde cinsiyet ve ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılık açısından gündeme gelmektedir. Şüphesiz bu durumun tarihsel ve siyasi bir dizi nedeni mevcuttur. Ancak günümüzde ayrımcılık yasağının sağladığı korumadan yararlanan kişilerin kapsamı büyük ölçüde genişlemiştir ve belirtilen temelleri haricinde diğer temeller açısından da özel önlemlerin tanınması önem kazanmıştır.

Günümüzde hangi grupların özel önlemler kapsamında değerlendirileceğine dair somut bir ölçüt bulunmamaktadır. Ancak ortaya çıkan bir dizi uluslararası sözleşme ve ülkelerin kendi iç hukuk düzenleri buna karar verebilmektedir. Örneğin uluslararası düzeyde IAOKS ve KKAOKS gibi uluslararası sözleşmeler belirli gruplar için bunu öngörürken, genel nitelikteki uluslararası sözleşmeler bu konuda herhangi bir sınırlama getirmeksizin özel önlemlere dikkat çekmiştir. Bu konuda ortaya çıkan özel önlem örnekleri büyük ölçüde sınırlı temelde ortaya çıkmakta ve ardından diğer gruplar için de gündeme gelmektedir.¹²² İnsan haklarının dinamikliği anlayışı çerçevesinde özel önlemlerin de aynı şekilde dinamik bir kavram olarak kişi bakımından kapsamının genişleyeceğini öngörmek mümkündür.

Kişi bakımından özel önlemler açısından dile getirilen bir eleştiri, özel önlemlerin grup temelli olarak öngörülmesi nedeniyle hedef grubun içerisindeki kişilerin farklı durumlarının göz önünde tutulmaması ile ilgilidir. Özel önlemlerden yararlanan kişilerin hedef grup içerisinde genellikle en avantajlı kişiler olduğu ileri sürülmektedir. Yukarıda yer verilen çoklu temelde ayrımcılık başlığı kapsamında belirtildiği gibi dezavantajlı her grubun içinde ayrıca dezavantajlı durumda bulunan

¹²² Bossuyt, **The Concept and Practice of Affirmative Action**, para. 10.

kişilerin olabildiği bugün kabul edilmektedir.¹²³ Bu noktada özel önlemlerin grup temelinde öngörülmesi ile birlikte, sosyal ve ekonomik etmenlerin de göz önünde tutularak özel önlemlerin kişi bakımından kapsamının özel olarak belirlenmesi önerilmektedir. Böylece grup temelli özel önlemler bireysel temelde değerlendirilmekte ve özel önlemler ile hedeflenen amaca ulaşılması mümkün olabilmektedir.¹²⁴

Özel önlemlerden yararlanacak hedef gruplar belirlenirken, dezavantajlı grupların devlet tarafından adlandırılması yerine söz konusu grupların kendi kendilerini tanımlaması gerekmektedir. Bu noktada grubun özellikleri yanında söz konusu grubun siyasi ve ekonomik kaynaklara erişim düzeyi de göz önünde tutulmalıdır. Elbette böyle bir belirleme öncelikle demografik istatistiklerin mevcudiyetini gerektirmektedir. Ancak bu sayede, başka bir deyişle, toplumda farklı grupların sayısı ve bu gruplara mensup olduğunu kabul eden kişilerin sosyo-ekonomik profilinin belirlenmesi ile özel önlemlerin kapsamı ortaya konulabilir.¹²⁵

Bu yaklaşım IAOKK tarafından da benimsenmiştir. Komite, özel önlemleri de kapsayacak şekilde taraf devletlerin kişilerin belirli bir etnik ya da ırksal grubun ya da grupların üyesi olarak tanımlamanın, aksini meşru kılan herhangi bir gerekçe mevcut değilse, ilgili kişinin kendi için yaptığı tanımlamayı esas alması gerektiğini belirtmiştir.¹²⁶ Dolayısıyla bir inancın veya etnik grubun kendisini nasıl tanımlayacağına dair karar bu grupların kendisine ait olmalıdır. Bu durum özel önlemlerin kapsamına girecek grupların belirlenmesi noktasında oldukça önemlidir.

¹²³ Timo Makkonen, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore**, Åbo Academy University, Institute for Human Rights, 2002, s. 52, <http://web.abo.fi/instut/imr/norfa/timo.pdf> (erişim:01.04.2012)

¹²⁴ Bossuyt, **The Concept and Practice of Affirmative Action**, paras. 11, 12, 15.

¹²⁵ Theodor Meron, **Human Rights Law-Making in the United Nations, A Critique of Instruments and Process**, Clarendon Press, Oxford, 1986, s. 39-40.

¹²⁶ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 8, Identification with a particular racial or ethnic group (Art.1, par.1 & 4), A/45/18, 22.08.1990 (Bundan sonra IAOKK, 8 No'lu Genel Tavsiye olarak anılacaktır), <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (erişim:01.04.2012); 32 No'lu Genel Tavsiye, para. 34.

c. Özel Önlemlerin Doğurduğu Yükümlülükler Bakımından Kapsamı

Özel önlemlerin kapsamı açısından gündeme gelen bir diğer konu ise bu önlemlerin ihtiyari mi yoksa zorunlu nitelikte mi olduğu sorusudur. Ayrımcılık yasağı mağdurlarının büyük ölçüde toplumun dezavantajlı gruplarına mensup kişiler olduğu düşünüldüğünde bu tür önlemlerin ihtiyari kabul edilmesi mevcut sorunların çözümüne katkı sunmaktan uzaktır. Bu nedenle özel önlemlerin bir yükümlülük olarak kurgulanması ve bu yükümlülüğün bir hukuk normuna dönüşmesi oldukça önemlidir. Ancak bu yükümlülüğün sınırının belirlenmesi de önemlidir. Bu sebeple ayrımcılık yasağı çerçevesinde ayrımcılığın etkilerinin ortadan kaldırılmasını hedefleyen özel önlemlerin yeniden ayrımcılığa yol açmaması gerekmektedir. Dolayısıyla özel önlemlerin sınırının tayininde ölçülülük ilkesi ve süre gündeme gelmektedir.

Özel önlemlerin öngörülen hedefle orantılı olarak düzenlemesi gerekmektedir. Ölçülü olmayan özel önlemler tersine bir ayrımcılık ve daha önce dezavantajlı olan grup lehine bazı imtiyazların ortaya çıkmasına yol açabilecektir. Bu nedenle özel önlemlerin yükümlülük olarak tanınması ancak bu yükümlülüğün sınırlarının her somut koşulda ayrımcılık yasağında geçerli olan inceleme yöntemi çerçevesinde gündeme gelen ölçülülük ilkesi ile sağlanmasının yapılması oldukça önemlidir. Ayrıca özel önlemlerin rastgele uygulanması yerine, eşit katılım hakkının elde edilmesini ve erk ve kaynakların yeniden dağıtımını çabuklaştırma konusunda sorunların ortaya çıktığı ve bu gibi önlemlerin gerekli ve şartlara bağlı olarak en uygun görülebileceği durumlarda kabul edilmesi gerekmektedir.¹²⁷

IAOKK'ne göre de özel önlemler, telafisi düşünülen duruma uygun olmalı, meşruiyet taşınmalı, demokratik bir toplumda gerekliliği ortaya konulmalı, hakkaniyet ve oransallık ilkelerine saygılı ve geçici olmalıdır. Komite önlemlerin ihtiyaçlar temelinde tasarlanması ve uygulanması ve ilgili kişi ve toplulukların hâlihazırdaki durumunun gerçekçi bir değerlendirmesine dayanması gerektiğini belirtmiştir.¹²⁸ Bu şekilde özel önlemlerle ilgili ortaya konulan olumsuz eleştiriler karşısında güçlü bir meşruiyet noktası sağlanmış olacaktır.

¹²⁷ KKAOKK, 25 No'lu Genel Tavsiye, para. 39.

¹²⁸ IAOKK, 32 No'lu Genel Tavsiye, para. 16.

Özel önlemlerin süresi ile ilgili olarak ise, özel önlemler aşağıda daha ayrıntılı görüleceği gibi süreli veya sürekli olmasına göre geçici veya sürekli özel önlemler adını alabilmektedir. Yine bu noktada özel önlemlerin bireysel veya grup temelinde öngörülebilmesi mümkündür. Özel önlemlerin bireysel temelde öngörüldüğü durumda sürekli özel önlemler, grup temelinde öngörüldüğü durumda ise geçici özel önlemler gündeme gelmektedir. Geçici önlemlerde “geçici” ibaresinin anlamı, bu gibi önlemlerin belli bir süre uygulanmasıdır. Ancak bu süreli olma hali, zaman zaman oldukça uzun bir süreye yayılabilmesine rağmen, sürekli nitelikte değildir. Bu noktada geçicilik niteliği işlevsellikle birlikte değerlendirilmelidir. Geçici özel bir önlemin süresi, somut bir soruna karşılık olarak, önceden saptanmış bir süre yerine, işlevsel sonucuna göre belirlenmelidir. Geçici özel önlemlerle istenen sonuçlar elde edilip, bir süre daha devam ettirildikten sonra geçici özel önlemlere son verilmelidir.¹²⁹ Öğretide özel önlemlerle ilgili olarak “destekleyici” (affirmative) ve “koruyucu” (protective) olmak üzere iki farklı yaklaşım ifade edilmiştir. Destekleyici olarak ifade edilen önlemler yukarıda da belirtildiği gibi geçici mahiyette özel önlemlere işaret etmektedir. Koruyucu nitelikte görülen özel önlemler ise sürekli niteliktedir ve bir süre sınırı olmaksızın uygulanmaktadır. Destekleyici önlemler yapısal veya tarihsel olarak dezavantajlı gruplar için gündeme gelirken, koruyucu önlemler hamile kadınlar veya engelli kişilerin konumları göz önünde tutularak süresiz olarak gündeme gelmektedir. Bazı gruplar açısından her iki tür özel önlem aynı anda da gündeme gelebilmektedir. Örneğin yine kadınlar açısından istihdamda yeterince yer alamamaları açısından geçici özel önlemler, ancak hamilelik söz konusu olduğunda ise koruyucu mahiyette önlemler düzenlenebilmektedir.¹³⁰

2. Özel Önlemlere İzin Verme Şeklindeki Yaklaşım

Özel önlemlere dair yukarıda verilen bilgilerden sonra ayrımcılık yasağı bağlamında devletler açısından bu yönde açık bir yükümlülüğün söz konusu olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Bu yönde uluslararası hukukta iki türlü

¹²⁹ KKAOKK, 25 No’lu Genel Tavsiye, para. 20.

¹³⁰ Magdalena Sepulveda, **The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, Intersentia, Antwerp, 2003, s. 388.

yaklaşımın ortaya çıktığı söylenebilir. İlk yaklaşım özel önlemlere sadece izin veren ve bu anlamda ayrımcılık yasağının adeta bir istisnası haline getiren yaklaşımdır. Yukarıda ifade edildiği üzere bu şekli eşitlik anlayışının bir yansımasıdır. İkinci bir yaklaşım ise mevcut fiili eşitsizliklerin giderilmesi noktasında devletler açısından açık bir yükümlülük öngörmektedir ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesini ayrımcılık yasağının ihlali olarak görmektedir. Yine yukarıda ifade edildiği gibi bu durum maddi eşitlik anlayışının benimsendiğini ortaya koyan kıstaslardan birini oluşturmaktadır. Yukarıda fırsat eşitliği ile ilgili olarak ifade edilen şekli eşitlik ve maddi eşitlik anlayışlarının belirli unsurlarını içerdiğine dair görüş çerçevesinde özel önlemleri mazur gören yaklaşımın fırsat eşitliğini hedeflediği söylenebilir. Bu noktada şekli eşitlik anlayışının ortaya çıkardığı sonuçların eşitliği sorununun aşılması hedeflenmiştir.¹³¹Burada öncelikle ilk yaklaşım, ardından ise ikinci yaklaşım üzerinde durulacaktır.

Uluslararası insan hakları hukukunda ilk yaklaşımın benimsendiği çok sayıda düzenleme söz konusudur. 111 No'lu ILO Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer alan düzenlemede ilk olarak ILO tarafından kabul edilen sözleşmeler veya tavsiyelerde yer alan özel koruma veya yardıma önlemlerinin ayrımcılık olarak mütalaa edilemeyeceği ifade edilmiştir. Burada özel önlemlerle ilgili ILO'nun diğer standartlarının ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemede yalnızca diğer uluslararası düzenlemelere bir gönderme söz konusudur. Ancak maddenin ikinci fıkrasında "Herhangi bir Üye, varsa temsilci niteliğini haiz işveren ve işçi örgütleriyle istişarede bulunduktan sonra, cinsiyet, yaş, engellilik, aile sorumlulukları ya da sosyal yahut kültürel statüleri gibi nedenlerle, özel şekilde korunma ya da yardımı gereksindikleri genel olarak kabul edilmiş bulunan kişilerin özel gereksinimlerini karşılamak üzere kurgulanmış diğer özel önlemlerin ayrımcılık olarak mütalaa edilmeyeceğini belirleyebilir."denilmiştir. Dolayısıyla burada söz konusu olan iç hukukta yer verilebilecek özel önlemlerdir.

¹³¹ Christa Tobler, **Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under the EC Law**, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2005, s. 31.

Maddenin dilinden özel önlemlerle ilgili bir yükümlülük öngörülmediği ve bir izin vermenin öngörüldüğü ortaya çıkmaktadır.¹³²

MSHS hem ilk hem de ikinci yaklaşımı benimsemiştir. Çelişkili gibi görülebilecek bu durum özel önlemlere dair açık bir yükümlülüğünün varlığının kuvvetli bir şekilde ortaya konulmamış olması sebebiyledir. MSHS'nin 26. maddesi bağlamında ortaya çıkan içtihatlar kişi ve konu bakımından ayrımcılığın kapsamını oldukça genişletmiştir. Buna karşın özel önlemler söz konusu olduğunda aynı şekilde ileri bir yaklaşımdan söz edilmesi mümkün gözükmemektedir. Sözleşme metninde özel önlemlere dair bir düzenleme yer almamıştır. Ancak 26. Maddenin hazırlık sürecinde dezavantajlı gruplara yönelik olumlu önlemler alınmasına dair bir itiraz yer almamaktadır.¹³³ Yine madde metninde yer alan “ayrımcılığa karşı eşit ve etkili biçimde korunma” yükümlülüğünün özel önlemler açısından bir yükümlülük ortaya çıkarabileceği ileri sürülebilir. Ancak özel önlemlere hangi durumda başvurulacağına dair bir açık yükümlülük veya yol gösterici nitelikte bir yaklaşım da mevcut değildir.

İnsan Hakları Komitesi, bazı durumlarda geçici nitelikte özel önlemlere başvurulması yükümlülüğü öngörmüştür.¹³⁴ Ancak bu önlemlerin içeriği konusunda taraf devletlere geniş bir takdir yetkisi tanındığı ifade edilmektedir.¹³⁵ Komite'nin 18 No'lu Genel Yorum'da ortaya koyduğu yaklaşım şikâyet başvurularında göz ardı edilmiş görünmektedir. Komite oldukça eski tarihli bir kararında, askeri diktatörlük döneminde ideolojik, siyasi veya sendikal faaliyetleri nedeniyle meslekten atılan kamu görevlilerinin kamu görevine alınmaları gündeme geldiğinde diğer başvuruculara göre öncelik tanınmasını değerlendirmiş ve ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹³⁶

Komite özel önlemler kapsamında sıklıkla gündeme gelen kota uygulamasını da değerlendirmiştir. Belçika Yüksek Yargı Konseyi'nde yer alacak 11 yargıç olmayan üye için herhangi bir cinsiyetten kişi sayısının en az dört olması gerektiğine

¹³² Bob Hepple, *Equality and Employment for Decent Work*, **International Labour Review**, Vol. 140, No. 1, 2001, s. 13.

¹³³ Ramcharan, s. 259.

¹³⁴ İHK, 18 No'lu Genel Yorum, para. 10. Aynı şekilde bkz, azınlıklarla ilgili olarak, İHK, 23 No'lu Genel Yorum, para 6.2.; kadın erkek eşitliği ile ilgili olarak, 28 No'lu Genel Yorum, para. 3 ve 29.

¹³⁵ Choudry, *Interpreting the Right to Equality under the Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, s. 48.

¹³⁶ İHK, *Stalla Costa v. Uruguay*, Communication No. 198/1985, View, 09.07.1987, CCPR/C/30/D/198/1985.

dair yasal düzenlemeyi ayrımcılık olarak değerlendirmemiştir. Komite, cinsiyet eşitliğin sağlanması noktasında özel önlemlere izin verildiğini belirtmiş ancak özel önlemlerle ilgili açık bir yükümlülüğe işaret etmemiş ve özel önlemlerin kapsamına değinmemiştir. Kararda ayrımcılık yasağı ile ilgili yapılan incelemelerde gündeme gelen ölçütler özel önlemler açısından da gündeme gelmiştir. Komite, kotaya dair düzenlemeyi öncelikle makul ve nesnel bulmuş, ardından 11 kişinin en azından 4 tanesinin karşı cinsiyetten olmasına dair düzenlemeyi ölçülü bulmuştur.¹³⁷

MSSH'nin 26. maddesinin özel önlemler bakımından taşıdığı bir başka önemli yön ise maddenin ayrımcılığı kişi ve konu bakımından sınırlamamış olmasıdır. MSSH'nin Genel Yorum düzeyinde özel önlem yükümlülüğü öngördüğü söylenebilir. İHK'nin özel önlem yükümlülüğü büyük ölçüde toplumsal cinsiyet temelinde ve azınlıklar alanında ayrımcılık olgusuna yönelik olduğu ifade edilmektedir.¹³⁸ Ayrıca İHK'nin özel önlemlere dair yükümlülük yönünde bir yaklaşımı bireysel şikâyet başvurularında daha açık şekilde ortaya koyduğunu söylemek mümkün değildir.

AIHM'nin yukarıda da belirtilen yaklaşımı geçici özel önlem yükümlülüğü öngörmemekle beraber bu tür önlemlere başvurulduğu durumlarda söz konusu önlem nesnel ve makul bir nedene dayanıyorsa ve gerçekleştirilmek istenen amaç ile başvuru yöntemi orantılı ise ayrımcılık yasağının ihlal edilmiş sayılmayacağı anlamına gelmektedir.¹³⁹ Dolayısıyla taraf devletler için özel önlemler açısından bir anlamda olumlu değil ancak olumsuz bir yükümlülük ortaya çıkmaktadır. Bu yükümlülük özel önlemlerin ayrımcılık yasağı ile ilgili mevcut ölçütlere uygun olmasıdır. AIHM'ne Ayrımcılık yasağı ile ilgili öngörülen sınır aşılmamalıdır.

Mahkeme bu mevcut olumsuz yükümlülükten zaman zaman uzaklaşarak taraf devletler açısından olumlu yükümlülükler de öngörmüştür. Başka bir deyişle taraf devletlerin bazı durumlarda özel önlemlere başvurmamış olması 14. maddenin ihlali anlamına gelebilecektir. AIHM'nin bazı kararlarında, örneğin ırk ve etnik kökene

¹³⁷ İHK, *Jacobs v. Belgium*, Communication No. 943/2000, View, 07.07.2004, CCPR/C/81/D/943/2000, paras. 9.4, 9.5. AIHM'de benzer yaklaşımı benimsemiştir. AIHM, *Stec and Others v. the United Kingdom*, Application No.33985/96, Judgment, 12.04.2006.

¹³⁸ Vandenhoe, s. 223.

¹³⁹ Olivier De Schutter, **The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives**, European Commission, Luxembourg, 2005, s. 19.

dayalı ayrımcılık olarak sayılabilecek ırkçılıkla ilgili davalarda, ırk ayrımcılığının her biçim ve görünümüyle mücadelenin yaşamsal bir öneme sahip olduğunu belirtmiştir.¹⁴⁰ Bu anlamda ırk ayrımcılığı ve yabancı düşmanlığı gibi olgularla mücadele noktasında devletlerin alacakları önlemler Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlali olarak yorumlanmayabilecektir.

AİHS'nin 14. maddesi kapsamında ortaya çıkan anlayış AİHS/Protokol No. 12 açısından da geçerlidir. Protokol özel önlemler konusunda olumlu bir yükümlülük öngörmemiştir. AİHM'nin AİHS'nin 14. maddesi bağlamında özel önlemlere dair yaklaşımı AİHS/Protokol No. 12 ile de değişmemiştir. Protokol'de ayrımcılık yasağına karşı olumlu yükümlülükler noktasında kasıtlı olarak sessiz kalındığı ifade edilmektedir.¹⁴¹ Protokol'ün ortaya çıkışında özel önlemler konusu özellikle görmezlikten gelinmiş olmasına karşın bu tür önlemlerin dışarıda da bırakılmadığı fikri de ileri sürülmüştür.¹⁴² Yine Protokol'ün 1. maddesinde yer alan düzenlemenin özel önlemlere dair yükümlülük ortaya koyduğu görüşü de ileri sürülmüştür.¹⁴³ Fakat Protokol her ne kadar ayrımcılığa karşı korumanın kapsamını sadece AİHS'nde yer alan değil yasayla düzenlenen tüm hakları da içine alacak şekilde genişletmiş olsa da Protokol metninden ve Açıklayıcı Not'tan bu yönde bir yaklaşım üretilmesi çok mümkün gözükmemektedir.¹⁴⁴ AİHS/Protokol No. 12'nin getirdiği düzenleme ayrımcılık yasağının kapsamını yalnızca konu bakımından genişletmiş ancak yükümlülükler açısından bir yenilik getirmemiştir. Bu noktada Protokol açısından AİHM açısından 14. madde ile ilgili ortaya konulan yaklaşımın benzerinin benimsenmesi ihtimalinin yüksek olduğu söylenebilir.

AİHS/Protokol No. 12 açısından bir diğer konu ise ayrımcılık yasağının kapsamına dair getirilen düzenlemenin özel önlemlerin kapsamını da etkiliyor olmasıdır. Protokol büyük ölçüde kamu makamları için yükümlülük getirmiştir. Dolayısıyla özel önlemlerle ilgili bir yükümlülüğün varlığı kabul edilse dahi söz

¹⁴⁰ AİHM, *Jersild v. Denmark*, Application No.15890/89, Judgment, 23.09.1994, para. 30.

¹⁴¹ De Vos, **Beyond Formal Equality**, s. 51; De Schutter, *Positive Action*, s. 794-795.

¹⁴² Luzius Wildhaber, *Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights: A Second-Class Guarantee?*, **Baltic Yearbook of International Law**, Vol. 2, Kluwer Law International, The Hague, 2002, s. 82.

¹⁴³ Loukis G. Loucaides, *The Prohibition of Discrimination under Protocol 12 of the European Convention on Human Rights*, **European Convention on Human Rights: Collected Essays**, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2007, s. 59-60.

¹⁴⁴ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 258-259.

konusu yükümlülüğün özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri açısından sınırlı bir yükümlülük doğuracağı söylenebilir. Dolayısıyla Protokol bu açıdan da AİHS sistemine bir yenilik getirmemiştir.

Özel önlemler konusunda suskun kalan AİHS/Protokol No. 12'nin ve bir bütün olarak AİHS sisteminin özellikle IAOKKS ve KKAOKS gibi BM sözleşmelerinin ortaya koyduğu anlayışın oldukça gerisinde kalmıştır.¹⁴⁵ Mevcut bir ayrımcılığı gidermek için başvurulmuş özel önlemler AİHS'nde yer alan ayrımcılık yasağında geçerli olan farklı muamelenin meşru amacı niteliğinde kabul edilmektedir. Dolayısıyla AİHS sisteminde özel önlemlerin bir haklı kılma nedeni olarak kabul etmek mümkündür. Ancak AİHM'nin bazı kararları ile özel önlemler alma yükümlülüğünün de gündeme gelmeye başladığı söylenebilir. Mahkeme'nin bazı kararları ile bazı durumlarda belirli kategorilerdeki kişiler için özel ayarlamaların yapılması gerektiği kabul edilmiş iken,¹⁴⁶ başka kararlarında ise tam tersi yönde yaklaşım sergilenebilmiştir.¹⁴⁷ Dolayısıyla AİHM'nin özel önlemlerle ilgili henüz tutarlı bir çizgi ortaya koyduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir.

(GG)AŞŞ açısından da konuya yükümlülük noktasında yaklaşılmamıştır. Şart'ın denetim organı olan ASHK, Şart'ın Şart'ta yer alan hakların etkili biçimde hayata geçirilmesi için yalnızca hukuki düzenlemeler değil aynı zamanda uygulamaya yönelik adımların da atılması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁴⁸ Bu şekilde ortaya konulan olumlu yükümlülüklerle dair vurgunun ayrımcılık yasağı bağlamında özel önlemleri de içereceği belirtilmektedir.¹⁴⁹ Yukarıda örnek verilen Şart'ın 20. madde düzenlemesine bakıldığında, gebelik, loğusalık ve doğum sonrası dönem ile ilgili özel önlemlerin ayrımcılık sayılmayacağına ve maddenin fiili eşitsizlikleri gidermeyi amaçlayan özel önlemlerin alınmasını engellemediğine yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla lafzi olarak bakıldığında Sözleşme'nin özel önlemlere

¹⁴⁵ Morten Kjaerum, *Protocol No. 12 and the UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, Non-Discrimination: A Human Right, Seminar to Mark the Entry into Force of Protocol No. 12*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, s. 48.

¹⁴⁶ AİHM, *Thlimmenos v. Greece*, Application No.34369/97, Judgment, 06.04.2000.

¹⁴⁷ AİHM, *Beard v. The United Kingdom*, Application No.24882/94, Judgment, 18.01.2001; *Coster v. the United Kingdom*, Application No.24876/94, Judgment, 18.01.2001; *Jane Smith v. the United Kingdom*, Application No.25154/94, Judgment, 18.01.2001; *Lee v. the United Kingdom*, Application No.25289/94, Judgment, 18.01.2001.

¹⁴⁸ ASHK, *International Association Autism-Europe (IAAE) v. France*, Complaint No. 13/2002, Decision, 07.11.2003, para. 53.

¹⁴⁹ De Vos, *Beyond Formal Equality*, s. 53; De Schutter, *Positive Action*, s. 798.

sadece izin veren mahiyette olduğu söylenebilir. Burada dile getirilecek bir başka durum ise Sözleşme'nin özel önlemlerle ilgili olarak yalnızca cinsiyet temelinde ayrımcılık açısından bir düzenlemeye yer vermiş olmasıdır. Sosyal haklarla ilgili bir uluslararası sözleşmenin bu noktada özel önlemlere dair oldukça dar kapsamda düzenleme içermesi önemli bir eksikliklerdir. Komite'nin büyük ölçüde AIHM'nin benimsediği yaklaşımı devam ettirdiği ifade edilmektedir.¹⁵⁰

AB hukukunda özel önlemlerle ilgili olarak bir dizi hüküm ortaya koymuştur. ATA'nın 141. maddesi ile ortaya konulan ve daha sonra Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın 157. maddesi ile yeniden düzenlenen bu ilke ile üye ülkeler açısından bir yükümlülük değil ancak bir izin verme veya uygun görme söz konusudur. Başka bir deyişle üye ülkelerin özel önlemler öngörmeleri ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturmayacaktır. Ancak IAOKS'nin 2/2 maddesinde ve ECRI'nin 7 No'lu Genel Politika Tavsiyesi'nde 5. paragrafta özel önlemler bir yükümlülük olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle AB üyesi bir ülke açısından AB mevzuatı öngörmemesine ve IAOKK ve ECRI'nin denetim mekanizmalarının görece etkisizliğine karşın en azından ırk veya etnik köken bakımından özel önlemlere başvurma yükümlülüğü söz konusudur.

AB'ye üye ülkeler bir cinsiyetin diğerine göre eşit niteliklere sahip olsa dahi farklı muamele görmesi sonucu eksik temsili söz konusu ise geçici nitelikte olumlu önlemler alınabilecektir. AB Konseyi'nin 84/635/EEC sayılı Tavsiye Kararı bu yönde cinsiyet ayrımcılığı temelli olarak toplumda kadın ve erkeğin geleneksel rollerine dayanan mevcut davranışlar ve yapılar dikkat çekmiştir.¹⁵¹ Bu tavsiye kararı konuya özgülenmiş tek AB belgesi olarak hukuken bağlayıcı olmamakla birlikte özel önlemler konusunda rehber ilkeler olarak kabul edilmektedir.¹⁵²

AB hukukunda konu hakkında ilk düzenleme olan 76/207/EEC sayılı Direktif'te özel önlemlere dair bir yükümlülük yer almamış ve ABAD'nin kararlarında da belirttiği gibi bu tür önlemlere yalnızca izin verilmiş ve ayrımcılık

¹⁵⁰ De Vos, **Beyond Formal Equality**, s. 53.

¹⁵¹ Kadınlara Yönelik Olumlu Eylemlerin Geliştirilmesine Dair 13 Aralık 1984 tarihli ve 84/635/EEC sayılı Konsey Tavsiyesi, (*Council Recommendation of 13 December 1984 on the Promotion of Positive Action for Women, 84/635/EEC*),

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31984H0635:EN:HTML>

(erişim:01.04.2012)

¹⁵² Costello, s. 182-184.

yasağından bir sapma (derogation) veya bu yasağın bir istisnası olarak nitelendirilmiştir.¹⁵³ Görüldüğü gibi AB hukuku özel önlem yükümlülüğü yerine bu tür önlemlere izin verme şeklinde bir yaklaşım benimsemiştir ve konu AB düzeyinde doğrudan düzenlenmeyerek üye devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır.¹⁵⁴

3. Özel Önlem Öngörme Yükümlülüğü Şeklindeki Yaklaşım

Yukarıda ifade edilen uluslararası sözleşmeler ve diğer belgelerde özel önlemler açısından büyük ölçüde bir izin verme anlayışının geçerli olduğu görülmektedir. Uluslararası sözleşmeler açısından ikinci yaklaşımın benimsendiği bir dizi sözleşme söz konusudur. Bunlardan zamansal olarak ilki IAOKS'dir. IAOKS'nin 1/4 maddesinde, belirli ırk veya etnik grupların ya da bireylerin, insan hakları ve temel özgürlüklerden eşit şekilde yararlanmalarını sağlamak amacıyla, özel bir korumaya ihtiyaç duyduğu durumda, bu kişilerin uygun gelişimini güvence altına almak amacıyla yönelik olarak özel önlemlerin öngörülebileceği ve ırk ayrımcılığı olarak nitelendirilemeyeceği ancak bu tür önlemlerin sonuçta farklı ırk grupları için ayrı haklar sağlanmasına yol açmaması ve önlemler amacına ulaştıktan sonra sürdürülmemeleri gerektiği belirtilmiştir.

IAOKK, Sözleşme'nin 1/4 maddesinde yer alan "ırk ayrımcılığı olarak nitelendirilemez" ifadesiyle, taraf devletlerin Sözleşme doğrultusunda aldıkları özel önlemlerin ayrımcılık oluşturmadığına açıklık getirildiğini ve bu açıklığın Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında yapılan bir ifade değişikliğiyle de pekiştirildiğini belirtmektedir. Komite, hazırlık çalışmalarında "ırk ayrımcılığı olarak nitelendirilmemelidir" (should not be deemed racial discrimination) ifadesinin yerine "ırk ayrımcılığı olarak nitelendirilemez" (should not be deemed racial discrimination) ifadesinin konulduğunu ve dolayısıyla özel önlemlerin ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele değil, tersine onun anlamına içsel, Sözleşme'nin ırk ayrımcılığını ortadan kaldırma, insan onurunu ve fiili eşitliği sağlama amacı

¹⁵³ ABAD, *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, Case C-450/93, Judgment of the Court of 17 October 1995, para. 18.

¹⁵⁴ Costello, s. 180.

açısından temel önemde olduğunu ifade etmiştir.¹⁵⁵ Görüldüğü gibi özel önlemler Sözleşme kapsamında ayrımcılık oluşturmayan farklı muamele olarak görülmemektedir.

Sözleşme'nin 2/2maddesinde ise taraf devletlerin, koşullar gerektirdiğinde, belli ırk gruplarının ve bunlara mensup bireylerin, insan hakları ve temel özgürlüklerden tamamen ve eşit şekilde yararlanabilmelerini garanti altına almak amacıyla, bu gruplar ve bireylerin uygun gelişimlerini ve korunmalarını sağlamak için, sosyal, ekonomik, kültürel ve diğer alanlarda özel ve somut önlemler alacakları ve bu tür önlemlerin, alınış amaçları gerçekleştikten sonra, hiçbir şekilde, farklı ırk grupları için eşit olmayan ve ayrı haklar sağlanması sonucunu doğurmayacağı ifade edilmiştir. İlk düzenleme özel önlemlerle ilgili bir yükümlülük getirmese de ikinci düzenleme bu yönde açık bir hüküm içermektedir.¹⁵⁶

Maddelerin ayrımcılığa karşı sağladığı korumanın kapsamı da tüm hakları içerisinde almaktadır ve bu açıdan oldukça geniş bir alanda uygulanmasını gerektirmektedir. Ancak maddede “koşullar gerektirdiğinde” özel önlemlere başvurulabileceği belirtilmiştir. Bu şekilde bir ifade ile taraf devletlere bir takdir yetkisi tanındığı kabul edilmektedir. Ancak taraf devletler bu takdir yetkisi kapsamında ülkenin ekonomik ve sosyal koşullarını gerekçe göstererek bu yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınması mümkün değildir. IAOKK de bu yaklaşımı benimsediğini ortaya koymuştur. Komite, özel önlemlere ilişkin olarak 2/2 maddesinde kullanılan “alacaktır” (shall take) ifadesinin açık biçimde bu önlemlerin alınmasının zorunluluğunu gösterdiğini ve yükümlülüğün zorunlu olmasının, “koşullar gerektirdiğinde”(when the circumstances so warrant)ifadesiyle hafiflediğini belirtmektedir.¹⁵⁷

IAOKK bu düzenlemeleri MSHS ve AIHS'nde olduğu gibi özel önlemlere bir izin verme şeklinde değil bir yükümlülük şeklinde yorumladığını başka kararlarında da vurgulamıştır. Komite bir Nihai Tespit'te taraf devlet tarafından Sözleşme'de yer alan özel önlemler konusunda özel önlemlere izin verildiği ancak bunun bir yükümlülük olarak öngörülmediğine dair yaklaşımı konusunda Sözleşme'nin

¹⁵⁵ IAOKK, 32 No'lu Genel Tavsiye, para. 20.

¹⁵⁶ Meron, s. 37.

¹⁵⁷ IAOKK, 32 No'lu Genel Tavsiye, para. 30.

şartların gerektirdiği ve sürekli eşitsizliğin olduğu bir durumda 2. maddenin ikinci paragrafında yer alan yükümlülüğün özel önlemlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmiştir.¹⁵⁸ Ancak söz konusu yükümlülüğün bireysel temelde değil grup temelinde öngörüldüğü ve belirli bir ortak özelliği olan kişileri kapsadığı belirtilmektedir.¹⁵⁹

IAOKS’nde yer alan düzenlemeye benzer bir düzenleme KKAOKS’nin 4. maddesinde “1. Kadın ve erkek eşitliğini fiilen sağlamak için taraf devletlerce alınacak geçici özel önlemler, işbu Sözleşmede belirtilen cinsten bir ayırım olarak mütalaa edilmeyecek ve hiçbir şekilde eşitsizlik veya farklı standartların muhafazası sonucunu doğurmayacaktır. Fırsat ve uygulama eşitliği hedeflerine ulaşıldığı zaman bu tedbirlere son verilecektir. 2. Anneliğin himayesi maksadıyla işbu Sözleşmede belirtilenler dâhil, taraf devletlerce alınacak özel önlemler, ayırıcı olarak nitelendirilmeyecektir.” ifadeleri ile yer almıştır. Görüldüğü maddenin her iki fıkrasında “özel önlemler” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadenin kullanıldığı ilk uluslararası sözleşme KKAOKS’dır. Sözleşme’nin 4/1 maddesinde geçici özel önlemler ifadesine yer verilirken, 4/2 maddesinde sadece özel önlemler ifadesi yer almıştır.¹⁶⁰ Şüphesiz bu bilinçli bir tercihtir ve ikinci fıkrada “geçici” ifadesi bilinçli olarak yer almamıştır. Sözleşme metni bu açıdan hem özel hem de sürekli özel önlemleri bir yükümlülük olarak değerlendirmektedir.¹⁶¹ KKAOKS maddi eşitlik anlayışı çerçevesinde özel önlemlere açık bir gönderme yapmaktadır. Bu yükümlülüğün mevcudiyeti Sözleşme’de ayrımcılığın yalnızca cinsiyet temelinde yasaklanmadığı ve özel olarak kadınların korunmasını amaçladığı, Sözleşme’nin 24. maddesinde, ulusal düzeyde Sözleşme’de yer alan hakların bütünüyle gerçekleştirilmesini amaçlayan tüm gerekli önlemlerin alınması yükümlülüğü getirdiği ve benzer yaklaşımın başka diğer maddelerde de yer aldığı gerekçelerine dayandırılmaktadır.¹⁶² Ancak buna rağmen Sözleşme’nin dilinden bu yönde bir yükümlülüğün açıkça tanındığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Ancak KKAOKK yukarıda da belirtilen 25 No’lu Genel Tavsiye ile özel önlemleri taraf devletler açısından açık bir yükümlülük olarak tanımıştır. Komite geçici özel

¹⁵⁸ IAOKK, Nihai Tespitler, ABD, para. 399. Komite’nin özel önlemlerin hangi alanlarda ve hangi gruplar için öngörülmesi gerektiği ile ilgili örnek kararları için bkz, Vandenhole, s. 209-210.

¹⁵⁹ Meron, s. 37.

¹⁶⁰ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 131.

¹⁶¹ a.g.e., s. 149, De Schutter, *Positive Action*, s. 784.

¹⁶² a.g.e., s. 784.

önlemlerin, kadınların fiili veya maddi eşitliği ile ilgili genel ya da özgül bir amacın elde edilmesini çabuklaştırması için gerekli ve uygun olduğu kanıtlandığı takdirde, taraf devletlerin bu maddelerden herhangi biri ile ilgili önlemleri kabul edip hayata geçirmeye mecbur olduğunu belirtmiştir.¹⁶³ Anılan Genel Tavsiye'nin diğer bir önemli katkısının ise özel önlem yükümlülüğünün eşitlik ilkesinden bir sapma olmadığı ve bu tür önlemlerin alınmasının eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına bir katkı olarak değerlendirilmesi olduğu belirtilmektedir.¹⁶⁴

KKAOKS'nin 4. maddesinde yer verilen özel önlem yükümlüğü konusu Sözleşme'nin ortaya çıkış sürecinde tartışmalara neden olmuştur. Böyle bir düzenlemenin gerekli olup olmadığı, 1. maddede yer verilen kadına yönelik ayrımcılık tanımının içinde yer almasının daha uygun olup olmayacağı, genel hükümlerde ayrı bir madde olarak mı düzenlenmesi gerektiği veya kadınlara yönelik ekonomik ve sosyal haklarda ayrımcılık yapılmamasını içeren maddeler için mi yer almasının daha uygun olacağı, maddede özel önlemlere sadece izin verilme yönünde bir anlayışın mı yoksa bu yönde bir yükümlülüğün açıkça tanınması yönünde bir anlayışının benimseneceği ve özel önlemlerin geçici niteliğinin vurgulanıp vurgulanmayacağı, tartışma konuları arasında yer almaktadır.¹⁶⁵

ESKHS açısından da özel önlemlerin taraf devletler açısından bir yükümlülük olarak değerlendirildiği söylenebilir. Sözleşme'nin hazırlık sürecinde özel önlemlere bir gönderme yapılmamış olsa da bu tür önlemlerin ayrımcılık oluşturmayacağına kabul edildiği belirtilmektedir.¹⁶⁶ ESKHK'nin yayınladığı 5 No'lu Genel Yorum'da her ne kadar özel önlemlerin ayrımcı olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiş ve özel önlemlere sadece izin veriliyormuş gibi bir izlenim edinilebilirse de, mevcut bir ayrımcılığın giderilmesi ve fırsat eşitliği için uygun önlemlerin alınması gerekliliği vurgulanmış ve özel önlemlerin bir yükümlülük olduğu kabul edilmiş olmaktadır.¹⁶⁷ Aynı yaklaşım daha sonra 20 No'lu Genel Yorum'da da sergilenmiştir. Sözleşme'ye taraf devletlerin kimi durumlarda, maddi ayrımcılığı ortadan kaldırmak için ayrımcılığın sürmesini sağlayan koşulların etkisini azaltmak veya bu koşulları

¹⁶³ KKAOKK, 25 No'lu Genel Tavsiye, para. 24.

¹⁶⁴ De Schutter, *Positive Action*, s. 785. Bkz, KKAOKK, 25 No'lu Genel Tavsiye, para. 14.

¹⁶⁵ Gemalmaz, *Özel Önlemler*, s. 116.

¹⁶⁶ Craven, s. 184.

¹⁶⁷ ESKHK, 5 No'lu Genel Yorum, para. 18.

ortadan kaldırmak amacıyla özel tedbirlere başvurma yükümlülüğü olduğu ifade edilmiştir.¹⁶⁸

Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin 5/4 maddesinde de“Engellilerin fiili eşitliğini hızlandırmak veya sağlamak için gerekli özel tedbirler işbu Sözleşme amaçları doğrultusunda ayrımcılık olarak nitelendirilmez.” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu ifadeler sonucunda mevcut eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için özel önlemlerin alınması yükümlülüğü getirilmekte ve bu önlemlerde ayrımcılık oluşturmayacağını ifade etmektedir. Sözleşme metninde makul uyumlaştırma yükümlülüğüne açıkça yer verilmiş olması ile birlikte özel önlemlerin de bir yükümlülük olarak tanındığı söylenebilir.

Yukarıda da ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere uluslararası alanda ayrımcılık yasağı ve özel önlemler konusunda bir konsensüs ortaya çıkmış değildir ve farklı yaklaşımlar söz konusudur. Ancak özel önlemler konusunda özellikle BM tarafından kabul edilen düzenlemeler ve BM kapsamında kurulan denetim organlarının yaklaşımları özel önlemleri maddi eşitlik anlayışının bir parçası olarak değerlendirdiği görülmektedir. Avrupa Konseyi ve AB kapsamında ortaya konulan düzenlemeler ise büyük oranda şekli eşitlik anlayışını benimsemek ile birlikte maddi eşitlik anlayışının gerektirdiği bir yaklaşım olan özel önlem yükümlülüğünü yadsımayan ve bu tür önlemlere izin veren bir niteliktedir.

G. Türk Hukukunda Özel Önlemler

1. Anayasa

Türk hukukunda özel önlemlerle ilgili olan ilk düzenleme Anayasa'da, 10. maddede yer almaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinin ilk hali özel önlemler konusunda bir hüküm içermemektedir.¹⁶⁹ Bu konuda ilk değişiklik 2004 yılında yapılmış ve madde metnine “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu

¹⁶⁸ ESKHK, 20 No'lu Genel Yorum, para. 9.

¹⁶⁹ Bazı ülke anayasalarında özel önlemlere dair madde örnekleri için bkz, Serap Yazıcı, **Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2011, s. 183-184. Çeşitli anayasa taslaklarında eşitlik ilkesine dair madde önerileri için bkz, a.g.e. s. 190-191

eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” şeklinde bir ibare eklenmiştir. 10. maddenin 2004 değişikliği öncesinde mevcut fiili eşitsizlikleri gidermek için dahi özel önlemlere izin vermediği de ifade edilmiştir.¹⁷⁰ 2004 yılında yapılan düzenleme ile kadınlar ve erkekler arasında fiili bir eşitsizliğin varlığı kabul edilmiş olmaktadır. Ancak maddenin bu hali özel önlemlere yer vermemiştir. Anayasa değişikliği teklifinde,yapılan değişikliğin ilk cümlesine yer verilmiştir ve bu değişikliğin gerekçesi olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 23. maddesinde yer alan ve özel önlemlere de yer veren eşitlik ilkesine gönderme yapılmıştır. Gerekçede bu maddede “...yeterli ölçüde temsil edilemeyen cinsiyetin lehine belirli avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesinin veya kabul edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı öngörülmektedir...” şeklinde bir ifade kullanılmasına rağmen madde metninde özel önlemlere dair bir ifadeye yer verilmemiştir.¹⁷¹

Teklifin TBMM Anayasa Komisyonu'nda görüşülmesinin ardından sadece ilk cümlelerin yetersiz olduğu kabul edilmiş, “...fırsat eşitliği, olumlu ayrımcılıkla ilgili düzenlemenin eklenmesi gerektiği” düşüncesiyle “Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” şeklinde ikinci bir cümle eklenmiştir.¹⁷² Bu cümle iledeğişiklik teklifi, gerekçesiyle uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır. Ancak maddenin bu hali de özel önlemlere açıkça yer vermemiş ve eleştiri ile karşılaşmıştır.Bir grup milletvekili tarafından haklı olarak, “...metne, kadın ve erkeğin haklarından yararlanmaları konusundaki fiili eşitliği sağlamaya ve engelleri ortadan kaldırmaya yönelik önlemleri almayı ve düzenlemeleri yapmayı açık ve tartışmaya gerek bırakmayacak biçimde devletin yükümlülüğü haline getiren, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinin kanun önünde eşitliği bozmayacağını ve

¹⁷⁰ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2008, s. 110.

¹⁷¹ Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Ankara Milletvekilleri Salih Kapusuz, Haluk İpek, Bursa Milletvekili Faruk Çelik, Ordu Milletvekili Eyüp Fatsa ve Hatay Milletvekili Sadullah Ergin ile 193 Milletvekilinin; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (erişim:01.04.2012)

¹⁷² Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Ankara Milletvekilleri Salih Kapusuz, Haluk İpek, Bursa Milletvekili Faruk Çelik, Ordu Milletvekili Eyüp Fatsa ve Hatay Milletvekili Sadullah Ergin ile 193 Milletvekilinin; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (erişim:01.04.2012)

imtiyaz sayılamayacağını belirten bir ekleme yapılmasının gerekli olduğu...” görüşü dile getirilmiştir.¹⁷³

Açıkça özel önlemlere yer vermemekle beraber, 10. maddenin 2004 değişikliği sonrasında devletin kadınlar açısından somut fırsat eşitliğinin sağlayacak önlem almakla görevlendirildiği şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁷⁴2004 yılında yapılan değişikliğin ardından bu durumun yalnızca cinsiyet bakımından değiştiği ve diğer ayrımcılık temelleri kapsamında özel önlemlere dair yasağın devam ettiği belirtilmiştir.¹⁷⁵ Öğretide aksi yönde 2004 yılında yapılan değişikliğin yine de kadınlar lehine özel önlemlerin tanındığı şeklinde bir yoruma elverişli olmadığı, belirtilmiş ve teklifin görüşülmesi aşamasında yukarıda belirtilen eleştirilere gönderme yapılmıştır. Ayrıca yalnızca kadınlar lehine değil engelliler gibi başka gruplara yönelik de düzenleme yapılması gerektiği vurgulanmıştır.¹⁷⁶

10. maddenin 2004 değişikliği sonrası halinin açıkça olmasa da özel önlemlerle ilgili olarak ve yalnızca cinsiyet temelinde devlete bir yükümlülük getirmiştir denilebilir. Hatta sadece özel önlemler şeklinde değil, bu yükümlülüğün siyasal, sosyal, kültürel ve ekonomik alanlarda karşılaşılan engellerin aşamalı olarak kaldırılmasına ve elde edilecek sonuçlarla eşitliğin sağlanmasına değin sürdürülmesini gerektirdiği belirtilmiştir.¹⁷⁷Bu şekilde bir düzenlemenin açıkça yapılmamış olması durumunda dahi Anayasa'nın 10. maddesinin bu yönde bir yaklaşıma izin verdiği ifade edilmektedir. Hatta 10. maddenin dördüncü fıkrasında

¹⁷³ Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Ankara Milletvekilleri Salih Kapusuz, Haluk İpek, Bursa Milletvekili Faruk Çelik, Ordu Milletvekili Eyüp Fatsa ve Hatay Milletvekili Sadullah Ergin ile 193 Milletvekilinin; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278),

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (erişim:01.04.2012)

¹⁷⁴ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yay., Ankara, 2008, s. 151, Bülent Tanör; Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yay., İstanbul, 2004, s. 108; Sibel İnceoğlu, *Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 49; Can Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 03-04.06.2006 tarihli Toplantı Tebliğ ve Tartışmaları, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2006, s. 26; Kübra Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 72.

¹⁷⁵ Gözler, s. 110.

¹⁷⁶ Yazıcı, s. 189.

¹⁷⁷ Mesut Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2010/2, Sayı: 25, İstanbul, 2010, s. 236.

yer alan “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” şeklindeki düzenlemenin ayrıcalık yasağı anlamına gelmekle birlikte bazı gruplara sosyal hakları öncelikle tanımanın ya da kadınlara yönelik kota uygulamaları gibi önlemler öngörmenin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı ve ayrıcalık anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır.¹⁷⁸

Anayasa'nın 10. maddesinde 2004 yılında yapılan değişikliğin ardından 2010 yılında maddeye “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” ifadesinin ardından “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” ifadesi eklenmiştir. Maddeye ayrıca üçüncü fıkra olarak “Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” cümlesi eklenmiştir. Bu ifade teklifte yer almamış ve teklifin görüşülmesi sürecinde madde metnine eklenmiştir. Fıkranın maddeye eklenmesinin gerekçesi olarak “...kadın ve erkek arasındaki eşitliği sağlamaya yönelik olarakDevlet tarafından bazı tedbirlerin alınabilmesine olanak tanınmakta ve alınacak bu nitelikte tedbirlerin, eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı vurgulanmaktadır. Öte yandan, özelsurette korunması gereken kesimler için alınacak tedbirlerin de eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı hükme bağlanmaktadır. Bu sayede Devletin, tüm toplum kesimleri arasında bir yandan eşitliğı sağlamaya, diğey yandan da korunması gerekenleri korumaya yönelik özel tedbirler alabilmesinin önü açılmakta ve bu amaçla yapılan düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı kabul edilemeyeceğianayasal güvenceye kavuşturulmaktadır...” ifadelerine yer verilmiştir.¹⁷⁹ Bu yönde bir değişiklikle 2004 yılında yapılan düzenlemenin özel önlemlere yer vermediğı yönünde bir düşünce kabul edilmiş olmaktadır. Düzenleme ile özel önlemlere dair yine açık bir yükümlülük getirilmemiştir. Maddenin olumlu bir yönü ise yalnızca cinsiyet temelinde değil, yaş ve engellilik gibi ayrımcılık temellerinde de özel önlemlere başvurulması eşitlik ilkesinin bir ihlali olarak görülmeyecektir.

¹⁷⁸ Tanör; Yüzbaşıoğlu, s. 107-108.

¹⁷⁹ Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanı İstanbul Milletvekili Recep Tayyip Erdoğan ve 264 Milletvekilinin; 7/11/1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/656), s. 9, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (erişim:01.04.2012)

Anayasa Mahkemesi'nin özel önlemler noktasında görüşü çok net değildir. Mahkeme'nin kadınlara yönelik özel önlem niteliğinde olmayan ancak kadınları koruma bakış açısından bazı yükümlülüklerden muaf tutan ve ancak dolaylı olarak özel önlem olarak nitelendirilebilecek bazı uygulamalar noktasında görüş belirtmiştir. Mahkeme'nin oldukça eski tarihli bir kararında, zorunlu askerlik hizmetinden kadınların muaf tutulması değerlendirilmiştir. Mahkeme kararında, "...Görülüyor ki, askerlik yükümü konusunda, 'Cinsiyet' esasına dayanması bakımından ilk nazarda Anayasa'nın 12 nci maddesine aykırı sanısını verebilecek bir ayrımın, askerlik yükümünün bir gereği olmak üzere, yapılabileceği, Anayasa koyucu tarafından da öngörülmüş ve böylece buna ilişkin kanun hükümlerinin, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesini zedeleyecek nitelikte olduğunu düşünmeğe yer bırakılmamıştır..."¹⁸⁰ Bu kararla kadınların belli yükümlülüklerden muaf tutulması eşitlik ilkesine aykırı görülmemiştir.

Mahkeme'nin daha yeni tarihli başka bir kararında "Kadın erkek eşitliği, kadının erkekle eşit konuma getirilmesi olarak yorumlanmalıdır. Bunun aksi, yani erkeğin, daha kısıtlı hakları olan kadınla eşit duruma getirilmesi eşitlik kuralını olumsuz yönde yorumlama ve uygulama anlamına gelir. oysa kadın-erkek eşitliğinin amacı, her iki cinsin benzer ancak eşit olmayan yönlerinin olumlu doğrultuda hukuksal olarak eşit duruma getirilmesidir. Kuşkusuz benzemeyen yönleri için yapılan farklı hukuksal düzenlemeler, örneğin kadına doğum izni verilmesi gibi, bu eşitliği zedelemeyiz. Zira kadın ve erkeğin benzemeyen yönlerine ilişkin hukuk kurallarının amacı, eşitliği sağlamak değil; her iki cinsin farklı özelliklerine hukuksal alanda çözüm üretmektir." ifadesi ile sürekli özel önlemlere değinmiştir ve eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır.¹⁸¹

Mahkeme bir başka kararında ise, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nda yer alan kız çocuklara yetim aylığı bağlanabilmesi için yaş, maluliyet ve muhtaçlık koşulu aranmamasına karşın, aynı konumda olan erkek çocuklar için bu koşulların aranmasının Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olup olmadığı değerlendirilmiştir. Mahkeme kararında, "...Başta Anayasa olmak üzere tüm yasalarda kadın-erkek eşitliği temel kabul edilmiştir. Ancak, toplumda tarihsel, ekonomik ve sosyal

¹⁸⁰ AYM, E. 1964/36, K. 1964/77, K.t. 25.12.1964.

¹⁸¹ AYM, E. 1990/30, K. 1990/31, K.t. 29.11.1990.

nedenlerle eşitlik tam anlamıyla gerçekleştirilememektedir. Ekonomik güçsüzlük, eğitimsizlik ve gelenekler, kadının toplumda zaman zaman yasalarla özel olarak korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu tür koruma önlemleri, kadınlar için bir ayrıcalık amacına değil, tam tersine, uzun yılların eşitsizlik yaratan olumsuz birikimlerini azaltmak ve önlemek amacına yöneliktir. İtiraz konusu kuralla erkek çocuklar için getirilen koşulların kız çocuklar için aranmaması bu toplumsal gerçeğin sonucudur. Kız ve erkek çocuklara yetim aylığı bağlanmasındaki yasal farklılıklar, yukarıda açıklanan haklı nedenlere dayanmaktadır...” diyerek söz konusu düzenlemeyi 10. maddeye aykırı görmemiştir.¹⁸² Mahkeme başka bir kararında ise, cinsiyetin kanun önünde eşitlik ilkesini engelleyen bir neden olamayacağını ve cinsiyete dayalı ayrımlarda, bu ayrımın kadınları korumak mı yoksa erkeklere ayrıcalık tanımak amacıyla mı yapıldığının önemli olduğunu vurgulamıştır.¹⁸³ Mahkeme'nin fiili eşitliğin sağlanması adına kadınlara yönelik özel önlemleri eşitlik ilkesine aykırı görmediği görülmektedir. Mahkeme kadın-erkek eşitliğinin kadınların haklarının geliştirilmesi ve erkeklerinki ile eşitlenmesi yönünde sağlanmasını ve bu noktada adını açıkça belirtmemesine rağmen özel önlemler öngörülmesi gerektiğini ifade etmiş olmaktadır.¹⁸⁴ Özel önlemlerle ilgili olarak ortaya konulan içtihatlar, Anayasa Mahkemesi'nin özel önlemlere meşruiyet tanınması olarak yorumlanmıştır.¹⁸⁵ Bir içtihat değişikliği olmadığı müddetçe Mahkeme'nin bu yaklaşımı 2004 ve 2010 yıllarında yapılan değişikliği gereksiz kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan özel önlemlerle ilgili olarak 2010 değişikliği öncesinde verdiği bir kararda, aşağıda üzerinde durulacak İş Kanunu'nun engelli işçi çalıştırma yükümlülüğü ve uyulmadığında idari ceza yaptırımını öngören 30. ve 101. maddelerinin Anayasa'ya uygunluğu değerlendirilmiştir. Mahkeme, engelli çalıştırma yükümlülüğünün, ruhsal veya fiziksel açıdan yetersizliği nedeniyle iş bulma imkânını önemli ölçüde yitirenleri koruma düşüncesine dayandığını; bu durumun Anayasa'nın 50. maddesinin ikinci fıkrasının bir gereği olduğunu; getirilen

¹⁸² AYM, E. 1996/10, K. 1996/40, K.t. 22.10.1996.

¹⁸³ AYM, E. 1996/15, K. 1996/34, K.t. 23.09.1996.

¹⁸⁴ M. Semih Gemalmaz, *Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinin Kavranışı ve Kullanılışı*, Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa: Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı, Osman Can v.d.(yayına hazırlayanlar), Türk-Alman Kamu Hukukçuları Forumu, İmaj Yay., Ankara, 2006, s. 151.

¹⁸⁵ a.g.e., s. 151.

yükümlülüğün engelli olmalarından dolayı çalışma hayatında dezavantajlı konumda olan kişilerin çalışma hayatına kazandırılarak insan onuruna yaraşır hayat sürmelerini amaçladığından Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğunu; Anayasa'nın 48. ve 61. maddelerinde devlete verilen yükümlülüklerin birlikte değerlendirildiğinde, özel ve kamu ayırımı yapılmaksızın engelli çalıştırma zorunluluğu öngörülmesinin, sosyal amaçları gözettiği ve sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğunu ve ayrıca kuralda özel kesim açısından bir ölçsüzlükten de söz edilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁸⁶ Görüldüğü gibi Mahkeme'nin engelliler için öngörülen özel önlem olarak kabul edilebilecek bir yasal düzenlemeyi Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında incelememesi ve ayrıca engellilerin önyargılar nedeniyle değil fiziksel açıdan yetersizlikleri nedeniyle iş bulmalarının mümkün olmadığına dair vurgu yapması özel önlemlerle ilgili mevcut kafa karışıklığının devam ettiğini ortaya koymaktadır.

2. Kanunlar

Türk hukukunda özel önlemler ile ilgili olarak kanunlarda da bir dizi düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemelerin büyük bir kısmı özel önlemlere izin verici niteliktedir. Aşağıda öncelikle izin verme şeklinde mevcut olan düzenlemelere yer verilecek, ardından ise özel önlemlere bir yükümlülük şeklinde yaklaşan düzenlemeler üzerinde durulacaktır.

a.Özel Önlemlere İzin Verme Şeklindeki Kanuni Düzenlemeler

Özel önlemlere izin verme şeklinde bir yaklaşım benimseyen ilk düzenleme,TCK'nun 122. maddesinde yer alan ayrımcılık suçudur. Maddenin keyfi ayrımları yasakladığı ve eşitsizlikleri ortadan kaldırmak için öngörülecek bir ayrımlın, eşitlik ilkesine aykırı ve keyfi ayrımcılık sayılamayacağı söylenmiştir. Bu durumda öngörülecek kota vb. özel önlemlerin TCK'nun 122. maddesine aykırı

¹⁸⁶ AYM, E. 2006/101, K. 2008/126, K.t. 19.06.2008.

olmayacağı vurgulanmıştır.¹⁸⁷ 122. maddenin bu şekilde yorumlanması ile özel önlemlerin ayrımcılık suçunu oluşturmayacaktır.

Bireysel ve toplu iş hukuk alanında da izin verme yaklaşımını benimseyen bir dizi yasal düzenleme söz konusudur. Özürlüler Kanunu'nun 14. maddesinde “İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürlülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz. Çalışan özürlülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özrüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz.” ifadesine yer verilmiştir. Kullanılan ifadede engellilerin aleyhine farklı muamele yasaklanmıştır.¹⁸⁸ Dolayısıyla engelliler lehine farklı muamele yapıldığı durumda bu yönde bir muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağı söylenebilir ve bu durum yasada üstü kapalı biçimde özel önlemlere izin verildiği şeklinde yorumlanabilir.

Devlet Memurları Kanunu'nun 100. maddesi engellilerle ilgili başka bir düzenlemeye yer vermiştir. “Günlük çalışma saatlerinin tespiti” başlıklı maddede “Günlük çalışmanın başlama ve bitme saatleri ile öğle dinlenme süresi, bölgelerin ve hizmetin özelliklerine göre merkezde Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca, illerde valiler tarafından tespit olunur. Ancak özürlüler için; özür durumu, hizmet gerekleri, iklim ve ulaşım şartları göz önünde bulundurulmak suretiyle günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile öğle dinlenme süreleri merkezde üst yönetici, taşrada mülki amirlerce farklı belirlenebilir.” ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenleme ile engellilerin belli durumlarda çalışma sürelerinde değişiklik yapılması mümkün hale gelmiştir.

b. Özel Önlem Yükümlülüğü Getiren Kanuni Düzenlemeler

Türk hukukunda özel önlem yükümlülüğü getiren bir dizi yasal düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemeler cinsiyet ve engellilik temeli ile sınırlı olarak bazı özel önlem olarak nitelendirilebilecek hükümler getirmiştir. Cinsiyet temelinde görülen özel önlemler koruyucu nitelikte iken, engellilik temelinde öngörülen özel önlemler

¹⁸⁷ Mehmet Emin Artuk; Ahmet Gökçen; Ahmet Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Özel Hükümler, Madde 76-131, 3. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 3037, s. 3027.

¹⁸⁸ İbrahim Subaşı, *İş Hukukunda Özürlülerin Hukuki Durumu*, **İş Dünyası ve Hukuk**, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İÜHF, İstanbul, 2011, s. 491.

istihdama eşit katılımı ön planda tutmaktadır. Aşağıda görülecek kanun maddeleri geçici-sürekli özel önlemler sınıflandırmasında sürekli özel önlem olarak değerlendirilebilecek şekilde düzenlenmiştir. Bu durumda geçici özel önlemler açısından genellikle bir izin verme, sürekli özel önlemler açısından ise genellikle yükümlülük yaklaşımının benimsendiğini ortaya koymaktadır.

İş Kanunu'nun 5. maddesinin beşinci fıkrasında, yalnızca ücret ile ilgili olmakla birlikte, "...İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz..." cümlesine yer verilmiştir. Bu düzenleme dolayısıyla kadınlara yönelik uygulanan bir dizi koruyucu hüküm sonucunda kadın işçilerin erkek işçilerden daha az süre ile çalışması sonucunda kadın işçilere daha az ücret verilmesi yasaklanmıştır. Ancak bu yasak yalnızca cinsiyet temelinde öngörülmüştür. Dolayısıyla yükümlülük işveren açısından kadını koruyucu düzenlemeler ile sınırlı tutulmuştur.¹⁸⁹ Başka bir deyişle örneğin engellilere yönelik koruyucu bir düzenleme sonucunda eşit ücret ilkesi İş Kanunu kapsamında uygulama alanı bulamayabilecektir.

İş Kanunu'nda yer alan bir diğer düzenleme annelik hali ile ilgilidir. Kanun'un 74. maddesi bu duruma özgü belli düzenlemelere yer vermiştir. İlk düzenlemeye göre "Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır... Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir. Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılır. Yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir..." Görüldüğü gibi kadın işçiler bakımından 16 haftalık bir doğum izni öngörülmüştür. Ayrıca hamilelik süresince kadın işçilere periyodik kontroller için ücretli izin verilebilmektedir. Hamilelik ile ilgili olarak ayrıca, kadın işçinin sağlık durumuna bağlı olarak, doktor raporu ile gerekliliği ortaya konulduğunda daha hafif bir işte çalıştırılacağı ve bu durumda ücretinde bir

¹⁸⁹ Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 72.

indirim yapılamayacağı ifade edilmiştir. Kadın işçilerin doğum ardından istekleri halinde doğum izninin ardından altı aya kadar ücretsiz izin kullanmaları da mümkün kılınmıştır.

74. maddede yer alan son düzenleme ise emzirme izni ile ilgilidir. Maddede “Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaçta bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır.” denilerek emzirme izninin çerçevesi belirlenmiştir. Kadın işçilerin emzirme saatlerini birleştirerek haftalık çalışma süresi içinde bir gün izne ayrılmaları da mümkündür.

İş Kanunu’nda yer alan ve özel önlem olarak değerlendirilebilecek bir başka durum ise İş Kanunu’nun 25. maddesinde, işverenin haklı nedenle fesih hakkı çerçevesinde yer almıştır. Belirli süreli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, işveren, bazı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilmektedir. Ancak bu noktada kadın işçiler açısından “sağlık sebepleri” kapsamında, “doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirim süresini aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez.” ifadelerine yer verilmiştir. Bu düzenleme ile doğum ve hamilelik hali işveren açısından “sağlık sebepleri” bağlamında iş sözleşmesinin feshi noktasında haklı bir neden olarak kabul edilmemiştir. Hamilelik veya doğum nedeniyle fesih durumunda, kadın işçinin iş güvencesine tabi bir işyerinde çalıştığı durumda iş güvencesi tazminatı, iş güvencesine tabi bir iş yerinde çalışmadığı durumda ise kötüniyet tazminatı gündeme gelmektedir.

İş sözleşmesi yapma özgürlüğü Anayasa’nın 48. maddesinde ve Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 26. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak İş hukuku açısından sözleşme özgürlüğüne sosyal amaçlar doğrultusunda bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalar çerçevesinde bazı durumlarda iş sözleşmesinin kurulmasının yasaklanmış veya iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilmiştir.¹⁹⁰ Ayrımcılık yasağı

¹⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz, Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Beta Yay. İstanbul, 2009, s. 273.

ve özel önlemler açısından aşağıda görüleceği üzere engelli çalıştırma yükümlülüğü getirilmiştir ve bu durum iş sözleşmesi yapma zorunluluğu kapsamında gündeme gelmektedir. İş Kanunu'nun 30. maddesine göre, "İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özürlü, kamu işyerlerinde ise yüzde dört özürlü ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler..."¹⁹¹ Benzer bir düzenleme Deniz İş Kanunu'nda da yer almaktadır.¹⁹² Kanun'un 13. maddesine göre "Bu kanunun kapsamına giren işveren veya işveren vekilleri, işyerlerinde İş Kanununun ve bununla ilgili tüzüğün bu konuda koyduğu hükümler, esaslar, ölçüler ve şartlara göre sakat ve eski hükümlü gemiadamı çalıştırmak zorundadır."¹⁹³ Görüldüğü gibi Deniz İş Kanunu, İş Kanunu'na bir gönderme yaparak aynı yükümlülüğü tanımıştır. Bu yönde bir hükme Basın İş Kanunu bakımından yer verilmemiştir ve bu durum haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁹⁴ İş Kanunu'nda ve Deniz İş Kanunu'nda yer alan engelli çalıştırma yükümlülüğü yalnızca İş Kanunu'na tabi işverenler bakımından geçerlidir.¹⁹⁵

İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'nda geçerli olan engelli çalıştırma yükümlülüğü hem bu yönde bir kota getirmiştir.¹⁹⁶ İş Kanunu'nun 30. maddesinde kota yönünde açık bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme geçici-sürekli özel önlemler sınıflandırması açısından sürekli özel önlemler kapsamında değerlendirilebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, engellilere yönelik istihdam alanında öngörülen bu kota uygulaması Türk hukukunda özel önlemler açısından doğrudan tek düzenlemedir¹⁹⁷ ve diğer ayrımcılık temelleri açısından ve özellikle cinsiyet bakımından bu yönde başka bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹⁹¹ Bu konuda ayrıntılar 24.03.2004 tarihli Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Çalışmada yasal çerçeve ile sınırlı bir değerlendirme yapılmıştır.

¹⁹² Deniz İş Kanunu (854 Sayılı), R.G. Tarihi: 29.04.1967, Sayısı: 12586

¹⁹³ Bu düzenleme engelliler açısından Türk hukukundaki ilk düzenlemedir.

¹⁹⁴ Eda Manav, *İşverenin, Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu*, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1-2, Ankara, 2006, s. 155.

¹⁹⁵ a.g.e., s. 154.

¹⁹⁶ Kotanın yeterince uygulamaya geçirilmediğine dair eleştiri için bkz, ESKHK, Nihai Tespitler, Türkiye (Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Turkey, 12.07.2011, E/C.12/TUR/CO/1), para. 9,

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.TUR.CO.1-ENG.doc> (erişim:01.04.2012)

¹⁹⁷ Dilek Baybora, *Çalışma Hayatında Özürlülere Karşı Ayrımcılık, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yay., Sayı 51, İstanbul, 2006, s. 248.

İş Kanunu'nun 30. maddesinin altıncı fıkrası engelli çalıştırma yükümlülüğü açısından teşvik olarak değerlendirilebilecek bir düzenlemeye yer vermiştir. Maddede "...Özel sektör işverenlerince bu madde kapsamında çalıştırılan... Sosyal Sigortalar Kanununa tabi özürlü sigortalılar ile...5378 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde belirtilen korumalı işyerlerinde çalıştırılan özürlü sigortalıların, aynı Kanunun 72 nci ve 73 üncü maddelerinde sayılan ve 78 inci maddesiyle belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı, kontenjan fazlası özürlü çalıştıran, yükümlü olmadıkları halde özürlü çalıştıran işverenlerin bu şekilde çalıştırdıkları her bir özürlü için prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin yüzde ellisi Hazinece karşılanır..." Bu düzenleme ile yukarıda ifade edilen kota oranının üzerinde engelli işçi çalıştıran veya engelli çalıştırma yükümlülüğü altında olsa dahi engelli işçi çalıştıran işverenler bakımından sosyal güvenlik primlerinde bir indirimle gidilmiş ve bu yönde bir adım atma yönünde işverenler teşvik edilmek istenmiştir.¹⁹⁸ Ancak öngörülen bu teşvikin yeterli kabul edilemeyeceğine dair eleştiriler de mevcuttur.¹⁹⁹

Devlet Memurları Kanunu'nun Ek 39. maddesinde ayrıca "Devlet memurlarının, hayatını başkasının yardım veya bakımı olmadan devam ettiremeyecek derecede özürlü olduğu sağlık kurulu raporu ile tespit edilen eşi, çocukları ile kardeşlerinin, memuriyet mahalli dışında resmî veya özel eğitim ve öğretim kuruluşlarında eğitim ve öğretim yapacaklarının özel eğitim değerlendirme kurulu tarafından belgelendirilmesi hâlinde, ilgilinin talebi üzerine eğitim ve öğretim kuruluşlarının bulunduğu il veya ilçe sınırları dâhilinde kurumunda bulunan durumuna uygun boş bir kadroya ataması yapılır." şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu durumda kendisi engelli olmamakla birlikte engelli eşi, çocukları ve kardeşlerinin eğitimi için gerekli olduğunda ilgili eğitim kurumunun bulunduğu yerde görevlendirme olanağı getirilmiştir. Bu olanak aynı zamanda engelli olmayan kişinin engelli bir yakını ile bağlantılı olarak makul uyumlaştırma olarak yorumlanabilir.

¹⁹⁸ Manav, s. 170.

¹⁹⁹ Ömer Ekmekçi, *Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulindeki Değişiklikler*, **Çimentoİşveren Dergisi**, Cilt 18, Sayı 5, İstanbul, Eylül 2005, s. 48.

Engellilere yönelik başka bir düzenleme Gelir Vergisi Kanunu'nda yer almıştır. Kanunun 31. maddesinde “Sakatlık indirimi” başlığı altında “Çalışma gücünün asgarî % 80’ini kaybetmiş bulunan hizmet erbabı birinci derece sakat, asgarî % 60’ını kaybetmiş bulunan hizmet erbabı ikinci derece sakat, asgarî % 40’ını kaybetmiş bulunan hizmet erbabı ise üçüncü derece sakat sayılır ve aşağıda sakatlık dereceleri itibariyle belirlenen aylık tutarlar, hizmet erbabının ücretinden indirilir. Sakatlık indirimi; Birinci derece sakatlar için 770 TL, İkinci derece sakatlar için 380 TL, Üçüncü derece sakatlar için 180 TL’dir...” Bu düzenleme ile hizmet erbabının bakmakla yükümlü olduğu engelli kişiler, engelli serbest meslek erbabı, serbest meslek erbabının bakmakla yükümlü olduğu engelli kişiler, basit usulde vergilenen bazı engelli esnaf ve sanatkârlar bu indirimden yararlanabilmektedir.²⁰⁰

Türk hukukunda ayrımcılık bağlamında özel önlemler oldukça sınırlı çerçevede düzenlenmiştir. Bu noktada özel önlem olarak nitelendirilebilecek, sınırlı alanda ve az sayıda ve yalnızca engellilik ve cinsiyet temelinde düzenleme söz konusudur. Özellikle kadınların dezavantajlı olduğu ve eksik temsil edildiği tüm alanlarda geçici özel önlemlerin benimsenmesi gerekmektedir.²⁰¹ Bu konuda uluslararası alanda ifade edilen standartlara uyum ve fiili eşitliğin sağlanması için oldukça kapsamlı özel önlemin yasalarda düzenlenmesi gerekmektedir.²⁰² Bu düzenlemelerin büyük oranda izin verici değil açık yükümlülük doğurucu şekilde ve geçici-sürekli özel önlem kavramları göz önünde tutularak öngörülmesi özel önlemler ile hedeflenen amacın gerçekleşmesi için elzem görünmektedir.

II.Giderim ve Yaptırım

A. Giderim ve Yaptırım Kavramları

Diğer tüm insan haklarında olduğu gibi ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak mağdurlara giderim, farklı muameleden sorumlu kişiler için ise çeşitli yaptırımların

²⁰⁰ Subaşı, s. 514-515.

²⁰¹ KKAOKK, Nihai Tespitler, Türkiye (Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Turkey, 16.08.2010, CEDAW/C/TUR/CO/6), para. 19, <http://daccess-ods.un.org/TMP/6906462.90779114.html> (erişim:01.04.2012)

²⁰² ESKHK, Nihai Tespitler, Türkiye, para 9-d, 14-c.

öngörülmesi zorunludur. Belirtmek gerekir ki, giderim ve yaptırım arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Çalışmada kullanılan “yaptırım” kelimesi sadece ceza hukuku anlamında bir yaptırım olarak değil daha geniş kapsamlı olarak düşünülmelidir ve kavram mağdurların uğradıkları zararların giderimini de içeren bir anlam kazanmaktadır. Örneğin ayrımcı muameleden sorumlu kişi tarafından bu muamelenin mağduruna yapılan tazminat niteliğindeki ödeme bu kişi için yaptırım anlamına gelirken, mağdur için bu ödeme giderim niteliğindedir. Ayrımcılık yasağı açısından tek başına cezai yaptırım öngörülmesi yeterli olamamaktadır. Burada ayrımcılık mağdurlarına doğrudan tesir edebilecek bir giderim ve yaptırım öne çıkmaktadır.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili uluslararası düzenlemelerde ayrımcılık yasağının ihlali halinde öngörülecek yaptırımların etkili, caydırıcı ve orantılı olması gerektiği ifade edilmektedir. Konuya dair düzenlemelerin iç hukukta doğrudan bir etki doğurması mümkün değildir. Bu noktada dolaylı yatay etki gündeme gelmektedir. Başka bir deyişle iç hukukta yaptırımlarla ilgili gündeme gelecek düzenlemelerde uluslararası standartlar göz önünde tutulmalıdır. Yaptırımın her somut olayda bu bağlamda ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin ayrımcı muamele sonucu işten atılan bir kişinin başvurusu üzerine öngörülecek yaptırımda işe iade ya da tazminat gündeme gelebilecektir. Tazminatla ilgili düzenlemelerin de cezai hükümlerde olduğu gibi caydırıcı nitelikte olması beklenmektedir.

Ayrımcılık yasağı açısından en etkili ve uygun yaptırımın ceza veya tazminat olup olmadığı şüphesiz her somut durumda tartışılabilir. Ceza hukuku alanındaki yaptırımlar veya cezalandırıcı tazminatlar (punitive compensation) mağduru sürecin dışında bırakmaktadır. Ayrıca bazı durumlarda bu yaptırımların gerçekten etkili olmadığı söylenebilir. Örneğin bir dini grubun gerçekleştirmek istediği bir etkinliğe, ilgili kamu makamı tarafından daha önce başka dini gruplara izin verilmiş olmasına rağmen, izin verilmediği durumda, belki de uzun bir yargısal sürecin ardından yaptırım olarak tazminat verilecektir. Ancak tazminat kararı söz konusu etkinliğin gerçekleştirilmesini sağlamamaktadır ve tazminatlar çoğu durumda ilgili kamu makamı açısından caydırıcı nitelikte de olmamaktadır. Bu durumda örneğin “tedbir kararı” (injunction) adı verilebilecek bir yolun hukuken tanınmasıyla yargı organlarının örneğin, bahsedilen etkinliğin yapılmasına izin verilmesi yönünde geçici

bir karar alabilmelerinin sağlanması düşünülebilir. Sonuç olarak yaptırımlar noktasında yalnızca bir tür yaptırıma odaklanılmadan farklı yaptırım türlerine aynı anda yer veren ve somut olayın özelliklerine özgü yaptırım belirlenmesinin önünü açan bir yaklaşım daha olumlu gözükmektedir.

Yaptırımın tazminat olarak belirlendiği durumda, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Büyük İhlaller ve Uluslararası İnsancıl Hukukunda Ciddi İhlallerin Mağdurları için Başvuru Yolu ve Giderim Hakkına Dair Temel ve Kılavuz İlkeler, (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law) başvuru yolları ve giderime dair önemli noktalara işaret etmiştir. Bu belgenin 25. maddesinde de ayrımcılık yasağına yer verilmiştir ve belgenin uygulanması ve yorumlanmasında, istisnasız olarak, herhangi bir temelde veya biçimde ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiştir.

Tazminat konusunda 20. madde, fiziksel veya ruhsal zarar, kaçırılan fırsatlar, maddi zarar ve yoksun kalınan kazançlar, manevi zarar, hukuki veya adli yardım, tıbbi tedavi, psikolojik veya sosyal hizmetler gibi ekonomik olarak değerlendirilebilen zararı içereceğine yer verilmiştir.²⁰³ Dolayısıyla ayrımcılık mağdurlarına sağlanacak tazminatın geniş olarak yorumlanarak yukarıda belirtilen zararların gözetilerek belirlenmesi önemlidir. Bu şekilde tazminat etkili, orantılı ve caydırıcı olabilecektir. Ayrıca tazminat öngörülebilmesi için ayrımcılıktan sorumlu tutulan tarafın kusurunun ortaya konulması beklenmemektedir. Bu noktada yukarıda da ifade edildiği gibi ayrımcılık için farklı muameleyi gerçekleştiren kişinin kastı veya saiki bir önem taşımamaktadır.²⁰⁴

²⁰³Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Büyük İhlaller ve Uluslararası İnsancıl Hukukunda Ciddi İhlallerin Mağdurları için Başvuru Yolu ve Giderim Hakkına Dair Temel ve Kılavuz İlkeler (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law), Resolution adopted by the General Assembly, A/RSE/60/147, <http://www2.ohchr.org/english/law/remedy.htm> (erişim:01.04.2012)

²⁰⁴ Bkz, ABAD, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, Case C-177/88, Judgment of the Court of 8 November 1990, para. 22.

B. Uluslararası Hukukta Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Giderim ve Yaptırımlar

Uluslararası insan hakları hukukunda doğrudan uygulanabilir giderim ve yaptırıma yer veren uluslararası sözleşme hükmü bulunmamaktadır.²⁰⁵ Bu konuda ayrımcılık yasağı ile ilgili en önemli düzenlemelerden biri IAOKS'dir. IAOKS'nin 6. maddesine göre "Taraflar Devletler, kendi yargı yetkilerine tabi bulunan herkese, bu Sözleşmeye aykırı olarak insan haklarını ve temel özgürlüklerini ihlal eden herhangi bir ırk ayrımcılığı eylemine karşı, yetkili ulusal yargı yerleri ve Devletin diğer kurumları vasıtasıyla, etkili koruma ve hukuksal başvuru yollarını ve bunun yanı sıra, bu tür bir ayrımcılığın sonucunda muzdarip olunan herhangi bir zarar nedeniyle bu yargı yerlerinden adil ve yeterli giderim ve tazminat talebinde bulunma hakkını temin edeceklerdir." Sözleşme'nin bu maddesinin uluslararası hukukta bu konuda en açık düzenleme olduğu belirtilmektedir.²⁰⁶

Maddede yer alan giderim ve tazminat konusu IAOKK tarafından 26 No'lu Genel Tavsiye kararında açıklanmıştır. Bu belgede, mağdurlara, ırk ayrımcılığı ve ırk temelli hakaretler nedeniyle oluşan zararın, adil ve yeterli biçimde giderilmesi ya da tazmin edilmesini talep etme hakkının sağlanması gerektiği; yalnızca ayrımcı muameleden sorumlu kişinin cezalandırılmasının yeterli olmayacağı; aynı zamanda, gereken durumlarda, mahkemelerin ve diğer yetkili makamların mağduru maruz kaldığı maddi veya manevi zarara karşılık tazminat verilmesini dikkate alması gerektiği ifade edilmiştir.²⁰⁷

IAOKK bireysel şikâyet başvuruları kapsamında da konuya değinmiştir. Komite bir kararında barınma hakkı kapsamında ırk ayrımcılığına uğrayan başvurucunun manevi zararının giderilmediğine dikkat çekmiştir.²⁰⁸ Komite'nin başka bir kararında ise, kamuya açık bir kulübe girmek isteyen Tunus asıllı

²⁰⁵ Christopher McCrudden, *International and European Norms Regarding National Legal Remedies for Racial Equality, Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*, Sandra Fredman (ed.), Oxford University Press, Great Britain, 2001, s. 279.

²⁰⁶ McCrudden, s. 267.

²⁰⁷ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 26: Article 6 of the Convention), 24.03.2000, A/55/18, Annex V.B (bundan sonra "IAOKK, 26 No'lu Genel Tavsiye" olarak anılacaktır), para. 1-2, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (erişim:01.04.2012)

²⁰⁸ IAOKK, *L. K. v. the Netherlands*, Communication No. 4/1991, Opinion, 16.03.1993, CERD/C/42/D/4/1991, para. 6.9. Ayrıca bkz, *Habassi v. Denmark*, Communication No. 10/1997, Opinion, 17.03.1999, CERD/C/54/D/10/1997, para. 11.2.

mağdurların yabancı oldukları gerekçesiyle içeri alınmamaları sebebiyle, söz konusu kulübün sahipleri ırk ayrımcılığı gerekçesiyle para cezasına çarptırılmış ancak herhangi bir tazminata hükmedilmemiştir. Komite faillere cezai yaptırım uygulanması ile mağdurlara tazminat öngörülmesinin iki farklı işlev ve amacı olan yaptırım biçimleri olduğunu belirtmiştir. Komite cezai yaptırım uygulandığı her durumda mağdura tazminat öngörülmesi gerektiğini ancak Sözleşme'nin 13. maddesi gereği mağdurun tazminat talebinin, mağdurun herhangi bir bedensel zarara uğramadığı, aşağılamaya, hakarete maruz kaldığı durumlarda dâhil olmak üzere her durumda yargı organlarınca dinlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Komite, kamuya açık bir yere bir kişinin girişinin ulusal veya etnik kimliği nedeniyle izin verilmemesinin aşağılayıcı bir deneyim olduğu, faile yalnızca cezai yaptırım uygulanmasının her zaman tatmin edici olmayabileceğini ve maddi tazminatı gerektirebileceğini vurgulamıştır.²⁰⁹

IAOKK bir başka kararında Çingene/Roman bir başvurunun bir restorandan etnik kimliği nedeniyle çıkartılmasıyla ilgili yapılan bir başvuruyu değerlendirmiştir. Söz konusu fiille ilgili ceza soruşturması açılmış ancak soruşturma sonucunda faile herhangi bir dava açılmamıştır. Başvurucunun Komite'ye yaptığı şikâyet başvurusunun ardından, olayın üzerinden toplam üç yıl geçtikten sonra savcılık kararını değiştirmiş ve fail hakkında dava açmış ve fail yargılama sonucunda para cezasına çarptırılmıştır. Komite üç yıl gibi uzun bir sürenin ardından failin para cezasına çarptırılmasını Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı bulmamış ancak ırk ayrımcılığı suçu ile ilgili soruşturmanın daha kısa sürede sonuçlandırılmasına dair yasal düzenleme yapılmasını tavsiye etmiştir.²¹⁰ Irk ayrımcılığı söz konusu olduğunda özellikle ceza hukuku alanındayaptırımların da gündeme gelmesi gerektiği ve ancak bu şekilde yaptırımın etkili ve caydırıcı kabul edilebileceği belirtilmektedir.²¹¹

Uluslararası insan hakları hukuku yanında AB hukukunda giderim ve yaptırımlarla ilgili ayrıntılı düzenlemeler ortaya çıkmıştır. Bu konuda gündeme gelen

²⁰⁹ IAOKK, *B.J. v. Denmark*, Communication No. 17/1999, Opinion, 10.05.2000, CERD/C/56/D/17/1999, paras. 6.2, 6.3.

²¹⁰ IAOKK, *Miroslav Lacko v. Slovakia*, Communication No. 11/1998, Opinion, 09.08.2001, CERD/C/59/D/11/1998, paras. 10, 11.

²¹¹ Christa Tobler, **Remedies and Sanctions in EC Discrimination Law**, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Belgium, 2005, s. 34.

ilk düzenleme, Avrupa Topluluğunun İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın 291/1 maddesinde (Eski Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma,189. madde ve ATA, 249. madde) yer alan “Üye devletler, hukuken bağlayıcı Birlik tasarruflarını uygulamak için gereklitüm ulusal hukuk önlemlerini kabul ederler.” düzenlemesidir. Bu düzenleme ile üye devletler direktifleri amaçları doğrultusunda iç hukuklarında etkili biçimde uygulanmasını güvence altına alacak yasal düzenlemeler yapma yükümlülüğü altında kabul edilmiştir. Ayrıca Avrupa Topluluğunun İşleyişi Hakkında Andlaşma'nın 4/3 maddesinde (Eski Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma, 5. madde ve ATA, 10. madde) üye devletlerin, antlaşmalardan veya AB kurumlarının tasarruflarından kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak üzere, genel veya özel her türlü uygun önlemi alacakları ve Üye Devletlerin, AB'nin görevlerinin yerine getirilmesini kolaylaştıracakları ve AB'nin hedeflerinin gerçekleştirilmesini tehlikeye düşürebilecek her türlü önlemden kaçınacakları yer almıştır. Bu düzenleme ile üye devletlerin AB hukukunca tanınan hakları uygulamada korunmasını güvence altına almaları beklenmektedir. AB hukukunda bir hakkın mevcut olduğu yerde bir giderimin de olması gerektiği anlayışı benimsenmiştir.²¹²

AB hukukunda öncelikle giderim konusu düzenlemiştir. 2006/54/EC sayılı Direktif'in, 18. maddesinde, üye devletlerin “cinsiyet temelinde ayrımcılığın sonucu olarak zarar görmüş kişilerin maruz kaldığı kayıp veya hasar için üye devletlerin, maruz kalınan zararlarla orantılı ve caydırıcı olacak şekilde belirledikleri gerçek ve etkili bir tazminat veya giderimi sağlamak için gerekli olan tedbirleri kendi ulusal hukuk sistemine aktarırlar. İşverenin, başvuru sahibinin bu Direktifin anlamı çerçevesindeki bir ayrımcılık sonucunda maruz kaldığı tek hasarın onun iş başvurusunun değerlendirilmeye alınmasının reddedilmesi olduğunu ispatlayabildiği haller dışında, bu tazminat veya telafi önceden bir üst sınır belirleyerek kısıtlanamaz.”

2000/43/EC, 2000/78/EC ve 2006/54/EC sayılı Direktiflerde giderimler noktasında kişisel bir hakka yer verilmemiş olmasına rağmen, sırasıyla 7, 9 ve 17. maddelerde yer alan düzenlemelerin bu şekilde yorumlanmasının mümkün olduğu

²¹² Tobler, **Remedies and Sanctions in EC Discrimination Law**, s. 4.

belirtilmektedir.²¹³ Anılan Direktiflerde yine sırasıyla 7, 9 ve 17. maddelerde arabuluculuk sürecine vurgu yapılmıştır. Dolayısıyla yaptırımların yalnızca yargısal usullerle gündeme gelmesi gerekmemektedir ve arabuluculuk süreci ile taraflarca belirlenmiş bir yaptırım da söz konusu olabilecektir. Ancak yaptırımın her hâlükârda yargısal nitelikte olması ve arabuluculuk gibi usullerin tamamlayıcı nitelikte olması gerektiği vurgulanmıştır.²¹⁴ Bu nedenle arabuluculuk süreci sonucunda gündeme gelen giderimin bu kapsamda ilam hükmünde olması gerekebilecektir.

Yaptırımlar ile ilgili olarak ise, 2000/43/EC, 2000/78/EC ve 2006/54/EC sayılı Direktiflerin sırasıyla, 15, 17 ve 25. maddelerinde bazı düzenlemeler yer almıştır. 2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktiflerin sırasıyla, 15. ve 17. maddelerine göre, üye devletler “...Direktif uyarınca kabul edilen ulusal hükümlerin ihlali açısından geçerli yaptırımlara ilişkin kurallar getirecek ve bu kuralların uygulanmasını sağlamak için gerekli tüm tedbirleri alacaktır. Mağdura tazminat ödenmesini de içerebilecek bu yaptırımlar etkili, orantılı ve caydırıcı olmalıdır...” 2006/54/EC sayılı Direktif ise bu konuyu “Cezalar” başlığı altında 25. maddede, “...Direktife göre benimsenen ulusal hükümlerin ihlaline karşı uygulanabilecek cezalara dair kurallar koyar ve bunların uygulanmasını sağlamak için gerekli tüm tedbirleri alır. Mağdura tazminat ödenmesini içerebilecek cezalar etkin, orantılı ve caydırıcı olmalıdır...” şeklinde düzenlemiştir. Direktif “Yaptırımlar” başlığı yerine “Cezalar” başlığı altında, Üye Devletlerin, bu Direktife göre kabul edilecek iç hukuk hükümlerinin ihlaline karşı uygulanabilecek cezalara dair düzenleme yapacağını ve bunların uygulanmasını sağlamak için gerekli tüm tedbirlerin alınacağına yer vermiştir. Görüldüğü gibi cinsiyet temelinde ayrımcılığa yer veren düzenlemelerde yaptırımlar daha kapsamlı düzenlenmiştir. Ancak diğer ayrımcılık temelleri açısından da açıkça bir düzenleme olmamasına karşın benzer yaklaşımın benimsenmesi mümkün gözükmemektedir. AB hukukunda yukarıda ifade edilen düzenlemeler ışığında başvuru yollarının ve bununla beraber etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımların öngörülmesi yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. Ayrıca düzenlemelerde yer alan “mağdura tazminat ödenmesini de içerebilecek yaptırımlar” vurgusu yaptırım olarak

²¹³ Tobler, **Remedies and Sanctions in EC Discrimination Law**, s. 32.

²¹⁴ a.g.e., s.33.

yalnızca tazminat öngörülebileceği anlamına gelmemektedir ve örnek niteliğinde yer verilmiştir.

Bu düzenlemeler direktiflerin iç hukuka aktarılması noktasındaki kabul edilmiş iç hukuk kurallarına aykırılık ortaya çıktığında gündeme gelecek yaptırımlarla ilgilidir. Direktiflerin kendisi bir yaptırım öngörmemiştir ve bireyler açısından doğrudan bir sorumluluk ortaya çıkmamaktadır. Burada belirtilen usuller konusunda herhangi bir örnek bulunmamaktadır. Yaptırımlar ifadesinin geniş anlamda kullanıldığı ve yalnızca cezayı değil her türlü giderimi içerdiği belirtilmektedir.²¹⁵ Üye devletlerin direktiflerin etkili biçimde hayata geçirilmesini sağladığı müddetçe iç hukuklarında diledikleri usulü benimsemeleri mümkündür. Ancak bu takdir yetkisi yaptırımların etkili, orantılı ve caydırıcı olması gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır.²¹⁶

AB hukukunda giderim ve yaptırımlar ile ilgili ortaya çıkan bu yaklaşım daha önce ABAD kararlarına da yansımıştır. ABAD bir davada, ayrımcılık yasağına dair 76/207/EEC sayılı Direktif'in 6. maddesinin Üye Devletlerin iç hukuklarında Direktifin amacını gerçekleştirme noktasında ayrımcılığa karşı yeterince etkili önlemler alma yükümlülüğü getirdiğini ve mağdurların iç hukuktaki yargı organları önünde bu önlemlere başvurabilmelerinin sağlanması gerektiğini ifade etmiştir. Divan, öngörülecek yaptırımların gerçek ve etkili bir hukuki koruma sağlanmasına yönelik olması gerektiğini ve ayrıca caydırıcı ve söz konusu zarar ile orantılı olması gerektiğini belirtmiştir. Divan'a göre yaptırım olarak tazminat öngörüldüğü durumda tazminat miktarının ortaya çıkan zararı gidermeye yeterli olmalıdır. ABAD, belirli bir yaptırım öngörülmemesine karşı, yaptırımların işverenlerin ayrımcılığa uğradığı için işe alınmayan kişiyi uygun bir pozisyona yerleştirmesi veya yeterli bir tazminat ödenmesini içerebileceğini belirtmiştir.²¹⁷

ABAD yaptırımların etkili olması noktasında ise, Direktifin Üye Devletlerin iç hukuklarında Direktifin amacını gerçekleştirme noktasında ayrımcılığa karşı

²¹⁵ Tobler, **Remedies and Sanctions in EC Discrimination Law**, s. 4.

²¹⁶ ABAD, *Adelener ve Diğerleri v. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, Case C-212/04, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 4 July 2006, para. 94.

²¹⁷ ABAD, *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, Case 14/83, Judgment of the Court of 10 April 1984, para. 18.

yeterince etkili önlemler alma yükümlülüğü getirdiğini belirtmiştir.²¹⁸ ABAD, Direktif'in ayrımcılıkla ilgili belirli bir yaptırım öngörmemekle birlikte, bir yaptırımın gerçek ve etkili bir yargısal koruma öngörmesi ve işverenler üzerinde gerçek bir caydırıcı etkiye sahip olması gerektiğini vurgulamıştır. Divan örneğin ayrımcılığa karşı tazminatın öngörüldüğü bir durumda, söz konusu tazminatın ortaya çıkan zararın giderilmesi için yeterli olması gerektiğine işaret etmiştir.²¹⁹

ABAD'nın yaptırımlarla ilgili olarak gündeme getirdiği bir değer konu ise sorumluluğun biçimidir. Divan ayrımcılık yasağının ihlalinde kusursuz sorumluluk öngörmektedir. Ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak yukarıda ifade edilen bu yönde bir saikin aranmayacağına dair ifade doğrultusunda ayrımcı muameleden sorumlu kişinin yaptırımı tabi tutulurken kusurlu olup olmadığı değerlendirilmeyecektir.²²⁰ Dolayısıyla sadece cezai yaptırımlar öngörülmesi, cezai yaptırımları failin kastının ispatına dayandığı için ABAD tarafından yeterli görülmemektedir. Bu karar çerçevesinde özel hukuk alanında öngörülecek yaptırımların kusur sorumluluğu, başka bir deyişle işverenin sorumluluğu kapsamında değil, ayrımcılık yasağına aykırı davranıldığı anda gündeme gelmesi beklenmektedir. Sorumluluk kusurun varlığı ya da ispatlanması şartına bağlanmamıştır.²²¹

ABAD içtihatlarında gündeme gelen başka bir konu ise yaptırım olarak tazminat öngörüldüğü takdirde tazminat miktarı için üst sınır belirlenip belirlenemeyeceği konusudur. Divan bir davada Almanya'da tazminat miktarını üç aylık ve altı aylık kazançla sınırlayan düzenlemeleri eşit muamele ilkesine aykırı bulunmuştur. Divan, yaptırım olarak tazminat öngörüldüğünde altı aylık kazanç gibi bir üst sınır belirlenmesi durumunda yaptırımın yeterli ve caydırıcı kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Divan ayrımcılığa uğrayarak bir işe alınmayan kişi için, söz konusu kişinin ayrımcılığa uğramasa dahi işe alınmasının mümkün

²¹⁸ ABAD, *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Case 222/84, Judgment of the Court of 15 May 1986, para. 17.

²¹⁹ ABAD, *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, Case 14/83, Judgment of the Court of 10 April 1984, para. 23; *M. Helen Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Case C-271/91, Judgment of the Court of 02 August 1993, paras. 23-25.

²²⁰ ABAD, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, Case 177/88, Judgment of the Court of 08 November 1990, paras. 22-24.

²²¹ Kübra Doğan Yenisey, *Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları*, **Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt 6, Sayı 4, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 2002, s. 68.

olmaması hallerinde tazminatın üç ayla sınırlanmasına dair düzenlemeyi ise eşit muamele ilkesine aykırı bulmamıştır.²²²

ABAD'nın yukarıda örnek verilen kararlarından ortaya çıkan bir sonuç ise yaptırımın etkili olabilmesi için yargısal nitelikte olmasıdır. Bu noktada herhangi bir sonuç doğurmayan idari usullerin yargısal usullerin yerini tutabilmesi mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla insan hakları komisyonu veya eşitlik kurumu şeklinde oluşturulacak bir kurumun ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişiye yönelik yaptırım içermeyen bir kararı tek başına etkili sayılamayacaktır. Bu kurumların yaptırım içeren ve uygulanabilir kararlar verdiği durumda ise yargısal usullerin yerine veya onların yanında işlev kazanması mümkündür.

Yukarıda belirtilenler ışığında ayrımcılık mağdurlarına sağlanacak giderimin mağdura yönelik kişiselleştirilmiş biçimde, yaptırımın ise somut olayın ve ayrımcı muamelelerden sorumlu olan kişinin özellikleri göz önünde tutularak gündeme gelmesi gerekmektedir. Bu sebeple yaptırımların yalnızca etkili, orantılı ve caydırıcı olması ile yetinilmiş ve konu devletlerin iç hukukuna bırakılmıştır. Ayrımcılık yasağı ile ilgili yukarıda ifade edilen düzenlemeler bu ilkelere işaret etmektedir ve ilkelerin içeriğine dair bir ipucu vermemektedir. Etkililik noktasında giderim ve yaptırımların öngörülen amaca ulaşmada etkili olması, orantılılık noktasında, kayıp veya zararın önemi, büyüklüğü ve içeriğine uygun olması ve caydırıcılık noktasında ileride gerçekleşecek benzer ayrımcı muameleler açısından caydırıcı olmasının anlaşılması gerektiği ve giderim ve yaptırımların etkili, hızlı, basit ve uygulamaya geçirilmesini sağlayacak mekanizmalar öngörmesi gerektiği belirtilmektedir.²²³ İdari nitelikte veya ombudsman benzeri kurumların kararları ile ortaya çıkacak yaptırımların etkili kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Orantılılık ve caydırıcılık ilkeleri arasında da yakın bir bağ bulunmaktadır ve görüldüğü birlikte değerlendirilmeleri gerekmektedir. Yaptırımlarla ilgili olarak BM Uluslararası İnsan Haklar Hukukunda Büyük İhlaller

²²² ABAD, *Nils Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG*, Case C-180/95, Judgment of the Court of 22 April 1997, para. 16-22.

²²³ Barbara Cohen, *Remedies and Sanctions for Discrimination in Working Life under the EC Anti-Discrimination Directives*, **Discrimination in Working Life: Remedies and Enforcement**, Cormack, Janet (Ed.), Migration Policy Group, 2004, s. 19, http://www.equineteurope.org/2058_exp4_en.pdf (erişim:01.04.2012)

ve Uluslararası İnsancıl Hukukunda Ciddi İhlallerin Mağdurları için Giderim ve Telafi Hakkına Dair Temel ve Kılavuz İlkeler'in yol gösterici olabilecektir.²²⁴

Ayrımcı muameleler söz konusu olduğunda giderim bakımından gündeme gelecek tazminatın kapsamı sorusu da gündeme gelmektedir. Bu noktada yalnızca maddi ve manevi zarar değil cezalandırıcı (punitive) zarar da gündeme gelebilecektir. Cezalandırıcı nitelikteki tazminat özellikle tüzel kişiler açısından işlevli olabilecektir. Ayrıca maddi ve manevi zararın tazmini geçmişe yönelik bir giderim yolu iken cezalandırıcı nitelikte tazminat ayrımcı muameleden sorumlu olan kişiye yönelik caydırıcı, başka bir deyişle ileriye yönelik olarak benzer bir davranışın gerçekleştirilmemesini sağlamaya yöneliktir. Ancak maddi ve manevi zarar için gündeme gelen üst sınır yasağı cezalandırıcı nitelikteki tazminatlarda söz konusu olmayabilecektir ve bir üst sınır belirlenmesi mümkün olabilir.²²⁵

Yukarıda belirtilen içtihatlardan yaptırımlarla ilgili bazı yaklaşımlar ortaya çıkmaktadır. Öncelikle yalnızca ayrımcı muameleden sorumlu kişiye yönelik cezai yaptırımlar tek başına yeterli kabul edilmemektedir. İstihdam alanında iş ilişkisinin ayrımcı nitelikte sona erdirilmesi durumunda, işe iadenin veya tazminatın sağlanması gerekmektedir. Giderim noktasında tazminat öngörüldüğü durumda bir üst sınır öngörülmemesi ve tazminatın ayrımcı muamele mağdurunun maddi ve manevi tüm zararının karşılanması beklenmektedir. Tazminatta üst limitin ancak zararın hepsinin ayrımcı muameleden kaynaklanmamış olması halinde izin verilmektedir. Çoklu temelde ayrımcılık açısından ise, orantılılık ilkesi bağlamında yaptırımların daha da ağırlaştırılması önerilmektedir.²²⁶ Yukarıda ırk ayrımcılığı alanında gündeme gelen cezai yaptırımlar, ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı açısından bir hiyerarşinin ortadan kaldırılması ile ayrımcılığın tüm ciddi biçimlerinde gündeme gelmelidir. Ancak ceza yargılamasında ayrımcı muamele mağduru büyük oranda pasif durumda olduğu için ayrımcı muamelelerle ilgili suçlar özenli düzenlenmeli ve bu suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında yargı mensuplarının özenli davranması gerekmektedir. Aksi durumda ayrımcı muameleler cezasız ve dolayısıyla yaptırımsız kalabilecektir.

²²⁴ Tobler, **Remedies and Sanctions in EC Discrimination Law**, s. 4.

²²⁵ a.g.e., s. 36-38.

²²⁶ a.g.e., s. 34.

İçtihatlardan ayrımcılık yasağının daha etkili kılınmasına yönelik büyük önem taşıyan giderim ve yaptırımlar konusunda, yapılacak yasal düzenlemelerde bir dizi unsurun daha göz önünde tutulması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki yaptırımların çeşitlilik taşımasıdır. Bir diğer konu ise ceza hukukunda mümkün olmamasına karşın, tazminat hukuku açısından bir üst sınırın öngörülmemesidir. Elbette söz konusu üst sınır hem maddi hem de manevi zararlar için geçerli olmamalıdır. Diğer bir konu ise, yasal düzenlemelerde ayrımcı muamelenin gerçekleşmesi öncesi önleyici veya gerçekleşmesi sonrası, muamelenin geçici olarak ortadan kaldırılmasını sağlayan yargısal kararların yasalarca mümkün kılınmasıdır.

C. Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Giderim ve Yaptırımlar

1. Anayasa Hukuku

Türk hukukunda yaptırım düzeyinde ilk düzenlemeler anayasa hukuku kapsamında düzenlenmiştir. Bu yaptırımlar örgütlenme özgürlüğünün kullanımı ve ayrımcılık yasağının kesiştiği alanda ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda öncelikle Anayasa’da ve maddi anayasa hukukunun bir parçası olarak düşünülebilecek Siyasi Partiler Kanunu’nda, çeşitli yasaklar öngörülmüştür.

Anayasa hukukunda ilk yaptırım bizzat Anayasa’nın kendisinden kaynaklanmaktadır. Anayasa’nın 69. maddesi “Siyasi partilerin uyacakları esaslar” başlığı altında “bir siyasi partinin tüzüğü ve programının 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir.” şeklinde bir düzenleme öngörmüştür. Siyasi partiler açısından kapatmaya neden olabilecek aykırılıklar 68. maddede “Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.” şeklinde sayılmıştır. Görüldüğü gibi eşitlik ilkesine aykırılık siyasi partiler bakımından kapatma nedeni olarak ifade edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki bugüne kadar bu sebeple kapatılan bir siyasi parti bulunmamaktadır ve dolayısıyla

Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesine aykırılığı siyasi partilerin faaliyetleri bağlamında nasıl yorumlayacağı henüz belirsizdir. Mevcut yasak, büyük oranda eşitsizlik veya ayrımcılık savunusunun yasaklanmasını içermektedir ve farklı muamele nedeniyle ayrımcılık ancak bir siyasi partinin üyeleri arasında gerçekleşecek farklı muameleler ile sınırlı gözükmemektedir.

Bir siyasi partinin eşitlik ilkesine aykırılıktan dolayı nasıl kapatılacağı, başka bir deyişle tüzük veya programı nedeniyle eşitlik ilkesine nasıl aykırı davranılacağına tespitinin zor olduğu belirtilmektedir. Bu konuda öncelikle eşitlik ilkesinin hukuk önünde eşitlik ilkesi şeklinde, sınırlı bir çerçevede düşünüldüğünde, devletin yönetimine hâkim bir ilkenin bir siyasi parti tarafından ihlalinin mümkün olmadığı ve yasal düzenleme ile eşitliği bozacak merciin bu noktada yasama organı olabileceği vurgulanmıştır.²²⁷ Ancak siyasi partilerin Anayasa'da ifade edilen konum ve işlevleri ışığında eşitlik ilkesini içselleştirmiş olmaları ve bu ilke ışığında siyasal mücadele yöntemini benimsemeleri gerektiği de vurgulanmıştır. Siyasi partilerin Anayasa ve yasal yükümlülüklerini yerine getirirken, kendilerine tanınan yetkileri kullanırken, mensupları bakımından da eşitlik ilkesini hayata geçirmesi gerektiği ve bu durumun aynı zamanda Anayasa'nın 10. maddesinden kaynaklanan bir yükümlülük olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu düşünceye karşın siyasi partilerin eşitlik ilkesine aykırılık bakımından ancak program ve tüzüğünde eşitlik ilkesini reddeden bir amaç gütmeleri ile kapatma yaptırımının gündeme gelebileceği de eklenmiştir.²²⁸

Ayrımcılık yasağı bakımından Anayasa'nın bizzat bir giderim veya yaptırım öngörmesi mümkün değildir. Bu konuda yapılacak sınırlı düzenlemelerden biri siyasi partiler hakkında öngörülmüş durumdadır. Ancak bu noktada yukarıda belirtilen yasak ve yaptırımın etkili olabilmesi için siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinde ayrımcılık yasağına dair açık bir yasağın yer alması ve bu yasağın etkili, orantılı, caydırıcı ve uygulanabilir bir yaptırma bağlanması gerekmektedir. Mevcut çerçevenin bu konuda etkili olduğunu söylemek mümkün değildir.

²²⁷ Osman Can, *Siyasi Partilerin Kapatılmasında Anayasal Ölçütler, Anayasa Yargısı İncelemeleri*, Mehmet Turhan; Hikmet Tülen (ed.), Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 2006, s. 466.

²²⁸ a.g.e., s. 467.

2. Ceza Hukuku

Türk hukukunda cezai yaptırımlarla ilgili olarak belirtilebilecek bir dizi düzenleme söz konusudur. Ceza hukuku kapsamında giderimlerin gündeme gelmesi mümkün değildir. Bu alanda yalnızca yaptırımlar söz konusudur. Ceza hukukunun konusunu suçlar oluşturmaktadır ve suç olarak adlandırılan fiiller için öngörülen yaptırımlar da ceza olarak adlandırılmaktadır. Ceza hukuku ile bağlantılı bir giderim yolu ise dolaylı olarak uzlaşma kurumu ile ortaya çıkabilmektedir. Türk hukukunda uzlaşma kurumu²²⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 253-255 maddelerinde düzenlenmiştir.²³⁰ CMK'nun 253. maddesinin 17. maddesine göre uzlaşma sonucunda hukuka uygun olmak ve tarafların özgür iradelerine dayanması kaydıyla bir edim kararlaştırılabilmektedir. Bu edimin giderim niteliğinde bir tazminat olarak kararlaştırılması mümkündür. Böyle bir durumda ceza hukukunda doğrudan olmamakla birlikte dolaylı olarak bir giderim imkânı ortaya çıkmaktadır.

Türk hukukunda uzlaşma kurumuna her suç için başvurulmamaktadır. CMK'nun 253. maddesine göre soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar ile şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, TCK'nda yer alan bir dizi suçta uzlaşmaya gidilmesi mümkündür. Aşağıda üzerinde durulacak ayrımcılık suçu şikâyete tabi bir suç olmadığı için uzlaşmaya gidilmesi mümkün değildir. Yine maddenin üçüncü fıkrasında, "Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez." ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla cinsel taciz suçu ile benzer diğer cinsel suçlarda uzlaşma yoluna gidilmesi söz konusu olamamaktadır. Bu düzenlemeler ışığında, ceza hukukunda uzlaşma kurumu ile gündeme gelebilecek giderim imkânı ayrımcılık yasağı ile ilgili suçlar uzlaşma kapsamı dışında bırakıldığı için uygulama alanı bulamamaktadır.

Ceza hukuku açısından yasalar düzeyinde gündeme gelebilecek ilk yaptırım TCK'nun 122. maddesidir. Ayrımcılığı başlı başına bir suç haline getiren 122. maddenin gerekçesinde düzenlemenin amacı, "insanlar arasında, yürürlükteki

²²⁹ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, Mustafa Özbek, *Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Sayı 4, Ankara, 2007

²³⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu (5271 Sayılı), R.G. Tarihi: 17.12.2004, Sayısı: 25673

kanunve nizamların izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukunsağladığı olanaklardan yoksun hâle getirilmelerini cezalandırmak...” olarak ifade edilmiştir. Bu şekilde bir düzenlemenin koruduğu hukuki menfaatin “insanlığın ortak kültür mirasıyla bağdaşmayan ilkel düşüncelerle, anayasal hakların sağladığı olanakların kötüye kullanılması suretiyle, iş-çalışma ve mülkiyet özgürlüğünün çiğnenmesinin” engellenmesi olduğu belirtilmiştir.²³¹

Ayrımcılık suçu şikâyete tabi bir suç değildir ve re’sen kovuşturulması gerekmektedir. Anayasa’nın 129. maddesi “ Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.” Kamu görevlileri tarafından suçun işlenmesi durumunda, adli görevle ilgili olarak ayrımcılık yapıldığında genel hükümlere göre soruşturma yürütülecek, idari görevle ilgili işlenirse 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gereği soruşturma izne tabi olacaktır.

TCK’nun 122. maddesinde yer alan suç sulh ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir.²³² Suçun cezası altı aydan bir yıla kadar hapis ya da ali para cezasıdır. Adli para cezasının alt sınırının ise 5560 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlarda beş gün, bu tarihten sonra işlenen suçlarda TCK’nun 61. maddesi gereği 180 gündür. Hapis cezasının miktarı sebebiyle TCK’nun 50. maddesine göre ertelenmesi mümkündür. TCK’nun 50. maddesi, “İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin; a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması, b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, gerekir.” şeklinde düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla ayrımcılık suçunun cezası her halde erteleme kapsamındadır ve hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi büyük oranda mümkün gözükmemektedir.

²³¹ Çetin Arslan; Bahattin Azizağaoğlu, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yay., Ankara, 2004, s. 557.

²³² Yaşar; Gökcan; Artuç, s. 3866.

Erteleme olanağı hapis cezasına karar verildiğinde söz konusu olmaktadır ve adli para cezasının ertelenmesi mümkün değildir. Ayrımcılık suçu açısından dava zamanaşımı süresinin TCK'nun 66. maddesine göre sekiz yıl olduğu belirtilmiştir.²³³

Ayrımcılık yasağının ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar noktasında ceza hukuku orantılılık noktasında da düzenlemelere yer vermiştir. TCK'nun 3. maddesi, "Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur..." ifadesine yer vermiştir.²³⁴ Bu düzenleme ile birlikte ayrıca TCK'nun 122. maddesine göre hâkim tarafından hapis cezası verildiği durumda TCK'nun 50. maddesi gereğince adli para cezasına çevrilmesimümkün değildir ancak aynı madde gereği diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür.²³⁵ Bu şekilde bir yaklaşım somut olayın özelliklerine göre hapis cezası veya adli para cezası yerine farklı yaptırımların gündeme gelmesini olanaklı hale getirmiştir. Ayrımcılık yasağının kendine özgü özellikleri nedeniyle bu şekilde esnek bir yaklaşımın benimsenmesi olumlu olmuştur. Ancak suçun cezasının etkili ve caydırıcı kabul edilmesi mümkün değildir.²³⁶

Türk hukukunda bir başka cezai yaptırım ise sendika üyeliğe dayalı ayrımcılık bakımından gündeme gelmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesi "sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi" başlığı altında "1. Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur" düzenlemesine yer vermiştir. Bu düzenleme sendika üyeliği temelinde ayrımcılığın cezai yaptırımı olarak kabul edilmektedir.²³⁷

²³³ Ali Parlar; Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, (72-145. Maddeler), 2. Cilt**, Seçkin Yay., Ankara, 2008, s. 1900.

²³⁴ TCK'nın 3. maddesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, Arslan; Azizağaoğlu, s. 61 vd; Parlar; Hatipoğlu, s. 81.

²³⁵ Osman Yaşar; Hasan Tahsin Gökcan; Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt III, Madde 86-16, Adalet Yay., Ankara, 2010, s. 3866.

²³⁶ A. Caner Yenidünya, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., Cilt 4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 115.

²³⁷ A. Can Tuncay, **Toplu İş Hukuku**, Beta Yay. İstanbul, 2011, s. 94.

Ayrımcılık yasağının bir görünümü olan cinsel taciz alanında da cezai yaptırımlar söz konusudur. Ceza hukuku alanında cinsel tacizle ilgili ilk düzenleme olan Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesi “Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adlî para cezasına hükmolunur. Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.” hükmünü öngörmüştür. Cinsel taciz suçu şikâyete tabi bir suçtur ve re'sen soruşturma yürütülmesi mümkün değildir. Ancak suçun aşağıdaki görüleceği gibi nitelikli halleri söz konusudur ve nitelikli hallerde şikâyet aranmamaktadır.²³⁸ Ayrıca suçun işlenmesi için failin “cinsel amaçlı” olarak hareket etmesi gerektiği ve dolayısıyla suçun özel kast ile işlenebileceği belirtilmiştir.²³⁹ Cinsel tacizin fiziksel temas şeklinde gerçekleştiği durumda ise 102. maddede yer alan cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal suçu işlenmiş olmaktadır.²⁴⁰ Bu suç şikâyete tabi bir suçtur ve fail “iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Kanununun 103. maddesinde yer alan çocuğun cinsel istismarı suçunda ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.²⁴¹

Cinsel taciz suçunda failin “...hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde” cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir. Bu şekilde bir düzenleme cinsel taciz oluşturan davranışın istihdamda işveren, işçi veya üçüncü bir kişi tarafından, eğitimde öğretmen tarafından gerçekleştirildiği durumda uygulama bulacaktır ve bu nedenle olumlu gözükmektedir. Ancak maddede nüfuzun kötüye

²³⁸ Durmuş Tezcan; Mustafa Ruhan Erdem; R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yay., Ankara, 2008, s. 335.

²³⁹ Mehmet Emin Artuk, *Cinsel Taciz Suçu (TCK. m.105)*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 39; Tezcan; Erdem; Önok, s. 332.

²⁴⁰ a.g.e., s. 331

²⁴¹ Artuk, s. 30.

kullanılabileceği ilişkilerin sınırlayıcı biçimde sayılmıştır ve sayılanlar dışında kalan başka bir ilişkiden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılması durumunda suçun nitelikli halinin uygulanamayacaktır. Ayrıca aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılması bakımından fail ve mağdurun aynı aileye mensup olması gerektiği vurgulanmıştır.²⁴² Bir diğer durum olan aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılması hakkında ise, fail ve mağdurun sadece aynı işyerinde çalışması yeterli olmayacaktır ve bu durumun ayrıca suçun işlenmesinde kolaylık sağlaması da gerekmektedir. Aynı iş yerinde çalışan kişiler arasında bir hiyerarşinin mevcut olması gerekmemektedir ve yalnızca işyeri deyimini kullanıldığı için söz konusu nitelikli hal hem özel sektörde hem de kamu sektöründe gündeme gelebilecektir.²⁴³ Maddede ayrıca cinsel taciz nedeniyle “...mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.” şeklinde bir başka nitelikli hal daha yer almıştır.

Cinsel tacizi suçu şikâyete tabi olmasına rağmen madde yer alan nitelikli hallerin gerçekleştiği durumda soruşturmanın ve kovuşturmanın re’sen yürütülmesi mümkündür. Bu durum maddenin gerekçesinde de “cinsel taciz suçunun nitelikli unsurlarının gerçekleştiği durumlarda, soruşturmanın ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlı değildir” şeklinde ifade edilmiştir. Cinsel taciz suçu için öngörülen yaptırım hapis veya adli para cezasıdır ve seçimlik bir yaptırım öngörülmüştür. Madde metninde adli para cezasına dair bir alt veya üst sınır tespit edilmediği için TCK’nun 52. maddesine göre beş günden 730 güne kadar adli para cezası olduğu belirtilmiştir.²⁴⁴ Cinsel taciz suçunun aynı veya farklı cinsiyetteki kişiler arasında gerçekleşmesi de mümkün kabul edilmektedir.²⁴⁵ Dolayısıyla suçun cinsel yönelim temelinde ortaya çıkması da söz konusu olabilecektir.

Taciz ile ilgili olarak ise ceza hukuku alanında TCK’nun hakaret suçunu düzenleyen 125 ve 126. maddelerinin taciz konusu ile ilgili gündeme gelmesi mümkündür. Kanun’un 126. maddesinin, doğrudan ve açıkça bir kişiye yöneltilmiş

²⁴² Tezcan; Erdem; Önok, s. 334.

²⁴³ a.g.e., s. 335.

²⁴⁴ Artuk, s. 42.

²⁴⁵ Tezcan; Erdem; Önok,, s. 329.

olmayan fiillerin de cezalandırılabilmesini mümkün kıldığı için ayrıca işlevli olabileceği vurgulanmıştır.²⁴⁶

Türk hukukunda bir başka cezai yaptırım ise Sendikalar Kanunu'nun "Müeyyideler" başlığıyla Beşinci Kısım, İkinci Bölüm'de yer almıştır ve örgütlenme özgürlüğü bağlamında gündeme gelmektedir. Kanun'un 58. maddesi "Kapatma" başlığı altında, örgütlenme özgürlüğünü aşırı sınırlandıran bazı yasaklara yer vermekle beraber, "...dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak amaçları güden veya bu yolda faaliyette bulunan sendika ve konfederasyonlar Cumhuriyet savcısının istemi üzerine iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkeme kararı ile kapatılır." hükmüne yer vermiştir. Ayrıca bu sebeple açılacak davalarda "görevli mahkemeler yargılamanın her safhasında talep üzerine veya re'sen sendika veya konfederasyonların faaliyetlerinin durdurulmasına ve yöneticilerinin görevlerine son verilmesine karar verebilir." Bu düzenlemeler kişisel bir yaptırımdan çok sendikanın tüzel kişiliğine yönelik yaptırımlardır. Diğer yaptırım ise yöneticilerin görevlerine son verilmesi ile sınırlıdır. Örgütlenme özgürlüğü ile ilgili ciddi sayılabilecek bu yaptırımlara benzer bir düzenleme Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu İş Sözleşme Kanunu'nda yer almamıştır. Kanun'un 38. maddesinde ceza yaptırım öngörülen davranışlar arasında 18. maddede yer alan sendika üyeliği temelinde ayırım yapma yasağı bulunmamaktadır.

3. Borçlar Hukuku

Ayrımcılıkla ilgili hukuki yaptırımlar farklı kanunlarda dağınık biçimde yer almaktadır. Bu bağlamda bir dizi farklı yaptırım gündeme gelebilecektir.²⁴⁷ Ayrımcılık yasağı ile ilgili ceza hukukunda herhangi bir giderim yolu öngörülmemiştir. Yaptırım ve giderim olarak da nitelendirilebilecek bazı konular özel hukuk kapsamında düzenlenmiştir. Bu kapsamda yaptırım olarak

²⁴⁶ İdil Işıl Gül, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansımaları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 266.

²⁴⁷ Yaptırımlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yay., Ankara, 2008, s. 320-348.

adlandırılabilir sözleşmenin geçersizliği ile hem giderim hem de yaptırım olarak adlandırılabilir maddi ve manevi tazminat konuları üzerinde durulacaktır.

a. Sözleşmenin Geçersizliği

Özel hukuk alanında gündeme gelen ilk yaptırım ayırıcı nitelikteki sözleşmelerin geçersiz kabul edilmesidir. Sözleşmenin geçersizliği yaptırımı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) yer alan genel hükümler dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. 6098 sayılı TBK'nun 27. maddesinde "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür..." ifadesine yer verilmiştir. Geçersiz olan bir sözleşme, hiçbir zaman geçerlilik kazanamaz, hukuki sonuç doğurmaz, tarafların icazeti veya edimlerin ifası ile dahi sıhhat kazanamaz.²⁴⁸ Bir sözleşmenin bu şekilde batıl olması kamu yararı gerekçesiyle düzenlenmiştir. Sözleşmenin butlanını sadece taraflar değil, butlan ileri sürülmesinde menfaati olan herkes tarafından herkese karşı ileri sürebilecektir.²⁴⁹ Hukuka aykırılık, emredici hukuk kurallarına aykırı olma, kamu düzenine aykırı olma ve kişilik haklarına aykırı olma şeklinde üç biçimde ortaya çıkabilmektedir.²⁵⁰ Burada sayılan her üç biçiminde ayrımcılık yasağı ile ilgili gündeme gelmesi mümkündür ve ayrımcılık yasağını ihlal eden bir sözleşme TBK'nun 27. maddesine aykırılık nedeniyle hükümsüz olacaktır.

Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin ikinci fıkrasında, "Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz." ifadesine yer verilmiştir. Kişilik hakları kişinin, kişi olması nedeniyle hayat, beden ve ruh bütünlüğüne, şeref, haysiyet ve hürriyetlerine, isim ve resim gibi varlıklarına ilişkin hakları kapsamaktadır. Kişilik haklarını ihlal eden sözleşmeler emredici hukuk kurallarına aykırı olmaları nedeniyle aynı zamanda hukuka da aykırıdır. Kişilik haklarına aykırı sözleşmeler de batıl kabul

²⁴⁸ Kesin hükümsüzlük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Kemal Oğuzman; Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 137 vd; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 61-62; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yay., İstanbul, 2006, s. 299 v.d.

²⁴⁹ Eren, s. 301.

²⁵⁰ Oğuzman; Öz, s. 65 v.d.; Eren, s. 288.

edilmektedir.²⁵¹ Dolayısıyla ayrımcı muamele oluşturan sözleşmeler TMK'nun bu maddesi gereği de batıl olacaktır.

b. Maddi ve Manevi Tazminat

(1) Haksız Fiilden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat

Özel hukuk alanında gündeme gelen bir giderim ve yaptırım, maddi ve manevi tazminattır. TBK'nun 49. maddesine göre “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu olarak ifade edilen bu durumun, hukuka aykırı haksız bir fiil, bu fiille bir kişiye verilen zarar ve zarar ile fiil arasında illiyet bağı ve fiilin işlenmesinde failin sorumlu olması gibi şartları söz konusudur.²⁵² İlk şart olan hukuka aykırılık fiilin bir hukuk kuralına aykırı olmasını ifade etmektedir.²⁵³ Ayrımcılık yasağına aykırı davranmak bir hukuka aykırı davranıştır. Bir kişinin mutlak hakkını ihlale yönelik fiil hukuka aykırı olacaktır ve hatta bu yönde bir davranış mutlak hakkı ihlale yönelik olmasa bile böyle bir ihlal sonucuna yol açmışsa yine hukuka aykırı olacaktır.²⁵⁴ Bu yönde bir yorum ayrımcılık yasağının bu yönde bir saikin varlığını gerektirmemesi ile de uyumlu olduğu söylenebilir. Hukuka aykırılık açısından mağdurun rızasının bulunmasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığı ifade edilmektedir. Ancak bu noktada ehliyetsizlik, irade beyanındaki sakatlık, kişilik haklarına aykırılık gibi sebeplerle razı olma işleminin hükümsüz sayılacağı da eklenmiştir.²⁵⁵ Ayrımcılık yasağı bakımından da bu yönde bir rızanın geçerli kabul edilmesi insan haklarına açıkça aykırı olacaktır ve bu nedenden dolayı mümkün gözükmemektedir. Üçüncü şart olan sorumluluk noktasında ise failin kusurlu olması aranmaktadır. Bu durumun bir istisnası ise kusura dayanmayan haksız

²⁵¹ Eren, s. 289.

²⁵² Oğuzman; Öz, s. 491 v.d.; Kılıçoğlu, s. 61-62; Eren, s. 468 v.d.

²⁵³ Oğuzman; Öz, s. 493; Kılıçoğlu, s. 195 v.d.; Eren, s. 549 v.d.

²⁵⁴ Oğuzman; Öz, s. 495.

²⁵⁵ Oğuzman; Öz, s. 500; Eren, s. 564-565.

fiil sorumluluğudur.²⁵⁶ Kusur hem gerçek hem tüzel kişiler bakımından gündeme gelebilmektedir.

Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunda açılacak bir tazminat davasında ispat yükü haksız fiilden kaynaklanan bir zarara uğradığını iddia eden taraftadır. Bu durumda yukarıda ifade edilen şartların mevcudiyetinin ispat edilmesi gerekmektedir. Hukuk yargılamasındahâkimin re'sen araştırma yapması mümkün olmadığı için iddiaların ispatı taraflara düşmektedir. Bu noktada şartlardan biri olan kusurun ispatı da davacı üzerindedir.²⁵⁷ Ayrımcılık yasağı açısından bir failin hukuka aykırı kabul edilecek ayrımcı muamelesinin haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesinde kastının veya ihmalinin ortaya konulması oldukça zordur. Dolayısıyla gündeme gelecek tazminat açısından kusurun şart kabul edilmesi ayrımcılık mağdurlarının tazminata erişimleri açısından sorun yaratabilecektir.

Haksız fiil sorumluluğunda kusurla ilgili düzenlemelerin istisnası olarak yukarıda belirtilen kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğu açısından gündeme birçok konu gelmektedir.²⁵⁸ Bu konular arasında “adam çalıştıranın sorumluluğu” da yer alır ve TBK'nun 66. maddesine göre “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.”²⁵⁹ Burada bir kişiyi çalıştıran kişinin bu kişinin davranışlarından dolayı sorumlu tutulması söz konusudur ve bu sorumluluktan ancak gerekli özeni gösterdiğini ya da zararın gerekli özenin gösterilmemesinden ileri gelmediğini ispat ettiği durumda sorumluluktan kurtulabilmektedir. “Adam çalıştıranın sorumluluğu”nun doğabilmesi için bir istihdam ilişkisinin bulunması, zararın üçüncü bir kişiye verilmesi, zararın işin görülmesi sırasında ve işle ilgili olarak verilmiş olması ve istihdam edenin gerekli özeni gösterdiğini ispat edememiş olması gerekmektedir.²⁶⁰ Görüldüğü gibi yine ispat yükü davacı üzerindedir. Ancak bu durumda kusur ispatın dışında tutulmuştur ve haksız fiil ve zararın ispatlandığı durumda ispat yükü yer değiştirerek istihdam edenin kusursuzluğunu ispatlanması beklenmektedir. Bu tür haksız fiil sorumluluğunun yasalarca öngörüldüğü durumlar

²⁵⁶ Oğuzman; Öz, s. 526.

²⁵⁷ a.g.e., s. 547-548.

²⁵⁸ Bunlar için bkz, a.g.e., s. 589 v.d.; Kılıçoğlu, Ahmet, s. 223 v.d.

²⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz, Oğuzman; Öz, s. 590 v.d.; Eren, s. 574 v.d.

²⁶⁰ Kılıçoğlu, Ahmet, s. 231 v.d., Eren, s. 579 v.d.

arasında ayrımcılık yasağı ile ilgili olabilecek olan tek sorumluluk hali “adam çalıştırmanın sorumluluğudur”. TBK’nun 66. maddesi kapsamında gündeme gelen tazminat talepleri için zamanaşımı süresi aynı kanunun 72. maddesine göre zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği andan itibaren iki yıldır ve herhalde fiilin işlendiği tarihten başlayarak 10 yıldır.

(2) Sözleşmesel İlişkiden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat

Herhangi bir sözleşmesel ilişki kapsamında ayrımcı muamele, sözleşme hükümlerine aykırılık olarak değerlendirildiğinde ise TBK’nun 112. maddesine göre borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesinin talebi gündeme gelebilmektedir.²⁶¹ Kanunun 112. maddesine göre “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” Haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun şartları sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın tazmini noktasında da geçerlidir.²⁶² Ancak bu durumda ispat yükü yer değiştirmiştir ve borçlu kendi kusursuzluğunu kanıtlamak durumundadır. Bu düzenleme ile ayrımcılık mağdurunun sözleşme hükümlerine aykırılıkta ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişinin kusurunu ispat etmesi gerekmemektedir ve ispat yükü muameleden sorumlu olan kişi üzerindedir. Bu sebeple mağdurların daha lehine bir düzenleme olarak göze çarpmaktadır. Bu yönde bir tazminat talebi için zamanaşımı süresi 10 yine yıldır.²⁶³

TBK çerçevesinde yukarıda ifade edilen tazminatlar maddi tazminatlardır. Manevi tazminat ise ayrı hükümlere tabi tutulmuştur. TBK’nun 56. maddesine göre “Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar

²⁶¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Oğuzman; Öz, s. 317 v.d.; Kılıçoğlu, Ahmet, s. 492 v.d.

²⁶² a.g.e., s. 472.

²⁶³ İş hukuku bağlamında genel hükümler çerçevesinde gündeme gelen diğer olası yaptırımlar için bkz, A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul, 1982, s. 222 vd.; Ertürk; Gürsel, s. 452 vd.

paranın ödenmesine karar verilebilir.” TBK yukarıda belirtilen maddi tazminat için gerekli olan şartları manevi tazminat için de öngörmüştür.²⁶⁴ Yine benzer şekilde ispat yükü²⁶⁵ ve “adam çalıştıranın sorumluluğu” ile ilgili belirtilenler manevi tazminat için de söz konusudur.²⁶⁶ Manevi zarar maddi kişisel değerlere veya maddi nitelikte olmayan kişisel değerlere yönelik bir haksız fiil sonucunda ortaya çıkabilmektedir. Maddi olmayan kişisel değerler arasında özgürlükler de sayılmıştır.²⁶⁷ Bu şekilde bir yaklaşım ayrımcı muameleleri de maddi olmayan kişisel değerler arasında değerlendirilebileceğini göstermektedir.

4. Bireysel ve Toplu İş Hukuku

a. İş Sözleşmesinin veya Toplu İş Sözleşmesinin Geçersizliği

Bireysel ve toplu iş hukukunda da bir dizi yaptırım ve giderim söz konusu olabilmektedir. Burada ilk olarak sözleşmenin geçersizliği yaptırımı üzerinde durulacaktır. Yukarıda TBK’nun 27. maddesinde yer alan “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür...” düzenlemesi nedeniyle ayrımcı nitelikte sözleşmelerin geçersiz olacağı belirtilmişti. Bu hüküm emredici hüküm niteliğinde olduğu için, bu yaptırım iş sözleşmeleri için de geçerlidir. İş Kanunu’nun 18. maddesi iş güvencesine tabi işçilerin iş sözleşmelerinin ayrımcı nedenlerle feshedilmesi durumunda iş sözleşmesinin geçersizlik yaptırımı ile karışılacağını ve işe iade ya da iş güvencesi tazminatının söz konusu olacağını düzenlemiştir.

İş Kanunu’nun 5. maddesine aykırı iş sözleşmelerinin kesin hükümsüz olacaktır.²⁶⁸ Yargıtay kararlarının da aynı yönde olduğu görülmektedir. Yargıtay geçersizlik nedeniyle iş sözleşmesinde ortaya çıkacak kural boşluklarının eşit

²⁶⁴ Oğuzman; Öz, s. 681 v.d.

²⁶⁵ a.g.e., s. 691 v.d.

²⁶⁶ a.g.e., s. 687 v.d.

²⁶⁷ Kılıçoğlu, Ahmet, s. 319.

²⁶⁸ Mustafa Kılıçoğlu; Kemal Şenocak, **İş Kanunu Şerhi**, Cilt 1, Legal Yay., İstanbul, 2008, s. 173; Şükran Ertürk; İlke Gürsel *İş Hukuku’nda Eşit Davranma İlkesi*, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt 1, Beta Yay., İstanbul, 2011, s. 453.

muamele ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulması gerektiği ifade etmiştir.²⁶⁹ Bu noktada TBK'nun 27. maddesi ile öngörülen kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanmaması gerektiği, aksi durumda işverenin işçi ile tekrar çalışmak istememesine karşın işe başlatmak durumunda kalacağı ve bu durumun İş Kanunu'nun 21. maddesinde öngörülen işe iade ya da tazminat seçeneği ile çelişeceği ifade edilmiştir. Bu nedenlerle ayrımcılık yasağını ihlal eden iş sözleşmelerinin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması gerektiği önerilmiştir.²⁷⁰

Kesin hükümsüzlük yaptırımı toplu iş hukuk açısından da gündeme gelebilmektedir. Bu durum Sendikalar Kanunu'nun 31/1 maddesinde yer alan “İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz.” düzenlemesi için de geçerlidir. Anılan maddenin ikinci fıkrası “toplular iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine bu hükme aykırı kayıtlar konulamaz.” ifadesine yer vererek aksine hükümlerin yukarıda olduğu gibi TBK'nun 27. maddesi gereğince hükümsüz olması sonucuna yol açmaktadır.²⁷¹ Görüldüğü gibi bu hüküm yalnızca işverenleri değil toplu iş sözleşmesi akdeden sendikaları da bağlamaktadır.

b. İş Sözleşmesinin Feshi

İş hukuku alanında gündeme gelen bir diğer yaptırım ise iş sözleşmesinin feshidir. İş Kanunu'nda fesih konusu öncelikle cinsel tacizle ilgili olarak gündeme gelmektedir. Bu düzenleme hem işverenin hem de diğer işçilerin ve üçüncü kişilerin cinsel taciz oluşturan davranışları ile ilgilidir. Cinsel taciz bakımından İş Kanunu'nun 24. maddesinde “İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı” başlığı altında işçinin süresi belirli olsun veya olmasın, işçinin, bazı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebileceği düzenlenmiştir. Bu nedenlerden biri de cinsel tacizdir. Maddede “...İşveren işçinin

²⁶⁹ Yargıtay HGK, E. 2009/9-485, K. 2009/598, K.t. 23.12.2009; Yargıtay 9. HD, E. 2009/25544, K. 2009/20096, K.t. 07.07.2009.

²⁷⁰ Ertürk; Gürsel, s. 454.

²⁷¹ Tuncay, **Toplu İş Hukuku**, s. 47.

veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa...”, “...İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat veya ithamlarda bulunursa” veya “...İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa...” ifadeleri ile bazı hareketler “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” kapsamında derhal fesih nedenleri olarak ifade edilmiştir.

Görüldüğü gibi maddede işverenler için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu önlemlerin somut olayın özelliklerine göre farklı biçimlerde gündeme gelebilecektir.²⁷² Bir işçi veya üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen cinsel tacizde, işçi tarafından doğrudan haklı feshe gidilememektedir ve bu noktada öncelikle durumun işverene bildirilmesi gerekmektedir. İşveren tarafından gerekli önlemin alınmadığı durumda haklı nedenle iş sözleşmesi feshedilebilecektir. Böylece İş Kanunu’na tabi olsun ya da olmasın işverenlerin cinsel taciz olaylarına karşı önlem alma yükümlülüğü tanınmış durumdadır.

İş Kanunu’nun 24. maddesinde yer alan bu düzenleme cinsel tacize maruz kalan kişiye iş sözleşmesinin feshi dışında bir seçenek bırakmamaktadır. Ayrıca iş sözleşmesinin feshi ifadesi ile cinsel tacizin yalnızca iş sözleşmesinin kurulmasının ardından gündeme gelebileceği ve işe alım sürecinde bu şekilde bir yasağın söz konusu olmadığı görülmektedir. Ancak bu mevcut düzenlemelerin cinsel rüşvet/gözdağı tacizi ve düşmanca ortam yaratan taciz ayrımının İş Kanunu’nda da kabul edilmesi ve yasaklanması olarak değerlendirilmesi mümkündür.²⁷³

İş sözleşmesinin devamı süresince, işçinin cinsel taciz içeren bir davranışı ile ilgili olarak İş Kanunu’nun 25. maddesinde ise “...İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması.” halinde işverenin iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanması mümkündür. Belirtmek gerekir ki, bu düzenlemelerin varlığına karşın cinsel taciz

²⁷² Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, s. 110.

²⁷³ Bakırcı, *İşyerinde Cinsel Taciz*, s. 102.

olgusu ayrımcılık bağlamında düzenlenmemiştir.²⁷⁴ İş Kanunu'nun cinsel tacizle ilgili hükümleri olan 24. ve 25. maddelerinin cinsel tacizin önlenmesi noktasında yetersiz gözükmektedir. Bu kapsamda işverenler açısından cinsel taciz ile ilgili talep ve şikâyet usulü oluşturulması, işçilere tavsiye ve yardım sağlanması, soruşturma yapılması, iç yönetmelikler hazırlanması gibi sorumluluklar öngörülmesi önerilmektedir.²⁷⁵ İş Kanunu'nda bu yönde bir yükümlülük öngörülmemiştir. Ancak TBK'nun 417. maddesi bu yönde bir yükümlülük getirmiştir. İş Kanunu'nda cinsel taciz ile ilgili yer alan düzenleme yalnızca iş ilişkisine bağlı gündeme gelmektedir. Örneğin istihdama erişim, mesleki eğitim, mesleki rehberlik, gibi istihdam kapsamındaki diğer konular açısından herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

Cinsel taciz olayının mağduru olan işçinin işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi ayrımcılık olarak değerlendirilebilir. Bu durumda İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatı ve iş güvencesi kapsamında yer alıp almamaya bağlı olarak kötüniyet tazminatı ya da iş güvencesi tazminatının gündeme gelmesi mümkün gözükmektedir.

Taciz ile ilgili bir düzenleme ise İş Kanunu'nun 24. maddesinde yer alan, “işverenin işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi” halinde iş sözleşmesinin feshine imkân veren düzenlemedir. Bu durumda işçi iş sözleşmesini, süresinin bitmesinden önce ve bildirim süresini beklemezsizin feshedebilecektir.

İş Kanunu'nda yer alan bir başka düzenleme ise 24. maddenin ikinci fıkrasının e bendinde yer almıştır. “İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse” işçi tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi mümkündür. Dolayısıyla ücret bakımından işçiler açısından ayırım yapıldığı durumda işçinin iş sözleşmesinin feshi mümkündür. Benzer durumun İş Kanunu'nun 22. maddesinde yer alan çalışma koşullarının esaslı bir değişikliğe uğraması olarak yorumlanabileceği ve yine işçi tarafından iş sözleşmesinin feshedilebileceği belirtilmiştir.²⁷⁶

²⁷⁴ Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 74.

²⁷⁵ Özdemir, s. 153.

²⁷⁶ Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, s. 327.

c. İşe İade

Bireysel iş hukuk kapsamında öngörülen bir yaptırım biçimi ise İş Kanunu'nun 21. maddesi ile gündeme gelen işe iadedir. İş Kanunu'nun 18. maddesine göre 30 veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ancak, geçerli bir nedene dayanarak feshedilebilir. Geçerli nedenler madde metninde işçinin yetersizliği veya davranışları ya da işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri olarak sayılmıştır. Feshin geçerli bir sebebe dayanmadığı yargı organlarınca tespit edildiği takdirde, işveren, işçinin başvurusu üzerine işçiyi işe başlatmak veya işe başlatmak istemiyorsa İş Kanunu'nun 21. maddesinde belirtilen tazminatı ödemek durumundadır.

Bir işçi iş güvencesi kapsamında olduğu zaman iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin İş Kanunu'nun 17. maddesi çerçevesinde talep edebildikleri kötüniyet tazminatını talep etmeleri mümkün değildir ve bu noktada 21. maddeye göre feshin geçersizliği ve işe iade talep edilebilmektedir.²⁷⁷ İş Kanunu iş güvencesi kapsamında olan ancak çalıştığı eski işyerinde tekrar çalışmak istemeyen işçilerin doğrudan iş güvencesi tazminatı, kötüniyet tazminatı veya sendikal tazminat talep etmelerine izin vermemektedir.²⁷⁸ Bu durum ayrımcılığa maruz kalarak iş sözleşmesi feshedilen işçinin aynı işverenle çalışmak istememesine karşın aynı işyerinde çalışmaya zorlamakta ve ayrımcılık tazminatı haricinde diğer tazminatlara erişimini kısıtlamaktadır. Ayrıca iş güvencesi ile daha güçlü korunmak istenen işçilerin, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin doğrudan kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı ve sendikal tazminat talep etmeleri mümkün iken bu tazminatları doğrudan talep edememeleri ve işe dönmek istemedikleri takdirde bu tazminatların hiçbirinden yararlanamamaları eşitlik ilkesine aykırı değerlendirilmiştir. Bu durum haklı olarak kötüniyetli işverenin kendi yarattığı hukuka aykırılıktan kendisinin yarar sağlaması olarak yorumlanmıştır. Bu sebeple de iş güvencesi kapsamında olan işçiye işe iade ve

²⁷⁷ Yargıtay 9. HD, E. 2004/14422, K. 2005/5811, K.t. 21.02.2005.

²⁷⁸ Bakırcı, *İş Güvencesi*, s. 120.

tazminat arasında tercih olanağının sunulması gerektiği ifade edilmiştir.²⁷⁹ Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi de İş Kanunu'nun 21. maddesine gönderme yaparak sendikal nedenlerle işten çıkarılan işçiye işe iade veya sendikal tazminat hakkı tanımıştır.²⁸⁰

d. Maddi ve Manevi Tazminat

(1) Genel Hükümlerden Kaynaklanan Tazminatlar

Bireysel iş hukuku açısından çeşitli durumlarda maddi ve manevi tazminat gündeme gelebilmektedir. Bu konuda ilk olarak genel hükümlerden kaynaklanan tazminat konusuna değinilecektir. İş hukukunda ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olarak genel hükümlerden kaynaklı tazminat cinsel taciz kapsamında söz konusu olmaktadır. İşe alım süreci veya iş sözleşmesinin devamı sırasında cinsel tacizin işveren, işveren vekili ya da işçi veya üçüncü kişilerin gerçekleştirmesine bağlı olarak farklı düzenlemeler gündeme gelmektedir.²⁸¹

İş hukukunda işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlarından birisi işçiyi gözetme borcudur. Bu borcun kapsamı işverenin işyerinde işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması ve işçinin iş kazalarına korunmasını içermektedir.²⁸² Geçmişte yalnızca bu kapsamda gündeme gelen işçiyi gözetme borcu günümüzde cinsel tacizi gibi davranışları da içine almıştır. İşveren işçinin kişiliğine saygı gösterme, işçiyi diğer işçilerin veya üçüncü kişilerin tecavüzlerine karşı korumakla yükümlü görülmektedir.²⁸³

Cinsel taciz işe alım sürecinde veya iş sözleşmesinin devamı süresince ortaya çıkabilmektedir. İşe alım sürecinde gerçekleşecek cinsel taciz konusunda İş Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada kişilik haklarına saldırı kapsamında haksız fiil sorumluluğu veya sözleşmenin görüşmeleri sırasındaki

²⁷⁹ a.g.e., s. 121.

²⁸⁰ Tuncay, **Toplu İş Hukuku**, s. 85.

²⁸¹ Bunlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, Kadriye Bakırcı, **İşyerinde Cinsel Taciz**, Yasa Yay., İstanbul, 2000, s. 184-201.

²⁸² Süzek, **İş Hukuku**, s. 346-348. Ayrıca bkz, İş Kanunu, madde 77.

²⁸³ Bakırcı, **İşyerinde Cinsel Taciz**, s. 154-155.

kusurlu davranıştan kaynaklanan (*culpa in contrahendo*) sorumluluk²⁸⁴ kapsamında TBK'nun 112. maddesi kapsamında sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğa gidilebileceği belirtilmiştir.²⁸⁵ Bu noktada sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluğun haksız fiilde geçerli olan 2 yıllık zamanaşımı süresi yerine 10 yıllık bir zamanaşımı süresi öngördüğü ve haksız fiilde olduğu gibi kusuru ortaya koyma noktasında ispat yükünün mağdurda olmadığı gerekçesiyle cinsel taciz mağdurları açısından daha uygun olduğu ifade edilmiştir. Sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta kusurlu olmadığını kanıtlamakla yükümlü olan taraf işveren olmaktadır.

İşe alım aşamasında cinsel taciz oluşturan davranışı işveren vekilinin gerçekleştirilmesi durumunda sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluk TBK'nun 116. maddesi doğrultusunda “yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” kapsamında işveren sorumlu tutulabilecektir.²⁸⁶ Bu durumda yine TBK'nun 66. maddesinde yer alan “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.” hükmü kapsamında haksız fiil sorumluluğunun aksine işverenin vekilinin kusuruna dayanması mümkün olmamaktadır.²⁸⁷ İş Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan “...İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur...” ifadesinin işverenin bu anlamda sorumluluğunun hukuki dayanağını oluşturduğu belirtilmiştir.²⁸⁸

İş sözleşmesinin devamı sürecinde ise, işverenin cinsel tacizle ilgili olarak TBK'nun 112. maddesi kapsamında borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğan sorumluluğu gündeme gelmektedir. Ayrıca burada ispat yükü madde metninde yer alan “kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe” ifadesi nedeniyle işverende olmaktadır. Cinsel tacizin aynı zamanda haksız fiil olmasından hareketle işçinin yukarıdaki gibi sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk yerine haksız fiil sorumluluğuna gitmesi ve TBK'nun 49. maddesine dayanması mümkün

²⁸⁴ *Culpa in contrahendo* sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Oğuzman; Öz, s. 321 vd; Kılıçoğlu, Ahmet, s. 56 v.d; Eren, s. 1083 v.d.

²⁸⁵ Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, s. 107.

²⁸⁶ a.g.e., s. 107. Ayrıntılı bilgi için bkz, Oğuzman; Öz, s. 363 v.d.; Eren, s. 1027 v.d.

²⁸⁷ Bakırcı, **İşyerinde Cinsel Taciz**, s. 160-161.

²⁸⁸ Özdemir, s. 154.

gözükmektedir.²⁸⁹ Ancak maddi tazminat kapsamında belirlenecek tazminat miktarının büyük olasılıkla sınırlı olacaktır ve bu nedenle caydırıcı ve etkili kabul edilmesi mümkün değildir.

İşçi veya üçüncü kişilerin cinsel taciz oluşturan davranışları ile ilgili olarak TBK'nun 417. maddesine göre “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür... İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.” Görüldüğü gibi bu madde ile işverenlere iş sözleşmesi ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermekle birlikte işçilerin psikolojik taciz ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere maruz kalan işçilerin daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu düzenleme geçmişte de kişilik haklarının korunmasına dair yükümlülüğün varlığının kabul edilmesine karşın açık bir yasal düzenlemenin yapıldığı gerekçesiyle olumlu karşılanmıştır.²⁹⁰

Maddede cinsel taciz ile ilgili ilk defa açık bir düzenleme yapılmıştır. Maddenin gerekçesinde işverenin cinsel tacizle ilgili yükümlülüklerine işaret edilmiştir. Gerekçede “...işverenin işyerinde ahlâka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle” yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Bu yükümlülüğünün diğer bir görünümünü ise, işverenin, işçilerin cinsel tacize uğramamaları için gerekli önlemleri alması oluşturmaktadır. İşveren, bu amaçla, işçilerin derhal yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma gibi, cinsel tacizle karşılaşma tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik uygun önlemleri almakla yükümlüdür...” ifadelerine yer verilmiştir. Gerekçede de belirtildiği gibi maddenin son fıkrasında, sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlere yapılan gönderme nedeniyle cinsel tacizden kaynaklanacak

²⁸⁹ a.g.e., s. 161.

²⁹⁰ Kübra Doğan Yenisey, *Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler*, İnceoğlu, M. Murat (derleyen), XII Levha Yay., İstanbul, 2012, s. 322; Erdem Özdemir, *İşyerinde Cinsel Taciz, Sicil İş Hukuku Dergisi*, MESS, Yıl 1, Sayı 2, İstanbul, Haziran 2006, s. 154.

zararların giderilmesinde, haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süreleri değil, sözleşmeye aykırılık nedeniyle zamanaşımına ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir.²⁹¹ Bu durumda zamanaşımı süresi 10 yıl olacaktır.

TBK'nun gerekçesinde “ahlaka uygun bir düzen” ifadesi haklı biçimde subjektif bir ifade olarak değerlendirilmiştir ve bunun yerine yukarıda tacizle ilgili olarak üzerinde durulan “insan onuruna yaraşır” çalışma ortamı sağlanması şeklinde bir yükümlülüğün belirtilmesinin daha uygun olacağı belirtilmiştir.²⁹² Bu eleştiri yargı organlarının cinsel tacizin başka bir örneği olan cinsel yönelim ayrımcılığı ile ilgili kararları göz önünde tutulduğunda kişilerin cinsel yönelimi nedeniyle ayrımcılığa uğradığı durumlarda, bu durumun gerekçede ifade edilen “işverenin işyerinde “ahlaka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle” yükümlü olduğuna dair ifade ile meşrulaştırılması mümkün hale gelebilecektir. Ayrıca işverenin yükümlülükleri kapsamında yalnızca güvenlik personeli bulundurulmasına işaret edilmesi de aynı şekilde eleştirilmiştir.²⁹³ Bu şekilde bir sınırlı yükümlülük cinsel taciz olgusunun ayrımcılığın bir biçimi olarak görülmekten öte bir güvenlik sorunu olarak algılandığı şüphesini doğurmaktadır. Ancak gerekçede yer alan “...işçilerin derhâl yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma gibi...” ifadesindeki “gibi” ifadesi yargı organlarının kararları ile başka yükümlülüklerinde ortaya çıkmasına yol açabilecektir.

(2) Bireysel ve Toplu İş Hukuku Düzenlemelerinden Kaynaklanan Tazminatlar

İstihdam alanında bir dizi kanunda işverenlere yönelik yaptırım yer almıştır. Bu noktada tazminat da gündeme gelmektedir. Bireysel ve toplu iş hukukunda öngörülen tazminatlar yukarıda TBK kapsamında gündeme gelen tazminattan belli noktalarda ayrılmaktadır. TBK haksız fiil ve sözleşmeye aykırılık nedeniyle zarara uğrayan kişinin zararının karşılanmasını öngörmekte ve bu noktada zararın varlığını zorunlu tutmaktadır. İş Kanunu ve Sendikalar Kanunuisse zarar söz konusu olmasa da götürü bir biçimde tazminat öngörmüştür. Bu şekilde tazminat öngörülmesinin

²⁹¹Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), s. 180, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (erişim:01.04.2012)

²⁹²Doğan Yenisey, *Hizmet Sözleşmesi*, s. 322.

²⁹³a.g.e., s. 323.

hukuka aykırı bir işleme maruz kalan işçinin bir zararı olmasa da belirli miktarda tazminat sağlanması, zararın mevcudiyetini ispat etme yükümlülüğünden kurtarılması ve işverenleri hukuka aykırı işlem yapmaktan caydırması gibi işlevleri söz konusudur. Ayrıca götürü tazminatın gerçek zararın altında olduğu durumda olduğunda bu zararın işçi tarafından ispatlandığı durumda yine zararın tazmin edilmesi mümkündür.²⁹⁴

i. Ayrımcılık Tazminatı

İş Kanunu'nda tazminatla ilgili bir diğer düzenleme Kanun2un ayrımcılık yasağına yer veren 5. maddesinde yer almıştır. Maddede “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.” ifadesine yer verilerek hukuki bir yaptırıma yer verilmiştir. Bu yaptırım açısından iş güvencesine tabi olan veya olmayan şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir ve tüm işçiler için gündeme gelmesi mümkündür.²⁹⁵ İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan bu tazminat öğretide “ayrımcılık tazminatı” olarak adlandırılmaktadır.²⁹⁶

Daha önce İş Kanunu'nun 5. maddesinin kapsamını işe alım sürecini de kapsadığı belirtilmişti. Dolayısıyla bu noktada gündeme gelecek yaptırımın da, “iş ilişkisi” ifadesinin aynı şekilde geniş yorumlanması ile işe alım süreci bakımından da gündeme gelmesi mümkündür. Aksi bir yorum 5. maddede getirilen ayrımcılık yasağının etkisini azaltabilecektir.²⁹⁷ Bu yaklaşımın aksi yönünde düşünceler de mevcuttur. İş Kanunu'nun 5. maddesinin işe alım sürecinde yalnızca cinsiyet temelinde ayrımcılığı yasakladığı, tazminatın bu nedenle ancak bu kapsamda

²⁹⁴ Süzek, **İş Hukuku**, s. 108-109.

²⁹⁵ Kadriye Bakırcı, *İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, MESS, Yıl 1, Sayı 2, İstanbul, Haziran 2006, s. 117.

²⁹⁶ Örneğin, Bakırcı, *İş Güvencesi*, s. 117; Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 76; Baybora, **Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı**, s. 118.

²⁹⁷ Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 68.

gündeme gelebileceği belirtilmiştir.²⁹⁸ Ayrıca işe alım sürecinde ayrımcılık tazminatı söz konusu olmamakla birlikte işverenin sözleşmenin yapılma aşamasında kusura dayanarak (*culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde) tazminat talep edilebileceği belirtilmektedir.²⁹⁹ Bu tazminatın miktarının belirlenmesinde benzer işte çalışanların aldığı ücret ve yoksun kaldığı diğer hakların ölçü olarak dikkate alınabilecektir. İşçi işverenin kusurunu ispatlamak zorunda kalmaksızın sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan, taşınma masrafları, posta, telefon ve yolculuk giderleri, başka bir işe başvurmama nedeniyle uğranılan ücret kaybı, daha elverişli sözleşme fırsatlarının kaçırılmasından veya eski işin yitirilmesinden doğan zararları ispatladığı takdirde, ancak işverenin kusurunu ispatlamak zorunda kalmaksızın talep edebilecektir.³⁰⁰ Tazminat sadece iş ilişkisinin sona ermesi ile değil, iş ilişkisinin devam ettiği süre içerisinde de istenebilecektir.³⁰¹ Ayrımcılık tazminat talebi için zamanaşımı süresi genel hükümlere tabidir ve TBK'nun 146. maddesine göre 10 yıldır.³⁰²

Ayrımcılık tazminat haricinde ayrımcılık mağdurunun yoksun bırakıldığı diğer haklarını da talep etmesi mümkündür. Bu haklara örnek olarak, ödenmeyen veya eksik ödenen ücret, ikramiye veya diğer sosyal yardımlar sayılmıştır.³⁰³ Ancak tazminat ile ilgili “dört aya kadar ücret” şeklinde bir üst sınır belirlenmiştir. Ayrıca 5. maddenin gerekçesinde tazminat miktarının belirlenmesinde, “...tazminat için esas olacak ücret ‘asıl ücret’ olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dâhil değildir.” ifadesine yer verilerek tazminatın miktarı daha da düşürülmüştür.³⁰⁴ Tazminatın hesaplanmasında, olayın özelliğine göre işveren tarafından yapılan ayrımcı muamelenin ağırlığı, işçinin işyerindeki işi, konumu ve

²⁹⁸ Sarper Süzek, *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, MESS, Sayı 12, İstanbul, 2008, s. 27; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, s. 34; Öner Eyrenci; Savaş Taşkent; Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, Legal Yay., İstanbul, 2006, s. 28.

²⁹⁹ Eyrenci vd, s. 145; Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, s. 35; Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 77; Ertürk; Gürsel, s. 440.

³⁰⁰ Doğan Yenisey, *Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları*, s. 69.

³⁰¹ Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 77.

³⁰² Yargıtay 9. HD, E. 2008/6448, K. 2009/23296, K.t. 17.09.2009; Yargıtay 9. HD, E. 2010/4154, K. 2010/4666, K.t. 23.02.2010. Ertürk; Gürsel, s. 448.

³⁰³ Süzek, *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, s. 34; Ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlar karşısında durumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, a.g.e., s. 34-35; Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 81.

³⁰⁴ İş Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/534), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm> (erişim:01.04.2012)

kıdemi belirleyici olacaktır.³⁰⁵ Tazminat ayrımcılık yasağının ihlaline özgü olduğu ve götürü nitelikte olduğu için herhangi bir zararın doğması gerekmemektedir.³⁰⁶ Bu nedenle ayrımcılık tazminatının zararın giderilmesi yerine cezalandırıcı nitelikte olduğu söylenebilir. Öğretide bu doğrultuda ayrımcılık tazminatının teknik anlamda bir tazminat olmadığı ve bir tür “medeni ceza” olduğu ifade edilmiştir.³⁰⁷ Ayrıca üst sınıra dair düzenlemenin nispi emredici bir nitelik taşıdığı ve bu sebeple toplu iş sözleşmesi yoluyla tazminat miktarının artırılabilmesi de belirtilmektedir.³⁰⁸

Yargıtay ayrımcılık tazminatının belirlenmesinde yasada yer alan üst sınır yanında içtihat yoluyla başka bir sınırlama daha ortaya koymuştur. Yargıtay’a göre tazminatın gerekçesiz olarak üst sınırdan takdir edilmesini hatalı olarak kabul etmiştir.³⁰⁹ Bu şekilde bir yorum üst sınır yanında bu üst sınır çerçevesinde bir tazminat belirlendiğinde bunun ayrıca gerekçelendirilmesi yükümlülüğü getirmiştir ve bu durum hâkimlerin takdir yetkisinin dolaylı olarak bir kez daha sınırlanması anlamına gelmektedir.

Üst sınırın varlığı ve ücretin belirlenmesine yönelik belirtilen sınırlama, yukarıda belirtilen AB hukukunda benimsenmiş ilkelere uygun değildir.³¹⁰ Bu şekilde bir düzenleme haklı biçimde etkili, caydırıcı ve orantılı görülmemektedir.³¹¹ Bu noktada İş Kanunu’nda yer alacak ayrımcılık yasağının ihlaline dair bir düzenlemede üst sınır değil, alt sınıra yer verilmesi ve hâkime olayın özelliklerini dikkate alarak tazminat miktarının belirlenmesinde takdir yetkisi tanınması daha doğru gözükmektedir. Ayrıca uygun olduğu durumlarda, örneğin işe alım sürecinde veya iş ilişkisinin sonlandırılması noktasında gerçekleşen ayrımcılık yasağı ihlallerine karşı mağdurun işe alınmasının veya işe geri dönmesinin sağlanmasına yönelik bir yaptırımın da yasaya eklenmesi uygun gözükmektedir.

Ayrımcılık tazminatı ile ilgili gündeme gelebilecek bir başka düzenleme ise Özürlüler Kanunu’nun 14. maddesidir. Madde metninde “İşe alımda; iş seçiminden,

³⁰⁵ Kılıçoğlu; Şenocak, s. 173.

³⁰⁶ Süzek, *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, s. 34; Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 77.

³⁰⁷ Tuncay, *Çalışma İlişkilerinde Irk veya Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık*, s. 767.

³⁰⁸ Süzek, *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, s. 34.

³⁰⁹ Yargıtay 9. HD, E. 2005/32064, K. 2005/36379, K.t. 17.11.2005.

³¹⁰ Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 77.

³¹¹ Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, s. 248; Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, s. 125.

başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürhünerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz. Çalışan özürhünerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özürhüyle ilgili olarak diğerk kişilerden farklı muamelede bulunulamaz...” ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadelerle işe alım sürecinden başlayarak sona ermesi aşamasına kadar engellilik temelinde ayrımcılık yasaklanmıştır. Ancak söz konusu yasağın yaptırımını aynı Kanun’da bulunmamaktadır. Yasal düzenlemelerde yaptırıma yer verilmeksizin yalnızca yasağa yer verilmesi söz konusu düzenlemeleri uygulanabilir olmaktan çıkarmaktadır.³¹² Ayrıca Kanun’da belirtilen yasakların ihlali halinde başvuru mercileri belirtilmemiştir.³¹³ Bu noktada engelliliğın İş Kanunu’nun 5/1 maddesinde sayılan “ve benzeri sebepler” ifadesi kapsamında bu maddenin korumasından ve maddede yer alan ayrımcılık tazminatından yararlanabileceği belirtilmektedir.³¹⁴ Ayrıca, iki düzenleme arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi olduğunun kabulü ile Özürhüler Kanunu’nda düzenlenmeyen konular açısından, özellikle hukuki yaptırımlar açısından, İş Kanunu’na başvurulmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir.³¹⁵ Ancak haklı olarak Kanun’da açıkça bir yaptırımın düzenlenmemiş olması ve başvuru mercilerinin yine açıkça gösterilmemiş olması nedeniyle engellilerin hak arama yollarına erişimi açısından zafiyet doğurmaktadır.³¹⁶

ii. Kötüniyet Tazminatı

İş Kanunu’nun 17. ve 18. maddelerinde iş sözleşmesinin feshi ile ilgili olarak, iş güvencesine tabi çalışan işçiler ve çalışmayan işçiler bakımından farklı yaptırımlar gündeme gelmektedir. Örneğın iş güvencesine tabi işçiler işe iade olanağından veya işverenin işçiyi işe iade etmediği durumda iş güvencesi tazminatından yararlanma olanağına sahipken, 17. madde kapsamında iş sözleşmesi feshedilen ve iş güvencesine tabi olmayan işçiler yalnızca kötüniyet tazminatından

³¹² Dilek Baybora, *Çalışma Hayatında Özürhülere Karşı Ayrımcılık, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yay., Sayı 51, İstanbul, 2006, s. 263.

³¹³ Subaşı, s. 493

³¹⁴ Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 68.

³¹⁵ Gül, s. 298.

³¹⁶ Subaşı, s. 493.

yararlanabilecektir. Bu tazminat Kanununun 17. maddesinde “...18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir...” şeklinde düzenlenmiştir. Tazminat talebi için zamanaşımı süresi TBK’nun 146. maddesine göre 10 yıldır.³¹⁷ Benzer yaptırım Deniz İş Kanunu’nun 16. maddesi ile iş sözleşmesi kötüniyetle feshedilen gemiadamlarına ve TBK’nun 434. maddesi ile Basın İş Kanunu’na tabi çalışanlar için de tanınmıştır.³¹⁸

Kanun’da hangi durumların kötüniyet olarak değerlendirileceği belirtilmemiştir ve bu konu Yargıtay kararları ile somutlaşacaktır. Dolayısıyla ayrımcılık oluşturan farklı bir muamele oluşturacak bir fesih işleminin kötüniyet teşkil edip etmeyeceği belirsizdir. Ancak bu konuda İş Kanunu’nun 18/3 maddesinde iş güvencesi kapsamında yer alan işçiler için geçersiz feshe yol açan sebepler ve benzerlerinin, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler için de kötüniyet veya ayrımcılık sebebi oluşturacağı belirtilmiştir.³¹⁹ Yargıtay da bir davada kadın işçinin hamilelik nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesini ayrımcılık olarak değerlendirmiştir.³²⁰ Yargıtay ayrıca sendika üyeliği temelinde, sendikal faaliyetlerde öncülük yapma, sendikanın yetki için başvurması, işverenin sendikanın yetki almaması için yeni işçi işe alma gibi bir takım tedbirler alma, sendika üyeliklerinden istifa edenlerin işten çıkarılmaması, sendikanın yetki almasının sonuçsuz bırakılması gibi olguları sendikal neden kapsamında görmüş ve kötüniyet tazminatı ödenmesi gerektiğini belirtmiştir.³²¹ Belirtilenler ışığında sadece tazminat değil, ayrımcılık mağdurları açısından işe iade sağlanması ve bununla birlikte ayrımcılığın kötüniyet kapsamında değerlendirilmesi yönünde açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Ayrıca kötüniyet tazminatı için bir üst sınır öngörülmüştür ve bu durum tazminat yaptırımının etkililiği ve caydırıcılığı açısından olumsuz bir sonuç ortaya çıkarmaktadır.

³¹⁷ Yargıtay 9. HD, E. 2008/6448, K. 2009/23296, K.t. 17.09.2009.

³¹⁸ Doğan Yenisey, *Hizmet Sözleşmesi*, s. 329.

³¹⁹ Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, s. 241; Bakırcı, *İş Güvencesi*, s. 118.

³²⁰ Yargıtay 9. HD, E. 2004/25538, K. 2005/14932, K.t. 28.04.2005.

³²¹ Yargıtay 9. HD, E. 2009/42251, K. 2009/33714, K.t. 07.12.2009.

iii.İş Güvencesi Tazminatı

İş Kanunu'nda hukuki yaptırımlarla ilgili bahsedilebilecek başka bir düzenleme Kanun'un 21. maddesinde yer alan işe iade ve iş güvencesi tazminatı yaptırımıdır. İş Kanunu işçiler açısından iş güvencesi kapsamında olan veya olmayan olmak üzere iki farklı statü öngörmüştür. İş Kanunu'nun 18. maddesi, 30 veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde iş güvencesi getirmektedir. Bu dar çerçevede, Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme ve özel girişim özgürlüğün ile 49. maddesinde yer alan çalışma hakkından ilkinin ön planda tutulduğu ve üstünlük tanındığı şeklinde haklı bir eleştiri ile karşılaşmıştır.³²²

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesi ancak işçinin davranışlarından veya yetersizliğinden ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle feshedilebilecektir. Bu durumda Kanunun 21. maddesindeki işe iade veya iş güvencesi tazminatı gündeme gelmektedir. Ancak bu seçenek yaptırımlar işçi yerine işverene tanınmıştır. Kanunun 18. maddesinde iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesinin feshinde geçersizlik doğuran sebepler de sayılmıştır ve bunlar arasında sendika üyeliği, sendika temsilciliği, sendikal faaliyet ile ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler de sayılmıştır. Sayılan bu sebeplerin hem kötüniyet hem de ayrımcılık sebepleri olarak değerlendirilmesi mümkündür. Dolayısıyla iş güvencesi kapsamına girmeyen, başka bir deyişle 30 kişinin altında işçi çalıştıran bir iş yerinde çalışan veya 30 kişinin üzerinde işçi çalıştıran bir işyerinde çalışmakla birlikte işe giriş tarihinden itibaren 6 aylık bir süre geçmemiş olan kişilerin iş sözleşmesinin 18. maddede yer alan ayrımcılık yasağına aykırı biçimde feshildiği takdirde İş Kanunu'nun 21. maddesinde belirtilen haklardan yararlanma mümkün olmayacaktır.

³²² Bakırcı, *İş Güvencesi*, s. 115.

İş güvencesi tazminatı talebi için zamanaşımı süresi TBK'nun 146. maddesine göre 10 yıldır.³²³ Tazminat açısından “en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücret” şeklinde bir sınır öngörülmüştür. Dolayısıyla burada bir üst sınır söz konusudur ve bu durum yukarıda ifade edilen uluslararası standartlara uygun değildir. İş Kanunu'nun 21. maddesinde ayrıca “...Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir...” ifadesine yer verilerek ayrıca bir tazminat öngörülmüştür. Bu tazminat işe iade gerçekleşsin veya gerçekleşmesin gündeme gelebilmektedir.

Yargıtay da yerel mahkemece iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından işçinin işe başlatılmadığı durumda en az dört aylık, en çok sekiz aylık ücret tutarında tazminatın belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu tazminatın belirlenmesinde işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olguların dikkate alınması gerektiği ve alt ve üst sınırların aşılmasının mümkün olmadığı vurgulanmıştır.³²⁴ Bu tazminat açısından da üst sınırın mevcut olması nedeniyle aynı eleştiriler geçerlidir.

İş güvencesi tazminatının ortaya çıkmasına yol açan fiiller arasında “sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak”, “işyeri sendika temsilciliği yapmak”, “ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler” ve “...kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek.” sayılmıştır. Bu görece geniş fiiller listesinin varlığına rağmen iş güvencesi tazminatı yalnızca belirsiz süreli bir iş sözleşmesi ile 30 veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçiler için geçerlidir ve bu korumadan yararlanan işçi sayısı oldukça az olmaktadır. Bu nedenle ayrımcılığa karşı korumanın kapsamının genişletilmesi için en azından ayrımcılık yasağının ihlalinin oluşturacak biçimde iş sözleşmesinin feshinde de belirtilen ölçütlere yer verilmeksizin mağdur işçiye, işe iade veya tazminat şeklinde bir seçimlik olanak tanınması yerinde olacaktır.

iv. Sendikal Tazminat

³²³ Yargıtay 9. HD, E. 2008/6448, K. 2009/23296, K.t. 17.09.2009.

³²⁴ Yargıtay 9. HD, E. 2008/30271, K. 2008/25206, K.t. 06.10.2008.

İş hukukunda ayrımcılıkla ilgili bir başka tazminat Sendikalar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi işverenin “bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım” yapamayacağı ve “işçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar.” hükümlerine yer vermiştir. Maddede ardından işverenin, hizmet akdinin feshi dışında, bu hükümlere aykırı hareket etmesi halinde, “işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz.” ifadeleri yer almıştır. Tazminat talebi için zamanaşımı süresi yine TBK'nun 146. maddesine tabidir ve bu süre 10 yıldır.³²⁵

Kanun'un 31. maddesi işe alım sürecinde, iş sözleşmesinin devamı süresince ve iş sözleşmesinin feshinde sendika üyeliği temelinde ayrımcılığı yasaklamıştır. Ancak iş sözleşmesinin devamı süresince ve iş sözleşmesinin feshinde tazminat öngörülürken işe alım sürecinde sendikal tazminat öngörülmemiştir. Bu noktada İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının işe alım sürecini de kapsadığı yönünde yorum çerçevesinde işe alım sürecinde sendika üyeliği temelinde ayrımcılığın ayrımcılık tazminatına konu olması gündeme gelebilir. İş sözleşmesinin devamı ve feshi aşamasında ise işçinin en az 1 yıllık ücretini içerecek bir sendikal tazminat öngörülmüştür. Görüldüğü gibi burada üst sınır değil bir alt sınır öngörülmüştür. Yargıtay somut olayda sendikal tazminatın alt sınırdan uzaklaşarak

³²⁵ Ertürk; Gürsel, s. 448. Yargıtay 9. HD, E. 2008/6448, K. 2009/23296, K.t. 17.09.2009.

verilmesi durumunda bu durumun gerekçesinin belirtilmesi gerektiği düşüncesindedir.³²⁶

İş sözleşmesinin devamında iş güvencesi kapsamında olan veya olmayan işçiler arasında bir ayırım gözetilmeksizin sendikal tazminat öngörülmüştür. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde yer alan işe son vermede sendika temelinde ayrımcılığın yaptırımı olan iş güvencesi tazminatı niteliğinde olan sendikal tazminat, ancak işçinin işveren tarafından işe başlatılmaması durumunda gündeme gelmektedir.³²⁷ Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi ile gündeme gelen işe iade ancak iş güvencesi kapsamında olan işçiler için geçerli olacaktır. İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendika üyeliği temelinde ayrımcılık sonucu iş sözleşmesi feshedildiğinde ise doğrudan sendikal tazminat talep edilmesi mümkündür. Ayrıca burada ispat yükü işverenin üzerinde bırakılmıştır. Ancak iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçinin işe iade talep etmesi mümkün değildir. Bu durumda da işçinin talep edebileceği sendikal tazminatın sınırı aynı şekilde en az bir yıllık ücret olarak tespit edilmiştir.³²⁸

İş güvencesi kapsamında olan bir işçi Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi gereğince doğrudan sendikal tazminat talep edememektedir ve feshin geçersizliği ile işe iade talep edebilmektedir.³²⁹ Feshin geçersizliği ile birlikte işe iade gerçekleşmediği durumda 31. maddede belirtilen sendikal tazminat gündeme gelmektedir. İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından ise işe iade söz konusu olmayacağı için doğrudan sendikal tazminat talep edilmesi mümkündür.³³⁰ Burada İş Kanunu'nun 21. maddesinin aksine dört ayla sekiz ay arasında değişen bir tazminat değil en az bir yıllık ücret tutarında tazminat söz konusudur.

Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi ve İş Kanunu'nun 21. maddesi bağlamında gündeme gelen sendikal tazminat iş ilişkisinin sona ermesi ardından gündeme gelebilmektedir. Ancak Sendikalar Kanunu'nda yer alan sendikal tazminat yalnızca sona ermede değil, İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan ayrımcılık

³²⁶ Yargıtay 9. HD, E. 2008/30271, K. 2008/25206, K.t. 06.10.2008.

³²⁷ Yargıtay 9. HD, E. 2009/21120, K. 2010/1962, K.t. 01.02.2010; Yargıtay 9. HD, E. 2009/27693, K. 2010/28547, K.t. 11.10.2010

³²⁸ Tuncay, **Toplu İş Hukuku**, s. 89.

³²⁹ Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, s. 267.

³³⁰ Yargıtay 9. HD, E. 2004/21425, K. 2004/22545, K.t. 07.10.2004; Yargıtay 9. HD, E. 2004/20181, K. 2004/29411, K.t. 27.12.2004.

tazminatı gibi iş ilişkisinin devamında da geçerlidir. Maddenin altıncı fıkrasında “İşverenin, hizmet akdinin feshi dışında, üçüncü ve beşinci fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir...” ifadesine yer verilerek bu durum açıkça belirtilmiştir. Burada da yukarıda tazminatın alt sınırı ile ilgili ifade edilen durum geçerlidir. Ancak Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesinde işe alım sürecinde sendika üyeliği temelinde ayrımcılık yaptırımsız bırakılmıştır. Bu noktada yalnızca Kanunun 59. maddesi ile idari para cezası öngörülmüştür. 59. maddenin üçüncü fıkrasında “31 inci maddenin birinci fıkrasına aykırı hareket eden işverene... ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir.” hükmüne yer verilmiştir. Bu ceza 59. maddenin son fıkrasına göre idari yaptırım değil ceza yaptırımıdır ve idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir. Ancak bu durumda da genel hükümler çerçevesinde bir tazminatın mağdur tarafından talep edilebileceği belirtilmiştir.³³¹ Sendikalar Kanunu’nun 59. maddesinde işe alımda sendikal ayrımcılıkla ilgili öngörülen bu ceza caydırıcı ve etkili olmaktan uzaktır ve bu anlamda değiştirilmesi gerekmektedir.

v. Ayrımcılık Tazminatının İş Hukukunda Gündeme Gelen Diğer Tazminatlarla İlişkisi

Ayrımcılık tazminatı yukarıda belirtilen Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesi ile gündeme gelen sendikal tazminat, İş Kanunu’nun 17. maddesinde yer alan kötüniyet tazminatı, İş Kanunu’nun 21. maddesinde yer alan iş güvencesi tazminatı ile birlikte gündeme gelebilmektedir.³³² Bu noktada kimi zaman başka bir tazminat yanında ayrımcılık tazminatına da hükmedilebilirken, bazı durumlarda yalnızca bir tazminata hükmedilmektedir. Bu durumda İş Kanunu’na göre iş güvencesine tabi olmayan işçiler için 17. maddedeki kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının, iş güvencesi kapsamındaki işçiler için ise hem iş güvencesi tazminatının hem de ayrımcılık tazminatının gündeme gelmesi mümkündür. İş güvencesi kapsamında olup olmamaya göre tazminat taleplerinde ayrıca farklı ispat rejimi söz konusu

³³¹ Tuncay, **Toplu İş Hukuku**, s. 86.

³³² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, Bakırcı, *İş Güvencesi*, s. 114 vd; Serkan Odaman, *Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti*, **LİHSGKD**, Cilt 7, Sayı: 25, İstanbul, 2010, s. 32 vd.

olacaktır. Sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshinde ise iş güvencesine tabi olan ve olmayan işçiler açısından tazminat miktarı aynı olmakla birlikte ispat rejimi farklılaşmıştır.³³³

Ayrımcılık aynı zamanda kötüniet oluşturabilmektedir. Bu durumda ayrımcılık tazminatı ile kötüniet tazminatının aynı anda gündeme gelip gelemeyeceği tartışılmıştır. İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmesinin ayrımcı bir şekilde feshedildiği durumda, aynı zamanda kötünietle fesih söz konusudur. Bu durumda söz konusu işçi için İş Kanunu'nun 17. maddesindeki kötüniet tazminatı talep edilebileceği gibi İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan ayrımcılık tazminatı da talep edilebilecektir. Bu noktada işçinin seçimlik bir hakkı söz konusudur.

İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan ayrımcılık tazminatı işçinin dört aya kadar ücreti tutarında belirlenebilecek iken, kötüniet tazminatı işçinin işyerinde çalıştığı süreye bağlı olarak bildirim süresinin üç katına kadar belirlenebilecektir. Bildirim süreleri iki haftadan sekiz haftaya kadar değişebilmektedir. Bu durumda bildirim süresi iki ile dört hafta arası olan işçiler açısından ayrımcılık tazminatı talep edilmesi daha lehe olabileceken, bildirim süresi altı ile sekiz hafta arasında olanlar açısından kötüniet tazminatı talep etmek daha lehe olacaktır. Ancak ispat açısından ayrımcılık tazminatı ayrımcılık mağdurlarının daha lehinedir.³³⁴

Her iki tazminatın aynı anda talep edilmesi durumunda aynı davranış nedeniyle iki ayrı tazminat öngörülemediği görüşü karşısında, İş Kanunu'nun 5. maddesinde yalnızca Sendikalar Kanunu'na yapılan gönderme nedeniyle diğer tazminatların ayrımcılık tazminatı ile birlikte istenebileceği görüşü savunulmuştur.³³⁵ Bu noktada bazı durumlarda kötünietli fesih ile ayrımcı feshin örtüşebileceği ve bu durumda yalnızca kötüniet tazminatının öngörülmesinin ayrımcı muamele ile orantılı olmayacağı ve işçi lehine yorum ilkesi ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir.³³⁶ Öğretide ayrımcı bir nedenle iş sözleşmesinin feshedildiği durumda işçinin hem ayrımcılık hem de kötüniet tazminatını talep etmekle birlikte bunlardan yalnızca birinin ve işçi lehine olanına hükmedilmesi

³³³ Bakırcı, *İş Güvencesi*, s. 117.

³³⁴ Bakırcı, *İş Güvencesi*, s. 118.

³³⁵ Odaman, s. 35-36.

³³⁶ Süzek, *İş Hukuku*, s. 416.

gerektiği de belirtilmiştir.³³⁷ Bu noktada işverenin iş sözleşmesini hem ayrımcılık hem de kötüniyet oluşturacak şekilde birden fazla nedenle feshettiği durumda iki tazminatın aynı anda gündeme gelebileceği de vurgulanmıştır.³³⁸

İş güvencesine tabi işçilerin iş sözleşmesinin ayrımcı biçimde feshedildiği durumda da iki farklı tazminat gündeme gelebilmektedir. Burada da aynı davranışın birden fazla hukuki yaptırım bağlanmasının mümkün olmadığı görüşü ifade edilmiştir.³³⁹ Yargıtay kararları da iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının aynı eylem nedeniyle söz konusu olduğu gerekçesiyle, aynı eylem nedeniyle iki ayrı tazminata hükmedilemeyeceği yönündedir.³⁴⁰ Ancak öğretide her iki tazminatın birlikte talep edilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir.³⁴¹ Bu görüş yukarıda İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine yönelik gönderme ile ilgili yaklaşımı tekrar vurgulamaktadır.³⁴² İş Kanunu'nun 21. maddesinde yer alan geçersiz fesih nedeniyle iş güvencesi tazminatı ile İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan ayrımcılık tazminatının da iki ayrı eyleme yönelik gündeme geldiği için aynı olayda ikisine birden hükmedilebileceği belirtilmiştir.³⁴³ Hatta iş güvencesi tazminatının işverenin işe iadeyi reddettiği durumda gündeme geldiğinden hareketle işverenin işçiyi işe iade etse bile ayrımcılık tazminatı ödemekle yükümlü tutulması gerektiği vurgulanmıştır.³⁴⁴ Yenisey'in bu konuda verdiği örnek izlenirse, iş güvencesine tabi bir işçinin cinsiyet veya gebelik nedeniyle iş sözleşmesinin feshini iddia ettiği ve işe iadesini talep ettiği bir davada, feshin cinsiyet veya gebeliğe dayandığının ispatı halinde İş Kanunu'nun 18. maddesine göre fesih geçersiz kabul edilecektir ve işe iade talebi kabul edilecektir. İşverenin işçiyi işe başlatmadığı durumda dört ayla sekiz aylık ücret tutarında iş

³³⁷ Ertürk; Gürsel, s. 450.

³³⁸ Odaman, s. 36.

³³⁹ Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, s. 36-37.

³⁴⁰ Yargıtay 9. HD, E. 2006/30630, K. 2007/18174, K.t. 06.06.2007.

³⁴¹ Örneğin, Ertürk; Gürsel, s. 451.

³⁴² Süzek, **İş Hukuku**, s. 417.

³⁴³ Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 79.

³⁴⁴ Odaman, s. 38.

güvencesi tazminatı gündeme gelecektir. Bu durumda ayrıca İş Kanunu'nun 5. maddesi gereği ayrımcılık tazminatı da gündeme gelebilecektir.³⁴⁵

Ayrımcılık tazminatı ile ilgili olarak gündeme gelen başka bir konu sendikal tazminattır. İş Kanunu'nun 5. maddesinde ayrıca "...2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır." şeklinde bir ifade bulunmaktadır. Bu ifadenin Sendikalar Kanunu'nda yer alan yaptırımın daha ağır olması nedeniyle saklı tutulduğu vurgulanmıştır.³⁴⁶ Görüldüğü gibi sendikaya üye olmak ya da sendikal faaliyete katılması nedeniyle bir işçiye işveren tarafından farklı muamele yapılması durumunda, Sendikalar Kanunu, İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan dört aylık ücret tutarındaki tazminat yanında işçinin bir yıllık ücreti tutarında ayrı bir tazminat öngörmüştür.

Sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatı arasında farklılıklar söz konusudur. İlki alt sınır olarak ifade edilmişken, ikincisi üst sınır olarak ifade edilmiştir.³⁴⁷ Bu anlamda ayrımcılık tazminatı ile ilgili üst sınırdan kaynaklanan durum sendikal tazminat bakımından gündeme gelmemektedir. Bir diğer farklılık ise Yargıtay'ın ayrımcılık tazminatında, tazminatın üst sınırdan belirlendiği durumda bunun gerekçesinin ortaya konulması gerektiği içtihadının, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi açısından alt sınırdan belirlenmesi durumunda gerekçe belirtilmesi şeklinde olmasıdır.³⁴⁸ Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde sendikal tazminat ile ilgili hüküm aynı zamanda ayrımcılık tazminatı ile Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde yer alan sendikal tazminatın birlikte talep edilemeyeceği anlamına gelmektedir.³⁴⁹ Son olarak ayrımcılık tazminatı doğrudan talep edilebilirken sendikal tazminat iş güvencesi kapsamında bir işçinin iş sözleşmesinin feshi halinde İş Kanunu'nun 21. maddesine tabi olmaktadır ve işverenin bu noktada işe iade veya tazminat şeklinde bir seçeneği doğmaktadır. Dolayısıyla bu anlamda sendikal tazminat işe iadenin işveren tarafından istenmediği durumda gündeme gelebilmektedir.

³⁴⁵ Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 79. Ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlar karşısında durumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, Süzek, *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, s. 34-35; Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 78-81.

³⁴⁶ Eyrenci; Taşkent; Ulucan, s. 146.

³⁴⁷ Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 48.

³⁴⁸ Yargıtay 9. HD, E. 2006/10439, K. 2006/15150, K.t. 22.05.2006.

³⁴⁹ Yargıtay 9. HD, E. 2004/12988, K. 2005/477, K.t. 11.01.2005.

İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshinde iş güvencesi kapsamında olan olmayan işçiler açısından farklılık ortaya çıktığı yukarıda belirtilmişti. Bu durum sendikal tazminatla ayrımcılık tazminatının ilişkisinde de ortaya çıkmaktadır. İş güvencesi kapsamında olmayan bir işçi sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshini iddia ettiğinde kötüniyet tazminatı değil sendikal tazminat gündeme gelmektedir ve İş Kanunu'nun 5. maddesi sendikal tazminatı ayrı tuttuğu için iki tazminata birlikte değil yalnızca sendikal tazminata hükmedilmesi gerektiği ifade edilmiştir.³⁵⁰ İş güvencesine tabi bir işçi bakımından ise farklı bir durum ortaya çıkmamaktadır. Ancak burada sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçinin doğrudan tazminat talep edemeyeceği, işe iadenin gerçekleşmemesi durumunda tazminat alabileceği ve dolayısıyla bu tazminatın aslında sendikal tazminat değil ağırlaştırılmış iş güvencesi tazminatı niteliğinde kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.³⁵¹ Her ne kadar bu iki tazminatın aynı anda gündeme gelmesi mümkün ise de İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine dair kayıt tazminatın kendisi iş güvencesi tazminatı olsa bile bu olanağı ortadan kaldırmaktadır.³⁵²

Ayrımcılık tazminatının iş sözleşmesinin devamı sırasında talep edildiği durumda iş güvencesi kapsamında kalsın kalmayın bütün işçiler tarafından talep edilmesi mümkündür. Ancak iş güvencesi kapsamında olsun ya da olmasın, bir işçinin, iş sözleşmesi feshedilmeksizin işveren tarafından sendikal nedenle gerçekleştirilen bir farklı muamelede iş güvencesi tazminatı niteliğinde olmayan sendikal tazminat gündeme gelmektedir. Bu durumda sendikal tazminat İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan ayrımcılık tazminatının özel bir biçimi olarak kabul edilmektedir. Bu durumda da sendikal tazminatla ayrımcılık tazminatının aynı anda talep edilmesi mümkün gözükmemektedir.³⁵³

5. İdare Hukuku

a. Maddi ve Manevi Tazminat

³⁵⁰ Ertürk; Gürsel, s. 450; Odaman, s. 36.

³⁵¹ Ertürk; Gürsel, s. 451.

³⁵² Odaman, s. 39; Ertürk; Gürsel, s. 451.

³⁵³ Ertürk; Gürsel, s. 449-450.

Anayasa'nın 125. maddesinde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." ve "İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" ifadelerine yer verilmiştir. İdari işlem, "kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve re'sen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruflar" olarak tanımlanmıştır.³⁵⁴ İdari işlemin idarenin bütününe dâhil bir kuruluş, organ veya makam tarafından yapılması ve idare hukuku alanında yürütülen bir faaliyete ilişkin olması gerekmektedir.³⁵⁵ İdarenin eylemleri ise, idari bir işlemin uygulanması veya hiçbir hukuksal işleme dayanmadan, doğrudan doğruya yapılan eylemler olarak tanımlanmaktadır ve herhangi bir kamu görevlisi tarafından yapılması mümkündür. İdarenin işlem veya eyleminde hukuka uygun davranması gereklidir ve hukuka aykırılık durumun idari işlemin iptali, eylemlerden dolayı da sorumluluk gündeme gelmektedir.³⁵⁶ İdarenin eylemlerinden bir kısmı idari eylem olarak nitelendirilir ve bu eylemlerden kaynaklanan tazminat talepleri idari yargıda görülürken bazıları ise haksız fiil olarak değerlendirilir ve tazminat talepleri adli yargıda görülmektedir.³⁵⁷ İdari yargıda görülen ve idarenin eylemi ile ilgili tazminat talep edilen davalar tam yargı davası olarak adlandırılmaktadır.³⁵⁸

İdare hukukunda sorumluluk, yukarıda belirtilen özel hukuk sorumluluğundan bazı farklılıklar taşımaktadır. İdare hukukunda sorumluluk, özel hukukta olduğu gibi kusur veya kusursuzlukla beraber ortaya çıkmaktadır.³⁵⁹ İdarenin kusura dayanan sorumluluğu hizmet kusuru olarak adlandırılmaktadır ve hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi durumlarını kapsamaktadır.³⁶⁰ Kusurlu davranış ve tutumlar kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilir ve hizmet kusuru olarak adlandırılan bu durumda özel hukuktaki gibi "adam çalıştırmanın sorumluluğuna" benzer bir sorumluluk değil idare hukukuna özgü

³⁵⁴ Danıştay 10. Daire, E. 1987/1159, K. 1987/1458, K.t. 01.07.1987'den aktaran Gözübüyük; Tan, *İdare Hukuku*, Cilt 1, s. 419.

³⁵⁵ a.g.e., s. 420.

³⁵⁶ a.g.e., s. 416.

³⁵⁷ a.g.e., s. 417-418.

³⁵⁸ İdarenin hukuki sorumluluğu ve tam yargı davaları ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz, Serdar Özgüldür, *İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, **Günışığında Yönetim**, İl Han Özay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 81; İl Han Özay, **Günışığında Yönetim II: Yargısal Koruma**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 181 vd.

³⁵⁹ a.g.e., s. 816.

³⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz, a.g.e., s. 835 v.d.

bir sorumluluk ortaya çıkar.³⁶¹ Ancak hizmet kusurunda idarenin kusurlu olduğunun kanıtlanması gerekmektedir. İdarenin kusursuz sorumluluğu ise bazı durumlarda ortaya çıkmaktadır ancak bu durumlar arasında ayrımcılık yasağı ile ilgili bir konu bulunmamaktadır.³⁶²

İdarenin eylem ve işlemlerinden sorumluluğu doğduğunda, ortaya çıkan zarar, bu zararı gerçekleştiren kamu görevlisine değil, idarenin kendisine yükletilmektedir. Anayasa'nın 129. maddesi "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." hükmünü getirmiştir. Yine Anayasa'nın 40. maddesine göre "Kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır". Benzer bir düzenleme 657 sayılı devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde yer almıştır ve "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır..." hükmü getirilmiştir.

Bu hükümler çerçevesinde ayrımcılık mağdurlarının, ayrımcı muamelenin bir kamu görevlisi tarafından gerçekleştirdiği durumda doğrudan bu kişinin bağlı olduğu kamu tüzel kişiliğine yönelik tam yargı davası açması ve tazminat talep etmesi mümkündür. Rücu açısından yukarıda belirtilen düzenlemelerin idareye rücu edip etmeme noktasında bir takdir yetkisi verdiği, Danıştay'ın da kararlarında bu konuda net bir tutumu bulunmadığı ifade edilmiştir.³⁶³ Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi yalnızca işkence ve kötü muamele suçları ile ilgili olarak AİHM'de Türkiye tarafından ödenen tazminatlar açısından rücu düzenlemesi getirmiştir. Bu noktada öngörülecek tazminatın daha sonra ilgili kamu görevlisine rücu edileceğine ve bu noktada idarenin takdir yetkisinin bulunmadığına dair düzenleme yapılması ve ayrımcılık yasağının da takdir yetkisi kapsamı dışında tutulması gerekmektedir. Bu yönde bir yasal düzenlemenin yapılması ve etkili uygulanması veya yapılmamakla

³⁶¹ a.g.e., s. 836.

³⁶² İdarenin kusursuz sorumluluğunu doğuran durumlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, a.g.e., s. 847 v.d.

³⁶³ a.g.e., s. 828.

beraber mevcut düzenlemelerin etkili bir şekilde uygulanması, idarece ödenen tazminatların, kamu görevlilerinin ayrımcı muamele yapmaması yönünde etkili ve caydırıcı bir yaptırıma dönüşmesini sağlayabilecektir.

Kamu görevlisinin salt kişisel kusuru ve görevsel kusuru arasında yapılmaktadır. Görevsel kusur kamu görevlisinin, kamu hukukuna tabi bir görev sırasında zarar doğurucu tutumu sonrasında gündeme gelmektedir.³⁶⁴ Ortaya çıkan kusur idare bakımından hizmet kusuru olarak adlandırılmaktadır ve yürütülen kamu hizmetinin işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesini kapsamaktadır. Bu şekilde bir kusuru sonucunda ortaya çıkan zarar için dava doğrudan idareye karşı açılmaktadır. Kamu görevlisinin salt kişisel kusuru, kamu görevlisinin görevinden, resmi sıfatından ayrılabilen, kişiye özgü hata ve eylem niteliğini taşıyan kusurlu davranışları olarak tanımlanmaktadır.³⁶⁵ Görev ve yetki ile bağdaşmayan bazı fiiller, haksız fiil veya suç olarak kabul edilebilecek ve idare hukuku dışında ceza hukuku veya özel hukukun konusu haline gelebilecektir. Bu noktada Danıştay'ın kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurunun kasten işlenen bir suç niteliği taşısa dahi hizmet kusuru oluşturacağını belirten kararları mevcuttur.³⁶⁶ Bu yaklaşım görevsel kusurun, salt kişisel kusur hallerini kapsayacak şekilde genişletme olarak yorumlanmıştır.³⁶⁷ Belirtilenler ışığında ayrımcı muamelenin kamu görevlileri tarafından kasten gerçekleştirildiği durumda, hizmet kusuru kapsamında idare aleyhine tam yargı davası açılması mümkün gözükmektedir.

Yukarıda belirtilen TBK'nun 66. maddesi kapsamında gündeme gelen "adam çalıştırmanın sorumluluğu" konusu yalnızca özel hukuk hükümleri çerçevesinde başkalarını istihdam eden kişilere yönelik uygulama bulmaktadır. Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin kamu hukukuna tabi olarak çalıştırdıkları kişilerin, görevlerinin yerini getirirken üçüncü kişilere verdikleri zarardan dolayı ilgili kamu tüzel kişisi kamu hukuku kurallarına tabi olarak sorumlu tutulabilmektedir. Ancak kamu hukuku tüzel kişilerinin özel hukuk hükümleri çerçevesinde çalıştırdıkları

³⁶⁴ a.g.e., s. 821.

³⁶⁵ a.g.e., s. 825.

³⁶⁶ Danıştay 10. Daire, E. 1988/1042, K. 1989/857, K.t. 20.04.1989

³⁶⁷ Gözübüyük; Tan, **İdare Hukuku**, Cilt 1, s. 827.

kişilerin üçüncü kişilere yönelik olarak verdikleri zarardan istihdam eden sıfatıyla kamu tüzel kişisi olacaktır.³⁶⁸

Ayrımcı muamelenin bir kamu tüzel kişisi veya kamu görevlisi tarafından gerçekleştirildiği durumda, idarenin kusura dayanan ya da dayanmayan sorumluluk hallerinde, maddi veya manevi tazminat gündeme gelecektir. Tazminat için hukuka aykırı zarar doğurucu bir davranış, bu davranışın idarece gerçekleştirilmesi, zarar ile bu davranış arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Kusursuz sorumluluk halinde ise zarar doğurucu davranışın hukuka aykırı olup olmadığı önem taşımamaktadır.³⁶⁹

b. İdari Yaptırımlar

İdari yaptırımlar yasaların açıkça yetki verdiği durumlarda, araya yargısal bir karar girmeksizin idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar olarak tanımlanmaktadır.³⁷⁰ İdari yaptırımlar farklı biçimlerde sınıflandırılabilir.³⁷¹ Yaptırımlar arasında yer alan idari para cezaları, “toplumsal düzene aykırılık oluşturan eylemler nedeni ile yasanın açıkça izin verdiği durumlarda idarenin yargı organına başvurmadan kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması biçiminde gerçekleştirilen mali yaptırım” olarak tanımlanmıştır.³⁷² Dolayısıyla bir yargı organının aldığı bir karara dayanmadığı için ceza değil idari işlem olarak görülmektedir.

İdari yaptırımların kanunilik ilkesi çerçevesinde yasalarca açıkça düzenlenmiş olması gerekmektedir.³⁷³ “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” ibaresine yer veren Anayasa’nın 123. maddesi dolayısıyla bir idari işlem

³⁶⁸ Oğuzman; Öz, s. 591.

³⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz, A. Şeref Gözübüyük; Turgut Tan, **İdare Hukuku, Cilt 1**, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 864 vd.

³⁷⁰ İl Han Özay, **İdari Yaptırımlar, Kuramsal Bir Deneme**, İÜHF Yay., İstanbul, 1985, s. 35.

³⁷¹ Sınıflandırma ve ayrıntılı bilgi için bkz, Ramazan Çağlayan, **İdari Yaptırımlar Hukuku**, Asil Yay., Ankara, 2006, s. 48.

³⁷² AYM, E. 2001/232, K. 2001/89, K.t. 23.05.2001.

³⁷³ Ceza hukukundaki kanunilik ilkesinin idari ceza hukuku açısından da geçerli olup olamayacağına dair farklı görüşler için bkz, Fatih Selami Mahmutoğlu, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, Kazancı Yay., İstanbul, 1995, s. 104-105.

olan idari yaptırımların da kanunilik ilkesine bağı olduğu ifade edilmiştir.³⁷⁴ Yasal dayanağı bulunmayan veya yasayla verilmiş bir yetkiye dayanmayan idari yaptırımların hukuka aykırı olacağı belirtilmektedir.³⁷⁵ Bu nedenle yasayla belirtilen yaptırımlar sınırlı niteliktedir ve ayrımcılık yasağı açısından Türk hukukunda geçerli olan idari yaptırımlar dışında bir yaptırımın uygulanması mümkün değildir.

İdari yaptırımlar bir dizi alanda gündeme gelmektedir. Örneğin iş hukuku mevzuatında öngörölmüş bulunan emredici kurallarının kamu hukukuna özgü yaptırımlarla desteklendiğı belirtilmektedir. Herhangi bir yargı kararı gerektirmemesi nedeniyle, daha hızlı ve etkili bir yaptırım olarak görölebilmektedir.³⁷⁶ İdarenin hizmetlerinin gereğı gibi ve ivedilikle yerine getirilmesi noktasında idari yaptırımlar önemli kabul edilmektedir.³⁷⁷

(1) Disiplin Cezaları

İdari yaptırımlar disiplin cezası şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Disiplin cezası bir idari kuruluşun mensuplarına verdiğı ceza olarak tanımlanmaktadır.³⁷⁸ İdari yaptırımların ceza yaptırımlarından farklı olmakla birlikte, idari yaptırım türleri arasında ceza hukukuna en çok yaklaşan idari yaptırım türünün disiplin hukuku olduğı belirtilmektedir.³⁷⁹ Kamu görevlileri için öngörölen disiplin cezalarının genel amacının kamu hizmetlerinin gereğı gibi yürütölmelerini sağlamak olduğı ve görevde daha dikkatli ve özenli davranılmasını sağlamaya yönelik olduğı belirtilmektedir.³⁸⁰ Disiplin cezaları açısından da kanunilik ilkesi gereğı mutlaka bir yasal dayanak bulunması gerekmektedir.³⁸¹ Dolayısıyla açık bir yasal düzenleme olmadığı sürece disiplin cezası uygulanması mümkün değildir.

³⁷⁴ Özey, **İdari Yaptırımlar, Kuramsal Bir Deneme**, s. 42.

³⁷⁵ Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yay., Ankara, 2011, s. 235; Karabulut, s. 10; Çağlayan, s. 24; Mahmutoğlu, s. 106-107.

³⁷⁶ Süzek, **İş Hukuku**, s. 112-113.

³⁷⁷ Mustafa Karabulut, **İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 11.

³⁷⁸ Günday, s. 237.

³⁷⁹ Özey, **İdari Yaptırımlar, Kuramsal Bir Deneme**, s. 43.

³⁸⁰ Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Gül Üstün, Nur Karan, Özge Okay Tekinsoy, H. Eyüp Özdemir, **İdare Hukuku**, XII Levha Yay., İstanbul, 2011, s. 400.

³⁸¹ Günday, s. 237; Özey, **İdari Yaptırımlar, Kuramsal Bir Deneme**, s. 61; Gözübüyük; Tan, **İdare Hukuku, Cilt 1**, s. 994.

Disiplin cezaları açısından gündeme gelen temel düzenleme Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesidir. "Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller" başlıklı maddede devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ve her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller açıklanmıştır. Maddede ayrıca "...sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir." şeklinde bir düzenleme ile belirtilen fiilleri yalnızca örnek niteliğinde olduğu vurgulanmıştır.³⁸² Maddeye göre devlet memurlarına uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma şeklinde disiplin cezaları verilebilmektedir.³⁸³ Özel kanunlarda yer alan disiplin suçları ve cezaları saklı tutulmuştur. Bu durumda özel örgüt yasalarında yer alan hükümler gündeme gelecektir.³⁸⁴

Disiplin cezası verilmesi fiilin suç oluşturduğu durumda ayrıca ceza kovuşturması yapılabilmektedir ve bu iki ayrı usul birbirine etki etmemektedir.³⁸⁵ Disiplin soruşturmaların ispat rejimi ceza hukukunda geçerli olan ispat rejimine benzemektedir. Bu durumda disiplin soruşturmasını gerçekleştirecek disiplin amirinin delilleri toplaması ve hakkında soruşturma açılan kişinin disiplin suçunu işlediğinin şüpheye yer verilmeyecek biçimde kesin olarak ortaya konulması beklenmektedir.³⁸⁶

Kanunlar düzeyinde kamu hizmetlerinde yararlanma hakkı bağlamında halen yürürlükte olan Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesi "Devlet memurları... görevlerini yerine getirirken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar..." şeklindeki düzenleme ile kamu hizmetlerinin sunumunda ayrımcılık yasaklamıştır. Bu eylemi gerçekleştiren memurlar için ise aynı kanunun disiplin cezalarını düzenleyen 125. maddesinin D fıkrasının I bendinde yer alan "Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşüncü, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan

³⁸² Bu durum suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz, Yıldırım vd., s. 430 v.d.

³⁸³ Ayrıntılı bilgi için, bkz, Günday, s. 629.

³⁸⁴ Yıldırım vd, s. 401.

³⁸⁵ a.g.e., s. 400.

³⁸⁶ a.g.e., s. 416-417.

davranışlarda bulunmak...” düzenlemesi gereğince kademe ilerleme cezası öngörülmüştür.

Kamu görevlileri hakkında uygulanacak disiplin cezalarından biri olan kademe ilerlemesinin durdurulması, Kanun’da, “fiilin ağırlık derecesine göre memurun, bulunduğu kademedeki ilerlemesinin 1-3 yıl durdurulması” olarak tanımlanmıştır. Bu cezayı gerektiren fiiller arasında, “görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak” fiili de sayılmıştır. Ayrıca maddede belirtilen bu düzenlemeler haricinde ayrımcı nitelikte farklı muamele yapan kamu görevlileri için gündeme gelebilecek çok sayıda fiil ve hale de yer verilmiştir.

Ayrımcılık yasağının ihlaline dair mevcut yaptırımın etkili olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte Kanununun 125. maddesi, “disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların özlük dosyasından silinmesine ilişkin süre içinde tekrarründe bir derece ağır ceza uygulanır.” hükmünü getirmiştir. Dolayısıyla ayrımcılık yasağını ihlal eden bir kamu görevlisi aynı disiplin suçunu bir daha işlediği takdirde devlet memurluğundan çıkarma yaptırımı ile karşılaşabilecektir. Ancak bu noktada cezayı hafifletme olanağı da getirilmiştir. Maddede “Geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir.” ifadesi ile ayrımcılık yasağının ihlalinde etkisiz cezaların gündeme gelmesinin yolu da açılmıştır. Yine “Öğrenim durumları nedeniyle yükselebilecekleri kadroların son kademelerinde bulunan Devlet memurlarının, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının verilmesini gerektiren hallerde, brüt aylıklarının ¼’ü-½’si kesilir ve tekrarründe görevlerine son verilir.” denilerek son kademedeki bulunan kamu görevlilerinin karşılaşacakları yaptırımın derecesi düşürülmüş olmaktadır.

Maddede yer alan “İş arkadaşlarına, maiyetindeki personele ve iş sahiplerine kötü muamelede bulunmak”, “İş arkadaşlarına ve iş sahiplerine söz veya hareketle sataşmak”, “Görev mahallinde genel ahlak ve edep dışı davranışlarda bulunmak ve bu tür yazı yazmak, işaret, resim ve benzeri şekiller çizmek ve yapmak”, “kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak”, “amirine veya maiyetindekilere karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareketler yapmak”, “amirine,

maiyetindekilere, iş arkadaşları veya iş sahiplerine hakarete bulunmak veya bunları tehdit etmek”, “amirlerine, maiyetindekilere ve iş sahiplerine fiili tecavüzde bulunmak”, filleri de taciz ve cinsel taciz kapsamında gündeme gelebilecektir ve bir dizi yaptırıma konu olabilecektir.

Disiplin cezaları yalnızca kamu görevlilerine değil kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca da mensupları bağlamında verilebilmektedir. Anayasa'nın 135. maddesinin ilk fıkrası meslek mensuplarının birbirleri ve halkla ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak ve mesleki disiplini ve ahlakını korumakla görevli kılınmıştır ve bu çerçevede disiplin cezası uygulayabilmektedir.³⁸⁷ Yine öğretim kurumlarının öğrencilere yönelik disiplin cezası uygulaması mümkündür.³⁸⁸

(2) İdari Para Cezaları

İdare hukuku kapsamında idari yaptırımlarla ilgili olarak ikinci yaptırım biçimi idari para cezalarıdır. Türk hukukunda istihdam alanında devlet, İş Kanunu'nun 91. maddesi gereği idari denetim yükümlülüğü altındadır. Maddeye göre “Devlet, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izler, denetler ve teftiş eder. Bu ödev Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı ihtiyaca yetecek sayı ve özellikle teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişlerince yapılır...” Bu hükümle beraber idari yaptırım olarak değerlendirilebilecek bir dizi idari para cezası öngören yaptırıma yer verilmiştir.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili bir idari yaptırım istihdam alanında İş Kanunu'nun 99. maddesi ile getirilmiştir. İş Kanunu'nun 99. maddesinde, Kanunun 5. maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülöklere aykırı davranan işveren veya işveren vekiline her işçi için 2011 yılı için, 108 TL idari para cezası verileceğini düzenlemiştir. Bu idari para cezası yukarıda belirtilen ayrımcılık tazminatının yanında ayrıca öngörölmüş bir yaptırımdır. Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin üçüncü fıkrası, “Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat

³⁸⁷ Örneğin bkz, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu.

³⁸⁸ Günday, s. 238.

dolayısıyla yaptırım uygulanır.” hükmü getirmiştir. Bu düzenleme ile bir fiil hem ceza kanunu anlamında suç hem de kabahat oluşturuyorsa “non bis in idem” kuralı gereği tek yaptırım uygulanabilecektir ve öncelikle suç için yaptırım gündeme gelecektir.³⁸⁹ Dolayısıyla İş Kanunu’nun 99. maddesince öngörülen idari para cezası aynı fiilin TCK’nun 122. maddesi kapsamında suç oluşturduğu ispatlandığı durumda uygulanamayacaktır.³⁹⁰ İspatlanamadığı durumda ise idari para cezasının uygulanması mümkün gözükmemektedir. Bu yaptırımın TCK’nun 122. maddesinin aksine işe alım süreci aşamasında değil, iş sözleşmesinin devamı veya sona ermesi aşamasında gündeme gelebileceği belirtilmiştir.³⁹¹ Ancak İş Kanunu’nun 5. maddesinin işe alım sürecini de kapsayabileceğine dair yukarıda belirttiğimiz görüş çerçevesinde bu idari yaptırımın işe alım sürecinde de uygulanması kanımızca mümkündür.

Ayrımcılık yasağı açısından özel önlemler bağlamında gündeme gelen engelli çalıştırma yükümlülüğü açısından da idari yaptırım öngörülmüştür. Yukarıda da ifade edildiği gibi İş Kanunu’nun 30. maddesine göre “İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özürlü, kamu işyerlerinde ise yüzde dört özürlü... işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler...” Bu yükümlülüğün yerine getirilmediği durumda Kanununun 101. maddesine göre “Bu Kanununun 30 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her özürlü ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için binyediyüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamaz.”³⁹² İş Kanunu’nun 108. maddesine göre, yukarıda belirtilen ayrımcılık yasağının ihlalinde uygulanan idari yaptırımlar gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce, engelli çalıştırma yükümlülüğü ile ilgili idari yaptırım ise doğrudan Türkiye İş Kurumu İl Müdürü

³⁸⁹ Çağlayan, s. 155.

³⁹⁰ Artuk; Gökçen; Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 3033.

³⁹¹ Ertürk; Gürsel, s. 454.

³⁹² İş Kanunu’nun 108. maddesinde yer alan idari para cezasının uygulanması ve itiraz usulü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, Ömer Ekmekçi, *Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler*, **Çimentoİşveren Dergisi**, Cilt 18, Sayı 5, İstanbul, Eylül 2005, s. 48 vd.

tarafından verilir ve genel esaslara göre tahsil edilir.³⁹³ Öngörülen bu yükümlülükle ilgili olarak Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırılık iddiasıyla İş Kanunu'nun 101. maddesinin iptali amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yolu ile başvuru yapılmıştır. Ancak Mahkeme kararında, 101. maddeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.³⁹⁴

İş Kanunu'nda yer alan engelli çalıştırma yükümlülüğü ile ilgili tek yaptırımın idari para cezası olduğu görülmektedir. Bu noktada hukuki yaptırımın öngörülmemiş olması haklı olarak eleştiri ile karşılaşmıştır. Örneğin engelli çalıştırma yükümlülüğü olmasına rağmen engelli bir kişinin iş başvurusunu reddeden işveren bakımından tazminat öngörülmesi veya işverenin iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü getirecek bir yol öngörülmesi yaptırımlar bakımından daha etkili gözükmektedir.³⁹⁵

Engellilerle ilgili idari yaptırımlara Deniz İş Kanunu'nun 50. maddesinde de özel önlemler kapsamında yer verilmiştir. Kanun'un 13. maddesi İş Kanunu'na bir gönderme yaparak Deniz İş Kanunu'na tabi işverenlere belli oranda engelli çalıştırma yükümlülüğü getirmiştir. Kanunun 50. maddesinin ç fıkrasında "13 üncü madde gereğince sakat... gemi adamı çalıştırma ile ilgili kanun ve tüzük hükümlerine uymayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her sakat... ve çalıştırmadığı her ay için ikibin Türk Lirası idarî para cezası verilir." düzenlemesi yer almıştır. Bu düzenleme de idari para cezası öngörerek idari bir yaptırıma yer vermiştir.

Bir başka idari yaptırım ise Sendikalar Kanunu'nun 59. maddesinde yer almıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında, Kanunun 31. maddesinin birinci fıkrasına

³⁹³ İş Kanunu'nun 108. maddesine göre verilen idari para cezaları ile ilgili çok sayıda örnek mahkeme kararı için bkz, Cumhur Sinan Özdemir, **İş Kanununa Göre İdari Para Cezaları ve Mahkeme Kararları**, Adalet Yay., Ankara, 2009.

³⁹⁴ AYM, E. 2006/101, K. 2008/126, K.t. 19.06.2008. Mahkeme kararında, engelli çalıştırma yükümlülüğünün, ruhsal veya fiziksel açıdan yetersizliği nedeniyle iş bulma imkanını önemli ölçüde yitirenleri koruma düşüncesine dayandığını, bu durumun Anayasa'nın 50. maddesinin ikinci fıkrasının bir gereği olduğunu, getirilen yükümlülüğün engelli olmalarından dolayı çalışma hayatında dezavantajlı konumda olan kişilerin çalışma hayatına kazandırılarak insan onuruna yaraşır hayat sürmelerini amaçladığından Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğunu, Anayasa'nın 48. ve 61. maddelerinde devlete verilen yükümlülüklerin birlikte değerlendirildiğinde, özel ve kamu ayırımı yapılmaksızın engelli çalıştırma zorunluluğu öngörülmesinin, sosyal amaçları gözettiği ve sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğunu ve ayrıca kuralda özel kesim açısından bir ölçsüzlükten de söz edilemeyeceğini belirtmiştir.

³⁹⁵ Bu noktada öğretilerde farklı görüşler için bkz, Manav, s. 176-177.

aykırı hareket edecek işverenin 250 TL idari para cezası verileceği belirtilmiştir. Kanununun 31. maddesinin ilk fıkrası “İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz.” hükmüne yer vermiştir. Maddenin dokuzuncu fıkrasına göre ise “idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir.”.

İdari para cezaları yukarıda da görüldüğü üzere yalnızca bireysel ve toplu iş hukuku alanında ve engellilik ve sendika üyeliği temelinde ayrımcılıkla ilgili gündeme gelmiştir. Bahsedilen idari para cezalarının etkili, caydırıcı ve orantılı olduğunu söylemek mümkün değildir. Yukarıda yer verilen diğer yaptırımlarla beraber idari yaptırımlar da öngörülecekse söz konusu idari para cezalarının bu şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Yukarıda ayrıntılı biçimde incelendiği üzere Türk hukukunda ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak anayasa hukuku, ceza hukuku, borçlar hukuku, iş hukuku ve idare hukuku alanlarında bir dizi yaptırım öngörülmüştür. Bu yaptırımların bir kısmı genel olarak ayrımcılık yasağı ile ilgili iken, bir kısmı ise cinsel taciz gibi ayrımcılığın çeşitli biçimleri özelinde ortaya çıkmıştır. Ayrımcılıkla ilgili getirilen yaptırımlar büyük oranda yetersiz ve kapsamı oldukça dardır. Örneğin ceza hukukunda getirilen yaptırım az sayıda hareketi suç olarak düzenlemiş ve dolayısıyla cezai yaptırım öngörmüşken, iş hukuku alanında getirilen yaptırımlar yalnızca istihdam alanında gündeme gelebilmektedir. Özel düzenlemeler haricinde genel hükümler noktasında bir dizi yaptırım olanağı söz konusu olsa da açık bir biçimde ayrımcılık yasağına karşı etkili, caydırıcı ve orantılı yaptırımların öngörülmesi gerekmektedir.

BÖLÜM 7. YASAMA ORGANININ AYRIMCILIK YASAĞI BAĞLAMINDA USUL HUKUKUNA DAİR YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. Yargılamaya Katılma

A.Yargılamaya Katılma Kavramı

Ayrımcılık yasağının etkili hale getirilmesine yönelik gündeme gelen konulardan biri de yargısal usullere katılma konusudur. Yargısal usullerde yer alma, bir kişinin bir uyuşmazlığı yargı organları önüne getirebilme hakkı anlamına geldiği söylenebilir. Kural olarak ayrımcılık mağdurlarının yargısal usullerde yer alması mümkün olmakla birlikte dezavantajlı durumda olan mağdurlara destek olma amacıyla onların yanında veya onların yerine yargısal usullere katılım gündeme gelmiştir. Burada yargısal usullerde yer alma yerine ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak gündeme gelen katılma konusu üzerinde durulacaktır.

Bilindiği gibi yargılamalar büyük oranda iki taraflı olarak gerçekleşmektedir. Yargısal usuller taraflardan biri tarafından harekete geçirilebilmektedir. Örneğin Türkiye’de ayrımcılık yasağının ihlaline yönelik iddialar ceza yargılamasında Cumhuriyet savcıları, hukuk yargılaması ve idari yargılama da ise mağdurların bizzat kendisi tarafından yargı organlarının önüne getirilebilmektedir. Bu durumda yargısal usullerin ancak bu yönde bir irade söz konusu ise devreye girebilmesi mümkün olabilmektedir. Ayrımcılık mağdurlarının toplumun genellikle dezavantajlı gruplarından geldikleri düşünüldüğünde her zaman bu yönde bir iradenin ortaya çıkması kolay değildir. Bu durumun altında mali güçlükler, psikolojik olarak bir daha mağdur hale gelmek istememe veya bir başvuru nedeniyle misilleme ile karşılaşmama isteği gibi nedenlerle mağdurlar yargısal usullere başvurmayabilmektedir.

Öncelikle yargısal usullerde yer alma konusu üzerinde durulursa, ayrımcılık yasağı açısından bazı durumlarda ortada somut bir mağdur bulunmayabilmektedir. Örneğin iş ilanlarında ayrımcılık noktasında, herhangi bir nedenle reddedilmiş bir iş başvurusu bulunmamaktadır ve ortada ismi belli bir ayrımcılık mağduru söz konusu değildir. Bu konuda örnek verilebilecek bir davada bir gazete, bir şirketin direktörü

ile yapılan röportajda, şirketin direktörünün şirketlerinde müşterilerinin görüşleri çerçevesinde Faslı kişilerin çalıştırılmadığı yönündeki beyanını yayınlanmıştır. Bilindiği gibi yargısal usuller genellikle ortaya bir zararın çıkmasını gerektirmektedir. Olayın geçtiği Belçika’da, yasal düzenlemeler Belçika Eşit Fırsatlar Merkezi’nin (Belgian Centre for Equal Opportunities) yargısal usullere katılma yetkisi bulunmaktadır. Merkez bu yetkiye dayanarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle dava açmıştır. ABAD söz konusu beyanlar açıkça bir kişiyi işaret etmemesine karşın Merkez’in böyle bir davayı açabileceğine ve doğrudan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. AB Direktiflerinde eşitlik kurumlarının bu şekilde mağdurlar adına ve onların yerine yargısal usullere başvurabilecekleri düzenlenmemiş olsa da Belçika hukukunun bu yönde düzenlemesi göz ardı edilmemiştir.¹ Bu şekilde bir yetkinin söz konusu olmadığı durumda ortaya çıkan ayrımcı muamelenin yargı organları önüne gelmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemelerde eşitlik kurumlarına ve ayrımcılık yasağı alanında çalışan ve somut durumla ilgili meşru bir amacı olan hükümetdışı kuruluşların yargısal usullere mağdurlar adına ve onların yerine veya mağdurlarla beraber yargısal usullerde yer alabileceklerine dair düzenleme yapılması gerekmektedir.

Mağdurlar yerine yargısal usullerde yer alma belli ölçütlere tabi tutulabilir. Öncelikle söz konusu örgütlenmenin kayıtlı bir tüzel kişi olması gündeme gelebilecektir. İkinci bir ölçüt söz konusu örgütlenmenin kuruluş amaçlarından birinin eşitlik ilkesinin güçlendirilmesi ve ayrımcılık yasağı ile mücadele olması olarak belirlenebilir. Üçüncü bir ölçüt örgütlenmenin faaliyet gösterdiği sürenin uzunluğudur. Belli bir süre aktif biçimde çalışma yürütmek şeklinde bir koşul bu noktada gündeme gelebilecektir. Son bir ölçüt ise yargısal usullerde bu şekilde yer alma noktasında söz konusu örgütlenmenin meşru bir menfaatinin olmasıdır. Bu koşulları yerine getiren bir örgütlenmenin hukuk veya ceza yargılaması ya da idari yargılamada yer almasına izin verilebilecektir. Mağdurlar yerine yargısal usullere başvurulabilecek örgütlenmeler için bu şekilde sıkı koşulların belirlenmesi olağan

¹ ABAD, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, Case C-54/07, Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2008.

karşılmalıdır. Hatta bu noktada başvuruya konu olayda somut bir mağdur söz konusu ise, mağdurun izninin alınması gerekmektedir.

Mağdurlar yerine yargısal usullere katılmak kadar mağdurların yanında, onlara destek olmak amacıyla yargısal usullere katılmak da yukarıda belirtildiği gibi ayrımcılık yasağı açısından önem taşımaktadır. Bu şekilde bir düzenleme ile hükümetdışı örgütler üçüncü taraf olarak yargılamada yer alabilmektedir. Bir hükümetdışı örgütün hukuk veya ceza yargılaması ya da idari yargılamada yer almasına izin verilebilecektir. Bu durumda ilgili hükümetdışı örgüt yargılamasının taraflarından biri sıfatını haiz olarak yargısal usullerde yer almaktadır. Bu sıfat dolayısıyla mağdur tarafından talep edilebilecek giderimin hükümetdışı örgüt tarafından da talep edilmesi mümkün olabilmektedir.

Yargısal usullere katılma açısından bir diğer durum ise, büyük oranda karmaşık hukuki bilgi gerektiren davalarda gündeme gelebilmektedir. Yargılamının tarafı haline gelmeksizin üçüncü bir taraf gibi, “üçüncü tarafın müdahalesi” ortaya çıkmaktadır. Bu durumda hükümetdışı örgütler “mahkemenin dostu” (*amicus curiae*) sıfatıyla uyuşmazlıkla ilgili uzmanlığı çerçevesinde bilgi sunmaktadır. Bu usul hâkime sunulan bir bilirkişi raporundan farklıdır. Bilirkişi raporu ancak hâkim tarafından talep edildiğinde hazırlanmaktadır. *Amicus curiae* ise hâkim tarafından talep edilmemekle birlikte konu ile ilgili uzmanlık bilgisi olan bir örgütlenme tarafından mahkemeye sunulabilmektedir. Bu yolda da yukarıda olduğu gibi bazı koşullarda gündeme gelebilecektir. Ancak burada mağdurun izninin bulunması her zaman gerekmebilecektir. Özellikle *amicus curiae* şeklinde, yalnızca davaya konu hukuki sorunla ilgili mütalaa hazırlandığı durumda mağdurun izninin aranması gerekmecektir. Burada yargılamaya üçüncü taraf olarak katıldığı durumda, mağdur adına katılımı olduğu gibi giderim talep edilebilmesi mümkün olmayacaktır ve yalnızca mağdurun kendisi bunu talep edebilecektir.

Bu noktada değinilebilecek son usul olan grup davası (class action) usulünde ise kimliği ya da sayısı belirsiz belli bir gruba mensup kişiler adına açılması mümkündür. Bu söz konusu gruba mensup kişiler tarafından dava açmaya yetkili kılınmış bir örgütlenme vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Örneğin tüketicinin korunması amacıyla kurulmuş dernekler bu yönde bir yetkiyi kullanabilmektedir.

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yargısal usullere katılma hakkına dair bir düzenleme yer almamaktadır. AB hukukunda ise, 2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktiflerde yargısal usullere katılmaya dair düzenlemeye yer verilmiştir. 2000/43/EC sayılı Direktif'in 7/2 ve 2000/78/EC sayılı Direktif'in 9/2 maddelerine göre "Üye Devletler, ulusal hukukta ortaya konan ölçütler uyarınca işbu Direktifteki hükümlere uyulmasını sağlamakta meşru bir menfaati bulunan derneklerin, örgütlerin veya diğer tüzel kişilerin, şikâyet sahibi adına veya ona destek olarak, şikâyet sahibinin onayıyla, işbu Direktif kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için öngörülen her türlü adli ve/veya idari usule katılabilmesini sağlayacaktır." Düzenlemede görüldüğü gibi hem mağdurlar adına hem de mağdurlarında yanında yargılamaya katılım mümkündür.

B. Türk Hukukunda Yargılamaya Katılma

1. Ceza Yargılamasında Yargılamaya Katılma

Türkiye'de farklı yargı kolları bulunmaktadır ve her biri için farklı usul kuralları geçerlidir. Bu nedenle her usul bağlamında farklı kanunlar üzerinde durulması gerekmektedir. Ayrımcılık yasağı ile ilgili ceza hukuku kapsamında düzenleme yapıldığı durumda yargılamaya katılma konusu ceza yargılaması açısından da gündeme gelecektir. Türk hukukunda ceza yargılamasında katılma usulüne yer verilmiştir. "Kamu davasına katılma" olarak adlandırılan bu usul, açılmış bulunan bir kamu davasına, savcının yanındayen alarak bazı hak ve yükümlülükleri üstlenmek amacıyla etkiye bulunmak olarak tanımlanmıştır.²Ceza yargılamasında mağdur ile beraber suçtan zarar gören diğer kişilerin de yargılamaya katılması mümkündür. Ceza yargılamasında soruşturma ve kovuşturma olarak iki ayrı aşama bulunmaktadır ve suçtan zarar gören kişilerin her iki aşamada da bir dizi yetkisi bulunmaktadır.³

² Ünver, Yener; Hakeri, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet, Ankara, 2010, s. 687; Bahri Öztürk; Durmuş Tezcan; Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma; Yasemin F. Saygılar; Esra Alan, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, Seçkin Yay., Ankara, 2010, s. 223.

³ Bu yetkilerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, Ünver; Hakeri, s. 307-309. Ceza yargılamasında mağdur hakları ve Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararları ile Türk hukukundaki düzenlemelerin bir karşılaştırılması için bkz, Fusun Sokullu-Akıncı, **Viktimoloji (Mağdurbilim)**, Beta Yay., İstanbul, 2008, s. 308 vd.

Ceza yargılamasında katılma CMK'nun 237. maddesinde düzenlenmiştir ve “Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler.” Katılma talebinin yazılı veya sözlü olarak sunulması ve hâkimin bu talebi kabul etmesi gerekmektedir. Bu durumda ikinci bir davanın var olduğu ve bu davanın ana dava ile beraber yürüdüğü kabul edilmektedir.⁴

Ceza yargılamasında suçtan zarar gören kişi davaya ancak kovuşturma aşamasında katılabilmektedir vekatılan sıfatı ile davaya katılımı belirli şartlara bağlıdır. Öncelikle ortada görülmekte olan bir ceza davası bulunması gerekmektedir ve soruşturma aşamasında davaya katılım mümkün olmamaktadır. Bir başka şart ise katılma talebinde bulunan kişinin suçtan zarar gören kişi olması gerekmektedir ve bu şartın Yargıtay tarafından dar yorumlandığı ifade edilmektedir.⁵Başka bir deyişle suçtan dolaylı olarak zarar gören veya hiç zarar görmeyen kişilerin davaya katılımı mümkün değildir. Yargıtay'ın da ek bir koşul getirdiği ve suçtan zarar gören kişinin şikâyetçi olması gerektiği yönünde kararları olduğu ifade edilmektedir. Ancak katılma sadece şikâyete tabi suçlar değil, re'sen soruşturulan suçlar bakımından da geçerlidir.⁶

CMK'nun 237. maddesine göre sadece gerçek kişilerin değil tüzel kişilerinde davaya katılması mümkündür. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi bu durum yalnızca suçtan doğrudan zarara gören tüzel kişiler için geçerlidir. Dolayısıyla ayrımcılıkla ilgili bir suçun görüldüğü davada mağduru dışında hükümdışı örgütlerin veya sendikaların davaya katılmaları suçtan doğrudan zarar görmedikleri sürece mümkün gözükmemektedir. Bu noktada ayrımcılıkla ilgili ceza hukuku alanında düzenleme yapıldığında ayrımcılık yasağı alanında çalışan örgütlenmelerin yargılamaya katılmalarına izin veren açık bir yasal düzenleme yapılması gerekmektedir. Yine CMK'nda, yukarıda katılma ile ilgili yapılan ayrıma göre, yalnızca taraf olarak yargılamaya katılma söz konusudur.

⁴ a.g.e., s. 304-305.

⁵ Öztürk vd, s. 224. Örnek Yargıtay kararları için bkz, a.g.e., s. 224-225.

⁶ Ünver; Hakeri, s. 688-690.

2. Hukuk Yargılamasında Yargılamaya Katılma

Türkiye’de hukuk yargılaması usulünde davalar iki taraf sistemine dayanmaktadır ve her davada davacı ve davalı olmak üzere iki taraf vardır. İki tarafa dayalı bir sistemde üçüncü tarafın olmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir.⁷Hukuk yargılamasında görülmekte olan bir davaya müdahil olabilecek olanlar asli ya da fer’i müdahil olarakve dolayısıyla üçüncü taraf olarak adlandırılmamaktadır. Fer’i müdahilin taraflara yardım etmek üzere onların yanında yer alırken asli müdahil ise davanın taraflarına karşı dava açmakta ve taraflardan biri haline gelmektedir.⁸Taraf olabilmek için ise her iki tarafında taraf ve dava ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Hukuk yargılamasında dava hakkının kullanılabilmesi davacının dava açmakta hukuki bir yararının olması, başka bir deyişle subjektif hakka sahip olması gerekmektedir. Fer’i ve asli müdahalede üçüncü bir kişinin davaya katılmakta hukuki yararı söz konusudur.

Fer’i müdahale HMK’nun 66. maddesinde düzenlenmiştir.⁹Davanın sonunda verilen hükmün sadece davanın taraflarını değil üçüncü kişilerin de durumunu etkilediği hallerde gündeme gelmektedir. Bu durumda üçüncü tarafın kendi haklarını korumak adına üçüncü taraf olarak değil ancak fer’i müdahil olarak davaya katılması mümkün kılınmıştır. Üçüncü kişi bu sıfatla davaya katılarak yanındakatıldığı tarafın davayı katılmasına yardımcı olarak daha sonra kendisine karşı dava açılmasına engel olur ve kendisinin sonradan dava açması gereğini ortadan kaldırır.¹⁰ Fer’i müdahillik ilişkisi mağdura destek olmak amacıyla değil mevcut davadan etkilenmek istemeyen kişiler için öngörölmüş bir kurumdur. Dolayısıyla hukuk yargılamasında geçerli olan fer’i müdahale usulü ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak gündeme gelecek bir kurum değildir.

Asli müdahillik ise HMK’nun 65. maddesinde düzenlenmiştir ve görülmekte olan bir dava veya çekişmesiz yargı işinde, o yargılama konusu şey veya hak

⁷ Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özeker, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin, Ankara, 2011, s. 199.

⁸ a.g.e., s. 199. Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz, Hakan Pekcanitez, Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara, 1992.

⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu (6100 Sayılı), R.G. Tarihi: 04.02.2011, Sayısı: 27836

¹⁰ a.g.e., s. 221-222; Abdurrahim Karşlı, **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, Alternatif Yay., İstanbul, 2011, s. 313-314.

üzerinde, yargılamanın tarafları veya ilgilileri ile hukuki yararı çatışan üçüncü bir kişinin, bu kişilere karşı aynı mahkemede ayrı bir dava açması olarak tanımlanmıştır. Ancak asli müdahale bir müdahale anlamına gelmemektedir, gerçekte üçüncü kişinin açılmış bir davaya müdahalesi değil davanın taraflarına veya çekişmesiz yargı işinin ilgililerine açılmış bağımsız bir davadır. Asli müdahalede bulunan kişinin müdahale davası açmakta hukuki bir yararının bulunması gerekmektedir ve müdahale ilk davanın taraflarının talebiyle çatışan bir talebinin bulunması, dava konusu hak veya şey üzerinde kısmen veya tamamen bir hak iddia etmesi ile gerçekleşecektir.¹¹ Fer'i müdahalenin aksine asli müdahalede müdahil davanın tarafı olmaktadır. Asli müdahalede yargılamanın tarafları veya ilgilileri ile hukuki yararı çatışan üçüncü bir kişinin davaya müdahalesi olduğu için ayrımcılık yasağı mağdurları açısından üçüncü bir tarafın mağdura destek olmak amacıyla davaya katılımına izin vermemektedir. Gerek fer'i gerekse asli müdahale ayrımcılık yasağı mağdurlarına destek olma amacıyla ayrımcılıkla ilgili çalışma yapan hükümetdışı örgütlerin veya sendikaların davaya katılımına izin vermemektedir. Ayrıca hem asli hem de fer'i müdahale ancak görülmekte olan davalar açısından gündeme gelebilmektedir ve bir kurumun bir hakkına kavuşmak gibi hukuki bir yararı olmadığı için ayrımcılık mağduru yerine ve onun adına doğrudan dava açmasına izin verilmemektedir.

Davanın ihbarı HMK'nun 61 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Kanun "taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir." şeklinde düzenleme getirmiştir. Bu şekilde dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılabilmektedir. Görüldüğü gibi bu düzenlemede de "davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa" ibaresi nedeniyle ancak bu durumla sınırlı olarak ihbar mümkün olmaktadır. Dolayısıyla ayrımcılık yasağının doğrudan mağduru olmayan bir tüzel kişinin rücu ilişkisi doğmayacağı için davaya ihbar yoluyla katılması da mümkün olmamaktadır.

Hukuk yargılamasında geçmişte kabul edilmeyen ancak HMK'nun 113. maddesi ile Türk hukukunda kabul edilen yeni bir yol toplu dava(class action) olarak

¹¹ Pekcanitez vd., s. 232-234.

adlandırılan dava türüdür. Maddede “Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.” hükmüyle toplu dava Türk hukukuna girmiştir. Benzer düzenlemeler Sendikalar Kanunu’nun 32. maddesinde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu’nun 23. ve 24. maddelerinde ve Türk Ticaret Kanunu’nun 56. maddelerinde yer almaktadır. Ancak bu düzenlemelerin ayrımcılık yasağı ile ilgisi bulunmamaktadır.

HMK’nun 113. maddesinin gerekçesinde “topluluk davası”, “...Anglosakson menşeli bir kurum olan ve Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde de kabul görmeye başlamış bulunan, topluluk davası (class action) kurumunun, kavramsal çerçevede de mevzuatımıza girmesi sağlanmıştır. Bu çerçevede dernekler ile diğer tüzel kişilerin statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarını tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesini temin amacıyla açılacak olan davanın, topluluk davası olacağına açıkça işaret edilmiştir. Topluluk davası yoluyla, toplumsal yararın korunması ile dar ve teknik anlamda hukukî yarar kavramında bir açılım yaratılması sağlanmaktadır. Mevzuatımız bağlamında, grup davasına örnek olarak, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 23 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenlemeyle, aynı Kanunun 24 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme gösterilebilir.” ifadeleri ile açıklanmaya çalışılmıştır.¹²

Toplu davanın öğretide birçok kişiyi ilgilendiren ortak menfaatler söz konusu olduğunda ve bu menfaatler zedelendiğinde ortak menfaat sahibi olan herkesin tek tek dava açılmasının hem zor ve gereksiz hem de aynı şeylerin yargı organları önünde tekrarlanması sebebiyle, iş yükünün artırdığı ve usul ekonomisine aykırı olduğu gerekçesiyle gündeme geldiği belirtilmektedir. Davanın sonucundan sadece dava açan dernek veya topluluğu temsil eden tüzel kişi değil, o menfaate ya da hakka

¹²Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), s. 42, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf> (erişim:01.04.2012)

sahip olan herkes yararlanabilmektedir.¹³ Toplu dava benzer özelliklere sahip çok sayıda kişiye yönelik olarak ortaya çıkan ayrımcı uygulamalara yönelik olarak da gündeme gelebilecek bir kurumdur. Dezavantajlı gruplara mensup kişiler adına ve onların yerine, haklarını korumak için dava açabilecek hükümetdışı kuruluşlar ayrımcılığın ortadan kaldırılması için oldukça önemli işlev üstlenebilecektir. HMK'nun 113. maddesinde düzenlenen “topluluk davası” yoluyla ayrımcı uygulamaların tespiti ve hukuka aykırılığın giderilmesi söz konusu olabilecektir. Maddenin kaleme alınış tarzı ayrımcı uygulamalardan kaynaklanan zararın giderimini öngörmemektedir ve bu büyük bir eksikliktir. Ancak toplu davadan elde edilen hükmün daha sonra bireysel düzeyde açılacak davalarda kullanılması ve daha önce lehe veya aleyhe sonuçlanan dava kesin hüküm etkisi doğurmasa bile delil olarak kullanılması mümkündür.¹⁴

Hukuk yargılaması ile ilgili yukarıda ifade edilenler ışığında hükümetdışı örgütlerin veya sendikaların ayrımcılık mağdurları yerine ve onların adına ya da onların yanında yargısal usullerde yer almaları mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak bu alanda çalışan örgütlenmelerin görülmekte olan bir dava koşuluna tabi tutulmaksızın yargısal usullerde yer almasına dair bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

3. İdari Yargılamada Yargılamaya Katılma

İdari yargılama usulünde hukuk yargılamasından farklı olarak İYUK'nun 2. maddesine göre taraf olma ve dava açabilme ehliyeti yanında iptal davaları için menfaat ihlali, tam yargı davalarında hak ihlali şartı öngörmüştür.¹⁵ İdare hukukunda menfaat bir idari işlemin yargı organları önüne götürülebilmesi için idari işleme davacı ile mevcut olduğu anlaşılan ve yeterli sayıldığı kabul edilen bir ilişki olarak tanımlanabilmektedir. Bu ilişkinin yorumunun hukuk devleti ilkesi ile yakından ilişkili olduğu, geniş yorumlandığı takdirde idarenin yargısal yolla denetiminin etkin

¹³ Pekcanitez vd., s. 232-318.

¹⁴ a.g.e., s. 232-319.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz, Gözübüyük; Tan, **İdare Hukuku, Cilt II**, s. 187.

ve etkili hale geldiği, dar yorumlandığı durumda ise yargı denetimi dışında kalan durumları çoğaltılabileceğine dikkat çekilmiştir.¹⁶

İptal davası açısından iptali istenen idari işlemin davayı açan kişinin menfaatini ihlal etmediği durumda davacının dava ehliyeti bulunmamaktadır. Bu durumda menfaatin, meşru, kişisel ve güncel olması beklenmektedir. Ancak Danıştay'ın menfaat ilişkisinin iptal davasının amacına ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesini sağlama gereğine uygun olarak yorumlanması gerektiği yönünde görüş belirterek çevre, kent planlaması gibi konularda doğrudan menfaati ihlale dilmeyen kişilerin ve üyelerinin ortak çıkarlarını ilgilendiren konularda derneklerin, vakıfların, sendikaların ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iptal davalarını kabul ettiği belirtilmiştir.¹⁷ Taraf olma ve dava açabilme açısından gerçek ve tüzel kişilerin ehliyetinin bulunduğu kuşkusuzdur. Ergin olmayan gerçek kişiler açısından davanın yasal temsilcisi tarafından açılabilmesi mümkündür. Tüzel kişilerde yetkili organları aracılığıyla dava açabilmektedir.¹⁸

İdari yargılama usulünde üçüncü kişilerin davaya katılması mümkün kılınmıştır. İYUK'nda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte Kanunun 31. maddesiyle HMK hükümlerine gönderme yapılmıştır.¹⁹ Dolayısıyla burada da hukuk yargılamasında geçerli olan kurallar uygulanacaktır. Ancak idari yargılama usulünde katılmanın hukuk yargılamasından farklılıklar taşıdığı ifade edilmiştir.²⁰ Hatta idari yargılama re'sen araştırma ilkesinin geçerli olmasından hareketle, üçüncü kişilerin hukukunun yeterince korunamaması gibi bir endişenin söz konusu olmayacağı belirtilerek katılma usulüne gerek bulunmadığı da belirtilmiştir.²¹

Davaya katılma için diğer koşulların²² yanında davaya katılacak kişinin katıldığı tarafın durumuna göre, ya da davanın kazanılmasında veya reddedilmesinde menfaatinin bulunması gerekmektedir. Katılma sonucunda katılan kimse taraf niteliğini kazanmamaktadır, katıldığı taratan ayrı hareket edememektedir ve lehine

¹⁶ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim II: Yargısal Koruma**, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 136.

¹⁷ Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yay., Ankara, 2006, s. 98. İlgili Danıştay kararları için bkz, a.g.e., s. 99-101

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz, Çağlayan, s. 184 v.d.

¹⁹ İdari Yargılama Usulü Kanunu (2577 Sayılı), R.G. Tarihi: 20.01.1982, Sayısı: 17580

²⁰ Muhammed Erdal, **İdari Yargıda Fer'i Müdahale**, Yetkin Yay., Ankara, 2009, s.34.

²¹ Candan, s. 754.

²² İdari yargılamada davaya katılmanın şartları için bkz, Gözübüyük; Tan, **İdare Hukuku, Cilt II**, s. 936 v.d; Erdal, s. 93 v.d.

ya da aleyhine hüküm verilmemektedir. Ancak hukuk yargılaması usulünde geçerli olan sorunlar idari yargı açısından da geçerli görünmektedir. Özellikle dava şartları arasında yer alan menfaat ihlali şartının dar veya geniş yorumlanması hükümetdışı örgütlerin veya sendikaların ayrımcılık mağduru yerine ve onun adına veya onların yanında idari yargı organları önünde bulunmaları mümkün olabilecektir. Yargı organlarının konu ile ilgili alabilecekleri değişik tavır nedeniyle ve ayrımcılık mağdurlarının konumunun güçlendirilmesi açısından HMK bağlamında belirtildiği gibi açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

4. Yargılamaya Katılma ile İlgili Diğer Kanuni Düzenlemeler

Sendikalar Kanunu'nun 32 ve 33. maddeleri sendikalar bakımından davalara müdahil olma olanağı tanımıştır. Kanunun 32. maddesinin üçüncü fıkrası sendikaların çalışma faaliyetlerine ilişkin düzenlemede "...Çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine, nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçıları temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olmak..." ifadesine de yer vermiştir. Dolayısıyla sendikaların yukarıda belirtilen konular çerçevesinde yargısal usullere başvurmaları veya yargısal usullere katılma olanakları mevcuttur. Bu noktada sendikalar üyelerinin başvurusuna ihtiyaç duymaksızın "çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen" dava açabilecektir. Bu davalar için üyelerin herhangi bir başvuruda bulunması gerekmemektedir.

Sendikalar ayrıca üyeleri ve mirasçıları temsilen dava açmaları ve görülmekte olan bir davada bu kişileri temsil etmeleri mümkündür. Bu durum maddede işçileri veya işverenlerin "yazılı başvuruları üzerine, nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçıları temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil" olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Sendikalar açısından belirtilen bu yetkiler, genel nitelikteki ayrımcı uygulamalar veya düzenlemeler açısından doğrudan yargısal usullere başvurma, üyelerinin maruz kaldığı ayrımcı muameleler açısından

ise mağdurun izni doğrultusunda yargısal usullerde yer alma noktasında oldukça olumlu gözükmetedir.

Kamu görevlileri açısından ise Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu İş Sözleşme Kanunu'nun 19. maddesinin f bendi bir düzenleme getirmiştir. Maddede sendika ve konfederasyonların yetki ve faaliyetleri sayılırken “Üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukukî yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak.” ibaresine de yer verilmiştir. Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesinde yer alan düzenlemenin aksine kamu görevlileri sendikaları için yargı organlarına başvuruma noktasında konu bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıktığı her durumda üyelerin temsili mümkün kılınmıştır. Ayrıca kamu görevlileri sendikalarının üyelerinin yazılı iznine ihtiyacı bulunmamaktadır ve doğrudan dava açmaları mümkündür. Danıştay da, “...Kanununun 19/f maddesi uyarınca kamu görevlileri sendikalarına, üyelerinin haklarını korumak amacıyla tanınmış olan dava açma hakkının kullanımında sınırlamaya gidilmesi, Anayasanın hak arama hürriyetine ilişkin 36'ncı maddesi kuralına uygun düşmeyeceği gibi; 151 sayılı Sözleşmenin, yukarıda anılan 1'inci ve 3'üncü maddelerine de aykırılık oluşturacağı açıktır...” diyerek bu yaklaşımı benimsediğini ortaya koymuştur. Danıştay, “...kamu görevlileri sendika ve üst kuruluşlarının, sendika üyesi olan kamu görevlisinin isteği üzerine, statüsü ve bu statüsünden kaynaklanan hak, yükümlülük, görev ve sorumlulukları ile atama, nakil, disiplin ve personel hukukuna ilişkin diğer düzenlemelere dayalı olarak, üyeleri hakkında tesis edilen bireysel (sübjektif) işlemlere karşı, üyelerini temsilen avukatları aracılığıyla dava açabilecekleri ve bu nedenle açılan davalarda taraf olabilecekleri”ni ifade etmiştir.²³

Bu konuda bir diğer düzenleme ise 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Meslek Kuruluşları Kanunu'nda yer almıştır. Kanun'da oda yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin düzenleyen 11. maddenin f fıkrasında “üyelerinin mesleki menfaatlerini ilgilendiren konularda, adli ve idari yargı mercileri önünde oda başkanı

²³ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, E. 2005/1, K. 2006/1, K.t. 03.03.2006.

marifetiyle odayı temsil etmek”, federasyon yönetim kurulunun görevlerini içeren 30 maddenin f fıkrasında “mensuplarının genel mesleki menfaatlerini ilgilendiren konularda adli ve idari yargı mercileri önünde federasyon başkanı marifetiyle federasyonu temsil etmek” ve konfederasyon yönetim kurulunun görevlerine yer veren 39. maddenin e fıkrasında “mensuplarının genel mesleki menfaatlerini ilgilendiren konularda, adli ve idari yargı mercileri önünde Konfederasyon genel başkanı marifetiyle Konfederasyonu temsil etmek” ifadeleri yer almıştır. Görüldüğü gibi yasada yalnızca mesleki faaliyetlere gönderme yapılmıştır. Odalara daha geniş, mesleki menfaatlerini ilgilendiren konularda temsil yetkisi verilmişken, federasyonlara ve konfederasyona daha dar, yalnızca genel mesleki faaliyetler konusunda üyelerini temsil yetkisi verilmiştir.

Yukarıda belirtilen Sendikalar Kanunu ve Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu İş Sözleşme Kanunu çerçevesinde kabul edilen düzenlemeler haricinde Türk hukukunda ayrımcılık yasağı çerçevesinde yargısal usullere katılım düzenlenmemiştir. Yalnızca bu şekilde bir olanaktanınması sendika üyesi olmayan kişiler açısından mevcut olanaktan yararlanamamayı beraberinde getirmektedir. Bu nedenle CMK, HMK ve İYUK’nda ile genel nitelikte düzenleme yapılarak ayrımcılık yasağı alanında çalışma yürüten tüzel kişiliğe sahip her tür örgütlenmeye yargısal usullere mağdur adına ve onun yerine veya mağdur yanında yargısal usullere katılma hakkı tanınması gerekmektedir. Bu düzenlemenin yalnızca adli ve idari yargı ile sınırlı olmaksızın ceza yargılamasında ve diğer idari usullerde de tanınması ayrımcılık mağdurlarının konumunun güçlendirilmesi ve adalete erişimleri noktasında oldukça önemlidir.

II. Adli Yardım

A.Adli Yardım Kavramı ve Hukuki Kaynakları

Günümüzde toplumsal hayatta yaşanan karşılıklı ilişkilerin karmaşıklaşması ve çeşitlenmesi ile birlikte ortaya çok farklı uyuşmazlık biçimleri çıkmaktadır. Uyuşmazlıkları çözmek amacıyla ortaya konulan hukuk kuralları da buna uygun düzenlenmektedir. Geçmişte kamu hukuku ve özel hukuk şeklinde ayrıma tabi

tutulan hukuk kuralları, temelde bu ayrıma sadık kalarak günden güne gelişmektedir. Bu değişim hukukçu olmayanlar bir yana, hukukçuları bile zorlamaktadır.

Modern anlamda yargılama hukukunun ortaya çıkışıyla beraber, kâğıt üzerinde eşit özneler olarak mahkemelerde taraf olan kişiler birçok sorunla karşılaşmıştır. Binlerce maddeden oluşan ve ayrıntılı olarak usul kurallarının öngörüldüğü mevzuat, adalete erişimde sorunlar ortaya çıkardı. Ekonomik güçlükler içindeki kişilerin taraf olarak yer aldığı yargılamalarda bir uzmanın, başka bir deyişle bir avukatın profesyonel yardımı neredeyse kaçınılmaz hale gelmiştir. Bir diğer sorun ise devlet tarafından sunulan yargı hizmetinin karşılıksız olarak sunulmaması nedeniyle ortaya çıkmıştır. Bu iki sorun bugün adli yardım kavramının konusunu oluşturmaktadır.

Adli yardım kavramı yalnızca yargısal usullerle sınırlı bir kavram değildir. Bugün idari başvuru usulleri ve yargısal benzeri başvuru yolları gibi diğer usuller açısından da adli yardım hizmeti aynı derecede önem kazanmıştır. Bu sebeple adli yardım kavramı dar anlamıyla değil, geniş anlamda, “hukuksal yardım” anlamıyla düşünülmelidir.²⁴ İnsan hakları bağlamında değerlendirildiğinde de adli yardım ve adalete erişimin, “adil yargılanma hakkı” ile ayrılmaz bir bağı vardır.

Adli yardım kavramı bugün insan hakları hukukunun ayrılmaz parçası haline gelmiştir. AİHS’nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir ve maddede suç isnadı altında olan kişiler için ücretsiz müdafî görevlendirilmesi hakkı yer almasına karşın hukuk yargılaması bağlamında bu yönde bir düzenleme yer almamıştır. Benzer durum yargılama giderleri için de söz konusudur. Ancak AİHM yargılama giderlerinin yüksekliğinin mahkemeye başvurma hakkının özünü zedelemesi durumunda adil yargılanma hakkının ihlali olabileceğine hükmetmiştir. AİHM, mahkemeye ulaşma hakkı için bir avukattan hukuki yardım alınması gerekiyorsa, devletin medeni hukuk davalarında da adli yardım sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmektedir. AİHM’ne göre hakların etkili bir şekilde himaye edilebilmesi yeknesak bir adli yardım tarifesinin kurumsallaşmasıyla veya usullerin basitleştirilmesi ve sadeleştirilmesiyle sağlanabilir. Mahkeme kararında dayanak olarak da, medeni ve siyasi haklarla, ekonomik ve sosyal haklar arasında su geçirmez

²⁴ İmmihan Yaşar, *Adli Yardım Uygulaması*, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 80, Sayı 5, İstanbul, 2006, s. 2009.

(water tight) bir ayrımın olmadığını belirtmiştir. Bu karar aynı zamanda giriş kısmında belirtilen gittikçe uzmanlaşan usul hukukuna da işaret etmektedir.²⁵ AİHM başka birdavada, Sözleşme'nin, hakları teorik veya hayali olarak değil, pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçladığını, adil yargılanma hakkının mevcudiyetine dair bir normu tek başına yeterli görmeyip normun etkin bir şekilde yaşama geçmesi için gerekli mekanizmaların oluşturulmasının bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir.²⁶

AİHM içtihatlarında hukuk yargılaması bağlamında ifade edilen avukat yardımı konusu, ceza yargılamasında olduğu gibi talep edilen her durum için geçerli kabul edilmemiştir. AİHM'ne göre hukuk yargılamasında avukat yardımı, “davanın hukuki ve maddi açıdan ve davada uygulanan usul açısından karmaşıklığı nedeniyle kişinin davasını kendi kendine etkili bir biçimde savunamaması veya iç hukukun avukat ile temsili zorunlu kılması gibi bir durum söz konusu ise ve dava açan kişi avukat masrafını ödeyemeyecek mali şartlar altında ise” gündeme gelebilmektedir.²⁷ AİHM, adli yardım hakkının kötüye kullanılması, davanın başarı şansının olmaması veya kişi özgürlüğü gibi önemli haklardan olmaması hallerinde avukat yardımı sunulmamasının ihlal oluşturmayabileceği görüşündedir.²⁸

Adli yardımın avukat görevlendirilmesi dışında yargılama giderlerine dair boyutu bakımından da AİHM'nin içtihatları söz konusudur. Mahkeme birçok davada, bir kişinin mahkeme masraflarının yüksek olması nedeniyle ödenememesi nedeniyle dava açamamasını 6. maddenin ihlali olarak görmüştür.²⁹ Mahkeme yargılama masrafının kişinin ekonomik durumu göz önünde tutulması sonucu adli yardım kapsamına alınabileceğini belirtmiştir.³⁰ AİHM'nin bu konudaki içtihatları değerlendirildiğinde, dava masraflarını güvence altına almak için teminat talebi veya masrafların ödenmesi gerekliliği öngörüldüğü durumda, mahkemeye

²⁵ AİHM, *Airey v. Ireland*, Application No.6289/73, Judgment, 09.10.1979.

²⁶ AİHM, *Artico v. Italy*, Application No.6694/74, Judgment, 13.05.1980.

²⁷ Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, Beta Yay., İstanbul, 2005, s. 124.

²⁸ a.g.e., s. 126-127. Örneğin, AİHK, *Webb v. The United Kingdom*, Application No.9353/81, Judgment, 11.05.1983

²⁹ Ör. AİHM, *Bakan v. Turkey*, Application No. 50939/99, Judgment, 12.06.2007; *Mehmet and Suna Yiğit v. Turkey*, Application No. 52658/99, Judgment, 17.07.2007; *İlbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, Application No. 19986/06, Judgment, 10.04.2012.

³⁰ AİHM, *Kreuz v. Poland*, Application No.28249/95, Judgment, 19.06.2001

erişim hakkını kullanmak isteyen kişilerin maddi olanaklarının göz önünde tutulması gerektiği ve kişinin maddi olanakları ile mahkeme masrafları arasında orantısız bir ilişkinin mevcut olması durumunda hak arama özgürlüğünün ölçüsüz biçimde sınırlanmış olacaktır.³¹ Ayrımcılık mağdurları açısından adli yardım noktasında harçtan muafiyet veya harçlar bakımından adli yardım olanağının sağlanması özellikle gerekmektedir.

Avukatlık mesleğine ilişkin Avukatların Rolüne Dair Temel İlkeler'in³² 3.maddesinde "Hükümetler, yoksullara ve gerekli olduğu ölçüde, şartları elverişsiz durumdaki diğer kişilere hukuk hizmetlerinin verilmesi için yeterli mali fonların ve diğer kaynakların sağlanmasını temin edeceklerdir. Avukatların meslek örgütleri, bu hizmetlerin, olanakların ve diğer kaynakların düzenlenmesinde ve sağlanmasında işbirliği yapacaklardır."denilerek hükümetlere ve barolara düşen sorumluluk vurgulanmıştır.

B. Türk Hukukunda Adli Yardım

Türk hukukunda istisnalar dışında avukatla temsil zorunlu kılmamakla birlikte usul hukukunun ve yargılama biçimlerinin gitgide farklılaşması adalete erişim noktasında insanları hukuki yardım almasını zorunlu kılmaktadır. Şimdiden, Tüketici Mahkemeleri, Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri, Deniz Ticaret Mahkemeleri vs. gibi birçok ihtisas mahkemesi kurulmuştur. Gitgide artan çok sayıda mahkemede, tarafların hukuki yardım almadan uyuşmazlıklarını gidermeleri mümkün olmamaktadır. Bu noktada gündeme hak aramada mali yükümlülükler gelmektedir. Başta yargılama harçları olmaz üzere, avukata ödenen vekâlet ücreti vs. gibi mali yükümlülükler, adalete erişim noktasında sorun yaratmaktadır. Türkiye'de bu konuda yargı yoluna bağlı olarak farklı kurumlar oluşturulmuştur. Baroların adli yardım büroları ve CMK servisleri bunun örnekleridir.

³¹ Inceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 131.

³² Avukatların Rolüne Dair Temel İlkeler (Basic Principles on the Role of Lawyers) 27.08-07.09.1990 tarihleri arasında Havana'da toplanan Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Hakkında Birleşmiş Milletler Sekizinci Kongresi tarafından kabul edilmiştir. Belgenin çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz, Gemalmaz, **Belgeler/I. Cilt**, s. 1087-1098.

Türkiye’de adli yardımın hukuksal temeli başta anayasa olmak üzere çeşitli kanunlarda bulunmaktadır. Anayasa’nın 2. maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan “...insan haklarına saygılı” ve “sosyal hukuk devleti” ifadeleri ve 5. maddesindeki, “...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 çalışmaktır” ifadesi adli yardımın anayasal temellerini oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa’nın 36. maddesi, “hak arama hürriyeti” başlığı altında, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilerek adil yargılanma hakkının hak arama özgürlüğüyle, diğer bir deyişle adalete erişimle bağını vurgulamıştır. Adli yardım devlete yüklenmiş bir görev olması bakımından kamu hizmeti statüsü taşımaktadır.

Adli yardım konusunda öncelikle yargılama giderleri gelmektedir. Yargılamada masraflar bir davada yargılama için zorunlu olan bir iş ve hizmetin gerektirdiği tüm harcamalar olarak ifade edilmektedir.³³ Yargı sürecindeki masraflar, mahkemeye başvurma hakkının özünü zedeleyecek şekilde bir engel yaratmamalıdır. Yargı makamlarının davaya bakmak için aldıkları mahkeme masrafları ile başvuru kanalıyla iddiasını ispat etme menfaati arasında iyi bir denge sağlanmalıdır. Dava masrafı çok yüksek tutularak, mahkemeye ulaşma hakkının özü zedelenmemelidir. Adalete erişime, mahkemeye ulaşma hakkına ölçsüz bir sınırlama getirilmemelidir. Adli yardım olmaması durumunda, hukuk davaları ve idari davalardaki yüksek dava masrafları mahkemeye etkili ulaşma hakkını ihlal edebilir.

Yargılama giderleri genel olarak harçlar, masraflar ve vekâlet ücretini kapsamaktadır. Harç devletin yargı organlarının gördüğü adalet hizmeti sebebiyle belli tutar ve oranlarda aldığı para olarak tanımlanmaktadır.³⁴ Harçlar bakımından mahkemelerde görülen işler bakımından Harçlar Kanunu gündeme gelmektedir. Bu Kanun’da ayrıntılı bir şekilde belirlenmiş olan harç miktarları birçok açıdan adalete erişimi engelleyebilmektedir. Başvurma harcı, celse harcı, karar ve ilam harcı gibi

³³ a.g.e., s. 640.

³⁴ Pekcanitez vd., s. 639.

çeşitli adlar altında harç tahsil edilmektedir. Harçların adalete erişim noktasında çıkardığı engellere örnek olarak manevi tazminat davalarında talep edilen tazminat miktarı için yargılama başlamadan önce, belirlenen oranda yargılama harcı yatırılması gerekliliği verilebilir. Bu durumdaki kişiler yatırılabileceği harç miktarı kadar tazminat talep edebilmekte ve manevi zararının tazmini noktasında zorluklarla karşılaşmaktadırlar.HMK'nun 120. maddesine göre davacılar için yargılama harçlarının ve gider avansının dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Bu durumda harçlarla beraber tanık, bilirkişi, keşif masraflarını da içeren bir miktar avansın da artık peşin olarak yatırılması gerekecektir. Bu hüküm ile beraber adli yardım ile ilgili düzenlemeler daha da önemli hale gelmiştir. Ayrımcılık mağdurlarına yukarıda da ifade edildiği gibi yargılama harçlarından muafiyet tanınması ya da adli yardım kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yargılama giderleri arasında yer alan vekâlet ücreti ise bir davada taraflardan birisinin veya ikisinin avukat ile temsil edilmesi ile gündeme gelmektedir. Böyle bir durumda dava sonunda haksız çıkan taraf, eğer karşı taraf davada bir avukat ile temsil edilmişse o avukatın vekâlet ücretini ödemekle yükümlü olmaktadır. Bu noktada avukat ile müvekkil arasında yapılan vekâlet ücreti, sözleşmeye dayalı vekâlet ücreti olarak adlandırılırken, davayı kaybeden tarafın, diğer tarafın avukatına ödemekle yükümlü olduğu vekâlet ücreti, yargılama gideri olan vekâlet ücreti olarak adlandırılmaktadır.³⁵ Her iki ücrette adalete erişim açısından önemli sorun yaratabilmektedir ve kişiler avukatla temsil edilmeksizin yargısal usullere başvurmak durumunda kalabilmektedir.

1. Ceza Yargılamasında Adli Yardım

Ayrımcılık mağdurlarının ceza yargılamasında avukattan ücretsiz yararlanma hakkı mevcuttur. CMK'nun 234. maddesi, genel çerçevede içerisinde mağdurların ceza yargılamasına ilişkin haklarını düzenlemiştir. Bu kapsamda soruşturma ve kovuşturma evrelerinde, mağdurun vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından

³⁵ a.g.e., s. 640 vd.

kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkı bulunduğu düzenlenmiştir. Ayrıca mağdurun, 18 yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olması ve vekilinin bulunmaması durumunda, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirileceği belirtilmiştir. Benzer durum CMK'nun 239. maddesi gereğince davaya katılma usulünde de geçerlidir. Hukuk yargılamasında adli yardım için geçerli olan “yoksulluk” ve haklılık” ölçütleri ceza yargılamasında mağdurlar bakımından geçerli değildir.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili olan ayrımcılık suçu, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlar arasında olmadığı için, bir kişinin 18 yaşından büyük olduğu, sağır veya dilsiz olmadığı ve meramını ifade edebilecek durumda olduğu zaman kendilerine vekil görevlendirilmemektedir. Yasada 102. maddede yer alan cinsel saldırı suçu açısından bir istisna tanınmıştır ve fiziksel temas içeren cinsel taciz suçları TCK'nun 102. maddesi kapsamında değerlendirildiğindemağdurlara vekil tayine dilmesi mümkün olacaktır. Dolayısıyla ayrımcılık mağdurlarının ceza yargılamasında ücretsiz vekil talep etmeleri yasal olarak oldukça sınırlanmıştır.

2. Hukuk Yargılamasında Adli Yardım

Türkiye’de hukuk yargılaması ve idari yargılamada avukatla temsil zorunlu tutulmamıştır. HMK'nun 71. maddesine göre “Dava ehliyeti bulunan herkes, davasını kendisi veya tayin ettiği vekil aracılığıyla açabilir ve takip edebilir”. Avukatla temsil zorunlu tutulmamakla birlikte giderek karmaşıklaşan yargılama usulleri birçok durumda fiilen bunu zorunlu hale getirmiştir. Adli yardım konusu ise, HMK'nun 334-340 maddeleri arasında düzenlenmiştir.³⁶ 334. maddede adli yardım tanımlanmamıştır. Düzenleme için maddenin gerekçesinde, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğüne ve adil yargılanma hakkına gönderme yapılmıştır. Gerekçeye göre “gerekli yargılama giderlerini hiç veya sıkıntıya düşmeksizin ödeyemeyecek durumda bulunan kişilere, her türlü mali ve hukuki korunma taleplerinde kolaylık sağlanması, sosyal hukuk devleti ilkesinin

³⁶ Hukuk yargılamasında adli yardımla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, a.g.e., s. 649 vd; Karşılı, s. 560 vd.

gereklerindedir. Bu gereğin yerine getirilebilmesi ise adli yardım ile mümkün olacaktır.”³⁷

Maddede kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimselerin, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla adli yardımdan yararlanabilecekleri belirtilmiştir. Madde metnine göre, kamuya yararlı dernek ve vakıfların iddia ve savunmalarında haklı görüldükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilirler. Bu noktada yabancılar açısından karşılıklılık şartı aranmıştır. Dolayısıyla yabancılar bakımından yoksulluk ve haklılık ölçütleri yanında ayrıca karşılıklılık esası noktasında üçüncü bir ölçüt daha öngörülmüştür. Bu düzenlemeler ışığında gerçek kişiler için haklı olduklarına dair kanaat uyandırma, başka bir deyişle “haklılık” ölçütü ve “yoksulluk” ölçütleri, kamuya yararlı dernek ve vakıfların ise iddia ve savunmalarında haklı görünmeleri ve zor duruma düşmeleri ölçütleri belirlenmiştir.

Adli yardımdan yararlanma ölçütleri maddenin gerekçesinde de “yoksulluk ve haklılık” olarak ifade edilmiştir. Ancak madde metninde yoksulluk ölçütü ile ilgili bir ayrıntıya yer verilmemiştir. Yoksulluk ölçütü, mutlak yoksulluk olarak değil, bir kişinin kendisi ve ailesinin normal geçimini sağlayacak kadar mal ve haklara veya gelire sahip olmasına rağmen, açmak zorunda kaldığı bir dava veya kendisine karşı açılan bir dava sebebiyle yapmak zorunda kalacağı harcamaları, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zora düşürmeksizin karşılama gücünden yoksun olmasını da kapsayacak şekilde öngörülmüştür. Başka bir deyişle bir dava nedeniyle yapılmak zorunda kalınan giderlerden ötürü önemli şekilde maddi sıkıntıya düşecek kişiler de yoksulluk bağlamında değerlendirilmiştir.³⁸

Haklılık ölçütü bakımından ise “yaklaşık ispat ölçüsünde hâkimde bir kanaatin oluşması” gerektiği vurgulanmıştır.³⁹ Haklılık ölçütü ile ilgili olarak ayrıca

³⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gerekçesi, s. 102, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (erişim:01.04.2012)

³⁸ Pekcanitez vd., s. 651.

³⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gerekçesi, s. 103, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (erişim:01.04.2012)

adli yardım talebinde bulunan kişinin baştan açıkça haksız görülüyor olmasının da, haklılığın ispatı için yeterli olabileceği belirtilmiştir. Bu durum başarı ümidi bulunmalı ya da dava veya savunma bakımından ümitsizlik mevcut olmamalıdır şeklinde de ifade edilmektedir.⁴⁰ Ayrıca adli yardım talebinin değerlendirilmesinde asıl davada haklı olduğunun tam olarak ispatlanması beklenmemektedir. Bu noktada adli yardım hizmetinin kötüye kullanılmasını engellenmesi için haklılık ölçütü bakımından özenli bir inceleme gerekmektedir. Başarı ümidinin ispatı noktasında çok sıkı davranılması adli yardım hizmetine erişimi imkânsız hale getirebilecektir ve bu nedenle yaklaşık ispatla yetinilmesi gerekmektedir.⁴¹

HMK'nun 335. maddesinde adli yardımın kapsamı belirlenmiştir. Anılan maddede adli yardımın kapsamı, yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici muafiyet, yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet, dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin devlet tarafından avans olarak ödenmesi ve davanın avukat ile takibi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini olarak belirlenmiştir. HMK'nun 340. maddesinde ayrıca adli yardımdan yararlanan kişi için mahkemenin talebi üzerine barolar tarafından görevlendirilecek avukatların ücretlerinin yargılama gideri olarak Hazine'den ödeneceği ifade edilmiştir.

Adli yardım talebi ile ilgili olarak HMK'nun 336. maddesinde, adli yardımdan yararlanma taleplerinin mahkemelerden istenebileceği ve talepte bulunan kişinin iddiasının özeti ile birlikte, iddiasını dayandıracığı delilleri ve yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını gösteren mali durumuna ilişkin belgeleri mahkemeye sunmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Maddenin gerekçesinde belirtilen belgeler "hâkimde kanaat uyandırmaya elverişli her türlü belge" olarak tanımlanmıştır. Geçmişte muhtarlıklardan istenen "fakirlik belgesi" usulü yeni kanunla birlikte kaldırılmıştır.⁴²

Kanun'da adli yardımın süresi hükmün kesinleşmesine kadar devam edeceği şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla adli yardım geçici bir koruma sağlamaktadır. HMK'nun 339. maddesinde adli yardım kararı alınmasından sonra ertelenen tüm

⁴⁰ Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, İstanbul, 2000, s. 777.

⁴¹ Pekcanitez vd., s. 652.

⁴² Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gerekçesi, s. 103, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (erişim:01.04.2012)

yargılama giderlerinin ve daha önce ödenen avansların dava veya takip sonunda haksız çıkan kişiden tahsil olunacağına yer verilmiştir.

HMK’nda yer alan adli yardımla ilgili düzenlemelerin bu konuda ortaya çıkan ihtiyaca uygun olduğu görülmektedir. Ancak uygulamada da adli yardım mekanizmasının aynı şekilde amacına uygun işlemesi gerekmektedir. Ayrımcılığa uğrayan kişilerin büyük oranda toplumun dezavantajlı gruplarına mensup kişiler olduğu düşünüldüğünde adli yardım için talepte başvuran kişilerin bu talebinin keyfiyetten uzak ayrıntılı biçimde değerlendirilmesi önemlidir.

Avukatlık Kanunu’nun 76. maddesine göre baroların nitelikleri arasında hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını korumak ve savunmak da sayılmıştır.⁴³ Benzer düzenleme Türkiye Barolar Birliği için aynı kanununun 110. maddesinde yer almıştır. İnsan haklarının korunması ve savunulması noktasında baroların üstlendikleri görevlerden biri de adli yardım hizmeti sunmaktır. Adli yardım konusu asıl olarak HMK’nda düzenlenmiş olmakla birlikte aşağıda belirtilecek Avukatlık Kanunu’na dair hükümler, adli yardıma ilişkin HMK hükümlerini tamamlayıcı nitelikte kabul edilmektedir.⁴⁴

Avukatlık Kanunu’nun 176. maddesinde adli yardım “avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara bu kanunda yazılı avukatlık hizmetlerinin sağlanması” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla adli yardımın kapsamına öncelikle avukatlık hizmeti girmektedir. Böylece HMK’nda yer alan yargılama giderleri dışında adli yardım hizmetinin avukatlık hizmeti kısmı Avukatlık Kanunu ile düzenlenmiş olmaktadır. Bu düzenleme ile HMK’nun 335. maddesinin ç fıkrasında yer alan “avukat temini”ne dair düzenleme ile birlikte, mahkemelerin kararı olmaksızın, başvuru üzerine barolar tarafından ayrıca avukat görevlendirilebilmektedir. Ancak burada adli yardım yalnızca bir vekil tayin edilmesi ile sınırlı olmaktadır.⁴⁵ Barolar kanalıyla verilecek olan adli yardım hizmeti esas olarak avukatlık hizmetini kapsamaktadır.⁴⁶

⁴³ Avukatlık Kanunu (1136 Sayılı), R.G. Tarihi: 07.04.1969, Sayısı: 13168)

⁴⁴ a.g.e., s. 655.

⁴⁵ a.g.e., s. 655.

⁴⁶ Avukatlık Kanunu, madde 35’e göre avukatlık hizmeti, “Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün

Davanın gerektirdiği maddi külfetlerden muaf tutulmaya ilişkin adli yardım talebi HMK kapsamında mahkemelere yapılırken, avukatlık hizmetini kapsayan adli yardım hizmeti baro merkezlerinde bulunan adli yardım bürolarına yapılmaktadır. Geçmişte bu iki farklı yapılanma uygulamada sorunlara yol açtığından dolayı, 2002 yılında 4667 sayılı kanunla Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapılmış ve adli yardım hizmetinin yürütülmesi barolara bırakılmıştır. Kanununun 177. maddesi ile adli yardım hizmeti, baro merkezlerinde, baro yönetim kurullarınca avukatlar arasından oluşturulan adli yardım bürosu tarafından yürütüleceği belirtilmiştir. Yine kanununun 178. maddesinde adli yardım isteminin, belirtilen bürolara yapılacağı ve talep eden kişinin isteminde haklı olduğunu gösteren delillerle başvurmak ve durumunu kanıtlamak zorunda olduğu ifade edilmiştir. Başvurunun kabulü halinde baro tarafından bir avukat görevlendirilmekte ve ilgili avukat avukatlık hizmetini yerine getirme sorumluluğu altına girmektedir.

Burada yine gündeme harçlar konusu girmektedir. Yargılama harcını ödeyemeyecek kişi HMK kapsamında mahkemeye başvurabilir. Bu talep mahkemece reddedilirse, yardım isteyen kişi bu durumu baroya bildirerek harçların baro tarafından ödenmesini isteyebilir. Bu durumda karar verme yetkisi baro yönetim kurulundadır. Yine adli yardım idari, ceza ve askeri mahkemelerde de uygulanır. HMK'nda olduğu gibi adli yardım geçici teminattır ve davayı kaybeden taraf sonra yargılama giderlerini ödemektedir.

Adli yardım ile ilgili bir başka düzenleme de Sendikalar Kanunu'nda yer almaktadır. Kanununun 33. maddesi sendika ve konfederasyonların sosyal faaliyetleri kapsamında, "Sendika ve konfederasyonlar tüzelkişi olarak genel hükümlere göre sahip oldukları yetkilerden başka, aşağıda belirtilen faaliyetlerde de bulunabilirler..." ifadesi yer verdikten sonra, "Çalıştırmayı doğuran hukuki ilişkilerde sosyal sigortalar, emeklilik ve benzeri hakların kullanılması ile ilgili olarak üyelerine ve mirasçılara adli yardımda bulunmak..." da sayılmıştır. Ancak görüleceği üzere bu noktada bir yasal zorunluluk bulunmamaktadır ve sendikaların adli yardım hizmeti sundukları takdirde bu durumun kanuna aykırı faaliyet olarak görülmeceği ifade edilmektedir. Ancak adli yardımın sunulduğu konular bakımından açık-uçlu bir ifade

evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradaki dışındaki resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler." şeklinde tanımlanmıştır.

tercih edilmiştir. Bu durumdan “çalıştırmayı doğuran hukuki ilişkiler”in tümü bakımından adli yardım hizmeti sunulması mümkün gözükmemektedir.

3. İdari Yargılamada Adli Yardım

İdari yargılama usulünde de yargılama giderlerinin en az düzeyde tutulmasının idarenin hukuka uygunluğunun denetimi açısından önemli olduğu ve yargılama giderlerinin davalı ve davacının mali gücünü aşabileceği için adalete erişimi engelleyebileceği ifade edilmiştir.⁴⁷ İdari yargılama usulü ile ilgili kuralları düzenleyen İYUK’nda adli yardım ile ilgili bir düzenleme yer almamıştır. Ancak Kanunun 31. maddesi HMK’nun uygulanacağı durumları sayarken adli yardıma da gönderme yapmıştır. Dolayısıyla HMK’nda düzenlenmiş adli yardıma dair hükümler, Danıştay’da, idare ve vergi mahkemelerinde de uygulanabilir niteliktedir.⁴⁸ Adli yardım idari yargılama usulünde dava dilekçesi ile beraber veya davanın her aşamasında istenebilecektir ve davanın tarafları dışında davaya müdahale eden veya davanın ihbar edildiği kişilerde bu imkândan yararlanabilecektir.⁴⁹ İdari yargılama usulünde HMK hükümlerine atı yapıldığı için yukarıda belirtilen durumlar burada da geçerli olacaktır ve tekrara mahal vermemek için üzerinde durulmayacaktır.

Türkiye’de adli yardım konusu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK), Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) ve Avukatlık Kanunu’nda düzenlenmiştir. Türk hukukunda barolarca oluşturulmuş ve adli yardım servisleri ile adli yardım kavramının içinde değerlendirilmeyen ancak benzer amacı güden baroların CMK’na göre düzenlenmiş CMK servisleri bulunmaktadır. Adli yardım, hukuk ve idari davalarda hem davalı hem davacı için, ceza yargılamasında ise şüpheli, sanık, müşteki ve mağdurlar için mevcuttur.

Türk hukukunda yeni bir başvuru yolu olarak kabul edilen Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru açısından da harçlar gündeme gelmiştir. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 47, 64 ve 75. maddeleri Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurularda 150 TL harç alınmasını

⁴⁷ Gözübüyük; Tan, **İdare Hukuku, Cilt II**, s. 1109.

⁴⁸ Pekcanitez vd., s. 649.

⁴⁹ a.g.e. s. 1110.

öngörmüştür.⁵⁰ Ayrıca Kanun'da aşağıda görüleceği üzere adli yardımla ilgili hükümler içeren kanunlara bir gönderme de yapılmamıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvurularda aşağıda üzerinde durulacak HMK'nda yer alan adli yardım hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı belirsizdir.

III. İspat Yükünün Paylaştırılması

A.İspat Yükünün Paylaştırılması Kavramı

Ayrımcılık yasağına dair bir hukuksal çerçevede önemli yer tutan konulardan biri ispat rejimidir. Ayrımcılık yasağı ile ilgili gelişmeler hukuk yargılamasınahâkim olan bir dizi ilkede değişiklik yaratmıştır. Bu değişikliklerin başında ise ispat yükünün paylaştırılması konusu yer almaktadır. İspat yükünün paylaştırılması ayrımcılık yasağına dair hukuki düzenlemelerin etkili bir şekilde uygulanması için oldukça önem taşımaktadır.

Hukuk yargılamalarında ispat yükü ile ilgili temel kural iddia edenin iddiasını ispat etmesi (*affirmanti incumbit probation*) yönündedir. Bu sebeple farklı muamele gördüğünü ve ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişinin bu iddiasını bizzat ispat etmesi gerekmektedir ve normal olarak ispat yükü bu kişi üzerindedir. İspat, bir iddianın doğru ve gerçek olup olmadığı konusunda hâkimi inandırma faaliyeti olarak tanımlanmaktadır.⁵¹İspat yükü ise belirli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda olgu iddiasında bulunan tarafa düşen usuli bir yüküdür. İspat yükünü yerine getirmeyen kişi hakkında bir yaptırım uygulanması mümkün değildir.İspat yükünü yerine getirmeyen kişi kendisi hakkında aleyhe doğacak sonuca katlanma riskiyle karşı karşıyadır ve bu nedenle yükümlülük değil külfet olarak adlandırılmıştır.⁵²

İspat yükü yargı organları önünde bir olguyu beyan veya bir hak iddiası ile bunlardan kendi lehine sonuç çıkarmak isteyen kişilerin bunları ispata mecbur

⁵⁰ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (6216 Sayılı), R.G. Tarihi: 03.04.2011, Sayısı: 27894

⁵¹ a.g.e., s. 232-412.

⁵² a.g.e., s. 232-434-435.

tutulması olarak tanımlanmıştır.⁵³İspat yükü kavramı iki yükümlülüğü içinde barındırmaktadır. Bunlardan ilki delilleri bizzat mahkemenin önüne getirme yükü (burden of production) veya delil ikamesi yükü, ikincisi ise ikna etme (burden of persuasion) yükü olarak adlandırılmaktadır.⁵⁴Delil ikamesi, tarafların iddialarının doğruluğunu veya karşı tarafın iddiasının asılsızlığını ispat etmek için, bu amacı gerçekleştirmeye elverişli delillere dayanarak giriştikleri,hâkimi ikna etmeye yönelik faaliyettir.⁵⁵

Çelişmeli yargı ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda her iki yük de söz konusu olmaktadır. Bu tür yargılamalarda hâkim tarafların sundukları delillerle bağlıdır. Ancak araştırma usulü (investigatory proceedings) veya soruşturma usulü (inquisitorial procedure) adı verilen usullerin geçerli olduğu yargılamalarda hâkimin gerçeği araştırma yükümlülüğü geçerli olduğu için sadece ikinci yük taraflar için söz konusu olabilmektedir.⁵⁶ Buna rağmen tarafların mahkeme ile işbirliği yapma görevi halen mevcuttur ve bu görevin yerine getirilmemesi ilgili taraf için aleyhte sonuca yol açabilecektir.

İspat yükü ile ilgili belirtilen bu genel nitelikteki kurallar ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda günümüzde değişim geçirmiştir.⁵⁷ Bugün ayrımcılık yasağı açısından hukuk yargılamasında veya idari yargılamada ispat yükünün paylaştırılabileceği kabul edilmektedir. Ceza yargılamasında ise bunun geçerli olması mümkün değildir. Doğrudan ayrımcılıkta ayrımcı nitelikteki farklı muamelenin, farklı muameleye uğrayan kişinin yasaklanan ayrımcılık temellerinden biri kapsamındaki bir özelliğine dayandığının ispatı oldukça güçtür. Dolaylı ayrımcılıkta ise yukarıda belirtildiği gibi bazı durumlarda gereken ispat eşiğine ulaşılması mümkün olmayabilmektedir.

⁵³ a.g.e., s. 3.

⁵⁴ Julianne Kokott, **The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law**, Kluwer Law International, The Hague, 1998, s. 9-10'dan aktaran, Oddny Mjöll Arnadóttir, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003, s. 68-69.

⁵⁵ Bilge Umar; Ejder Yılmaz, **İspat Yükü**, Kazancı Yay., İstanbul, 1980, s. 32.

⁵⁶ a.g.e., s. 68-69.

⁵⁷ Örneğin, Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne Dair 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/EC sayılı Konsey Direktifi (Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:014:0006:0008:EN:PDF> (erişim:01.04.2012), 2000/43/EC sayılı Direktif ve 2000/78/EC sayılı Direktif.

Ayrımcılık yasağında ispat yükünün paylaşılması ile amaç, ayrımcılığa uğradıklarını düşünen kişiler için ispat eşiğinin düşürülmesi ve bir yargı organı önünde haklarını aramalarının teşvik edilmesidir. Bu şekilde ayrımcılık yasağının hayata geçirilmesi amacıyla alınan önlemler güçlendirilmektedir. Bir istihdam ilişkisinde işçi ve işverenin eşit güce sahip olmadığını düşünüldüğünde bu ilişkide ortaya çıkacak ayrımcı muameleler noktasında güçsüz durumda olan tarafın güçlendirilmesi gerekliliği açıktır. Ayrımcılığın büyük ölçüde eşitsiz durumda olan kişiler arasında ortaya çıktığı düşünüldüğünde ispat yüküne dair bu şekilde bir yaklaşım eşitsiz ilişkinin ortadan kaldırılmasında işlev üstlenebilmektedir.

Ayrımcılık yasağında gündeme gelen ispat yükü rejimi için “ispat yükünün yer değiştirmesi” kavramı yerine “ispat yükünün paylaşılması” kavramı kullanılması daha uygun görülmektedir.⁵⁸ Burada uygulanan ispat rejiminde, ispatla ilgili genel kuraldan tam olarak ayrılınmamaktadır. Bunun nedeni ise delil ikamesi yükünün (burden of production) hala iddia eden tarafta olmasıdır. Ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişinin ayrımcılık karinesi⁵⁹ olarak adlandırılacak durumun ortaya konulabilmesi için yeterli delil sunması beklenmektedir. Böylece ispat yükünün yer değiştirmesi ancak bu aşamadan sonra gerçekleşmektedir. Bu yüzden ayrımcılık iddialarında en başından itibaren ispat yükünün yer değiştirmesi değil ispat yükünün paylaşılması söz konusu olmaktadır.

Ayrımcılık mağdurunun bu şekilde delil ortaya koyarak ispat yükünü yerine getirdiği durum ilk görünüş ispatı (*prima facie*) olarak adlandırılabilir.⁶⁰ İlk görünüş ispatı, hayat tecrübelerine göre, bir olgunun aksinin muhtemel olduğu iddia edilmediği sürece var olduğunun kabul edilmesi olarak tanımlanmaktadır.⁶¹ Bu durumun ispat yükü ile ilgili genel kuraldan farkı tam ispat gerektirmeksizin bir ihtimalin varlığının ileri sürülebilmesidir ve bu durumda ispat ölçüsü düşürülmüş olmaktadır⁶². İlk görünüş ispatının gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için farklı

⁵⁸ Kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, Umar; Yılmaz, s. 5 v.d.

⁵⁹ Hukukta karine, “varlığı bilinen olumlu veya olumsuz bir olaydan diğer bir olumlu veya olumsuz bir olayın bir hukuksal durumun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasına olanak veren kural” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Umar, Yılmaz, s. 165.

⁶⁰ İlk görünüş ispatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Leyla Keser, *İlk Görünüş İspatı*, Prof. Dr. Mahmut Tefik Birsal'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., İzmir, 2001

⁶¹ Mehmet Kamil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Yay., İstanbul, 1990, s. 124.

⁶² Keser, s. 242.

muamelenin veya bir grup aleyhine dezavantaj doğuran görünüşte tarafsız nitelikte bir kuralın, ölçütün veya uygulamanın mevcudiyetinin ve bu durumun yasaklanan bir ayrımcılık temeli bağlamında ortaya çıktığının ortaya konulması gerekmektedir. Ayrımcılık iddiasında bulunan tarafın bu yönde çabası ikna edici bulunduğu takdirde ispat yükü karşı tarafa geçebilecektir. Artık ayrımcılıkla itham edilen tarafın farklı muamele veya aynı muamele için ikna edici bir savunma ortaya konması beklenmektedir.

Böylece bu noktaya kadar ispatla ilgili geçerli olan durumun genel kuraldan ayrılma anlamına gelmediği görülmektedir. Ancak genel kuraldan ispatın düzeyi bağlamında ayrılınmaktadır. İddia eden tarafın iddiasını bütün yönleri ile ispatlanması beklenmemektedir. İspat yükünün paylaşılması ile iddia eden tarafın bir olgunun varlığına dair olumlu yönde bir ispat gerçekleştirilmesi söz konusu iken, diğer tarafın ayrımcılık yapılmadığına dair olumsuz bir olguyu ispat etmesi beklenmektedir. Yukarıda belirtilen şekilde ayrımcılık karinesi ortaya konulduğu zaman ispat yükü yer değiştirecek ve ayrımcı muameleyi gerçekleştirdiği iddia edilen kişi söz konusu muamelenin ayrımcılık oluşturmadığını ortaya koymak durumunda kalacaktır. Burada aranan ispat düzeyi ayrımcılığın gerçekleştiğine dair hukuki bir karinenin kabulüne yönelik olguların sunulmasıdır. Şüpheden uzak olarak ayrımcılığın kanıtlanması beklenmemektedir.

Şüphesiz bu noktada ayrımcılık mağduru olduğunu düşünen bir kişinin, örneğin işe alım sürecinde cinsel yöneliminin farklı olduğunu ve işe alınmadığını ortaya koyması ispat yükünün yer değiştirmesi için yeterli değildir. Mağdurun işe alınan kişilerle aynı niteliklere sahip olduğunu da ortaya koyması gerekecektir. Başka bir deyişle yalnızca ayrımcılığın yasaklandığı temellerden birine dayanmak ve farklı muameleye uğranıldığının öne sürülmesi ispat yükünün yer değiştirilmesi için yeterli değildir.

Ayrımcı fiil ve işlemlerin mağdurlar tarafından ispatlanması genellikle çok zordur ve bu durumu ispatlayacak bilgi ve belgelere mağdurların erişimi de genellikle mümkün olamamaktadır. Bu durum altında yazılı delilin veya tanıkların bulunmaması gibi nedenler bulunabilmektedir. İspat yükünün paylaşılmasının amacı da bu zorluğun bir ölçüde giderilmesine yöneliktir. İspat yükünün paylaştırıldığı durumlarda ayrımcılığa uğradığını iddia eden mağdurun ayrımcılığa

uğradığı ile ilgili iddiaları görünüşte ortaya koyabilecek (prima facie) delilleri sunması yeterlidir.

İspat yükü ile ilgili bir diğer konu ise yukarıda ifade edildiği gibi araştırma usulü (investigatory proceedings) veya soruşturma usulü (inquisitorial procedure) adı verilen usullerdir. Bu usullerde söz konusu araştırma veya soruşturmanın tarafsız nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle ispat yükünün paylaşılması ya da yer değiştirmesi gerekli değildir. Bu noktada tarafların lehlerine olan delilleri sunmaları bu usulü uygulayan yargısal veya yargısal benzeri organların lehlerine karar vermelerini kolaylaştırıcı niteliktedir ancak burada bir yük söz konusu olmamaktadır.

İspat yükünün paylaşılması ile ilgili olarak yukarıda üzerinde durulan konular hukuk yargılaması için geçerli kurallardır. Ceza yargılaması açısından ispat yükünün paylaşılması veya yer değiştirmesi büyük ölçüde mümkün değildir. Hukuk yargılamasında ayrımcılık oluşturan vakalarda sorumlu kişinin bu yönde kastının ortaya konulması beklenmezken, ceza yargılamasında manevi unsur olarak kastın varlığı aranmaktadır. Bugün ispat yükünün paylaşılması noktasında ceza hukuku büyük ölçüde kapsam dışı bırakılmaktadır. Örneğin AB hukukunda 2000/43/EC, 2000/78/EC ve 2006/54/EC sayılı Direktiflerde bu yönde açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Direktiflerde sırasıyla 8/3, 10/3 ve 19/5 maddelerinde ispat yükü ile ilgili kuralların ceza yargılamasında uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu yönde bir istisnanın tanınması ceza hukukun kendine özgü bazı ilkeleri nedeniyle tanınmıştır. Ceza hukukunda geçerli olan masumiyet karinesi ve kanunilik ilkesi kapsamında sanığın kendisinin bir suç işlemediğini ispat etmesi söz konusu olmamaktadır.

Bu konuda insan hakları hukuku açısından iki argüman öne sürülmektedir.⁶³ AİHS'nin 6/2 maddesinde masumiyet karinesi düzenlenmiştir. Buna göre "kendisine bir suç isnat edilen herkes, yasa uyarınca suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılacaktır." Bu nedenle bir kişinin suçluluğunu ortaya koyma görevi iddia makamına ait kabul edilmektedir ve kural olarak ispat yükünün yer değiştirmesi

⁶³ Olivier De Schutter, *Methods of Proof in the Context of Combating Discrimination, Proving Discrimination, The Dynamic Implementation of EU Anti-Discrimination Law: The Role of Specialised Bodies*, Report of the First Experts' Meeting, January 2003, s. 31 vd.

mümkün değildir.⁶⁴ Bir diğer ilke olan kanunilik ilkesi ise AİHS'nin 7. maddesinde düzenlenmiştir ve “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuk çerçevesinde bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem ya da ihmalden ötürü suçlu bulunmayacaktır. Hiç kimseye, suçun işlendiği zaman verilebilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyecektir.”

Böylece açıkça suç olarak düzenlenmeyen bir fiilin kıyas yoluyla başka bir suçun kapsamına sokulması mümkün değildir ve her suçun açık bir biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak ayrımcılığın bir suç olarak tanımlandığı durumda, ceza yargılamasında savcı veya mağdurun ayrımcılığı ikna edici biçimde diğer bir deyişle kuşku bırakmayacak şekilde ortaya koyması durumunda, sanığın bu konuda bir delil veya gerekçe ortaya koymasına gerek kalmaksızın suçun ispatlanması mümkün olabilecektir. Hukuk yargılamasının aksine ceza yargılamasında *prima facie* bir ispat değil, kuşku bırakmayacak şekilde bir ispat beklenmektedir.

B. Ayrımcılık Saiki

Farklı bir muamelenin ayrımcılık oluşturup oluşturmadığına dair bir değerlendirme yapılırken farklı muameleyi gerçekleştiren kişinin ayrımcılık yapmaya dair bir saikinin (intent) olup olmaması sorusu akla gelmektedir. Yukarıda yer verilen ayrımcılık tanımlarının hiçbirinde ayrımcılık saikine yer verilmediği görülmektedir. Bu nedenle ayrımcılığın ortaya konulması ve ispatında ceza yargılaması haricinde ayrımcılık mağdurunun söz konusu muameleyi gerçekleştiren veya sorumlu olan kişinin saikini ortaya konması beklenmemektedir.

Ayrımcılık saiki olarak adlandırılan bu olgu ceza hukukundaki kast ile karıştırılmamalıdır. Burada ceza hukukundaki manevi unsur olarak kabul edilen kasttan çok saik ön plandadır. Ayrımcılık farklı muamele sonucu olduğu için bu noktada ayrımcılık amacından çok olumsuz anlamda farklı muamele ve bu farklı muamele sonucunda ortaya çıkan dezavantajın ortaya konulması yeterlidir. Günümüzde ayrımcılık yasağının ihlal edildiği durumlarda ayrımcı muameleyi

⁶⁴ Bu durumun istisnalarına aşağıda değinilecektir.

gerçekleştiren kişinin ayrımcılık saiki taşıyıp taşımadığının kanıtlanması beklenmemektedir.

Doğrudan ayrımcılıkta bir kişinin bir gruba üye olan veya olduğu düşünülen bir kişiye yönelik farklı muamelesi söz konusu olabilmektedir ve burada ayrımcılık saiki gündeme gelmektedir. Ayrımcılık yasağının tanımına yer veren ve yukarıda belirtilen uluslararası sözleşmelerin hepsi “amacını taşıyan ya da böyle bir etki doğuran” ifadesine yer vermektedir ve “etki doğuran” ifadesi nedeniyle uluslararası hukukta günümüzde ayrımcılığın gerçekleşmesi için muameleyi gerçekleştiren kişinin ayrımcılık yapma saikinin mevcut olması aranmamaktadır.⁶⁵ Ayrımcılık yasağı açısından mağdurun gördüğü aleyhe muameleyi ve hangi yasaklanan ayrımcılık temeline dayandığını ortaya koyması yeterli gözükmemektedir.⁶⁶

Ayrımcılığın bu yönde bir saik ile ortaya çıkması büyük ölçüde daha görünür dezavantajlı gruplara yönelik olarak gerçekleştiğinde söz konusu olmaktadır. Örneğin farklı muamelenin ırk veya etnik köken, yaş, cinsiyet veya ortopedik engellilik durumlarında gerçekleştirildiği durumda gerçekten bu yönde bir saikin mevcut olduğunun kabulü mümkün olabilmektedir. Ancak örneğin siyasi düşünce temelinde bir ayrımcılık açısından ayrımcılık temelleri yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi çok belirgin değildir ve hatta büyük oranda görünmez niteliktedir. Aynı şekilde ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişinin bu yönde saikin tespiti de oldukça zordur ve bu nedenle saik de aynı şekilde görünmez niteliktedir. Bu durumun sonucu ise her ayrımcılık temeli için bu yönde bir saikin aranmasının yerine getirilmesi oldukça zor bir yükümlülük ortaya çıkarmasıdır. Zaten dezavantajlı kabul edilen gruplardan birine mensup bir kişinin bir de ayrımcılığın ispatı noktasında, ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişinin bu yönde saikini ortaya koyması aşırı kabul edilebilecek bir yük anlamına gelmektedir.

Bugün AB Üyesi ülkelerde ve Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Norveç ve Güney Afrika vs. gibi bir dizi ülkede ayrımcı saik ayrımcılığın unsurları arasında değerlendirilmemektedir.⁶⁷ İHK bir dizi kararında saikin ayrımcılığın unsurları

⁶⁵ Wouter Vandenhoele, **Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies**, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2005, s. 265, s. 35.

⁶⁶ Evelyn Ellis, **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, New York, 2005, s. 103.

⁶⁷ Ronald Craig, **Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality**, Brill Academic Publishers, Lieden, 2006, s. 27.

arasında yer almadığını ifade etmiştir. Komite ayrımcılık saiki olmasa da ayrımcılık yasağının ihlal edilebileceğini vurgulamıştır.⁶⁸

AİHM, bir davada, Roman/Çingene çocukların, yaşadıkları dil zorluğunu aşmaları ve okul öncesi eğitimlerine yardımcı olma gerekçeleriyle özel okullara gönderilmesi uygulamasında söz konusu politikanın Roman/Çingene çocuklara yönelik olup olmadığına bakmamış ve söz konusu uygulamanın etkisine odaklanmıştır.⁶⁹ Hatta bazı durumlarda mağdurun somut bir kimliğinin bile bulunması gerekmemektedir.⁷⁰ Elbette bahsedilen durumlar hukuk yargılaması için geçerlidir. Söz konusu farklı muamele aynı zamanda ceza hukuku alanında bir suç oluşturuyorsa bu durumda failin kimliğinin ve saikinin ortaya konulması gerekmektedir. Hatta ortada nefret suçu olarak sınıflandırılabilir bir suç söz konusu ise bu daha da elzem hale gelmektedir.

Ayrımcılık yasağında farklı muameleden sorumlu olan kişinin niyetinin veya herhangi bir önyargı taşıdığına ispatlanması gerekmemektedir. Ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemeler saik konusunda bir ifadeye yer vermemektedir. Hatta günümüzde ayrımcılık yasağının ihlali dolaylı ayrımcılık kavramında olduğu gibi belirli bir mağdurun mevcudiyetini bile gerektirmemektedir.

C. İspat Yükünün Paylaştırılmasının Hukuki Kaynakları

1. İspat Yükünün Paylaştırılmasının Normatif Kaynakları

İspat yükü ile ilgili hukukta genel kural bilindiği gibi iddia edenin iddiasını ispat etmekle mükellef olduğu şeklindedir. Uluslararası insan hakları hukukunda ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak ispat yükünün paylaştırılmasına dair açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda düzenlemeler AB hukukunda ortaya

⁶⁸ İHK, *Adam v. Czech Republic*, Communication No. 586/1994, View, 25.07.1996, CCPR/C/57/D/586/1994, para. 11.7; *Gillot et al. v. France*, Communication No. 932/2000, View, 15.07.2002, CCPR/C/75/D/932/2000, para. 13.11; *Althammer v. Austria*, Communication No. 989/2001, View, 01.09.2003, CCPR/C/78/D/989/2001, para. 10.2.

⁶⁹ AİHM, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007.

⁷⁰ ABAD, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, Case C-54/07, Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2008. Benzer bir Danıştay kararı için bkz, Danıştay 12. Daire, E. 2004/4382, K. 2006/539, K.t. 22.02.2006.

çıkmiştir. Uluslararası sözleşmelerle kurulan denetim organları içtihatlar yoluyla ayrımcılık yasağı ile ilgili başvurularda ispat yükünün paylaşılması uygulamasını benimsemiştir. Bu organların içtihatlarında sergilediği yaklaşımın yasama organı ve iç hukuktaki yargı organları açısından da yol gösterici olabileceği gerekçesiyle çalışmada bir dizi hüküm veya karar üzerinde durulmuştur.

AB hukukunda ispat yükünün paylaşılmasına dair ilk düzenleme AB Konseyi'nin 97/80/EC sayılı Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yükü Direktifi⁷¹ ile ortaya çıkmıştır. Direktif'te cinsiyet temelli ayrımcılık vakalarında açıkça ispat yükünün paylaşılması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu düzenleme ile yalnızca eşit ücret konusunda değil genel olarak eşit muamele bakımından ispat yükünün yer değiştirmesi kabul edilmiştir.⁷² Direktif'in amacı ilk maddede üye devletlerin eşit muamele ilkesinin uygulanması için aldıkları önlemleri güçlendirmek olarak ifade edilmiştir. Direktif'in 4. maddesi ile üye devletler "...eşit muamele ilkesinin kendilerine uygulanmaması nedeniyle mağdur edildikleri kanısında olan kişilerin, mahkemeye veya diğer yetkili bir makama, doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapıldığı karinesi oluşturacak olgular sunmaları halinde, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğinin şikâyet edilen tarafından ispatlanmasını temin edecek, ulusal yargılama sistemleriyle uyumlu gerekli önlemleri alacaktır."⁷³ Burada üye devletlerin istedikleri takdirde Direktiflerde belirtilen delil kurallarını mağdurların daha da lehine olacak şekilde düzenlemek konusunda önlerinde bir engel bulunmamaktadır. Ancak ispat yükünün paylaşılması ile ilgili olarak getirilen bu düzenlemeler sadece özel hukuk uyuşmazlıkları için geçerlidir ve ceza yargılamasında uygulanması sanık hakları bağlamında mümkün gözükmemektedir.⁷⁴ Cinsiyet temelli olarak getirilen bu düzenleme yukarıda belirtilen "orantısız etki"

⁷¹ Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne Dair 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/EC sayılı Konsey Direktifi (Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex)

⁷² ABAD, *Vasiliki Nikoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, Case C-192/02, Judgment of the Court (First Chamber) of 10 March 2005, para. 69.

⁷³ Benzer düzenlemeler, 2000/43/EC sayılı Direktif'in 8. maddesinde, 2000/78/EC sayılı Direktif'in 10. maddesinde, 2004/113/EC sayılı Direktif'in 9. maddesinde ve 2006/54/EC sayılı Direktif'in 19. maddesinde de yer almıştır.

⁷⁴ 97/80/EC sayılı Direktif, madde 4/3; 2000/43/EC sayılı Direktif, madde 8/5, 2000/78/EC sayılı Direktif, madde 10/5.

merkezli bir dolaylı ayrımcılık tanımı ve anlayışı ile birlikte getirilmiştir ve bu sebeple istatistiklere dayalı bir ispat rejimi öngörmektedir.⁷⁵

İspat yükü ile ilgili olarak 97/80/EC sayılı Direktif'ten esinlenerek,⁷⁶ 2000/43/EC, 2000/78/EC, 2004/113/EC ve 2006/54/EC sayılı Direktifler, sırasıyla 8, 10, 9 ve 19. maddelerde, “Üye Devletler, ulusal yargı sistemleri uyarınca, kendilerine eşit muamele ilkesinin uygulanmaması sebebiyle haksızlığa uğradığını düşünen kişiler bir mahkeme veya başka bir yetkili makam huzurunda, doğrudan veya dolaylı bir ayrımcılık bulunduğu varsayımı yaratabilecek olguları ortaya koyduğunda, eşit muamele ilkesine yönelik bir ihlal bulunmadığını ispatlama yükümlülüğünün karşı tarafa ait olmasını sağlayacak tedbirleri alacaktır.” şeklinde bir düzenlemeye yer vermiştir. Görüldüğü gibi düzenlemelerde tam bir ispat değil ayrımcılık bulunduğu varsayımı yaratabilecek olguları ortaya koyacak şekilde bir ispat öngörülmüştür. Ayrıca 2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktiflerin Başlangıç bölümlerinde, yine sırasıyla 21 ve 31. paragraflarda, “ayrımcılığın varlığı ihtimalinin güçlü olduğu vakalar bakımından (*prima facie* case of discrimination) ispat yüküne ilişkin kurallar bu durumu gözetir şekilde uyarlanmalıdır, zira eşit muamele ilkesinin etkili biçimde uygulanması için ayrımcılığın varlığının güçlü olduğunu ortaya koyan deliller sunulduğunda ispat yükü karşı tarafa geçmelidir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Bu ifadeler konuyu açıklığa kavuşturucu nitelikte değildir. Bu nedenle ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişinin öncelikle ayrımcılığın yasaklandığı bir gruba mensup olduğunu ya da bu gruba mensup zannedildiğini ortaya koyması gerekmektedir. Bu durum bir kişinin bedensel özellikleri söz konusu olduğunda bir zorluk yaratmayacaktır. Örneğin 2000/43/EC sayılı Direktifi için böyle bir sorun büyük ölçüde yaşanmayacaktır. Ancak din veya inanç ya da cinsel yönelim gibi temelerde ayrımcılık iddialarında bunun ortaya konulması oldukça güçtür. Bu nedenle 2000/78/EC sayılı Direktif'te, yukarıda ifade edilenler haricinde ek olarak, bir kişinin “belirli bir dine veya inanca mensup olduğunu, belirli bir engelliliği

⁷⁵ Dagmar Schiek, *Indirect Discrimination, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Dagmar Schiek; Lisa Waddington; Mark Bell (ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007, s. 423.

⁷⁶ Adam Tyson, *The Negotiation of the European Community Directive on Racial Discrimination, The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Jan Niessen; Isabelle Chopin (ed.), Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2004, s. 125.

olduğunu, belirli bir yaşta olduğunu veya belirli bir cinsel yönelimi olduğunu kanıtlama ödevi” ile karşı karşıya olmadığı vurgulanmıştır.

2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Direktifler yukarıda belirtilen 97/80/EC sayılı Direktif’te yer alan “orantısız etki” merkezli dolaylı ayrımcılık anlayışı ile beraber “şüpheli” önlemler merkezli bir dolaylı ayrımcılık anlayışını da benimsediği için hem istatistiklere dayalı hem de dayalı olmayan ispata izin vermektedir ve ispat yükünün yer değiştirmesi bu anlamda her iki anlamda da geçerli olabilmektedir. Bu durum Direktiflerin Başlangıç bölümlerinde 15. paragraflarda, “Doğrudan veya dolaylı ayrımcılık bulunduğu çıkarımına yol açabilecek olguların takdiri, ulusal hukuk kuralları veya uygulamaları uyarınca ulusal yargı organlarına ve diğer yetkili kurumlara ait bir husustur. Bahsi geçen kurallar bilhassa dolaylı ayrımcılığın, istatistiki bulgular da dâhil olmak üzere, herhangi bir araçla ispatlanmasını öngörebilir.” şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla ispat aracı bakımından istatistiksel veriler ile başka deliller arasında bir ayrıma gidilmemiştir.

2. İspat Yükünün Paylaştırılmasının İçtihadî Kaynakları

İspat yükünün paylaştırılması konusu uluslararası sözleşmelerde açıkça düzenlenmemiş ve bu durum içtihatlarla tanınmıştır. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü’nün Protokol’ün 5/1 maddesine göre İnsan Hakları Komitesi, “Protokol çerçevesinde aldığı başvuruları, başvuru birey ve ilgili Taraf Devlet tarafından sağlanan bütün yazılı bilgilerin ışığında inceleyecektir.” Bu sebeple başvurularda sadece tarafların sunduğu bilgileri değerlendirmektedir.⁷⁷ İnceleme sırasında herhangi bir sözlü duruşma yapılmamakta, üçüncü kişilerin başvuruya katılımına izin verilmemekte ve hükümet dışı örgütlerin konuyla ilgili sundukları raporlar bu anlamda değerlendirmede dikkate alınmamaktadır. Ancak başvuru sahiplerinin hükümet dışı örgütlerin konu ile ilgili yaptıkları çalışmaları başvurusuna eklemesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.⁷⁸

⁷⁷ Jakob Th. Möller; Alfred De Zayas, **United Nations Human Rights Committee Case Law, 1977-2008: A Handbook**, N.P Engel, Kehl am Rhein, 2009, s. 36.

⁷⁸ Alfred De Zayas, *The Examination of Individual Complainants by the United Nations Human Rights Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, **International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller**,

MSHS ve Seçmeli Protokol'de ispat yükü ile ilgili açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Komite zaman içerisinde verdiği kararlarla MSHS'nin 6. maddesinde yer alan yaşam hakkı, 7. maddesinde yer alan işkence ve kötü muamele yasağı, 9. maddesinde yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı söz konusu olduğunda, başvurunun taraf devlet ile belli belgelere erişim konusunda aynı konumda olmadığı ve hatta çoğu zaman söz konusu belgelerin sadece taraf devlette bulunduğu gerekçeleriyle ispat yükünün sadece başvuru üzerinde olamayacağını belirtmiştir.⁷⁹ Komite, başvurunun iddialarını, örneğin somut tanık ifadeleriyle desteklediği durumda ve yukarıda belirtilen haklar söz konusu olduğunda, başvuruda geri kalan noktalar taraf devlet tarafından açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Komite, aksi durumda başvuru tarafından öne sürülen iddiaların doğruluğunu kabul etmektedir.⁸⁰ Yine Komite kararlarında göre taraf devletin başvuru tarafından dile getirilen iddiaları genel ifadelerle reddetmesi durumunu da yukarıda olduğu gibi yeterli görmemektedir.⁸¹ Komite'nin ispatla ilgili bu yaklaşımı, ispat yükünün tamamen yer değiştirmesi anlamına gelmemektedir. Bu yaklaşım taraf devlet tarafından bireysel şikâyet usulünü kullanılamaz hale getirilmesini engellemektedir.⁸² Komite'nin ispat ile ilgili olarak ortaya koyduğu içtihatlar deliller konusunda bir sınırlama getirilmemiştir ve esnek bir yaklaşım benimsenmiştir. Hatta Komite kararlarında esasa dair inceleme aşamasında deliller konusunda açık bir standardın ortaya konulmadığı belirtilmektedir.⁸³

Ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak yapılan başvurularda başvuru öncelikle iddiasının doğruluğunu ortaya koymakla yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük sadece iddialardan ibaret olmamalıdır. İddiaların doğruluğu ortaya konulduktan ve ayrımcılıkla ilgili iddianın ayrıntıları belirtildikten sonra ispat yükü bu kez taraf

The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, Vol. 7, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2001, s. 81; Möller; De Zayas, s. 44-45.

⁷⁹ Alfred De Zayas; Jacob Th. Möller; Torkel Opsahl, *Application of the International Covenant on Civil and Political Rights under the Optional Protocol by the Human Rights Committee*, **German Yearbook of International Law**, Duncker&Humbolt GmbH, Vol. 28, Kiel 1985, s. 15.

⁸⁰ İHK, *Bleier v. Uruguay*, Communication No. 30/1978, View, 29.03.1982, CCPR/C/15/D/30/1978, para. 13.3.

⁸¹ İHK, *Grille Motta v. Uruguay*, Communication No. 11/1977, View, 29.07.1980, CCPR/C/10/D/11/1977, para. 14.

⁸² P. R. Ghandi, *The Human Rights Committee: Developments in its Jurisprudence, Practise and Procedures*, *Indian Journal of International Law*, **Indian Society of International Law**, Vol. 40, No. 3, New Delhi, 2000, s. 439.

⁸³ a.g.e., s. 440.

devlete geçmektedir.⁸⁴ Taraf devlet de daha önce başvuru için de geçerli olan sadece söz konusu iddiaların reddi şeklinde bir savunma yapamamaktadır. Aksi durumda Komite başvurusunun iddialarının kanıtlandığına ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verebilecektir.⁸⁵

AİHS sisteminde ispat yükü ile ilgili usuli bir düzenleme yer almamıştır.⁸⁶ Bu konuda AİHM'nin kararları ile çeşitli yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere ispat ile ilgili olarak usul hukukunda genel kural olan iddia eden kişinin iddiasını ispat etmesi kuralı ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda bir ölçüde yumuşamış ve ispat yükünün paylaşılması kurumuna yer verilmiştir. Böylece ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini öne süren kişinin ilk bakışta (*prima facie*) olarak farklı muamele gördüğünü ortaya koyması beklenmektedir. AİHM'nin içtihatları göz önünde tutulduğunda ayrımcılığın *prima facie* olarak ortaya konulması için, ayrımcılık temelini ve farklı muamele olgusunun ortaya konulması gerekmektedir.⁸⁷ AİHM'nin ayrımcılık yasağı ile ilgili kararlarında, ispat ile ilgili “kuşku bırakmayacak şekilde” (beyond reasonable doubt) ve yeterince güçlü, açık ve uygun çıkarımların bir arada mevcudiyeti veya benzer nitelikte aksi ispat edilmemiş fiili karinenin mevcudiyeti (coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact) şeklinde iki farklı yaklaşım benimsenmiştir.⁸⁸ Mahkeme, Anglosakson hukukunda ceza yargılamasında uygulanan ilk yaklaşımı 2000 yılında verdiği bir karar⁸⁹ sonrasında 14. madde ile ilgili başvurularda standart ispat rejimi olarak benimsemiştir. Bu yaklaşımın dolaylı ayrımcılık içeren muameleler açısından sorun yaratması üzerine Mahkeme yaklaşımını bir ölçüde yumuşatmıştır.⁹⁰

⁸⁴ İHK, *Bahamonde v. Equatorial Guinea*, Communication No. 468/1991, View, 20.10.1993, CCPR/C/49/D/468/1991, para. 8.2.

⁸⁵ Tufyal Choudry, *Interpreting the Right to Equality under the Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, **European Human Rights Law Review**, Sweet&Maxwell, 2003, No. 1, s. 31.

⁸⁶ Mark Bell, *Direct Discrimination, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Dagmar Schiek; Lisa Waddington; Mark Bell (ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007, s. 249

⁸⁷ Arnadottir, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, s. 91.

⁸⁸ Frédéric Edel, **The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010, s. 105.

⁸⁹ AİHM, *Velikova v. Bulgaria*, Application No.41488/98, Judgment, 18.05.2000, para. 70.

⁹⁰ Edel, s. 107.

Mahkeme'nin içtihatlarına bakıldığında Mahkeme'nin 14. maddenin uygulanması noktasında göz önünde tutulan önemli ve ilgili ispat ölçütlerinden birisi başvurucuyu dezavantajlı bir duruma sokan bir farklı muamelenin mevcut olup olmamasıdır. Bu durumda Mahkeme başvurucuya zarar verdiği iddia edilen farklı muameleyi incelemeye başlamaktadır. Bunun ardından ise karşılaştırma ölçütü gündeme gelmektedir. Başvurucunun farklı bir muameleye maruz kaldığını ispatlaması gerekmektedir. Bu ispatın sağlandığı ölçüde mevcut farklı muamelenin nesnel ve makul bir nedene dayandığını taraf devlet ortaya koymak durumunda kalmaktadır.

Mahkeme içtihatlarında hangi delillerin *prima facie* delil olarak kabul edilebileceğine ve ispat yükünün ne zaman taraf devlete geçeceğine dair yaklaşımını ortaya koymuştur. Mahkeme, delillerin kabulüne dair usuli engellerin veya daha önceden belirlenmiş bir formülün mevcut olmadığını, olgulardan ve tarafların ortaya sundukları bilgilerden kaynaklanan çıkarımlar dâhil, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile desteklenen bir sonuca varıldığı belirtilmiştir. Mahkeme daha önce ortaya koymuş olduğu içtihatlar ışığında ispatın yeterince güçlü, açık ve uyumlu çıkarımlar veya benzer aksini kanıtlamayan olguların varsayımların birlikteliğinden ortaya çıkabileceğini ve ayrıca belli bir sonuca ulaşmak için gerekli ikna düzeyinin ve bununla bağlantılı olarak ispat yükünün paylaşılmasının olguların özelliklerine, öne sürülen iddianın niteliğine ve söz konusu olan hak veya özgürlükle ilişkili olduğunu belirtmiştir.⁹¹

Özellikle şiddet olayları açısından doğrudan ayrımcılık niteliğindeki farklı muamelenin herhangi bir ayrımcı temele dayandığının ortaya konulmasında, bu durum “kuşku bırakmayacak şekilde” (beyond reasonable doubt) kanıtlanmalıdır. Örneğin cezaevinde gerçekleşen bir ölüm olayının ardından ırk temelinde farklı muamele gerçekleştirildiğine dair bir iddia söz konusudur. Bu davada Mahkeme, ırkçı önyargının (bias) davada göz önünde tutulması gereken bir faktör olduğunun kuşku bırakmayacak biçimde ortaya konulmadığını belirtmiştir.⁹² Mahkeme daha

⁹¹ AİHM, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007, para. 178.

⁹² AİHM, *Velikova v. Bulgaria*, Application No.41488/98, Judgment, 18.05.2000, para. 94; aynı şekilde bkz, *Avşar v. Turkey*, Application No.25657/94, Judgment, 10.07.2001, para. 435.

sonra ise belli şartlar dâhilinde ispat yükü ile ilgili bu mevcut yaklaşımını yumuşatmıştır.

AIHM, dolaylı ayrımcılık noktasında istatistiklerle ilgili de değerlendirme yapmıştır. Mahkeme'ye göre istatistiklerin ayrımcılığı ispatlamak amacıyla kullanılabilmesi için, öncelikle istatistikler konusunda herhangi bir uyumsuzluğun mevcut olmaması gerekmektedir.⁹³ Bir davada, polis tarafından öldürülen bir kişinin yakınları tarafından yapılan başvuru söz konusudur ve başvurucular Katolik veya Cumhuriyetçi sivillerin güvenlik güçleri tarafından öldürülme sayısının yüksekliği ile kovuşturma ve mahkûmiyet sayısının düşüklüğü dikkate alındığında, adil yargılanma hakkı bakımından ayrımcılık yasağının mağduru olduklarını belirtmiştir.⁹⁴ Mahkeme, alınan önlemlerin belirli bir grubu hedeflemese bile bu önlemlerin belirli bir gruba karşı orantısız bir şekilde zarar vermesinin ayrımcılığı düşündürebileceğini ancak istatistiklerin ayrımcılık olarak nitelendirilebilecek bir uygulamayı kanıtlamadığını ifade etmiştir. Mahkeme her ne kadar öldürülen kişilerin çoğunun Katolik ve Cumhuriyetçi olsa da istatistiklerin tek başına 14. madde kapsamında bir ayrımcı pratik olarak nitelendirilmesi için yeterli olmadığını ifade etti.⁹⁵

Mahkeme bu yaklaşımı daha sonra değiştirmiştir. Mahkeme cinsiyet temelli bir ayrımcılık iddiasına dair yapılan bir başvuruda, zorunlu olarak yapılması gereken bir kamu görevinin çoğunlukla erkekler tarafından yapılması dolayısıyla erkeklerin kadınlardan bu anlamda farklı muamele görmesinin ayrımcılık yasağının ihlali olup olmadığı değerlendirilmiştir. Kararda başvurucu tarafından sunulan istatistiklerin benzer durumda olan kişilerin farklı muamele gördüklerini ortaya koyduğu belirtilmiştir.⁹⁶ Sonraki tarihli bir başka davada ise etnik köken temelinde yapılan başka bir başvuruda dolaylı ayrımcılık ile bağlantılı olarak yaklaşımını değiştirmiş ve başvurucuların haklarının daha etkili korunması açısından bu temelde ayrımcılık söz

⁹³ P. Van Dijk; G.J.H. Van Hoof; Arjen Van Rijn; Leo Zwaak (ed.), **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, s. 1040.

⁹⁴ AIHM; *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, Application No.24746/94, Judgment, 04.05.2001, para. 152.

⁹⁵ a.g.k., para. 154; *McKerr v. the United Kingdom*, Application No.28883/95, Judgment, 04.05.2001, para. 165; *Kelly and Others v. the United Kingdom*, Application No.30054/96, Judgment, 04.05.2001, para. 148.

⁹⁶ AIHM, *Zarb Adami v. Malta*, Application No.17209/02, Judgment, 20.06.2006, para. 77, aynı şekilde, *Opuz v. Turkey*, Application No.33401/02, Judgment, 09.06.2009, para. 198.

konusu olduğunda daha yumuşak (less strict) delil kurallarının uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.⁹⁷

AİHM, dolaylı ayrımcılığın ispatında gündeme gelen istatistikler açısından bir eşik öngörmemiştir. AİHM bir davada, genel eğitim sisteminden dışlanarak öğrenme güçlüğü çeken çocukların eğitim gördüğü özel okullarda eğitim görmeye zorlanan Roman/Çingene çocukların durumunu değerlendirmiştir. Söz konusu davada görünüşte tarafsız olan bazı testlerin uygulanması sonucu Roman/Çingene çocuklar bu tür okullara yönlendirilmektedir. Bu davada başvurucular tüm ülkeyi kapsayan bir istatistiksel bilgi yerine, eğitimdeki nüfusun yaklaşık %2'sini kapsayan öğrenciler arasından toplanan istatistiksel bilgiye dayanmışlardır ve söz konusu bilgiye göre, söz konusu coğrafi bölgede özel okullarda okuyan öğrencilerin %50-56'sı Roman/Çingene çocuklardan oluşmaktadır. Hükümetlerarası örgütlerce hazırlanan raporlarda ise ülke genelinde bu rakam %50 ila %90 arasında değişmektedir. AİHM sonuç olarak Roman/Çingene çocukların söz konusu tarafsız görünen uygulamadan orantısız derecede yüksek biçimde etkilendikleri gerekçesiyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁸ Bu dava sonucunda istatistiksel verilerin mevcut olmadığı durumda dahi, mevcut bilgi kaynakları güvenilir ise ve bu analizi destekliyorsa, yasaklanan temellerde bir grubun orantısız ölçüde etkilendiğinin ispatlanması mümkün olabilmektedir.⁹⁹

Mahkeme'nin istatistiklerle ilgili mevcut yaklaşımı sonucunda dolaylı ayrımcılığın sadece istatistikler yoluyla ortaya konulabileceği düşünülmemelidir. Mahkeme'ye göre dolaylı ayrımcılık istatistik dışında deliller ile de ortaya konulabilir.¹⁰⁰ Bir davanın somut koşulları istatistiklere dayalı bir ispatın gerekip gerekmeyeceğini belirleyecektir. AİHM, bir düzenlemenin genel olarak bir grubu diğer gruplara nazaran daha olumsuz etkilediği veya aynı sonuca yol açan de facto (fiili) bir durumun varlığı halinde başvurucular tarafından sağlanan istatistiksel

⁹⁷ AİHM, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007, para. 186.

⁹⁸ a.g.k.

⁹⁹ a.g.k., para. 191, **Handbook on European Non-discrimination Law**, European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2011, s. 131.

¹⁰⁰ agk, para. 188, *Orsus and Others v. Croatia*, Application No.15766/03, Judgment, 16.03.2010, para. 153

verilerin farklı bir muamelenin mevcut olup olmadığını ortaya koyabileceği düşüncesindedir.¹⁰¹ AİHM önüne gelen bir davada yoğunluk bakımından farklı müfredatlar uygulanan sınıflardan, daha az yoğun müfredat uygulayan sınıflarda orantısız biçimde yüksek Roman/Çingene öğrencilerin bulunduğu ileri sürülmüştür. Hükümetin söz konusu durumun öğrencilerin Hırvatça bilgi düzeyine göre gerçekleştirdiği yönünde savunması Mahkeme’ce kabul edilmemiştir. Bu davada istatistikler söz konusu uygulamanın Roman/Çingene çocuklara yönelik genel bir uygulama olduğunu ortaya koymamışsa da, yetersiz Hırvatça bilgisi temelinde ayrı sınıflara yerleştirme uygulamasının yalnızca Roman/Çingene öğrencilere uygulanması nedeniyle farklı muamele iddiası *prima facie* olarak kanıtlanmış kabul edilmiştir.¹⁰²

Mahkeme’ye göre belirli bazı durumlarda başvuruya konu olaylar tamamen veya büyük oranda yetkili makamların münhasır bilgisi dâhiline girdiği zaman ispat yükü tatminkâr ve ikna edici bir açıklama sunulması şeklinde yetkili makamlara ait addedilmektedir.¹⁰³ Bu yaklaşım özellikle devlet kaynaklı, örneğin yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı ihlalleri veya ihlal iddiasıyla ilgili söz konusu olduğunda geçerli olabilmektedir. Mahkeme dolaylı ayrımcılıkla ilgili başvurularda başvurucuların farklı muameleyi ortaya koyma noktasında zorluk yaşadığı durumda ayrımcılık yasağı açısından etkili bir korumanın sağlanması noktasında daha gevşek delil kuralları uygulayabilmektedir.¹⁰⁴ Ancak Mahkeme bir şiddet olayının ırkçı önyargı ile gerçekleştirildiği bir durumda taraf devletin bu yönde bir amacın yokluğunu ortaya koymasının beklenemeyeceğini, ayrımcılık açısından, örneğin istihdam veya mal ve hizmetlere erişim gibi konular açısından ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişinin saikin ortaya konulmasının söz konusu olmayabileceğini kabul etmekle beraber bu durumun ırkçı bir saikle işlenen şiddet eylemleri açısından geçerli olmayacağını ifade etmiştir.¹⁰⁵ Dolayısıyla ceza hukukunu ilgilendiren bu tarz

¹⁰¹ agk, para. 180.

¹⁰² a.g.k.

¹⁰³ AİHM, *Nachova and Others v. Bulgaria*, Application No.43577/98, Judgment, 06.07.2005, para. 157; *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007, para. 179.

¹⁰⁴ AİHM, *Nachova and Others v. Bulgaria*, Application No.43577/98, Judgment, 06.07.2005, para. 147; *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007, para 186.

¹⁰⁵ AİHM, *Nachova and Others v. Bulgaria*, Application No.43577/98, Judgment, 06.07.2005, para. 157.

suçlarda ispat yükünün yer değiştirmesi ceza hukukunun kendisine özgü bazı özellikleri nedeniyle geçerli kabul edilmemektedir. Bu durumu ortaya koyan kararlar ise şiddet eylemleri ile ilgisi olmayan bir dizi karardır. AİHM, bu durumda ispat yükünün yer değiştirmesine izin vermiştir.¹⁰⁶

AİHM ispat yükünün paylaşılması ve ceza yargılamalarında adil yargılanma hakkı arasında bir denge bulmaya çalışmaktadır. Bir yargılamada konunun açık olduğu durumlarda ceza yargılamasında adil yargılanma hakkının mutlak olmadığı ve taraf devletlerin belli sınırlar içerisinde konunun önemi ve savunma hakkını gözeterek bir yaklaşım benimseyebileceğini ifade etmiştir.¹⁰⁷ Mahkeme masumiyet karinesinin çok geniş yorumlanmasının, örneğin, etnik ayrımcılık iddiası yargı organları önüne geldiğinde, soruşturmanın etkililiğini azaltacağını ifade etmiştir.¹⁰⁸

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi de, bir dizi kararda ispat yükünün yer değiştireceğine karar vermiştir. Komite, bir başvuruda kamu görevlileri için ayrımcılığın yasaklanmasına karşın ispat yükünün paylaşılması ile ilgili olarak, ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılık vakalarında buna yer veren bir yasal düzenlemeye karşın diğer temellerde bu imkânın tanınmamasını değerlendirmiştir. Komite, ispat yükünün paylaşılmasına dair kuralların ayrımcılık yasağına karşı etkili bir koruma için gerekli olduğunu, kamu görevlilerinin ayrımcılık iddialarının soruşturma usulünü (inquisitorial procedure) uygulayan idari mahkemelerin görev alanına girdiğini ve bu nedenle ispat yükü ile ilgili kuralların çelişmeli yargılamadan farklılaşacağını ancak buna rağmen ispat yükünün paylaşılmasına dair kurallarla ilgili düzenlemelerin mevcut olmamasını ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir.¹⁰⁹

ASHK başka bir kararında ise, ispat yükünün tamamen şikâyetçi üzerinde olamayacağını ve uygun biçimde taraflar arasında paylaşılması gerektiğini belirtmiştir. Komite söz konusu uygulamanın toplu şikâyet başvuruları için

¹⁰⁶ Bkz, AİHM, *Moldovan and Others v. Romania (no. 2)*, Application No.41138/98, Judgment, 12.07.2005; *Timishev v. Russia*, Application No.55762/00, Judgment, 13.12.2005.

¹⁰⁷ AİHM, *Salabiaku v. France*, Application No.41087/98, Judgment, 05.07.2001, para. 28; *Phillips v. the United Kingdom*, Application No.41087/98, Judgment, 05.07.2001, para. 40; *Janosevic v. Sweden*, Application No.34619/97, Judgment, 23.07.2002, para. 101-104.

¹⁰⁸ AİHM, *Nachova and Others v. Bulgaria*, Application No.43577/98, Judgment, 06.07.2005, para. 128-130.

¹⁰⁹ ASHK, *Syndicat SUD Travail Affaires Sociales v. France*, Complaint No. 24/2004, Decision, 20.11.2005, para. 34.

uygulanen usulde de geçerli olduğunu ifade etmiştir. Komite başvuru örgüt tarafından sunulan ve farklı muameleyi ortaya koyan istatistikleri göz önünde tutarak söz konusu istatistiklerle ilgili olarak farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmadığının aleyhine başvuru yapılan Hükümet tarafından ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁰ Komite ispat yükünün yer değiştirmesine yol açacak deliller konusunda açık bir görüş belirtmemiştir. Ancak, örneğin, bir hükümetdışı örgüt tarafından yapılan araştırma, görgü tanıklarının ifadeleri, basın yayın organlarında yer alan haberler ispat yükünün yer değiştirmesi için yeterli kabul edilebilmektedir.¹¹¹

AB hukukunda ispat yükünün paylaşılması ile ilgili yukarıda belirtilen açık düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak ispat yükünün paylaşılması konusu öncelikle içtihat hukuku kapsamında gündeme gelmiş ve daha sonra hukuk kuralı haline getirilmiştir.¹¹² ABAD 1989 yılında sonuçlanan bir davada, ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişinin kural olarak bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğunu belirtmiş ve ardından istihdamda, ispat için gerekli olan belgelere şeffaflık gibi nedenlerle erişimin mümkün olmadığı durumda, ispatla ilgili belirtilen yükümlülüğün yumuşatılmasını ve ayrımcılık oluşturduğu ileri sürülen vakaların ortaya konulması ile ispat yükünün yer değiştirebileceğini ifade etmiştir.¹¹³ Söz konusu davada erkek işçilerin kadın işçilerden %6,85 daha fazla ücret alması değerlendirilmiştir.

ABAD 4 yıl sonra başka bir davada ise bu kez şeffaflığın sağlandığı durumlarda da ispat yükünün yer değiştirmesine izin vermiştir.¹¹⁴ Bu davada cinsiyet temelli bir farklı muamele gibi görünmemesine karşın performansa dayalı olarak yapılan fazla ödemelerin nesnel olmayan ölçütlere dayandırılması

¹¹⁰ ASHK, *Mental Disability Advocacy Center (MDAC) v. Bulgaria*, Complaint No. 41/2007, Decision, 10.06.2008, para. 52.

¹¹¹ ASHK, *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. France*, Complaint No. 63/2010, Decision, 13.07.2011, para. 52.

¹¹² Mark Bell, **Anti-discrimination Law and the European Union**, Oxford University Press, New York, 2002, s. 46.

¹¹³ ABAD, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss*, Case 109/88, Judgment of the Court of 17 October 1989, para. 12 vd.

¹¹⁴ ABAD, *Dr. Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, Case C-127/92, Judgment of the Court of 27 October 1993, para. 15; benzer şekilde, ABAD, *Specialarbejderforbundet i Danmark v. Dansk Industri, formerly Industriens Arbejdsgivere, acting for Royal Copenhagen A/S*, Case C-400/93, Judgment of the Court of 31 May 1995, para. 28.

değerlendirilmiştir. Davada yargı organlarının dolaylı ayrımcılıkla ilgili iddialarda görevinin, önüne gelen istatistikleri ve bu istatistiklerin yeterli sayıda kişiyi içerip içermediğini, sadece arızı veya kısa dönemli bir durumu yansıtıp yansıtmadığı veya önemli görünüp görünmediğini değerlendirmek olduğu vurgulanmıştır.¹¹⁵ Görüldüğü gibi ABAD önceleri dolaylı ayrımcılık açısından yukarıda belirtilen ilk anlayışı benimsemiştir ve istatistiklere dayalı bir ispat rejimi öngörmüştür.

AB hukukunda dolaylı ayrımcılığın ispatında istatistiksel delillerle ilgili bir eşik öngörülmemiştir ancak “önemli” bir sayıya ulaşılması gerekmektedir. Bir düzenlemenin cinsiyet temelinde ayrımcı nitelikte etki ve sonuç doğurduğuna dair bir karine ancak, görünüşte tarafsız kural veya uygulamanın, erkeklerden çok fazla sayıda kadını¹¹⁶ veya kadınlara göre daha küçük bir oranda erkekleri¹¹⁷ etkilediğinin ortaya koyulması ile ortaya konulabilir. ABAD bir davada konuşma terapistlerinin büyük oranda kadınlardan oluştuğu, eczacılar ve klinik psikologların ise büyük oranda erkeklerden oluştuğu ve konuşma terapistlerinin, eczacılar ve klinik psikologlardan belirgin oranda daha az ücret alması olgusunu değerlendirilmiştir. ABAD söz konusu davada, bu ücret farklılığının büyük oranda kadınları etkilemesi durumunda cinsiyet ayrımcılığının *prima facie* olarak ortaya konulmuş sayılacağına hükmetmiştir. ABAD, iş gücü ile ilgili olarak öne sürülen istatistiklerin geçerliliğinin, yeterli sayıda kişiyi içerip içermediğinin, yalnızca kısa süreli bir dönem için geçerli olan biri durumu yansıtıp yansıtmadığının ve bu anlamda önemli olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin, Üye Devlet yargı organlarınca değerlendirileceğini ifade etmiştir.¹¹⁸

ABAD bir davada, cinsiyet temelli ayrımcılık bağlamında ispat yükünün yer değiştirebilmesi için iç hukukta bulunan yargı organlarının farklı muamelenin korunan gruba mensup çok sayıda kişiyi etkileyip etkilemediğini belirlemek

¹¹⁵ ABAD, *Dr. Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health* Case C-127/92, Judgment of the Court of 27 October 1993, para. 17.

¹¹⁶ ABAD, *Ingrid Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG.*, Case 171/88, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 13 July 1989, para. 15.

¹¹⁷ ABAD, *Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg*, Case C-33/89, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 27 June 1990, para. 16; *Helga Nimz v Freie und Hansestadt Hamburg*, Case C-184/89, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 7 February 1991, para. 15.

¹¹⁸ ABAD, *Dr. Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, Case C-127/92, Judgment of the Court of 27 October 1993, para. 16-17; *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, Case C-167/97, Judgment of the Court of 9 February 1999, para. 62.

durumunda olduklarını ifade etmiştir.¹¹⁹ ABAD bu davada kadınlar ve erkekler arasında daha düşük seviyede bir orantısızlığın uzun bir dönem boyunca erkekler ve kadınlar arasında devamlı ve nispeten sabit bir eşitsizliği göstermesi durumunda dolaylı ayrımcılığın kanıtı olabileceğine işaret etmiştir.¹²⁰

ABAD başka bir davada ise, cinsiyet temelli ayrımcılık bağlamında ispat yükünün yer değiştirebilmesi için işten çıkarılma ile ilgili durumlarda çıkarılma bir dizi koşula bağlanıyorsa ve bu koşullardan kadınlar yüksek oranda etkilenerek işten çıkarılma durumunda kalıyorsa görünüşte dolaylı ayrımcılık oluşacağı ölçütünü ortaya koymuştur.¹²¹ ABAD bir başka davada da yarı zamanlı çalışanlara yönelik bazı düzenlemeler görünüşte tarafsız olmasına karşın, maaş bakımından tam zamanlı çalışanlara göre dezavantaj yaratması ve bu statüde çalışanların %88'inin kadın olması nedeniyle cinsiyet temelinde ayrımcılık karinesine ulaşıldığına karar verilmiştir.¹²²

AB hukukunda önemli ölçüde küçük farklılıklar taşıyan muameleler de, söz konusu farklılık süreklilik taşıyorsa dolaylı ayrımcılığın oluşabilecektir. Bu noktada dolaylı ayrımcılığın mevcut olduğu iddiasının ortaya atıldığı anda konu ile ilgili güvenilir istatistiklerin mevcudiyeti ayrımcılığı ortaya koyabilmektedir. Böyle bir durumda ispat yükü yer değiştirerek ayrımcılık iddiasına yol açan eylemi veya işlemi gerçekleştiren taraf farklı muamelenin ardında nesnel bir nedenin varlığını ve alınan önlemin bu nesnel nedenin gerçekleştirilmesi için uygun ve orantılı olduğunu ortaya koymak durumundadır.

D. Ayrımcılığın Güncel Görünümleri ve İspat Yükünün Paylaştırılması

¹¹⁹ ABAD, *Kathleen Hill and Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners and Department of Finance*, Case C-243/95, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 17 June 1998, para. 35; *Bilka - Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, Case 170/84, Judgment of the Court of 13 May 1986, para. 31.

¹²⁰ ABAD, *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, Case C-167/97, Judgment of the Court of 9 February 1999, para. 61.

¹²¹ a.g.k., para. 65.

¹²² ABAD, *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main ve Silvia Becker v. Land Hessen*, Joined Cases C-4/02 and C-5/02, Judgment of the Court (Fifth Chamber), Judgment of the Court of 23 October 2003.. Benzer şekilde, *Hellen Gerster v Freistaat Bayern*, Case C-1/95, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 2 October 1997.

İspat yükü bakımından doğrudan ve dolaylı ayrımcılık açısından farklı uygulamalar ortaya çıkmaktadır. Doğrudan ayrımcılık bir kişiye, bir özelliğine dayalı olarak, karşılaştırılabilir bir durumda, diğer bir kişiye göre daha az tercih edilir şekilde muamele edilmesi, edilmiş olması veya edilebilir olması halinde ortaya çıktığı için, ayrımcılık mağduru olduğunu iddia eden tarafın bir dizi konuda delil sunması gerekecektir. Bunlar ayrımcılığın yasaklandığı bir temelde, şikâyetçi ile karşılaştırılabilir durumda olan, gerçek veya farazi bir kişiye göre, daha az tercih edilir bir muameleyle maruz kaldığını içermelidir. Bu durumda ispat yükü karşı tarafa geçmektedir ve ilgili tarafın farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmadığını ortaya koyması gerekmektedir. Elbette bu noktada örneğin hamilelik ile ilgili durumlarda karşılaştırma öznesinin bulunması mümkün olmayabilmektedir.¹²³ Ayrıca uygun karşılaştırma öznesinin belirlenmesi ve kimlerin karşılaştırılabilir olduğunun tespiti beraberinde bir keyfiyeti de getirmektedir.¹²⁴

Doğrudan ayrımcılıkta ayrımcılık saiki açıkça ortada ise, örneğin bir iş ilanında erkek işçi arandığına dair bir ifade yer alıyorsa, bu durumda ayrımcılığın ispatı daha kolaydır. Ancak farklı muameleyi gerçekleştiren kişinin bir kişinin bir özelliği nedeniyle bu şekilde davrandığını ortaya koymak kolay değildir. Doğrudan ayrımcılığın ispatında istatistikler de rol oynayabilmektedir. Bir kişinin farklı muameleyle maruz kaldığı durumda, bu kişi ile benzer özelliğe sahip başka kişilerinde benzer muameleyle maruz kaldığının ortaya konulması ispat yükünün yer değiştirmesi ile sonuçlanabilmektedir.¹²⁵

Dolaylı ayrımcılık açısından ise temel yaklaşım doğrudan ayrımcılıkla aynıdır. Bu kez görünüşte tarafsız kural, ölçüt veya uygulamanın, ayrımcılığın yasaklandığı özelliklerden biri bakımından kişileri, belirli bir dezavantaj yaratması hali göz önünde tutulmaktadır. Bu noktada mağdurun söz konusu görünüşte tarafsız kural, ölçüt veya uygulamanın mensubu olduğu grup açısından dezavantaj

¹²³ Bell, *Direct Discrimination*, s. 216.

¹²⁴ Matteo Bonini-Baraldi, *The Burden of Proof in Discrimination Cases: Elements for a Conceptualisation From a Private Law Perspective*, Academy of European Law, Trier, 29-30 September 2008, s. 4, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2008_Bonini_EN.pdf (erişim:01.04.2012)

¹²⁵ Bell, *Direct Discrimination*, s. 253.

oluşturduğunu ortaya koyması gerekmektedir. Bunun başarıldığı durumda ise karşı tarafın makul ve nesnel bir nedenin mevcudiyetini ortaya koyması beklenmektedir.¹²⁶

Dolaylı ayrımcılıkta da ispat noktasında bir dizi sorun ortaya çıkabilmektedir. Görünüşte tarafsız kural, ölçüt veya uygulamanın dezavantajlı bir durum yarattığının ortaya konması kimi zaman kolay kimi zaman ise oldukça zor olabilmektedir. Örneğin aile sorumluluklarının toplumsal cinsiyet rolleri çerçevesinde genellikle kadınlar tarafından yerine getirildiği düşünüldüğünde kısmi zamanlı çalışan kişilerin tam zamanlı kişilere göre orantısız biçimde dezavantajlı şartlarla istihdam edildiği durumda, söz konusu uygulama aynı zamanda toplumsal bir teamül olduğu için ispat konusunda daha az güçlük çıkarabilecektir.

Dolaylı ayrımcılığın iki farklı tanımı söz konusudur ve bu tanımlara bağlı olarak farklı ispat araçları gündeme gelebilmektedir.¹²⁷ Dolaylı ayrımcılığın bir biçimi olan ve yukarıda ifade edilen genel bir kural, ölçüt veya uygulamanın belirli bir gruba mensup orantısız biçimde yüksek sayıda kişinin diğer gruplara mensup kişilere göre daha dezavantajlı duruma sokması ve orantısız etki doğurması halinde, istatistikler gündeme gelmektedir.¹²⁸ Dolaylı ayrımcılığın belirlenmesinde grup temelli yaklaşım olarak ifade edilebilecek¹²⁹ bu tarz bir tanım, istatistiksel analize dayanmaktadır ve ayrımcılık iddiasında bulunan kişinin farklı muameleyi inandırıcı biçimde ortaya koyacak istatistikler sunması beklenmektedir. İstatistiklerin karşılaştırılabilir durumda iki gruptan birinin daha dezavantajlı durumda bulunduğunu ortaya koyacak biçimde olması ve güvenilir ve inandırıcı nitelikte olması gerekmektedir.¹³⁰ Örneğin tarafsız bir ölçütün istihdamda kadınları erkeklere göre daha olumsuz etkilediğinin ortaya konulması için özellikle şu verilerin ortaya konulması gerekecektir. Öncelikle genel olarak işgücü içerisinde kadın işçilerin erkek işçilere oranının ortaya konulması, ardından ise mevcut bir ölçütün uygulandığı somut bir işyerinde veya sektörde kadın işçilerin erkek işçilere oranının

¹²⁶ Bonini-Baraldi, s. 4.

¹²⁷ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz, De Schutter, *Methods of Proof in the Context of Combating Discrimination, Proving Discrimination*, s. 24 vd; Schiek, *Indirect Discrimination*, s. 372.

¹²⁸ AB hukukunda bu tür dolaylı ayrımcılık tanımlamasına yer veren bir belge olarak bkz, Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne Dair 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/EC sayılı Konsey Direktifi, madde 2/2.

¹²⁹ Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yay., Ankara, 2008, s. 80.

¹³⁰ ABAD, *Dr. Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, Case C-127/92, Judgment of the Court of 27 October 1993, para. 16.

ortaya konulması gerekmektedir. Bu şekilde bulunacak rakamlar açısından ikinci oranın ilk oranın altında yer aldığı durumda dolaylı ayrımcılık *prima facie* olarak ispatlanmış olacaktır.¹³¹ İspat yükünün yer değiştirmesine yol açacak istatistiksel veride ilk oranın ikinci orandan yüksek olduğu durumda orantısız etkiyi ortaya koyabilecektir.¹³² Şüphesiz bu yönde bilgilerin mağdurlarca erişilebilirliği her zaman kolay olmamaktadır. Hatta belli durumlarda, örneğin etnik köken, cinsel yönelim gibi temeller açısından bu yönde güvenilir ve yeterli veriye erişilmesi mümkün değildir ve çoğunlukla böyle bir veride bulunmamaktadır. Belirtilen özelliklere sahip kişilerle ilgili veri toplanması, özellikle söz konusu özelliklerin yerine getirilen işle ilgili bulunmadığı durumlarda, zaten toplanmamaktadır veya toplanması ayrımcılığa yol açabileceği gerekçesi ile meşru kabul edilmemektedir.¹³³

Başka bir zorluk ise karşılaştırma yapılacak grupların seçilmesidir.¹³⁴ Bu noktada dolaylı ayrımcılığın ortaya konulması için doğru bir grubun karşılaştırma öznesi olarak seçilmesi gerekmektedir. Dolaylı ayrımcılığa uğrayan mağdurun bu noktada orantısız etkiyi ortaya koymada başarı şansı ne kadar küçük bir grup seçerse o kadar yüksek olmaktadır.¹³⁵ Orantısız etkiye odaklanmış bir dolaylı ayrımcılık anlayışı benimsendiği durumda karşılaştırma yapıldıktan sonra ortaya konulan oranlar arasındaki fark da önem kazanmaktadır.¹³⁶ Bu noktada bu fark ne kadar yüksek olursa, mağdurun başarı şansı yine o kadar yüksek olacaktır.¹³⁷ Yine de bu şekilde bir orantısız etkinin istatistiklerle ortaya konulduğu durumda farklı muameleden sorumlu tutulan tarafın tarafsız görünen kural, ölçüt veya uygulamanın nesnel ve makul bir gerekçesi bulunduğunu ortaya koyması gerekecektir.

¹³¹ De Schutter, *Methods of Proof in the Context of Combating Discrimination, Proving Discrimination*, s. 27.

¹³² Bu konuda tablo ve hesaplamalar içeren bir örnek için bkz, Kevin Duffy, *Shifting the Burden of Proof and Objective Justification*, European Academy of Law, Trier, 10-11 November 2008, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2009_Duffy_EN.pdf (erişim:01.04.2012)

¹³³ De Schutter, *Methods of Proof*, s. 28.

¹³⁴ Ina Sjerps, *Effects and Justifications or How to Establish a Prima Facie Case of Indirect Sex Discrimination*, **Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives**, Titia Loenen; Peter R. Rodrigues (ed.), Kluwer Law International, The Hague, 1999, s. 245-246; Mark Finlay, *Indirect Discrimination and the Article 13 Directives*, **Equality in Diversity**, Cathryn Costello; Eilis Barry (ed.), Irish Centre for European Law, 2003, s. 139; Schiek, *Indirect Discrimination*, s. 401 vd.

¹³⁵ Bonini-Baraldi, s. 11.

¹³⁶ Sjerps, s. 246; Finlay, s. 141.

¹³⁷ Örneğin, ABAD, *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, Case C-167/97, Judgment of the Court of 9 February 1999, para. 61.

Dolaylı ayrımcılıkla ilgili bir başka durum olan bir önlemin nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın farklı durumda kabul edilebilecek bir kişiye veya bir kategoriye giren kişilere herhangi bir istisna getirilmeksizin uygulanması durumunda bu kişilerin zarar görmesi halinde de benzer yaklaşım sergilenecektir. Burada belirli gruplara mensup kişileri özellikle dezavantajlı duruma getiren tarafsız ancak şüpheli ölçütler gündeme gelmektedir.¹³⁸ Burada ayrımcılığa uğradığını iddia eden tarafın söz konusu zararın belirli bir gruba mensubiyetten dolayı gerçekleştiğini ortaya koyması beklenmektedir. Karşı tarafın ise aynı şekilde tarafsız gözükene kural, ölçüt veya uygulamanın gerekliliğini ortaya koyması gerekmektedir. Ancak bu durumda ilk durumdan farklı olarak, söz konusu kural, ölçüt veya uygulamanın belirli bir gruba mensup kişiler aleyhine orantısız bir etki doğurduğunun ortaya konulması ve istatistiklere dayanılması gerekliliği ortaya çıkmayacaktır. Dolayısıyla ispat yükünün paylaşılması ile ilgili kurallar aynı olmakla birlikte ispat araçları farklılık göstermektedir. Bu şekilde sadece istatistiklere dayalı olmayan, ancak istatistiklerin kalitatif argümanlara dayalı delilleri desteklemek için kullanılabilmesi bir dolaylı ayrımcılık ispat rejiminin daha etkili olacağı ifade edilmektedir.¹³⁹ İstatistiklere dayalı ispatla ilgili yaşanan sorunlar nedeniyle AB hukukunda 97/80/EC sayılı Direktif'te yer alan düzenleme daha sonraki Direktiflerde terk edilmiştir.¹⁴⁰ AB hukukunda bugün dolaylı ayrımcılık açısından istatistiklerle ispat zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁴¹ Geçmişte geçerli olan dolaylı ayrımcılığın grup temelli olarak belirlenmesi anlayışı yerini birey temelli, diğer bir deyişle bir grubun bütünüyle etkilenmesini değil bir bireyin etkilenmesini dahi yeterli gören bir anlayış geçerli hale gelmiştir.¹⁴²

Dolaylı ayrımcılıkta yukarıda ifade edilen her iki durum açısından da belirtilmesi gerekli bir başka durum ayrımcılığın haklı kılınabilme ihtimalidir. Özellikle AB hukukunda doğrudan ayrımcılık açısından herhangi bir haklı kılma

¹³⁸ Örneğin, ABAD, *John O'Flynn v. Adjudication Office*, Case C-237/94, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 23 May 1996, para. 20. AB hukukunda bu tür bir dolaylı ayrımcılık tanımlamasına yer veren üç belge için bkz, 2000/43/EC sayılı Direktif, 2000/78/EC sayılı Direktif ve 2006/54/EC sayılı Direktif.

¹³⁹ Sjerps, s. 247.

¹⁴⁰ Bonini-Baraldi, s. 10; Schiek, *Indirect Discrimination*, s. 423.

¹⁴¹ Bell, *Anti-discrimination Law and the European Union*, s. 75; Finlay, s. 149.

¹⁴² Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, s. 81.

olanağı bulunmamaktadır ve ancak sınırlı sayıda ayrımcılık oluşturmeyen farklı muameleye dayanılabilmektedir. Ancak dolaylı ayrımcılıkta haklı gerekçeye dayanılması mümkün olabilmektedir. Bu nedenle dolaylı ayrımcılığın mağdur tarafından *prima facie* olarak ortaya konulduğu durumda, karşı tarafın iki şekilde davranması mümkündür. Ayrımcı muameleden sorumlu olduğu iddia edilen taraf, ya görünüşte tarafsız kural, ölçüt veya uygulamanın dezavantaj yaratmadığını ya da haklı gerekçeleri bulunduğunu ortaya koyacaktır.

Görüldüğü gibi ispat yükü ayrımcılık mağdurundan farklı muameleyi gerçekleştiren veya farklı muameleden sorumlu olan kişiye geçtiğinde, başka bir deyişle ayrımcılık karinesi ortaya çıktığında, bu kişinin iki farklı biçimde karineyi çürütmesi mümkün olabilecektir. İlk olarak karşılaştırma bakımından, mağdur tarafından kişi veya muamele açısından yapılan karşılaştırmanın doğru olmadığı, yasaklanan ayrımcılık temellerinden birine dayalı olarak farklı muamelelerin gerçekleştirilmediği ortaya konulabilir. Ancak bu durum doğrudan ve dolaylı ayrımcılık açısından gündeme gelebilecektir. Yukarıda da ifade edildiği gibi taciz ve ayrımcılık talimatı açısından bir karşılaştırma yapılması gerekmemektedir. Karşılaştırmanın uygun olmadığına ortaya konulamadığı durumda, ikinci olarak ise, farklı muamelelerin meşru bir amaçla, makul ve nesnel nitelikte ve orantılı biçimde öngörüldüğü ve bu nedenle ayrımcılık oluşturmayacağı ortaya konulabilir.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili gündeme gelen bir diğer konu olan taciz, cinsel taciz ve mağdurlaştırma açısından da ispat yükünün paylaşılması gündeme gelmektedir. Bu kavramların, elbette kendine özgür durumları göz önünde tutularak, ayrımcılıkla bağlantılı kavramlar oldukları kabul edilerek, benzer şekilde ispat yükü ile ilgili düzenlemelere tabi olması ve mağdurların bu olanaktan yararlanması ayrımcılık yasağına dair etkili bir koruma açısından aynı derecede önem taşımaktadır.

E. Türk Hukukunda İspat Yükünün Paylaşılması

1.Ceza Yargılamasında İspat Yükünün Paylaşılması

Ceza yargılamasında deliller noktasında re'sen araştırılma ilkesi geçerlidir. Bu ilke savcılık ve mahkemenin iddia konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini ve eğer gerçekleşmiş ise gerçekten nasıl gerçekleştiğini re'sen araştırmak ve aydınlatmak zorunda olmasını ifade etmektedir. Savcılık ve mahkemenin yargılamada maddi gerçeği ortaya çıkarma yükümlülüğü söz konusudur.¹⁴³ Dolayısıyla ispat yükünün paylaşılmasına dair gündeme gelen yaklaşımın ceza hukuku açısından tam anlamıyla gündeme gelmesi mümkün gözükmemektedir. Hatta ceza yargılamasında ispat yükü sorununun olmadığı dahi ifade edilmektedir.¹⁴⁴ İspat yükü ceza yargılamasında temel olarak iddia makamı üzerindedir ve “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereği bir kimsenin bir suçu işlediği konusunda %100 oranında kesin kanaate ulaşamadığı durumda sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilememektedir. Ayrıca ceza yargılamasında geçerli olan “masumiyet karinesi” ilkesi doğrultusunda şüphelinin ya da sanığın kendi suçsuzluğunu ispat etme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.¹⁴⁵

Türk hukukunda ayrımcılık yasağı ceza hukuku açısından suç olarak düzenlenmiştir. Ayrımcılıkla ilgili iddiaların genel olarak ispatı güçtür. TCK'nun 122. maddesi bir ceza hukuku düzenlemesi olduğundan dolayı ispat yükünün sanığın aleyhine yer değiştirmesi düşünülmeye mümkün değildir. Suç sayılan bir hareket nedeniyle kişinin cezalandırılabilmesi ancak kastın varlığı halinde mümkündür. 122. maddede yer alan ayrımcılık suçunun manevi unsuru kasttır ve taksirle işlenmesi mümkün değildir. Suç ancak bilerek ve isteyerek işlenebilir bir suçtur. Kast, özel ve genel kast olarak farklılaşabilmekte ve suçun ancak belli bir amaçla işlenmesinin öngörüldüğü durumlarda özel kast söz konusu olmaktadır.

Burada amacın gerçekleşmesi şart görülmemektedir.¹⁴⁶ Öğretide suçun özel bir kastla, başka bir deyişle “kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle...” gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴⁷ Madde gerekçesinde, “...Ancak menfi nitelik arz eden

¹⁴³ Ünver; Hakeri, s. 56.

¹⁴⁴ Öztürk vd., s. 264.

¹⁴⁵ Ünver; Hakeri, s. 72; Öztürk vd., s. 131

¹⁴⁶ Faruk Erem; Ahmet Danişman; Mehmet Emin Artuk, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yay., Ankara, 1997, s. 448.

¹⁴⁷ Osman Yaşar; Hasan Tahsin Gökcan; Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt III, Madde 86-16, Adalet Yay., Ankara, 2010, s. 3864; Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu**

ve ihmal tabiatında bulunan bütün bu hareketler maddenin birinci fıkrasında gösterilen saiklere bağlı olarak gerçekleştirilecektir; yukarıda belirtilen olumsuz hareketler, kişilere karşı kökenleri, cinsiyetleri, aile durumları, örf ve adetleri, kişilerin değişik felsefi inançları, ayrı bir etnik gruba mensup bulunmaları, farklı ırk, din, mezhep mensubu bulunmaları nedeni ile gerçekleştirilmiş olacaktır...” ifadelerine yer verilmiştir. Dolayısıyla maddenin gerekçesi de bu yönde yorumları desteklemektedir. Ayrıca 122. maddenin kanun sistematigi içerisinde “Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında yer almasının ve bu başlık altında yer alan tüm suçların insan hak ve özgürlüklerini sınırlamaya yönelmiş olmasının özel kast iddiasını desteklediği de belirtilmektedir.¹⁴⁸ Ayrımcılığın bir biçimi olarak kabul edilen cinsel tacizin suç olarak düzenlendiği TCK’nun 105. maddesinde yer alan suçun da ancak özel kastla işlenebilecek bir suç olduğu ifade edilmektedir.¹⁴⁹ Dolayısıyla ayrımcılık suçu kapsamında özel kast ile ilgili ifade edilen düşünceler cinsel taciz suçu için de aynen geçerli olmaktadır.

122. maddede belirtilen kastla ilgili bir diğer görüş ise suçun özel kastla değil genel kastla işlenebileceği yönündedir. Maddenin kaleme alınışından hareketle suçun manevi unsurunun genel kast olduğu, gerekçede belirtilen failde yer alan saikin kastın özel kast haline dönüşmesini değil aksine hareketin metinde yer alan neticeye yönelmesini ifade ettiği vurgulanmıştır.¹⁵⁰ Bu suçta özel kastın varlığının arandığı kabul edildiğinde ispatı oldukça güç bir suçun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi ve faildeki ayrımcı düşünceler dış dünyaya yansımada manevi unsurun oluşmadığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁵¹ Bu konuda örnek olarak ticari kaygılarla malın bedelinin tahsil edilemeyeceği endişesiyle belli gruplara malın satılmak istenmemesi

Yorumu, Cilt:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 514; Necati Meran, **Kişilere Karşı Suçlar**, Seçkin Yay., Ankara, 2005, s. 423; A. Caner Yenidünya, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., Cilt 4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 112.

¹⁴⁸ İdil Işıl Gül, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansımaları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 242.

¹⁴⁹ Tezcan vd., s. 332.

¹⁵⁰ Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt II, Özel Hükümler**, (Madde 76-169), Seçkin Yay., Ankara, 2008, s. 829; Şen, s. 829.

¹⁵¹ Mehmet Emin Artuk; Ahmet Gökçen; Ahmet Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler**, Madde 76-131, 3. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 3037, s. 3038.

verilmektedir.¹⁵² Bu durumda failin kastının sözel olarak ortaya konulması halinde suç oluşacaktır. Ancak bu şekilde bir yorum normun uygulanmasını neredeyse imkânsız hale getirecektir. Elbette bu durum ceza hukukun kendine özgü özellikleri ile uyumlu olmakla birlikte ayrımcılık yasağının etkili hale getirilmesi amacıyla uyuşmamaktadır. Yine bu suçta, saik suçun temel şeklinde aranan bir unsur olduğu için olası kastın söz konusu olamayacağı da ifade edilmiştir.¹⁵³

Madde ile ilgili olarak suçun oluşmayabileceği bazı durumlara örnekler verilmiştir. Bir örnekte “ülkenin yüksek menfaatlerine aykırılığı nedeniyle örneğin yabancılara taşınmaz mal satılmamasını düşünen bireyin kendi taşınmaz malını yabancıya satmayı reddetmesi” halinde ayrımcılık suçunun oluşmayacağı ifade edilmiştir.¹⁵⁴ Başka bir örnekte ise uzun seyahatler nedeniyle bekâr tercih edilmesi, erkek gücü gerektiren iş nedeniyle kadın kabul edilmemesi halinde cezalandırma söz konusu olmayabileceği söylenmiştir.¹⁵⁵ Verilen örnekler de farklı muamele ayrımcılık oluşturmaktadır ve ifade edilen gerekçelerin her durumda haklı neden kabul edilmesi mümkün değildir.

TCK'nun 122. maddesi ile ilgili gündeme gelen başka bir konu, mağdurunun ayrımcı muameleye yönelik rızasının mevcut olduğu durumda suçun oluşup oluşmayacağı konusudur. TCK'nun 26. maddesine göre “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”. Görüldüğü gibi mağdurun rızası suç oluşturan fiili hukuka uygun hale getirebilmektedir. Ancak bazı durumlarda mağdurun rızası hukuka aykırılığı etkilememektedir.¹⁵⁶ Ceza hukukunda rızanın bir fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için bazı şartlar getirilmiştir. Rızayı açıklayan kişinin rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibi, başka bir deyişle rızayı açıklamaya ehil olması; açıklanan rızanın rızayı bozabilecek nedenlerden etkilenmemiş olması ve mağdurun rıza gösterilen konu üzerinde mutlak surette tasarruf hakkına sahip olması gerekmektedir. Malvarlığına yönelik suçlarda, şeref hakkı, kişi özgürlüğü ve cinsel özgürlük gibi konularda mağdurun rızasının fiili suç

¹⁵² Şen, s. 515-516.

¹⁵³ Özbek, s. 830; Yenidünya, s. 112.

¹⁵⁴ Ali Parlar; Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İctihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, (72-145. Maddeler), 2. Cilt**, Seçkin Yay., Ankara, 2008, s. 1899.

¹⁵⁵ Haydar Erol, **Gerekçeli, Açıklamalı ve İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara, 2005, s. 637.

¹⁵⁶ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yay., Ankara, 2009, s. 303.

olmaktan çıkaracağı belirtilmektedir.¹⁵⁷ Maddede sayılan hareketlerin unsurlarının genellikle ekonomik faaliyetler olduğu ve kişilerin sözleşme özgürlüğü kapsamında diledikleri kimselerle sözleşme yapma veya yapmama özgürlüğü bulunduğu ifade edilmiştir.¹⁵⁸

AİHM, ayrımcılık yasağının ihlali noktasında bir “kast” aramamakta ve belirli bir grup üzerinde orantısız biçimde olumsuz etkileri olan genel bir politika veya tedbirin özel olarak o grubu hedef alıp almadığına bakılmaksızın ayrımcı nitelikte kabul edilebileceğini ifade etmiştir.¹⁵⁹ Ayrımcı muameleler söz konusu olduğunda bu şekilde bir muameleye uğrayan kişinin söz konusu muamele için rıza göstermiş olması da AİHM tarafından kabul görmemektedir. Mahkeme özellikle ırk ayrımcılığının söz konusu olduğu durumlarda önemli bir kamu yararı ile çatıştığı için bu şekilde bir rızayı veya feragati geçerli görmemektedir.¹⁶⁰ Dolayısıyla ayrımcılık temellerine dayalı olarak farklı muamelede mağdurun rızasının bulunması halinde suçun oluşmayacağı düşüncesi ayrımcılık yasağının önemi ve AİHM kararları ile de çelişecektir.

2.Hukuk Yargılamasında İspat Yükünün Paylaştırılması

a. Genel Olarak İspat Yükünün Paylaştırılması

Türk hukukunda hukuk yargılaması usulünde ispat yükü ile ilgili genel kural Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi ile ifade edilmiştir. Buna göre “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” Ancak bu kuralın ispat yükü ile ilgili sorunları çözmeye yeterli görülmemektedir. Bu sebeple HMK'nun 190. maddesinde “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.” denilerek kavram daha net bir

¹⁵⁷ a.g.e., s. 304 vd.

¹⁵⁸ Yaşar; Gökcan; Artuç, s. 3865.

¹⁵⁹ AİHM, *Opuz v. Turkey*, Application No.33401/02, Judgment, 09.06.2009, para. 183; *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007, para. 175.

¹⁶⁰ AİHM, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007, para. 204; *Orsus and Others v. Croatia*, Application No.15766/03, Judgment, 16.03.2010, para. 178; *Sampanis and Others v. Greece*, Application No.32526/05, Judgment, 05.06.2008, paras. 94-95.

hale getirilmiştir.¹⁶¹ Benzer bir düzenleme, haksız fiil sorumluluğu ile ilgili olarak TBK'nun 50. maddesinde “zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.” şeklinde yer almıştır. İspat yükü hukuk yargılamasında davalı veya davacı sıfatına bağlı değildir ve bir iddiayı ileri süren taraf iddiasını ispatla yükümlü tutulmuştur. Bu nedenle ayrımcılık iddiasını öne süren kişi bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Türk hukukunda ispat yüküne dair bazı özel durumlar kabul edilmiştir. Örneğin TBK'nun 66. maddesine göre “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.” hükmü kapsamında haksız fiil sorumluluğunda ve 112. maddesine göre borcun hiç ve gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesi talebinde kusursuzluğu ispat etmek gerekmektedir ve ispat yükü yer değiştirmiştir.

b. Bireysel ve Toplu İş Hukukunda İspat Yükünün Paylaştırılması

(1) Genel Kural

Türk hukukunda ayrımcılık yasağı bağlamında ispat yükünün paylaştırılmasına dair iki düzenleme göze çarpmaktadır. İlk düzenleme İş Kanunu'nun 5. maddesinin son fıkrasında yer almaktadır. Dolayısıyla bu olanak yalnızca istihdam alanında gündeme gelebilmektedir. Maddede ayrımcılık yasağına aykırı davranıldığını öncelikle işçinin ispat etmesi beklenmektedir. Maddede devamında “...Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.” denilmektedir. İş Kanunu açısından *prima facie* ispat rejimi benimsenmiştir. Düzenlemenin bu hali ile yukarıda belirtilen AB hukukunda yer alan ispat yükü ile ilgili düzenlemelere uyum sağlandığı söylenebilir.¹⁶²

Özürülüler Kanunu'nu engellilik temelinde istihdamda ayrımcılığı yasaklarken ispat yükünün yer değiştirmesine dair herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu noktada İş Kanunu'nun 5. maddesi ve Özürülüler Kanunu arasında genel hüküm-özel

¹⁶¹ a.g.e., s. 436.

¹⁶² Kübra Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006, s. 75.

hüküm ilişkisi olduğundan, Özürlüler Kanunu'nda düzenlenmeyen konular açısından, örneğin ispat yükü noktasında, İş Kanunu'na başvurulmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir.¹⁶³

(2) İş Sözleşmesinin Devamı Sırasında Sendikal Ayrımcılık

Sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedilmediği ancak sendikal nedenle iş ilişkisinin devamında farklı muamele yapıldığında ise, iş güvencesi kapsamında olsun ya da olmasın ispat yükü yine işçinin üzerindedir.¹⁶⁴ Sendika üyeliği temelinde ayrımcılık Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu İş Sözleşme Kanunu'nun 18. maddesi ile de yasaklanmıştır. Ancak bu Kanun'da 31. maddede öngörülen ispat rejimine dair kural benzeri bir kural bulunmamaktadır. Aynı Kanunun 43. maddesinde yer alan “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, 2908 sayılı Dernekler Kanunu, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu ile sendika ve konfederasyonlarda görev alacaklar hakkında kamu görevlilerinin tabi oldukları personel kanunlarının ilgili hükümleri uygulanır.” hükmü gereği kamu görevlilerinin sendikal temelde ayrımcılığa uğradıkları durumda Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin uygulanabilecektir.¹⁶⁵ Bu durum yorum yoluyla mümkün olmakla birlikte yasada kamu görevlisi-işçi ayrımı yapılmaksızın ispat yükü ile ilgili benzer kuralların açıkça benimsenmesi daha olumlu olacaktır.

İş Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrası, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığının ispatını işverene, başka bir sebebe dayandığının ispatını ise işçiye yüklemiştir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin feshinde sendikal ayrımcılığın ispatında iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler bakımından bir ayrıma gidilmiştir. İş Kanunu'nun 5. maddesi ayrımcılık nedenleri açısından açık-uçlu bir yaklaşım benimsediği için bu maddenin sendikal ayrımcılık iddiaları bakımından da uygulanması mümkündür. Dolayısıyla işverenin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshettiği iddiası karşısında işçinin feshin sendikal nedene dayandığını iddia ettiği

¹⁶³ Gül, s. 298.

¹⁶⁴ Yargıtay 9. HD, E. 2008/24147, K. 2009/9509, K.t. 06.04.2009.

¹⁶⁵ Mesut Gülmez, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Belediye-İş Sendikası Yay., Ankara, 2009, s. 662.

takdirde bu ihtimalin varlığı güçlü bir biçimde ortaya konursa sendikal nedenin bulunmadığının ispatı işverene ait olabilecektir.¹⁶⁶

(3) İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi

İspat yükünün paylaşılması ile ilgili bir diğer düzenleme ise Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddede Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'na tabi işçiler ile İş Kanunu kapsamında olmakla birlikte iş güvencesine tabi olmayan işçilerin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi iddiası ile açacağı bir davada, ispat yükümlülüğünün işverende olduğu düzenlenmiştir. Ancak burada İş Kanunu'na ve iş güvencesine tabi işçiler açısından iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılık yapıldığında ispat yükünün bu kez paylaşılmamaktadır ve işçinin ayrımcılığı ispatlamakla yükümlü olmaktadır.¹⁶⁷

İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal nedenlerle iş sözleşmelerinin feshinde ise ispat yükü işveren üzerinde iken, iş güvencesi kapsamındaki işçiler açısından ispat yükü Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin İş Kanunu'nun 20. maddesine yaptığı gönderme nedeniyle işçi üzerindedir.¹⁶⁸ Burada da işçiler arasında güvenceye tabi olup olmama açısından ispat rejimi noktasında ayrıma gidilmiştir.¹⁶⁹ İş güvencesine tabi olan işçilerin sendikal tazminat davalarında, işyerinde sendikaya üye olan işçilerin sayısı, bu işçilerin hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki usulünün işletilip işletilmediği, işyerinde daha önce toplu iş sözleşmesi imzalanıp imzalanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı, alınan işçilerin sendikaya üye olup olmadığı gibi konuların araştırılması beklenmektedir.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Doğan Yenisey, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, s. 75-76.

¹⁶⁷ Yargıtay 9. HD, E. 2008/34202, K. 2009/7718, K.t. 23.03.2009.

¹⁶⁸ Yargıtay 9. HD, E. 2008/33814, K. 2010/20394, K.t. 24.06.2010; Yargıtay 9. HD, E. 2009/21120, K. 2010/1962, K.t. 01.02.2010; Yargıtay 9. HD, E. 2009/27693, K. 2010/28547, K.t. 11.10.2010.

¹⁶⁹ Zeki Okur, *İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Nedenlerle Feshi İddiasında İspat Yükü*, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yay., İstanbul, 2005, s. 760.

¹⁷⁰ Yargıtay 9. HD, E. 2008/33814, K. 2010/20394, K.t. 24.06.2010.

İşçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle ispatının kolay olmadığından hareketle, ispat yükünün kolaylaştırılması gerektiği ve bu durumda ilk görünüş ispatı ile yetinilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu durumda işçinin belli olayları ispat etmesinin ardından işverenin feshin sendikal nedenler dışında objektif nedenlerle feshin gerçekleştirildiğini ispat etmesi gündeme gelecektir.¹⁷¹

(4) İş Sözleşmesinin Kötüniyetle veya Geçerli Nedenle Feshi

İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmesinin ayrımcı bir şekilde feshedildiği durumda, kötüniyetle fesih söz konusudur. Bu durumda söz konusu işçi için İş Kanunu'nun 17. maddesindeki kötüniyet tazminatı talep edilebilecektir. Kötüniyet tazminatı talep edildiğinde kötüniyetin mevcudiyetini işçi kanıtlamakla yükümlüdür. Elbette kötüniyetin ispatı işçi için oldukça zor olacaktır.

İş Kanunu'nda ayrımcılık yasağında farklı muameleyi kanıtlama yükümlülüğü başlangıçta işçide olmakla birlikte belirli durumlarda ispat yükü yer değiştirebilmektedir. İşverenin iş sözleşmesini geçerli olmayan bir nedenle feshiyle ayrımcı muamele gerçekleştiriyorsa, İş Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrası gereği ispat yükü yer değiştirmektedir ve ispat yükü işverene geçmektedir.¹⁷² İş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığının ispatı yükü işverendedir. Ancak işverenin fesih sebebinin geçerliliğini ispatlayamadığı durumda, feshin ayrımcılığa veya sendikal nedene dayandığını işçi ispatlamakla mükelleftir.

3. İdari Yargılamada İspat Yükünün Paylaştırılması

İdari yargılamada da ispatla ilgili genel ilke iddiada bulunan kişinin iddiasını ispatla yükümlü olmasıdır.¹⁷³ İdari yargılama usulünde ispat rejimi büyük oranda hukuk yargılamasına benzemektedir. Ancak idari davaların niteliği gereği hukuk

¹⁷¹ Okur, s. 762-763.

¹⁷² Can Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, 03-04.06.2006 tarihli Toplantı Tebliğ ve Tartışmaları, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2006, s. 35.

¹⁷³ Özay, *Günışığında Yönetim II: Yargısal Koruma*, s. 257.

yargılamasındaki ispat rejiminin aynen uygulanmasının mümkün değildir. İdari yargıda her somut olayda ispat yükünün hangi tarafa ait olacağını belirlemek gerekmektedir.¹⁷⁴İdari yargılamaya konu olan uyuşmazlıklardan bir kısmı hukuk yargılamasına benzer bir yaklaşımı gerekli kılarken bazıları ceza yargılamasına benzer bir yaklaşımı gerekli kılmaktadır. Örneğin ayrımcı muamele gerçekleştirdiği düşünülen bir kamu görevlisine dair yapılan bir şikâyet sonucunda bu kişi hakkında açılan disiplin soruşturması büyük ölçüde ceza yargılaması özelliğine sahip olacağı için ispat yükünün paylaşılmasına dair bir düzenleme yapılması mümkün olmayacaktır. İdari yargının görev alanına giren başka uyuşmazlıklarda ise, örneğin idarenin hizmet kusuruna dayalı açılmış bir davada ispat yükünün paylaşılması mümkün gözükmemektedir.

İdari yargılama hukukunda ayrımcılık yasağı ile ilgili ispat rejimine dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 20. maddesine göre "Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler..." Söz konusu düzenleme ile idari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu izlenimi doğmaktadır. Kamu makamlarınca yapılan işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetiminde idarenin diğer tarafa oranla daha güçlü konumda olması ve davacının elinde bulunan bilgi ve belgenin sınırlı olmasından kaynaklı olarak re'sen araştırma ilkesinin geçerli olacağı belirtilmektedir.¹⁷⁵İdari yargılama usulünde yargı organları, uyuşmazlığın çözümünde tarafların getirdikleri belge ve bilgilerle bağlı değildir ve önüne getirilen belgelerle yetinmeyerek re'sen araştırma yapabilmektedir.¹⁷⁶

Görüldüğü gibi ispat rejimi bakımından HMK'na gönderme yapılsa da ceza yargılamasında geçerli olan re'sen araştırma ilkesi de zaman zaman geçerli olabilmektedir ve bu nedenle idari yargılamada hâkimin rolünün hukuk

¹⁷⁴ Çağlayan, s. 236.

¹⁷⁵ Özay, **Günlükte Yönetim II: Yargısal Koruma**, s. 258; Süheyla Şenlen Sunay, **İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları**, Kazancı Yay. İstanbul, 1997, s. 10.

¹⁷⁶ Candan, s. 54.

hâkiminden çok ceza hâkiminin rolüne benzediği ifade edilmektedir.¹⁷⁷ Bu durumda idari yargılama usulünde farklı bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilir. İdari yargılamada taraflar ispat konusundaki yükümlülüklerini yerine getirdikten sonra re'sen araştırma ilkesi devreye girmektedir.¹⁷⁸

İdari davalarda kanıtların çoğu kez, davalı idarenin elinde olduğundan dolayı idarenin elindeki delillerin mahkemeye sunulması gerekmektedir. Bu nedenle İYUK'nun 16. maddesinin beşinci fıkrasında "...Davalara ilişkin işlem dosyalarının aslı veya onaylı örneği idarenin savunması ile birlikte, Danıştay veya ilgili mahkeme başkanlığına gönderilir..." şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.¹⁷⁹ Bu durum iptal davalarında dava konusu işleme ilişkin tüm bilgi ve belgelerin idarenin elinde olmasından dolayı ispat yükünün yer değiştirmesi olarak yorumlanmıştır.¹⁸⁰ Ancak bu düzenleme kanımızca ispat yükü ile ilgili genel kuralı değiştirmemektedir ve yalnızca idari yargının belirtilen kendine özgü durumu nedeniyle idareye kanıt sunma yükümlülüğü getirildiği anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla ispat yükünün paylaştırılması değil idareye delil ikamesi yükü getirilmiş olmaktadır.

İYUK'nun 16. maddesi ile idari yargılamada yargılamaya konu eylem veya işlemle ilgili bilgilerin büyük ölçüde idarenin elinde bulunmasından ve taraflar arasında bu anlamda bir eşitsizlik ve dengesizlik bulunmasından hareketle ispat yükünün davacı lehine hafifletilmiştir.¹⁸¹ Bu şekilde bir usul ayrımcılık mağdurlarının farklı muamele iddialarının ispatında görece bir kolaylık sağlayabilecektir. İdare, idari yargı hâkiminin talep ettiği belgeleri göndermediği durumda, başlangıçta ispat yükü kendisinde olmamakla birlikte delil ikamesi yükümlülüğünün yerine getirmediği gerekçesiyle, iddiaların aksini ispatlayamamış duruma düşebilecek ve dava aleyhine sonuçlanabilecektir.¹⁸² Bu durum iptal davaları için geçerlidir ve tam yargı davalarında ise, ispat yükü hukuk yargısında geçerli olan genel hükümlere tabi olacaktır.¹⁸³

¹⁷⁷ Şenlen Sunay, s. 62.

¹⁷⁸ Özay, **Günlük Yönetim II: Yargısal Koruma**, s. 258.

¹⁷⁹ Gözübüyük; Tan, **İdare Hukuku, Cilt II**, s. 1102.

¹⁸⁰ Çağlayan, s. 236.

¹⁸¹ Şenlen Sunay, s. 30.

¹⁸² a.g.e., s. 32.

¹⁸³ Çağlayan, s. 237.

İYUK usul kuralları ile ilgili olarak HMK'na atıfta bulunmaktadır. Kanunun 31. maddesi “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır...” hükmünü getirmiştir. Bu nedenle HMK'nun idari yargılama usulüne uygun hükümleri tatbik edildiği belirtilmiştir.¹⁸⁴ Ancak idari yargılama usulünde, idari yargılama yönteminin niteliğine uymadığı gerekçesi ile tanık beyanlarının delil olarak kullanılmadığı ifade edilmiştir.¹⁸⁵ İYUK'nun 31. maddesi hukuk yargılaması usulüne gönderme yaparken tanık deliline yer vermemiştir. Bu durumun nedenleri arasında idari yargılamanın konusunu oluşturan işlemlerin yazılı olması ve idari yargılamada yazılılık ilkesinin geçerli olması ifade edilmiştir.¹⁸⁶ Mevcut durumdan hareketle idari yargılama usulünde tanık deliline dayanılamayacağı görüşünün ağırlık kazandığı belirtilmiştir.¹⁸⁷

Ayrımcı nitelikteki farklı muamelelerin yazılı olarak gerçekleşmediği bazı durumlarda farklı muamelenin ispatı için tanık beyanları gerekli olabilmektedir. Bu durumda iki farklı yaklaşım söz konusudur. İlk olarak tanık deliline ihtiyaç duyulduğu durumda idari yargı organlarının bu delillere başvurması gerektiği belirtilmektedir. İdari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesinin geçerli olmasından hareketle tanık deliline başvurulmasının önünde bir engel bulunmadığı söylenmektedir.¹⁸⁸ İkinci olarak ise İYUK'nda tanık deliline yer verilmediği için tanık dinlenmesinin mümkün olmadığı ancak bu yönde bir ihtiyacın da söz konusu olduğu belirtilmiş ve İYUK'nun 31. maddesinin değiştirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.¹⁸⁹

Türk hukukunda ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak ispat yüküne dair düzenlemeler oldukça sınırlıdır. Bu konuda açık düzenleme yukarıda da görüldüğü

¹⁸⁴ a.g.e., s. 232.

¹⁸⁵ Gözübüyük; Tan, **İdare Hukuku, Cilt II**, s. 1093.

¹⁸⁶ Şenlen Sunay, s. 58.

¹⁸⁷ Çağlayan, s. 247. Bu konuda örnek niteliğinde Danıştay kararları için bkz, Şenlen Sunay, s. 59 v.d.

¹⁸⁸ Çağlayan, s. 249.

¹⁸⁹ Özay, **Günlükte Yönetim II: Yargısal Koruma**, s. 264.

üzere yalnızca İş Kanunu ve Sendikalar Kanunu'nda yer almıştır. İş Kanunu'nun 5. maddesinde ispat yükü ile ilgili yer alan düzenlemenin mevcudiyeti yeterli değildir. Ayrımcılık yasağının kişi ve konu bakımından kapsamı noktasında oldukça dar bir alanda ispat yükünün paylaşılması veya yer değiştirmesi olanağı tanınmıştır. İspat yükünün ayrımcılığın yasaklandığı tüm alanlarda ceza yargılaması haricinde idari yargılamada ve hukuk yargılamasında açıkça tanınması gerekmektedir. Bu nedenle Hukuk yargılamasında ve idari yargılamalarda özellikle dolaylı ayrımcılığın ispatına yönelik açık düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

SONUÇ

Dünyada ayrımcılık yasağına dair ortaya çıkan yasal düzenlemelerin büyük bir çoğunluğu geçtiğimiz 20-30 yıl içerisinde kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemeler klasik hukuk anlayışının belli noktalarda, örneğin ispat yükünün paylaşılması gibi, aşılmasını da beraberinde getirmiştir. Türkiye hâlihazırda yürürlükte olan mevzuat ise güncel yaklaşımların gerisinde kalmıştır. Çalışmada göz önünde tutulan uluslararası belgeler ve çeşitli insan hakları denetim organlarının kararları ile ortaya çıkan standartlar açısından Ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak Türk hukukunda kapsamlı eksiklikler göze çarpmaktadır.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemelerde şekli eşitlik ilkesi doğrultusunda, benzer durumda olanların farklı muamele görmelerinin yasaklanması yanında, tarihsel olarak dezavantajlı durumda olan gruplara mensup kişilerin toplumsal hayata, dezavantajlı olmayan gruplara mensup kişilerle eşit düzeyde katılımını sağlayacak özel önlemlere yer veren, başlangıç aşamasında bir eşitliği sağlamaktan öte eşit sonuçlara erişime odaklanan, herkesin eşit biçimde saygı gördüğü ve çeşitliliğin olumlu bir değer olarak görüldüğü bir anlayış çerçevesinde yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

Ayrımcılık yasağı günümüzde sadece bir kaçınma yükümlülüğü değil, aynı zamanda eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi noktasında, yerine getirme, gerçekleştirme yükümlülüğü öngörmektedir. Yasalarda bu açıdan açık ve bağlayıcı düzenlemeler yapılması oldukça önemlidir. Bu konu açısından aynı derecede önemli diğer bir nokta ise öngörülen olumlu yükümlülüklerin yerine getirilmediği durumda bireyler açısından subjektif dava hakkının öngörülmüş olmasıdır. Aksi takdirde insan hakları hukukunda sosyal haklar açısından geçerli olan kafa karışıklığın ayrımcılık yasağı bakımından da ortaya çıkması olasıdır.

Ayrımcılık yasağı kapsamında maddi hukuk alanında gündeme gelen ilk konu anayasada veya yasalarda ayrımcı düzenlemelerin mevcudiyetidir.¹ Bu noktada devletlerin bu şekilde ayrımcı içeriğe sahip hukuk normları ortadan kaldırmakla

¹ Örneğin bkz, cinsiyet temelinde ayrımcılık oluşturan Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinde yer alan kadının soyadı ve 132. maddede yer alan evlilik öncesi 300 gün bekleme süresi ile ilgili düzenlemeler. Ayrıca bkz, AİHM, *Ünal Tekeli v. Turkey*, Application No.29865/96, Judgment, 16.11.2004; AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, K.t. 10.03.2011.

yükümlü olduklarını söylemek mümkündür. Dolayısıyla Türk hukukunda ayrımcı muamele öngören veya bu şekilde bir sonuca yol açan yasal düzenlemelerin yürürlükten kaldırılması veya değiştirilmesi gerekmektedir. Bu noktada esasen ayrımcı nitelikte olmasına karşın fiilen uygulanmayan yasalar gündeme gelebilmektedir. Bu durumda fiilen uygulanmayan ayrımcı nitelikte yasaların söz konusu yükümlülüklerle aykırı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Ayrımcı nitelikte olan bir yasanın fiilen uygulanmıyor olması da aynı şekilde uluslararası yükümlülüklerin ihlali anlamına gelecektir.

Bu durumun ortaya çıkabilmesi için yasanın uygulandığı zaman bireyleri doğrudan etkileyebilme kapasitesi ve kişinin söz konusu yasal düzenlemeden etkilenecek kişiler arasında yer alması öne çıkan iki etmendir.²MSHS kapsamında İHK verdiği bir kararında fiilen uygulanmıyor olsa da eşcinsel ilişkiyi bir suç olarak düzenleyen yasanın varlığı ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmiştir.³ Benzer yaklaşım AIHM tarafından da çeşitli kararlarında sergilenmiştir.⁴ ABAD da verdiği bir kararda işe alımda sürecinde işveren tarafından ilan edilen doğrudan ayrımcılık içeren bazı ölçütlerin işçi ve işveren arasında herhangi bir müzakere yürütülmemiş olsa da farklı muamele sayılabileceğini kabul etmiştir.⁵ Bu karar sonucunda ayrımcı nitelikteki bir yasal düzenlemenin de aynı şekilde ortada somut bir ayrımcılık mağduru olmasa dahi ayrımcı muamele niteliğinde kabul edileceğini söylemek mümkündür.⁶

Ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemelerin çalışma içerisinde üzerinde durulan başlıkları, farklı hukuk dallarını içerecek biçimde çerçeve bir yasal düzenleme biçiminde yapılması gerekmektedir. Bu noktada bir eksiklik ayrımcılık mağdurlarının hukukun korumasından yararlanamaması sonucunu doğurabilecektir.

² Boerefijn, Ineke, *Establishing State Responsibility for Breaching Human Rights Treaty Obligations: A Venues under Human Rights Treaties*, **Netherlands International Law Review**, Vol. LVI, No. 2, T.M.C. Asser Instituut, The Hague, 2009, s. 173.

³ İHK, *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, View, 04.04.1994, CCPR/C/50/D/488/1992.

⁴ AIHM, *Klass v. Germany*, Application No.5029/71, Judgment, 06.09.1978; *Ireland v. The United Kingdom*, Application No.5310/71, Judgment, 18.01.1978

⁵ ABAD, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, Case C-54/07, Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 July 2008, para. 28. Kamu görevlileri ile ilgili olmakla birlikte benzer bir karar için bkz, Danıştay 12. Daire, E. 2004/4382, K. 2006/539, K.t. 22.02.2006.

⁶ Boerefijn, s. 184.

Türk hukukunda ayrımcılığın yukarıda belirtilen biçimlerinin tümü yasaklanmamış durumdadır. Öncelikle ayrımcılığın tanımına yer veren herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.⁷ Ayrımcılık yasağını düzenleyen hükümler kısa ve soyut niteliktedir. Yasal düzenlemeler yukarıda belirtilen standartlara göre oldukça eksiktir ve kapsamlı değişikliklere gerekliliğine işaret etmektedir.⁸

Yasal düzenlemeler açısından ortaya çıkan ilk konu tanımlar konusudur. Türk hukukunda ayrımcılığın tanımına yer veren herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ayrımcılığın tanımının kuşkuya yer bırakılmayacak şekilde yasal düzenlemeler içerisinde yapılması gerekmektedir. Bu tanımların ayrımcılığın güncel biçimlerini içermesi ve zamanla gündeme gelen yeni konuları içerecek şekilde mevcut çerçevenin genişletilmesi gerekmektedir. Yasal düzenlemelerde ayrımcılığın genel bir tanımı ile beraber doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, taciz, ayrımcılık talimatı gibi konuların tanımlarının da açık biçimde düzenlenmesi ilk etapta gündeme gelmektedir. Ayrımcılığın belirtilen biçimleri çerçevesinde gündeme gelen farklı biçimlerinin hepsini içerecek tanımlar, uygulamada ayrımcılık mağdurları ve yasal düzenlemeyi uygulayacak yargı mensupları açısından oldukça faydalı olacaktır.

Yasal düzenlemeler ile ilgili bir diğer konu ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamıdır. Türk hukukunda bu konuda tamamen bir keşmekeş yaşanmaktadır. Farklı kanunlarda farklı kapsamlara yer verilmiştir. Kimi düzenlemeler açık-uçlu bir yaklaşımı benimserken kimi düzenlemelerde sınırlı bir kapsama yer verilmiştir. Anayasa'nın 10. maddesinin doğrudan uygulanabilirliği bu sakıncayı giderebilecek gibi gözükse de bu konuda açık yasal düzenlemelerin yapılması ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamı ile ilgili sorunlar yaşanmasının önüne geçilebilmesi için önemlidir. Yasal düzenlemelerde ayrımcılığın ortaya çıktığı tüm ayrımcılık temellerine yer verilmelidir. Bu noktada geçmişte

⁷ KKAOKS, Nihai Tespitler, Türkiye (Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Turkey, 16.08.2010, CEDAW/C/TUR/CO/6), para. 11, <http://daccess-ods.un.org/TMP/6906462.90779114.html> (erişim:01.04.2012)

⁸ ESKHK, Nihai Tespitler, Türkiye (Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Turkey, 12.07.2011, E/C.12/TUR/CO/1), para. 9, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.TUR.CO.1-ENG.doc>; IAOKK, Nihai Tespitler, Türkiye (Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Turkey, CERD/C/TUR/CO/3, 24.03.2009), para. 11, [http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CERD/C/TUR/CO/3&Lang=E](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CERD/C/TUR/CO/3&Lang=E;); KKAOKS, Nihai Tespitler, Türkiye, 6. Rapor, para. 10, (erişim:01.04.2012)

açıkça yer verilmeyen ve güncel olarak ayrımcılık yasağının kapsamına dâhil edilen engellilik, yaş, cinsel yönelim, sağlık durumu vs. gibi temellere açıkça yer verilmesi gerekmektedir. Bununla beraber söz konusu düzenlemeler açık-uçlu bir yaklaşımı benimsemeli ve yargı organlarının içtihatları ile listenin genişletilmesine izin verilmelidir. Ayrımcılık temellerinin kendisine özgü nitelikleri göz ardı edilmemeli, bununla birlikte, getirilen koruma bu temeller arasında bir hiyerarşiye yer vermemelidir. Bu kapsamda ayrıca ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi bakımından kapsam da geniş tutulmalı ve hem kamu makamları hem de toplumsal ilişkilerin giderek özel hukuk alanına kayması olgusu göz önünde tutularak özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerini de içermelidir.

Ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı yanında diğer önemli bir konu ayrımcılık yasağının konu bakımından kapsamıdır. Türk hukukunda bu konuda da oldukça dağınık bir mevzuat söz konusudur. Sosyal güvenlik, barınma gibi bazı önemli alanlarda Anayasa haricinde herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ayrımcılık toplumsal yaşamın her alanında, kamu sektörü ve özel sektörü içerecek biçimde yasaklanmalıdır. Bu kapsamda eğitim, sağlık, barınma, mal ve hizmetlere erişim, istihdam, adalet, güvenlik gibi alanlarda açık ve hem kamu makamlarını hem özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerini bağlayıcı düzenlemelere yer verilmelidir. Bu noktada öngörülebilecek yükümlülükler arasında eşitliğin hayata geçirilmesi açısından politikalar ve ilkeler benimsenmesi ve hayata geçirilmesi de yer almalıdır.

Türk hukukunda ayrımcılık yasağının tanımına hiçbir şekilde yer verilmemiştir. Ayrımcılık yasağının tanımı ile ilgili olarak yukarıda “makul ve nesnel bir neden” ölçütüne yer verilmişti. Dolayısıyla her farklı muamele ayrımcılığa yol açmamaktadır. Bu durumun en bilinen örneği özel önlemler kategorisidir. Bunun haricinde yine bazı açıkça düzenlenmiş ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelere yer verilmesi mümkündür. Türk hukukunda ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelerle ilgili olarak neredeyse hiçbir hükme yer verilmediği görülmektedir. Bu noktada ayrıntılı düzenlemelerin gerekliliği göze çarpmaktadır. Ancak yasal düzenlemelerde öngörülecek ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelere açık uçlu olmamalı, sayılanlarla sınırlı olarak düzenlenmelidir. İçtihatlar veya kıyas yoluyla bu listenin genişletilmesi bu kapsamda engellenmelidir.

Ayrımcılığın ortadan kaldırılması dezavantajlı gruplara mensup kişiler için bir dizi özel önlemin mevcudiyetini gerekli kılmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği gibi özel önlemlerin bazıları geçici nitelikte olabilirken, bazılarının sürekli nitelikte olması gerekmektedir. Türk hukukunda özel önlemler yalnızca cinsiyet ve engellilik temellerinde gündeme gelmektedir ve kapsamı oldukça sınırlıdır. Mevcut yasal düzenlemeler özel önlemlere izin vermekte veya bu yönde bir yükümlülük içermektedir. Eşitsizlikleri ortadan kaldırma yönünde, ayrımcılığın yasaklandığı tüm temellerde özel önlemler kabul edilmeli ve bunlar büyük ölçüde yaptırım beraberinde getiren yükümlülükler biçiminde kaleme alınmalıdır.

Ayrımcılık yasağında bir diğer konu giderim ve yaptırım konusudur. Diğer tüm insan haklarında olduğu gibi ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak da çeşitli giderim yollarının ve yaptırımların öngörülmesi zorunludur. Ancak burada kullanılan yaptırım kelimesi sadece ceza hukuku anlamında bir yaptırım anlamına gelmemektedir ve daha geniş kapsamlı olarak mağdurların uğradıkları zararların giderilmesini de içermektedir. Zira masumiyet karinesinin varlığı nedeniyle ceza hukuku bakımından ispat yükünün paylaşılması mümkün olmadığından, suç niteliğindeki ayrımcı fiillerin ispatlanması son derece güçtür. Ayrımcılık yasağının ihlali halinde öngörülecek yaptırımların etkili, caydırıcı ve orantılı olması gerekmektedir. Yaptırımın, her somut olay bağlamında ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir ve bu nedenle esnek bir yaklaşım benimsenmelidir. Tazminatla ilgili düzenlemelerin de diğer her tür yaptırım bakımından olduğu gibi caydırıcı nitelikte olması beklenmektedir. Türk hukukunda ayrımcılık yasağı ile ilgili yaptırımlar oldukça dağınık düzenlenmiştir. Yaptırımlar, büyük ölçüde genel niteliktedir ve ayrımcılık yasağı bağlamında uygulanması oldukça zor gözükmektedir.

Son olarak Türk hukukunda ayrımcılık yasağının ihlali halinde bir dizi başvuru yolu öngörülmüş durumdadır. Ayrımcılık mağdurları yerine veya onların yanında yargısal usullerde yer alınması hukuken neredeyse mümkün değildir. Ayrımcılık mağdurlarının mağduriyetlerinin giderilmesi için yargısal usullere başvurmak istemeleri durumunda adli yardım açısından verili çerçeve uygun gözükmeyle birlikte AİHM’de Türkiye aleyhine sonuçlanan bir dizi davada da

görüldüğü üzere uygulamada yeterince işlememektedir.⁹ İspat yükünün paylaşılması usul hukuku açısından oldukça önem arz etmesine karşın bu konuda genel düzenlemelerin ötesine geçilerek sınırlı bir alan haricinde ispat yükünün paylaşılmasına izin verilmemiştir. Usul hukuku açısından belirtilen noktaların ayrıntılı bir şekilde yeniden ele alınması başvuru yollarının etkili olabilmesi için elzemdir.

⁹ Ör. AİHM, *Bakan v. Turkey*, Application No. 50939/99, Judgment, 12.06.2007; *Mehmet and Suna Yiğit v. Turkey*, Application No. 52658/99, Judgment, 17.07.2007; *İlbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, Application No. 19986/06, Judgment, 10.04.2012.

KAYNAKÇA

A. Kitaplar

Aliefendioğlu, Yılmaz, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Yetkin Yay., Ankara, 1996

Aristotle, **A Treatise on Government**, J. M. Dent & Sons Ltd., London, Toronto, 1928, <http://www.gutenberg.org/files/6762/6762-h/6762-h.htm#2HCH0038> (erişim: 01.04.2012)

Aristotle, **Nicomachean Ethics**, Cambridge University Press, New York, 2000

Arnardottir, Oddny Mjöll, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003

Arslan, Çetin; Azizağaoğlu, Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yay., Ankara, 2004

Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007

Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Özel Hükümler, Madde 76-131, 3. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009

Bakırcı, Kadriye, **İşyerinde Cinsel Taciz**, Yasa Yay. İstanbul, 2000

Banton, Michael, **International Action against Racial Discrimination**, Oxford University Press, New York, 1996

Batum, Süheyl, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul, 1993

Baybora, Dilek, **Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı**, Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir, 2007

Bell, Mark, **Anti-discrimination Law and the European Union**, Oxford University Press, New York, 2002

Bell, Mark, **Racism and Equality in the European Union**, Oxford University Press, UK, 2008

Bossuyt, Marc, **The Concept and Practice of Affirmative Action**, Final report submitted by Mr. Marc Bossuyt, Special Rapporteur, in accordance with Sub-Commission resolution 1998/5, [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/0aaa7775daf0bcebc1256c0c0031c5bd/\\$FILE/G0214014.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/0aaa7775daf0bcebc1256c0c0031c5bd/$FILE/G0214014.doc) (erişim: 01.04.2012)

Bossuyt, Marc, J., **Guide to the Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights**, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987

Candan, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yay., Ankara, 2006

- Cassese, Antonia, **International Law**, Oxford University Press, New York, 2001
- Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yay. İstanbul, 2008
- Chalmers, Damian; Davies, Gareth; Monti, Girorgio, **European Union Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010
- Connolly, Michael, **Discrimination Law**, Sweet & Maxwell, London, 2006
- Conte, Alex; Davidson, Scott; Burchill, Richard (Ed.), **Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee**, Ashgate, 2005
- Craig, Paul; de Burca, Grainne, **EU Law: Text, Cases, and Materials**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008
- Craig, Ronald, **Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality**, Brill Academic Publishers, Lieden, 2006
- Craven, Matthew, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a Perspective on its Development**, Clarendon Press, Oxford, 1998
- Çağlayan, Ramazan, **İdari Yaptırımlar Hukuku**, Asil Yay., Ankara, 2006
- Çağlayan, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2011
- Çelik, F. Edip, **Milletlerarası Hukuk**, İÜHF Yay., İstanbul, 1969
- De Schutter, Olivier **International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010
- De Schutter, Olivier, **The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives**, European Commission, Luxembourg, 2005
- De Vos, Mark, **Beyond Formal Equality-Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC**, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Belgium, 2007
- Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2009
- Di Martino, Vittorio; Hoel, Helge; Cooper, Cary L., **Preventing Violence and Harassment in the Workplace**, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2003
- Dimitrakopoulos, Ioannis G, **Individual Rights and Liberties Under the U.S. Constitution: The Case Law of the U.S. Supreme Court**, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston
- Edel, Frédéric, **The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010
- Ellis, Evelyn, **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, New York, 2005
- Erdal, Muhammed, **İdari Yargıda Fer'i Müdahale**, Yetkin Yay., Ankara, 2009

- Erem, Faruk; Danışman, Ahmet; Artuk, Mehmet Emin, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yay., Ankara, 1997
- Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yay., İstanbul, 2006
- Ertürk, Şükran, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin, Ankara, 2002
- Eyrenci, Öner; Taşkent, Savaş; Ulucan, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, Legal Yay. İstanbul, 2006
- Fredman, Sandra, **Discrimination Law**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002
- Fredman, Sandra, **Discrimination and Human Rights: the Case of Racism**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2001
- Fredman, Sandra, **Making Equality Effective: The Role of Proactive Measures**, European Commission, 2009
- Gemalmaz, H. Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı**, BetaYay., İstanbul, 2009
- Gemalmaz, H. Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, Legal Yay., İstanbul, 2005
- Gemalmaz, Mehmet Semih, **Devlet, Birey, Özgürlük**, Legal Yay., İstanbul, 2010
- Gemalmaz, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal Yay., İstanbul, 2010
- Gerards, Janneke H., **Judicial Review in Equal Treatment Cases**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Oxford, 2005
- Gölcüklü, Feyyaz; Gözübüyük, A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007
- Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011
- Gözler, Kemal, **İdare Hukuku, Cilt I**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2003
- Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin, Bursa, 2008
- Gözübüyük, A. Şeref; Tan, Turgut, **İdare Hukuku, Cilt 1**, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007
- Gözübüyük, A. Şeref; Tan, Turgut, **İdare Hukuku, Cilt 2**, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010
- Gül, İdil Işıl, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansımaları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006
- Gülan, Aydın, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, Alfa, İstanbul, 1999

- Gülmez, Mesut, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Belediye-İş Sendikası Yay., Ankara, 2009
- Günday, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yay., Ankara, 2011
- Gündüz, Aslan, **Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Kararlar**, Beta Yay. İstanbul, 2003
- Harris, David; O'Boyle, Michael; Warbrick, Colin, **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2009
- Heinze, Eric, **Sexual Orientation: a Human Right**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, 1995
- Howard, Erica Antoinette Maria, **The Road to Equality: Developing the Protection Against Discrimination on Racial or Ethnic Grounds within the European Union**, Thesis submitted to the Department of Law, Queen Mary, University of London for the Degree of Doctor of Philosophy, London, 2007
- İnceoğlu, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, Beta Yay. İstanbul, 2005
- Janis, W. Mark; Kay, S. Richard; Bradley, W. Anthony, **European Human Rights Law, Text and Materials**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008
- Joseph, Sarah; Schultz, Jenny; Castan, Melissa, **The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002
- Kaczorowska, Alina, **European Union Law**, Routledge, Oxon, 2011
- Kanadoğlu, O, Korkut, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Yay. İstanbul, 2000
- Karlı, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, Alternatif, İstanbul, 2011
- Karabulut, Mustafa, **İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008
- Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007
- Kılıçoğlu, Mustafa; Şenocak, Kemal, **İş Kanunu Şerhi**, Cilt 1, Legal Yay. İstanbul, 2008
- Kuzu, Burhan, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990
- Loenen, Titia; Rodrigues, Peter R. (Ed.), **Non-discrimination Law: Comparative Perspectives**, Kluwer Law International, The Hague, Boston, 1999
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, Kazancı, İstanbul, 1995

- Makkonen, Timo, **Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore**, Åbo Academy University, Institute for Human Rights, 2002,
<http://web.abo.fi/institut/imr/norfa/timo.pdf> (erişim: 01.04.2012)
- McCrudden, Christopher; Prechal, Sacha, **The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical Approach**, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission, 2009
- McKean, Warwick, **Equality and Discrimination under International Law**, Clarendon Press, Oxford, 1985
- Meran, Necati, **Kişilere Karşı Suçlar**, Seçkin Yay., Ankara, 2005
- Möller, Jakob Th.; De Zayas, Alfred, **United Nations Human Rights Committee Case Law, 1977-2008: A Handbook**, N.P Engel, Kehl am Rhein, 2009
- Nowak, Manfred, **Introduction to the International Human Rights Regime**, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2003
- Nowak, Manfred, **UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary**, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 2005
- Oder, Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma**, Beta Yay., İstanbul, 2010
- Oder, Emrah Bertil, **Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık**, Anahtar Kitaplar Yay., İstanbul, 2004
- Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006
- Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul Tercüme ve Neşriyat Bürosu, İstanbul, 1952
- Ovey, Clare; White Robin, Jacobs and White, **the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford, New York, 2006
- Öden, Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yay., Ankara, 2003
- Özay, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004
- Özay, İl Han, **Günışığında Yönetim II: Yargısal Koruma**, Filiz Kitabevi, İstanbul
- Özay, İl Han, **İdari Yaptırımlar, Kuramsal Bir Deneme**, İÜHF Yay., İstanbul
- Özbek, Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi**, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt II, Özel Hükümler, (Madde 76-169), Seçkin, Ankara, 2008
- Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yay., Ankara, 2008
- Öztürk, Bahri; Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan, Sırma, Özge; Saygılar, Yasemin F.; Alan, Esra, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, Seçkin, Ankara, 2010
- Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, (1-71. Maddeler), 1. Cilt, Seçkin, Ankara, 2008

- Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer, **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, (72-145. Maddeler), 2. Cilt, Seçkin, Ankara, 2008
- Pazarcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yay., Ankara, 2011
- Rehof, Lars Adam, **Guide to the Travaux Préparatoires of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women**, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993
- Sepulveda, Magdalena, **The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, Intersentia, 2003
- Sur, Melda, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008
- Süzek, Sarper, **İş Hukuku**, Beta Yay. İstanbul, 2009
- Şen, Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006
- Şenlen Sunay, Süheyla, **İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları**, Kazancı, İstanbul, 1997
- Tanör, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yay., İstanbul, 1978
- Tanör, Bülent; Yüzbaşıoğlu, Necmi, **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yay., İstanbul, 2006
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2008
- Tınaz, Pınar, **İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)**, Beta Yay. İstanbul, 2006
- Tobler, Christa, **Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under the EC Law**, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2005
- Tobler, Christa, **Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field**, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Luxemburg, 2008
- Tobler, Christa, **Remedies and Sanctions in EC Discrimination Law**, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Belgium, 2005
- Toluner, Sevin, **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1973
- Tuncay, A. Can, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1982
- Tuncay, A. Can, **Toplu İş Hukuku**, Beta Yay. İstanbul, 2011

- Tuncay, A. Can; Ekmekçi, Ömer, **Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları**, Legal Yay. İstanbul, 2009
- Umar, Bilge; Yılmaz, Ejder, **İsbat Yükü**, Kazancı, İstanbul, 1980
- Ünver, Yener; Hakeri, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yay. Ankara, 2010
- Üstündağ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, İstanbul, 2000
- Waddington, Lisa, **The Expanding Role of the Equality Principle in European Union Law**, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute Policy Papers, 2003
- Waddington, Lisa; Lawson, Lisa, **Disability and Non-Discrimination Law in the European Union**, European Commission, Luxembourg, 2009
- Van Dijk, P.; Van Hoof, G.J.H.; Van Rijn, Arjen; Zwaak, Leo (Ed.), **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006
- Vandenhoe, Wouter, **Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies**, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2005
- Vierdag, E. W., **The Concept of Discrimination in International Law**, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973
- Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt III, Madde 86-146, Adalet Yay., Ankara, 2010
- Yazıcı, Serap, **Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2011
- Yıldırım, Mehmet Kamil, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı, İstanbul, 1990
- Yıldırım, Turan; Yasin Melikşah; Karan, Nur, Özdemir, H. Eyüp; Üstün, Gül; Okay Tekinsoy, Özge, **İdare Hukuku**, XII Levha Yay., İstanbul, 2011
- Yıldız, Gaye Burcu, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yay., Ankara, 2008
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul, 1993

B. Makaleler

Aeberhard-Hodges, Jane, *Sexual Harassment in Employment: Recent Judicial and Arbitral Trends*, **International Labour Review**, Vol. 135, No. 5, ILO, 1996

Alkema, Evert A., *The Enigmatic No-Pretext Clause: Article 60 of the European Convention on Human Rights*, **Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998

Arnardottir, Oddny Mjöll, *A Future of Multidimensional Disadvantage Equality?*, **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, Arnardottir, Oddny Mjöll; Quinn, Gerard (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009

Arnardottir, Oddny Mjöll, *Multidimensional Equality from Within: themes from the European Convention on Human Rights*, **European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law**, Schiek, Dagmar; Chege, Victoria (Ed.), Routledge-Cavendish, London, New York, 2009

Artuk, Mehmet Emin, *Cinsel Taciz Suçu (TCK. m.105)*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006

Aydın, Öykü Didem, *Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XV, Sayı 4, Ankara, 2011

Bacik, Ivana, *Harassment*, **Equality in Diversity: The New Equality Directives**, Costello, Cathryn; Barry, Eilis (Ed.), Irish Centre for European Law, 2003

Bakırcı, Kadriye, *İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, Yıl 1, Sayı 2, İstanbul, Haziran 2006

Barnard, Catherine; Hepple, Bob, *Substantive Equality*, **The Cambridge Law Journal**, Vol. 59, Issue 3, Great Britain, November 2000

Başlar, Kemal, *Uluslararası Antlaşmaların, Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetim Üzerine*, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 24, Sayı 1-2, İstanbul, 2004

Baybora, Dilek, *Çalışma Hayatında Özürlülere Karşı Ayrımcılık*, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yay., Sayı 51, İstanbul, 2006 - Bayefsky, Anne, F., *Defining Equality Rights*, **Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms**, Bayefsky, Anne, F., Eberts, Mary (Ed.), Carswell, Toronto, Calgary, Vancouver, 1985

Bayefsky, Anne, F., *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, **Human Rights Law Journal**, Vol. 11, No. 1-2, 1990

Bayram, Fuat, *Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt 4, Sayı: 14, İstanbul, 2007

Bell, Mark, *Direct Discrimination*, **Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law**, Schiek, Dagmar; Waddington, Lisa; Bell, Mark (Ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007

Boerefijn, Ineke, *Establishing State Responsibility for Breaching Human Rights Treaty Obligations: A Venues under Human Rights Treaties*, **Netherlands International Law Review**, Vol. LVI, No. 2, T.M.C. Asser Instituut, The Hague, 2009

Bonini-Baraldi, Matteo, *The Burden of Proof in Discrimination Cases: Elements for a Conceptualisation From a Private Law Perspective*, Academy of European Law, Trier, 29-30 September 2008, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2008_Bonini_EN.pdf (erişim: 01.04.2012)

Boyle, Kevin; Baldaccini, Anneliese, *A Critical Evaluation of International Human Rights Approaches to Racism*, **Discrimination and Human Rights: The Case of Racism**, Fredman, Sandra (Ed.), Oxford University Press, Great Britain, 2001

Buergethal, Thomas, *The U.N. Human Rights Committee*, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol. 5, 2001

Can, Osman, *Siyasi Partilerin Kapatılmasında Anayasal Ölçütler*, **Anayasa Yargısı İncelemeleri**, Turhan, Mehmet; Tülen, Hikmet (Ed.), Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 2006

Cardinale, Giancarlo, *The Preparation of the ECRI General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination*, **The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe**, Niessen, Jan; Chopin, Isabelle (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004

Choudry, Tufyal, *Instructions to Discriminate and Victimisation*, **Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law**, Schiek, Dagmar; Waddington, Lisa; Bell, Mark (Ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007

Choudry, Tufyal, *Interpreting the Right to Equality under the Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, **European Human Rights Law Review**, Sweet&Maxwell, 2003, No. 1

Choudry, Tufyal, *The Drafting of Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights: Part I*, **European Human Rights Law Review**, Sweet&Maxwell, 2002, No. 5

Christensen, Anna, *Structural Aspects of Anti-Discriminatory Legislation and Process of Normative Change*, **Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination**, Numhause-Henning, Ann (Ed.), Kluwer Law International, The Hague, 2001

Cohen, Barbara, *Remedies and Sanctions for Discrimination in Working Life under the EC Anti-Discrimination Directives*, **Discrimination in Working Life: Remedies and Enforcement**, Cormack, Janet (Ed.), Migration Policy Group, 2004, http://www.equineteurope.org/2058_exp4_en.pdf (erişim:01.04.2012)

Costello, Cathryn, *Positive Action*, **Equality in Diversity: The New Equality Directives**, Costello, Cathryn; Barry, Eilis (Ed.), Irish Centre for European Law, 2003

Crenshaw, Kimberlé, *Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anridiscrimination Doctrine*, **Feminist Theory and Antiracist**

Politics, Feminism and Politics, Pilips, Anne (Ed.), Oxford Readings in Feminism, Oxford University Press, USA, 1998

Crenshaw, Kimberlé, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, **Stanford Law Review**, Vol. 43, July 1991

Davidson, Scott, *Equality and Non-Discrimination*, **Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee**, Conte, Alex; Davidson, Scott; Burchil, Richard, Ashgate, Aldershot, 2005

De Schutter, Olivier, *Methods of Proof in the Context of Combating Discrimination, Proving Discrimination*, **The Dynamic Implementation of EU Anti-Discrimination Law: The Role of Specialised Bodies**, Report of the First Experts' Meeting, January 2003

De Schutter, Olivier, *Positive Action*, **Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law**, Schiek, Dagmar; Waddington, Lisa; Bell, Mark (Ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007

De Zayas, Alfred, *The Examination of Individual Complanits by the United Nations Human Rights Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, **International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller**, The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, Vol. 7, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2001

De Zayas, Alfred; Möller, Jacob Th.; Opsahl, Torkel, *Application of the International Covenant on Civil and Political Rights under the Optional Protocol by the Human Rights Committee*, **German Yearbook of International Law**, Duncker&Humbolt GmbH, Vol. 28, Kiel, 1985

Dinstein, Yoram, *Discrimination and International Law*, **Israel Yearbook of Human Rights**, Vol. 15, 1985

Doğan Yenisey, Kübra, *Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi*, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt 2, Sayı: 7, İstanbul, 2005

Doğan Yenisey, Kübra, *Hizmet Sözleşmesi*, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler- Tebliğler**, İnceoğlu, M. Murat (derleyen), XII Levha Yay., İstanbul, 2012

Doğan Yenisey, Kübra, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006

Doğan Yenisey, Kübra, *Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları*, **Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt 6, Sayı 4, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 2002

Edelenbos, Carla, *Article 26: the Human Rights Committee's Views and Decisions: The Way of the Future?*, **International Human Rights Monitoring Mechanisms- Essays in Honour of Jacob Th. Miller**, Alfredsson, Gudmundur; Grimheden, Jonas;

Ramcharan, Bertram G.; De Zayas, Alfred, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2001

Eide, Asbjørn; Opsahl, Torkel, *Equality and Non-Discrimination, Proceedings of the 7th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, N. P. Engel, Strasbourg, 1994

Ekmekçi, Ömer, *Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler*, **Çimentoİşveren Dergisi**, Cilt 18, Sayı 5, İstanbul, Eylül 2005

Ergin, Hediye, *Oldukça Eski, Fakat Yeni Bir Olgu: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, Cilt 1, Beta Yay. İstanbul, 2010

Eroğlu, İzzet, *TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu*, **Yasama Dergisi**, Sayı 2, Yasama Derneği, Ankara, 2006

Ertürk, Şükran; Gürsel, İlke, *İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi*, **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt 1, Beta Yay. İstanbul, 2011

Finlay, Mark, *Indirect Discrimination and the Article 13 Directives*, **Equality in Diversity: The New Equality Directives**, Costello, Cathryn; Barry, Eilis (Ed.), Irish Centre for European Law, 2003

Fredman, Sandra, *Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality, Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*, Fredman, Sandra (Ed.), Academy of European Law-European University Institute, Oxford University Press, Cornwall, 2001

Fredman, Sandra, *Double Trouble: Multiple Discrimination and EU Law*, **European Anti-Discrimination Law Review**, No: 2, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, December 2005

Fredman, Sandra, *Equality: A New Generation*, **Industrial Law Journal**, Vol. 30, No. 2, 2001

Fredman, Sandra, *Positive Rights and Positive Duties: Addressing Intersectionality*, **European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law**, Schiek, Dagmar; Chege, Victoria (Ed.), Routledge-Cavendish, London, New York, 2009

Fredman, Sandra, *Providing Equality: Substantive Equality and The Positive Duty to Provide*, **South African Journal on Human Rights**, Vol. 21, Part 2, Centre for Applied Legal Studies, Cape Town, 2005

Galbraith-Marten, Jason, *Shifting the burden of proof and access to evidence*, **Seminar on the Burden of Proof**, Academy of European Law, June 2007, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2007_Galbraith_EN.pdf(erişim:01.04.2012)

Gemalmaz, H. Burak, *Terörle Mücadele Mağdurlarına Sağlanan Haklar ve Özellikle Kira Yardımı Hakkı*, **İÜHF Mecmuası**, Cilt LXVII, Sayı 1-2, İstanbul, 2009

- Gemalmaz, Mehmet Semih, *Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi*, **İÜHF Mecmuası**, Cilt 69, Sayı 1-2, Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan, İstanbul, 2011
- Gemalmaz, M. Semih, *Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinin Kavranışı ve Kullanılışı*, **Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa: Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı**, Osman Can v.d.(yayına hazırlayanlar), Türk-Alman Kamu Hukukçuları Forumu, İmaj Yay., Ankara, 2006
- Gemalmaz, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında “Özel Önlemler”, “Geçici Özel Önlemler” ve “Pozitif Edim” ve “Destekleyici Edim”*, **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan**, Adalet Yay., Ankara, 2010
- Gerards, Janneke, *Discrimination Grounds, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Schiek, Dagmar; Waddington, Lisa; Bell, Mark (Ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007
- Gerards, Janneke, *The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights, The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Niessen, Jan; Chopin, Isabelle (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004
- Gerek, Şehnaz; Aydın, Ali Rıza, *Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 55, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2004
- Ghandi, P. R., *The Human Rights Committee: Developments in its Jurisprudence, Practise and Procedures*, **Indian Journal of International Law**, Indian Society of International Law, Vol. 40, No. 3, New Delhi, 2000
- Göztepe, Ece, *Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anyasa Şikayeti) 6212 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 95, Ankara, 2011
- Gülmez, Mesut, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması*, **Ulusal Toplantı**, 5 Kasım 2004, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004
- Gülmez, Mesut, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2010/2, Sayı: 25, İstanbul, 2010
- Güzel, Ali; Ertan, Emre, *İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk*, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt 4, Sayı: 14, İstanbul, 2007
- Hannett, Sarah, *Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination*, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 23, No. 1, Oxford University Press, 2003
- Hepple, Bob, *Equality and Employment for Decent Work*, **International Labour Review**, Vol. 140, No. 1, 2001

Heringa, Aalt Willem, *Standards of Review for Discrimination. The Scope of Review by the Courts*, **Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives**, Loenen, Titia; Rodrigues, Peter R., (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999

Hill QC, Lord Lester of Herne; Joseph, Sarah, *Obligations of Non-Discrimination, International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law*, Harris, David; Joseph, Sarah (Ed.), Clarendon Press, Oxford, 1995

Hobcraft, Gemma, *Roma Children and Education in the Czech Republic: D.H. v. Czech Republic: Opening the Door to Indirect Discrimination Findings in Strasbourg*, **European Human Rights Law Review**, Sweet and Maxwell, No. 2, 2008

Holzleithner, Elisabeth, *Mainstreaming Equality: Dis/Entangling Grounds of Discrimination*, **Transnational Law & Contemporary Problems**, Vol. 14, No. 3, The University of Iowa College of Law, 2005

İnceoğlu, Sibel, *Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2006/4, Sayı: 11, İstanbul, 2006

Kallehauge, Holger, *General Themes Relevant to the Implementation of the UN Disability Convention into Domestic Law: Who is Responsible for the Implementation and How Should it be Performed?*, **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, Arnardottir, Oddny Mjöll; Quinn, Gerard (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009

Kanadoğlu, Korkut, *Anayasa Hukukumuzun Gelişiminde Anayasa Mahkemesinin Rolü (1983-2007)*, **A. Ülkü Azrak'a 75. Yaş Armağanı**, İstanbul, 2008

Kaneti, Selim, *Anayasa Mahkemesi'nin Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanına Etkileri*, **Anayasa Yargısı**, Cilt 6, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 1989

Karagülmez, Ali, *5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 54, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2004

Kayess, Rosemary; French, Phillip, *Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, **Human Rights Law Review**, Vol. 8, No. 1, Oxford University Press, 2008

Keser, Leyla, *İlk Görünüş İspatı*, **Prof. Dr. Mahmut Tefik Birsal'e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., İzmir, 2001

Kjaerum, Morten, *Protocol No. 12 and the UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, **Non-Discrimination: A Human Right, Seminar to Mark the Entry into Force of Protocol No. 12**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006

Lawson, Anna, *the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and European Disability Law: A Catalyst for Cohesion?*, **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, European and Scandinavian Perspectives, Arnardottir, Oddny Mjöll; Quinn, Gerard (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009

- Lawson, Anna, *the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?*, **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, Syracuse University College of Law, Vol. 34, No. 2, New York, Spring 2007
- Livingstone, Stephen, *Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights*, **European Human Rights Law Review**, Sweet and Maxwell, No. 1, 1997
- Lochak, Danièle, *The Notion of Discrimination and Its Place in the Conventional International Law and in the Case Law*, **Proceedings of the 7th International Colloquy on the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, N. P. Engel, Strasbourg, 1994
- Loenen, Titia, *Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution*, **Non-discrimination Law: Comparative Perspectives**, Loenen, Titia; Rodrigues, Peter R. (Ed.), Kluwer Law International, the Netherlands, 1999
- Loucaides, Loukis G., *The Prohibition of Discrimination under Protocol 12 of the European Convention on Human Rights*, **European Convention on Human Rights: Collected Essays**, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2007
- Maduro, Miguel Poiares, *The European Court of Justice and Anti-Discrimination Law*, **European Anti-Discrimination Law Review**, No: 2, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, 2005
- Manav, Eda, *İşveren, Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu*, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1-2, Ankara, 2006
- McCrudden, Christopher, *International and European Norms Regarding National Legal Remedies for Racial Equality*, **Discrimination and Human Rights: The Case of Racism**, Fredman, Sandra (Ed.), Oxford University Press, Great Britain, 2001
- McCrudden, Christopher, *Theorising European Equality Law*, **Equality in Diversity: The New Equality Directives**, Costello, Cathryn; Barry, Eilis (Ed.), Irish Centre for European Law, 2003
- Monaghan, Karon, *Multiple and Intersectional Discrimination in EU Law*, **European Anti-Discrimination Law Review**, No: 13, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, December 2011
- Moon, Gay, *Enforcement Bodies, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Schiek, Dagmar; Waddington, Lisa; Bell, Mark (Ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007
- Moon, Gay, *Multiple Discrimination: The Need for Justice for the Whole Person*, **Roma Rights**, Journal of the European Roma Rights Centre, No. 2, Budapest, 2009
- Moon, Gay, *The Draft Discrimination Protocol to the European Convention on Human Rights: A Progress Report*, **European Human Rights Law Review**, Sweet and Maxwell, No. 1, 2000

- Nielsen, Henrik Karl, *Discrimination and Lawful Distinction in Employment - the Approach by the ILO*, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol. 14, No. 4, The Hague, 1996
- O’Cinneide, Colm, *Extracting Protection for the Rights of Persons with Disabilities from Human Rights Frameworks: Established Limits and New Possibilities*, **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, European and Scandinavian Perspectives**, Arnardottir, Oddny Mjöll; Quinn, Gerard (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009
- O’Connell, Rory, *Cinderella Comes to the Ball: Art 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR*, **Legal Studies**, Wiley-Blackwell, Vol. 29, No. 2, Oxford, June 2009
- Odaman, Serkan, *Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti*, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt 7, Sayı: 25, İstanbul, 2010
- Okur, Zeki, *İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Nedenlerle Feshi İddiasında İspat Yükü*, **A. Can Tuncay’a Armağan**, Legal Yay., İstanbul, 2005
- Opsahl, Torkel, *Equality in Human Rights Law with Particular Reference to Article 26 of the International Covenant of Civil and Political Rights*, **Festschrift für Felix Ermacora**, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 1988
- Özbek, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları*, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 56, Sayı 4, Ankara, 2007
- Özbek, Mustafa, *Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 51, Sayı 1, Ankara, 2002
- Özdemir, Erdem, *İşyerinde Cinsel Taciz*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, Yıl 1, Sayı 2, İstanbul, Haziran 2006
- Parmar, Sejal, *The European Court of Justice and Anti-Discrimination Law: Some Reflections on the Experience of Gender Equality Jurisprudence for the Future Interpretation of the Racial Equality Directive*, **The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe**, Niessen, Jan; Chopin, Isabelle (Ed.), Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2004
- Partsch, Karl Josef, *Discrimination*, **The European System for the Protection of Human Rights**, Macdonald, R. St. J.; Matscher, F.; Petzold, H. (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1993
- Partsch, Karl Josef, *Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination*, **The International Dimensions of Human Rights**, Vasak, Karel (Ed.), Vol. 1, UNESCO, Greenwood Press, Connecticut, 1982
- Petrova, Dimitrina, *Implementing Anti-discrimination Law and the Human Rights Movement*, **Helsinki Monitor**, Vol. 17, No. 1, Martinus Nijhoff Publishers, 2006

Petzold, H., *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, **The European System for the Protection of Human Rights**, Macdonald, R. St. J.; Matscher, F.; Petzold, H. (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1993

Pitt, Gwyneth, *Genuine Occupational Requirement*, Academy of European Law, Trier, 27-28 April 2009, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/05_Occupational_requirements/2009_Pitt_EN.pdf (erişim:01.04.2012)

Quinn, Gerard, *Disability Discrimination Law in the European Union*, **Equality in an Enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives**, Meenan, Helen (Ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2007

Quinn, Gerard; Quinlivan, Shivaun, *Disability Discrimination: The Need to Amend the Employment Equality Act 1998 in Light of the EU Framework Directive on Employment*, **Equality in Diversity: The New Equality Directives**, Costello, Cathryn; Barry, Eilis (Ed.), Irish Centre for European Law, 2003

Ramcharan, B. G., *Equality and Nondiscrimination, the International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights*, Henkin, Louis (Ed.), Columbia University Press, New York, 1981

Sağlam, Fazıl, *Anayasa Şikayeti: Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar*, **Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler**, Göztepe, Ece; Çelebi, Aykut (Ed.), Metis Yay., İstanbul, 2012

Scheinin, Martin, *Experiences of the Application of Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, **Non-Discrimination: A Human Right, Seminar to Mark the Entry into Force of Protocol No. 12**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006

Schiek, Dagmar, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, **European Law Journal**, Vol. 8, No. 2, Blackwell Publishing, Oxford, 2002

Schiek, Dagmar, *Indirect Discrimination, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Schiek, Dagmar; Waddington, Lisa; Bell, Mark (Ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007

Schwelb, Egon, *The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter*, **American Journal of International Law**, Vol. 66, No. 2, Nisan 1972

Sjerps, Ina, *Effects and Justifications or How to Establish a Prima Facie Case of Indirect Sex Discrimination*, **Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives**, Loenen, Titia; Rodrigues, Peter R. (Ed.), Kluwer Law International, The Hague, 1999

Stein, Michael Ashley; Lord, Janet E., *Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, Arnardottir, Oddny Mjöll; Quinn, Gerard (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009

Stuart, Alison, *Back to Basics: Without Distinction-A Defining Principle*, **Conflict Between Fundamental Rights**, Brems, Eva (Ed.), Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2008

- Strauss, David A., *The Illusory Distinction Between Equality of Opportunity and Equality of Result*, **Redefining Equality**, Devins, Neal; Douglas, Davison M. (Ed.), Oxford University Press, New York, Oxford, 1998
- Subaşı, İbrahim, *İş Hukukunda Özürlülerin Hukuki Durumu*, **İş Dünyası ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan**, İÜHF, İstanbul, 2011
- Süzek, Sarper, *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, MESS, Sayı 12, İstanbul, 2008
- Şahbaz, İbrahim, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 54, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2004
- Tarhanlı, Turgut, *Anayasa Düzeni ve Anayasal Düzen İlişkisinde Hukukun ve Yargıcın İşlevi*, **Bülent Tanör'e Armağan**, Tanör, Öget (Ed.), Legal Yay., İstanbul, 2004
- Thornberry, Patrick, *Confronting Racial Discrimination: A CERD Perspective*, **Human Rights Law Review**, Vol. 5, No. 2, Oxford University Press, 2005
- Tomuschat, Christian, *The Human Rights Committee's Jurisprudence on Article 26- A Pyrrhic Victory?*, **Towards Implementing Universal Human Rights**, Ando, Nisuke (Ed.); Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004
- Tuncay, A. Can, *Çalışma İlişkilerinde Irk veya Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık*, **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt 1, Beta Yay. İstanbul, 2011
- Tuncay, Can, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 03-04.06.2006 tarihli Toplantı Tebliği ve Tartışmaları, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2006
- Tyson, Adam, *The Negotiation of the European Community Directive on Racial Discrimination*, **The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe**, Niessen, Jan; Chopin, Isabelle (Ed.), Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2004
- Waddington, Lisa, *Reasonable Accommodation*, **Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law**, Schiek, Dagmar; Waddington, Lisa; Bell, Mark (Ed.), Hart Publishing, Cornwall, 2007
- Wentholt, Klaartje, *Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality*, **Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives**, Loenen, Titia; Rodrigues, Peter R. (Ed.), Kluwer Law International, The Hague, 1999
- Westen, Peter, *The Empty Idea of Equality*, **Harvard Law Review**, Vol. 95, Issue 3, January 1982
- Wildhaber, Luzius, *Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights: A Second-Class Guarantee?*, **Baltic Yearbook of International Law**, Vol. 2, Kluwer Law International, The Hague, 2002

Wintemute, Robert, “*Within the Ambit*”: *How Big is the “Gap” in Article 14 European Convention on Human Rights?*, Part 1, **European Human Rights Law Review**, Sweet and Maxwell, No. 4, 2004

Wintemute, Robert, “*Within the Ambit*”: *Government Ratification and Judicial Control of Protocol No. 12 ECHR*, Part 2, **European Human Rights Law Review**, Sweet and Maxwell, No. 5, 2004

Yenidünya, A. Caner, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayırmıcılık Suçu*, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., Cilt 4, Sayı: 11, İstanbul, 2006

Yıldız, Gaye Burcu, *İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayırmıcılık Yasağı*, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, Cilt 1, Beta Yay. İstanbul, 2010

Young, Iris Marion, *Equality of Whom?: Social Groups and Judgements of Injustice*, **The Journal of Political Philosophy**, Vol. 9, No. 1, 2001

Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Mayıs 2004’te Anayasanın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme*, **Bülent Tanör’e Armağan**, Öget Tanör (Ed.), Legal Yay., İstanbul, 2004

C. Diğer Basılı Kaynaklar

Equality in Employment and Occupation, General Survey of the Reports on the Discrimination (Employment and Occupation) Convention (No. 111) and Recommendation (No. 111), 1958, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, Geneva, 1988

Equality in Employment and Occupation, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, Geneva, 1996

From Exclusion to Equality: Realizing the Rights of Persons with Disabilities, Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, UN, UNOHCHR, IPU, Geneva, 2007

Handbook on European Non-discrimination Law, European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2011

International Perspectives on Positive Action Measures: A Comparative Analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa, European Commission, Luxembourg, 2009

Tackling Multiple Discrimination: Practices, Policies and Laws, European Commission, Italy, 2007

D.İçtihatlar

1. Uluslararası Daimi Adalet Divanı

Kaynak: <http://www.icj-cij.org/pcij/index.php?p1=9> (erişim:01.04.2012)

- *German Settlers in Poland*, İstişari Görüş, Karar tarihi: 10.09.1923
- *Minority Schools in Albania*, Series A/B, No. 64, İstişari Görüşü, Karar tarihi: 06.04.1935
- *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, İstişari Görüş, Karar tarihi: 04.02.1932

2. Uluslararası Adalet Divanı

Kaynak: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2> (erişim:01.04.2012)

- *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, Karar tarihi: 05.02.1970
- *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, İstişari Görüş, I.C.J. Reports 1971, Karar tarihi: 21.06.1971
- *South West Africa, (Second Phase)*, ICJ Reports 1966, Karar tarihi: 18.07.1966

3. Birleşmiş Milletler Sözleşme Organları

a. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

Kaynak: <http://tb.ohchr.org/default.aspx> (erişim:01.04.2012)

<http://www.bayefsky.com/docs.php/area/jurisprudence/treaty/ccpr/opt/0/node/5/type/all> (erişim:01.04.2012)

- *Adam v. Czech Republic*, Communication No. 586/1994, Views, 25.07.1996, CCPR/C/57/D/586/1994
- *Althammer v. Austria*, Communication No. 989/2001, Views, 01.09.2003, CCPR/C/78/D/989/2001
- *Aumeeruddy-Cziffra et al. v. Mauritius*, Communication No. 35/1978, Views, 09.04.1981, CCPR/C/12/D/35/1978
- *B.d.B. et al. v. The Netherlands*, Communication No. 273/1988, Views, 02.05.1989, CCPR/C/35/D/273/1988
- *Bahamonde v. Equatorial Guinea*, Communication No.468/1991, Views, 20.10.1993, CCPR/C/49/D/468/1991
- *Ballantyne et al. v. Canada*, Communication No. 273/1988, Views, 02.05.1989, CCPR/C/35/D/273/1988
- *Bleier v. Uruguay*, Communication No. 30/1978, Views, 29.03.1982, CCPR/C/15/D/30/1978
- *Blom v. Sweden*, Communication No. 191/1985, Views, 04.04.1988, CCPR/C/32/D/191/1985
- *Brinkhof v. The Netherlands*, Communication No. 402/1990, Views, 30.07.1993, CCPR/C/48/D/402/1990

- *Broeks v. The Netherlands*, Communication No. 172/1984, Views, 09.04.1987, CCPR/C/29/D/172/1984
- *C. v. Australia*, Communication No. 832/1998, Views, 25.07.2001, CCPR/C/72/D/832/1998
- *Danning v. The Netherlands*, Communication No. 180/1984, Views, 09.04.1987, CCPR/C/29/D/180/1984
- *Debreczeny v. The Netherlands*, Communication No. 500/1992, Views, 03.04.1995, CCPR/C/53/D/500/1992
- *Foin v. France*, Communication No. 666/1995, Views, 09.11.1999, CCPR/C/67/D/666/1995
- *Grille Motta v. Uruguay*, Communication No. 11/1977, Views, 29.07.1980, CCPR/C/10/D/11/1977
- *Gillot et al. v. France*, Communication No. 932/2000, Views, 15.07.2002, CCPR/C/75/D/932/2000
- *Gueye v. France*, Communication No. 196/1985, Views, 06.04.1989, CCPR/C/35/D/196/1985
- *H.A.E.d.J. v. The Netherlands*, Communication No. 297/1988, Views, 30.10.1989
- *Hamilton v. Jamaica*, Communication No. 616/1995, Views, 28.07.1999, CCPR/C/66/D/616/1995
- *Jacobs v. Belgium*, Communication No. 943/2000, Views, 07.07.2004, CCPR/C/81/D/943/2000
- *K.L v. Denmark*, Communication No. 81/1980, Views, 27.03.1981, CCPR/C/12/D/81/1990
- *Karakurt v. Austria*, Communication No. 965/2000, Views, 04.04.2002, CCPR/C/74/D/965/2000
- *Love et al. v. Australia*, Communication No. 983/2001, Views, 28.04.2003, CCPR/C/77/D/983/2001
- *Müller ve Engelhard v. Namibia*, Communication No. 919/2000, Views, 28.06.2002, CCPR/C/74/D/919/2000
- *Nahlik v. Austria*, Communication No. 608/995, Views, 19.08.1996, CCPR/C/57/D/608/1995
- *Oulajin ve Kaiss v. The Netherlands*, Communication No. 406/1990, Views, 23.10.1992, CCPR/C/46/D/406/1990
- *Pauger v. Austria*, Communication No. 415/1990, Views, 30.03.1992, CCPR/C/44/D/415/1990
- *Schmitz-de-Jong v. The Netherlands*, Communication No. 855/1999, Views, 09.08.2001, CCPR/C/72/D/855/1999
- *Singh Binher v. Canada*, Communication No. 208/1986, Views, 28.11.1989, CCPR/C/37/D/208/1986
- *Simunek v. Czech Republic*, Communication No. 516/1992, Views, 31.07.1995, CCPR/C/54/D/516/1992
- *Stalla Costa v. Uruguay*, Communication No. 198/1985, Views, 09.07.1987, CCPR/C/30/D/198/1985
- *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, Views, 04.04.1994, CCPR/C/50/D/488/1992
- *Van Oord v. The Netherlands*, Communication No. 658/1995, Views, 14.08.1997, CCPR/C/60/D/658/1995

- *Vos v. The Netherlands*, Communication No. 218/1986, Views, 29.03.1989, CCPR/C/35/D/218/1986
- *Vos v. The Netherlands*, Communication No. 786/1997, Views, 26.07.1999, CCPR/C/66/D/786/1997
- *Wackenheim v. France*, Communication No. 854/199, Views, 26.07.2002, CCPR/C/75/D/854/1999
- *Waldman v. Canada*, Communication No. 694/1996, Views, 05.11.1999, CCPR/C/67/D/694/1996
- *Young v. Australia*, Communication No. 941/2000, Views, 18.09.2003, CCPR/C/78/D/941/2000
- *Zwaan-de Vries v. The Netherlands*, Communication No. 182/1984, Views, 09.04.1987, CCPR/C/29/D/182/1984

b. Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi

Kaynak: <http://tb.ohchr.org/default.aspx> (erişim:01.04.2012)

<http://www.bayefsky.com/docs.php/area/jurisprudence/treaty/cerd/opt/0/node/5/type/all> (erişim:01.04.2012)

- *A.W.R.A.P. v. Denmark*, Communication No. 37/2006, Opinion, 08.08.2007, CERD/C/71/D/37/2006
- *Ahmed v. Denmark*, Communication No. 16/1999, Opinion, 13.03.2000, CERD/C/56/D/16/1999
- *B.J. v. Denmark*, Communication No. 17/1999, Opinion, 10.05.2000, CERD/C/56/D/17/1999
- *F.A. v. Norway*, Communication No. 18/2000, Opinion, 21.03.2001, CERD/C/58/D/18/2000
- *Habassi v. Denmark*, Communication No. 10/1997, Opinion, 17.03.1999, CERD/C/54/D/10/1997
- *K.R.C. v. Denmark*, Communication No. 23/2002, Opinion, 13.08.2002, CERD/C/61/D/23/2002
- *L. K. v. The Netherlands*, Communication No. 4/1991, Opinion, 16.03.1993, CERD/C/42/D/4/1991
- *L. R. et al. v. Slovakia*, Communication No. 31/2003, Opinion, 07.03.2005, CERD/C/66/D/31/2003
- *Miroslav Lacko v. Slovakia*, Communication No. 11/1998, Opinion, 09.08.2001, CERD/C/59/D/11/1998
- *Mostafa v. Denmark*, Communication No. 19/2000, Opinion, 10.08.2001, CERD/C/59/D/19/2000
- *Quereshi v. Denmark*, Communication No. 33/2003, Opinion, 10.03.2004, CERD/C/66/D/33/2003
- *P.S.N.v. Denmark*, Communication No. 36/2006, Opinion, 08.08.2007, CERD/C/71/D/36/2006
- *Sefic v. Denmark*, Communication no. 32/2003, Opinion, 07.03.2005, CERD/C/66/D/32/2003
- *The Jewish Community of Oslo et al.v. Norway*, Communication No. 30/2003, Opinion, 22.08.2005, CERD/C/67/D/30/2003

- *Yılmaz-Doğan v. Denmark*, Communication No. 1/1984, Opinion, 10.08.1988, CERD/C/36/D/1/1984

c. Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi

Kaynak: <http://tb.ohchr.org/default.aspx> (erişim:01.04.2012)
<http://www.bayefsky.com/docs.php/area/jurisprudence/treaty/cedaw/opt/0/node/5/typ e/all> (erişim:01.04.2012)

- *A. T. v. Hungary*, Communication No. 2/2003, Views, 26.01.2005
- *Goekce v. Austria*, Communication No. 5/2005, Views, 06.08.2007, CEDAW/C/39/D/5/2005
- *N.S.F. v. The United Kingdom*, Communication No. 10/2005, Views, 12.06.2007, CEDAW/C/38/D/10/2005
- *Rahime Kayhan v. Turkey*, Communication No. 8/2005, Views, 27.01.2006, CEDAW/C/34/D/8/2005
- *Vertidov. Philippines*, Communication No. 18/2008, Views, 01.08.2010, CEDAW/C/46/D/18/2008
- *Yıldırım v. Austria*, Communication No. 6/2005, Views, 01.10.2007, CEDAW/C/39/D/6/2005

4. Avrupa Konseyi Organları

a. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

Kaynak: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/default.htm> (erişim:01.04.2012)

- *D.S. v. The Netherlands*, Application No.17175/90, Decision, 12.10.1992
- *Webb v. The United Kingdom*, Application No.9353/81, Decision, 11.05.1983
- *X v. Federal Almanya*, Application No.86/55, Decision, 16.12.1955

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Kaynak: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/default.htm> (erişim:01.04.2012)

- *97 members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Gürcistan*, Application No.71156/01, Judgment, 03.05.2007
- *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, Application No.9214/80: Judgment, 25.05.1985
- *Airey v. Ireland*, Application No.6289/73, Judgment, 09.10.1979
- *Aksu v. Turkey*, Application No.4149/04 ve 41029/04, Judgment, 27.07.2010
- *Anakomba Yula v. Belgium*, Application No.45413/07, Judgment, 10.03.2009
- *Andrejeva v. Latvia*, Application No.55707/00, Judgment, 18.02.2009
- *Angelova and Iliev v. Bulgaria*, Application No.55523/00, Judgment, 26.07.2007
- *Artico v. Italy*, Application No.6694/74, Judgment, 13.05.1980
- *Avşar v. Turkey*, Application No.25657/94, Judgment, 10.07.2001

- *Baczkowski and Others v. Poland*, Application No.1543/06, Judgment, 03.05.2007
- *Beard v. The United Kingdom*, Application No.24882/94, Judgment, 18.01.2001
- *Beian v. Romania*, Application No.30658/056, Judgment, 06.12.2007
- *Case 'Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium'*, Application Nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment, 23.07.1968
- *Bigaeva v. Greece*, Application No.26713/05, Judgment, 28.05.2009
- *Buckley v. the United Kingdom*, Application No.20348/92, Judgment, 25.09.1996
- *C.R. v. the United Kingdom*, Application No.20190/92, Judgment, 22.11.1995
- *Canea Catholic Church v. Greece*, Application No.25528/94, Judgment, 16.12.1997
- *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, Application No.24417/95, Judgment, 27.06.2000
- *Chapman v. the United Kingdom*, Application No.27238/95, Judgment, 18.01.2001
- *Chassagnou and Others v. France*, Application No.25088/94, 28331/94 ve 28443/95, Judgment, 29.04.1999
- *Cobzaru v. Romania*, Application No.48254/99, Judgment, 26.07.2007
- *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, Application No.13134/87 Judgment, 25.03.1993
- *Coster v. the United Kingdom*, Application No.24876/94, Judgment, 18.01.2001
- *D. H. and Others v. Czech Republic*, Application No.57325/00, Judgment, 13.11.2007
- *Danilenkov and Others v. Russia*, Application No.67336/01, Judgment, 30.07.2009
- *Darby v. Sweden*, Application No.11581/75, Judgment, 23.10.1990
- *Dudgeon v. the United Kingdom*, Application No.7525/76, Judgment, 22.10.1981
- *E.B. v. France*, Application No.43546/02, Judgment, 22.01.2008
- *Frette v. France*, Application No.36515/97, Judgment, 26.02.2002
- *Gaygusuz v. Austria*, Application No.17371/90, Judgment, 16.09.1996
- *Grande Oriente D'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy (No. 2)*, Application No.26740/02, Judgment, 31.05.2007
- *Handyside v. the United Kingdom*, Application No.5493/72, Judgment, 07.12.1976
- *Hoffmann v. Austria*, Application No.12875/87, Judgment, 23.06.1993
- *Holy Monasteries v. Greece*, Application No.13092/87, Judgment, 09.12.1994
- *Hoogendijk v. The Netherlands*, Application No.58641/00, Decision, 06.01.2005
- *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, Application No.24746/94, Judgment, 04.05.2001
- *Ireland v. the United Kingdom*, Application No.5310/71, Judgment, 18.01.1978
- *James and Others v. the United Kingdom*, Application No.8793/79, Judgment, 21.02.1986
- *Jane Smith v. the United Kingdom*, Application No.25154/94, Judgment, 18.01.2001
- *Janosevic v. Sweden*, Application No.34619/97, Judgment, 23.07.2002
- *Jersild v. Denmark*, Application No.15890/89, Judgment, 23.09.1994
- *Karner v. Austria*, Application No.40016/98, Judgment, 24.07.2003
- *Kelly and Others v. the United Kingdom*, Application No.30054/96, Judgment, 04.05.2001
- *Klass v. Germany*, Application No.5029/71, Judgment, 06.09.1978

- *Kosteski v. Former Yugoslav Republic Macedonia*, Application No.55170/00, Judgment, 13.04.2006
- *Koua Poirrez v. France*, Application No.40892/98, Judgment, 30.09.2003
- *Kreuz v. Poland*, Application No.28249/95, Judgment, 19.06.2001
- *L ve V v. Austria*, Application No.39392/98, Judgment, 09.01.2003
- *Larkos v. Cyprus*, Application No.29515/95, Judgment, 18.02.1999
- *Lee v. the United Kingdom*, Application No.25289/94, Judgment, 18.01.2001
- *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, Application No.9006/80, Judgment, 08.07.1986
- *Marckx v. Belgium*, Application No.6833/74, Judgment, 13.06.1979
- *McKerr v. the United Kingdom*, Application No.28883/95, Judgment, 04.05.2001
- *Menteş and Others v. Turkey*, Application No.23186/94, Judgment, 28.11.1997
- *Moldovan and Others v. Romania (no. 2)*, Application No.41138/98, Judgment, 12.07.2005
- *Moustaquim v. Belgium*, Application No.12313/86, Judgment, 18.02.1991
- *Nachova and Others v. Bulgaria*, Application No.43577/98, Judgment, 06.07.2005
- *National Union of Belgian Police v. Belgium*, Application No.4464/70, Judgment, 27.10.1975
- *Okçuoğlu v. Turkey*, Application No.24246/94, Judgment, 08.07.1999
- *Opuz v. Turkey*, Application No.33401/02, Judgment, 09.06.2009
- *Orsus and Others v. Croatia*, Application No.15766/03, Judgment, 16.03.2010
- *Paulik v. Slovakia*, Application No.10699/05, Judgment, 10.10.2006
- *Petrov v. Bulgaria*, Application No.15197/02, Judgment, 22.05.2008
- *Phillips v. the United Kingdom*, Application No.41087/98, Judgment, 05.07.2001
- *Piermont v. France*, Application No.15773/89, Judgment, 27.04.1995
- *Pine Valley Developments LTD and Others v. Ireland*, Application No.12742/87, Judgment, 29.11.1991
- *Pla ve Puncernau v. Andorra*, Application No.69498/01, Judgment, 10.10.2006
- *Pretty v. the United Kingdom*, Application No.2346/02, Judgment, 29.04.2002
- *Price v. the United Kingdom*, Application No.33394/96, Judgment, 10.07.2001
- *Rainys and Gasparavicius v. Lithuania*, Application No.70665/01; 74345/01, Judgment, 07.04.2005
- *Rasmussen v. Denmark*, Application No.8777/79, Judgment, 28.11.1984
- *Runkee and White v. the United Kingdom*, Application No.42949/98 ve 53134/99, Judgment, 10.05.2007
- *S. L. v. Austria*, Application No.45330/99, Judgment, 09.01.2003
- *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Application No.36290/96, Judgment, 21.12.1999
- *Salabiaku v. France*, Application No.41087/98, Judgment, 05.07.2001
- *Sampanis and Others v. Greece*, Application No.32526/05, Judgment, 05.06.2008
- *Schuler Zraggen v. Switzerland*, Application No.14518/89, Judgment, 24.06.1993
- *Schwizgebel v. Switzerland*, Application No.25762/07, Judgment, 10.06.2010
- *Secic v. Croatia*, Application No.40116/02, Judgment, 31.05.2007
- *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, Application No.27996/06 ve 34836/06, Judgment, 22.12.2009
- *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, Application No.55480/00, 59330/00, Judgment, 27.07.2004

- *Silver and Others v. the United Kingdom*, Application No.5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Judgment, 25.03.1983
- *Stec and Others v. the United Kingdom*, Application No.33985/96, Judgment, 12.04.2006
- *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, Application No.22083/93 ve 22095/93, Judgment, 22.10.1996
- *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, Application No.5614/72, Judgment, 06.02.1976
- *Tara Lunga v. Romania*, Application No.26831/03, Judgment, 08.07.2008
- *Tehleanu v. Romania*, Application No.1578/03, Judgment, 16.09.2008
- *Thlimmenos v. Greece*, Application No.34369/97, Judgment, 06.04.2000
- *Timishev v. Russia*, Application No.55762/00, Judgment, 13.12.2005
- *Türkiye Birleşik Komünist Partisi v. Turkey*, Application No.19392/92, Judgment, 30.01.1998
- *Ünal Tekeli v. Turkey*, Application No.29865/96, Judgment, 16.11.2004
- *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, Application No.76240/01, Judgment, 28.06.2007
- *X and Y v. The Netherlands*, Application No.8978/80, Judgment, 26.03.1985
- *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, Application No.24699/94, Judgment, 28.06.2001
- *Velikova v. Bulgaria*, Application No.41488/98, Judgment, 18.05.2000
- *Weller v. Hungary*, Application No.44399/05, Judgment, 31.03.2009
- *Zinescu v. Romania*, Application No.26832/03, Judgment, 23.09.2008
- *Zarb Adami v. Malta*, Application No.17209/02, Judgment, 20.06.2006

b. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi

Kaynak:

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints_en.asp
(erişim:01.04.2012)

- *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. France*, Complaint No. 63/2010, Decision, 13.07.2011
- *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italy*, Complaint No. 58/2009, Decision, 06.06.2010
- *Confédération Française Démocratique du Travail (CFDT) v. France*, Complaint no. 50/2008, Decision, 09.09.2009
- *International Association Autism-Europe (IAAE) v. France*, Complaint No. 13/2002, Decision, 07.11.2003
- *European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA) v. France*, Complaint No. 39/2006, Decision, 04.08.2008
- *European Roma Rights Center (ERRC) v. Bulgaria*, Complaint No. 31/2005, Decision, 30.11.2006
- *European Roma Rights Centre (ERRC) v. France*, Complaint no. 51/2008, Decision, 19.10.2009
- *European Roma Rights Center (ERRC) v. Italy*, Complaint No. 27/2004, Decision, 21.12.2005

- *Mental Disability Advocacy Center (MDAC) v. Bulgaria*, Complaint No. 41/2007, Decision, 10.06.2008
- *Syndicat SUD Travail Affaires Sociales v. France*, Complaint No. 24/2004, Decision, 20.11.2005

5. Avrupa Birliği Adalet Divanı

Kaynak: <http://eur-lex.europa.eu/JURISIndex.do?ihmlang=en>(erişim:01.04.2012)

- *Adelener and Others v. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, Case C-212/04, Karar tarihi: 04.07.2006
- *Alexander Dory v. Bundesrepublik Deutschland*, Case C-186/01, Karar tarihi: 11.03.2003
- *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic*, Case C-273/97, Karar tarihi: 26.10.1999
- *Angela Maria Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence*, Case C-6-9/90, Karar tarihi: 19.11.1991
- *Belinda Jane Coote v. Granada Hospitality Ltd.*, Case C-185/97, Karar tarihi: 22.09.1998
- *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, Case C-170/84, Karar tarihi: 13.05.1986
- *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, Case C-54/07, Karar tarihi: 10.06.2008
- *CIA Security International SA v. Signalson SA and Securitel SPRL*, Case C-194/94, Karar tarihi: 30.04.1996
- *Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main*, Case C-229/08, Karar tarihi: 12.01.2010
- *Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany*, Case 248/83, Karar tarihi: 21.05.1985
- *Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany*, Case C-96/95, Karar tarihi: 20.03.1997
- *Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany*, Case C-253/95, Karar tarihi: 02.05.1996
- *Commission of the European Communities v. French Republic*, Case 318/86, Karar tarihi: 30.06.1988
- *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg*, Case C-220/94, Karar tarihi: 15.06.1995
- *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic*, Başvuru no: 109/94, 207/94 ve C-225/94, Karar tarihi: 29.06.1995
- *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic*, Başvuru no: 187/98, Karar tarihi: 28.10.1999
- *Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium*, Başvuru no: 133/94, Karar tarihi: 02.05.1996
- *Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Başvuru no: 165/82, Karar tarihi: 08.11.1983
- *David Hütter v. Technische Universität Graz*, Başvuru no: 88/08, Karar tarihi: 18.06.2009

- *Dr. Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, Başvuru no: 127/92, Karar tarihi: 27.10.1993
- *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, Başvuru no: 450/93, Karar tarihi: 17.10.1995
- *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, Case C-177/88, Karar tarihi: 08.11.1990
- *Erika Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit*, Case C-77/02, Karar tarihi: 11.09.2003
- *Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, Case C-158/97, Karar tarihi: 28.03.2000
- *Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*, Case C-411/05, Karar tarihi: 16.10.2007
- *Finanzamt Köln-Allstadt v. Roland Schumacher*, Case C-279/93, Karar tarihi: 14.02.1995
- *Firma A. Racke v. Hauptzollamt Mainz*, Case C-283/83, Karar tarihi: 13.11.1984
- *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, Case C-6/64, Karar tarihi: 15.07.1964
- *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Case C-43/75, Karar tarihi: 08.04.1976
- *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Case C-149/77, Karar tarihi: 15.06.1978
- *Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, Case C-158/97, Karar tarihi: 28.03.2000
- *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost*, Case C-152/73, Karar tarihi: 12.02.1974
- *H. Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Case C-476/99, Karar tarihi: 19.03.2002
- *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss*, Case C-109/88, Karar tarihi: 17.10.1989
- *Hellen Gerster v. Freistaat Bayern*, Case C-1/95, Karar tarihi: 02.10.1997
- *Helga-Kutz-Bauer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, Case C-187/00, Karar tarihi: 20.03.2003
- *Helga Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg*, Case C-184/89, Karar tarihi: 07.02.1991
- *Hellmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*, Case C-409/95, Karar tarihi: 11.11.1997
- *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main ve Silvia Becker v. Land Hessen*, Birleştirilmiş Davalar, Case C-4/02 and 5/02, Karar tarihi: 23.10.2003
- *Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover*, Case C-317/93, Karar tarihi: 14.12.1995
- *Ingrid Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG.*, Case C-171/88, Karar tarihi: 13.07.1989
- *J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, Case C-96/80, Karar tarihi: 31.03.1981
- *Jean-E. Humblet v. Belgian State*, Case C-6/60, Karar tarihi: 16.12.1960

- *Joseph Griesmar v. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation*, Case C-366/99, Karar tarihi: 29.11.2001
- *Julia Schnorbus v. Land Hessen*, Case C-79/99, Karar tarihi: 06.07.2000
- *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist*, Case C-407/98, Karar tarihi: 06.07.2000
- *Kathleen Hill and Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners and Department of Finance*, Case C-243/95, Karar tarihi: 17.06.1998
- *Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg*, Case C-33/89, Karar tarihi: 27.06.1990
- *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd.*, Case C-249/1996, Karar tarihi: 17.02.1998
- *Luigi Spano and others v. Fiat Geotech SpA and Fiat Hitachi Excavators SpA*, Case C-472/93, Karar tarihi: 07.12.1995
- *M. H. Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, Case C-152/84, Karar tarihi: 26.02.1986
- *M. Helen Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Case C-271/91, Karar tarihi: 02.08.1993
- *MacArthy's Ltd v. Wendy Smith*, Case C-129/79, Karar tarihi: 27.03.1980
- *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Case C-222/84, Karar tarihi: 15.05.1986
- *Maria-Luise Lindorfer v. Council of the European Union*, Case C-227/04, Karar tarihi: 11.09.2007
- *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, Case C-26/62, Karar tarihi: 05.02.1963
- *Nils Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG*, Case C-180/95, Karar tarihi: 22.04.1997
- *O'Flynn v. Adjudication Office*, Case C-237/94, Karar tarihi: 28.06.1994
- *Orsolina Leonesio v. Ministero dell'agricoltura e foreste*, Case C-93/71, Karar tarihi: 17.05.1972
- *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v. Wirtschaftskammer Österreich*, Case C-220/02, Karar tarihi: 22.05.2002
- *P. v. S. and Cornwall County Council*, Case C-13/94, Karar tarihi: 30.04.1996
- *Paola Faccini Dori v. Recreb Srl*, Case C-91/92, Karar tarihi: 14.07.1994
- *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, Başvuru no: 167/97, Karar tarihi: 09.02.1999
- *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, Case C-303/06, Karar tarihi: 17.07.2008
- *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, Case C-14/83, Karar tarihi: 10.04.1984
- *Serge Briheche v. Ministre de l'Intérieur and Others*, Case C-319/03, Karar tarihi: 30.09.2004
- *Silke-Karin Mahlburg v Land Mecklenburg-Vorpommern*, Case C-207/98, Karar tarihi: 03.02.2000
- *Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, Case C-13/05, Karar tarihi: 11.07.2006

- *Specialarbejderforbundet i Danmark v. Dansk Industri, formerly Industriens Arbejdsgivere, acting for Royal Copenhagen A/S*, Case C-400/93, Karar tarihi: 31.05.1995
- *Stadt Lengerich v. Angelika Helmig and Waltraud Schmidt v. Deutsche Angestellten-Krankenkasse and Elke Herzog v. Arbeiter-Samariter-Bund Landverband Hamburg eV and Dagmar Lange v. Bundesknappschaft Bochum and Angelika Kussfeld v. Firma Detlef Bogdol GmbH and Ursula Ludewig v. Kreis Segeberg*, Birleştirilmiş dava, Case C-399/92, 409/92, 425/92, 34/93, 50/93 ve 78/93, Karar tarihi: 15.12.1994
- *Susanna Brunnhofer v. Bank der sterreichischen Postsparkasse AG*, Case C-381/99, Karar tarihi: 26.06.2001
- *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bhnen*, Case C-267/06, Karar tarihi: 01.04.2008
- *Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*, Case C-285/98, Karar tarihi: 11.01.2000
- *Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, Case C-109/00, Karar tarihi: 04.10.2001
- *The Queen v. The Competition Commission, Secretary of State for Trade and Industry and The Director General of Fair Trading, ex parte Milk Marque Ltd and National Farmers' Union*, Case C-137/00, Karar tarihi: 09.09.2003
- *Ursula Megner and Hildegard Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz, now Innungskrankenkasse Rheinhessen-Pfalz*, Case C-444/93, Karar tarihi: 14.12.1995
- *Vasiliki Nikoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, Case C-192/02, Karar tarihi: 10.03.2005
- *Yvonne van Duyn v. Home Office*, Case C-41/74, Karar tarihi: 04.12.1974

6. Anayasa Mahkemesi

Kaynak:http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=search&id=24 (erişim:01.04.2012)

- E. 1963/148, K. 1963/256, K.t. 25.10.1963
- E. 1964/12, K. 1964/47, K.t. 09.06.1964
- E. 1964/36, K. 1964/77, K.t. 25.12.1964
- E. 1976/13, K. 1976/31, K.t. 03.06.1976
- E. 1979/19, K. 1979/39, K.t. 09.10.1979
- E. 1980/29, K. 1981/22, K.t. 21.05.1981
- E. 1981/13, K. 1983/8, K.t. 28.04.1983
- E. 1984/1, K. 1984/2, K.t. 01.03.1984
- E. 1986/11, K. 1986/26, K.t. 04.11.1986
- E. 1987/1, K. 1987/18, K.t. 11.09.1987
- E. 1987/3, K. 1987/13, K.t. 22.05.1987
- E. 1987/16, K. 1988/8, K.t. 19.04.1988
- E. 1987/18, K. 1988/23, K.t. 23.06.1988
- E. 1987/24, K. 1987/32, K.t. 24.11.1987
- E. 1988/3, K. 1989/4, K.t. 18.01.1989
- E. 1988/4, K. 1989/3, K.t. 12.01.1989

- E. 1990/27, K. 1991/2, K.t. 17.01.1991
- E. 1994/43, K. 1994/42-2, K.t. 09.12.1994
- E. 1996/10, K. 1996/40, K.t. 22.10.1996
- E. 1996/15, K. 1996/34, K.t. 23.09.1996
- E. 1996/55, K. 1997/33, K.t. 27.02.1997
- E. 2001/232, K. 2001/89, K.t. 23.05.2001
- E. 2004/30, K. 2008/55, K.t. 07.02.2008
- E. 2006/101, K. 2008/126, K.t. 19.06.2008
- E. 2006/140, K. 2006/133 (Yürürlüğü durdurma), K.t. 27.10.2006
- E. 2006/140, K. 2008/185, K.t. 25.12.2008
- E. 2009/85, K. 2011/49, K.t. 10.03.2011
- E. 2010/119, K. 2011/165, K.t. 08.12.2011

7.Danıştay

Kaynak: Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr (erişim:01.04.2012)

- Danıştay 2. Daire, E. 2004/6569, K. 2007/1038, K.t. 14.03.2007
- Danıştay 5. Daire, E. 1986/1723, K. 1991/933, K.t. 22.05.1991
- Danıştay 5. Daire, E. 2001/5253, K. 2003/796, K.t. 13.03.2003
- Danıştay 8. Daire, E. 2006/4107, K. 2007/7481, K.t. 28.12.2007
- Danıştay 10. Daire, E. 1987/1159, K. 1987/1458, K.t. 01.07.1987
- Danıştay 10. Daire, E. 1988/1042, K. 1989/857, K.t. 20.04.1989
- Danıştay 10. Daire, E. 2004/5815, K. 2007/461, K.t. 24.01.2007
- Danıştay 10. Daire, E. 2005/5972, K. 2007/2493, K.t. 18.05.2007
- Danıştay 12. Daire, E. 2004/4382, K. 2006/539, K.t. 22.02.2006
- Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E. 2005/1, K. 2006/1, K.t. 03.03.2006

8.Yargıtay

- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2003/18257, K. 2003/17985, K.t. 27.10.2003
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2003/18926, K. 2003/18920, K.t. 10.11.2003
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/12988, K. 2005/477, K.t. 11.01.2005
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/14422, K. 2005/5811, K.t. 21.02.2005
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/20181, K. 2004/29411, K.t. 27.12.2004
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/21425, K. 2004/22545, K.t. 07.10.2004
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/23961, K. 2005/14007, K.t. 21.04.2005
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/25538, K. 2005/14932, K.t. 28.04.2005
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/32064, K. 2005/36379, K.t. 17.11.2005
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/10439, K. 2006/15150, K.t. 22.05.2006
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/30340, K. 2006/31894, K.t. 04.12.2006
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/30630, K. 2007/18174, K.t. 06.06.2007
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/41015, K. 2008/17093, K.t. 23.06.2008
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/3122, K. 2008/4922, K.t. 14.03.2008
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/6448, K. 2009/23296, K.t. 17.09.2009
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/34202, K. 2009/7718, K.t. 23.03.2009
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/24147, K. 2009/9509, K.t. 06.04.2009

- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/27309, K. 2008/22094, K.t. 25.07.2008
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/30271, K. 2008/25206, K.t. 06.10.2008
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/32183, K. 2009/7045, K.t. 17.03.2009
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/33814, K. 2010/20394, K.t. 24.06.2010
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/34202, K. 2009/7718, K.t. 23.03.2009
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2009/21120, K. 2010/1962, K.t. 01.02.2010
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2009/25544, K. 2009/20096, K.t. 07.07.2009
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2009/27693, K. 2010/28547, K.t. 11.10.2010
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2009/42251, K. 2009/33714, K.t. 07.12.2009
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2010/4154, K. 2010/4666, K.t. 23.02.2010
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2010/42692, K. 2010/32223, K.t. 08.11.2010
- Yargıtay HGK, E. 2009/9-485, K. 2009/598, K.t. 23.12.2009

9. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi

Kaynak: <http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html> (erişim:01.04.2012)

- *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 US 424, Karar tarihi: 03.08.1971
- *Washington v. Davis*, 426 US 229, Karar tarihi: 07.06.1976
- *Yick Wo v. Hopkins*, 118 US 356, Karar tarihi:10.05.1886

10. Kanada Yüksek Mahkemesi

Kaynak: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/>(erişim:01.04.2012)

- *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 SCR 143, Karar tarihi: 02.02.1989
- *Christie v. York Corporation*, [1940] SCR 139, Karar tarihi: 09.12.1939
- *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 SCR 624, Karar tarihi: 09.10.1997
- *R. v. Turpin*, [1989] 1 SCR 1296, Karar tarihi: 04.05.1989

Kanun-Madde İndeksi

- **1961 Anayasası:** 12, 58
- **1982 Anayasası:** 2, 5, 10, 11, 34, 36, 40, 48, 50, 51, 68, 69, 70, 123, 125, 129, 135, 138
- **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun** (6216 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 03.04.2011, Sayısı: 27894): 47, 64, 75
- **Avukatlık Kanunu** (1136 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 07.04.1969, Sayısı: 13168): 76, 110, 176, 177, 178,
- **Ceza Muhakemesi Kanunu** (5271 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 17.12.2004, Sayısı: 25673): 234, 237, 239, 253, 254, 255
- **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun** (5275 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 29.12.2004, Sayısı: 25685): 2
- **Çocuk Koruma Kanunu** (5395 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 15.07.2005, Sayısı: 25876): 4
- **Deniz İş Kanunu** (854 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 29.04.1967, Sayısı: 12586): 13, 16, 50
- **Devlet Memurları Kanunu** (657 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 23.07.1965, Sayısı: 12056): 7, 10, 11, 13, 48, 53, 100, 125
- **Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu** (5362 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 21.06.2005, Sayısı: 25852) : 11, 30, 39
- **Hukuk Muhakemeleri Kanunu** (6100 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayısı: 27836): 61, 65, 66, 71, 120, 190, 334, 335, 336, 339, 340
- **İdari Yargılama Usulü Kanunu** (2577 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 20.01.1982, Sayısı: 17580):2, 16, 20, 31
- **İş Kanunu** (4857 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 10.06.2003, Sayısı: 25134): 1, 2, 4, 5, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 30, 39, 68, 71, 72, 73, 74, 77, 91, 99, 101, 108
- **Kabahatler Kanunu** (5326 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 31.03.2005, Sayısı: 25772): 15
- **Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu** (4688 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 12.07.2001, Sayısı: 24460): 18, 38, 43
- **Milli Eğitim Temel Kanunu** (1739 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 24.06.1973, Sayısı: 14574): 4, 8
- **Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun** (5378 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 07.07.2005, Sayısı: 25868): 14, 15
- **Sendikalar Kanunu** (2821 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 07.05.1983, Sayısı: 18040): 31, 32, 33, 58, 59

- **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun** (4077 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi:08/03/1995, Sayısı: 22221): 23, 24
- **Türk Borçlar Kanunu** (6098 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayısı: 27836): 26, 27, 47, 49, 50, 56, 66, 72, 112, 116, 146, 417, 434
- Türk Ceza Kanunu** (5237 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 12.10.2004, Sayısı: 25611): 3, 20, 26, 37, 38, 39, 50, 52102, 103, 105, 122, 125, 126
- **Türk Ticaret Kanunu** (6102 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 14.02.2011, Sayısı: 27846): 56
- **Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun** (5894 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 16.05.2009, Sayısı: 27230): 3
- **Türk Medeni Kanunu** (4721 Sayılı, Resmi Gazete Tarihi: 08.12.2001, Sayısı: 24607): 6, 9, 68

ÖZGEÇMİŞ

Ulaş Karan, lise eğitimini Bursa tamamladıktan sonra 1999 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne girmiş ve 2003 yılında mezun olmuştur. 2006 yılında “Türkiye’de Sosyal Hakların Mahkemeler Önünde İleri Sürülebilirliği ve Yüksek Mahkemelerin Sosyal Haklara Yaklaşımı” başlıklı teziyle İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Hukuku Programı’nda yüksek lisans derecesi almıştır. 2006 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde Kamu Hukuku Doktora Programı’nda doktora eğitimine başlamış ve 2008 yılında doktora yeterlilik sınavını vermiştir. Ulaş Karan 2005 yılından beri İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi’nde uzman ve 2008 yılında beri İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilimdalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.