

T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

EŞİTLİK İLKESİ VE POZİTİF AYRIMCILIK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
Prof. Dr. Yavuz ATAR

HAZIRLAYAN
Tuğba ÜNLÜ

KONYA - 2009

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa No</u>
Bilimsel Etik Sayfası	iv
Tez Kabul Formu	v
Özet.....	vi
Summary	vii
Kısaltmalar.....	viii
Giriş	1
BİRİNCİ BÖLÜM	5
EŞİTLİK İLKESİ VE POZİTİF AYRIMCILIK KAVRAMI	5
I. EŞİTLİK İLKESİ	5
A. Eşitlik İlkesinin Tanımı.....	5
B. Eşitlik İlkesinin Felsefi kökeni.....	9
C. Eşitlik İlkesinin Tarihi Kökeni.....	13
D. Eşitlik İlkesinin Niteliği ve Kapsamı	15
II. POZİTİF AYRIMCILIK KAVRAMI.....	17
A. Pozitif Ayrımcılığın Tanımı.....	17
B. Pozitif Ayrımcılığın Tarihsel Gelişimi.....	19
C. Pozitif Ayrımcılığın Kapsamı	20
1. Pozitif Ayrımcılığın Cinsiyet Ayrımcılığı Üzerindeki Etkisi	21
2. Pozitif Ayrımcılığın Engelliler ve Yaşlılar Üzerindeki Etkisi.....	24
3. Pozitif Ayrımcılığın Irkçılık Üzerindeki Etkisi	27

Sayfa No

İKİNCİ BÖLÜM.....	30
ULUSLARARASI BELGELERDE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA EŞİTLİK İLKESİ VE POZİTİF AYRIMCILIK.....	30
I. GENEL OLARAK	30
II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BELGELERİNDEKİ DÜZENLEMELER	32
A. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	32
B. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme	34
C. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme	36
D. Birleşmiş Milletler Özürlüler Programı	38
III. AVRUPA KONSEYİ BELGELERİNDEKİ DÜZENLEMELER	40
A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	40
B. Avrupa Sosyal Şartı	42
IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA EŞİTLİK İLKESİ VE POZİTİF AYRIMCILIK	44
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	49
KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EŞİTLİK İLKESİ VE POZİTİF AYRIMCILIK	49
I. GENEL OLARAK	49
II. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ.....	52
III. ALMANYA	55
IV. FRANSA	57
V. İTALYA.....	58
VI. İSVİÇRE.....	59
VII. İSPANYA.....	60
VIII. HOLLANDA	62

Sayfa No

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	64
TÜRK HUKUKUNDA EŞİTLİK İLKESİ VE POZİTİF AYRIMCILIK ..	64
I. OSMANLI İMPARATORLUĞU DÖNEMİ	64
II. CUMHURİYET DÖNEMİ	71
A. 1924 Anayasası Dönemi	71
B. 1961 Anayasası Dönemi	73
C. 1982 Anayasası Dönemi	74
1. Anayasal Düzenleme	74
2. İlgili Mevzuat Düzenlemeleri	79
III. TÜRK HUKUKU İLE DİĞER ÜLKELERİN HUKUK SİSTEMLERİNİN EŞİTLİK VE POZİTİF AYRIMCILIK POLİTİKALARI BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRILMASI.....	85
Sonuç	96
Kaynakça	101
Özgeçmiş	107



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadar ki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Tuğba ÜNLÜ

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Tuğba Ünlü'.



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



YÜKSEK LİSANS TEZİ KABUL FORMU

Tugba D. N. S. tarafından hazırlanan *İş Hukukunda Sorumluluk Soruları* başlıklı bu çalışma 2023/2024 Tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı

Başkan
Doç. Dr. Yavuz ATAR
Kamu Huk. Bl. Bşk.

İmza

Ünvanı, Adı Soyadı

Üye

Doç. Dr. Reyhan Sunay

İmza

Ünvanı, Adı Soyadı

Üye

Doç. Dr. Faruk Bilik

İmza



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Tuğba ÜNLÜ	Numarası: 064234001003
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı	
	Danışmanı	Prof. Dr. Yavuz ATAR	
Tezin Adı		Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık	

ÖZET

Eşitlik, sosyal hayatta bireyler arasında haklar ve imkânlar bakımından ayrım gözetilmemesi ve var olan ayrımların kaldırılmasını isteyen temel bir ilkedir. Eşitlik, tarihin bütün dönemlerinde insanların önem verdikleri bir ilke olmuştur. Ancak, insan sosyal bir varlıktır ve insanlığın var olup gelişiminden bu yana toplum yaşamında meydana gelen bir takım ayrımcılıklar vardır. Bu ayrımcılıklar insanların fiziksel, ruhsal ya da sosyal durumlarından kaynaklanabilir. Her toplumda bireyler veya gruplar arasında baş gösteren ayrılıklarının barışçı bir şekilde çözümü ancak hukuk kuralları ile mümkündür.

Eşitlik ve adalet ilkeleri çerçevesinde hak ve özgürlükler herkese eşit şekilde tanınmalı ve uygulanmalıdır. Fakat bazen pozitif ayrımcılık kamu vicdanını daha fazla rahatlatır. Sosyal, ekonomik ve politik alandan taşıdıkları özellikler yüzünden dışlanmış olanların dışlanmışlıklarını bir ölçüde azaltmak ve uzun vadede engellemek adına ortaya çıkan pozitif ayrımcılık kavramı, ayrımcılıktan kaynaklanan eşitsizliği, dışlanmış gruplara problemin kaynağına göre daha farklı haklar vererek çözmeyi hedefler. Bu doğrultuda, kadınların korunması, çocuk ve yaşlıları koruyucu özel yasalar çıkarılması, adalet duygusunu tatmin ettiği için toplumsal barışa daha fazla katkı sağlar.

Anahtar Sözcükler: Eşitlik, Pozitif Ayrımcılık, Fırsat Eşitliği Politikaları.



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Tuğba ÜNLÜ	Numarası: 064234001003
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı	
	Danışmanı	Prof. Dr. Yavuz ATAR	
Tezin Adı		Equality Principle and Positive Discrimination	

SUMMARY

Equality is a principle that wants not to make distinction between people about rights and opportunity and wants to remove the distinctions which are existed. People give importance to the equality pinciple since the all historical periods. But, human is a social existence and in social life there are certain number of discriminations between them since their being and development. These discriminations can arise from human's physical, psychic or social situations. These discriminations that happen between individuals or groups are solved in a peace only by the law rules.

Rights and liberties are given everybody eguatably and justly. It is important for law rules not to make any discrimination for social peace. But sometimes positive discrimination extra feels relieved the public conscience. The positive discrimination which is formed because of reducing and preventing the externalize people in a longer time, aims to solve problems which are arised from inequality by giving different rights according to source of problems. Protecting of women, making protective laws for children and olders add many useful things for social peace because they content the emotion of justice.

Key Words: Equality, Positive Discrimination, Gender Equality Policies.

KISALTMALAR

- AB : Avrupa Birliği
- ABD : Amerika Birleşik Devletleri
- age. : Adı geçen eser
- AGİK : Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı
- AGİT : Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
- AIHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
- AIHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
- bkz. : Bakınız
- BM : Birleşmiş Milletler
- CEDAW (Convention On The Elimination Of All Forms Of Discrimination Against Women) : Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme
- DPT : Devlet Planlama Teşkilatı
- E. : Esas
- E.T : Erişim tarihi
- ILO (International Labour Organization): Uluslararası Çalışma Örgütü
- K. : Karar
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development): Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü
- s. : Sayfa
- SHÇEK : Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu
- TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi
- T.C. : Türkiye Cumhuriyeti
- TCK : Türk Ceza Kanunu
- TİSK : Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu
- TOBB : Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
- UNDP (United Nations Development Programme): Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı
- UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization): Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü
- UNICEF (United Nations Children's Fund): Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu
- vb. : ve benzeri
- vs. : ve saire
- WHO (World Health Organization): Dünya Sağlık Örgütü
- yy. : yüzyıl

GİRİŞ

Eşitlik, ahlaksal ve genellikle toplumsal bir ideal olarak, insanların birbirleriyle, aynı insan doğasına sahip olmak bakımından, aynı konum ve değerde olmaları halidir. İlke olarak eşitlik, insanların birbirleriyle eşdeğerde olduklarını, bundan dolayı insanlar arasında ayırım gözetilmemesi gerektiğini dile getirir¹. Eşitlik ilkesi, değişik dönemlerde değişik anlam içerikleriyle karşımıza çıkar. Örneğin ilkçağın eşitlik tanımına göre, insanlar beden yönünden olmasa da, akıl yönünden eşittirler. Çünkü akıl herkese eşit olarak dağıtılmıştır ve aklın yolu birdir. Ortaçağda bu eşitlik tanımı değişmiştir. Ortaçağın eşitlik tanımında ise insanlar dünyevi yönden değil, fakat Tanrı'nın nezdinde eşittirler. Buna göre, Tanrı'nın önünde, herkes aynı konum ve değerdedir. Yeniçağa gelindiğinde yeni ve kapsamlı bir eşitlik tanımı ile karşılaşır. Temel olarak yeniçağda eşitliğin dört anlamı üzerinde durulur: Ahlaksal anlamıyla eşitlik yalnızca insan olması dolayısıyla herkesin değerli olduğunu ve bu değer için tüm insanlar için aynı olduğunu ifade eder. Siyasal olarak eşitlik insanların yöneticilerini eşit oy ilkesine göre seçmeleridir. Eşitlik hukuksal anlamıyla herkesin yasalar önünde eşit olmaları şekliyle karşımıza çıkarken, ekonomik olarak ise insanların maddi refahtan kendi yetenek ve ihtiyaçlarıyla orantılı olarak pay almalarıdır.

Eşitlik politikaları, tarihsel olarak üç aşamadan geçmiştir. Bu politikaların ilk aşaması “yasa önünde eşitlik” ilkesidir. İkinci aşama “fırsat eşitliği hakkı” olmuştur. Son aşama ise “pozitif ayrımcı politikalar ile fırsat önceliği hakkıdır”. Bu politikaların her biri bir öncekinin yeterli olarak görülmemesi nedeniyle ortaya çıkmıştır².

Eşitlik ilkesi, ilk defa XVIII. yüzyılda yasa önünde eşitlik şeklinde doğmuştur. Buna göre yasa önünde ayrıcalıklı bir kişi veya zümre olamazdı. Hiç kimseye, dil, din, ırk, cinsiyet, servet, sosyal durum gibi farklılıklar sebebiyle kanun önünde özel ayrıcalık tanınmaz, değişik uygulama yapılamazdı. Bu şekli ile eşitlik ilkesi Fransız

¹ “İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri”, bkz.

http://www.tbmm.gov.tr/kultur_sanat/yayinlar/yayin089/089 (15.06.2008).

² ÜŞÜR SANCAR, Serpil, **Siyasal Yaşam ve Kadınlara Destek Politikaları**, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 1997, s.4.

ihtilalinden sonra Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'ne girmiştir. Daha sonra eşitlik ilkesi ile ilgili düzenlemeler hem uluslararası metinlerde, hem de anayasa metinlerinde yer almıştır.

Eşitlik politikalarının ilk aşaması kabul edilen yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme tabi tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Ancak yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ve topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa eşitlik ilkesi zedelenmez. Bu ilkenin hukuk devleti kavramı içinde mevcut olduğu düşünülebileceği gibi, bir temel hak ya da devlet yönetimine egemen bağımsız bir temel ilke olarak da değerlendirilmesi mümkündür.

Kapitalist düzenlerde eşitlik, yasa önünde eşitlik anlamına gelmiş ve dayandığı sınıflı toplumun temel eşitsizliklerini dikkate almadığı için bireyleri genelleştirmiştir. Dolayısıyla, bireyleri soyut bir kategori olarak ele alarak, sadece bireysel farklılıkları veya farklı yetenek ve ihtiyaçları göz ardı etmekle kalmayıp aynı şekilde toplumsal ve ekonomik durumlarındaki mutlak farklılıkları da dikkate almamıştır. Durum böyle olunca mevcut eşitsizlikler yok sayılarak eşit fırsatlar veya toplumsal sonuçlarda eşitlikten söz etmek gerçekdışı hale gelmiştir. Bu farklılıkları görmezden gelen çözümler eşitlik sağlamak yerine eşitsizliği pekiştirmiştir³. Bu yüzden soyut eşitlik anlayışını aşma ve ayrımcılığa uğramış toplumsal gruplara kamusal anlamda fırsat sağlama ve destek verme amacıyla fırsat eşitliği politikası ortaya çıkmıştır.

İkinci aşamada yer alan fırsat eşitliği, herhangi bir alandaki bir girişime ya da seçime katılanlar arasında eşit koşulların ve olanakların bulunması durumu olarak tanımlanır. Modern demokrasilerde en yaygın eşitlik türü olan fırsat eşitliği;

³ ACUNER, Selma, “Kadın ve Eşitlik! ”, Bia Haber Merkezi, bkz. <http://eski.bianet.org/2006/04/11/75646.htm> (09.05.2008).

toplumsal, ekonomik durumlarına ve sınıfsal kökenlerine bakılmaksızın herkesin yetenek ve becerileri ölçüsünde yarışabileceklerini öngören bir ilkedir. Çalışma yaşamında eşit ücret, sosyal güvenlik hakkı bu fırsat eşitliğini sağlamaya yönelik olarak getirilmiş haklara örnek verilebilir.

Son aşamaya gelindiğinde, fırsat eşitliğinin sadece anayasalarda yazılı olması buna karşılık gerçek hayatta uygulanmaması sebebiyle fırsat önceliği, pozitif ayrımcılık ve kota uygulamalarının olması yönünde görüşler ortaya atılmıştır. Buna göre, fırsat eşitliğinin yeterli olmamasından dolayı arka planında bir özgürlük anlayışı olan fırsat önceliği politikaları hayata geçirilmelidir. Çünkü eşit olmayanlara eşit davranmak o eşitsizliği devam ettirmek anlamına gelmektedir ve bu da adaletsizliğe yol açar. Toplumsal yaşamda yapısal eşitsizlik ve ayrımcılığa maruz kalanların fırsat eşitliğinden yararlanabilmesi için onlara gerekli zamanlarda ve durumlarda fırsat önceliği sağlanması ise pozitif ayrımcılık politikaları olarak ifade edilir. Eşit olmayanlara eşit davranmak eşitsizliği sürdürmekten başka bir işe yaramayacağına göre, mağdur lehine ayrımcılık yaparak, onu korumak ve toplumsal olarak güçlü ile eşitlemek gerekir. Örneğin, kadınların siyasete ve de kamusal alana daha aktif katılımını sağlamak adına uygulanan kota yöntemi pozitif ayrımcılık politikasının iyi bir örneğini oluşturur. Ancak, bunu yaparken toplumun değerlerini, örneğin siyasi kültürünü sorgulamak gerekir. Bu yönüyle pozitif ayrımcılık psikolojik bir süreçtir⁴.

Pozitif ayrımcılık uygulamaları bazen faydalı bazen de sakıncalı sonuçlar meydana getirebilir. Örnek vermek gerekirse, 50'den fazla işçi çalıştıran işyerlerinde fiziksel engelli ve hükümlü çalıştırmak ya da kadınlara, yaşlılara, çocuklara uygulanan koruma hükümleri gibi faydalı olan uygulamaların yanı sıra, etnik, dinsel ve dilsel azınlıklara devlet tarafından sağlanan ve güvenceye alınan pozitif ayrımcılık genellikle çoğunluk tarafından tepki toplamakta, sonuç olarak azınlığın iyice marjinalleşmesine yol açmaktadır. Son zamanlarda pozitif ayrımcılık politikaları yerine toplumun belli bir grup üzerindeki negatif etkisini azaltmak ya da yeniden şekillendirmek için o grubun özel teşvik edilmesi anlamına gelen ve yasal olan

⁴ **KILIÇ**, Zeynep, **Eşitlik İçin Kota Politikaları**, Ankara Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Çalışması, Ankara 2000,s.6.

olumlu eylem bir diğere adıyla pozitif aksiyon uygulamaları da benimsenmeye başlanmıştır. Çalışanlar arasındaki azınlıkları terfi fırsatlarını kaçırmamaları için teşvik etmek, çalışan kadınlar için çocuk bakımı kolaylıkları sağlamak, eğitimsiz insanları eğitip işe alarak toplumun onlar üzerindeki ezici etkisini biraz da olsa azaltmak pozitif aksiyon politikalarına örnek olarak gösterilebilir.

Global dünyada egemen konumda olan ekonomiye, insan hayatının çok önemli bir bölümü olan iş yaşamına herhangi bir şekilde dışlanmış grupları katmak, kuşkusuz hem hayata katılmayan taraf hem de düzeni kuran taraf için uzun vadede çok ciddi olumlu katkılar getirecektir. Ekonomik sorunları ve cinsiyetçi iş bölümünü giderebilecek önlemler, eğitim ve bilinç yükseltme faaliyetleri ile dayanışma ve örgütlenme faaliyetleri pozitif ayrımcılık politikalarının başarısı için yapılabilecekler arasındadır⁵.

Tezin ilk bölümünde eşitlik ilkesi ve pozitif ayrımcılık teorik olarak incelenmiştir. Eşitlik ilkesinin ve pozitif ayrımcılık kavramının tanım, kapsam, nitelik ve kökenlerine yer verilerek, araştırmanın daha sonraki bölümlerinin daha iyi anlaşılabilmesi amaçlanmıştır. Tezin ikinci bölümünde eşitlik ilkesi ve pozitif ayrımcılık ile ilgili uluslararası belgelerdeki düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına yer verilmiştir. Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi'nin konu ile ilgili düzenlemeleri ele alınmıştır. Tezin üçüncü bölümü karşılaştırmalı hukukta eşitlik ilkesi ve pozitif ayrımcılık konusuna ayrılmıştır. Bu bağlamda, çeşitli ülkelerdeki konu ile ilgili yasal ve anayasal düzenlemeler ile uygulamalar ele alınmıştır. Tezin son bölümünde ise Türk hukukunda eşitlik ilkesi ve pozitif ayrımcılık Osmanlı İmparatorluğu döneminden başlanarak, sonrasında anayasal gelişmeler bağlamında incelenmiş ve günümüzdeki anayasal düzenlemeler ve mevzuat düzenlemelerin yanı sıra uygulamalara da ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Bu bölümün sonunda Türk hukuku ile diğere hukuk sistemleri eşitlik ve pozitif ayrımcılık politikaları yönünden karşılaştırılmış, parlamentoda ve yerel seçimlerde kadın temsil oranları, kadın ve engellilerin istihdamı ve çocuk işgücü oranları istatistiksel verilerle incelenmiştir.

⁵ ELİBOL, Yeşim, **Türkiye'de Bir Pozitif Ayrımcılık Örneği: ÖDP' de Kota Tartışmaları**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2003, s.104.

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİTLİK İLKESİ VE POZİTİF AYRIMCILIK KAVRAMI

I. EŞİTLİK İLKESİ

A. Eşitlik İlkesinin Tanımı

Eşitlik kavramsal olarak yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne artık ne de eksik olmayan iki veya daha çok şey arasında herhangi bir özellik yönünden yapılan karşılaştırma sonucu varlığı belirlenen ilişkiyi ifade eder⁶. Türkçe’de; denklik, müsavat, muadelet sözcükleri, eşitlik ile eş anlamlı olarak kullanılır⁷. Günlük dilde çeşitli anlamları olan eşitlik, mantık ve aritmetik terimi olarak kullanıldığı gibi, doğa bilimlerinde, değer yargılarında, ahlak ve hukuk alanında da kullanılmaktadır⁸. İşlevsel olarak da çok yönlü olan eşitlik, değişik yerlerde kullanılmasına göre çeşitli anlamlara sahip olmaktadır. Örneğin, sosyal anlamda eşitlik hayatta bireyler arasında haklar ve imkânlar bakımından ayırım gözetilmemesi; ahlaki anlamda eşitlik, herkese hakkını verme, hak tanıma ve hakkaniyet; hukuki bakımdan eşitlik, kanuni emir ve yasakların, bütün vatandaşlar için, onların kişisel ve toplumsal durum ve özelliklerine bakılmaksızın aynı olması anlamına gelmektedir. Buna karşılık siyasal anlamda ise, siyasal hakların ve kamu görevlerinin sınıf ve maddi durum gözetmeksizin, işin gerektirdiği teknik ve mesleki bilgiye sahip bütün vatandaşlara açık tutulmasını ifade etmektedir.

Eşitlik, ilkçağ Yunan felsefesinde, Yunanlı-barbar, özgür yurttaş-köle ayırımına karşın, bir akla sahip olmanın insanı dış dünyadan ayırdığı, bundan dolayı bir insanın akıl yürüten parçasının başka bir insanın akıl yürüten parçasıyla aynı olduğu ve insanın, insan olarak bir ve aynı olduğu düşüncesini ifade eder. Ortaçağda ise eşitlik, dünyadaki eşitsizliğin Tanrı’nın var olan şeyler için tasarladığı düzenin bir parçası olduğu, kadın ya da erkek, köle ya da özgür, tüm insanların, maddi ya da fiziki bakımdan farklı olabilseler de, tinsel bakımdan eşit, yüce Tanrı karşısında bir ve aynı

⁶ ÖDEN, Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.18.

⁷ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, “Eşitlik” bkz. <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?> (18.06.2008).

⁸ “Eşitlik” bkz. <http://ansiklopedi.turkcebilgi.com/E%C5%9Fitlik> (18.06.2008).

oldukları düşüncesiyle belirlenir. Modern çağda, içeriği biraz daha zenginleşen bir kavram haline gelen eşitlik, öncelikle tüm insanların farklı yetenek ve kapasitelerle dünyaya geldiğini, bundan dolayı her insana kendinde olanı tam olarak gün ışığına çıkartması, kendisini tam anlamıyla gerçekleştirme için imkân tanınması gerektiğini dile getiren fırsat eşitliği düşüncesini ifade eder.

Bilimsel yöntemde eşitliğin belirgin özelliklerinin ve yasaların genelleştirilmesi ile elde edilen ve insanlara teorik çalışmalarında ve uygulama faaliyetlerinde yol gösteren genel dayanak noktası ise eşitlik ilkesidir. Mevcut olan ayrımların kaldırılmasını isteyen eşitlik ilkesi karşılaştırılan iki varlık ve olay arasında farksızlık ya da benzerlik hali olarak ifade edilir⁹.

Eşitlik ilkesi ile özgürlük ilkesi genellikle bir arada kullanılmakta olup her iki ilke de siyasal düzenler tarafından benimsenmektedir. Eşitlik ilkesi, önemli yönleri bakımından aynı olan şeylere eşit olarak muamele edilmesini gerektirirken, özgürlük ise herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumunu yani serbestiyi ifade eder. Özgürlükle eşitliğin birlikte düşünülmesi, ister istemez bu iki kavram arasındaki önceliği gündeme getirir. Bu sorunun cevabı çeşitli siyasal sistemlerce farklı olarak cevaplandırılmıştır. Örneğin, Marksist teori önceliği eşitliğe vermiş olup özgürlüğü ikinci plana iterken; liberal düşüncede, özgürlükler ön plandadır. Demokrasi içinde ise bu iki temel değer son derece önemli bir yeri vardır. Demokrasinin bir bakıma özgürlük ve eşitliğin bir sentezi olduğunu savunan görüşler olsa da belirtmek gerekir ki, demokrasinin özgürlüğü onun liberal sıfatından gelmektedir. Kendi başına demokrasinin özgürlükle bir bağlantısı yoktur. Liberal demokrasi ancak özgürlük yoluyla eşitliği geliştirebilir¹⁰.

Eşitlikle çoğu zaman yakın anlamı olarak kullanılan bir diğer kavram ise adalettir. Adalet ve eşitlik ilişkisi, ortaçağ düşünürlerince sıklıkla dile getirilmiştir. Yaygın kabule göre, adaletin sağlanmasında en önemli unsur eşitliktir. Aristoteles de adaleti bir yanıla yasalara uygunluk, diğer yanıla da eşitlik anlayışı olarak

⁹ “Eşitlik” bkz. <http://www.enfal.de/sosyalbilimler/e/032.htm> (18.06.2008).

¹⁰ ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005, s.246.

açıklar¹¹. Böylesine birbirine yakın olan kavramlar, uygulamada da benzerlik gösterir. Buradan hareket ederek, eşitliğe aykırı işlemlerin adaletsiz olacağı sonucuna varılır. O halde bir hukuk kuralının tüm insanlara aynı şekilde uygulanması ile eşitlik sağlanarak adalet yerine getirilecektir. Ancak eşitlik, herkesin içinde bulunduğu özel durumlara bakılmaksızın herkesle aynı durumda bulunması anlamında mutlak bir eşitlik düşüncesi olarak ele alınırsa, böyle bir eşitlik düşüncesinin adaletle bağdaşacağını söylemek de hatalı olur¹². Hak ve ödevlerin, nimet ve külfetlerin dağıtımında, durumu etkileyen şartların göz önünde tutularak bir ayırım yapılması adaletin gereği sayılmalıdır. Eşitlik, adaletin olmazsa olmaz ögesi olmasına karşın, eşitliğin Aristoteles'ten beri denkleştirici ya da düzeltici adaletle dağıtıcı adaletteki yeri farklı olmuştur. Kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde söz konusu olan denkleştirici adalette eşitlik mutlak olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa ve yönetim hukukunda söz konusu olan dağıtıcı adalette ise eşitlik, denkleştirici adalette olduğu kadar mutlak değildir. Özelliklerdeki, niteliklerdeki ve hukuksal durumlardaki farklılıklar nedeniyle farklı uygulamalar ve buna kaynaklık eden düzenlemeler eşitlik ilkesine aykırı düşmez. Hatta özellikler, nitelikler ve hukuksal durumlardaki benzerlikler bile, haklı neden varsa farklı düzenlemeye ve uygulamaya engel olamaz. Eşit davranış her zaman adil sonuç doğurmaz. O yüzden Konfüçyüs, “iyiliğe iyilikle, kötülüğe adaletle karşılık veriniz” demiştir¹³. İyiliğe, eşitlik ilkesi doğrultusunda iyilikle verilen karşılık, aynı zamanda adaletli de olur. Ancak kötülüğe, eşitliğe uygun davranıp kötülükle verilen karşılık adil olmaz.

Eşitlik ilkesi demokrasi içinde güçlenmiştir. Buna karşın bütün eşitlik türleri demokrasi içinde ortaya çıkmamıştır. Eşitliğin gelişimi, eski Yunan'dan günümüze uzun bir süreci kapsamaktadır. Demokrasi içinde eşitlik farklı şekillerde ele alınır. Demokrasi, tüm üye veya vatandaşların, organizasyon veya devlet politikasını şekillendirmede eşit hakka sahip olduğu bir yönetim biçimidir. Demokrasi, bir yandan sosyal eşitsizliği yok etmeye çalışırken, diğer yandan da fırsat eşitliğini

¹¹ DİNÇKOL, Bihterin, “Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8Güz 2005/2 s.104.

¹² UŞAN, M. Fatih, **Hukuka Giriş**, Sayram Yayınları, Konya 2003, s. 94.

¹³ SERİM, Bülent, “Yazılı Kurallarda ve Uygulamada Eşitlik İlkesi”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Cilt:38, Sayı: 174, s.34, bkz. <http://www.mulkiyederigi.org/index.php?> (18.06.2008).

sağlamaya çalışan yönetim olarak karşımıza çıkar. Demokrasi ile eşitlik arasında bağlantı kuran Robert Dahl'a göre, yetişkin insanların kendi kararlarını kendilerinin alması şeklinde açıklanan eşitlik ve yurttaşlar arası siyasal eşitlik vardır. Buna göre, demokrasilerde mevcut fırsatların insanlar arasında eşit bölüştürülmesi gerekir. Dahl'ın bu fikirleri, demokrasi, eşitlik, adalet ilişkisini açıklamaktadır. Demokrasi nasıl özgürlüğün güvencesi ise, demokrasi içinde eşitlik ilkesi de meşruiyet ve hukuksallık bağlamında önem taşımaktadır¹⁴.

Eşitlik ilkesi, günümüzde yaygın olarak siyasi ve hukuki anlamda kullanılmaktadır. Hukuki ve siyasi anlamda eşitlik, eşitliğe varmada kullanacakları araçlar farklı olsa bile çağdaş toplumların hepsi tarafından ittifakla kabul edilmiş temel ilkelere biridir. Siyasi eşitlik ilkesi, seçimde çoğunluğun, seçilecek en uygun politikayı tespit edebileceği düşüncesiyle şekillenen ve toplumu meydana getiren bireyler ve tabakalar arasında bir ayırım gözetilmemesi gerektiğini belirten ilkedir. Hukuki eşitlik ilkesi de herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olması düşüncesine dayanır. Bu ilkeye göre, devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Bunlardan başka, tüm ırkların aynı değerde olduğunu, bir ırkın diğerinden üstün tutulmaması gerektiğini savunan ilke, ırk eşitliği ilkesidir. Yoksulluğun en aza indirgenerek, tüm insanlara maddi refahtan yetenek ve ihtiyaçlarına göre pay verilmesi gerektiğini dile getiren ilke ise ekonomik eşitlik ilkesi olarak ifade edilir.

Eşitlik, tarihin bütün dönemlerinde insanların önem verdikleri bir ilke olmuştur. Liberalizm, bu ilkeyi yüceltmeden önce antikçağ Yunan düşünürleri ile İslam düşünürleri bu konuda fikirler ileri sürmüşlerdir. Klasik demokrasilerde ise eşitlik ilkesi, her bireyin, içinde bulunduğu maddi ve manevi şartlardan ayrı olarak aynı değerleri taşıdığını kabul etmiş ve siyasi ve hukuki anlamıyla eşitlik giderek önem kazanmıştır. Bu ilke, günümüzde de çağdaş toplumların başlıca ilkelerinden biri olmuştur.

¹⁴ DİNÇKOL, age., s.106.

B. Eşitlik İlkesinin Felsefi Kökeni

İlkel topluluklar avcılık ve toplayıcılığa dayalı ekonomileriyle yoksul üyeleri arasında ekonomik eşitliğin bulunduğu topluluklar olarak tasvir edilmektedir. Çünkü kadın erkek iş bölümü dışında herkes aynı işi yapmakta olduğundan sosyal olarak farklılaşmaya uğramamış olan bu ilkel toplulukların türdeş ve eşitlikçi bir toplum yapısına sahip olduğu kabul edilmektedir. Daha sonraları bu eşitlikçi toplum yapıları, doğal ve sosyal bir dizi dış etkenle farklılaşmış, tabakalaşmış, eşitsiz olan tarıma dayalı uygar topluma dönüşmüştür. Bu sosyal eşitsizlik; ekonomik, siyasi ve hukuki farklılaşmaları beraberinde getirmiştir.

Devletlerin hukuk düzenini oluşturan geleneklere ve dini ilkelere dayalı bir şekilde belirtilen hukuk kurallarının yazılı hale gelmesiyle toplumdaki eşitsizlikler daha da pekişmiştir. İlk çağda Yunan ve Roma toplumlarında filizlenmeye başlayan ve sonraları batı toplumlarına örnek olacak anayasacılık ve demokratikleşme hareketleriyle kent devletlerinde aristokratik bir eşitlik ve hukuk anlayışı egemen olmuştur. Ancak bu eşitlik, soylu tabakaya mensup olanlar arasında mevcuttur. Öte yandan sınıflar arasında eşitsizlik vardır. Bu toplumlarda, yönetim hakkına sahip aristokratik sınıf ile halk özgür yurttaşların yanında yerleşmiş yabancılar ve köleler bulunmaktadır. Ancak zamanla ekonomik bakımdan güçlenen orta sınıf demokrasi ve eşitlik mücadelesine girişmiştir. Bu mücadele sonucunda orta sınıf yararına aristokratların haklarına eşit haklar tanıyan yazılı hukuk kuralları levhalarla saptanmıştır. Böylece kuralların aristokratların tekelindeki gibi tanrısal ve değişmez nitelikte değil, aksine insan yapımı ve değiştirilebilir olduğu anlayışı oluşmuştur. Yunan devlet anlayışında kanunlara bağlı, kanunlar önünde yurttaşların eşitliği ilkeleri yerleşmeye başlamıştır. Atina demokrasisinin en olgun döneminde ise yurttaşlar arasında siyasi ve hukuki eşitlik önemli ölçüde sağlanmıştır. Ancak, yerleşmiş yabancılar ve köleler yurttaşlık kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunun dışında, yurttaş olan kadınlar da siyasi haklara sahip değildiler. Bu durumda yetişkin nüfusun oldukça az bir kısmı siyasi ve hukuki haklara sahip tam yurttaş konumundaydı. Ancak tüm bunlara rağmen, Eski Yunan'da bu eşitlik anlayışı bir tür sınıf içi eşitliği aşamamıştır.

Eski Yunan'da toplum yapısının gerçekte insanlığın eşitliği değil, eşitsizliği üzerine kurulduğunu dile getiren ve tepki gösterenler ise Sofist akımdır. Eşitlikçi Sofistler, aristokratik değerleri bir ölçüde yıkmıştır ancak tam bir gelişme fırsatı bulamamıştır. Sofistik düşüncelere karşı aristokratik değerleri savunan Platon ve Aristoteles'in adalet ve eşitlik konusundaki görüşleri eşit olmayan bir doğal hukuk anlayışını ve insanların eşitsizliği inancını beraberinde getirmiştir¹⁵. Aristoteles'in tanıdığı Grek sitelerinde kast sistemi vardı, ancak en üst sınıftan, yönetici sınıftan olanların siyaset yapmaya, sitenin toplum yaşamıyla ilgili kararlara etkin olarak katılıp yöneticilik görevlerine seçilmeye hakları vardı. İşte Aristoteles eşitlikten söz ederken buradan yola çıkmıştır. Aristoteles, asil vatandaşlar arasında bir bakımdan eşitlik, ama toplumdaki konumları bakımından daha önemli bir açıdan da eşitsizlik olduğunu belirtir. Seçme, seçilme gibi konularda vatandaşlar eşittir. Bunlar doğumla gelen vatandaşlık haklarıdır, toplumun yasalarıyla, kamuoyunun ortak kararlarıyla belirlenir. Bu konularda vatandaşlar arasında ayırım yapılamaz. Çünkü bu eşitlikler, yasaların tanıdığı eşitliklerdir. Ancak bunlardan başka vatandaşları birbirlerinden ayıran doğal özellikleri, soylarından gelen kişisel özellikleri de vardır¹⁶. Bu bakımlardan toplumlarda vatandaşlar arasında değer sıralaması gözetilir. Kimisi çok akıllı, bilgilidir, örneğin; her vatandaş akılca eşit değildir. Kimisi de soydan gelen birikmiş servetiyle zenginlikte üstündür, ya da sayılan ataların soyundandır, saygınlıkta üstün bir konumu vardır. Aristoteles toplumlarda böyle eşitsizliklerin kaçınılmaz olduklarını tartışmasız ve değerlendirmesiz kabul etmiştir.

Greks düşüncesiyle ortaçağ Hıristiyan düşüncesi arasındaki köprü Stoa düşüncesidir. Stoa inancının temel ilkesi doğanın Kutsal Gücü ortaya çıkarması, Kutsal gücün de mutlak olarak akla uygun ve rasyonel olduğudur. Buna göre doğa mutlak olarak akla uygundur, insan akli da hem doğayı, hem de kutsal gücü anlamının aracıdır. Tanrı düşünerek kavranabilir. Tanrıyı kavrayan doğayı da kavrar. Düşünce bütün insanların doğa, öyleyse Tanrı, karşısında eşit olduklarını bildirir, öyleyse aslında bütün insanlar toplumsal hakları ve ödevleri bakımından eşittirler. Günün toplumlarında durum böyle değilse bu toplumların doğaya, akla ve

¹⁵ GIDDENS, Anthony, *Sosyoloji*, Ayraç Yayınevi, 2.basım, Ankara 2005, s.282.

¹⁶ AKINCI, Semiha, "Eşitlik Kavramının Felsefi Kökenleri", s.2, bkz. http://aof20.anadolu.edu.tr/bildiler/Semiha_Akinci.doc (19.06.2008).

Tanrıya uygun olmamalarındandır. Toplumlar akıldan ve doğadan uzaklaşmış olduklarından toplumsal eşitsizlikler görülür¹⁷. Eşitlikçi değerleri benimseyen bir okul olan Stoacı felsefe, Helenistik dönemin kültür ve düşünce sistemini benimseyen eşitlik öğretisinin temel kaynakları arasında yer alır. Stoacı felsefe Yunan kent devletlerinin değer sistemlerinin çöküşü ile birlikte ortaya çıkmıştır. Bu okula göre, evreni ve doğayı yöneten tanrısal akıl tüm insanlara dağıtılmıştır, her insan soy, servet, statü, ırk vb. ayrımı olmaksızın ondan bir pay almıştır ve insanlar evrensel olarak eşittir. Stoacı felsefe ilk kez devlet dışında bir manevi değer tanımış ve akla dayanan hukuk ile tüm insanların eşitliği ve kardeşliği düşüncelerini yaymıştır.

Roma'da ise, eşitlik bakımından en önemli olay Hıristiyanlığın yayılışı olmuştur. Romalı hukukçular insanların eşitliğini “insanların Tanrı'nın önünde eşitliği” şeklinde ifade etmişlerdir. Hıristiyanlık, Roma'da birleştirici bir öğe olarak benimsenmiş ve devlet dini olarak kabul edilmiştir. Hıristiyan öğretisine göre, bu dünyada var olan güçler Tanrı'nın takdirinde olduğundan Hıristiyanlar, bu dünyadaki eşitsizlikleri önemsememeli ve günah işleyenlerin bir gün Tanrı'nın adaletiyle cezalandırılacağına güvenmelidirler¹⁸. Böylece insanlar arasında eşitliğin gerçekleşmesi öteki dünyaya bırakılmıştır. Bu eşitlik anlayışı, eşitsiz toplum düzeninin onaylamış ve dini kaynaklı doğal hukuk teorilerinin gelişmesine kaynaklık etmiştir.

Ortaçağda Hıristiyanlık öğretileri dışında önemli bir diğer olay da feodalitenin oluşmasıdır. Aşağıdan yukarıya doğru bağlılık ve yukarıdan aşağıya doğru koruma sistemi ile kurulan hiyerarşik düzen feodalite olarak adlandırılır. Önceleri iyi bir şekilde işleyen bu sistemde, XV. yy. ortalarında feodal beylerin artan baskı ve istekleri karşısında serf ve köylülerin ayaklanmaları baş göstermiştir. Sosyal, ekonomik ve siyasi eşitsizliklere karşı tepkileri içeren bu ayaklanmalar aslında reform hareketlerinin temelini atmıştır. Çünkü bu ayaklanmaların ortaya çıkmasında Hıristiyanlığın kardeşlik ve eşitlik anlayışının da payı oldukça büyüktür.

Rönesans ve Reform hareketlerinin başlamasıyla eşitlik toplum yaşamında insan uğraşısıyla gerçekleştirilebilecek bir hedef haline gelmiştir¹⁹. Rönesans ile

¹⁷ AKINCI, age., s. 4.

¹⁸ ÖDEN, age., s.60.

¹⁹ ÖDEN, age., s.65.

birlikte ortaya çıkmaya başlayan yeni düşünceler özgürlük, eşitlik, kardeşlik kavramlarının toplum hayatında öne çıkmasının da habercisi oldu. Daha sonra Fransız devrimi meydana geldi. Grek düşünce özgürlüğü ve yine Grek'lerden alınmış olan siyasi eşitlik talepleri yoğunlaştı. Buna göre; vatandaşlar yönetiminde söz hakkı talep etmek bakımından eşit olmalıydılar. Bu talep önce meşruti düzen, sonra demokrasi anlayışı olarak belirdi. Laiklik de zaten bu yaklaşımın bir bileşeniydi. Yani siyasi güç vatandaşlarda olacak, kiliseyle paylaşılmayacaktı. Laik değerlerin ortaya çıkmasıyla birlikte akla önem veren yeni düşünceler benimsenmeye başlanmıştır. Bundan sonra çağdaş eşitlik öğretisinin temelleri insan hakları öğretisiyle birlikte XVII. ve XVIII. yy.'larda laik içerikli doğal hukuk ve sosyal sözleşmeyle atılmıştır. Daha sonra eşitlik bir ilke olarak bütün demokratik kapitalist toplumların siyasal ideolojisinin temel parçalarından birini oluşturmuştur. Ancak, Kapitalizmde eşitlik “yasa önünde eşitlik” anlamına gelmiş ve dayandığı sınıflı toplumun temel eşitsizliklerini dikkate almadığı için bireyleri genelleştirmiştir²⁰. Bu şekilde, bireysel, toplumsal ve ekonomik durumlarındaki farklılıkları da dikkate alınmamıştır. Bu da mevcut eşitsizlikleri pekiştirmiştir. Çünkü toplumsal yaşamda cinsiyetleri, etnik kökenleri, yaşları vb. nedenleri dolayısıyla ayrımcılığa maruz kalan gruplara yasalar önünde eşitlik tanımak yeterli olmamaktadır. Biçimsel olmaktan öteye gidemeyen bu eşitlik anlayışı farklı eşitlik sağlama politikalarının geliştirilmesinde ve gerçek anlamda eşitlik sağlamaya yönelik politikaların üretilmesinde etkili olmuştur. Marksçılık ise, vatandaşların yalnız idari görev ve sorumlulukların paylaşımında değil, toplumun ortak üretim çabası sonucu üretilen mali olanakların paylaşımında da eşit olmaları gerekliliğini savunmuştur. Marksçılık tarihte eşitlik talebini öne çıkartan son hareket olarak bilinir²¹.

²⁰ SAYIN, Aysun, **Avrupa Birliği'nde Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği: Türkiye Açısından Bir İnceleme**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007, s.10, bkz. <http://acikarsiv.ankara.edu.tr> (29.01.2008).

²¹ SAYIN, age., s.11.

C. Eşitlik İlkesinin Tarihi Kökeni

Tarihsel olarak eşitlik ilkesi, ilk defa XVIII. yy.'da kanun önünde eşitlik şeklinde doğmuştur. Buna göre kanun önünde ayrıcalıklı bir kişi veya zümre olamazdı. Hiç kimseye dil, din, ırk, cinsiyet, servet, sosyal durum gibi farklılıklar sebebiyle kanun önünde özel ayrıcalık tanınmaz, değişik uygulama yapılamazdı. Bu şekli ile eşitlik ilkesi Fransız ihtilalinden sonra Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 1. maddesine girmiştir: “İnsanlar hukuken hür ve eşit doğarlar ve hür ve eşit olmakta devam ederler, sosyal farklılıklar ancak ortak faydaya istinat edebilir.” Bu tarihten itibaren eşitlik ilkesi hem uluslararası metinlere, hem de anayasa metinlerine girmiştir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 1. maddesinde de “eşitlik” ilkesine yer verilmiştir.

Hukuki eşitliğe karşılık daha geriden gelen toplumda yöneticilerin belirlenmesinde bireylerin eşit hakka sahip oldukları anlamındaki siyasal eşitlik, ancak “kısıtlı oy” uygulamasının son bulup “genel oy” uygulamasına geçilmesiyle birlikte yaygınlaştı. Siyasal eşitlikle birlikte, toplumda yöneticiliğin maddi ve manevi çeşitli ayrıcalıklara sahip olunmasına dayandırılması anlayışı son buldu ve halka dayalı demokratik rejimler yaygınlaştı. Siyasal eşitlik hem kadın ve erkekler arasında, hem de sosyal durumları ve ekonomik imkânları farklı bireyler arasında, yöneticilerin belirlenmesinde aynı haklara sahip oldukları inancını yerleştirdi.

Çağdaş sosyalistler, ekonomik liberalizmin hukuki ve siyasal eşitliği tehdit ettiğini ve biçimsel eşitliğin gerçekteki eşitsizliği gizlediğini savundular ve eşitlik ilkesinin toplumsal ve ekonomik bir boyut kazanmasında etkili oldular. Bu sebeple devletin herkes için fırsat eşitliği sağlayacağı “sosyal devlet” anlayışı doğdu ve II. Dünya Savaşı'ndan sonra sosyal devlet ilkesi uluslararası sözleşmelere ve anayasalara girmeye başladı.

İslam medeniyetinde eşitlik ilkesi ayrı bir öneme sahip olmuştur. Bireysel farklılıklara dikkat çekilen temel kaynaklarda insanlar arasında üstünlüğün sadece “takva” ile olduğu, maddi ve sosyal durumla ilgili hususların üstünlük konusu olmadığı belirtilmiştir. İslam peygamberi İslam'ın eşitlik anlayışını Veda Haccı'nda “Arabın Arap olmayanlar karşısında veya Arap olmayanın Arap karşısında üstünlüğü

yoktur.” şeklinde özetlemiştir²². İslam düşüncesinde hukuki ve ahlaki eşitliğe fevkalade önem verilmiş olup bu, adalet ilkesiyle ifade edilmiştir. Bireysel ve toplumsal özelliklerin adalet dağıtılmasında etkili olmaması istenmiş, iktidarların temel görevleri adalet çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Hukuki ve ahlaki eşitlik konusundaki titizlik ve ileri duruma karşılık siyasal eşitlik konusunda durum çok daha farklıdır. Dört halife dönemindeki sınırlı seçim uygulamasının terk edilerek saltanat sisteminin yerleşmesi, yöneticilerin belirlenmesinde yönetilenlerin katılımını gereksiz hale getirmiştir.

Türk-İslam devletlerinde saltanat sisteminin uygulanması, XIX. yy.’ın ikinci yarısına kadar siyasal eşitlik konusunun gündeme gelmesini engellemiştir. Osmanlı Devleti’nin siyasal sistemi, toplumsal plüralizme ve geleneksel yapı dolayısıyla, siyasal eşitliğe imkân vermemiştir. Padişah fermanlarında, adaletnamelerde, kanunnamelerde ve hanı hümayunlarda hukuksal eşitliğe yer verilirken siyasal eşitlik üzerinde durulmamıştır. Osmanlı Devleti’ndeki I.ve II. Meşrutiyet uygulamalarındaki sınırlı siyasal eşitliği dikkate almazsak konu ancak Cumhuriyet döneminde siyasal sisteme girmiştir. Genel oy ve çok parti sisteminin yerleşmesiyle ancak siyasal eşitlik alanında önemli gelişmeler kaydedilmiştir.

Eşitlik ilkesi Türk anayasa metinlerine de girmiştir. 1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin 17. maddesinde herkesin kanun önünde eşit olduğu, 19. maddesinde de ehliyet ve kabiliyetlerine göre herkesin kamu görevi alabileceği belirtilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk anayasası olan Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun 10 ve 11. maddelerinde seçme ve seçilme, 69. maddesinde ise kanun önünde eşitlik hakkı düzenlenmiştir. 1961 Anayasasında siyasal eşitlik konusuna siyasi haklar ve ödevlerin düzenlendiği 4. bölümde yer verilmiştir. 1982 Anayasasında 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ve 67. maddesinde siyasal eşitlikle ilgili hususlar düzenlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti bir yandan anayasa metinlerinde hukuki ve siyasal eşitlikle ilgili düzenlemelere yer verirken, diğer yandan eşitlikle ilgili düzenlemeleri

²²AYDIN, M. Fatih, “Veda Hutbesi'nden İnsanlığa Mesajlar”, Köprü Dergisi, Sayı:80, Yıl:2002, bkz. <http://www.koprudergisi.com/index.asp?> (20.12.2008).

içeren BM İnsan Hakları Evrensel Beyanname, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi gibi uluslararası antlaşmaları da kabul etmiştir.

D. Eşitlik İlkesinin Niteliği ve Kapsamı

Eşitlik ilkesinin hukuki niteliği tartışmalıdır²³. Öncelikle, eşitlik ilkesinin hukuk devleti ilkesinin içinde mevcut olduğu düşünülebilir. Diğer yandan eşitlik ilkesinin bir temel hak olduğu da düşünülebilir. Çünkü bu ilkedен yararlanıanlar bakımından eşitlik ilkesi, eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurur. Bunların dışında eşitlik ilkesi, devlet yönetimine hâkim olan bir temel ilke olarak da kabul edilebilir. Çünkü eşitlik ilkesi devlet organları ve idare makamlarına eşit işlem yapmaları konusunda verilmiş bir emir niteliğindedir²⁴.

Eşitlik, bireyler açısından bir temel haktır. Bu nedenle bireyler, bu ilkeye dayanarak eşit işlem görmeyi veya kendilerinin ayırma tabi tutulmamasını isteme hakkına sahiptirler²⁵. Eşitlik, devlet organları ve idare makamları açısından da uyulması zorunlu olan ve devlet yönetimine egemen temel bir ilkedir. Bu nedenle bir kanunu uygulayacak olan idari makamlar, bireysel durumlarda uygulayacakları kanunu eşitlik ilkesine uygun bir şekilde tatbik etmek zorundadırlar. Bir kanunun aynı hükmünü bir kişi için bir şekilde, diğer kişi için başka bir şekilde uygulayan idari makamın işlemi, idari yargı organları tarafından sırf eşitlik ilkesine aykırılıktan dolayı iptal edilebilir²⁶.

Eşitlik ilkesi, sadece idare makamlarına, yani kanunun uygulayıcılarına değil, aynı zamanda kanun koyucuya, yani yasama organına da hitap eder. Çünkü “genel esaslar” kısmında yer alan anayasal bir ilke olarak eşitlik, yasama organını da bağlar. Bu nedenle, eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeler yapan bir kanun, örneğin dil,

²³ ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.137.

²⁴ GÖZLER, age.,s.186.

²⁵ ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2007, s. 104.

²⁶ GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi, Bursa 2008, s.184

din ve mezhep bakımından vatandaşlar arasında ayırım yapılmasını öngörüyorsa, Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırı görülerek iptal edilebilir²⁷.

Hukuk önünde eşitlik, devlet organları ve yönetim makamlarının hiçbir ayırım gözetmeksizin herkese eşit davranması ve muamele etmesini gerektirir. Eşitlik ilkesi hukuk kurallarının genel olmasını ve herkese eşit uygulanmasını da içerir. Eşitlik, yatay ve dikey eşitlik şeklinde görülmektedir. Yatay eşitlik, aynı hukuksal veya özdeş durumda bulunanların aynı kurallara bağlı olmalarıdır. Ancak haklı nedenler ile farklı uygulamalar, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmazlar²⁸. Dikey eşitlik, aynı durumda bulunanların ayrı kurallara bağlı olmasıdır. Bu şu anlama gelir ki, farklı durumlarda bulunan kişiler, farklı işlemlere tabi tutulabilirler. Diğer bir ifadeyle, dikey eşitlik anlayışına göre, eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Yatay eşitlik, mutlak eşitlik; dikey eşitlik ise nispi eşitlik olarak da ifade edilmektedir.

Eşitlik ilkesi bir başka ifadeye göre de, şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak iki anlamda yorumlanabilir. Şekli hukuki eşitlik, kanunların genel ve soyut nitelik taşıması yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Maddi hukuki eşitlik ise daha ileriye giderek aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içermektedir. Bu anlamda, sadece kanunların genel ve soyut nitelik taşıyıp, taşımadıkları değil, onların içeriklerinin de araştırılması gerekir. Eşitlik ilkesi, anayasa yargısı ve idari yargı denetiminde mahkemelerce kullanılan çok önemli bir hukuka uygunluk kriteridir.

²⁷ GÖZLER, age., s.185.

²⁸ TUNÇ, Hasan – BİLİR, Faruk, **Anayasa Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara 2005, s. 53.

II. POZİTİF AYRIMCILIK KAVRAMI

A. Pozitif Ayrımcılığın Tanımı

Pozitif ayrımcılık toplumdaki diğer kişiler ile eşit koşullarda yaşamadığı düşünülen belli gruplara çeşitli ayrıcalıklar tanıyarak onların desteklenmesi anlamına gelir²⁹. İnsan olarak herkesin geliştirebileceği özellikleri olduğu kadar geliştiremeyeceği özellikleri de vardır. İşte ayrımcılık kavramı, insanların sahip olduğu özellikler temelinde ortaya çıkar. Sosyal, ekonomik ve politik alandan doğuştan taşıdıkları özellikler yüzünden dışlanmış azınlıkların dışlanmışlıklarını bir ölçüde azaltmak ve uzun vadede engellemek adına ortaya çıkan pozitif ayrımcılık kavramı, ayrımcılıktan kaynaklanan eşitsizliği, dışlanmış gruplara problemin kaynağına göre daha farklı haklar vererek çözmeyi hedefler³⁰. Eşitlik politikalarının nihai amacı, çeşitli gruplara karşı, farklı oldukları gerekçesiyle uygulanan ayrımcılığını ortadan kaldırmaktır. Ayrımcılık uygulamalarını ortadan kaldırmaya hizmet eden düzenlemeler olumlu eylemler ya da pozitif ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır. Yani pozitif ayrımcılık, gönüllü ya da zorunlu yasalar altında, genellikle ırk veya cinsiyetle tanımlanmış belli grupların statülerini yeniden düzenlemek veya geliştirmek için bir takım önceliklerin ele alınmasını öngören programlara verilen genel bir terimdir³¹. Gizli veya açık ayrımcılıkları ortadan kaldırmayı hedefleyen bazı özel önlemler, toplumsal yaşamda yapısal eşitsizlik ve ayrımcılığa maruz kalanların fırsat eşitliğinden yararlanabilmesi için gerekli durumlarda fırsat önceliği tanınmasına dayanan pozitif ayrımcılık politikalarıdır. Bu politikalar en geniş çerçevede eşitsiz koşullarla karşı karşıya olan kadınların desteklenmesi ve onlara öncelik tanınması etrafında oluşturulmuştur.

Pozitif ayrımcılık, sadece yasa önünde eşitlik gibi soyut bir kavram ile toplumsal hayatta fiili eşitliğe ulaşabilmenin mümkün olmayacağı gerçeğinden

²⁹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, “Pozitif Ayrımcılık” bkz. <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?> (18.06.2008).

³⁰ “Pozitif Ayrımcılıktan, Pozitif Aksiyona” başlıklı haber, bkz. <http://www.ntv.com.tr/news/313447.asp#BODY> (04.05.2008).

³¹ **KARAKUŞ, Yeliz, Türkiye’de ve Avrupa’da Pozitif Ayrımcılık: Karşılaştırmalı Bir Çalışma**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2006, s.7.

hareketle, fiili eşitliği sağlayabilmek için ezilenler lehine alınacak etkin önlemleri ifade eder³².

Günümüzde pozitif ayrımcılık kavramı, yasalarla şekillenmekle beraber sosyal bilincin gelişmesiyle daha çok benimsenmiştir. Pozitif ayrımcılık politikaları, insanların fırsatları olmadığı için ortaya çıkaramadıkları potansiyeli kullanılır kılar. Azınlık grupların etkili pozisyonlara gelmesi, ortamın herkes için daha da adaletli olmasını sağlayabilir. Pozitif ayrımcılık, uzun vadeli bir çözüm önerisi olamayabilir çünkü azınlıklara getirdiği hakların yanında, az yetenekli elemanların hak etmedikleri pozisyonlara gelmesi gibi yan etkileri olabilir. Bunun dışında pozitif ayrımcılık, uzun vadeli uygulandığında ayrımcılığa maruz kalmış azınlık grupları koruduğu kadar, diğer insanların haklarını kullanmalarını da zedeleyebilir. Pozitif ayrımcılık yoluyla istihdama katılan bir aday, özellikleri uygun değilse, motivasyon düşüklüğü ve verimsizlik yaşayabilir. Eğitim sayesinde, yetkinlik bazındaki uçurum azaltılabilir ve aynı zamanda pozitif ayrımcılığın insanlarda yarattığı önyargı ortadan kaldırılabilir. Bu anlamda pozitif ayrımcılık, dışlanmış grubun haklarını kullanabilir hale gelmesi ve sosyal bilincin oluşmasıyla sınırlandırılabilir.

Pozitif ayrımcılık, fırsat eşitliğini hedefleyen süreç içinde kullanılan ara bir basamaktır. Pozitif ayrımcılık eşitsizliğin ve bunu yaratan koşulların sürüp gitmesinde her ne kadar son ve kesin bir çözüm sağlamasa da ayrımcılığa maruz kalan, geri planda kalmak zorunda olan, kanunen güvence altına alınmış ancak uygulamada sorunlar yaşayan, eşitlik ilkesinin işe yaramadığı alanlarda ve vakitlerde, bu dezavantajlı grubun bir adım öne çıkarılması ve belirli bir süreç dahilinde önceliğe alınması anlamına gelir.

Kadınların erkeklere, engellilerin fiziksel engeli bulunmayanlara, zencilerin beyazlara ve azınlıkların çoğunluğa göre olumlu yönde seçilmeye ve fırsat önceliğine sahip olmalarını içeren bu uygulamanın hedefi iş bulmakta, eğitimde, bir mevkiye atanmakta ya da benzer bir seçime maruz kalan iki tür arasında görece toplum içinde yeri daha zayıf olanı kollamaktır. Pozitif ayrımcılık, esas amacı toplumun her

³² AKKAYA, Ayşe, “Pozitif Ayrımcılık: Neden?” bkz. <http://www.gunisigihukuk.com/pozitifayrimcilik.html> (29.01.2008).

kesimini kaynaştırmak ve fırsat eşitliğini sağlamak olan ve süreli olarak kullanılan bir araçtır.

Pozitif ayrımcılık karşıtları, bu tarz politikaların önüne geçilemez başka bir ayrımcılık yarattığı fikrini savunur. Bu görüşe göre, kotalar, ayrıcalıklar tanınması veya benzer kurallar gözetilmesi toplumun çoğunluğunu oluşturan kesimde adaletsizlik ve eşitsizlik duygusu uyandırır. Buna karşın, pozitif ayrımcılığı savunanlar ise, mağdur olan bir grubun olduğunu çünkü bunların dezavantajlı bir durumda olduklarını ve toplumdaki eşitsizliğin beklenerek kırılmayacağını savunur.

B. Pozitif Ayrımcılığın Tarihsel Gelişimi

Pozitif ayrımcılık kavramının hukuk ve sosyoloji bilimlerinin konusu haline gelmesi ABD’de 1960’ların sonunda gerçekleşmiştir. ABD, 1970’lerin başına kadar zencilere karşı açık bir dışlamanın gerçekleştiği bir ülkedir. Bir zencinin memur, akademisyen, general, senatör, bakan olması düşünülemezdi. Özellikle güney eyaletlerinde bu dışlama beyazlarla aynı okula gidememe, aynı lokantalara girememe gibi boyutlara ulaşmıştı. 1960’ların başında Martin Luther King’in öncülüğünü yaptığı Hıristiyan zenci hareketi ve Malcolm X’in önderliğini yaptığı Müslüman zenci hareketi, Vietnam Savaşı’nın moral çöküntüsü ile birleşince Amerikan sistemi üzerinde yoğun bir etki oluşturdu³³. Amerikan sistemi etnik sorunu çözmek amacıyla bir atılım yaptı. Bu atılımın ayaklarından birisini pozitif ayrımcılık hareketi oluşturuyordu. Zencilere yönelik bu uygulama, zencilerin siyasette, ekonomide, kültürde, özetle yaşamın her alanında negatif ayrımcılık sonucu dışlandıkları, ezildikleri ve koşuya geriden başlayan koşucu gibi sadece zenci oldukları için hayata geriden başladıklarından hareket ediyordu. Bunun aşılabilmesi için zencilere özel uygulama ve kolaylıklar getirilmeliydi. Pozitif ayrımcılık hayatın her alanını kapsıyordu. Örneğin, iş başvurusunda zenciler hem puan indiriminden hem de eşitlik halinde tercih zorunluluğundan yararlanıyordu. Zencilere ekonomik yardım, çocuk parası, vergi indirimi gibi ekonomik teşvikler geliştirildi. Daha sonra pozitif

³³ ÖZDAĞ, Ümit, “Başbakan, Pozitif Ayrımcılık ve Kürtler”, bkz. 14.05.2008 tarihli Akşam Gazetesi, bkz. <http://www.aksam.com.tr/yazarlar.asp?a=719.10.29> (15.09.2008).

ayrımcılığın tarihsel gelişimi cinsiyet, istihdam, engellilik ve ırk bağlamlarında 1970-1980'li yıllarda şekillenmeye başladı.

1970'de BM Eşit Ücret Sözleşmesi ile “eşit işe eşit ücret” alımı sağlanmıştır. Bu sayede kadın ile erkek daha eşit pozisyona gelmiştir. 1975'de BM Cinsiyet Ayrımcılığı Sözleşmesi ile cinsiyet ayrımcılığı istihdam, eğitim ve çeşitli hizmet alanlarında yasaklanmıştır. 1976'da BM Irksal İlişkiler Sözleşmesi sosyal yaşamdaki ırk temelli ayrımcılıklara hukuksal anlamda bir son verilmiştir. 1989'da BM İstihdam Sözleşmesi yine iş hayatında kadınların haklarına yönelik düzenlemeler getirmiştir. 1995'te engellilere karşı yapılan ayrımcılığın önlenmesi açısından BM Engellilik Ayrımcılığı Sözleşmesi yayımlanmıştır. 1996'da BM İstihdam Hakları Sözleşmesi, çalışanların haklarını geniş bir perspektifle ele almış ve belirleyici kurallar getirerek pozitif ayrımcılık çerçevesini belirginleştirmiştir. Bu sözleşme çerçevesinde birçok ülkede çalışanlar için askerlik ve doğum izni düzenlemeleri yapılmıştır. 2002 yılında yeniden düzenlenen BM İstihdam Sözleşmesi çalışanların esnek çalışma saatleriyle çalışabilmelerine olanak sağlamıştır. 2003 yılında BM tarafından yapılan eşit istihdam düzenlemeleri ile din ve cinsiyet tabanlı ayrımcılıklar daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmış ve mesleki maaş şemaları hazırlanırken yapılan haksızlıklar önlenmeye çalışılmıştır.

C. Pozitif Ayrımcılığın Kapsamı

Pozitif ayrımcılık kavramı; sosyal, ekonomik ve politik bakımlardan taşıdıkları özellikler sebebiyle dışlanmış azınlıkların, dışlanmışlıklarını azaltmak adına ortaya çıkmıştır. Bu şekilde ayrımcılık yüzünden dışlanmış insanların haklarını kullanabilir hale gelmesi ve sosyal bilincin oluşması amaçlanır. Yalnızca dezavantajlı gruplara mensup bireylere verilen ayrıcalıklar pozitif ayrımcılık kavramının kapsamını oluşturur. Pozitif ayrımcılık yapılmasını savunan düşünceye göre dezavantajlı gruplar herkesin rahatça kullanabildiği hakları çeşitli sebepler yüzünden kullanamadığı için ancak özel birtakım haklara sahip olurlarsa eşit olma şansını yakalayabilirler. Bu şekilde ayrımcılık kavramının getirdiği önyargılardan da uzaklaşılabilceği düşünülmektedir. Pozitif ayrımcılık kavramı kapsamında söz

edilen azınlıklar içinde cinsiyet, engellilik, çocuk, yaşlı ve ırkçı tepkiye maruz kalanlar sıralanabilir. Bu kesimler üzerindeki pozitif ayrımcılık uygulamaları birbirinden bağımsızdır. Bunları şu alt başlıklar altında toplamak mümkündür³⁴:

1. Pozitif Ayrımcılığın Cinsiyet Ayrımcılığı Üzerindeki Etkisi

Toplumun bakış açısı, toplumsal cinsiyet yoluyla kadına ve erkeğe bazı görevler vermiştir. Bu durum günümüzde de çok değişmemekle birlikte, farklı boyutlar kazanmıştır. Kadınların her zaman başarılı erkeklerin arkasında ve onu destekler konumda yer alması günümüzde kadınların iş hayatına girmesi ve kendi kişisel başarılarını talep etmesiyle yeniden şekillenmiştir.

1789 Fransız Devrimini belirleyen eşitlik, özgürlük, insan hakları gibi kavramlar nüfusun yarısını oluşturan kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olması fikrinin gündeme gelmesinde etkili olmuştur³⁵. Kadın ve erkek arasındaki eşitlik, öncelikle fırsat eşitliği niteliğindedir. Yani, mülkiyet ve miras hakkı, çocuğun velayeti, eğitim ve çalışma haklarıyla ilgi talepler ile seçme ve seçilme hakkı ile ilgili temel konularda kadının erkekle denk statüye kavuşması gündeme gelmiştir. Ataerkil düzenin cinsiyetçi işbölümü uyarınca kadın özel alanla ilişkilendirildiği için kamusal yaşama kadını içermeyen ve hatta ona karşı değerler atfedilmiştir³⁶. 1970'lerden önce yaygın olarak üretici ve tüketici kademelerinde yer almayan kadının, istihdam edilmeye başlanması kadının kendisine öteden beri toplum tarafından verilmiş görevleri yerine getiremez hale gelmesi sonucunu ortaya çıkartmıştır. İşte erkek ile kadın arasındaki fizyolojik ve biyolojik farkları kadın lehine çözmek için pozitif ayrımcılık şeklinde bir çözüm yolu tanımlanmıştır.

Pozitif ayrımcılık kavramı 1970'lerde şekillenmeye başladığında, ilk akla gelen dünya nüfusunun yarısını oluşturan kadınlardı. Kadınların istihdama katılmaması, hem üretkenlik hem de alım gücü bakımından önemli bir kayıptı. Erkeklerin egemen

³⁴ <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/313447.asp> (15.03.2008).

³⁵ YARAMAN, Ayşegül, **Türkiye'de Kadınların Siyasal Temsili (1935 – 1999)**, Bağlam Yayıncılık, İstanbul 1999, s. 9.

³⁶ YARAMAN, age., s. 15.

olduğu sosyal, politik ve ekonomik alanda, bu eşitsizliği azaltmaya yönelik uygulamalar başlatıldı. Eşit eğitim imkânları sayesinde kız çocuklarının eğitime burslar vererek teşvik edilmesi en önemli adımdı. Politik düzenlemeler, seım kanunlarına bazı özel hükümlerin eklenmesiyle şekillendi. 1975'te bu konu özellikle dile getirilerek siyasete eşit katılım iımın kota uygulamalarının gerekliliğine dikkat çekildi. Bu uygulamalar kadının erkek ile daha eşit bir konuma gelmesini sağlarken, kadınların kişisel, biyolojik ve fizyolojik özelliklerinin göz ardı edilmesine, dolayısıyla onların aile hayatı ile iş hayatı arasındaki konumlarını belirleyememelerine yol aımı. Toplumsal değişimin aynı hızla gerıekleşmemesi ve kadının iş haricindeki sorumluluklarının değişiklik göstermemesi, kadının sırtındaki yükün daha da artmasıyla sonuımlandı. Pozitif ayrımcılık sonucunda iş hayatına girebilen kadının ihtiyaımaları doğrultusunda, mesaiye kalmamaları, daha az seyahat etmeleri, daha hafif işlerde ımışmaları, çocuk ve aile ile ilgili durumlarda daha kolay izin alabilmeleri, ımok riskli görevlerin kadın ımışanlara verilmemesi, uzun doğum izinleri ve erken emeklilik hakkı gibi bazı düzenlemeler yapıldı.

Günümüzde iş hayatında aktif olan kadınların büyük ımogunluğu, yapılan araştırmalara göre, pozitif ayrımcılığa karşıdır. Kadın oldukları iımın farklı haklar elde etmek yerine, sadece performansı etkileyen bazı olumsuz olayların ortadan kalkmasına yönelik uygulamalar istemektedirler. Bu nedenle kadınlar yasa ve yönetmeliklerde yazılanlardan ımok pratik hayata bakmayı tercih etmektedirler. Bu anlamda yasal dönüşümlerin gündelik yaşamda da pratiğe geımirilmesi iımın ımaba sarf edilmektedir. Özellikle siyasal yaşamda kadının erkekle birebir eşitliği savunulmaktadır.

Bu durumda pozitif ayrımcılığın kendi başına sadece teoriden ibaret olduğu ve birtakım pratik düzenlemelerle desteklenmesi gerektiği ortaya ımıkmiştır. Doğum oranının düşük olduğu ülkelerde kadınların iş hayatında daha aktif rol alması tesadüf değildir. Kadınların fizyolojik ve ailevi nedenlerden dolayı kariyerlerine ara vermesi sonucu, üst düzey yönetim pozisyonlarına ilerleme konusunda erkekler daha başarılı olmuşlardır. Anneliğin kadınların kariyer planlamasını olumsuz etkilemesi sonucu ımocoğu iş kadını çocuklarını yetiştirebilmek uğruna iş hayatlarından vazgeımektedirler. şirketlerde kıık çocukların bakımını üstlenecek tesislerin ya da kreşlerin

bulunmaması da bunu hızlandıran nedenler arasındadır. Örneğin belli bir sayıda kadın çalıştıran şirketlerin kendi bünyelerinde kreş açma zorunluluğu bulunursa, şirketler bu rakamın biraz altında kadın çalışan istihdam ederek bu zorunluluktan kurtulmaktadırlar. Bunun gibi daha birçoğu kadınların iş hayatına olabilecek katkılarını büyük oranda engellemektedir. Dolayısıyla, pozitif ayrımcılık uygulamalar, mevcut kanunların doğru uygulanmasıyla da desteklenmelidir.

Tarihten gelen fiili kadın erkek eşitsizliğini yok etmenin yolu, dezavantajlı konumda olan kadına pozitif destek sağlanarak, toplumsal, kültürel ve ekonomik engelleri kaldırmak için, geçici toplumsal olanaklar sağlamaktan geçer³⁷. Kadının toplumsal, kültürel, ekonomik etkinlik gösterebilmesi için önünün açılmasına ihtiyacı vardır. Kamu kurum ve kuruluşlarından, şirket, sendikalar, siyasal partiler, demokratik kitle örgütleri, yaygın deyimle sivil toplum kuruluşlarından yerel yönetimlere, merkezi yönetim ve meclise kadar, kadın iradesinin yetki ve sorumluluğunun hissedilmesi, giderek eşitlenmesi için birçok pozitif desteğe ihtiyaç vardır. Kadının sosyal koşullarının iyileştirilmesi, sosyal bilincinin yükselmesini beraberinde getirecektir ve eşitsiz toplumsal yarışmayı eşitliğe doğru zorlayacaktır. Bir başka deyimle, toplumsal açıdan dezavantajlı toplumsal gruba sağlanacak pozitif ayrımcılık, eşitliğe karşı geçici önlemlerden sadece biri olabileceği gibi, yoksullukla mücadele programının bir parçası olarak da ele alınabilir. Böylesi bir talep, bizzat ulusal ve uluslararası düzenlemelerden ve yurttaş olmaktan doğan meşru demokratik bir hak, merkezi ve yerel yönetimler için yerine getirmekle mükellef oldukları anayasal bir görevdir.

Ayrımcılığın kaynaklarının ve biçimlerinin değişken karakteri, ayrımcılığa karşı politika üreten ve uygulayan birçok ülkede oluşturulan politikaların farklı biçimler almasına neden olmuştur. Kamu politikalarının genelde eşit ücret yasası, eşit istihdam olanakları yasası, olumlu eylem politikaları, kadınların istihdamını arttırmaya yönelik politikalar ve tutum ve tercihlerin değişmesine yönelik politikalar olarak çeşitlenmesi söz konusudur³⁸.

³⁷ “Pozitif Ayrımcılık” bkz. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=5834> (20.08.2008).

³⁸ **Kadın İstihdamı İçin Yeni Perspektifler ve Kadın İşgücüne Muhtemel Talep**, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayınları, Nisan 2000, s.148.

8 Mart 1957’de New York’ta, tekstil sektöründe çok ağır şartlar altında çalışan kadınların ayaklanmasıyla başlayan süreç, 1977’de de “8 Mart Dünya Kadınlar Günü” olarak resmîyet kazanmıştır. Buna rağmen kadınlara yönelik ayrımcılığın önlenmesinde çok kapsamlı bir dönüşüm gerçekleşmemiştir. Kadınlar yüzyıllardan beri ayrımcılığın konusudur. Ancak bu gün AB mevzuatı eksik yanlarına rağmen kadın cinsinin karşılaştığı ayrımcılığın giderilmesinde önemli aşamalardan birini oluşturmaktadır.

2. Pozitif Ayrımcılığın Engelliler ve Yaşlılar Üzerindeki Etkisi

Dünyaya engelli veya özürlü birey olarak gelmenin ya da yaşamın bir döneminde geçirilen bir kaza sonucunda engelli hale gelmenin pek çok zorlukları vardır. Her şeyden önce engelli birey, diğerlerine göre çok daha fazla ihtiyaç sahibidir. Doğuştan gelen engellilik olgusu, bazı ailelerin suçluluk ya da utanç duymasına sebep olabilir. Hatta bu yüzden aileler engelli bireyi kabullenme konusunda dahi sıkıntıya düşebilirler. Engelli birey, bu sorunu bertaraf etse bile toplumun, çevrenin veya ulaşım şartlarının çıkardığı zorluklarla karşılaşabilirler. İşte bu sebeplerden dolayı, engelli bireylerin diğer insanlar gibi eşit ve özgür bireyler olarak yaşamlarını sürdürebilmeleri; sağlık, eğitim, rehabilitasyon hizmetlerinden yeterince yararlanabilmeleri ve yaşam kalitelerini arttırabilmeleri 1970’li yılların sonlarına doğru ulusal ve uluslararası çalışmaların gündemine girmiştir³⁹. Engellilik pek çok çalışmaya, projeye, kurumsallaşmaya ve gelişmeye konu olmuştur. Doğdukları andan itibaren fiziki farklılıkları, sosyal politika uygulamaları ve düzenleme eksiklikleri dolayısıyla başkalarının yapabildiği birçok işten mahrum bırakılan engellilerin bu durumunu azaltabilmek adına bazı yasal düzenlemeler yapılmıştır. Pozitif ayrımcılık için, işe uygun insan bulmanın yanında iş yerini de insana uydurma prensibi benimsenmiştir.

Engelliler topluma bütünleşme bakımından yoğun sorunlar içinde yaşamaktadırlar. Sorunu adlandırmadan başlayan ve yaşamın pek çok alanına yayılan bu sorunlar, engelli bireylerin içinde yaşadıkları toplumla işlevsel bir bütünlük içinde

³⁹ TUKSAL, Hidayet Şefkatli, “Bir Bağcı Dövme Hikâyesi: Engellilerle İlgili Yeni Düzenlemeler ve Tartışmalar”, 30 Aralık 2007 tarihli Star Gazetesi, Açık Görüş eki, s.5.

yaşamalarını güçleştirmektedir⁴⁰. Sürekli sorunlarla boğuşan, onlara anlamlı çözümler üretemeyen bireyler, kendilerini mutsuz hissedeceklerdir. Bu da temel bir insan hakkı olan bireyin kendisini gerçekleştirme hakkını ortadan kaldıran düşük yaşam kalitesi demektir. Birleşmiş Milletler Sakat Hakları Bildirgesinde, kişisel ya da sosyal yaşantısında kendi kendisine yapması gereken işleri bedensel ya da sonradan olarak her hangi bir noksanlık sonucu yapamayanlar sakat olarak tanımlanmaktadır. Engelli sözcüğü genelde hareket yeteneği sınırlanmış bireyi çağrıştırmaktadır⁴¹. Bireyin fiziksel işlevlerindeki bozukluk ve bunların hareket yeteneğinde yarattığı eksiklik ve güçlük, onu toplumun diğer bireylerinden farklı kılar. Bu farklılık engellilerin yaşadığı ayrımcılığın da asıl nedenidir. Her türlü ayrımcılığın temelinde farklı olmak, alışılmamış özelliklere sahip olmak vardır. Fiziksel işlevlerdeki bozukluklar ve bunların hareket yeteneği üzerinde yarattığı sınırlamalar bireyi toplumdan uzaklaştırır. Toplumsal destek sistemlerinin yetersizliği, toplumun dışlayıcı tutum ve davranışları da engelli bireyin topluma eşit bireyler olarak katılmasını önler.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihinde yapılan 48. toplantısında 48/96 sayılı kararla kabul edilen Sakatlar İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar engellilerin topluma eşit katılımları için bazı ön koşullardan söz etmektedir. Bunlar bilinçlendirme, tıbbi bakım, rehabilitasyon ve yardım hizmetleridir. Engellilerin topluma kazandırılmalarının önündeki en ciddi sorunlardan birisi, içinden geldikleri sosyo-ekonomik kesimin bir bütün olarak yaşadığı yoksulluk sorunu ve gelir dağılımı sorunudur. BM Genel Kurulu'nun 48/96 sayılı kararında engellilerin sosyal güvenlik kapsamında korunmaları ve onlara yeterli düzeyde gelir desteği sağlanması öngörülmektedir. Bu konuda engellilere yönelik ayrımcı uygulamalar önlenecektir. Engellilerin koruyucu aile uygulaması içinde bakılması için bakıcı ailelerin sosyal güvenlik kapsamına alınarak desteklenmesi de Genel Kurul tarafından alınan önlemler arasındadır. Engellilerin kendi kendilerine yeterli olabilmesi için meslek edindirilmeleri ve işe yerleştirilmeleri önemle vurgulanmaktadır. Asıl olan engelli de olsa her bireyin

⁴⁰ KARATAŞ, Kasım, “Engellilerin Toplumla Bütünleşme Sorunları: Bir Sosyal Politika Yaklaşımı”, Ufku Ötesi Bilim Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, Kasım 2002, s. 43.

⁴¹ KARATAŞ, age.,s.44.

topluma çalışarak üretken bir birey olarak katılmasıdır. Engellilerin topluma bütünleşmesinin önündeki bir diğer engel de eğitim konusunda karşılaştıkları sorunlardır. Tüm ülkelerde eğitim sistemi, öncelikle, nüfusun engelli olmayan kesimi için planlanıp uygulanmaktadır. Böylece daha en baştan eğitim sistemi, engellileri dışlayan bir anlayışa sahip olmakta; daha sonra da engellileri eğitim sistemiyle bütünleştirecek çeşitli programlar geliştirilmeye çalışılmaktadır. Engellilerin topluma katılmalarının önündeki en büyük engellerden biri de ulaşım, fiziksel çevre ve konut sorunudur. Engellilerin içinde yaşadıkları fiziksel çevre, sahip oldukları fiziksel işlev bozuklukları ve yetersizlikleri ile bunların yol açtığı sınırlamalar yüzünden büyük önem taşımaktadır. Eğitim konusunda, toplumsal yaşamı tasarlarken, içinde yaşanılan fiziksel çevreyi ve o toplumda yaşayan herkesi düşünerek tasarlamak gerekir.

Engellilerin onurlu bir yaşam sürebilmeleri için kendi kendilerine yeten bireyler olmaları çok önemlidir⁴². Bu bağlamda kamusal yardımlardan yararlanmak konusunda tam bir eşitlik olmalıdır. Engellilere gereksinim duydukları araçlar, ücretsiz ya da çok ucuza verilmelidir. En önemlisi engellilerin bu araçlara kolaylıkla, ulaşabilir olması sağlanmalıdır. Üretken ve yaratıcı çalışma, insanca ve onurlu bir yaşam sürdürebilmenin ön koşuludur. Bu yüzden engelli bireyin de topluma uyumunda, toplumla bütünleşmesinde bir işe sahip olması büyük önem taşır. Engelli birey işsiz kaldığı ve yaşadığı topluma üreterek katkıda bulunamadığı için kendini gerçekleştirememekte, ailesine ve topluma yük olmaktadır. Bu nedenle öncelikle, işverenlerin engelli çalışanlarına doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcılık yapmamaları gerekir. Engellilerin çalıştığı alanlarda yapacakları iş, onların fiziksel yetkinlikleri dahilinde olmalıdır. Bu bağlamda çalışma yerinin engelli çalışanlar için uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Bu sayede engellilere iş hayatında da fırsat tanıyarak, topluma kazandırılmaları amaçlanmıştır. Bu da pozitif ayrımcılığın engelliler açısından ulaşmak istediği en temel hedeftir. Ancak pozitif ayrımcılığın dengeli bir şekilde uygulanmasına da önem verilmelidir. Engelli bir çalışan, yaptığı bir hatadan dolayı uyarılmıyorsa, pozitif ayrımcılığın yapıcı etkisi kaybolarak

⁴² ÇEKER, Mustafa, “Türkiye’de Engelliler ve Engelli Hakları”, bkz. <http://www.cu.edu.tr/insanlar> (15.12.2008).

beraberinde sorunlar getirebilir. Engelliler dışında toplumda kollanması gereken bir başka zayıf toplum kesimi de yaşlılardır⁴³. Yaşlılık, zaman faktörüne bağlı olarak kişinin fiziki ve ruhi güçlerini bir daha yerine gelmeyecek şekilde yavaş yavaş kayıp etme halidir. Yaşlıların korunması, yaşlı evleri yapmak ve yönetme yükümlülüğü getirilmesi üzerine güçsüzler yurdu, huzur evleri gibi yaşlı kuruluşları açılmıştır. Ancak sanayileşme ve kentleşme süreci içerisinde geleneksel ailenin çekirdek aileye dönüşmesi, kadının çalışma hayatına girmesi, gelenek, kültür ve değerlerdeki değişimler ayrıca tıpta kaydedilen ilerlemeler neticesinde ortalama insan ömrünün uzaması ve yaşlı nüfusun artması yaşlılığı bir sosyal sorun olarak ortaya çıkarmaktadır. Bu değişimler sonucunda yaşlıların yalnızlığa itilmeleri yaşlılar üzerinde çeşitli sosyal, ekonomik ve psikolojik sorunları ortaya çıkarmıştır. Sosyal anlamda toplumdaki uzaklaşıp yalnızlaşma duygusuna kapılıp içine kapanma ve aile bireylerine söz geçirmeme gibi sosyal iktidarı yitirme sonucu bireyde büyük psikolojik sorunları da beraberinde getirmiştir. Sosyal güvenlik sisteminin çok yaygın olmamasına bağlı olarak yaşlılar fiziksel olarak üretime yeterince katılmadıklarından ekonomik olarak büyük problemler yaşamaktadırlar; bu da yaşlıların yurtsuz, barksız ve aç kalarak toplumda büyük bir sosyal problem olarak karşımıza çıkmalarına neden olmaktadır. Bu gelişmelere paralel olarak artış gösteren dezavantajlı grup olarak adlandırılan yaşlılara yönelik pozitif ayrımcılık bağlamında sosyal, ekonomik ve sağlıkla ilgili programlar geliştirilebilir.

3. Pozitif Ayrımcılığın Irkçılık Üzerindeki Etkisi

Ayrımcılığın çeşitleri arasında en çok dikkati çeken ve yıllarca problem oluşturan farklı ırk ve etnisiteye sahip insanlara yönelik ayrımcılıktır. İnsanların, insan olmalarından kaynaklanan evrensel haklarına doğrudan saldırı anlamı da taşıyan ırkçılık, bütün farklı renkleri, etnik nitelikleri, ulusal kökenleri hiçe sayan bir anlayıştır. Diğer ırklara karışmak istemeyen ırk ve bu ırka sahip olan insanlar kendilerini diğer insanlardan ayrı ve üstün bir konumda görürler. Diğerlerinin erişemeyecekleri haklara ve imkânlara sahip olmaları gerektiğine inanırlar, bu düşüncenin bir mantığa dayandırılmasını da gerekli görmezler. Azınlık grupları

⁴³ İBA, Şeref, “Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği”, Amme İdaresi Dergisi, 39. Cilt, 1.Sayı, Mart 2006, s.1.

dünyanın çeşitli ülkelerinde kötü muameleye maruz kalmaktadırlar. Ekonomik, sivil ve siyasi haklar kapsamındaki hakları reddedilmektedir. Bazı devletler her ne kadar teorik olarak pek çok insan haklarının arkasında, ayrımcılığın karşısında yer almakta iseler de uygulamada ayrıma tabi tuttıkları insanları ve grupları baskı altına almaktan geri durmamaktadır. Etnisite, yani ırk kriteri dayanak noktası olarak alındığında kendi ırkının dışındakileri ikinci sınıf vatandaş olarak görme kolaylaşmaktadır.

Tüm dünyanın, yüzyıllardır ortak sorunu olan ırkçılık, aslında ayrımcılığın çıkış noktasıdır. Günümüzde toplum pozitif ayrımcılıkla bu duruma çözüm üretmeye çalışmaktadır. Çok uzun zamandan beri azınlık olarak yaşamak zorunda kalmış ve ırkçılık ayırımına tabi tutulmuş bir insanın diğerleriyle aynı noktadan yarışa başlaması önceden kaybettiği birçok şeyle beraber bu yarışı da kaybedeceği anlamına geldiğinden pozitif ayrımcılık adı altında bir takım düzenlemelerle önlenmeye çalışılmıştır. Azınlıkların haklarını korumaya çalışırken çoğunluğun var olan haklarını zedelemeyen pozitif ayrımcılık politikaları düşünülmelidir. Örneğin, sosyal ve ekonomik alanda zencilerin beyazlar karşısında yaşadığı gerek istihdam oranındaki eşitsizlik, gerek yaşam beklentileri arasındaki farklılıklar günümüzde hala devam etmektedir. Bu doğrultuda pozitif ayrımcılık dahilinde, şirketlerin işe alım süreçlerini yeniden yapılandırması gibi önlemler alınmaya başlanmıştır.

1964 yılında İnsan Hakları Sözleşmesi ile işverenler çalışanlarını dil, din, ırk, cinsiyet gibi özellikler gözetmeksizin değerlendirmeye tutmakla yükümlü olmuşlardır. 1972 yılında çıkan Eşit İstihdam Hakları Sözleşmesi ile kavram daha da güçlenmiştir. Uluslararası sözleşmelerin yanı sıra mahkeme kararları ile de pozitif ayrımcılığın ırkçılık üzerindeki etkileri görülmeye başlanmıştır. Örneğin ABD’de azınlık mensuplarının baştan bir dizi dezavantajla hayata atılmaları karşısında, bir fakültenin öğrenci kabulünde ırk çeşitliliğini hesaba katma yoluna gitmesi, yüksek mahkemenin de onayını almıştır. Buna göre fakültenin öğrenci alırken ırk çeşitliliğinin olması yönünde tercih kullanma politikası, azınlık mensuplarına öncelik verilmesiyle başvuruları reddedilen üç beyaz öğrenci tarafından yüksek mahkemeye götürülmüştür. Ancak mahkeme, üniversiteye girişte eğitimsel yarar sağlama amacıyla ince ayarlı şekilde azınlık ırk önceliği kullanılmasının anayasaya aykırı olmadığını kararını vermiştir. Bu kararla ABD’de azınlıkların özel ve kamu

kurumlarına katılmalarını artırmaya yardımcı olacak benzer faaliyetlerin önü açılmıştır. Bu kararlar ırkçılık yapılarak insanları yükseköğrenimden dışlayıcı, ayrımcı ve gayri adil bir uygulamanın önüne geçildiği ifade edilebilir⁴⁴.

İnsan haklarının varlığını kabul eden tüm toplumlar, ayırım yapılmama ilkesine riayet edilmelidir. Bunu gerçekleştirmek için öncelikle insanların hangi ırktan olurlarsa olsunlar birbirine karşı sahip olduğu önyargıların kırılması, yaşanan ayrımlarla hoş olmayan bir durumun belirdiğinin, ayrımcılığın kimseye yarar getirmediğinin, insanlardaki yaratılış farklılığının birbirleriyle iletişime geçmeye olanak sağladığının her platformda, her fırsatta anlatılması, aktarılması bir görev olmalıdır.

⁴⁴ “ABD Yargısı Pozitif Ayrımcılığı Onayladı” başlıklı haber, bkz. <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=79397> (10.06.2008).

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI BELGELERDE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA EŞİTLİK İLKESİ VE POZİTİF AYRIMCILIK

I. GENEL OLARAK

Eşitlik ilkesi modern hukuk sistemlerinde hukuk devletinin en önemli parçası olarak görülmektedir. Çünkü insan hakları düşüncesinin özünde her insanın doğuştan aynı değerde olduğu ve aynı haklara eşit bir şekilde sahip olduğu yatmaktadır. Ancak, toplumun bireyleri arasındaki nitelik farklılıkları ve ortalamanın altındaki bir nitelik eksikliği veya benzerlerinden farklı olmak, azınlık olmak, doğuştan gelen biyolojik ve genetik farklılıklara sahip olmak kişilerin çoğu zaman aleyhine kullanılmıştır. Bunlardan dolayı, kişiye gerek özel hayatında, gerekse iş hayatında eşit davranılmamakta ve kişi, benzerlerinin sahip olduğu haklara objektif olmayan sebeplerden dolayı sahip olamamaktadır⁴⁵. Ancak ayırım yapmama mutlak değildir. Kimi zaman eşit davranabilmek için pozitif bir ayrımcılık yapmak gerekebilir. Örneğin cinsiyet nedeniyle yapılan pozitif ayrımcılık iş hayatında sıkça karşılaşılan bir ayrımcılık uygulamasıdır. Yukarıda ifade edilenlerden dolayı eşitlik ilkesi ve bu ilkeye dayalı fırsat eşitliği ve pozitif ayrımcılık gibi politikalar ulusal belgelerin yanı sıra uluslararası hukuki belgelerde de yer almaya başlamıştır. Uluslararası sözleşmelerde insan olma haysiyetinden hareket edilerek her türlü ayrımcılık reddedilmiştir. Buna göre herkes kanun önünde eşittir. Ancak bazı durumlarda toplumsal yaşamda yapısal eşitsizlik ve ayrımcılık nedeniyle mağdur olan lehine ayrımcılık yaparak mağduru korumak ve toplumsal olarak güçlü olan ile eşitlemek için uluslararası alanda birçok düzenlemeler yapılmıştır. Başta kadınlara fırsat önceliği tanınmasına yönelik olmak üzere, engellilerin istihdamı, etnik ayrımcılığın önlenmesi, toplumda görece zayıf olan kesimin korunması gibi konular bu düzenlemelerin kapsamını oluşturmaktadır.

⁴⁵ ŞİRİN, Tolga, “İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Çalışma Yaşamında Ayrımcılık Yasağı”, s.12, bkz. http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_840.htm (10.06.2008).

Günümüzde hemen hemen tüm insan hakları belgelerinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı yer almaktadır. Eşitlik ilkesi çeşitli uluslararası belgelerde ve süreç içinde anayasalarda temel bir hak olarak düzenlenmiş önemli bir ilkedir. Eşitlik ilkesinin ilk normatif düzenlemesi ise, Kuzey Amerikan kolonilerinin Bill of Rights olarak nitelenen hak bildirimleri ile gerçekleştirilmiştir. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi ise, doğal haklar kuramını yansıtan 1. maddesinde, önceki dönemin aristokratik yapısına dayalı hiyerarşik düzeni ortadan kaldırmaya yönelik olarak, eşitlik ilkesine yer vermiştir⁴⁶. Bu Beyanname'nin 1. maddesi , “İnsanlar, hukuk bakımından, hür ve eşit doğarlar, hür ve eşit yaşarlar. Sosyal farklılıklar, ancak ortak faydaya dayanabilir” şeklindedir. 1789 Beyannamesi' nin 6. maddesi ise genel olarak “yasa önünde” eşitliği düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre; bütün yurttaşlar eşit olduklarından, her türlü rütbe, mevki, görev ve işlerde aralarında erdem ve yeteneklerinden başka fark gözetilmeksizin yeterliliklerine göre eşit kabul edilirler. Bildirge'ye göre eşitlik, yasal ve biçimsel bir eşitliktir⁴⁷.

II. Dünya Savaşı sonrasında kabul edilen insan haklarına ve temel özgürlüklerine ilişkin birçok uluslararası belgenin başlangıcında, insanlara, eşit ve vazgeçilmez, devredilmez hakların tanınmasının adaletin ve barışın temelini oluşturduğu vurgulanmıştır. Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi belgelerinde siyasal, sosyal ve ekonomik eşitliğe ilişkin kurallar yer almıştır.

İnsan olarak herkesin, değiştirebileceği özellikleri olduğu kadar, değiştiremeyeceği özellikleri de vardır. Ayrımcılık kavramı, insanın genellikle doğuştan sahip olduğu özellikler temelinde ortaya çıkar. Sosyal, ekonomik ve politik alandan doğuştan taşıdıkları özellikler yüzünden dışlanmış azınlıkların dışlanmışlıklarını bir ölçüde azaltmak ve uzun vadede engellemek adına ortaya çıkan pozitif ayrımcılık kavramı, ayrımcılıktan kaynaklanan eşitsizliği, dışlanmış gruplara problemin kaynağına göre daha farklı haklar vererek çözmeyi hedefler.

Günümüzde pozitif ayrımcılık kavramı, yasalarla şekillenmekle beraber sosyal bilincin gelişmesiyle beraber daha çok benimsenmiştir. Örneğin, engellilerin ve kız

⁴⁶ DİNÇKOL, age.,s. 108.

⁴⁷ AKAD, Mehmet – DİNÇKOL, Bihterin, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2004, s.435.

çocuklarının eğitimine verilen önem uzun vadede pozitif ayrımcılık uygulamalarına katkı sağlar. İnsanların fırsatları olmadığı için ortaya çıkaramadıkları potansiyeli kullanılır kılar. Azınlık grupların etkili pozisyonlara gelmesi, ortamın herkes için daha da adaletli olmasını sağlayabilir.

Uluslararası belgelerde başlangıçta uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan eşitlik ve ayrımcılık yasağı gibi ifadelerle, devletlere negatif yükümlülükler getirilmiştir. Zamanla, buna benzer negatif ifadelerin herkes için tanınan hakların korunmasına yetmediği görülerek, pozitif ayrımcılık ilkesi kabul edilmiş ve gerek anayasalarda gerekse uluslararası belgelerde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler genellikle ayrımcılığın en çok yaşandığı konularda yapılmaktadır. Kadınlara karşı ayrımcılık, ırk ayrımcılığı, dini ayrımcılık konularında özel düzenlemelere yer veren insan hakları belgeleri bulunmaktadır. Birleşmiş Milletlerce hazırlanan “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Sözleşmesi”, “Kadınlara Karşı Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi” ve “Din ve İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri” bu düzenlemelere örnek gösterilebilir. Birleşmiş Milletlerin “Din ya da İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirisi” ile “Her Çeşit Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmesi” de eşitlik ve pozitif ayrımcılıkla ilgili hükümler içeren uluslar arası belgelerdir. Bu uluslararası belgelerle tüm insanların yasa önünde eşit olduğu ve herhangi bir ayrımcılığa ve ayırım kışkırtıcılığına karşı yasalarca eşit olarak korunma hakkı bulunduğu dikkate alınarak, insan kişiliğinin onurunu tanıyıp ona saygı gösterilmesini sağlama gereği açıkça vurgulanmıştır.

II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BELGELERİNDEKİ DÜZENLEMELER

A. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 günü kabul edilmiştir. İnsan haklarının temel kaynaklarından olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin

önsöz kısmında bu bildirgenin ilan edilme nedenleri sıralanmıştır. Bu kısımda kadın-erkek eşitliği yer almıştır. Böylece uluslararası bir belgede ilk olarak kadın-erkek eşitliği ifade edilmiştir. Buna göre “ İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olmasına, (...) Birleşmiş Milletler halklarının, Antlaşmada, insanın ana haklarına, insan şahsının haysiyet ve değerine, erkek ve kadınların eşitliğine olan imanlarını bir kere daha ilan etmiş olmalarına ve sosyal ilerlemeyi kolaylaştırmaya, daha geniş bir hürriyet içerisinde daha iyi hayat şartları kurmaya karar verdiklerini beyan etmiş bulunmalarına, (...) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, gerek bizzat üye devletler ahalisi gerekse bu devletlerin idaresi altındaki ülkeler ahalisi arasında bu hakların dünyaca fiilen tanınmasını ve tatbik edilmesini sağlamaya gayret etmeleri amacıyla bütün halklar ve milletler için ulaşılabilecek ortak ideal olarak işbu İnsan Hakları Evrensel Beyannamesini ilan eder⁴⁸. Aynı Bildirgenin 2. maddesinin 1. fıkrası, haklara sahip olmada cinsiyet de dahil olmak üzere hiçbir ayırım güdülemeyeceğine ilişkin bir hüküm içermektedir. Buna göre, “Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir akide, milli veya içtimai menşe, servet, doğuş veya herhangi diğer bir fark gözetilmeksizin işbu Beyanname’de ilan olunan tekmil haklardan ve bütün hürriyetlerden istifade edebilir”. Beyanname’nin 7. maddesi ise, herkesin hukuk önünde eşit olduğunu belirterek, ayrımcılık yapılamaksızın herkesin hukuken korunacağını düzenlemiştir. Bundan farklı olarak Beyanname’nin 16. maddesinde de evlilik çağına varan her erkek ve kadının, ırk, yurttaşlık ya da din yönünden hiçbir sınırlamaya bağlı olmaksızın evlenmek ve aile kurmak hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır.

Beyanname doğrultusunda Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü, eğitimde ayrımcılığın yasaklanması yanında, aynı zamanda eğitimde herkes için fırsat ve davranış eşitliğini geliştirmek olduğu bilinciyle Eğitimde Fark Gözetmeye Karşı Sözleşme’yi kabul etmiştir. Sözleşme’deki ayrımcılık terimi, ırk, renk, cinsiyet, din, dil, siyasal ya da başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, ekonomik güç ya da doğuş temeli üzerinde, eğitimde davranış eşitliğini kaldırmak ya da bozmak amacıyla herhangi bir ayırım, dışlama, sınırlama ya da üstün tutmayı içermektedir.

⁴⁸ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, bkz. <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/trk.htm> (06.07.2008).

Sözleşme, herhangi bir kişi ya da grubu, herhangi bir tür ya da düzeyde eğitim görmekten yoksun bırakmayı, düşük düzeyli bir eğitimle sınırlamayı, ayrı eğitim sistemleri ya da kurumları kurmayı ve insan onuruyla bağdaşmaz koşullar getirmeyi yasaklamıştır.

Birleşmiş Milletler Örgütü'nün eşitlik ilkesine ilişkin düzenleme içeren bir başka belgesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'dir. Beyannameye ek olarak hazırlanan bu Sözleşme'nin 2. maddesinde, herkesin yasa önünde eşit olduğu ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit biçimde korunma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Bu yönden yasanın, her türlü ayırımı yasaklayacağı ve herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka nitelikte düşünce, ulusal ya da toplumsal köken, servet, sosyal ya da başka herhangi bir duruma dayanan ayırımı karşı eşit ve gerçek biçimde korunmasını güvence altına alması öngörülmüştür. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine ek olarak kabul edilen bir diğer belge de Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesidir. Sözleşme'nin 2. Bölümünde, sözleşmedeki hak ve özgürlüklerden yararlanma konusunda cinsiyet eşitliği yer almaktadır. Buradaki düzenleme; “Bu Sözleşmeye taraf devletler, bu sözleşmede öne sürülen tüm ekonomik, toplumsal ve kültürel haklardan erkeklerle kadınların eşit olarak yararlanma hakkını tanır” şeklinde 3. maddede yer almıştır.

B. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmıcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmıcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (CEDAW), 1979 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul edilmiş ve 1981'de yürürlüğe girmiştir⁴⁹. Böyle bir sözleşmenin kabul edilmesi, kadınlara karşı ayırmıcılığın evrensel bir problem olduğunu ortaya koymuştur. Bu sözleşme, 1. maddesinde kadınlara karşı ayırmıcılığın hak eşitliği ve insanlık onuruna saygı

⁴⁹ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmıcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak> (10.06.2008).

ilkelerinin ihlali olduğu saptamasında bulunduktan sonra, kadınlara karşı ayrımcılık tanımını yapmaktadır⁵⁰.

Sözleşmenin başlangıç bölümünde, kadınlara karşı ayrımcılığın, hak eşitliği ve insan onuruna saygı ilkelerini çiğnediği, kadınların erkeklerle eşit koşullarda ülkenin siyasal, toplumsal, ekonomik ve kültürel yaşamına katılmalarına engel olduğu belirtilerek, bu durumun toplum ve aile gönencinin gelişmesini kösteklediği ve kadınların ülkelerinin ve insanlığın hizmetinde kullanabilecekleri olanakların geliştirilmelerinin daha da zorlaştırdığı ifade edilmiştir⁵¹. Sözleşme ile taraf devletlerin kadınlara karşı ayrımcılığın tasfiye edilmesi yolunda önlemler alması gerekliliği açıklanmıştır. Bu önlemlerin hukuk alanından başlayarak, sosyal, kültürel ve siyasi alanlarda da alınması, taraf devletlerin yükümlülüğüdür. CEDAW’da diğer insan hakları belgelerinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesine ek olarak, fiili eşitliğin gerçekleşmesi amacına yönelik çeşitli önlemlere yer verilmektedir

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1999 yılında CEDAW’a ek olarak Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşmeye ilişkin Seçmeli Ek Protokol kabul etmiştir. CEDAW’ın çevirisinde kullanılan “önlenmesi” kelimesi yerine “tasfiye edilmesi” kelimesi seçilmiştir. Ek protokol ile ana sözleşmedeki haklara, “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi” kurularak güvence getirilmektedir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen, kadın- erkek eşitliğine yönelik bir başka sözleşme de Kadınların Siyasal Haklarına İlişkin Sözleşme’dir⁵². Sözleşme, kadınlar ile erkekler arasında siyasal haklardan yararlanmada ve bu hakları kullanmada eşitlik sağlamayı amaçlamaktadır. Bu sözleşmeye göre, katılan devletler, kadınların hiçbir ayırım gözetilmeksizin sadece bütün seçimlerde oy kullanmada değil, tüm kamu görevlerinde yer almada, erkeklerle eşit olacağı konusunda sözleşmişlerdir.

⁵⁰ DİNÇKOL, age.,s.114.

⁵¹ ÇEÇEN, Anıl, **İnsan Hakları Rehberi**, Bilim Yayınları, Ankara 1999, s.166.

⁵² Kadınların Siyasal Haklarına İlişkin Sözleşme, BM Genel Kurulu tarafından 20 Aralık 1952 tarihinde kabul edilmiştir.

Kadınların insan hakları konusunda atılan önemli adımlardan biri de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihinde ilan ettiği, Kadınlara Karşı Şiddetin Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri'dir. Bildiri'de kadınların siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerden eşit yararlanma ve koruma isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

Kadınlar için sıralanan haklara bakıldığında, insan hakları belgelerinde bütün insanlar için kabul edilen hak ve özgürlüklerden farklı olmadığı görülmektedir. Ancak burada kadınlar için özellikle tekrar edilmesinin nedeni, kadının insan hakları konusunda yeterli ilerlemenin kaydedilmemiş olmasının yanı sıra, ihlallerin de yaşanıyor olmasıdır⁵³.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün eşitlik ilkesi bağlamında iki sözleşmesi vardır: Bunlar “Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Sözleşme” ile “İş ve Meslek Yönünden Ayrım Hakkında 111 Sayılı Sözleşme”dir. Bu Sözleşmelerde çalışma yaşamında eşitlik ilkesinin önemini vurgulayan düzenlemelere rastlamak olanaklıdır.

C. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme

Sözleşme, BM Genel Kurul'u tarafından kabul edilmiş ve 1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin 2. maddesi, “Sözleşmenin iç hukukta uygulanması ve ayrımcılık yasağı” başlığını taşımaktadır. Buna göre, bu Sözleşmeye taraf her devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı ve bu haklara saygı göstermeyi taahhüt eder. 3. madde de ise “Bu Sözleşmeye taraf devletler, bu Sözleşmede yer alan bütün kişisel ve siyasal hakların kullanılmasında eşit haklar sağlamayı taahhüt eder” denilerek cinsiyet eşitliği düzenlenmiştir. Sözleşmenin diğer maddelerinde çocukların hakları, ailenin korunması, siyasi haklar, azınlıkların

⁵³ DİNÇKOL, age.,s. 111.

korunması ve hukuk önünde eşitlik yer almıştır. Sözleşmede herkesin, hukuk önünde eşit olduğu ve hiç bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır. Ardından ise, hukukun bu alanda her türlü ayrımcılığı yasakladığı ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, milliyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlayacağı ifade edilmiştir.

BM İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme'nin gereği olarak kurulmuştur. Komite bir yandan Sözleşme'nin getirdiği rapor sistemini yürütürken, diğer yandan da çok önemli bir başka işlevi yerine getirerek, İhtiyari Protokole taraf devletler aleyhine yapılan bireysel başvuruları inceleyip, karara bağlamaktadır. Önemli emsal kararlar alan Komite'nin ayrımcılık yasağı ve eşitlik konusunda da çeşitli kararları mevcuttur. Örneğin, Hollanda'da İşsizlik Yardımı Yasası çıkmıştır. Söz konusu yasaya göre “ailenin geçimini sağlayan kimseye” söz konusu yardım işsizlik halinde verilmektedir. Burada mahkeme “ailenin geçimini sağlayan kimse” kriterini sorgulamadan erkeğe atfedilmesini eleştirmiştir. Hükümet kavramın, hukuken eşit durumlara eşit olmayan muamele anlamına gelecek bir şekilde ayrımcı olmadığını iddia etmiştir. Hâlbuki Komite ailenin gelirinin ne kadarının erkeğe ne kadarının kadına düştüğünü ve her erkeğin evin geçimini sağlayan sayılmaması gerektiğini ülkenin sorumlulukları da dikkate alındığında medeni ve siyasi haklar sözleşmesinin 26.maddesi bağlamında ihlal görmüştür⁵⁴.

Komite, bir diğer davada; eski sömürge olan Senegal vatandaşlarının ülke Fransa'ya bağlıken kazanmış oldukları emeklilik ücretinin dondurulması halini ihlal olarak görmüştür. İbrahim Guaye ve 742 arkadaşı Senegal'de ikamet etmektedirler. Kendileri yıllarca Fransız sömürgesiyken Fransız ordusuna hizmet etmiş ve emekli olmuşlardır. Daha sonra 1960'lı yıllarda Senegal'in bağımsızlığı kazanmasından sonra da emekli maaşlarını almaya devam etseler de 1974'te çıkan yeni bir yasayla emeklilik ücretleri 1975 tarihi itibarıyla dondurulmuştur. Başvurucular bu durumun sadece Afrikalılara uygulandığını söylemiştir ve ayrımcılık yasağının ihlalini

⁵⁴ HANSKİ, Raija-SCHEİNİN, Marti, **İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları**, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayınları, İstanbul 2005, s.160.

savunmuşlardır. Hükümet, başvuruçuların Fransız uyrukluklarının olmaması, kimlik ve aile durumlarının tespit edilememesi ve Fransa ile eski sömürgeleri arasında sosyal ve iktisadi şartların farklılığının bu ayrımcılık için makul ve kabul edilebilir sayılması gerektiğini iddia etse de Komite, Fransız uyruklu olan Senegal’de yaşayan aynı sosyal şartları haiz bir Fransız için de aynı durumda farklı muamele olacağını, kimlik ve aile durumlarının tespit edilememesinin makul bir neden sayılmadığını ve Fransız kimliğinin kaybedilmiş olmasının önem arz etmediğini ve belli bir süre çalıştıktan sonra emekli olan bu şahısların emekli maaşlarının durdurulmasının ayrımcılık teşkil ettiğine hükmetmiştir⁵⁵.

D. Birleşmiş Milletler Özürlüler Programı

Pozitif ayrımcılık kavramı kapsamında korunmaya muhtaç bir diğer kesim de yaşlılar ve engellilerdir. Yaşlı ve engelli bireylerin de bağımsızlık, katılım, bakım, kendini gerçekleştirme ve itibar hakları vardır. Yaşlı ve engelli bireyler, topluma ilişkilerini sürdürmeli, itibar görmeli ve güven içerisinde yaşamalıdır. Devletler, yaşlılık ve engellilik alanında, BM Uluslararası Eylem Planını ve diğer uluslararası anlaşmaları dikkate alan yetkin ve kapsamlı politikalar geliştirmeli ve uygulanmasını sağlamalıdır.

Herkes için eşitlik ilkesi ile hareket eden Birleşmiş Milletler belgelerinde engellilik ilk kez 1948 yılında yayınlanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde dile getirilse de BM sistemi içerisinde engellilik ile ilgili çalışmaların başlama tarihi 1945 yılına dayanmaktadır. Özellikle görme ve işitme engelliler gibi bedensel engeller taşıyan bireylerin haklarının artırılmasına odaklanılmış, bunun dışında da engelliliği önleme ve rehabilitasyon çalışmalarına önem verilmiştir.

Dünya nüfusu göz önünde bulundurulduğunda yaklaşık 500 milyon kişinin engelli olduğu ve bunun 2/3’nün gelişmekte olan ülkelerde yaşadığı düşünülmektedir. Bu sayı dünyada yaşayan insan sayısı arttıkça artmaya devam edecektir. Dünya genelinde yaşayan bunca engelli birey engel nedenleri ne olursa

⁵⁵ AİHM’in İbrahim Guaye ve diğerleri v. Fransa kararı, bkz <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/source/73.asp> (24.11.2008).

olsun ya da dünyanın neresinde bulunuyorsa bulunsunlar yaşadıkları toplum içerisinde çeşitli sosyal ve fiziksel engellerden dolayı sınırlılıklarla karşılaşmaktadır.

Birleşmiş Milletler kurulduğu ilk zamanlardan beri engelli bireylerin sosyal durumlarını iyileştirmek ve yaşam kalitelerini yükseltmek için çaba göstermektedir. Birleşmiş Milletler'in engellilerin onurlarına ve haklarına yönelik çabalarının dayanağı Birleşmiş Milletler'in kuruluş ilkeleridir. Bu ilkeler herkesin bildiği gibi insan haklarına saygı, temel özgürlükler ve tüm insanların eşitliği ilkeleridir.

1952 yılında Birleşmiş Milletler tarafından UNDP, ILO, WHO, UNESCO, UNICEF gibi uluslararası organizasyonların katılımının sağlandığı bir toplantı gerçekleştirilerek yeni bir bakış açısıyla eğitim ve rehabilitasyon programları geliştirilirken, engellilikle ilgili konuların da bu kuruluşların programlarına dahil edilmesi istenmiştir. Daha sonraki yıllarda bu organizasyonların ülkelere engellilerle ilgili konularda proje ve teknik destek sağlamaları kararı alınmıştır.

Birleşmiş Milletler Özürlüler Programı, Birleşmiş Milletler sistemi içerisinde engellilere yönelik hazırlanan temel programdır ve bu program Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği Ekonomik ve Sosyal İşler Bölümünün, Sosyal Politika ve Kalkınma Birimi tarafından yürütülmektedir. Programın genel çerçevesi ve hedefleri Özürlüler için Dünya Eylem Programı ve Özürlüler İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar belgelerine dayanmaktadır⁵⁶. Engelli bireylerin sosyal hayata ve kalkınma sürecine tam ve etkin katılması konusunda destek sağlanması, engellilere sağlanan haklarının ve onurlarının korunmasına yönelik çabaların artırılması, eğitim, istihdam, bilgi edinme, ürün ve hizmetlere erişimlerinin artırılması bu programın temel amaçları arasındadır.

1969 yılında Birleşmiş Milletler Genel Konseyi Sosyal Kalkınma ve Kalkınma Sürecine Dair Bildirgesi'ni yürürlüğe koymuştur. Bu Bildirgenin 19. maddesi zihinsel ve bedensel engellilerin topluma tam katılımının artırılması da dahil olmak üzere sağlık, sosyal güvenlik ve sosyal refah önlemleri alınmasını öngörmektedir. 20 Aralık 1971'de engellilerin haklarının uluslararası ve ulusal eylem planlarında

⁵⁶ Türkçe'de "özürlü" yerine "engelli" sözcüğünün kullanımı yaygınlaşmaktadır. Ancak ifade edilen program ile ilgili uluslararası belge ve kurumların isimlerinde "özürlü" sözcüğü yer almaktadır.

hükümetler tarafından çerçeve olarak kullanılması amacıyla Zihinsel Özürlülerin Haklarına Dair Bildirge'yi yayınlanmıştır. 1975 yılının Aralık ayında BM Genel Konseyi tarafından Özürlü Hakları Bildirgesi'ni yayınlanmıştır. Burada tüm engellilerin haklarının din, dil, ırk, cinsiyet, ideolojik ayırım yapılmaksızın garanti altına alındığı söylenmektedir⁵⁷.

II. AVRUPA KONSEYİ BELGELERİNDEKİ DÜZENLEMELER

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının düzenlendiği önemli bir uluslararası belge ise 1950 yılında imzalanıp, 1953 yılında yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak ifade edilen İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmesi'dir. Ayrımcılık yasağı, AİHS ile tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından özellikle cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, milli veya sosyal menşe, milli bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi diğer bir durum nedeniyle hiçbir ayırıma tabi tutulmamayı ifade etmektedir. Başka bir ifade ile cinsiyet, ırk, ten rengi, etnik veya toplumsal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya herhangi başka bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, mülkiyet, doğum, özürlü, yaş veya cinsel tercih gibi gerekçelere dayanan her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır. AİHS'in 14. maddesine göre, "bu sözleşmede herhangi bir hak veya özgürlükten yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasi ya da başka bir görüş, ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır". Bu anlamda ayrımcılık yasağı, bağımsız bir ilke olmayıp, Sözleşme'nin ve ek protokollerin diğer hükümleriyle birlikte yorumlanmalıdır⁵⁸. Bu nedenle, ayrımcılık yapıldığı ileri sürülen konunun mutlaka sözleşme ve ek protokollerde güvence altına alınan bir hakka ilişkin olması gerekir. AİHS m.14, "eşit durumda olanlara eşit muamele" yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Farklı konumda olan kişilerin farklı statü ya da

⁵⁷ Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Raporları, Birleşmiş Milletler Sisteminde Özürlülük, <http://www.ozida.gov.tr/raporlar/uluslararası/bmsistemindeozurluluk.htm> (10.06.2008).

⁵⁸ TEZCAN, Durmuş, "AİHS Kapsamında Temel İnsan Hakları", s. 29. bkz. <http://www.barobirlik.org.tr>. (04.08.2008).

işleme tabi tutulması, ayrımcılık yapıldığı şeklinde yorumlanamaz. Çünkü toplumda herkes her zaman eşit konumda olmadığından, bazı durumlar vardır ki, eşitliğin mutlak olarak uygulanması eşitsizlik doğurur. Bu eşitsizliği gidermek için yapılan ayrımcılık, objektif bir sebebe dayanmak, makul bir amaca hizmet etmek, demokratik bir toplumda kabul edilebilir olmak ve amaca ulaşmak için kullanılan yöntemle ulaşılmak istenen amaç arasında mantıklı bir ilişki bulunmak şartıyla, ayrımcılık olarak kabul edilmemektedir. Bu tür ayrımcılığa pozitif ayrımcılık denmektedir. Örneğin, bir okulda öğretmenlerin fakir aile çocuklarına ders saati bitiminde özel ek ders vermeleri, zengin aile çocukları ile fakir aile çocukları arasındaki bilgi farkını ortadan kaldırma ve derslerde her öğrencinin derse katılımını sağlayarak öğretmenin işini kolaylaştırma gibi objektif ve makul bir amaca hizmet edeceğinden dolayı bir ayrımcılık olarak kabul edilemez. Aynı mantıkla, devletin, hazırlık soruşturması sırasında maddi durumu yerinde olmayanlara ücretsiz avukat sağlarken, bu haktan maddi durumu iyi olanların mahrum bırakılması negatif yani kabul edilemez bir ayrımcılık değildir. Yine, evli kadınları tekrar çalışma hayatına dönmeyi özendirmek için daha az vergi alınması objektif ve makul bir sebebi olduğundan dolayı ayrımcılık sayılmaz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1. Protokol'ün 2. maddesinde, "Kimse öğrenim görme hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana-babaların bu eğitim ve öğretimi kendi dini ve felsefi akidelerine göre sağlamak hakkına uyacaktır." düzenlemesi getirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7. Protokol'ün 5. maddesinde ise eşlerin evlenirken, evlilik sırasında ya da boşanma durumunda kendi aralarında ve çocukları ile olan ilişkilerinde uygar nitelikteki haklar ve sorumluluklar yönünden eşit oldukları yazılmıştır⁵⁹.

Yasa önünde eşitlik ilkesi, uluslararası belgelerde kimi zaman ayırım gözetmeme kuralı biçiminde kendini göstermektedir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesindeki düzenleme bu türdendir. Bu maddede, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerden yararlanmada ayırım gözetilmeyeceği

⁵⁹ AKILLIOĞLU, Tekin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü Başvuru Belgeleri**, Ankara 2002, s.38.

belirtilmiştir. 1975 yılında düzenlenen Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Helsinki Sonuç Belgesi'nde ırk, cinsiyet, dil, din ayrımı gözetmeksizin herkes için düşünce, vicdan, din ve inanç özgürlüğü dahil, insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygılı olacaklarını belirtmişlerdir⁶⁰. Yine AGİK sürecinde 1990 yılında imzalanan Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı'nda, imzacı devletler, tek yönetim sistemi olarak demokrasiyi kurmayı, sağlamlaştırmayı ve güçlendirmeyi taahhüt etmişler ve bu bağlamda demokrasinin herkes için "fırsat eşitliği"nin güvencesi olduğuna bağlı kalacaklarına söz vermişlerdir.

B. Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Konseyi üyesi devletler 1996 yılında genişletilmiş olarak tekrar hazırlanan, çalışma hakları ve sosyal haklara ilişkin birçok düzenleme getiren Avrupa Sosyal Şartı'nın maddelerinde uzlaşırken, hiçbir ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal ya da sosyal köken ayrımı gözetmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkını herkese sağlayacaklarını kabul etmişlerdir.

Avrupa Sosyal Şartı'nın 1.bölümünde şunlar yer alır; akit taraflar, ulusal ve uluslararası tüm uygun yolları izleyerek aşağıdaki hak ve ilkelerin etkin biçimde gerçekleştirilebileceği koşullara ulaşmayı politikalarının amacı sayar. Herkesin, özgürce edinebildiği bir işle yaşamını sağlama fırsatı olacaktır. Tüm çalışanların adil çalışma koşullarına sahip olma hakkı vardır. Özürlü kimseler, özürlerinin nedeni ve niteliği ne olursa olsun, mesleki eğitim, iyileştirme ve topluma yeniden intibak hakkına sahiptir. Herhangi bir akit tarafın vatandaşları, inandırıcı, ekonomik veya sosyal nedenlere dayalı kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla, diğer bir akit taraf ülkesinde, o ülke vatandaşları ile eşit koşullar altında kazanç getirici herhangi bir merkezi işte çalışma hakkına sahiptir.

⁶⁰ 1992 yılında yapılan Helsinki Zirvesi'nde Sovyetler Birliği içinde yer alan ülkelerin bağımsız olarak AGİK'e (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı) katılmalarının kabul edilmesiyle AGİK, AGİT'e (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı) dönüşmüş ve İstanbul Zirvesi'yle birlikte resmîyet kazanmıştır.

Avrupa Sosyal Şartı'nın 2. bölümünün 4. maddesi çalışan erkeklerle kadınlara eşit işe eşit ücret hakkını tanımaktan bahsetmektedir. 7. maddesinde ise; akit devletler çocukların sağlık, ahlak ve eğitimleri için zararlı olmayacağı belirlenen işlerde çalıştırılmaları durumu haricinde asgari çalışma yaşının en az 15 olmasını; 16 yaşından küçüklerin çalışma sürelerinin, gelişmeleri ve öncelikle de mesleki eğitim gereksinimleri uyarınca sınırlandırılmasını; 18 yaşın altındaki kişilerin, ulusal yasalar ve düzenlemelerle belirlenen işler dışında gece işinde çalıştırılmamasını sağlamayı taahhüt eder, ifadesi yer alır. Çalışan Kadınların Korunma Hakkı başlıklı 8. madde; kadınlara doğumdan önce ve sonra, ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlik yardımı veya kamu kaynaklarından yararlandırma yoluyla toplam en az 12 haftalık izin sağlanmasını; çalıştırmanın, bir kadına doğum izni sırasında işten çıkarma bildiriminde bulunmasını veya doğum nedeniyle izinli olduğu sırada süresi sona erecek bir bildirimde bulunmasının yasa dışı sayılmasını karara bağlamıştır. Özürlülerin mesleki eğitimi ve topluma kazandırılmaları amacıyla alınan tedbirler ise 15. maddede hüküm bulmuştur. Buna göre; "Akit taraflar, bedensel veya zihinsel bakımdan özürlü kimselerin mesleki eğitimi, mesleğe ve topluma yeniden intibak hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere; gereğinde kamusal veya özel uzmanlık kuruluşları dâhil, eğitim imkânlarının sağlanması için yeterli önlemleri almayı; özürlüleri işe yerleştirmek için uzmanlaşmış iş bulma hizmetleri ve korunmalı çalışma olanakları gibi yeterli önlemleri ve çalıştırınların özürlüleri işe kabul etmelerini teşvik edici tedbirleri almayı taahhüt ederler".

Avrupa Sosyal Şartı Ek Protokolü'nün 1. bölümünde, tüm çalışanların, cinsiyete dayalı ayırım gözetmeksizin, istihdam ve meslek konusunda fırsat ve işlem eşitliğine ve her yaşlı kişinin sosyal korunmaya hakkı olduğu vurgulanmıştır. 2. bölümün 1. maddesinin başlığı ise, cinsiyete dayalı ayırım gözetmeksizin, istihdam ve meslek konusunda fırsat ve işlem eşitliğidir. Maddenin devamı "Cinsiyete dayalı ayırım gözetmeksizin istihdam ve meslek konusunda fırsat ve işlem eşitliği hakkının fiilen kullanımını sağlamak amacıyla taraflar bu hakkı tanımayı ve onun aşağıdaki alanlarda uygulanmasını sağlamak ya da geliştirmek üzere uygun önlemleri almayı taahhüt ederler" şeklindedir. Nitelikleri veya uygulama koşulları nedeniyle belli bir cinsiyetten olan kişilere hasredilen mesleki faaliyetler, bu maddenin veya bazı

hükümlerinin alanı dışında tutulabilecektir. Protokolün 4. maddesinde ise, “yaşlı kişilerin sosyal korunma hakkının fiilen kullanımını sağlamak üzere taraflar, gerek doğrudan doğruya, gerekse kamusal veya özel örgütlerle işbirliği yaparak özellikle yaşlı kişilere mümkün olabilen en uzun sürece toplum yaşamına tam olarak katılabilmelerini; onların düzgün bir yaşam sürdürmelerini ve kamusal, sosyal ve kültürel yaşama etkin biçimde katılmalarını mümkün kılacak yeterli kaynaklar yoluyla; yaşlı kişiler yararına mevcut hizmet ve kolaylıklar ile bunlardan yararlanma olanakları konusunda bilgilendirme yoluyla mümkün kılar” ifadesi yer alır.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA

EŞİTLİK İLKESİ VE POZİTİF AYRIMCILIK

Avrupa Konseyine bağlı olarak kurulmuş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS ve ek protokolleriyle güvence altına alınmış olan temel hakların çiğnenmesi durumunda bireylerin, birey gruplarının ve diğer devletlerin belirli usul kuralları dahilinde başvurabilecekleri bir yargı merciidir. Avrupa Konseyine üye olan devletler AİHM’in yargı yetkisini tanımaktadır. Bu doğrultuda AİHM yapılan başvurular üzerine eşitlik, ayrımcılık yasağı ve pozitif ayrımcılık konularında birçok davayı kabul edilebilir bulmuş ve karara bağlamıştır. AİHS’in 14. maddesi “ayrımcılık yasağı” başlığını taşır. Bu maddeye göre, “Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.” Bu madde bağlamında, AİHS’de, üye devletlere, sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanma noktasında, aynı konumdaki kişiler arasında, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüşler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğuş veya herhangi başka bir durum bakımından hiç bir ayırım gözetmeme mecburiyeti getirilmiştir. Dolayısıyla, devlet ve onun adına yetki kullanan kamu görevlileri görevlerini ifa ederken ve kişilerin hak ve özgürlüklerini kullanmasını temin ederken ayrımcılık yapmadan herkese eşit

davranmak zorundadır⁶¹. AİHS'in 14. maddesi AİHM'e başvurularda bağımsız olarak kullanılan bir madde değildir. Yani, ayrımcılığa ilişkin şikâyetin Sözleşme'de korunan bir hakkın kapsamına girmesi gerekir. Örneğin, bir okul müdürü, okula kayıt için gelen Afrikalı bir anne ve Türk bir babadan doğan siyah renkli bir çocuğun siyah olmasını gerekçe göstererek kayıt talebini geri çeviremez. Bu eğitim hakkı bağlamında ayrımcılık yasağına aykırı olur. Aynı şekilde bir bakanlığın, ihtiyacı olan personeli almak için açmış olduğu sınavda kadınların hamilelik döneminde çalışamamalarını gerekçe göstererek alınacak kadın personel sayısında sınırlamaya gitmesi veya erkeklere göre yeterince verim elde edilemediği düşüncesi ile kadınlara daha düşük bir ücret ödemesi yapılması da çalışma özgürlüğü bağlamında ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS'in 14. maddesine aykırı olur.

Birleşik Krallık'ta yasal olarak ikamet eden bir kadının resmen evli olduğu eşi için Birleşik Krallığa gelme ve kalma izni alması, bir erkeğin eşi için izin almasından daha zor koşullara bağlanmıştır. Hükümet, bu tasarrufun amacının kendi iş gücü pazarını korumak olduğunu savunmuşsa da, AİHM amaç ile söz konusu tasarrufun birbiriyle orantılı olmadığına karar vermiştir⁶². Diğer bir örnek ise Belçika hukukuna ilişkindir. Belçika hukukunda meşru ve gayrimeşru çocuklar miras planında eşit değildir. AİHM, bununla ilgili bir davada haklı bir neden olmadığı kanaatine varmıştır⁶³. Gaygusuz-Avusturya kararında ise, 13 yıl Avusturya'da çalışan Türk işçisi aylığını acil yardım biçiminde almak için başvurmuş ancak vatandaş olmaması nedeniyle başvurusu reddedilmiştir. AİHM, vatandaşlar ile yabancılar arasında yapılan bu ayrımı AİHS'in ihlali saymıştır. Çünkü böyle bir ayrımın yapılması için hiçbir "objektif ve makul" haklı sebep bulunmamaktadır⁶⁴.

⁶¹ ERYILMAZ, Bedri, "AİHS ve Türk Hukuku", s.23, bkz. <http://www.barobirlik.org.tr> (24.11.2008).

⁶² İNCEOĞLU, Sibel, **Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı**, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 11, Yıl: 2006, s.52.

⁶³ Marekx v. Belgium kararı 13 Haziran 1979 tarihli, Seri A No 31, EHRR 2, p.330; aktaran İNCEOĞLU, age.,s.53.

⁶⁴ DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2000, s.94.

AİHM'in Coster-İngiltere davasında İngiltere'de yaşayan Çingenerler, İngiliz hükümetinin kendilerine yönelik yerleştirme planlarıyla hem sözleşmede düzenlenen 14. madde manasında ayrımcılık yaptığını, hem de 2. protokolün 2. maddesinde düzenlenen eğitim haklarının ihlal edildiği iddiasında bulunmuşlardır⁶⁵. Başvurucu Çingene aileler kendi yaşadıkları alanlarda, tarlalarda yaşama haklarının inkâr edildiğini, oradan sürülmekle tehdit edildiklerini, bu durumun çocuklarının eğitimlerinin geleceğini ve sağlığını etkilediğini ve gelecekteki eğitimlerinde onarılamaz yaralar açacağını iddia etmişler. Mahkeme bu iddiayı haklı görmüş ve eğitim hakkının ihlal edildiği sonucuna karar vermiştir. Belçika Dil Davası'nda da AİHM, 14. madde ile bağlantılı olarak ayrımcılığın olduğunu tespit etmiştir⁶⁶. AİHM, bu davada Fransız kökenli öğrencilere Belçika'da Flaman kökenli öğrencilere tanınan kendi dilinde eğitim imkânının aynı şekilde olmamasını sözleşmede 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlali olduğuna karar vermiştir.

Hoffmann-Avusturya davasında Yehova Şahidi olduğu için bir anneye velayet hakkı verilmemesine ilişkin başvuruda Mahkeme, uygulanan farklı muamelenin diğer argümanlara bakılmaksızın sadece başvurunun farklı dini inancının pratikte ortaya çıkarabileceği sonuçlara atıfta bulunularak yapıldığını ve bu sebeple, başvuru yöntemleri gözetilen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olmadığını belirterek 14. maddenin 8. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar vermiştir. Schmidt-Almanya davası incelendiğinde ise, erkeklerin, şehirdeki itfaiye ekibinde çalışma ya da bunun yerine mali katkıda bulunma zorunluluğuna ilişkin olarak yapılan başvuruda Mahkeme, cinsiyet ayrımına göre yapılan bu ayrı muamelenin 14. maddeyi zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 4. maddeyle bağlantılı olarak ihlal ettiği sonucuna varmıştır⁶⁷. Gerger-Türkiye davasında ise Mahkeme, Terörle Mücadele Kanunu uyarınca hapis cezasına çarptırılmış kişilerin öteki kanunlar uyarınca mahkum edilen hükümlüler gibi şartla salıverilme olanağından

⁶⁵ AİHM 'in 24876/1994 başvuru numaralı, 04.03.1998 tarihli kararı; aktaran EFE, Salih, “**Türban ve AİHM Kararları**”, 19.12.2002 tarihli Radikal Gazetesi, s. 15.

⁶⁶ Belçika'da Eğitim Dili Davası, No: 1988/8844, bkz. <http://www.echr.coe.int>. (15.08.2008).

⁶⁷ Karlheinz Schmidt v. Germany bkz. <http://www.worldlii.org/infocases/IIHRL/11994156.html> (15.08.2008).

yararlanamadığı ve bu yüzden hapiste geçirilmesi gereken sürenin daha uzun olmasına ilişkin olarak, 14.maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, burada farklı insan grupları arasında değil, farklı suç türleri arasında bir ayırım söz konusudur⁶⁸. Leyla Şahin-Türkiye davasında, başvuru, yüksek öğretim kurumlarında İslami başörtüsü takılmasına getirilen yasağın 14. maddeyle bağlantılı olarak eğitim hakkını da ihlal ettiğini belirtmiştir. Mahkeme, eğitim hakkı bakımından yapılacak incelemenin Mahkeme'nin düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 9. maddeye ilişkin varmış olduğu sonuçtan ayıramayacağını belirtmiş ve söz konusu kısıtlamanın öngörülebilir olduğunu, eğitim kurumlarının laik karakterini korumak amacıyla uygulandığını ve yine bu amacın orantılı olduğundan hareketle eğitim hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yapılmadığına karar vermiştir⁶⁹.

AİHM, iki Ermeni vakfı olan Samatya Surp Kevork Ermeni Kilisesi, Mektebi ve Mezarlığı Vakfı ile Yedikule Surp Pırgiç Ermeni Hastanesi Vakfı tarafından açılan davalarda ise Türkiye'nin mülkiyet hakkını koruma altına alan 1 numaralı protokolün 1. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Davanın gerekçesinde, vakıfların 1950'li ve 1960'lı yıllarda sahip oldukları bu mülklere 1990'ların sonunda devlet tarafından el konulması gösterilmişti. Davacıların, bu uygulamanın AİHS'in mülkiyet hakkının korunmasını düzenleyen 1 numaralı protokolün 1. maddesine aykırı olduğunu, ayrıca Türkiye'nin Sözleşme'nin adil yargılanmayı garanti altına alan 6. ve ayrımcılığı yasaklayan 14. maddelerini de ihlal ettiğini öne sürmesine rağmen, AİHM, verdiği kararlarda, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmederken, davacıların adil yargılanma hakkının ihlali ve ayrımcılığa maruz kaldıkları yönündeki şikayetleri incelemeye gerek görmemiştir. İki davada açıklanan kararlar, AİHM'in azınlık vakıflarının mülkleriyle ilgili benzer nitelikli davalar için içtihadını oluşturduğunu göstermesi açısından da önem taşımaktadır⁷⁰. 1992 yılında AİHM önüne gelen diğer bir davada, çingene azınlığın üyesi olan Birleşik Krallık vatandaşı Bayan Buckley, kendi arsası üzerindeki karavanda yaşamasının ulusal otoritelerce

⁶⁸ Gerger v. Turkey, 08.07.1999, appl. No: 24.919.794, bkz. <http://www.echr.coe.int>. (15.08.2008).

⁶⁹ USAL, Zeynep, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Eğitim Hakkıyla Bağlantılı Olarak Ayrımcılık Yasağı", s.8, bkz. <http://www.barobirlik.org.tr> (24.11.2008).

⁷⁰ AİHM, 2. Dairesinin 16.12.2008 tarihli kararı, <http://www.milliyet.com.tr> (17.12.2008).

engellenmesi ile özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı ile ayrımcılığa uğramama hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür⁷¹. AİHM, Buckley'in iddiasını kabul edilebilir bulmuş ve geleneksel yaşam tarzını devam ettiren çingenelerin kent ve çevre planlamalarında özel olarak dikkate alınması gerektiği üzerinde durmuştur. Bu davadan 14. maddenin ihlal edildiğine ilişkin bir karar çıkmasa da, Mahkeme'nin azınlıkların geleneksel yaşam tarzlarını sürdürme haklarına ilişkin 8. madde çerçevesinde yaptıkları yorumlar önemlidir. Ayrıca karar karşı oy gerekçelerinde dolaylı ayrımcılık ve devletlerin bu konudaki yükümlülüklerine vurgu yapılmıştır. Kararın karşı oy gerekçesinde, ayrımcılığın önlenmesi için azınlık grubu üyelerine yasa önünde eşit muamelede bulunulmasının yeterli olmayacağını, fiili eşitliği sağlamak ve onların özel kültürel miraslarını korumak için farklı muamelede bulunmanın gerekebileceğini belirtilmiştir. Bir başka karşı oy gerekçesinde ise, çingenelerin 1. Dünya savaşı dönemlerinden bugüne dek tarihsel olarak uğradıkları ayrımcılık, dışlanma ve kötü muamelelere gönderme yaparak, AİHS'in, pozitif ayrımcılık yoluyla bunu giderme yükümünü devlet üzerine yüklemesi gerektiğine değinilmiştir. Buckley davasını takiben Mahkeme önüne bu davaya benzeyen ve hepsi İngiltere'deki çingene azınlıkla ilgili bir dizi dava daha gelmiştir. Aynı gün karara bağlanan bu davalarda, Buckley davasına oranla Mahkeme'nin bakış açısının gelişmiş olduğu görülmektedir. Mahkeme, doğrudan azınlık haklarının korunmasına ilişkin Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi, çeşitli Avrupa Birliği direktifleri gibi uluslararası belgelere ve çingenelerin konumuna ilişkin çeşitli raporlara gönderme yapmıştır.

⁷¹ AİHM'in Buckley/Birleşik Krallık, 23/1995/529/615 numaralı, 25 Eylül 1996 tarihli kararıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EŞİTLİK İLKESİ VE POZİTİF AYRIMCILIK İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

I. GENEL OLARAK

Günümüzde neredeyse bütün anayasalar eşitlik ilkesine yer vermektedir. Bu ilke modern hukuk sistemlerinde hukuk devletinin en önemli parçası olarak görülmektedir. Eşitlik ilkesi kişileri keyfi muameleye maruz kalmaktan koruyan demokrasi ve hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisidir. Eşitlik ilkesi bir yandan hukuk kurallarının genel olmasını, bir yandan da kişilere eşit davranılmasını gerektirir. Yüksek mahkemeler genellikle, eşitlik ilkesine aykırılığın aynı zamanda hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturduğunu kabul etmektedir.

Eşitlik iki şeyin aynı, özdeş ya da bir olduğu şeklinde anlaşılabilen bir hukuki eşitlik, gerçek eşitlikle aynı şey değildir, dolayısıyla eşitlik ilkesinden söz ederken, doğadaki hiçbir şeyin veya durumun birebir aynı olmadığı bilinmekte, eşitsizliğin varlığı kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerekse çeşitli ülkelerin anayasa mahkemeleri mutlak bir eşitlikten söz etmemektedir. Her farklı uygulama, ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS'in 14. maddesine aykırı olarak düşünülemez. İlk olarak, bu konudaki ana kriter eşit durumdakilere eşit muamelenin yapılmasıdır. Fakat, kıyaslanan iki durum arasında eşitlik yoksa, o zaman, başka bir kriter karşımıza çıkmaktadır. Bu da, eşitsizlik nedeniyle farklı, fakat amaçla ilişkili ve oranlı muamele yapılması durumudur.

Eşitlik ilkesi, hemen tüm batılı ülke anayasalarında yerini almış bir ilkedir. Eşitlik anlayışının ve politikalarının gelişimine bakıldığında, fırsat eşitliğinin ilk zamanlarda, yalnızca ücret eşitliği ve çalışma yaşamında eşitlik olarak anlaşıldığını ve bu eşitliğin sağlanması amacıyla eşit muamele, pozitif eylem ve pozitif ayrımcılık politikalarının izlendiğini, daha sonra ise fırsat eşitliğini ana politikalara ve faaliyetlere dahil etme politikasının egemen olduğu görülmektedir. Örneğin, Belçika'da pozitif ayrımcılık politikaları hükümet düzeyinde gerçekleştirilmektedir.

Belçika’da bu doğrultuda 1987 yılında kadınlara özel sektörde fırsat eşitliğinin tanınması için bir kararname çıkartılmış ve eşitlik bakanına pozitif ayrımcılık uygulayan işyerlerine belli destekler sağlanması için yetkiler verilmiştir. Eşitlik ilkesi 1980 yılından itibaren kurumsallaşmaya giden Belçika, 1980 yılında Bakanlar arası Kadın Statüsü Komitesi oluşturmuştur. İspanya’da 1988 yılından itibaren fırsat eşitliği çerçevesinde yasal reformlar gerçekleştirilmiştir. Yunanistan ve İrlanda’da da kadınlar lehine ayrımcılığa yönelik kapsamlı ve sistemli reformlar gerçekleştirilmiştir. İngiltere’de pozitif ayrımcılık politikalarına ilişkin bir yasal zorunluluk ya da hükümet programı olmadığı halde işletmeler gönüllü olarak işe almada ve meslek içi eğitimde bu politikaları benimsemişlerdir. İskandinav ülkeleri ise, eşitlik uygulamaları, kurdukları komisyonlar, ayrımcılık uygulamalarına karşı oluşturdukları başvuru yolları ve eylem planları ile dikkat çekmektedirler.

Avrupa ülkelerinde kota uygulamaları da yaygın olarak harekete geçirilmiştir. 1980’lerde politika gündemine taşınan ve 1990’larda sistematik olarak uygulanmaya başlayan kota politikaları kadınlara parlamento kapılarının açılmasını sağlamıştır⁷².

Yasalarla kotanın zorunlu kılınmadığı bazı ülkelerde ise siyasi partiler parti tüzüklerine kota koyma yoluna gitmişlerdir. Kota, siyasal karar organlarına seçilecek kişilerin belirlenmesinde uygulanan seçim usullerine özel hükümler eklenerek kadınlara belli oranda yer ayrılmasıdır. Kadınların yetersiz temsilini ortadan kaldırmayı ve kadın-erkek eşitliğini sağlamayı amaçlar. Üye ya da aday kadın sayısına bakılmaksızın %25, %30, %40 gibi bir oranda her cinsin asgari temsil düzeyini belirtir. Avrupa Birliği’nin 1999’da yürürlüğe koyduğu Amsterdam Anlaşması, hem AB’nin kendisini hem de üye ülkeleri bağlamaktadır. Anlaşmanın 141. maddesine göre eşitliğin sağlanması için kadınlara özel avantajlar sağlanması gereklidir ve bu bir ayrımcılık değildir.

Avrupa ülkelerinde yaygın olarak hayata geçirilen kota uygulamalarına ilişkin çeşitli örnekler yer almaktadır. Örneğin, Belçika, 1994’te yaptığı yasal değişiklik ile her tür seçimde oluşturulacak listelerde bir cinsin oranının 2/3’ü geçemeyeceği ilkesini getirmiştir. Fransa, 2000’de Anayasada yaptığı değişiklikle yerel ya da ulusal

⁷² KARAKUŞ, age.,s.51.

düzeydeki bütün seçimlerde kadınlarla erkeklerin eşit katılımını zorunlu hale getirmiştir. Avusturya'da Sosyal Demokrat Parti 2000 yılında partinin tüm kademelerinde kadın oranının %40 olmasını kabul etmiştir. İrlanda'da Sosyal Demokrat ve Halkın İttifakı Partileri seçilmiş ve atanmış tüm parti organlarında %40 kota uygulamaktadır. Lüksemburg'da partilerin çoğu ya kota ya da olumlu ayrımcılık sistemini benimsemiş durumdadır. Malta'da İşçi Partisi Genel Kongresinde %40 kota uygulama kararı alınmıştır.

Kota, kurallarına uygun kullanılırsa, eşitsizlik ve ayrımcılık yaratmaz. Tersine, var olan ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yarar. Kota, var olan erkek egemen toplumsal yapı nedeniyle kadınlara kapalı olan siyaseti kadınlara açarak eşitlik sağlar. Cinsiyet, toplumsal farklılık yaratan yaş, gelir, meslek gibi özelliklerden ayrılan bir özelliğe sahiptir. Cinsiyete dayalı ayrımcılık, yüzyıllardır çeşitli biçimlerde devam eden, erkek üstünlüğüne dayalı bir toplumsal sistemdir. Çeşitli kurumlarla, değer yargularıyla, yasalarla varlığını sürdürür. Bu kadar köklü ve kapsamlı bir eşitsizlik ile diğer toplumsal farklar aynı kefeye koyulamaz. Cinsiyete dayalı eşitsizlik nüfusun yarısı olan bütün kadınları ilgilendirir. Öte yandan kota rejimi bir de başka koşullarda istihdamında güçlük bulunan nüfus kesimleri için kullanılır. Örneğin, bazı ülkelerde işyerlerinde %3 oranında engelli istihdamını zorunlu kılan yasal düzenlemeler vardır. Ayrıca istihdamda pozitif ayrımcılık olarak ifade edilebilecek bu uygulama eski hükümlüler, korunmaya muhtaç gençler ve terörle mücadele sırasında yitirilen kamu görevlilerinin yakınları için de uygulanmaktadır. Bunun dışında korunmalı iş yerleri uygulaması vardır. Bunlar özellikle ağır zihinsel engelliler için önerilmekte ve kullanılmaktadır. Seçilmiş iş yöntemi, bazı işlerin yalnızca engelliler tarafından yapılması için onlara tahsis edilmesidir. Evde çalışma, evde üretim, yarım zamanlı çalışma vs. gibi değişik esnek çalışma biçimlerinin engelliler için özellikle kullanılması da olanaklıdır. Günlük hayatta karşılaşılan en yaygın insan hakları ihlali olan ayrımcılığa son verilmesi için, devletlere birçok hukuki sorumluluk düşmektedir.

II. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Modern eşitlik öğretisinin ilk resmi ifadesini bulduğu 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirisi daha sonra ilan edilen Amerikan bildirilerinin ve özellikle Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nin esin kaynağı olmuştur⁷³. İnsanların doğuştan eşit oldukları, bir takım doğal haklara sahip buldukları ve devlet iktidarının bu haklarla sınırlanması gerekliliğine yönelik düşünceler teoriden uygulamaya geçirilmiştir.

George Washington zamanında, 1787'de onaylanan ve günümüzde de yürürlüğünü sürdüren en eski anayasa olan ABD Anayasası'nın, ilk biçiminde eşitlikle ilgili bir kurala yer verilmemiştir. Fakat 1865'de Anayasa'da yapılan değişiklikle kölelik kaldırılmıştır. Daha sonra ise 1868'de yapılan değişiklikle ABD'de doğan ya da uyruğuna giren ve bu nedenle ABD yönetimine bağlı olan herkesin, ABD'nin ve ülkesinde yaşadığı federe devletin yurttaşı olduğu belirtildikten sonra, hiçbir federe devletin, kendi yargı alanında bulunan bir kişinin, yasaların korumasından eşit biçimde yararlanmasına engel olamayacağı vurgulanarak yasaların eşit koruması kavramı getirilmiştir.

Tarihi olarak Afrika kıtasının keşfedilmesiyle sömürgecilik ve kölelik anlayışı ileri boyutlara ulaşmış ve siyahlar kölelik için uygun görülmüştür. İlk köle gemisi de, bu bölgeden topladığı siyahlarla 1562'de Amerika'ya girmiştir. Siyah köleler Amerika'ya, ellerinin ve ayaklarının bağlı olduğu, beslenmelerinin yeterince sağlanmadığı ve kalabalık olan bir ortamda, son derece insanlık dışı şekillerde taşınmıştır⁷⁴. Ülkeye vardıklarında ve sahiplenildiklerinde de insanlık dışı muamele gören siyahlar, uzun uğraşlar sonucu 1865 yılında köleliğin kaldırılmasını sağlamışlardır. Buna rağmen devam eden ırkçılığa tepkiler iyice yükselmeye başlamıştır. Özellikle Martin Luther King'in yaptığı otobüslerdeki ön tarafın beyazlara, arka tarafın ise siyahlara ait olmasından kaynaklanan ayrımcılığı protesto amaçlı Montgomery Otobüs Boykotu büyük ses getirmiş, boykotun otobüslerde yapılan bu ayrımcılığın tamamen yasaklanması ile sona erdirilmesi, ırkçılığa karşı

⁷³ ÖDEN, age., s.69.

⁷⁴ KORKMAZ, Neslihan Ece, "İrkçılığın Tanımı ve Tarihsel Süreçleri", Müsvette Dergisi, Aylık Siyasi E-Dergi, Ocak 2009 sayısı, <http://www.musvettedergi.com/tarihselirkcilik.html> (25.01.2009).

gerçekleştirilen mücadelede büyük bir adım niteliği taşımıştır. Bu başarı sonucu Martin Luther King bütün siyahların desteğini toplamış ve siyahların oy hakkı, ayrımcılığın sona ermesi, çalışan hakları ve diğer temel haklar için gösterileri düzenlemiş, bunları organize etmiştir. Bütün bu haklar 1964 yılında çıkan Yurttaş Hakları Kanunu ve 1965 yılında çıkan Oy Hakkı Kanunu ile Amerikan hukukunun birer parçası olmuştur. Böylece Amerika'da siyahlar ile beyazlar arası ayrımcılık, resmi bir belge ile ortadan kaldırılmıştır. Amerika'da ayrımcılığı engellemek üzere çıkarılan bu yasalar kısa zamanda diğer ülkelere de örnek olmuş ve diğer ülkeler de bu doğrultuda yasalarında bir takım değişiklikler yapmışlardır. Daha sonraki yıllarda ise ABD, pozitif ayrımcılık yapabilmek için etnik veya ırki grupları hukuki olarak belgelendirmiştir. Pozitif ayrımcılık yaşamın bütün alanlarını kapsamıştır. Pozitif ayrımcılık kapsamında örneğin okul yaşamında aynı puanı alan 2 öğrenciden zenci olanın tercih edilmesi, işsizlere özellikle de zencilere ekonomik yardım, çocuk parası gibi ekonomik teşvikler geliştirilmiştir. Anayasa'da 1970'de yapılan değişiklikle yurttaşların oy kullanma hakkının, ırk, renk ya da önceki kölelik koşullarına göre; 1980'de yapılan değişiklikte de aynı hakkın cinsiyet nedeniyle kaldırılamayacağı ve kısıtlanamayacağı belirtilerek siyasal eşitlik getirilmiştir. Azat edilen köleler düşünülerek Anayasaya konan ve devletin yurttaşları eşit olarak korumasını amaçlayan ek 14. madde, XX. yy. ortalarında tarihsel amacına uygun olarak, ırk ayrımını güden yasaları engellemekte kullanılmaya başlanmıştır.

ABD'de ilk kadın hakları kongresi 1848'de düzenlenmiştir. Kadınlar, ABD Bağımsızlık Deklarasyonu'ndaki "tüm erkekler eşit olarak doğmuş/yaratılmıştır" ifadesinin "tüm kadın ve erkekler eşit olarak doğmuştur" şeklinde değiştirilmesini istemişlerdir. 8 Mart Dünya Kadınlar gününün kutlanmasına vesile olan olay da ABD'nin New York kentinde 40.000 dokuma işçisinin daha iyi çalışma koşulları istemiyle bir tekstil fabrikasında greve başlamasıyla meydana gelmiştir.

ABD'nin tarihinde kadın hakları, kadın-erkek eşitliği, erkek egemen aile yapısı, kadının toplumsal hayattaki görünürlüğü, siyasi açıdan seçme-seçilme hakları vb. alanlarda hemen her ülkede görülen türden çeşitli sıkıntılar yaşanmıştır. Ama bugün, ülkenin görünen yüzü itibarıyla kadın-erkek ayrımcılığını akla getirecek bir uygulaması yoktur. Kadın; siyasi, iktisadi, kültürel, dini yani en genel manada

içtimai hayatın hemen her yerinde erkeklerle birlikte yerini almaktadır. Örneğin, Hillary Clinton, New York senatörü, ardından başkan aday adayı olmuştur. Yakın zamana kadar kimsenin tanımadığı Sarah Palin ise, ABD'nin kuzey kutbuna en yakın eyaleti Alaska'da küçük Wasilla şehrinin belediye başkanı, ardından valisi olmuş ve ülkenin başkan yardımcısı adaylığına kadar ilerlemiştir.

ABD' de, anayasal denetim görevini de üstlenen Yüksek Mahkeme, yasaların eşit koruması ilkesini uygularken, yasama organına daha fazla takdir yetkisi tanıma eğilimindedir. Yüksek Mahkeme, eşitlik ilkesi yönünden denetim yaparken, yasaların Anayasa'ya uygunluğunu esas almakta, karşı taraftan bunun tersinin kanıtlanmasını istemektedir. Yasama organının yaptığı ayırım, makul olma sınırını aşmadıkça Anayasa'ya aykırı görülmemektedir. Yüksek Mahkeme, makul olmanın kimi ölçütlerini de koymuş, ırk, renk, din gibi etmenlere dayalı ayırımın makul sayılmayacağını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, 2007 yılında aldığı bir kararla, 1954 yılında kabul edilmiş ve kamu okullarında siyahlara ayrı kota uygulanmasını öngören yasayı bozarak, "kota uygulanmaması" yönünde karar almıştır. Yüksek Mahkeme'nin okullarda ırksal entegrasyon amaçlı pozitif ayrımcılığı sona erdiren kararına başta siyah hakları örgütleri olmak üzere birçok sivil kuruluş sert tepki gösterirken, kararın lehinde oy kullanan üyeler ise ırka dayalı kotanın da ırkçılık olduğunu savunmuştur. Tarihe bakıldığında, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin, siyahlara otobüslerde ayrımcılık yapılmasının anayasaya aykırı olduğuna karar vermesine kadar devam eden ayrımcılıkla mücadele, daha sonra Mahkemenin, eşitlik adına daha önceki birçok başvurusu reddedilen ve "ayrı ama eşit" uygulamasının anayasaya uygun olduğuna karar vermesi ve böylece siyahların eşitliğini kabul edilmesiyle son bulmuştur. Bugün itibariyle otobüslerde beyazlarla aynı sıralara oturma ve birinci sınıf eşit yurttaş olma mücadelesi veren siyah gruptan bir kişinin başkan aday olması ve başkanlığa seçilmesinin bu anlamıyla bakıldığında Amerikan tarihinde bir devrim niteliği taşımakta olduğu açıktır⁷⁵.

⁷⁵ UZUN, Turgay, "Obama Neyi Temsil Ediyor?" bkz. <http://www.radikal.com.tr/Radikal> (25.11.2008).

III. ALMANYA

1949 Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası'nın 3. maddesinde, bütün insanların yasa önünde eşit olduğu belirtildikten sonra, kadınlarla erkeklerin aynı haklara sahip olduğu ayrıca vurgulanmıştır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesinin değerlendirilmesi ve somutlaştırılması yönünden yasama organına geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Mahkemeye göre, esasında eşit olmayan şeylerin eşitsizlikleri oranında farklı işleme bağlı tutulması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Açık biçimde keyfi olmamak ve yetki sınırını aşmamak koşuluyla yasama organının farklı şeyleri farklı oranında düzenleme yetkisi vardır. Yasama organının düzenlemesi, herhangi bir biçimde eşitlik ilkesiyle bağdaşabiliyorsa, Mahkeme kendini, başka bir çözüm biçiminin daha doğru, daha makul olacağı ya da eşitlik ilkesiyle daha çok bağdaşabileceği kanısını belirtmek yetkisinde görmemektedir. Bununla birlikte Mahkeme'nin, eşitlik ilkesine dayanarak iptal ettiği kurallar da bulunmaktadır. Örneğin Federal Anayasa Mahkemesi, çocuklu eşlerin, çocuksuz eşlere kıyasla daha çok vergilendirilmesine ilişkin kuralı, Anayasa'daki evliliği ve aileyi koruma ve destekleme buyruğuyla bağlantılı düşünerek, eşitlik ilkesine aykırı görmüştür⁷⁶. Bir başka kararında ise, Federal Anayasa Mahkemesi, Almanya Bremen Eyaleti tarafından yürürlüğe konulan eşitlik kanununun, işe almada, kadınların yarıdan az temsil edildiği alanlarda, eşit niteliklere uygun adaylar arasından kadınların tercih edileceği yönündeki hükmünü, eşitliğe aykırı bulmuştur⁷⁷. Mahkeme kararında kadınların çalışma hayatında yeteneklerini geliştirici, rekabet güçlerini artırıcı ve erkeklerle eşit şartlarda mesleki hayatları gerçekleştirmeye ve fırsat eşitliğini sağlamaya yönelik tedbirlerin ayrımcılık teşkil etmeyeceğini, ancak işe almada kadınlara otomatik olarak öncelik tanıyan yasa hükmünün yukarıda belirtilen tedbirlerden biri olarak değerlendirilemeyeceğini, bu tedbirlerin sınırlarını aşarak ayrımcı bir muameleye dönüştüğünü belirtmiştir. Avrupa Birliği hukukunun iç hukuka uyarlanması

⁷⁶ AKÇAOĞLU, Ertuğrul, “Vergilendirme Yetkisinin Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, bkz. <http://www.akcaoglu.com/2007/02/27/vergilendirme-yetkisinin-temel-hak-ve-zgrlklerle-iliskisi/> (15.11.2008).

⁷⁷ DEMİRAL, Cavit, “4857 Sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı”, bkz. <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=4857> (15.11.2008).

konusunda Almanya, işe almada cinsiyet nedeniyle ayrımcılığa uğrayan kişiye işveren tarafından uygun bir tazminat ödeme yükümlülüğü getirmiş olup, başvuran kişinin işe alınmayı talep hakkının olmadığı açıkta belirtilmiştir.

Almanya’da kadın erkek eşitliği “Temel Yasa” tarafından güvence altına alınmıştır. Çalışma koşulları ve ücretlendirmede cinsiyete bağlı ayrımcılık yasalarca yasaklanmıştır. Kadın haklarını koruyan birçok yasa bulunmaktadır. Bunun ötesinde Almanya, kamuya bağlı ve sivil kuruluşlardan oluşan ve cinsiyetler arasında eşitliği amaçlayan kapsamlı bir örgütsel ağ üzerinden bu alanda sorumluluk üstlenmektedir. Alınan kararların cinsiyetlerin durumu üzerindeki etkisini de gözeten anlayışın benimsenmesiyle birlikte kadın politikası, tüm alanlarda ve idarenin her bölümünde ortak bir görev haline getirilmiştir. Bu temelde devlet, kadınlar ve erkekler için eşit yaşam şartlarının oluşturulması yönünde etkin bir rol oynamaktadır. Birleşmiş Milletler’in ekonomi ve siyasette kadın oranını ölçen “kadının güçlendirilmesi endeksi”ne göre Almanya 9. sırada en önde gelen ülkeler arasında yerini almıştır. Bundan başka, Almanya’da son 10 yılda kadın - erkek eşitliği için çok sayıda yasa çıkarılmış, siyasete katılan kadınların oranı artmış ve şu anda 14 federal bakanlıktan 6’sının başında kadın politikacılar bulunmaktadır.

Almanya’da çözüm bekleyen önemli konulardan biri de göçmenlerin durumudur. Alman vatandaşlığına geçişin kolaylaştırılması ve Almanya’da yaşayan göçmenlerin vatandaşlık haklarının tümünü alabilmesi için çalışmalar yürütülmektedir. Almanya’da eşitlik, anlayış ve diyalog üzerine kurulmuş bir toplum yaratmak adına, ayrımcılığı önleyici kapsamlı bir yasa hazırlamak için yoğun talepler bulunmaktadır⁷⁸. Ayrıca, Yeşiller Partisi göçmen eşlerinin Almanya’ya getirilmesinde şartların ağırlaştırılmasının "eşitlik ilkesine aykırı" olduğu iddiasıyla yeni düzenlemenin iptalini ve zoraki evliliklerde mağdurların daha iyi korunmasını talep etmiştir.

⁷⁸ ÖZCAN, Mehmet, “Yeni Alman Göç Yasası, Türkler ve İnsan Hakları İhlalleri”, bkz. <http://www.usakgundem.com> (25.11.2008).

IV. FRANSA

1958 Fransa Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde, Cumhuriyet'in düsturunun “özgürlük, eşitlik, kardeşlik” olduğu belirtilerek eşitlik, Cumhuriyet'in üç temel ilkesinden biri kabul edilmiştir. Aynı maddede ayrıca devlete, köken, ırk ya da din farkı gözetmeksizin tüm yurttaşların yasa önünde eşitliğini sağlama görevi verilmiştir. Fransa, temel hakları kendi geçmişinde aramayı tercih etmiştir. 4 Ekim 1958 tarihli Anayasa'nın dibacesinde, Fransız halkının büyük bir ciddiyetle bağlılığını açıkladığı, daha eski tarihli iki metne atıf yapılmaktadır. Bunlar, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaşlık Hakları Beyannamesi ile 1946 tarihli Anayasanın dibacesindedir. Özgürlük ve eşitlik, özel bazı sapmalar da olduğu gibi, genel anlamda, ekonomik ve sosyal nitelikli ve kişisel ve kolektif hakların ifade edilip pekiştirildiği, insan onuru ilkesiyle zenginleştirilmiş, deneyime adanmış değerlerdir. Fransa ve Fransızlar, toplu vicdanın gelişimine yönelik temel hak ve özgürlüklerle donatılmışlardır. Fransa Anayasa Konseyi, yasaların anayasal değerdeki kurallara ve ilkelere aykırı olup olmadığının sağlamasını yaparken, en başta yasa önünde eşitlik ilkesini göz önünde tutmaktadır⁷⁹.

1974'de Kadınlardan Sorumlu Devlet Bakanı “Kadınlar için 100 Önlem” paketi hazırlamıştır. Pakette seçimler için kadınlara kota uygulanması öngörülmüştür. Çalışma yaşamında da kadınlara yönelik iş koşulları düzenlenmiştir. Bu amaçla pozitif ayrımcılığa yönelik tedbirler ve uygulamalar başlatılmıştır. İşten çıkarmada ve ücretlendirmede cinsiyet ayrımcılığına son verilmiştir. İş kurmak isteyen kadınlara teşvikler verilmiştir. Fransa'da “eşitlik yasası” gereği partilerin göstereceği adayların yarısı kadın olmak zorundadır. Bu oranı tutturmak istemeyen partilere para cezası verilmektedir. 2007 seçimlerinde Fransa'da seçmenin karşısına konan aday listelerinde kadınların oranı %42 idi. Bu oran 2002 seçimlerine göre %3 artmıştır. Bu türden düzenlemeler ve uygulamalar Fransa'da siyasi temsilde eşitliğin sağlanmasının, ne kadar önemli bir mesele olduğunu göstermektedir⁸⁰.

⁷⁹ CARCASSONNE, Guy, “Fransız Anayasasının İlkeleri”, Mayıs 2002, bkz. <http://www.ambafrancetr.org/ecrire/upload/fis/fis9.html> (10.06.2008).

⁸⁰ TINÇ, Ferai, “Fransız Seçimlerinde Sol ve Kadınlar”, bkz. 10.06.2007 tarihli Hürriyet Gazetesi bkz <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/6680832.asp?yazarid=19&gid=61> (12.06.2008).

Fransa, Avrupa'nın en kalabalık göçmen nüfusuna sahip ülkesidir. Ancak buna rağmen bu göçmenlerin siyasi ve sosyal alandaki temsili konusunda sonlarda yer almaktadır. Örneğin, Fransa'nın deniz aşırı topraklarının dışında Milli Meclis'te sadece tek bir siyasi milletvekili vardır. Ülkede 6 milyona yakın Müslüman yaşamaktadır fakat mecliste Mağrip ya da Afrika kökenli tek bir seçilmiş Müslüman bulunmamaktadır. Çünkü göçmen kökenliler daha parti yönetimleri tarafından çok aşâğılarda elenmektedir. Bundan başka Fransa, ayrımcılığa yol açacağı gerekçesiyle topraklarındaki yabancıların nüfus sayımını da yapmamaktadır. Her ne kadar kimseye kökeninden ya da aidiyetinden dolayı olumlu da olsa ayrımcılık uygulanamayacağı ifade edilse de göçmen kökenli halk, günlük hayatında bambaşka bir realite yaşamaktadır. Mesela, kişinin aidiyeti ya da rengi, kiralayacak ev ararken veya bir iş talebinde bulunurken önüne bir engel olarak çıkabilmektedir. 2005 yılında patlak veren isyan bunun bir dışavurumu olarak değerlendirilebilir. Fransa, bu isyandan sonra işsiz göçmen gençleri sisteme entegre etmeyi amaçlayan yeni bir proje başlatmıştır. Projeye göre işe alımlarda 18-26 yaş arasındaki gençlere öncelik tanınarak isyana karşı pozitif ayrımcılık formülü uygulanacaktır.

V. İTALYA

1947 İtalyan Cumhuriyeti Anayasası'nın 3. maddesinde, bütün yurttaşların aynı sosyal değerde bulunduğu ve cins, ırk, dil, din, siyasi kanı, kişisel ve sosyal durum farkı gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu kurala bağlanmıştır. Bununla da yetinilmemiş, aynı madde ile devlet, yurttaşların özgürlük ve eşitliğini eylemli olarak sınırlandırmayı, insani kişiliğin tam gelişmesine ve bütün çalışanların ülkenin siyasi, sosyal ve ekonomik örgütlenmesine etkili biçimde katılmasına engel olan ekonomik ve sosyal düzenlemeleri kaldırmakla ödevli kılınmıştır. İtalyan Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesi konusunda yasama organına geniş takdir yetkisi tanıma eğilimindedir. Mahkeme'ye göre, yasal düzenlemelerde, kişilerin içinde bulunduğu durumların farklılığını değerlendirmek ve belirlemek, yasama organının takdirindedir. Yasama organı bu yetkisini kullanırken, Anayasa'nın 3. maddesinin 1. fıkrasındaki sınırlamayla bağlıdır. Anayasa'nın anılan fıkrasında, yukarıda da

belirtildiği gibi, bütün yurttaşların aynı sosyal değerde olduğu ve cins, ırk, dil, din, siyasi kanı ve kişisel ve sosyal durum farkı gözetilmeksizin yasa önünde eşit buldukları vurgulanmıştır. Yasama organının bu sınırlamaya uymaması durumunda Anayasa Mahkemesi'nin gerekli değerlendirmeyi yapacağı anlaşılmaktadır.

1999'da İtalya'da Fırsat Eşitliği Bakanlığı tarafından, cinsiyet, ırk, etnik köken, din, kişisel inanç, siyasi görüş gibi gerekçelerle ayrımcı muamelelere maruz kalınması durumunda, mağdurlara haklarını yasal yoldan aramaları imkânını sağlayan yeni bir yasa tasarısı hazırlanmıştır. Eşitlik ilkesinin teyidi açısından son derece yerinde ve olumlu bir adım olan bu yasa, ayrımcılık yapanların cezalandırılması öngörülmüştür. İtalya bu tasarı ile bir insan hakkı olarak kişilerin dinsel özgürlüklerini de garanti altına almıştır. Tasarı, mağdurlara ayrımcılığı yapan kişi ve kurumlardan, maddi ve manevi tazminat talebini de mümkün kılmış, kişilerin din özgürlükleri dahil, ayrımcılık yaptığı saptanan kişi ve kurumların para ve hapis cezasına çarptırılmaları da öngörülmüştür.

2005 yılında hazırlanan bir yasa tasarısı ile İtalya'da kota uygulaması başlatılmıştır⁸¹. Buna göre, siyasi partiler, seçime girerken adaylarının en az %30'u kadın olmak zorundadır. Bu kotaya uymayan partiler cezalandırılması öngörülmüştür. Bu yasa 2006 yılındaki genel seçimde uygulanmaya başlanmıştır. İtalya, Avrupa Birliği ülkeleri arasında % 10 ile en az kadın siyasetçi bulunan ülkeler arasındadır.

VI. İSVİÇRE

İsviçre Anayasası'nın 4. maddesinde, tüm İsviçrelilerin yasa önünde eşit olduğu, ikinci sınıf yurttaşlığın bulunmadığı ve yer, doğum, kişi, aile ayrıcalığının olmadığı belirtilmiştir. 1981 yılında ise “Cinslerin Eşitliği İlkesi” Anayasa'ya eklenmiştir. Bu ilke Anayasa'nın 4. maddesinde “ Kadın ve erkek eşit haklara sahiptir. Kanun onların öncelikle aile içinde, işte ve öğrenimde eşit duruma

⁸¹ “Eşit Temsil Demokratik Hakkımız” başlıklı haber bkz. <http://arsiv.kazete.com.tr/haberler> (20.11.2008).

getirilmesi için gerekli önlemleri alır.” ifadesiyle yer almıştır. Dolayısıyla gerek aile yaşamında gerekse kamu yaşamında kadın ile erkeğin eşit statüde olduğu vurgulanmıştır. Kadın ile erkek eşit işe eşit ücret almaktadır.

1912'de yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunu, kadın-erkek eşitliğine dayalı bir aile düzeni içermektedir. İsviçre Medeni Kanununda aile konutu ile ilgili işlemlerde diğer eşin rızasının bulunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiş bunun dışında eşlerin hukuksal işlem yapabilme özgürlüğü mutlak bir özgürlük olarak düzenlenmemiştir.

1977 yılında kurulan Kadınlar Komisyonu, Federal Konsey için bir danışma organı olarak görev yapmakta olup, parlamento üyelerine kadınların eğitim ve istihdam durumları hakkında bilgi vermektedir. Oluşturulan “Eşitlik Büroları” ise eşitlik ilkesinin tüm idari kararlarda, otoritenin her türlü eylemlerinde, yasalarda uygulanması için çalışmaktadır. İsviçreli kadınlar 1971 yılında seçme ve seçilme hakkına sahip olmuşlardır. Kota uygulaması İsviçre’de yapılmaktadır. Siyaset dışında, örneğin belli bir süre içinde kadın akademisyen sayısını artırma amacı da kota uygulaması kapsamındadır.

İsviçre Federal Mahkemesi, yasal kuralları eşitlik ilkesi yönünden süzgeçten geçirmektedir. Federal Mahkeme'nin eşitlik ilkesine dayalı birçok kararı bulunmaktadır. Örneğin Mahkeme, evli olan ve olmayan çiftlerin vergi yükümlülüğüne ilişkin eşitlik ilkesine aykırılık savını tıpkı Almanya’da olduğu gibi inceleme konusu yapmıştır⁸².

VII. İSPANYA

İspanya Anayasası 6 Aralık 1978 tarihinde yapılan halk oylamasıyla kabul edilmiştir. 1978 tarihli İspanya Anayasası geniş toplumsal mutabakat, demokrasi ve özerklikler temelinde oluşturulmuştur. 1978 Anayasası “Özerklikler Devleti” formülünü şekillendirmiştir. Bu anlamda da 1978 İspanyol Anayasası, “özerklik

⁸² KARAKUŞ, age., s.64.

hakkını” sadece bölgelere değil, milliyetlere de tanımaktadır. Bask Ülkesi, Katalonya ve Galiçya özerk toplulukları bu kapsamdadır.

Anayasa'nın 14. maddesinde “ayrımcılık yasağı” düzenlenmiştir. Kapsamı geniş olan 14. maddede, ayrımcılık yapılmaması bağlamında özellikle cinsel yönelim ve sosyal kökene değinilmektedir. Otoriter Franco rejimi döneminde açık bir şekilde ayrımcı yasalar ile İspanyol kadını eş ve anne rolüne hapsedilmeye çalışılmış, kocanın izni olmaksızın kadınların hemen hiçbir ekonomik faaliyette bulunması, mülk sahibi olması veya seyahat etmesi yasaklanmıştır. Demokrasiye geçiş dönemi kadın hareketinin de yükseliş dönemi olmuştur. Kocanın izni koşulu 1975 yılında kaldırılmıştır. Zina konusunda cinsiyet ayrımcı hükümler 1978 yılında yasadan çıkarılmıştır. 1981'de yapılan bir değişiklik ile erkeğin aile reisliği tüm sonuçlarıyla birlikte kaldırılmış, boşanma hakkı tanınmıştır.

İspanya, 1986'da katıldığı AB'nin kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına ilişkin mevzuatına uymaya büyük özen göstermiştir. 1988'den itibaren, büyük ölçüde "Kadınlar için Fırsat Eşitliği Planları" çerçevesinde önemli yasal reformlar gerçekleştirilmiştir. 1990'larda kadın-erkek eşitliğinin sağlanması amacıyla Ceza Kanunu ve Medeni Kanun'da değişiklikler yapılmış, kadın hakları konusunda sivil toplum programları ve kuruluşlarının desteklenmesi yoluna gidilmiştir.

Kadınlar İçin Fırsat Eşitliği Planları'nın somut gelişmeye neden olduğu alanlardan biri siyasi katılım olmuştur. 1975'de %6 olan kadın milletvekili oranı sürekli olarak yükselmiştir. Sosyalist partinin zaferiyle sonuçlanan son seçimlerin ardından Başbakan Zapatero, Nisan 2004'te açıkladığı yeni İspanyol kabinesinin yarısını kadınlardan oluşturarak bir ilke imza atmıştır⁸³.

Yapılan yasal değişikliklere ve yapısal düzenlemelere rağmen uygulamada bazı sorunlar devam etmektedir. Öncelikle, kadına yönelik şiddet İspanya'da halen önemli bir problemdir. Şiddet mağduru kadınları korumak üzere oluşturulmuş mekanizmaların uygulanmasında aksaklıklar yaşanmaktadır. Çalışma yaşamına ilişkin olarak da sorunlar göze çarpmaktadır. Genel İşçi Sendikası'nın 2001 tarihli raporuna göre kadınların ücretleri erkek meslektaşlarına göre %28 daha düşüktür.

⁸³ “İspanya Anayasasından Öğrenilecek Dersler Var” başlıklı haber bkz. <http://www.bianet.org/kategori/insanhaklari/102139> (15.07.2008).

Kanunla yasaklanmış olmasına rağmen işyerinde kadınlara karşı ayrımcılık sürmektedir. Kadın işsizlik oranı %17,3 ile erkek işsizlik oranının iki katıdır.

VIII. HOLLANDA

Meşruti demokrasi ile yönetilen bir Avrupa ülkesi olan Hollanda’da, 1848 yılında hazırlanan Hollanda Kraliyet Anayasası yürürlüktedir. İnsan hak ve özgürlüklerinin teminat altına alındığı Hollanda Anayasası’nın 1. maddesinde ayrımcılığın ve ırkçılığın her türünün yasak olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, “Anayasal Haklar” başlığını taşıyan 1. bölümün 1. maddesinde “Hollanda’da bulunan herkes, eşit durumlarda eşit muamele görürler. Din, hayat görüşü, politik eğilim, ırk, cinsiyet veya her ne sebeple olursa olsun, ayrımcılığa izin verilmez.” 8 bölüm ve 142 maddeden oluşan bu Anayasa’da 1. madde dışında eşitlik ve ayrımcılık ile ilgili madde bulunmamaktadır. Ancak konu kapsamında birçok yasal düzenleme mevcuttur.

Hollanda’da “Eşitlik Kurumu” adı altında, kadınlar ile dezavantajlı kişilerin çalışma yaşamında kazanç ve konumlarındaki eşitsizliğin önüne geçmek amacıyla faaliyet gösteren bir kurum vardır⁸⁴. Adalet Bakanlığı bünyesinde bağımsız bir komisyondan oluşan bu kurum, iş yaşamında eşitsizliğe uğradığını iddia eden kişilerin şikâyetlerini değerlendirmek, çalışanla işveren arasında arabuluculuk rolünü üstlenmek gibi işlevler üstlenmiştir. Sendika temsilcilerinin de dahil olduğu bu kuruma, işçi ve işverenler ücretsiz olarak başvurabilmektedir. Başvurunun ardından kurum bağlayıcı niteliği olmayan bir rapor hazırlamaktadır. Sonrasında ise komisyon raporu doğrultusunda resen veya başvuru sahibinin isteği üzerine mahkemeye gidilebilmektedir. Örneğin, Yaşayan Yabancı Dillerde Anadili Eğitimi Kanunu gereği Ağustos 2004 tarihinde işten çıkarılan 1600 yabancı kökenli öğretmenden 21’i, işten çıkarılmanın anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu görüşüyle, mahkemenin bir alt kolu olan Eşit Muamele Komisyonuna, Hollanda Sosyal Planının bazı maddelerinin iptali için başvuruda bulunmuştur. Komisyon, bunun haksız

⁸⁴ “Hollanda Demokrasi Rehberi” bkz. <http://www.bekircebeci.com> (10.07.2008).

olduğunu ve hazırlanan sosyal planın eşitlik ilkelerine aykırı olduğuna dair bir rapor hazırlamıştır.

Hollanda'da 1970'den beri toplumsal cinsiyet eşitliği politikaları yürütülmektedir. Bu sayede bugün Hollanda Parlamentosu'nda kadın oranı %50'ye ulaşmıştır. Yerel yönetimlerdeki üst düzey yetkililerin de %20'sini kadınlar oluşturmaktadır. Kadınların istihdama katılması amacıyla düzenlenen çalışmalar sonucunda da Hollanda'daki tüm kadınların %66'sı istihdam edilmektedir. Nüfusun %40'ı azınlıklardan oluşmakta ve azınlığa dahil kadınlara yönelik mesleki eğitim kursları düzenlenmektedir. Ancak diğer yandan Hollanda'da aile içi şiddet çok yaygındır. Ülkede yılda 500.000 aile içi şiddet olayının yaşanmakta ve mağdurların %80'nini kadınlar oluşturmaktadır. 1985'te Hollanda'da yürürlüğe giren "Eşit Haklar Politikası Planı" da kadınların erkekler ile eşit koşullarda iş piyasasına girebilmelerine ve işyerlerindeki temsili oranlarının artırılmasını hedeflenmiştir.

Batı dışı toplumlardan gelen göçmenler, Hollanda'yı çok kültürlü ve etnik çeşitli bir toplum haline getirirken, aynı zamanda, bu toplumun temel değerlerini sarsan ve dönüşüme uğratan bir faktör olmuştur. Bu göçmenlerin büyük bir çoğunluğu Hollanda'nın işsiz, yoksul ve marjinal katmanlarını oluşturmaktadır. Daha çok göçmen kadınların sorunu olarak tanımlanan kadına yönelik şiddet konusunu, kadın-erkek eşitsizliği temelinden soyutlayarak, suç ve ceza meselesine indirgenmiştir. Bu sorunun çözümü olarak Hollanda, göçmen kadınların şiddet içeren kültürel ortamlarından koparak Hollanda toplumuna entegre olmalarını görmektedirler. Ancak bu yaklaşım, soruna çözüm üretmediği gibi, yerli, yabancı; biz, onlar ayrımını körüklemekte ve yerli kadınların maruz kaldıkları şiddet türlerini normalleştirmekte ve kamu gündeminin dışına itmektedir. Yerli halk ve göçmen nüfus arasındaki sosyo-ekonomik farklar kültürel algılamalarla da birleşince batılı olmayan, özellikle Müslüman kadınlar toplumdan soyutlanmaktadırlar.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA EŞİTLİK İLKESİ VE POZİTİF AYRIMCILIK

I. OSMANLI İMPARATORLUĞU DÖNEMİ

Osmanlı Devleti, temel kuruluşu ve yönetimiyle İslam dininin esaslarına dayanan bir monarşi olarak ortaya çıkmıştır. Aynı zamanda bir hukuk sistemini de ifade eden İslam, siyasi bakımdan kaynağı ilahi olan bir devlet anlayışı getirmiştir. O halde Osmanlı devletinde eşitlik politikası ve benzeri uygulamaları incelerken, İslam anlayışında hukuk ve eşitlik göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁵.

Osmanlı Devleti'nde padişah ve ona bağlı olanların yetkilerini şeriat kurallarına uygun olarak kullanmaları gerekiyordu. Ancak şeriat hükümlerini yanında Türklerin eski devlet geleneklerinden kaynaklanan ve daha çok özel hukuk meselelerinde kullanılan bir de örfi hukuk vardı. Ancak örfi hukuk kurallarının da temelde şeriat hükümlerine aykırı olmaması gerekiyordu.

İslam Devletinde eşitlik, hukuki eşitlikle ilgilidir. Şöyle ki; İslam hukuku kişilere eşitlik hakkını ve kardeş muamele görme hakkını tanımıştır. Buradaki eşitlik hakkı, herkesin İslam hukukunun tanıdığı hak ve ödevlerde ve kanunlarla korunmada eşitliği ifade eder. Ancak genel olarak İslam devletlerinde temel hak ve özgürlüklerin tanınması bakımından toplumun üyeleri arasında başta dini inanç olmak üzere çeşitli nedenlerle ayırım yapılması öngörülmektedir. Osmanlı Devletinde ise özellikle devlet kurma ve yönetim alanında kendine has bir gelenekle Osmanlı topraklarında bulunan gayrimüslimler de bu devletin hâkimiyeti altında yüzyıllar boyu huzur ve sükûnet içerisinde yaşamışlardır. Sonuç olarak Osmanlı Devleti Müslüman ve gayrimüslimlerin bir arada yaşadığı sınırları belirli bir ülke olmuştur. İslam hukukunda millet unsurunun oluşabilmesi için aynı ırktan gelmiş olmak veya aynı örf ve gelenekleri paylaşmış olmak şartı aranmazdı. Osmanlı Devleti her ne kadar dilleri, dinleri birbirinden farklı olan insanların bir araya gelmesiyle oluşmuş olsa da gayrimüslimler için kurduğu kendine özgü millet sistemiyle farklı kültürlerin bir

⁸⁵ ÖDEN, age., s.87.

bütün olarak tek bir çatı altında toplanabilmesine olanak sağlamıştır. Osmanlı ülkesinde bulunan Müslümanların da gayrimüslimlerin de tabiiyeti bu devlete bağlıdır. Birleştirici unsur tabiiyettir. Zaten Osmanlının bazı araştırmacılar tarafından imparatorluk olarak nitelenmesinin en önemli sebebi farklı din, dil ve ırka sahip milletleri barındırmasıdır⁸⁶. Osmanlının tabiiyetindeki milletlere geniş ölçüde din ve vicdan hürriyetini tanımıştır. İmparatorluğun zorla hükmetme ve sömürme unsuru Osmanlı için geçerli olmamıştır. Osmanlı Devleti'nin gayrimüslim tebaa ile yaptığı zimmet antlaşmaları bu hürriyetin hukuki belgelerle de garanti edilmesini sağlamıştır. Bu anlamda denilebilir ki, Osmanlı Devletinin ilk dönemlerinde eşitlik hakkı sınırlı olarak devlet yönetiminde ve adalet uygulamalarında keyfilik önlenmesi yoluyla tüm uyrukların şeri ve örfi hukukun kendilerine tanıdığı hakları kazanması anlamına gelmektedir. Yoksa eşitlik ilkesi Osmanlı Devletinin siyasi kuruluşunda temel olan bir ilke olarak düşünülemez. Zaten genel olarak Türk-İslam devletlerinde saltanat sisteminin uygulanması, XIX. yy.'ın 2. yarısına kadar siyasi eşitlik konusunun gündeme gelmesini engellemiştir. Osmanlı Devleti'nin siyasi sistemi, toplumsal plüralizm ve geleneksel yapı dolayısıyla, siyasi eşitliğe imkân vermemiştir. Padişah fermanlarında, adalet namelerinde, kanunnamelerde ve hanı hümayunlarda hukuksal eşitliğe yer verilirken siyasi eşitlik üzerinde durulmamıştır. Osmanlı Devleti'ndeki I.ve II. Meşrutiyet uygulamalarındaki sınırlı siyasi eşitlik dikkate almazsak konu ancak Cumhuriyet döneminde siyasi sisteme girmiştir. Genel oy ve çok parti sisteminin yerleşmesiyle ancak siyasi eşitlik alanında önemli gelişmeler kaydedilmiştir

Osmanlı Devleti, XVI. yy. sonlarından başlayarak çeşitli ekonomik ve siyasi nedenlerle çözüme sürecine girmiştir. Tımar sisteminin bozulup, merkezi otoritenin zayıflamasıyla devlet yönetiminde keyfilik baş göstermiştir. Bu nedenlerle XIX. yy. başlarında iktidarın sınırlandırılması girişimleri ortaya çıkmıştır. 1808 yılında ayanlarla Osmanlı Devleti arasında Sened-i İttifak adı verilen bir belge imzalanmıştır. Bu belge Osmanlı Devletinde anayasacılık hareketinin başlangıcı olarak gösterilir. Bu belge asıl olarak padişahın ve onun yetkilendirdiği görevlilerin

⁸⁶ KOYUNCU, Nuran, "İslam-Osmanlı Hukukunda Devlet Kavramı", Üniversite ve Toplum Dergisi, Eylül 2007, 7.Cilt, 3.sayı, s.5, bkz. <http://www.universite-toplum.org/about.php?id=29> (10.07.2008).

keyfi davranışlarını önlemek amacını taşımaktaydı. Belgede, uyrukların eşitliği konusunda herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Osmanlı Devletinde eşitlik yönündeki gelişmeler merkezi otoriteyi güçlendirmek için yaptığı reformlarla dikkat çeken II. Mahmut döneminde başlamıştır. II. Mahmut, Osmanlı uyrukları arasında din farkı gözetmeyeceği yolunda sözler sarf etmiştir. Aslında burada padişah, eşitlik ve özgürlükten çok, uyrukların Fransız Devriminin getirdiği bağımsızlık ve milliyetçilik gibi düşüncelerin yayılmasından endişe ederek, devletten kopmalarını önleme amacıyla hareket etmiştir.

Osmanlı Devletinin, XIX. yy.'ın sonlarına doğru hızlı bir çöküş içine girmesiyle çöküşü durdurmak için devlet yapısında ve yönetiminde ciddi reformlar yapma gereği duyulmuştur. Bu reformlarla insan topluluğunun birlik ve bütünlüğü tekrar sağlanarak dışarıdan gelen müdahalelerin önüne geçmek ve bu doğrultuda gayrimüslimlere müslim olanlarla eşit hakların sağlanması yoluna gidilmiştir. Bu yöndeki ilk adım 3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanı ile atılmıştır. Tanzimatın, sözcük anlamı düzenlemeler, reformlar demektir. Fikir ve yapı bakımından ferman, Fransız Devrimi'nin İnsan ve Vatandaş Hakları bildirgesinden esinlenmiştir. Osmanlı hukuku tarihinde ilk kez vatandaşlık kavramı ve vatandaşlıktan doğan haklar tanımlanmış, bu hakların korunması için yapılması gereken bazı işler sayılmıştır. Tüm vatandaşlar, Osmanlı vatandaşı sayılarak din farklılıklarına bağlı ayrıcalıklar kısmen kaldırılmıştır. Can ve mal güvenliği, şeref ve haysiyetin korunması, kişi güvenliği ile ilgili haklardan din farkı gözetmeksizin herkesin yararlanması esası getirilmiştir⁸⁷. Bunun dışında eşitlikle ilgili olarak kanunlara aykırı hareket eden herkesin rütbe, hatır, gönül gözetilmeden cezalandırılmasını sağlayacak bir ceza kanunu yapılması emredilmiştir. Tüm bunlara rağmen bu fermanla insanların eşit olduklarına dair bir düşünce veya inanç açıkça dile getirilmemiş ve eşitlik anlamına gelebilecek herhangi bir söz de açıkça kullanılmamıştır. Bu fermanın ilanıyla amaçlanan daha önce de belirtildiği gibi devletin hızlı çöküşünü durdurmak, devletten Fransız Devriminin etkisiyle yaşanabilecek kopmaları önlemek ve dış müdahalelerin önüne geçebilmektir.

⁸⁷ **KİLİ**, Suna- **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref, **Türk Anayasa Metinleri: Sened-i İttifaktan Günümüze**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2000, 2. Baskı, s.20.

1856'da İngiltere, Fransa ve Avusturya, Kırım Savaşı sonlarına doğru Hıristiyanlarla Müslümanlar arasındaki farklılıkların her alanda ortadan kaldırılmasını öngören bir fermanı sultanın yayınlamasını, barış için ön şart koşmuşlardı. İşte bu sebeple 18 Şubat 1856'da temel olarak Tanzimat Fermanının hükümlerini tekrarlayan, onları açıklayan ve genişleten bir ferman olan Islahat Fermanı ilan edildi⁸⁸. Islahat Fermanının ana hedefi, Müslümanlar ile gayrimüslimler arasında her yönden tam bir eşitlik sağlamaktı. Aslında Islahat Fermanı, yabancı devletlerin hazırladığı ve Osmanlı Devletinin kabul etmek zorunda kaldığı bir ıslahat programıydı.

Din, vergi, askerlik, yargılama, eğitim, devlet memurluğu ve temsil alanında o zamana kadar olan farklar kaldırılıyordu. Din bakımından ayrımcılık kaldırılıyor, dini dolayısıyla kimsenin aşağılanmaması öngörülüyor, din değiştirme hakkı kabul ediliyor, İslam'dan çıkmanın ölüm cezasıyla cezalandırılmasına son veriliyordu. Vergi bakımından olan eşitsizlikler de kaldırılıyordu. Askerlik bakımından da eşitlik sağlanıyordu. Tanzimata kadar Hıristiyan tebaa askere alınmazdı. Islahat Fermanı gayrimüslimlerin de askerlik hizmeti yapmaları prensibini açıkça kabul etmiştir. Ancak askerlik hizmetini yapmak istemeyenler için ise "bedel-i nakdi" formülü bulunmuştur. Mahkemelerde gayrimüslimler aleyhine olan eşitsizlikler kaldırılmıştır. Gayrimüslimlerin, Rumlar hariç, devlet memurluklarına geçme hakları yoktu. Islahat Fermanı bu eşitsizliği de gidermiştir. Gerek askerlik, gerek memurluk, bunları hazırlayan okullarla ilgili olduğundan gayrimüslimlerin de askeri ve mülki okullara girebilmesi esası kabul edilmiştir. Gayrimüslimlere eyalet meclislerinde ve Meclis-i Valada temsil hakkı verilerek onların siyasal hakları da tanınmıştır.

Osmanlı İmparatorluğunda Islahat Fermanı ile tebaaya o dönem Avrupa ülkelerinde tanınan temel hak ve özgürlüklerinin önemli bir kısmını tanınmıştır. Tanzimat ve Islahat Fermanlarıyla tanınan haklar, o dönemde Batı ülkelerinde tanınan haklar ile birçok eksiği olmakla birlikte karşılaştırılabilir niteliğe sahiptirler. Sonuç olarak, Islahat Fermanı; Sened-i İttifak ile başlayan, Tanzimat Fermanı ile devam eden Osmanlı anayasacılık hareketleri içinde atılmış önemli bir adımdır. Öte

⁸⁸ "Islahat Fermanı", bkz. http://tr.wikipedia.org/wiki/Islahat_Ferman%C4%B1 (10.07.2008).

yandan Islahat fermanı eşitlik yönünden Tanzimat Fermanına göre daha ileri bir adım olarak nitelense de aslında Tanzimat Fermanı ile 1856 Islahat Fermanı arasında amaç açısından önemli bir fark yoktur. Ancak Tanzimat Fermanı'nın bir insan hakları bildirisi niteliğini taşımasına karşın, Islahat Fermanı doğrudan doğruya Müslüman olmayan uyrukların durumunu düzenliyordu. Onlara yeni birtakım haklar tanıınıyordu.

1876'da II. Abdülhamit, Fransız Anayasası'nı çevirtip nazırlarına inceleterek bir taslak hazırlattı. Bu taslak gerekli incelemelerden geçirildikten sonra 23 Aralık 1876'da kabul edildi. Bu Anayasa, Osmanlı Devleti'nde mutlak monarşiden anayasalı monarşiye geçişi belirleyen ve meşrutiyet rejiminin temellerini atan anayasadır. Temsili bir organdan ya da meclisten değil, padişahın tek yanlı iradesinden kaynaklanan Kanun-i Esasi bu bakımdan bir ferman anayasasıdır. Kanun-ı Esasi sistemi gerçek bir meşrutiyet ya da anayasal düzen sayılmaz.

Kanun-i Esasi'nin 1909'da 21 maddesi değiştirilmiş ve 3 yeni madde eklenerek gerçekten meşruti ve parlamenter bir sistem oluşturulmuştur. Yapılan değişikliklerle, padişah anayasaya bağlılık yükümlülüğü altına girmiştir. 1876 tarihli Kanun-i Esasi'de uyruklara çeşitli hak ve özgürlükler tanınmıştır. Bu hak ve özgürlükler "Tebaa-i Devleti Osmaniye'nin Hukuk-ı Umumiyesi" başlığı altında toplanmıştır⁸⁹. Buna göre 8. maddede Osmanlı Devleti uyruğundaki herkesin din ve mezhebi ne olursa olsun Osmanlı sayılacağı düzenlenmiştir. 17. maddede ise, herkesin hak ve ödevler bakımından kanun önünde eşit olduğu ifade edilmiştir. Daha sonraki maddelerde ise Osmanlıların kişi özgürlüğü, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı gibi hak ve özgürlüklere sahip oldukları belirtilmiştir. Bunlar dışında herkese dinsel özgürlükler tanınmıştır. Her ne kadar devletin resmi dininin Türkçe olduğu bildirilmekte ise de tüm uyrukların kendi dillerinde öğrenim ve öğretim yapabileceği maddenin taslağında açıkça belirtilmiştir. 13. maddeye göre, vergiler ancak yasayla konulabilecek, istisnasız herkes vergi verecek ve vergilendirme herkesin gücü oranında yapılacaktır. 18 ve 19. maddeler eşitlik ilkesi doğrultusunda Türkçe bilmeleri koşuluyla herkesin kendi yeteneklerine göre devlet işlerine ve

⁸⁹ TANÖR, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001, s.145.

memuriyetine girebileceğini düzenlemektedir. Ancak seçme ve seçilme hakkı Anayasa'da açıkça öngörölmüş değildir. Seçimler genel oya dayanmıyordu. Sınırlı oy esasına yer verilmiştir. Yani oy hakkı yalnız erkeklere tanınmıştı. Yine mevzuatta servete ve vergi esasına dayalı sınırlamalar da vardı. Yani siyasal katılma alanı, Osmanlı varlık ve egemen sınıflarının ve sadece erkeklerin temsilini sağlayacak yönde düzenlenmişti⁹⁰. Ama zaten kadınların siyasal hakları o tarihlerde başka ülkelerde de tanınmış değildi. Kanun-i Esasi'de yer alan yargısal güvenceler de oldukça çok ve yerinde düzenlemelerdir. Yargılamanın açıklığı ve herkesin mahkemeler önünde tüm yollardan yararlanarak kendisini ve davasını savunabilmesine yönelik düzenlemeler bunlardan bir kısmıdır.

Kurtuluş Savaşı döneminde ve sonrasında 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun çıkarılmasından sonra Kanun-i Esasi'nin yeni anayasaya aykırı düşmeyen hükümlerinin yürürlükte kalacağı düşüncesi benimsendi. 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu 1921 Anayasası'yla birlikte Kanun-ı Esasi'yi de kesin olarak yürürlükten kaldırdı.

1839 tarihli Tanzimat Fermanı, 1856 tarihli Islahat Fermanı ve 1876 tarihli Kanun-i Esasi, insana ait hak ve hürriyetleri ilk defa kabul etmemiş, belki eskiden beri var olan bu hak ve hürriyetleri sadece yazılı hale getirmiştir. Özellikle yükselme devrinde, Osmanlı Padişahlarının hukuka karşı duydukları saygıları ve adaleti icradaki titizlikleri inkâr edilemez bir gerçektir. 1856 Fermanı'yla eşitliği ihlal eden birçok hüküm kaldırılmıştır. Bu süreç, siyasi eşitlik temelinde Osmanlıcılığın resmi siyasi kimlik olarak benimsenmesi neticesini vermiştir⁹¹. 1876 Osmanlı Anayasası'yla vatandaşlık kurumu en üst hukuk metni tarafından tanınmış ve dini bağlanma devlet-teba ilişkisini belirleyici olmaktan çıkarılarak devlete ve yönetici hanedana bağlılık esas sadakat odağı yapılmıştır. Ancak eşitlik politikası, beka politikasına hizmette süreklilik sağlayamamış, birlik ve kardeşliğe dayalı heterojen bir imparatorlukta sağlanan Hıristiyan-Müslüman eşitliği yerine, birbiriyle rekabet halinde olan ulusal egemen devletlerin müşterek eşitliği ortaya çıkmış, Müslümanlar

⁹⁰ TANÖR, age.,s.154.

⁹¹ YILDIZ, Ahmet, "Ne Mutlu Türküm Diyebilene": Türk Ulusal Kimliğinin Etno-Seküler Sınırları (1919-1938), İstanbul 2007, İletişim Yayınları, s.56.

yüzyılların mirası olan hakim konumlarını terk etmek istemezken, gayrimüslimler de eşitlik yerine özerklik ve bağımsızlık peşinde koşturmuşlardır⁹².

Osmanlı Hukukunda temel hak ve hürriyetler fikri, modern siyasi düşünce fikrinin geçirdiği safhaları yaşamamıştır. Zaten, İslam hukukunun kabul ettiği hak ve hürriyetler başlangıçtan beri vardır ve tabii bir haktır. İslam hukukunun kabul ettiği bu temel hak ve hürriyetler, uygulamada iktidarlara göre bazı farklılıklara maruz kalmıştır. İslam hukukunda temel hakların en önemlilerinden biri de müsavat yani eşitliktir⁹³. Öncelikle hukuki eşitlik emredilmiştir. Kanun ve mahkeme önünde insanlar eşittir. Gayrimüslimlerin bazı konulardaki kendi kanunlarının uygulanmasını isteme hakkı dışında, İslam ülkesinde tek kanun geçerlidir. Diğer taraftan sosyal eşitlik yani fırsat eşitliği de kabul edilmiştir. Şahsi hürriyet konusunda Müslüman ve gayrimüslim farkı yoktur. Bu temel hak ve hürriyetler, bazı uygulama aksaklıkları dışında bütün Osmanlı tarihi boyunca kabul edilmiştir.

Osmanlı toplumunda kadınların fazlaca yeri yoktu⁹⁴. Erkekler, kadınların çalışma hakkını sınırlı olarak genellikle eşini, babasını vb. yitirmiş, bir erkeğin himayesinden mahrum, yoksul kadınlar için söz konusu ediyordu ya da kadın öğretmen, kolluk gücü vb. ihtiyacı yine kadınların namusunu korumak kaygısından çıkıyordu. Yani erkekler, kadınların ev dışında çalışmalarına hem kendi, hem de diğer kadınların namuslarını koruyabilmeleri adına göz yumuyordu⁹⁵. Cumhuriyetin kurulması ile yukarıda belirtilen sosyal yapıdan modern sivil hayata geçişle kadınlar toplum yaşamında yer almaya başladı.

⁹² YILDIZ, age.,s.57.

⁹³ AĞGÜNDÜZ, Ahmet, “Osmanlı Devleti’nde Temel Hak ve Hürriyetler”, Yeni Dünya Dergisi, Ağustos 2000, bkz. <http://www.yenidunyadergisi.com> (15.07.2008).

⁹⁴ DOĞRAMACI, Emel, **Women in Turkey and the Millennium**, Atatürk Supreme Council for Culture, Language and History Research Center, Ankara 2000, s.19.

⁹⁵ OKTAR, Tiğınçe, **Osmanlı Toplumunda Kadının Çalışma Yaşamı - Osmanlı Kadınları Çalıştırma Cemiyet-i İslâmiyesi**, Bilim Teknik Yayınevi, İstanbul 1998, s.51.

II. CUMHURİYET DÖNEMİ

A. 1924 Anayasası Dönemi

I. Dünya Savaşı ertesinde çok uluslu imparatorlukların dağılmasıyla Avrupa’da ulus devletler çoğaldı. Bu süreç yeni bir anayasacılık dalgasının da beraberinde getirdi. Türkiye’de bu hareket içinde yerini aldı⁹⁶. Bu doğrultuda eşitlik ilkesi, Kurtuluş Savaşı yıllarının özelliğini içeren 1921 Anayasası bir yana bırakılırsa, daha sonraki anayasalarda yer almış bir ilkedir. Yerel ve bölgesel kongrelerle başlayan Türkiye’deki ulusal kurtuluş mücadelesinin yeni bir anayasa altında sürdürülmek istenmesiyle 1921 yılında Teşkilat-ı Esasiye Kanunu kabul edildi. 23 Nisan 1920’de Türkiye Büyük Millet Meclisinin açılmasıyla bir dönüşüm yaşanmıştı. Bu nedenle de Kurtuluş Savaşı koşullarında oluşan yeni devlet ve iktidar düzenine ilişkin kuralları gösterecek yeni bir anayasa ihtiyacının belirginleşmesiyle 1921 Anayasası hazırlanmıştır. Ancak bu dönemde henüz 1876 Anayasası ilga edilmiş değildi. Kanun-i Esasi’nin Teşkilat-ı Esasiye ile çatışmayan hükümlerinin eskisi gibi yürürlükte ve uygulamada olacağı ifade edilmiştir. Belki de bu nedenle ve dönemin koşulları itibarıyla 1921 Anayasası’nda temel hak ve hürriyetler ile yargı yetkisi gibi hükümlere yer verilmemiştir⁹⁷.

1921 Anayasasının devletin kuruluşu ve hak ve hürriyetlerle ilgili düzenlemelerinin yetersiz olması nedeniyle 1924 yılında yeni bir anayasa yapıldı. 1921 Anayasası kişi hak ve özgürlüklerini düzenlememişti. Oysa 1924 Anayasası “Türklerin Hukuku Ammesi” başlığı altında bu konuyu ele almıştır. Bu Anayasa’da düzenlenen hak ve hürriyetler Fransız devriminin etkisini taşır. Düzenlemelerde liberal ve bireyci bir eğilim göze çarpar. 1924 Anayasası, klasik bireysel hak ve özgürlüklerin hemen hepsine yer vermiştir. Bunlardan yasa önünde eşitlik ve her türlü ayrımcılığın yasaklanması en başta gelmektedir. Anayasanın 69. maddesi “Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedirler. Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır” şeklinde

⁹⁶ TANÖR, age., s.225.

⁹⁷ ATAR, age., s.23.

düzenlenmiştir. 75. maddede ise, hiçbir kimsenin felsefi inancından, din ve mezhebinden dolayı kınanamayacağı, güvenliğe ve edep törelerine ve kanunlar hükümlerine aykırı bulunmamak üzere her türlü din törenlerinin serbest olduğu ifade edilmiştir. Eşitlik ilkesi doğrultusunda 1924 Anayasasında yer alan diğer düzenlemeler ise 88. maddede düzenlenen “Türkiye’de din ve ırk ayırt edilmeksizin vatandaşlık bakımından herkese “Türk” denir” ve 92. maddede düzenlenen “Siyasi hakları olan her Türk’ün, yeterliğine ve hak edişine göre, Devlet memuru olmak hakkıdır” ifadeleridir. Anayasanın 87. maddesinde, kadın, erkek bütün Türklerin ilköğretimden geçmek ödevinde oldukları belirtilerek eğitim ve öğretim alanında kadın erkek ayrımı yapılamayacağını özellikle vurgulamıştır. Anayasanın, “Yasama Organının Kuruluşu, Seçme ve Seçilme Hakkı” başlıklı 10. ve 11. maddelerinin ilk şekli “On sekiz yaşını ikmal eden her erkek Türk mebusan intihabına iştirak etmek hakkını haizdir” ve “Otuz yaşını ikmal eden her erkek Türk, mebus intihap edilmekle yetkili ve yetkili” iken 1934’te yapılan değişiklikle kadınlara da seçilme hakkı tanınmıştır. Seçme hakkı ise 18 yaşını bitiren her erkek Türk vatandaşına aittir. 1934’te 18 yaş sınırı kadınlar için 22’ye çıkarılmış ve 10. maddede düzenlenen seçme hakkı tanınmıştır.

Cumhuriyet döneminin bu ilk Anayasası’nda eşitlik ilkesinin ayrıcalık yaratmama özelliğine de yer verildiği görülmektedir. 1924 Anayasası düzenlemeleriyle hukuk düzenini batılı modellere ve uluslararası ölçütlere yaklaştırmıştır. Ancak tüm bu hak ve hürriyetler “negatif statü hakları” niteliğindedir. Anayasa koyucusu, sosyal ve ekonomik haklar akımına yabancı kalmıştır. 1924 Anayasası, sosyal devlet anlayışından uzak, klasik, liberal bireyci bir felsefeye sahip olmuştur. Bu anayasa, çoğunlukçu bir demokrasi anlayışını benimsemesi ve daha çok tek partili dönemde uygulanmış olması nedeniyle çok partili sistemde uygulanabilecek güvencelerden mahrumdu⁹⁸.

⁹⁸ ATAR, age.,s. 27.

B. 1961 Anayasası Dönemi

27 Mayıs ihtilali ile ülke yönetimine el koyan askeri güç, yeni bir anayasa yapmak için Kurucu Meclis oluşturdu. Bir yıl içinde hazırlanan yeni anayasa, halkoyuna sunuldu ve kabul edildi. 1961 Anayasası, 1971 yılındaki değişiklikleriyle birlikte 1980'de yapılan ikinci bir askeri darbeye kadar yürürlükte kaldı.

1961 Anayasasında temel hak ve özgürlükler, o güne kadar hiç bir Türk anayasasında görülmemiş biçimde ayrıntılı olarak düzenleniyordu. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmalarına da sınırlar konuluyordu. Anayasa ayrıca Devlete pek çok sosyal ödevler yükliyordu. 1961 Anayasası insan ve bireyi yüce bir değer saymaktaydı. Bu doğrultuda Anayasanın temel hedefi toplumun hak ve özgürlüklerinin uzlaştırılıp genişletilmesiydi. Zaten Anayasanın Başlangıç Bölümü ile temel haklar ve ödevler ile ilgili Genel Hükümler bölümünde liberal yaklaşımı görmek mümkündür⁹⁹. 1961 Anayasasında düzenlenen hak ve özgürlüklerin hemen hemen tümünün öznesi “herkes” sözcüğüdür. Yani, Türk, yabancı, kadın, erkek gibi ayrımlar yapılmadan yalnızca birey ya da insan olmak esas alınmıştır. Her ne kadar bazı durumlarda eşit yararlanma söz konusu olmasa da bunun da yine milletlerarası hukuka uygun olma şartıyla ancak kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir.

1961 Anayasasınının 12. maddesinde “Eşitlik” başlığı altında “Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Kanun önünde eşitlik ilkesinin hukuki mahiyeti tartışmalıdır. Bu ilkenin hukuk devleti kavramı içinde mevcut olduğu düşünülebileceği gibi, bir temel hak ya da devlet yönetimine egemen bağımsız bir temel ilke olarak da değerlendirilmesi mümkündür. Eşitlik ilkesinin, bu ilkeden yararlananlar açısından bir temel hak, yani eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurduğu kuşkusuzdur. Ancak eşitlik, aynı zamanda, muhatapları yani devlet organları ve idare makamları açısından da anayasal bir buyruk, devlet yönetimine egemen temel bir ilkedir. 1961 Anayasasınının eşitlik ilkesine “temel haklar ve ödevler” kısmında yer vermiş olmasına karşılık, daha sonra

⁹⁹ TANÖR, age., s. 378.

işaret edileceği üzere 1982 Anayasasının bu ilkeyi “genel esaslar” kısmında düzenlemiş olması da, eşitliğin temel bir devlet yönetimi ilkesi olarak düşünülmesi gerektiği görüşüne güç katmaktadır. 1961 Anayasasının 55. maddesi ise “Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme ve seçilme hakkına sahiptir” ifadesine yer vererek siyasi eşitliği vurgulamıştır. Eşitlik ilkesi 1961 Anayasasında 1924 Anayasasından daha ayrıntılı düzenlenmiştir.

C. 1982 ANAYASASI DÖNEMİ

1. Anayasal Düzenleme

1982 Anayasası’nda eşitlik ilkesi “Genel Esaslar” kısmında düzenlenmiştir. Bu da, eşitliğin temel bir devlet yönetimi ilkesi olarak düşünülmesi gerektiği yönündeki görüşleri kuvvetlendirmiştir¹⁰⁰. Eşitlik ilkesi, 1982 Anayasasının 10. maddesinde “Kanun Önünde Eşitlik” başlığı altında yer almıştır. Buna göre: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür¹⁰¹. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar”. Bu maddenin son fıkrasındaki düzenlemeye göre eşitlik ilkesi, sadece idare makamlarına, yani kanunun uygulayıcılarına değil, aynı zamanda kanun koyucuya, yani yasama organına da hitap eder¹⁰². Bu nedenle bir kanunu uygulayacak olan idari makamlar, bireysel durumlarda uygulayacakları kanunu eşitlik ilkesine uygun bir şekilde tatbik etmek zorundadırlar. Çünkü bir kanunun aynı hükmünü bir kişi için bir şekilde, diğer kişi için başka bir şekilde uygulayan idari makamın işlemi, idari yargı organları tarafından sırf eşitlik ilkesine aykırılıktan dolayı iptal edilebilir. Yine, bu neden dayanarak, eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeler yapan bir kanun, örneğin dil, din ve mezhep bakımından vatandaşlar arasında ayırım

¹⁰⁰ ÖZBUDUN, age., s. 137.

¹⁰¹ Bu fıkra 1982 Anayasasının 10. maddesine 07.05.2004 tarihinde Anayasa değişikliğine ilişkin 5170 sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca eklenmiştir.

¹⁰² GÖZLER, age.,s. 60.

yapılmasını öngören bir kanun, Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırı görülerek iptal edilebilir.

Anayasanın 10. maddesinin ilk fıkrasında yer alan “herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” hükmü, bu konularda mutlak eşitliği emretmektedir. Mutlak eşitlik, kanunların kişisel ve özel durumlarına bakılmaksızın, herkese eşit olarak uygulanmasıdır¹⁰³. Bu durumda Gözler’e göre, kadınlara milletvekili adaylığı için kota konulması yolundaki düşünceler “mutlak eşitlik” ilkesine aykırıdır. Çünkü cinsiyet mutlak bir eşitlik sebebidir¹⁰⁴. Mutlak eşitliğin karşısında yer alan kavram ise nispi eşitliktir. Nispi eşitlik, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme, farklı durumlarda bulunan kişiler, farklı işlemlere tabi tutulabilmesi anlamına gelir. Anayasa Mahkemesi de değişik tarihlerde verdiği kararlarında “nispi eşitlik” anlayışını benimsemiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi bir kararında, eşitlik ilkesinin herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmeyeceği, bu ilke ile güdülen amacın, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamak olduğunu hükme bağlamıştır¹⁰⁵. Bu anlamda, eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin anlaşılabilmesi için anayasaya uygunluk denetiminde kanunların yalnızca genel ve soyut niteliklerine değil, içeriklerine de bakmak gerekir. Bu anlamda 1982 Anayasasının 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması durumunda, farklı uygulamalara da imkân veren bir ilkedir¹⁰⁶. Bu anlamda farklı bir hukuksal durumda bulunma hali, kamu yararı ve diğer haklı nedenlerin varlığı halinde kimi kişi ve topluluklar için farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz¹⁰⁷. Kanun önünde eşitlik ilkesi bireye iki konuda talep yetkisi verir: Bunlardan biri, kanunların eşit olarak uygulanmasını isteme yetkisi bir diğeri ise keyfi uygulamanın yasaklanmasını talep etme yetkisidir.

¹⁰³ ÖDEN, age., s.41.

¹⁰⁴ GÖZLER, age.,s. 61.

¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 13 Nisan 1976 tarih ve E.1976/3, K.1976/3 sayılı kararıdır.

¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 28 Nisan 1983 tarih ve E. 1981/13, K. 1983/8 sayılı kararıdır.

¹⁰⁷ BARNA, Murat, “Sosyal Devlet ve Eşitlik”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Yıl:2002, s.109.

1982 Anayasasının eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi 2004 yılında değiştirilerek maddeye kadınlar açısından pozitif ayrımcılığa imkân tanıyan bir ifade eklenmiştir. Bu değişiklik, Türk pozitif hukuku açısından önemlidir. Devletin özel tedbirler alması olarak ifade edilen pozitif ayrımcılık, kanun önünde eşitliği sağlamaya yönelik politikaların bir gereği olarak görülmektedir. Bu fıkra ile insan hakları alanındaki gelişmeler doğrultusunda eşitlik ilkesini güçlendirmek amacıyla kadınlar lehine pozitif ayrımcılık kuralının benimsenmiştir. Bu yüzden maddenin 3. fıkrasındaki hüküm, eşitlik ilkesinin pozitif ayrımcılık kuralıyla değişmekte olan içeriğine ve bu yöndeki çağdaş gelişmeyle uyumludur. 1982 Anayasasına eklenen bu hükümle Devlet, bir yükümlülük altına sokulmuştur. Bu değişiklik, Türk pozitif hukuku açısından önemli olmakla birlikte, yeterli değildir. İnsan hakları alanındaki gelişmeler incelendiğinde eşitlik ilkesini güçlendirmek amacıyla sadece kadınlar lehine değil, aynı zamanda toplumun özel olarak korunması gereken başka kesimleri için de pozitif ayrımcılık kuralının benimsendiği görülecektir. Öte yandan, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 23.maddesine göre, “Eşitlik ilkesi, eksik temsil edilen cinsiyet lehine olan tedbirlerin muhafazasını veya kabul edilmesini engellemez.” Benzer hükümler, yaşlılar, çocuklar ve engelliler gibi özel surette korunmayı gerektiren toplum kesimleri için de söz konusudur. Bu sebeple, Anayasanın “Eşitlik” maddesinde yer alan bu hüküm, Avrupa Birliği hukukuyla uyumun sağlanması bakımından da önemlidir¹⁰⁸.

1982 Anayasanın “çalışma şartları ve dinlenme hakkı”nı düzenleyen 50. maddesinde; kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı belirtilmiş, ardından ise küçükler ve kadınlar ile ruhi bedensizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korundukları düzenlenmiştir. 61. madde de sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler ve konu ile ilgili devlete düşen görevler kaleme alınmıştır. Buna göre; devlet, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimlerini, malul ve gazileri, sakatları, yaşlıları ve korunmaya muhtaç çocukları koruyucu, hayata intibaklarını ve kendilerine yaraşır hayat seviyesini sağlayıcı her türlü tedbiri alır ve bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri

¹⁰⁸ “Anayasa önerisinin genel ve madde gerekçeleri”, bkz. <http://www.memurlar.net> (29.01.2008).

kurar veya kurdurur. Bu maddelerde pozitif ayrımcılık politikasını görmek mümkündür.

12 Eylül 1980 darbesinden sonra Milli Güvenlik Konseyi ve Danışma Meclisi'nden oluşan Kurucu Meclis tarafından hazırlanan ve halkın onayına sunulmuş kabul edilen 1982 Anayasası, her anayasa gibi hazırlandığı ortamın etkilerini ve izlerini taşımaktadır. Bu nedenle de çağdaş demokrasi anlayışını reddettiği, demokrasinin eşitlik ve özgürlükçü, çoğulcu ve katılımcı yapısını hiçe saydığı, temel hak ve özgürlüklerin özünü ortadan kaldırdığı yönünde birçok eleştiriye uğramakta ve tartışmalara neden olmaktadır. TBMM, 1982 Anayasasını, 1987–2007 yılları arasında toplam 14 kez değiştirmiştir. Ancak o günün gereksinimleri doğrultusunda yapılan değişiklikler, bütünsel bir nitelik taşımadığından beklentilere yanıt vermemiştir. Bu nedenlerden dolayı anayasasını ulusal bir mutabakatla, çağdaş gereksinimlere uygun olarak değiştirilmesi ya da yeni bir anayasal düzenleme yapılması sık sık gündeme gelmiş hatta bu konuda bazı sivil toplum örgütleri ve siyasi partilerce anayasa taslak çalışmaları dahi yapılmıştır. Anayasa taslağı hazırlama konusundaki kapsamlı bir çalışma da en son Adalet ve Kalkınma Partisi genel başkanının isteğiyle akademisyenler tarafından hazırlanıp, kamuoyunun bilgisine Eylül 2007'de sunulmuştur.

Eşitlik ilkesi ve pozitif ayrımcılık 2007 yılında hazırlanan Anayasa taslağında, 1982 Anayasasında olduğu gibi “Eşitlik” başlığı altında “Genel Esaslar” kısmında düzenlenmiştir. Anayasa taslağının 9. maddesine göre: “Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Kadınlar, çocuklar, yaşlılar ve engelliler gibi özel surette korunmayı gerektiren kesimler için alınan tedbirler, eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Devlet organları ve idare makamları, bütün eylem ve işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.”

Anayasa taslağının bu maddesindeki düzenlemeye göre, kanun önünde eşitlik ilkesini hayata geçirmede devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri vardır. Devlet organları ve idari makamlar, 1. fıkra da sayılan nedenlerle bireyler arasında

ayrımcılık yapamayacağı gibi, bu yöndeki ayrımcılık girişimlerini de önlemekle yükümlüdürler. 3. fıkrada sayılan toplumun korunmaya muhtaç kesimleri için devletin özel tedbirler alması olarak ifade edilen pozitif ayrımcılık, kanun önünde eşitliği sağlamaya yönelik politikaların bir gereği olarak görülmektedir. 4. fıkrada eşitlik ilkesinin devlet organlarına ve idare makamlarına yüklediği sorumluluk ifade edilmiştir. Bu anlamda, devletin ülkede mevcut olan etnik, kültürel, dilsel ve dinsel çeşitliliğe saygı yükümlülüğü, hem temel hak ve hürriyetleri koruma hem de insan haysiyetine saygı yükümlülüğünün kaçınılmaz sonucudur. Devlet, toplumu oluşturan bireylerin tüm farklılıklarıyla barışçıl bir şekilde bir arada yaşamasını sağlamaya yönelik her türlü tedbiri almak durumundadır. Bunun da yolu, öncelikle Devletin bu tür farklılıkları bir zenginlik kaynağı olarak görmesinden geçmektedir.

Eşitlik ilkesi kişileri keyfi muameleye maruz kalmaktan koruyan demokrasi ve hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisidir. Eşitlik ilkesi, anayasa yargısı ve idari yargı denetiminde mahkemelerce kullanılan çok önemli bir hukuka uygunluk kriteridir. Türk Anayasa Mahkemesi gerek 1961 gerekse 1982 Anayasaları döneminde verdiği çeşitli kararlarında hukukun genel ilkelerinden destek ölçü norm olarak yararlanmışır. Türk anayasa yargısında hukukun genel ilkelerinin ölçü norm olarak kullanılmasının pozitif temeli, “hukuk devleti” ilkesidir¹⁰⁹. Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesine aykırılığın aynı zamanda hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturduğunu kabul etmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi bir kararında, 2556 sayılı Hakimler Yasasının göreve kabul için gereken şartlardan biri olan yabancı ile evli olmama şartını 1961 Anayasasının eşitlik ile ilgili düzenlemelerine aykırı bulmuştur. Eşitlik ilkesinin bir görünümü olan kamu hizmetlerine girmede “...görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım gözetilemeyeceğini” kurala bağlamıştır. Oysa, yabancı ile evli olmamanın hakim adaylığı görevinin gerektirdiği bir nitelik sayılması olanaksızdır¹¹⁰.

Eşitlik ilkesi bir yandan hukuk kurallarının genel olmasını, bir yandan da kişilere eşit davranılmasını gerektirir. Eşitlik ilkesi, pek çok demokratik ülkenin Anayasa yargısında ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında mutlak bir

¹⁰⁹ ÖZBUDUN, age., s.384.

¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli E.1979/19, K.1979/39 sayılı kararıdır.

eşitlik olarak algılanmamaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesini mutlak olarak görmemektedir. Diğerlerinden farklı özellikleri, durumu ve ihtiyaçları olanların kamu yararı amacına uygun olarak sınıflandırılması, farklı yarar ve yükümlülükler getirilmesi, özel düzenleme konusu yapılması olağan ve hatta bazı durumlarda gereklidir. Eşitlik ilkesi, ortada haklı nedenlerin bulunması durumunda, farklı uygulamalara imkân veren bir ilkedir. Burada sözü edilen haklı neden kavramı makul, adil, amaçla ilgili ve anlaşılabilir olmalıdır¹¹¹. Kamu yararı da Anayasa mahkemesi tarafından haklı neden olarak görülüp, bir denetim kriteri olarak kullanılmıştır.

2. İlgili Mevzuat Düzenlemeleri

Hukuk Devleti, yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan devlet düzenidir. Hukuk devletinde, devlet sadece yasaları çıkarmaz, bu kurallara uygun davranır. Hukuk Devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşullarından biri de yasa önünde eşitlik ilkesidir. Pozitif hukuk başta Anayasa olmak üzere diğer hukuki düzenlemeleri içerir. Hukuki düzenlemelerin, anayasal ilkelere aykırı olmaması gerekir. Bu yüzden yargı yerlerinin bir işlemin hukuka uygunluğunu incelerken anayasal ilkeleri de göz önünde tutması doğaldır. Bir Hukuk Devleti olan Türkiye’de de eşitlik ilkesi ve pozitif ayrımcılık kavramları birçok hukuki düzenlemede yer almakta ve yargı yerlerince bu ilkeye dayanılarak kararlar verilmektedir.

Eşitlik ilkesi, idare hukukunda, anayasa hukukundaki gibi önemli bir yer tutar. Bu bağlamda eşitlik, idari yargı yerlerince sıkça gözetilen bir ilkedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası’nın 2. maddesine göre, idari işlemler hukuka uygunluk yönünden yargısal denetime bağlı tutulur. Bu doğrultuda idari yargı yerleri, açılan davalarda iptali istenen işlemi, eşitlik ilkesi yönünden de incelemekte, uygun bulmazsa, bu ilkeye dayanarak iptal etmektedir. Örneğin, Danıştay 5. Dairesi, davacının maiyet memurluğu sınavına kabul edilmemesine ilişkin işlemin iptali istemini reddederken; Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesinde her ne kadar herkesin cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu vurgulanmış ise de

¹¹¹ ÖZBUDUN,age.,s.139.

kaymakamlık görevinin özellikleri, ilçelerin toplumsal, kültürel ve coğrafi yapısı ve ulaşım olanakları göz önüne alındığında, bu göreve almada kadın-erkek ayrımı gözetilmesinde eşitlik ilkesine aykırılık bulunmadığına karar vermiştir¹¹². Bu kararda eşitlik ilkesi karşısında görevin özelliği önemli rol oynamıştır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, daha sonra kadın-erkek ayırımına gitmeden gerekli koşulları taşıyan herkes maiyet memurluğu sınavına kabul edilmiştir.

1982 Anayasası'nın 49. ve 50. maddelerinde eşitlik ve çalışma yaşamı ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Anayasanın 49. maddesinde, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu 50. madde de ise kimsenin, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı düzenlenmiş ve kadınları ve çocukları koruyucu bir hüküm yer almıştır. Bu hükümle, kadınların çalışma özgürlüğünün kısıtlandığını söylenmekle beraber, bu sınırlamaların gebelik ve doğum gibi özel dönemlerinde kadınların yararına pozitif bir ayrımcılık olduğu ve onların çıkarlarını koruduğu oldukça açık görülmektedir¹¹³.

Bu doğrultuda Haziran 2003'de kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu, Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Sendikalar Kanunu ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu gibi kanunlarda çalışma yaşamına ilişkin sosyal içerikli koruyucu hükümler yer almaktadır. Örneğin 1930'da çıkarılan Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile gebe kadınların doğum öncesindeki 3 ay içinde çocuğunun ve kendisinin sağlığına zarar veren işlerde çalıştırılmaması, doğumu izleyen üç ay içinde bir işe başladıktan sonra da 6 ay boyunca çalışma süresi içinde yarımşar saatlik iki emzirme izni verilmesi bu yöndeki bir düzenlemedir.

4857 sayılı İş Kanunu çalışma ilişkilerinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep vb. sebeplere dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır. Yasanın 5. maddesinde düzenlenen eşit davranma ilkesi şu yeniliği getirmektedir; “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep vb. sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.” Ücret eşitliği ise, “Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücret kararlaştırılmaz. İşçinin

¹¹² Danıştay 5.Dairesi'nin 15.11.1984 tarihli E.80/9357, K.84/3836 sayılı kararıdır.

¹¹³ **KAPIZ**, Serap, **TİSK İstihdam, Kadın İşgücü ve Yeni İş Kanunu Sempozyumu**, Muğla 2003, bkz. <http://www.tisk.org.tr/yazdir.asp?id=1103> (21.07.2008).

cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.” hükmüyle Kanunda yer almıştır. 4857 sayılı İş Kanununda; eşit davranma ilkesi, gece çalıştırma yasağı, analık halinde çalışma ve süt izni, kadın - erkek eşitliğini düzenleyen hükümlerin en önemlileridir.

4857 sayılı İş Kanununun 30. maddesi de, 50 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalıştırılması zorunlu özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru işçilerini hangi işlerde çalıştırabileceklerini, bunların işyerlerinde genel hükümler dışında bağlı olabilecekleri özel çalışma hükümlerini ve mesleğe yöneltilmeleri, mesleki yönden işverence nasıl işe alınacakları ve denetimi ile bu hükümlere uymayan işverenler hakkında yapılacak işlemleri düzenlemektedir. Bu hüküm de pozitif ayrımcılık uygulaması doğrultusunda İş Kanunda yer almış önemli bir düzenlemedir. Böylece, eşit davranma ilkesi ile pozitif ayrımcılık uygulamaları Avrupa çalışma hukuku normlarına uygun olarak pozitif hukuk boyutuyla, Türk çalışma hukukunda yerini almıştır.

Devlet, vatandaşların can ve mal güvenliğinin korunması ve aynı zamanda kamu hizmetlerin sunulması için vergileme yetkisine sahip bulunmaktadır. Vergileme yetkisinin meşruiyeti, devletlerin sahip olduğu bu mali gücü hukuki olarak kullanmalarına ve aynı zamanda konulan vergi ve diğer mali yükümlülüklerin vatandaşlar üzerinde ağır bir yük oluşturmamasına bağlı bulunmaktadır. Vergilendirme yetkisinin hukuki sınırları, vergilerin meşruiyeti için çok önem arz eden bir konudur. Keyfi, haksız ve hukuk dışı vergilendirmelerin önüne geçilebilmesi için vergileme ilkelerine riayet edilmesi gerekir. Bu ilkelere adalet ve eşitlik ilkeleri vergilerin hukukiliğini ve dolayısıyla meşruiyetini sağlamak açısından çok önemlidir. Anayasa'nın 73.maddesinin 1.fıkrasına göre: “Herkes kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür”. Mali güce göre vergilendirme ise, verginin kişilerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, mali gücü fazla olanın, mali gücü az olana oranla daha fazla vergi ödemesi gereğini belirler. Verginin mali güce göre alınması vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracıdır. Vergide eşitlik ilkesi, yükümlülerin vergi ödeme güçleri dikkate alınmak suretiyle vergilendirmenin yapılmasını öngörür. Bu durumda, Anayasa'da öngörülen verginin “mali güce göre ödenmesi”, “herkesin vergi ödemesi”

ilkesiyle birlikte vergilendirmede adalet ve eşitlik ilkesine uygunluğu gösterir ve sosyal devletin en etkin uygulama aracını oluşturur. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı bu ilkelere uyularak sağlanır. Vergide eşitlik ilkesi, mali gücü aynı olanların aynı, mali gücü farklı olanların ise ayrı oranda vergilendirilmesidir. Anayasa'nın 73. Maddesi ise “Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır.” düzenlemesiyle vergilendirmede yasallık ilkesini kabul etmiştir. Bu nedenle vergi ile ilgili yasal düzenlemelerde eşitlik ilkesi gözetilmek durumundadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 13 maddesi eşitlik ilkesi, pozitif ayrımcılık uygulamaları ve ayrımcılık yasağı ile ilgilidir. TCK'nın 3. maddesi “Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi” başlığını taşır. Buna göre: “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur. Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konuları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz.” TCK'nın 122. maddesinde de ayrımcılık bir suç olarak düzenlenmiştir. Maddeye göre, “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan, besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden, kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir”. Bunların dışında 76. madde de “soykırım suçu”, 77. maddede siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi anlamına gelen “insanlığa karşı suçlar”, 78. madde de “göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti” suçları düzenlenmiştir. TCK'nın 6. bölümünde ise “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” düzenlenmiş, çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi için daha ağır cezalar öngörülmüştür. Bunlardan ayrı olarak “inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme”, “iş ve

çalışma hürriyetinin ihlâli” gibi düzenlemeler de ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi doğrultusunda TCK’da yerini almıştır.

TCK, kadının toplumsal ve sosyal statüsünü daha da güçlendiren düzenlemelere yer vermiştir. Düzenlemelerden en önemlisi, kadın ve kız ayrımının kaldırılmış olmasıdır. Kadının mağdur olduğu birçok suç topluma karşı işlenen suçlar olarak değil, bireye karşı işlenen suçlar kapsamına alınmıştır. Evlilik içi tecavüz, işyerinde cinsel taciz gibi konulara ilk kez yasada yer verilmiştir. Cinsel saldırı suçları, cinsel tecavüz, cinsel saldırı, cinsel taciz kişinin vücut dokunulmazlığına karşı suçlar olarak tanımlanarak ağır cezalar öngörülmüştür. Ayrıca töre cinayetlerinin önlenmesi amacıyla, töre cinayetleri faillerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılması hükmü getirilmiştir. Bunlar pozitif ayrımcılık uygulamaları doğrultusunda kadınlar lehine getirilen düzenlemeler arasındadır.

Eşitlik ilkesi bağlamında değinilmesi gereken önemli bir nokta da “adil yargılanma hakkı” olmalıdır. 4.11.1950 tarihili Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde genel olarak hakkaniyete uygun yani adil yargılanma hakkına ve bu kapsamdaki sanık haklarına yer verilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti 1954 yılında AİHS’i onaylamış, 1987 tarihinde Komisyon’a bireysel başvuru hakkını, 1989’da da Divan’ın yargı yetkisini tanımıştır. Adil yargılanma hakkı, yargılama usulü mevzuatlarımızda Anayasamızın 38. maddesi doğrultusunda yerini almıştır. Buna göre, herkesin, suçu ne olursa olsun, adil bir biçimde yargılanma hakkı vardır. “Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi”, “cezanın suçludan başkasına verilemeyeceği”, “tabii hâkim ilkesi”, “sanığın aleyhine olan ceza yasalarının geriye yürümezliği” kuralı, “masumiyet karinesi”, “savunma hakkı ve avukattan yararlanma hakkı”, “duruşmada kullanılan resmî dili savunma yapacak kadar bilmediği takdirde ücretsiz olarak tercümandan faydalanma hakkı”, “mahkemelerin aleni olması”, “bir borcu yerine getirememesi nedeniyle tutuklanma yasağı” gibi evrensel ceza hukuku ilkelerini adil bir yargılanmanın olmazsa olmaz koşulları olarak kabul edilir.

Cumhuriyetin kurulmasından sonra yürütülen inkılâplar yasal alanda köklü değişiklikler getirmiştir. Bunlardan biri özellikle kadınlar açısından önemli haklar getiren "Türk Medeni Kanunudur". 17 Şubat 1926 tarihinde İsviçre Medeni

Kanunundan örnek alınarak bir medeni kanun çıkarılmıştır. Bu kanun, kadın erkek eşitliği hususunda radikal değişiklikler getirmiş ve kadınların önünü açarak modern standartlara yaklaşımlarına hizmet etmiştir. Ancak, zaman içinde yeni gelişmeler doğrultusunda ciddi bir reform görmeyen Medeni Kanunun bazı hususlarda yetersiz kalması nedeniyle 1 Ocak 2002 de yürürlüğe giren Yeni Türk Medeni Kanunu şekillendirmiştir. 2002 yılında yürürlüğe giren Yeni Türk Medeni Kanunu, kadınların hakları konusunda düzenlemeler yapan kapsamlı bir yasadır. Bu kanunla kadın-erkek eşitliğine aykırı hükümler yürürlükten kaldırılmıştır. Kadınları, aile ve toplum içerisinde, erkekler ile eşit kılan, kadın emeğini değerlendiren bir düzenlemedir. Özellikle aile reisliği kavramının kaldırılması, mirasta eşit haklar, velayette eşit söz hakkı, aile konutu kavramı, resmi nikâh, evlat edinen eşlerin ortak rızasının aranması, yasal mal rejimi olarak edinilmiş mal rejiminin kabul edilmesi konularını kapsamaktadır. Yeni Medeni Kanun ile evlilik yaşı kadın ve erkek için 18'e yükseltilmiştir. Çalışma hayatında eşlerden hiçbiri diğerinin iznini almak zorunda olmadığı, evlilik dışı doğan çocukların evlilik içi doğan çocuklarla aynı miras haklarından yararlanmaları ve evlilik sırasında edinilen malların eşit paylaşımı karara bağlanmıştır.

Yeni Medeni Kanunun yürürlüğe girmesiyle beraber, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun 2003 yılında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu mahkemeler aile hukukunu ilgilendiren davalar ile Ailenin Korunmasına Dair Kanunun uygulanmasından doğan davalara bakacaktır. 2004 yılında Devlet personel alımlarında görevin gerektirdiği niteliklere uygun olarak, kadın-erkek eşitliği ilkesinin gözetilmesini teminen, ayrıca töre ve namus cinayetleri ile kadınlara ve çocuklara yönelik şiddetin sebeplerinin araştırılarak alınması gereken önlemlerin belirlenmesini içeren 2006/17 sayılı Başbakanlık Genelgesi yayımlanmıştır. Bunların dışında Devlet Memurları Kanunu, Belediye Kanunu gibi düzenlemelerde de bu tür koruyucu hükümlere rastlamak mümkündür.

III. TÜRK HUKUKU İLE DİĞER ÜLKELERİN HUKUKLARININ EŞİTLİK VE POZİTİF AYRIMCILIK POLİTİKALARI BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRILMASI

Türkiye’de kadının, engellinin ve etnik azınlıkların konumu incelendiğinde bazı konularda geri kalınmış olduğu görülür. Kız çocuklarının okula gönderilmemesi, kadınların istihdama katılamaması, sosyal ve ekonomik özgürlüklerinin kısıtlı olması dolayısıyla kendilerini geliştirme imkânlarının az olması kadınlar konusunda pozitif ayrımcılık uygulamalarını Türkiye’de de zorunlu kılmaktadır. Doğum konusu, kadının önüne bir engel olarak çıkmaktadır. Çünkü kadınlar doğum yapacakları için tercih edilmemektedirler ya da doğum yaptıktan sonra çalışmak istemelerine rağmen eski işlerine geri dönememektedirler. Aynı işi yapan kadın ve erkek arasındaki ücret uçurumu da bir düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır. İstatistiklere göre, Türkiye’de işsiz nüfusu oluşturan 23 milyon 950 bin kişinin 17 milyondan fazlası kadındır. Bu kadınların ise %69,3’ünü ev kadınları oluşturmaktadır¹¹⁴. Hiçbir işte çalışmayan nüfusun içinde kadınların oranı ise %71,4’dür. Çalışan kadın sayısı 5 milyon 762 bin dolayındadır. Çalışma hayatındaki yönetici kadın oranı sadece %4’tür. Kadınların %70’i evlilik ve doğum nedenleriyle işlerinden ayrılırken, %20’sini de işveren işten çıkarmaktadır. Kadınlar siyasette de varlık gösterememektedirler¹¹⁵. Türkiye nüfusunun %51’ini oluşturan kadınların TBMM’deki oranı %4,4; yerel yönetimlerdeki kadın temsil oranı ise %1’dir. 2007 Birleşmiş Milletler İnsani Gelişme Raporu’na göre Türkiye toplumsal cinsiyetle bağlantılı gelişme açısından 177 ülke arasında 88. sırada bulunmaktadır. Bu istatistikler, Türkiye’deki kadın erkek eşitsizliğini net şekilde gözler önüne sermektedir.

Avrupa Birliği 2006 Türkiye İlerleme Raporuna göre, Türkiye’de kadınlar, eğitimsizlik ve yüksek okuma-yazma bilmeme oranı yüzünden ayrımcı uygulamalara karşı korumasız kalmaktadır¹¹⁶. Kadınların parlamento ve yerel yönetimlerdeki

¹¹⁴ Sosyal Güvenlik Kurumu’nda kayıt altında olmayan ev kadınları “işsiz” olarak nitelendirilmiştir.

¹¹⁵ ÖRTLEK, Muhammed, “Siyaset ve Kadın”, bkz. <http://www.dunya.com/haber.asp?id=3061> (06.03.2008).

¹¹⁶ “Avrupa Birliği 2006 Türkiye İlerleme Raporu” bkz. http://www.tobb.org.tr/haberler/epb/IlerlemeRaporu_8Kasim2006_TamamininCevirisiMFA.pdf (14.07.2008).

temsil oranındaki düşüklük ve işgücü piyasasına hakim olan ayrımcılık devam etmektedir. Kadının işgücü piyasasına katılımı, OECD ülkeleri arasında en düşüktür. Genel olarak, Türkiye’de kadın hakları konusunda artan bir kamuoyu duyarlılığı oluşmuştur. Ancak, özellikle ülkenin yoksul bölgelerinde kadın haklarına tam saygı kritik bir sorun olmaya devam etmektedir. Yasal çerçeve genel olarak tatmin edici olsa da uygulama yetersiz kalmaktadır.

Avrupa Birliği 2007 Türkiye İlerleme Raporuna göre, ayrımcılıkla mücadele ve eşit fırsatlar alanında kısıtlı bir gelişme kaydedilmiştir ve daha fazla uyum gerekmektedir. Türkiye İş Kurumu tarafından işe alımlarda cinsiyet ayrımını yasaklayan bir genelge yayımlanmıştır. Erkek hemşirelere artık izin verilmektedir. Kadının Statüsü Genel Müdürlüğünün idari kapasitesi güçlendirilmiştir. Kadınların işgücü piyasasına katılım oranının düşüklüğü ve eğitim imkânlarına erişimi endişe kaynağı olmaya devam etmektedir. Irk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa ilişkin AB direktiflerinin aktarımı tamamlanmamıştır. Ayrımcılığın önlenmesi ve eşit muamelenin teşviki için etkin ve bağımsız bir “Eşitlik Kurumu” oluşturulmasına ihtiyaç vardır¹¹⁷.

Avrupa Birliği 2008 Türkiye İlerleme Raporuna göre, Türkiye’de ayrımcılıkla mücadele ve eşit fırsatlar konusunda, sınırlı ilerleme kaydedilmiştir. Ulusal mevzuatta, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımlanması gibi, önemli genel esaslar ve tanımlar eksiktir. Irk, etnik köken, din veya inanç, özür, yaş ve cinsel eğilim temelli ayrımcılık hakkındaki müktesebatin aktarılması henüz tamamlanmamıştır. Ayrımcılığın önlenmesi ve eşit muamelenin teşviki için, etkin ve bağımsız bir “Eşitlik Kurumu”nun tesis edilmesine halen ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrımcılıkla mücadele alanındaki hazırlıklar halen erken bir aşamadır. Genel olarak Türkiye’de kültürel haklar alanında sınırlı bir ilerleme kaydedilmiş olsa da, özellikle Türkçe dışındaki dillerde yayın yapılması, siyasi yaşama katılım ve kamu hizmetlerine

¹¹⁷ “Avrupa Birliği 2007 Türkiye İlerleme Raporu” bkz.
http://www.meb.gov.tr/uaorgutler/AB/AB%20BELGELER/ilerleme_raporu_2007_TUR.pdf
 (14.07.2008).

ulaşım konularında kısıtlamalar devam etmektedir. Devlet okullarında ya da özel okullarda, bu dillerin öğrenilebilmesi imkânı sağlanmamaktadır¹¹⁸.

Avrupa Birliği demokrasi anlayışı içinde sosyal alana yönelik düzenlemelerde kadın-erkek eşitliği ön planda gelmektedir. Avrupa Birliği ülkelerinde kadın-erkek arasında ücret eşitliği sağlamaya yönelik bir düzenleme ile cinsler arası eşitlik alanında bir adım atmıştır. Avrupa Birliği içerisinde kadın-erkek eşitliğini sağlamada ücret eşitliği ve çalışma yaşamında eşitlik olarak başlayan fırsat eşitliği süreci, eşit muamele ve pozitif ayrımcılık politikaları ile devam etmiştir. 1996'dan beri ise fırsat eşitliğini ana politikalara ve faaliyetlere dahil etme politikasının benimsendiği görülmektedir.

Avrupa'daki kadın nüfusunun yaklaşık 190 milyon olduğu bilinmektedir. Çalışan kadın sayısının her geçen gün artmasına rağmen kadınların teoride sahip oldukları eşitliğin çok gerisinde olduğu araştırmalar sonucu ortaya koyulmuştur¹¹⁹. Buna göre, İspanya'da kadın istihdam oranı %35, İskandinav ülkelerinde ise bu oran %65-70'dir. Son 30 yılda kadınların çalışma hayatına katılımları artmıştır. Kadınların ücretleri erkeklerinkine oranla %25 daha düşüktür. Avrupa Birliği'nin İngiltere dışındaki tüm üyelerinde, kadın işsiz oranı erkek işsiz oranından daha fazladır. Kadınların aile içindeki rollerinin ve çocuk sayısının artmasını bu düşüşün en önemli nedeni olarak görmek mümkündür. Örneğin, İsveç'in diğer Avrupa ülkelerine göre cinsler arası eşitlik ve pozitif ayrımcılığa karşı geliştirdiği yasalar ile daha olumlu çizgide hızla ilerlediği kabul edilse de, hala ciddi toplumsal ve siyasi sorunlar yaşanmaktadır. İsveç Anayasası bu konuda üç ciddi yasal düzenlemeye sahiptir. Bu yasalar; cins, etnisite, engellilik durumuna karşı öğrencilerin yüksek öğrenim kurumlarında eşit uygulama hakkına sahip olma ile her türlü ayrımcılığın yasak olması ile ilgili düzenlemelerdir. Annelere çocuk yardımı hakkı, yükseköğrenim hakkında eşitlik yasası, göçmenlere pozitif ayrımcılık gibi düzenlemeler bu kapsamdadır. Bunun dışında Almanya, Belçika, Avusturya gibi dünyanın 81 ülkesinde kadınların siyasette temsil edilmelerini arttırmak için kimi ülkelerde seçim

¹¹⁸ “Avrupa Birliği 2008 Türkiye İlerleme Raporu” bkz.
http://www.ikv.org.tr/images/upload/file/2008-ilerleme%20raporu/2008_IlerlemeRaporuSiyasiKriterler.pdf (25.12.2008).

¹¹⁹ “Siyasette Kadın Temsilinde Sınıfta Kaldık” başlıklı haber bkz.
<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=249003> (14.07.2008).

yasalarında, kimi ülkelerde anayasada yapılan değişikliklerle kota uygulamaları başlamıştır. Türkiye ise, kadınların parlamentodaki temsilinde AB üyesi ve aday ülkeler arasında sonuncudur. Birinci sıradaki İsveç'te kadınlar %45,3 oranında temsil edilirken, bu oran Türkiye'de %9,1'dir¹²⁰. BM'nin hazırladığı "2008 Siyasette Kadın Dünya Haritası"na göre TBMM'nin kadının temsili açısından son sıralarda olduğu açıkça görülmektedir. BM ile Parlamentolar Arası Birlik tarafından hazırlanan haritaya göre, Türkiye % 9,1 olan kadınların Meclis'te temsil edilme oranıyla 142 ülke arasında 108. sırada yer almaktadır¹²¹. Bu konuda dünya ortalaması %17,7'dir. Kadınların kabinede temsil edilme oranları listesinde ise Türkiye %4,2 oranıyla 105 ülke arasında 89. sıradadır. Dünyada kadınların hükümette temsil edilme oranı, %16,1'dir. 2005 yılına göre 2008 yılında dünyada kadınların Meclis'te ve hükümette temsil oranları %2 oranında artmıştır ancak bu son derece düşük bir orandır.

Kadınların meclise girmeleri için kota uygulaması ve pozitif ayrımcılık gibi uygulamalar Ruanda, Uganda, Brundi, Tanzanya gibi özellikle yeniden inşa edilen ülkeler ile Latin Amerika ülkelerinde de görülmektedir. Kota uygulaması geçici bir önlem olsa da son derece önemlidir. Ruanda, İsveç, Finlandiya ve Arjantin'de kadınların mecliste temsil oranlarının %40'ın üzerinde iken, özellikle Kuzey Avrupa ülkeleri ile gelişmekte olan bazı ülkelerde kadınlar siyasi hayatta daha çok temsil edilmektedirler.

Türkiye'de 22 Temmuz 2007 seçimlerine göre kadınların Meclis'e girme oranlarına bakıldığında 549 sandalyeden 50'sini kadınlar kazanmıştır. Bu sayı %9,1'lik bir orana denk gelmektedir ve Türkiye bu oranla 142 ülke arasında 108. sırada yer almaktadır. Türkiye'nin gerisinde kalan ülkelerin çoğunluğunu Arap ülkeleri oluşturmaktadır. Suudi Arabistan, Katar, Umman ile bazı Pasifik ülkelerinin oluşturduğu 8 ülkenin meclislerinde hiç kadını yokken, yine aynı bölgede bulunan Bahreyn, Mısır, Kuveyt, Yemen'in aralarında bulunduğu 7 ülkede ise temsil oranının %3'ün altındadır.

¹²⁰ http://www.meclishaber.gov.tr/develop/owa/haber_portal.aciklama?p1=47122 (14.07.2008).

¹²¹ "Seçim yılı ve cinsiyete göre milletvekili sayısı ve TBMM'deki temsil oranı" bkz. http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=1898&tb_id=2 (14.07.2008).

Avrupa'da birçok ülkede, kadın-erkek eşitliği konusunda kurumsallaşma süreci 1970'li yıllara denk düşerken bizim ülkemizde kadın-erkek eşitliğinin devlet içinde kurumsallaşma süreci 1987 yılında DPT bünyesinde Sosyal Planlama Genel Müdürlüğü'ne bağlı olarak kurulan Kadına Yönelik Politikalar Danışma Kurulu ile başlamıştır. Kadınlara eşitlik içinde, sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasi alanlarda hak ettikleri statüyü kazandırmak üzere şimdiki adıyla Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, 29 Mart 2003 tarihinde Başbakanlığa bağlanmıştır. Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, kadının insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik çalışmalar yapmak, kadınların sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal yaşamdaki konumlarını güçlendirmek, hak, fırsat ve imkânlardan eşit biçimde yararlanmalarını sağlamak amacıyla kadına karşı her türlü ayrımcılığı önlemek, kadının insan haklarını geliştirmek, kanunları ve idari düzenlemeleri görev alanı çerçevesinde izleyerek kadınların eşit hak ve fırsatlara ulaşmasını sağlayacak çalışmalar yapmak, kadınlara kanunlarla verilen hakların tam ve eşit kullanılabilmesi ve kadın-erkek eşitliğinin toplumsal kalkınma sorunu olarak algılanması amacıyla kamuoyunu bilgilendirmek gibi görevler yapar¹²².

Türkiye, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne taraf devletlerden biri olarak; politik, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlarda kadınların erkeklerin yararlandığı bütün özgürlüklerden yararlanmalarını güvence altına almak ve kadın-erkek arasındaki her türlü ayrımcılığı önlemek üzere yasalar düzenleme yükümlülüğünü almıştır. Türkiye'de herhangi bir pozitif ayrımcılık ya da aksiyon planı yoktur ve kadının toplumsal hayata eş ya da anne olarak girmesi bu mekanizmaların gelişmesini de engellemiştir. O halde, kadınların istihdam, siyaset gibi alanlardaki etkilerini arttırabilmek ve toplumsal gelişimimizi sağlamak için pozitif ayrımcılığın yasalar çerçevesinde ifade edilmesi, dikkate alınması gereken bir husustur. Türkiye'de kadın istihdam oranları ve eğitime erişim oranları AB üyeleri ve OECD ülkeleri arasındaki en düşük oranlardır. İlköğretim alanında cinsiyet oranındaki farklılığın azaltılmasında alınan iyi sonuçların sürdürülmesi ve

¹²² Kadının Statüsü Genel Müdürlüğünün Amaç ve Görevleri Hakkında 5251 Sayılı Kanun bkz. <http://www.ksgm.gov.tr>. (14.07.2008).

güçlendirilmesi gerekirken özellikle de kız çocukların okula devamlarını güvence altına alınmalıdır.

Dünyada engelli nüfusu 500 milyonu aşarken, Türkiye'de engelli sayısı 8,5 milyon civarındadır. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı'nın yaptığı araştırmalara göre, bu sayı Türkiye nüfusunun %12,29'una denk düşmektedir. Bu rakam, ABD'de yüzde 15'e, Norveç'te yüzde 17'ye ulaşmaktadır. Türkiye'deki erkeklerde özürlülük oranı %11,10; kadınlarda ise %13,45'dir. Engellilerin ayrımcılığa karşı korunması, devletin engelliğin önlenmesine yönelik politikalar geliştirmesi, bakıma muhtaç engellilere bakım güvencesi sağlanması, engellilerin ve engelliliğin istismarına karşı sosyal politikalar geliştirilmesi, yeni doğacak ve doğmuş olanlarda tespiti mümkün olan engel ve hastalıklarla ilgili gerekli görülen taramaların yapılması, eşit eğitim imkânı verilmesi; pozitif ayrımcı politikalar kapsamında yapılması gerekenlerdir¹²³.

Çalışma, bireylerin yalnızca bir gelir sahibi olmalarının ötesinde sosyal ilişkileri, kişisel doyumu, mutluluğu ve aile ilişkileri gibi pek çok faktörü etkiler. İstihdamdaki en dezavantajlı kesimlerden biri de hiç şüphe yok ki engellilerdir. Engelliler, çalışma yaşamında birçok güçlükle karşılaşmakta, ülkelerin gelişmişlik düzeylerine göre istihdam piyasasında az ya da çok yer almaktadır. Engellilerin işe alınmaları kadar, işyerindeki onlara karşı tutumlarda büyük önem taşır. Bu anlamda çalışmaya başlayan engellilere ayrımcılık yapılmamalıdır. Pozitif ayrımcılık ilkesinden hareketle engellilere eğitim, bilgi ve becerilerini en yüksek düzeyde sergileyebilecekleri iş ortamı sağlanmalıdır. Çalışan engellilerin işyerlerindeki çalışma arkadaşlarının ve işverenlerinin tutumları, ön yargıları onların iş verimlerini etkilemektedir. Toplumun sorumluluğu, varılmak istenen sonuçlar açısından herkese pozitif görüntü veren fırsatların yaratılmasıdır. Engellilerin işe kabulündeki ve çalışma süreçlerindeki bütün yöntemlerin, ayrımcılık yapılmaması ilkesine uygun olması gerekir. Bedensel, zihinsel ve ruhsal yetersizlikleri nedeniyle iş bulma, mevcut işi sürdürebilme ve iş koşullarında yükselebilecek olanakları sınırlandırılmış engelliler için her sosyal devletin alacağı önlemler, Türkiye'de öncelikle anayasal bir

¹²³ ŞAHİN, Hatice, “Engellilik Kimin Sorunu? Bireyin mi, Toplumun mu?” bkz. <http://www.tumgazeteler.com/?a=4188037> (06.10.2008).

hak sonra da yasal bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Engellilerin sorunlarının çözümünde istihdamın çok önemli bir rolü bulunmaktadır. Çünkü bu anlamda öncelikle kabul edilmesi gereken konu, engellilerin sağlam insanlara göre istihdam edilmeye çok daha fazla ihtiyaç duyduklarıdır. Dünya nüfusunun yaklaşık %10'unun engelli olduğu, gelişmiş ülkelerde bu oranın dünya ortalamasının altına düştüğü, gelişmekte olan ülkelerde ise üstüne çıktığı tahmin edilmektedir. Avrupa Birliği'ne dahil ülkelerde de engellilerin istihdamında birçok sorunun olduğu görülmektedir.

İngiltere'de çalışma çağındaki nüfusun yaklaşık %10'u bir diğer anlatımla 4,5 milyonu engellidir. Bunlardan 1,8 milyonu istihdam edilirken, 250.000 engelli işsizdir. İngiltere'de işsizlik oranı %6,6 iken, engellilerde bu oran %13,3'tür. İspanya'da özürülülerin %50'si gelir getirici bir işte çalışmaktadır. Ayrıca Avrupa Birliği'nde engelli erkeklerin engelli kadınlara, engelli gençlerin engelli yaşlılara göre istihdam şansının daha fazla olduğu gözlenmektedir. Çalışan engellilerin tahminlerin üzerinde büyük bir bölümü tarım ve inşaat işlerinde, düşük bir bölümü ise sağlık ve diğer hizmetlerde çalışmaktadır. Çok küçük bir bölümü ise imalat sektörü ile finans ve eğitim sektöründe çalışmaktadır. Ancak AB'de son 20 yılda sakatlık yardımlarında yararlanan engellilerin sayısındaki artışın büyük oranda olması, engelli insanların işgücü piyasasının dışında tutulmasının önemli göstergelerinden biridir¹²⁴.

Türkiye'de engellilerin istihdamı konusunda öncelikle engellilerin ve ailelerinin bilinçlendirilmesi, daha sonra da devlet ve gönüllü kuruluşlar aracılığı ile işverenlerin istihdam için engellilerin de uygun aday olarak görmelerini sağlamak gerekir. Bunun için bütün engelli grupların mesleki rehabilitasyon ve mesleki eğitime çok düzenli ve planlı bir biçimde önem verilmelidir. Engellilerin işgücüne katılmaları ile ilgili verilere bakıldığında yaklaşık %78'nin işgücüne dâhil olmadığı görülmektedir. İşgücüne dahil olan yaklaşık %22'lik oranın ise yalnız yaklaşık

¹²⁴ “İş Kanunu Tasarısı ve AB Uygulamaları” bkz.
<http://www.tisk.org.tr7yayinlar.asp?sbj=ic&id=649> (20.10.2008).

%20'si istihdam edilmektedir¹²⁵. Bu durum engellinin üretim dışı ve tamamen başkalarına bağımlı olduğunun bir göstergesidir. Engellilerin istihdam sorununun çözülmesi hem kendilerinin hem de ailelerinin üretim yaşamına katılmasının yanı sıra, bağımsız yaşama ve yaşam kalitelerinin artmasını sağlayacak tek yoldur. Bu sorun ve çözümü çok boyutludur ve devlete çok önemli görevler yüklemektedir. Devlet tüm vatandaşlarının yaşamlarını idame ettirecek miktarda gelir sağlayabilecekleri iş alanları yaratmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük engelliler için de geçerlidir ve ek olarak engelliler için istihdam alanında fırsat eşitliği yaratma görevi kaçınılmazdır. Fakat engelliler yeterli kamu hizmetinden faydalanamamaktadırlar. Bunun temel sebebi, mevcut hizmetlerin farkında olunmaması ve özellikle fiziksel engeller dolayısıyla olmak üzere bu hizmetlere erişimde yaşanan problemlerdir. Engellilere ve akıl hastalarının bakım şartlarına yönelik veri ve araştırma eksiklikleri aydınlatılmış politika oluşturulmasını engellemektedir. Kurumsallaşmaya bir alternatif teşkil edecek toplum bazlı hizmetler yeterli ölçüde geliştirilmemiş olup kaynaklar ihtiyaçlara kıyasla sınırlı kalmıştır. Akıl hastanelerinde ve rehabilitasyon merkezlerinde süregelen bir genel tıbbi bakım ve tedavi sorunu mevcuttur.

Dünyanın her yerinde engellilerin, istihdamı ile ilgili bazı kolaylaştırıcı yollar aranmakta ve uygulanmaktadır. Örneğin, kota rejimi başka koşullarda istihdamında güçlük bulunan nüfus kesimleri için kullanılır. Ülkemizde işyerlerinde İş Kanunu gereğince engelli istihdamını zorunlu kılan yasal düzenleme vardır. Ayrıca bu uygulama yani istihdamda pozitif ayrımcılık uygulaması eski hükümlüler, korunmaya muhtaç gençler ve terörle mücadele sırasında yitirilen kamu görevlilerinin yakınları için de uygulanmaktadır. Avrupa Birliği'nin yeni yaklaşımı, engellileri yardıma muhtaç bireyler olarak görmekten uzaklaşıp, eşit haklara sahip, toplumsal olarak bütünleşmiş bireyler olmalarını sağlamaktadır. Bu doğrultuda yasal düzenlemeler yapılmakta ve uygulamaya geçirme çalışmaları sürmektedir. Engellilere ilişkin olarak 2005 yılında yürürlüğe giren "Özürlüler Kanunu"nu takiben uygulamaya dönük çeşitli mevzuat yayımlanmıştır. Bunlar, engelliler için işyeri ve

¹²⁵ "İşgücü durumuna göre özürlü nüfus oranı" bkz.
http://www.tuik.gov.tr/PreIstatikMeta.do?istab_id=513 (14.07.2008).

eğitim hizmetleri alanlarını kapsamaktadır. Yasal düzenlemelerin yanında engelliler için merkezi olmayan yapıların ve hizmetlerin sağlanması ve engelli çocukların eğitim imkânlarına kavuşabilmesi için ilave çaba gösterilmesi gereklidir. Hala, rehabilitasyon merkezlerinin genelde yeterli altyapısı, kaynakları ve nitelikli personeli bulunmamaktadır ve aileleriyle yaşayan ruhsal engelliler devletten çok az yardım almaktadır. Ülkemizde konu ile ilgili çalışmalar sürdürölmektedir. Bunlardan biri de Sakarya Üniversitesi tarafından engellilerin istihdamını artırmayı amaçlayan ve AB fonundan parasal destek almaya hak kazanan projedir. Bu proje, Bulgaristan ve Letonya ile birlikte yürütölmektedir.

Türkiye’de, çocuk hakları bağlamında eğitim hakkı, özellikle kız çocukları açısından bazı bölgelerde sorunlu durumdadır. Düşük düzeydeki okula kayıt sorununu çözmek amacıyla kayıt kampanyaları sürdürölmeli ve özellikle Güneydoğu’nun kırsal kesimlerinde okula katılımı artıracak şekilde güçlendirilmelidir. Sokak çocukları, çocuk yoksulluğu ve çocuk işçiliği önemini korumaktadır. Türk İş Kanunu, 15 yaşın altındaki çocukların çalıştırılmasını yasaklamaktadır. Ancak söz konusu kanunun uygulanmasında eksiklikler mevcuttur. 2005 yılı Temmuz ayında kabul edilen Çocuğun Korunması Kanunu, sorunlu, adli tahkikat altında bulunan veya hüküm giymiş çocukların haklarını ve esenliğini korumayı amaçlamaktadır. Söz konusu kanunun ilgili Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmelerine uyumlu olarak daha etkin şekilde uygulanması gerekmektedir.

Çocuk haklarıyla ilgili olarak, 2006-2007 eğitim öğretim yıllarında %90 olan ilkokula kaydolma oranı 2007-2008 eğitim öğretim yıllarında %97’ye yükselmiştir. Aynı dönemde, ilköğretimde cinsiyetler arasındaki boşluk %4,6’dan %2,3’e düşmüştür. 2005 yılında %27,7 olan evde yoksul durumda 15 yaş altı çocukların oranı 2006 yılında %25,2’ye düşmüştür¹²⁶. Aile yaşantısından uzakta yaşayan çocuklar için minimum bakım ve koruma standardı geliştirilmiştir ve çocuk yetiştirme sistemini güçlendirmek ve izlemek için çabalar yoğunlaştırılmıştır. Yeni Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 18 yaş altı her vatandaşın sigortalanmasını sağlamaktadır. Aile yaşantısından uzakta yaşayan çocuklar için

¹²⁶ “Çocuk İşgücü İstatistikleri” bkz. http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?tb_id=26&ust_id=8 (20.12.2008).

minimum bakım ve koruma standartların uygulaması geliştirilmelidir. Çocuk işçiliği ile mücadele etme çabaları gelişmeli ve mevzuattaki eksikliğe işaret edilmelidir. Çocuk mahkemesi sistemindeki bazı ilerlemelere rağmen, çocuk mahkemelerinin sayısı hala yetersizdir, bu mahkemelerde çok az sosyal hizmet uzmanı olup bunların iş yükü de çok fazladır. Bu da uzun süren davalarla yol açmakta ve böylece çocukların özgürlükleri bu süreler dahilinde kısıtlanmaktadır. Tutuklu bulunan çocuk sayısında bir artış gözlenmiştir. Tutuklu merkezlerindeki şartlar hem fiziksel açıdan hem de sunulan hizmetin kalitesi bakımından iyileştirilmelidir. Suçun tekerrürünü önlemek ve çocukları ve ailelerini desteklemek amacıyla gözetim sisteminin de geliştirilmesi gerekmektedir.

Pozitif ayrımcılık politikaları bağlamında özel olarak korunması gereken bir diğer grup yaşlılardır. Toplumsal hizmetlerden yararlanmak isteyen yaşlıların yaş, cinsiyet, ırk, etnik köken, engelleri ya da diğer konuları nedeniyle ayrım görmemesi yaşlılar açısından bir haktır. Buna rağmen, ülkelerde tam anlamıyla yaşlıların hasta, sakat, engel durumları dikkate alınarak yeni yaşam projeleri uygulamaya konulmamakta; ulaşım, sağlık, kültür, eğitim, spor gibi önemli gereksinimlerde onların şartlarına uygun koşullar oluşturulmamaktadır. Hâlbuki yaşlı bireyin kendisine olduğu kadar diğer bireylere ve topluma karşı taşıdığı sorumluluğu da kapsayan yaşlı haklarının ihlal edilmesi, gelecekte yaşlanacak olan bireylerin haklarının da ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Ekonomik güvence, sosyal sigorta ve özel sigortaların uygulanmaması toplumdaki tüm bireylere yansımaktadır. Bugün AB ülkelerinin birçoğunda yaşlıların %75'i kurumsal bakım altındadır. Türkiye'de ise devlet 20.000 civarında yaşlıya kurumsal bakım sağlamaktadır. Özel kurumlarda bu rakam 40.000 dolayındadır. Türkiye'de SHÇEK Genel Müdürlüğü bünyesinde Yaşlı Bakım Hizmetleri birimi kurulmuştur. Bunun dışında Türkiye'de sayısal olarak kayıtlı 14 adet yaşlı alanında faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşu bulunmaktadır. Avrupa Birliği sürecinde sosyal hizmetlere verilen önem, yaşlılık alanında çalışan sivil toplum kuruluşlarının niceliksel ve niteliksel artışına neden olmuştur. Yaşlı haklarının miladı, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca 1982 yılında yapılan 1. Dünya Yaşlanma Asamblesi'dir. Bu Asamblede

benimsenen “1982 Yaşlılık İlkeleri” tüm dünya ülkelerinin yaşlılık alanındaki düşünce ve planlama sürecine yol gösterdiği için çok önemlidir.

Günümüzde pozitif ayrımcılıkla çözüm üretilmeye çalışılan bir başka konu da yüzyıllardır tüm dünyanın ortak sorunu olan ırkçılıktır. Aslında ırkçılık, ayrımcılığın çıkış noktasıdır. Irkçılık ayırımına tabi tutulmuş bir insanın diğerleriyle aynı noktadan yarışa başlaması eşitsizlik anlamına geleceğinden pozitif ayrımcı politikalar ile bu tür durumlar önlenmeye çalışılmıştır. Bu şekilde azınlıkların hakları korunmaya çalışılırken çoğunluğun var olan hakları zedelenmemelidir. Dünyada sosyo-ekonomik alanda zencilerin beyazlar karşısında yaşadığı gerek istihdam oranındaki eşitsizlik, gerek yaşam beklentileri arasındaki farklılıklar günümüzde hala devam etmektedir. Türkiye’de de son zamanlarda Romanların, eğitim hizmetlerine ulaşmada dışlanma ve marjinalleşme, sağlık hizmetlerinde ayrımcılık, istihdam olanaklarından dışlanma, kimlik kartlarına sahip olmada zorluklar ve kamu işleri ve kamu hayatına katılımdan dışlanma gibi sorunlarla karşı karşıya kalmakta oldukları Avrupa Birliği 2008 Türkiye İlerleme Raporunda belirtilmiştir.

Türkiye’de, bir yandan AB’ye giriş süreci çalışmaları diğer yandan ise dünyada çeşitli alanlarda yaşanan gelişmeler nedeniyle ve toplumsal ihtiyaçların karşılanması amacıyla, çok hızlı bir değişim yaşanmaktadır. Bütün bunların sonucunda Türk Hukuku’nda, birçok alanda köklü yenilikler yapılmış ve halen de hukuk alanındaki bu değişiklik ve yenileştirme çalışmaları devam etmektedir. Bu bağlamda sadece Türk Hukuku’nda değil, Avrupa Birliği mevzuatında da pozitif ayrımcılık ile ilgili düzenlemeler dikkat çekmektedir.

SONUÇ

Sosyal, demokratik bir hukuk devletinde gözetilmesi gereken en önemli ilkelerden biri de eşitlik ilkesidir. Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran devlet demektir¹²⁷. Hukuk devleti, en güçlü, en etkin, en kapsamlı biçimde hukuksal güvence sağlar. Bu güvence eşitlik ilkesinin koruyucu ve kollayıcı güvencesidir. Eşitliğin güvenceye alınmadığı ve adaletli bir düzenin gerçekleştirilmediği ortamlarda hukuk devletinin varlığından söz edilemez. Öte yandan eşitlik ilkesi ile sosyal devlet ilkesi, uyumlu bir yapıya sahiptir. Sosyal devlet, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Demokrasilerde ikinci sınıf yurttaştan söz edilemeyeceğine göre, eşitlik; demokratik rejimin de önemli ilkelerinden biridir. Eşitlik ilkesi, her türlü ayrıcalık yaratılmasını reddeder.

Eşitlik ilkesi, herkesin, dil, renk, cinsiyet, siyasi, düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetmeksizin yasa önünde eşit olduğu ve hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınamayacağı ifade eder. Çoğulcu demokrasilerde eşitlik, yasa önünde eşitlik olarak gelişmiştir. Ancak buradaki eşitlik mutlak bir eşitlik anlayışı değildir. "Haklı bir neden" varsa, benzer kişiler için farklı kurallar öngörülebilir ya da uygulama yapılabilir. Özellikler, nitelikler, hukuksal durumlardaki farklılıklar ya da kamu yararı, ayrı kuralların öngörülmesi ya da uygulanması için haklı neden oluşturur. Eşitliği gözetmek ise, yasama, yürütme ve yargı organının görevi içindedir. Yalnız yasa koyucunun yasayı çıkarırken eşitlik ilkesini gözetmesi yetmez. Yürütme ve yönetimde olanların da yasayı uygularken bu ilkeye uygun davranması gerekir. Bazı durumlarda, toplumsal hayatın ortaya çıkardığı olumsuz koşullar, kişiler arasında sosyal adaletsizlikler meydana getirebilir. Bu adaletsizliği gidermek her zaman eşit muamele ile sağlanamayabilir. Bu durumda adaletsizlikleri gidermek amacıyla, belli bir süre, kişiler arasında haklardan yararlanma bakımından, mağdur durumda olanlar lehine farklı muamele

¹²⁷Anayasa Mahkemesi, 21 Haziran 1991 tarih ve E.1990/20, K.1991/17 sayılı kararı, bkz. <http://www.anayasa.gen.tr/hukukdevleti.htm> (17.07.2008).

gerçekleştirilebilir. Bu durum günümüzde “pozitif edim” ya da daha yaygın kullanımı ile “pozitif ayrımcılık” olarak nitelendirilmekte ve eşitliğe aykırı görülmemektedir¹²⁸. Artık gerek uluslararası belgelerde, gerekse ulusal hukukta hukuksal eşitliğin yanı sıra fiili eşitliğin de sağlanması amacıyla, korunmaya muhtaç kesimler lehine özel düzenlemeler yer almaktadır. Pozitif ayrımcılık olarak anılan bu düzenlemelerin, demokratik eşitlik anlayışına aykırı değil, bilakis eşitliği gerçekleştirici önlemler olduğu savunulmaktadır¹²⁹. Bu görüşe göre, hukuk kurallarının ayrımcılık yapmaması toplumsal barış için hayati önemdedir. Fakat bazen “pozitif ayrımcılık” kamu vicdanını daha fazla rahatlatır. Kadınların korunması, çocuk ve yaşlıları koruyucu özel yasalar, adalet duygusunu tatmin ettiği için toplumsal barışa daha fazla katkı sağlar¹³⁰. Pozitif ayrımcılığa karşı olan ve onu gereksiz bulan görüşler ise, pozitif ayrımcılığın, özellikle kadın-erkek eşitliği adına, eşitlik ilkesini zedeleyen bir uygulama olduğunu çünkü belli kotalarla kadınların kayırılmak durumunda olduğundan söz ederler. Örneğin, kadınların sadece kadın oldukları için siyasi olarak bir şeyi temsil ediyor sayılmalarının gereksiz bir görüş olduğunu savunurlar¹³¹. Pozitif ayrımcı politikaları desteklemek kadınla erkeğin eşit olmadığını bir şekilde kabul edilmiş olması anlamına gelir diyen görüş, ayrıca pozitif ayrımcılık uygulandığında hak etmeden görev verilebilecek yetersiz kişilerin doğal olarak başarısız olduklarında görev yaptıkları birime, topluma ve sonuçta ayrımcılık uygulanan gruba zarar verebileceklerini vurgularlar. Onlara göre, bu tür düzenlemeler haklarda eşitliği değil, olsa olsa durumlarda eşitliği sağlayabilirler¹³².

Pozitif ayrımcılığı destekleyen ve ona karşı olan görüşler bir yana bırakılırsa, aslında pozitif ayrımcılık, temelde kamu otoritelerinin; kadınlar, engelliler, yaşlılar gibi zayıf toplum kesimlerini kollamak üzere alacağı çeşitli önlemler aracılığıyla eşitlik ilkesinin pratik yaşamda gerçekleştirilmesini amaçlar. Bu amaç, görece yeni bir anayasal norm olarak kabul görmüştür.

¹²⁸ ER, Abdurrahman, “Ayrımcılık Yasağı”, bkz. <http://www.sivas.gov.tr/insanhaklari> (25.11.2007).

¹²⁹ DİNÇKOL, age., s.120.

¹³⁰ DOĞAN, İlyas, **Hukuk Felsefesi Ders Notları**, bkz. <http://www.hukuk.gazi.edu.tr/hukukfelsefesinotlar.doc> (17.08.2008).

¹³¹ MERT, Nuray, “Kadınlara Pozitif Ayrımcılık”, bkz. <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=115474&tarih=06/05/2004> (17.07.2008).

¹³² ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara 2005, s.180.

1982 Anayasası'nın 10. maddesinde yer verilen "herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit" olduğuna ilişkin düzenleme, ayrımcılık yasağının anayasal dayanağını oluşturmaktadır. AB'ye uyum süreci içinde eşitlik ilkesi yanında ayrımcılık yasağının bağımsız olarak anayasada düzenlenmesi yönündeki girişimler sonuçsuz kalmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, pozitif ayrımcılık politikaları konusundaki genel eğilim, Türk anayasal sistemine de yansımıştır. 2004 yılında dokuzuncu anayasa değişikliği, kadınlarla ilgili pozitif ayrımcılık anlayışı yönünden büyük önem taşımaktadır. Aslında pozitif ayrımcılık eşitsizliğin ve bunu yaratan koşulların son bulması için getirilmiş nihai hedef değildir sadece fırsat eşitliğini hedefleyen süreç içinde kullanılan ara bir basamaktır¹³³. Yani ayrımcılığa maruz kalan, geri planda kalmak zorunda olan, kanunen güvence altına alınmış ancak uygulamada sorunlar yaşayan eşitlik ilkesinin işe yaramadığı alanlarda ve zamanlarda, dezavantajlı grupların bir adım öne çıkarılması ve belirli bir süreç dahilinde önceliğe alınması anlamına gelir. Pozitif ayrımcılık, toplumun her kesimini kaynaştırma ve fırsat eşitliğini sağlama hedefinde süreli olarak kullanılan bir araçtır. Örneğin, kotalar da bunun bir yansımasıdır.

Dünya üzerindeki türlü guruplar arasında eşitliğin değil, adaletin sağlanmasıyla yani kadınlara ya da ezilen herhangi bir kitleye insan haklarının gerektirdiği şekilde, adil davranılmasıyla sorunların ortadan kalkacağı yönündeki düşüncelere katılmamak imkânsızdır. Çünkü herhangi bir gruba pozitif ayrımcılık yapıp bir süre sonra onları baskın ve haliyle hakim güç haline getirdikten sonra geriye dönüp bu sefer de başta baskın olan gruba pozitif ayrımcılık yapılması gibi bir kısır döngü yaşanması olası hale gelebilir. Ancak, toplumsal yaşamda yapısal eşitsizlik ve ayrımcılığa maruz kalanların fırsat eşitliğinden yararlanabilmesi için, onlara her zaman değil sadece gerekli durumlarda ve kısa vadede pozitif ayrımcılık uygulanmalıdır. Böylece mağdur olan lehine ayrımcılık yapılarak mağdur korunur ve toplumsal olarak güçlü olan ile eşit hale getirilebilir. Bu sayede genel anlamda negatif yöndeki ayrımcılığın azalması da sağlanabilir.

¹³³ FROOMKİN, Dan, "Affirmative Action Under Attack", bkz. <http://www.washingtonpost.com> (25.11.2008).

Kişiler arasında eşitliğe aykırı olarak gerçekleştirilen her türlü ayrımcı muamelenin yasaklanması devletin temel görevidir. Dolayısıyla devlet kendisi ayrımcı muamele yapmayacağı gibi kişiler arasında gerçekleşen ayrımcı muamelelere de göz yumamaz. Bu hem insan hakları sözleşmeleri hem de Anayasa ile devlete yüklenen bir görevdir. Yaşadığımız dünyada, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşabilmek ancak hukuk devleti ilkesinin evrensel ölçütlere uygun olarak gerçekleştirilmesi, geliştirilmesi ve korunmasıyla olanaklıdır. Hukuk devletinin ayırt edici özelliği ise, temel hak ve özgürlüklerin Anayasa ile güvenceye alınmış olmasıdır. Hukuk devletinde her yurttaş, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşittir. Hukukun üstün kılınması demokrasinin olmazsa olmaz koşuludur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin yaşama geçirilmesi, ancak devletin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması ile mümkün olur.

Demokratik toplumlar, temel hak ve özgürlüklere dayanan toplumlardır. Bu tür toplumlarda devletin görevi, temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmektir. Bireyin ve toplumun huzur ve mutluluğunu sağlamak; bireyin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Çağdaş bir devlet olma yolunda ilerleyen Türkiye de, demokratikleşme ve insan hakları alanındaki eksikliklerini hızla tamamlamalı; evrensel ölçütlerin hukuk sistemimize kazandırılmasını sağlamalıdır. Çağdaş eğitim düzeyi düşük bir toplumda demokrasi, sosyal adalet gerçekleşmeyeceği gibi kalıcı da olamaz. Bu doğrultuda eğitim, her türlü ayrımcı öğelerden arındırılmalı, tüm bireylere, doğal yeteneklerinin geliştirilmesinde fırsat eşitliği sağlanmalıdır. Bireylerin hak ve özgürlüklerine dayalı demokrasiyi yaşama geçirmek için, sağlıklı eğitim politikalarının oluşturulması gerekir.

Devlet, bireyi ekonomik yaşama yenik düşürmeyen, güçsüzlere güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Ancak devlete düşen görevler kadar, topluma ve bireylere de ayrımcılıkla mücadelede ve eşitliğin hayata geçirilmesinde bir takım ahlaki ve

hukuki sorumluluklar düşmektedir. Çünkü devletin bireye olduğu kadar, bireyin de devlete karşı görevleri ve sorumlulukları vardır. Ülkenin her köşesinde huzur ve barış ortamının korunmasında karşılıklı olarak bu sorumlulukların yerine getirilmesi büyük önem taşımaktadır. Bireylerin kendilerine tanınan demokratik hak ve özgürlükleri kötüye kullanarak, tehdit ve dayatmalarla kimi olanaklar elde etmeye çalışması durumunda; kamu düzeninin sağlanması için devletin otoritesini kullanması kaçınılmaz olur. Ancak devletin otoritesini kullanırken hukuk kuralları içerisinde hareket etmesi de bir zorunluluktur.

İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin önsözünde “Tüm insanlığın doğuştan sahip olduğu onurun, eşit ve başkasına aktarılamaz hakların tanınması, dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olacaktır” denmektedir. Eşitlik, ayrımcılık yapılmaması gibi insan hakları kuralları adaletin sağlanması açısından büyük önem taşır. Adalet ve eşitlik birbirlerini tamamlayan değerlerdir. Kamusal düzeni taşıyan hukuk düzeni ve bu düzene dayalı olarak kurgulanmış olan devlet, adaleti ve eşitliği ölçüt olarak benimsediği takdirde, daha somut olarak insan haklarına dayalı bir örgütlenme olarak kendini somutlaştırdığı takdirde ayrımcılığın olması da mümkün olmayacaktır. Genellikle etnik, dinsel ve dilsel nedenlerle azınlıklara devlet tarafından sağlanan ve güvenceye alınan pozitif ayrımcılık çoğunluk tarafından tepki toplamaktadır. Bu yüzden de pozitif ayrımcılık kısa vadeli bir çözüm olarak benimsenmeli, uzun vadede ise, fırsat eşitliği ve kanun önünde eşitlik teoride ve pratikte uygulamaya geçirilmelidir.

KAYNAKÇA

- ACUNER, Selma, “**Kadın ve Eşitlik!**”, Bia Haber Merkezi,
<http://eski.bianet.org>. (E.T. 09.05.2008).
- AKAD, Mehmet – DİNÇKOL, Bihterin, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları,
 İstanbul 2004.
- AKÇAOĞLU, Ertuğrul, “**Vergilendirme Yetkisinin Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi**”,
<http://www.akcaoglu.com/2007/02/27/vergilendirme-yetkisinin-temel-hak-ve-zgrlklerle-iliskisi/> (E.T: 15.11.2008).
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, “**Osmanlı Devleti’nde Temel Hak ve Hürriyetler**”,
 Yeni Dünya Dergisi, Ağustos 2000, bkz. <http://www.yenidunyadergisi.com>
 (E.T: 15.07.2008).
- AKILLIOĞLU, Tekin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İhtüzüğü Başvuru Belgeleri**, Ankara 2002.
- AKINCI, Semiha, “**Eşitlik Kavramının Felsefi Kökenleri**”, s.1-14,
http://aof20.anadolu.edu.tr/bildiler/Semiha_Akinci.doc (E.T:19.06.2008).
- AKKAYA, Ayşe, “**Pozitif Ayrımcılık: Neden?**”
<http://www.gunisigihukuk.com/pozitifayrimcilik.html> (E.T: 29.01.2008).
- ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2007.
- AYDIN, M. Fatih, “**Veda Hutbesi’nden İnsanlığa Mesajlar**”, Köprü Dergisi,
 Sayı: 80, Yıl:2002, <http://www.koprudergisi.com/index.asp>
 (E.T: 20.12.2008).
- BARNA, Murat, “**Sosyal Devlet ve Eşitlik**”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3,
 Yıl:2001, s.107-114.

CARCASSONNE, Guy, “**Fransız Anayasasının ilkeleri**”, Mayıs 2002,
<http://www.ambafrance-tr.org/ecrire/upload/fis/fis9.html> (E.T: 10.06.2008).

ÇEÇEN, Anıl, **İnsan Hakları Rehberi**, Bilim Yayınları, Ankara 1999.

ÇEKER, Mustafa, “**Türkiye’de Engelliler ve Engelli Hakları**”, Nisan 2007,
<http://www.cu.edu.tr/insanlar> (E.T: 15.12.2008).

DEMİRAL, Cavit, “**4857 Sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı**”,
<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=4857> (E.T: 15.11.2008).

DİNÇKOL, Bihterin, “**Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık**”,
 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:2005/2 Sayı:8,
 s.101-117.

DOĞAN, İlyas, “**Hukuk Felsefesi Ders Notları**”,
<http://www.hukuk.gazi.edu.tr/hukukfelsefesinotlar.doc> (E.T: 17.08.2008).

DOĞRAMACI, Emel, **Women in Turkey and the Millennium, Atatürk
 Supreme Council for Culture, Language and History Research Center**,
 Ankara 2000.

DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi**, İstanbul Barosu
 Yayınları, İstanbul 2000.

EFE, Salih, “**Türban ve AİHM Kararı**”, 19.11.2002 tarihli Radikal Gazetesi.

ELİBOL, Yeşim, **Türkiye’de Bir Pozitif Ayrımcılık Örneği: ÖDP’ de Kota
 Tartışmaları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası
 İlişkiler Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul
 2003.

ER, Abdurrahman, “**Ayrımcılık Yasağı**”,
<http://www.sivas.gov.tr/insanhaklari/Ayrimcilik2007.doc>
 (E.T: 25.11.2007).

- ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara 2005.
- ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005.
- ERYILMAZ, Bedri, “**AİHS ve Türk Hukuku**”, s.1-24,
<http://www.barobirlik.org.tr> (E.T: 24.11.2008).
- FROOMKİN, Dan, “**Affirmative Action Under Attack**”,
<http://www.washingtonpost.com> (E.T: 25.11.2008).
- GIDDENS, Anthony, **Sosyoloji**, Ayraç Yayınevi, Ankara 2005.
- GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi, Bursa 2008.
- HANSKİ, Raija-SCHEİNİN, Marti, **İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları**, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayınları, İstanbul 2005.
- İBA, Şeref, “**Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği**”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 39 Sayı 1 Mart 2006,s.1-15.
- İNCEOĞLU, Sibel, “**Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı**”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı:11,Yıl 2006/4, s.45-62.
- Kadın İstihdamı İçin Yeni Perspektifler ve Kadın İşgücüne Muhtemel Talep**, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayınları, Nisan 2000.
- KAPIZ, Serap, “**TİSK Kadın İşgücü ve Yeni İş Kanunu Sempozyumu**”, Muğla 2003, <http://www.tisk.org.tr> (E.T: 21.07.2008).

KARAKUŞ, Yeliz, **Türkiye’de ve Avrupa’da Pozitif Ayrımcılık: Karşılaştırmalı Bir Çalışma**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Siyaset Bilimi Bilim Dalı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2006.

KARATAŞ, Kasım, **“Engellilerin Toplumla Bütünleşme Sorunları: Bir Sosyal Politika Yaklaşımı”**, Ufkun Ötesi Bilim Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, Kasım 2002,s.40-45.

KILIÇ, Zeynep, **Eşitlik İçin Kota Politikaları**, Ankara Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Çalışması, Ankara 2000.

KİLİ, Suna- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Türk Anayasa Metinleri: Sened-i İttifaktan Günümüze**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2000, 2. Baskı.

KORKMAZ, Neslihan Ece, **“İrkçiliğin Tanımı ve Tarihsel Süreçleri”**, Müsvette Dergisi, Aylık Siyasi E-Dergi, Ocak 2009 sayısı, <http://www.musvettedergi.com/tarihselirkcilik.html> (E.T: 25.01.2009).

KOYUNCU, Nuran, **“İslam-Osmanlı Hukukunda Devlet Kavramı”**, Üniversite ve Toplum Dergisi, , 7.Cilt, 3.Sayı, Eylül 2007, s.1-14.

MERT, Nuray, **“Kadınlara Pozitif Ayrımcılık”**, <http://www.radikal.com.tr> (E.T: 17.07.2008).

OKTAR, Tiğınçe, **Osmanlı Toplumunda Kadının Çalışma Yaşamı - Osmanlı Kadınları Çalıştırma Cemiyet-i İslâmiyesi**, Bilim Teknik Yayınevi, İstanbul 1998.

ÖDEN, Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

ÖRTLEK, Muhammed, **“Siyaset ve Kadın”**, <http://www.dunya.com/haber.asp?id=3061> (E.T: 06.03.2008).

- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- ÖZCAN, Mehmet, “**Yeni Alman Göç Yasası, Türkler ve İnsan Hakları İhlalleri**”, <http://www.usakgundem.com> (E.T: 25.11.2008).
- ÖZDAĞ, Ümit, “**Başbakan, Pozitif Ayrımcılık ve Kürtler**”, 14.05.2008 tarihli Akşam Gazetesi.
- SAYIN, Aysun, **Avrupa Birliği’nde Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği: Türkiye Açısından Bir İnceleme**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Yüksek lisans Tezi), Ankara 2007, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr> (E.T: 29.01.2008).
- SERİM, Bülent, “**Yazılı Kurallarda ve Uygulamada Eşitlik İlkesi**”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Cilt: 38, Sayı: 174, s.32-51, <http://www.mulkiyederigi.org> (E.T: 18.06.2008).
- ŞAHİN, Hatice, “**Engellilik Kimin Sorunu? Bireyin mi, Toplumun mu?**” <http://www.tumgazeteler.com/?a=4188037> (E.T: 06.10.2008).
- ŞİRİN, Tolga, “**İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Çalışma Yaşamında Ayrımcılık Yasağı**”,s. 1-19, http://www.turkhukusitesi.com/makale_840.htm (10.06.2008).
- TANÖR, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001.
- TEZCAN, Durmuş, “**AİHS Kapsamında Temel İnsan Hakları**”, s. 1-33, <http://www.barobirlik.org.tr> (E.T: 04.12.2008).
- TINÇ, Ferai, “**Fransız Seçimlerinde Sol ve Kadınlar**”, <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/6680832.asp?yazarid=19&gid=61> (E.T: 10.06.2007).

TUKSAL, Hidayet Şefkatli, “**Bir Bağcı Dövme Hikâyesi: Engellilerle İlgili Yeni Düzenlemeler ve Tartışmalar**”, 30 Aralık 2007 tarihli Star Gazetesi, Açık Görüş eki, s.5-6.

TUNÇ, Hasan - BİLİR, Faruk, **Anayasa Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara 2005.

USAL, Zeynep, “**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Eğitim Hakkıyla Bağlantılı Olarak Ayrımcılık Yasağı**”,s. 1-10,
<http://www.barobirlik.org.tr> (E.T: 24.11.2008).

UŞAN, M. Fatih, **Hukuka Giriş**, Sayram Yayınları, Konya 2003.

UZUN, Turgay, “**Obama Neyi Temsil Ediyor?**”
<http://www.radikal.com.tr/Radikal> (E.T: 25.11.2008).

ÜŞÜR SANCAR, Serpil, **Siyasal Yaşam ve Kadınlara Destek Politikaları**, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara 1997.

YARAMAN, Ayşegül, **Türkiye’de Kadınların Siyasal Temsili (1935–1999)**, Bağlam Yayıncılık, İstanbul 1999.

YILDIZ, Ahmet, “**Ne Mutlu Türküm Diyebilene**”: **Türk Ulusal Kimliğinin Etno Seküler Sınırları (1919–1938)**, İletişim Yayınları, İstanbul 2007.



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Özgeçmiş

Adı Soyadı:	Tuğba ÜNLÜ			
Doğum Yeri:	Konya			
Doğum Tarihi:	04.04.1983			
Medeni Durumu:	Bekâr			
Öğrenim Durumu				
Derece	Okulun Adı	Program	Yer	Yıl
İlköğretim	Gazi İlköğretim Okulu	Türkçe	Zonguldak	1989-1994
Ortaöğretim	Atatürk Anadolu Lisesi	İngilizce	Zonguldak	1994-1998
Lise	Atatürk Anadolu Lisesi	İngilizce	Zonguldak	1998-2001
Lisans	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Türkçe	Ankara	2001-2005
Yüksek Lisans	Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD.	Türkçe	Konya	2006-2009
İş Deneyimi:	Öğretim Görevlisi – Selçuk Üniversitesi Karapınar MYO.			
Hakkımda bilgi almak için önerebileceğim şahıslar:	Öğr. Gör. Emine ERDEM Selçuk Üniversitesi Karapınar MYO. Tel: 0536 693 24 40			
Tel:	0 332 320 20 59 – 0533 460 11 97			
E-Posta:	tubaunlu42@mynet.com			
Adres	Selçuk Üniversitesi Karapınar Aydoğanlar MYO. Karapınar/ KONYA Tel: 0 332 755 96 68 – (124)			